

Systematisches Handbuch
der
Deutschen Rechtswissenschaft.

Unter Mitwirkung

der Professoren Dr. H. Brunner, früher in Berlin, Dr. V. Ehrenberg in Leipzig, Dr. H. Gerland in Jena, Dr. O. v. Gierke in Berlin, des General-Prokurators Dr. J. Glaser, früher in Wien, der Professoren Dr. C. S. Grünhut in Wien, Dr. A. Haenel in Kiel, Dr. A. Heusler in Basel, Dr. E. Heymann in Berlin, Dr. H. Kantorowicz in Freiburg, Dr. P. Krüger in Bonn, Dr. O. Mayer in Leipzig, Dr. L. Mitteis in Leipzig, Dr. Th. Mommsen, früher in Berlin, Dr. F. Oetker in Würzburg, Dr. M. Pappenheim in Kiel, Dr. F. Regelsberger, früher in Göttingen, Dr. Lothar Seuffert in München, Dr. R. Sohm in Leipzig, Dr. E. Strohal, früher in Leipzig, Dr. H. Triepel in Berlin, Dr. A. v. Tuhr in Strafsburg, Dr. A. Wach in Leipzig, Dr. R. Wagner, früher in Leipzig, Dr. L. Wenger in München, Dr. C. Wieland in Basel,

herausgegeben von

Dr. Karl Binding,

früher Professor in Leipzig.

Zweite Abteilung, dritter Teil, dritter Band:

Otto von Gierke: Deutsches Privatrecht. Dritter Band.



Verlag von Duncker & Humblot.
München und Leipzig 1917.

Deutsches Privatrecht.

Von

Otto von Gierke.

Dritter Band.

Schuldrecht.



Verlag von Duncker & Humblot.

München und Leipzig 1917.

Jewbill

15 Ak 43

Max-Planck-Institut
für europäische Rechtsgeschichte
Frankfurt am Main

Das Recht der Übersetzung bleibt vorbehalten.

Dig. 143557



64/ 2845

Altenburg
Pierorsche Holbuchdruckerei
Stephan Geibel & Co.

Vorwort.

Wiederum ist ein Jahrzehnt verflossen, bevor dem zweiten Bande meines deutschen Privatrechts der dritte folgt. Das Jahrzehnt ist sogar überschritten. Aber wenn für wissenschaftliche Friedensarbeit Kriegsjahre nicht, wie für das Dienstalter des Kriegsteilnehmers, doppelt zählen, sondern umgekehrt auch dem Daheimgebliebenen, der in allem Fühlen und Denken mit seinem kämpfenden Volke lebt und nach Kräften auch sein Wort in den Dienst der heiligen Sache stellt, höchstens halb anzurechnen sind, so wird es mit dem Jahrzehnt ungefähr stimmen.

Die besonderen Schwierigkeiten, die bei dem endlich vorgelegten Bande überwunden werden mußten, waren doppelter Art.

In erster Linie der Mangel ausreichender germanistischer Vorarbeiten über das ältere deutsche Recht! Nur in einigen Punkten hat bisher die rechtsgeschichtliche Forschung sich mit dem deutschen Schuldrecht der Vergangenheit gleich eindringlich beschäftigt, wie mit unserem alteinheimischen Personen-, Sachen-, Familien- oder Erbrecht. Bei einigen Grundfragen hielt ich es für unerläßlich, mir durch eigne historische Studien, deren Ergebnisse ich zum Teil inzwischen besonders veröffentlicht habe, ein tieferes und festeres Fundament zu bereiten. Dagegen war es für mich, wenn ich nicht auf die Fortsetzung meines Buches überhaupt verzichten wollte, schlechthin ausgeschlossen, durchweg das Versäumte nachzuholen. So mußte denn in diesem Bande die geschichtliche Grundlegung ungleichmäßig und vielfach sehr lückenhaft ausfallen.

Sodann das im heutigen Schuldrecht obwaltende Mischungsverhältnis deutscher und römischer Rechtsgedanken! Hier bietet sich uns bei näherem Zusehen kaum ein in sich geschlossenes germanisches Rechtsgebilde dar, auf das nicht das rezipierte fremde Recht maßgebend eingewirkt hätte. Allein bei allem Übergewicht des römischrechtlichen Stoffes und der romanistischen Begriffswelt gibt es doch auch hier kaum ein modernes Rechtsgebilde, das nicht einen starken germanischen Einschlag aufwiese. Mir schien es

daher richtig, das geltende deutsche Recht der Schuldverhältnisse in seinem systematischen Zusammenhange vollständig darzustellen und nur dem von mir verfolgten Zweck gemäß die verschiedenen Teile des Ganzen ungleich auszubauen. So habe ich zwar keine noch so überwiegend durch romanistische Gefilde führende Teilstrecke ganz übersprungen. In größerer Ausführlichkeit aber habe ich nur solche Rechtsinstitute behandelt, auf deren Bildung das deutsche Recht schöpferisch eingewirkt hat oder die ihre über das römische Recht hinausgeschrittene moderne Ausgestaltung dem Gedankengehalt des deutschen Rechtes verdanken. Hiermit war notwendig ein sehr ungleichartiges Gepräge der einzelnen Stücke dieses Bandes gegeben. Eine Steigerung mußte die Ungleichmäßigkeit der Ausführung dadurch empfangen, daß nach dem Plane des Werkes zwar Landesrecht, wie z. B. das Gesinderecht, in seinen Rahmen fiel, dagegen das gesamte Handels-, Schiffahrts- und Versicherungsrecht überhaupt und andere Sonderrechtsgebiete an dieser Stelle auszuscheiden waren. Denn der Reichtum gerade dieser Sonderrechtsgebiete an schuldrechtlichem Gehalt deutscher Herkunft verbot es mir, von ihnen einfach zu schweigen. Es würde sich ein verzeichnetes Bild der Rechtsordnung ergeben haben, die das Leben der Gegenwart in Wirklichkeit beherrscht. Allein ich mußte nun bei ihrer Heranziehung mich mit kurzgefaßten Hinweisen auf das Wesentliche begnügen.

Das Buch erscheint inmitten des unserem Volke aufgezwungenen Ringens um sein politisches, nationales und wirtschaftliches Sein. Die Not des ungeheuren Krieges, der die Vergemeinschaftung aller unserer Kräfte zur Erreichung eines einzigen Zieles heischt, hat auch unser Privatrecht in neue Bahnen gedrängt. Es hat sich dem unerläßlichen Gebote der Stunde angepaßt, in wachsendem Maße die Freiheit des Einzelnen dem Wohle des Ganzen zu opfern. Nicht am wenigsten gerade das Recht der Schuldverhältnisse ist davon in seinen Wurzeln betroffen. Dieses vorübergehende Kriegsprivatrecht, das schon eine eigene Literatur hervorgerufen hat, ist hier nicht dargestellt. Was von ihm den Krieg überdauern oder welche sonstigen Veränderungen unser Privatrecht nach der Wiederkehr des Friedens erfahren wird, ist Zukunftsfrage. Wir glauben und hoffen, daß der siegreiche Friede, den wir erringen müssen und erringen werden, uns die Grundlagen schaffen wird, auf denen ein verjüngtes Deutschland herrlicher als zuvor erstehen und blühen soll. Die äußere und innere Erneuerung unseres Volkstums, die wir erstreben, wird sicherlich auch unser Privatrecht

nicht unberührt lassen dürfen. Wenn aber alles, was uns wahre frische Kraft verleihen soll, aus der unergründlichen Tiefe des unsterblichen deutschen Volksgeistes geschöpft werden muß, so wird auch in unserem Rechtsleben der Segen gesunder Fortentwicklung davon abhängen, daß sie den ureigenen Gedankeninhalt unseres deutschen Rechts immer voller und reiner, immer schöpferischer, immer jugendfreudiger entfaltet.

15. Oktober 1916.

Otto von Gierke.

Inhaltsverzeichnis.

(Die eingeklammerten Zahlen bedeuten die Seitenzahlen.)

Dritter Abschnitt.

Schuldrecht.

Erstes Kapitel.

Schuldverhältnisse überhaupt.

Erster Titel.

Bau der Schuldverhältnisse.

	Seite
§ 173. Geschichtliche Entwicklung des deutschen Schuldrechts	1
I. Älteres deutsches Recht (1). Ursprünglicher Zustand (2). Fortbildung im deutschen Mittelalter (3). Umbildung im Stadtrecht (3). Hindernisse der vollen Ausgestaltung auf nationaler Grundlage (4)	1
II. Entwicklung seit der Rezeption (4). Sieg des römischen Obligationenrechtes (4). Fortwirken des germanischen Rechts (5). Der usus modernus und die großen Gesetzbücher (5). Einfluß des Handelsrechts (6). Sonstige Spezialgesetzgebung (6). Der germanische Einschlag im gemeinen Schuldrecht des B.G.B. (6)	4
III. Heutiges Recht (6). Reichs- und Landesrecht (7). Aufgabe des „deutschen Privatrechts“ (7)	6
§ 174. Schuld und Haftung	8
I. Älteres deutsches Recht (8). Die Unterscheidung von Schuld und Haftung überhaupt und im germanischen Recht insbesondere (8). 1. Schuld (9). Der Begriff der Schuld (9). Seine Zweiseitigkeit; Schuldner- und Gläubigerschuld (10). Leistensollen und Bekommensollen als Schuldinhalt (11). Das Sollen als Rechtsverhältnis (11). Im rechtlichen Sollen erschöpft sich die Schuld (12). 2. Haftung (13). Begriff (13). Zugriffsmacht und Gebundensein für Schuld als Inhalt der Haftungsverhältnisse (13). Haftung kraft Unterwerfung unter Verbandsgewalt (13). Deliktische Haftung kraft Friedlosigkeit (14). Selbständige Haftungsverhältnisse kraft rechtsgeschäftlicher Haftungsübernahme (15). Differenzierung der Haftungsarten (16). a. Persönliche Haftung (16). Leibliche Verstrickung (16). Die Geiselschaft (17). Die Bürgschaft in Gestalt der Leibbürgschaft als ideelle Vergeiselung (17). Treugelübde (18). Bürgschaft für eigne und fremde Schuld (18). Gerichtliche Personalexekution (18). Schuldknechtschaft (19). Schuldhaft (19). b. Vermögenshaftung (20). Wesen (20). Rechtsgeschäftlicher Einsatz des Vermögens für	

Schuld (21). Wettvertrag (21). Haftung für Versprechensschuld aus Empfang von Vermögensentgelt (22). Verallgemeinerung der Vermögenshaftung (22). Verwirklichung durch Pfändung und Fronung (23). Trennung von persönlicher und Vermögenshaftung (23). Verbindung beider (24). Regelmäßiges Verhältnis wird Vermögenshaftung mit ergänzender persönlicher Haftung (24). Aufnahme der Haftung mit dem ganzen Vermögen in den Begriff der „persönlichen“ Haftung (25). Reine Vermögenshaftung erhalten als „beschränkte“ Haftung (25). c. Sachhaftung (26). 3. Verhältnis von Schuld und Haftung zu einander (26). Schuld ohne Haftung (26). Haftung ohne Schuld (27). Korrelatverhältnis und auf Zusammenwachsen gerichtete Entwicklungstendenz (27). Mehr und mehr erscheint es als das normale Verhältnis, daß für Schuld gehaftet wird (27). Ebenso umgekehrt, daß der Haftung Schuld entspricht (28). Niemals aber wird die begriffliche Scheidung von Schuld und Haftung in Frage gestellt (29) 8

II. Entwicklung seit der Rezeption (29). Der römische Begriff der Obligation, in dem Schuld und Haftung verschmolzen sind (29). Dessen Durchsetzung in Deutschland (30). Fortpflanzung und Wiederbelebung der germanischen Auffassung (30) 29

III. Heutiges Recht (30). Die Unterscheidung von Schuld und Haftung ist auch heute bedeutungsvoll (30). Die Gesetzesterminologie (31). Die begriffliche Erfassung des Gegensatzes (31). Die Haftungsverhältnisse als selbständige Rechtsverhältnisse (32). Grundlage der Erzwingbarkeit (32). Verhältnis zur Selbsthilfe (32). Zur Gerichtshilfe (32). Das materiellrechtliche Zugriffsrecht und der Vollstreckungsanspruch (33). 1. Haftungsarten (33). a. Persönliche, Vermögens- und Sachhaftung (33). Reste der leiblichen Haftung (34). Im übrigen nur noch Haftung mit dem Vermögen (34). Die Haftung mit dem ganzen Vermögen als „persönliche Haftung“ (34). Die Haftung mit einem Sondervermögen als echte „Vermögenshaftung“ (35). Die Haftung mit einem einzelnen Vermögensgegenstande als „Sachhaftung“ (35). b. Unbeschränkte und beschränkte Haftung (35). α. Haftung mit Haftungsgrenze (36). Sie ist „beschränkte persönliche Haftung“ (37). β. Gegenständlich beschränkte Haftung (37). Beschränkung der Haftung auf ein Sondervermögen (38). Mit oder ohne Ergänzung durch persönliche Haftung eines Anderen (39). Beschränkung der Haftung auf eine Sache (39). Abandonrecht (39). c. Prinzipale und subsidiäre Haftung (40). Nebenordnung mehrerer Haftungen (40). Vor- und nachgeordnete Haftungen (40). d. Solidarische Haftung und Teilhaftung (41). e. Unmittelbare und mittelbare Haftung (41). Die „beschränkte Haftung“ bei der G. m. b. H. und ähnliche Verhältnisse (42). 2. Auseinanderfallen von Schuld und Haftung (42). a. Die Regel, daß aus Schuld Haftung entspringt (42). Abweichungen (42). α. Haftungslose Schuld (43). Ihr rechtliches Wesen (43). Fälle (44). Unrichtige Subsumtionen (45). Zwei ungleichartige Typen (45).

(Die eingeklammerten Zahlen bedeuten die Seitenzahlen.)

Schuldverhältnisse, die unfähig sind, Haftung zu begründen (46).	
Schuldverhältnisse, denen nur die regelmässige Haftungswirkung entzogen ist (46).	
Die bloßen Haftungsschwächungen (47).	
Die sittlichen und Anstandspflichten (47).	
β. Schuld ohne Vollhaftung (48).	
γ. Schuld ohne Schuldnerhaftung (48).	
b. Umkehrung des Verhältnisses zwischen Schuld und Haftung (49).	
Haftung als Schuldgrund (49).	
α. Haftung ohne Schuld (50).	
Haftung für mögliche künftige Schuld (50).	
Gesellschaftliche und genossenschaftliche Haftungen (50).	
β. Haftung über den Schuldbereich hinaus (50).	
γ. Haftung ohne Schuld des Haftenden (50).	
Fälle (51).	
Haftung für fremde Schuld mit eigener Schuld engerer Art (51).	
c. Bedeutung der Inkongruenzen von Schuld und Haftung für Ersatz und Ausgleichungsansprüche (52)	30
§ 175. Begriff und Wesen der Schuldverhältnisse	52
I. Begriff (52). „Forderung“ und „Schuld“ als Einzelverhältnis (52).	
Gesamtverhältnis als Schuldverhältnis (52).	
Die geschuldete Leistung (53).	
Sie muß ihrem objektiven Typus nach zu den Gütern gehören, die Vermögenswert haben (53).	
Sie muß den Gegenstand eines besonderen Rechts bilden (54).	
Ansprüche auf ein Tun oder Unterlassen aus Persönlichkeits-, Sachen-, Familien-, Erb- oder Körperschaftsrecht sind keine Schuldverhältnisse (54).	
Doch können aus derartigen Verhältnissen besondere Verhältnisse mit schuldrechtlichem Inhalt fließen (54).	
Sie sind als unselbständige Schuldverhältnisse von den selbständigen Schuldverhältnissen zu unterscheiden (55).	
Beschränkte Anwendbarkeit des allgemeinen Schuldrechts auf die unselbständigen Schuldverhältnisse (55).	
Öffentlichrechtliche Schuldverhältnisse (55)	52
II. Wesen (55).	
Persönliche Struktur (55).	
Ungleiche Bedeutung des Leistungsgegenstandes im römischen und deutschen Recht (56).	
Heutige Auffassung (56).	
1. Differenzierung der Schuldverhältnisse nach der Beschaffenheit des Leistungsgegenstandes (56).	
Persönliches Tun (56).	
Brücken zum Personenrecht (57).	
Sachliches Leisten (57).	
Brücken zum Sachenrecht (57).	
2. Nach dem Masse des Bestimmtwerdens der schuldrechtlichen Beziehung durch die Individualität der Beteiligten (57).	
Individualität des Gläubigers (57).	
Individualität des Schuldners (58).	
3. Ungleiche Einrichtung der Subjektbestimmung (58).	
Unbestimmtheit des Subjekts und Anknüpfung an ein gegenständliches Verhältnis (58).	
Hinsichtlich der Gläubigerstellung (58).	
Hinsichtlich der Schuldnerstellung (59).	
4. Unübertragbarkeit oder Übertragbarkeit (59).	
Der Forderung (59).	
Der Schuld (60).	
5. Eingliederung in den objektiven Vermögensbegriff (60).	
Forderungen als Vermögensgegenstände (60).	
Begriff der „Aktiva“ (60).	
Schulden als Vermögenslasten (61).	
Begriff der „Passiva“ (61).	
6. Wirksamkeit eines bloß objektiven Schuldbestandes (61).	
7. Möglichkeit, daß das Forderungsrecht, obschon von Hause aus relatives Recht, Wirkungen gegen Dritte entfaltet (62).	
Beilegung dinglicher Kraft (62).	
Verletzbarkeit durch Dritte (63).	55

(Die eingeklammerten Zahlen bedeuten die Seitenzahlen.)

	Seite
§ 176. Inhalt der Schuldverhältnisse	63
I. Überhaupt (63). Bestimmung des Schuldinhalts durch Rechts- satz oder Rechtsgeschäft (63). Ergänzung und Berichtigung durch die Bemessung nach Treu und Glauben (63). B.G.B. § 242 mit § 157 und § 226 (64)	63
II. Arten der Leistungspflichten (65).	65
1. Positive oder negative Leistung (65). Unterlassen und Dulden (65)	65
2. Persönliche oder sachliche Leistung (65). Persönliche Leistung als Unterlassen oder „Tun“ (65). Arbeit (65). Auskunft- erteilung (66). Vorlegung (66). Abgabe einer Willenserklärung (66). Klagbarkeit und Vollstreckbarkeit der Ansprüche auf persönliche Leistungen (66). Sachliche Leistung als Verschaffung eines körper- lichen oder unkörperlichen Vermögensgegenstandes (67). Willens- erklärung als Mittel zum Zweck (67). Die Geldschuld (68). Eigen- art der eigentlichen Geldschuld als Schuld schlechthin, allgemeiner Surrogatschuld und Grundlage der Zwangsvollstreckung in das Ver- mögen (68). Uneigentliche Geldschuld (69)	65
3. Bestimmtheit oder Unbestimmtheit des Leistungsgegen- standes oder der Leistungsart (69). Gattungsschuld (69). Wahl- schuld (70), Fakultative Ermächtigung (71). Sonstige Unbestimmt- heit, Bestimmung durch einen der Beteiligten oder durch einen Dritten (71)	69
4. Hauptleistungen und Nebenleistungen (72). Zinsen (72). Sonstige Nebenleistungen (73)	72
5. Verpflichtung zum Schadensersatz (73). Ihre Eigenart beruht lediglich auf der Besonderheit des Leistungszweckes (74). Objektive Voraussetzung für ihren Eintritt ist Kausalzusammenhang (74). Subjektive Voraussetzung das Entstehen für die Folgen des schädigenden Ereignisses (74). Rechtsgeschäftliche Übernahme (74). Unerlaubte Handlung (74). Rechtmäßiger Eingriff (75). Nicht- erfüllung einer Verbindlichkeit (75). Leistungsgegenstand (75). Natural- herstellung (75). Geldersatz (76). Umfang des Ersatzes (76). Be- weis (77). Ersatz des vollen Schadens (78). Einschränkungen (79). Einfluß der Mitverantwortlichkeit des Beschädigten (80). Die Verteilung der Schadenslast nach § 254 B.G.B.; Mitverursachung und Mitverschulden (80) Ersatz des immateriellen Schadens (82). Buße an Stelle von Schadensersatz (84). Vorteilsausgleichung (84). Aufwendungsersatz (85). Unterschied des Bereicherungsanspruches vom Schadensersatzanspruch (85)	73
6. Teilbare und unteilbare Leistungen (86)	86
7. Vorübergehende und dauernde Leistungspflichten (86). Be- grifflicher Unterschied (86). Insoweit den Schuldinhalt eine vor- übergehende Leistungspflicht bildet, ist das Schuldverhältnis darauf angelegt, mit der Bewirkung der Leistung zu erlöschen (86). In- soweit eine dauernde Leistungspflicht, wohnt dem Schuldverhält- nisse eine während seines Bestandes konstante Wirkungskraft	
(Die eingeklammerten Zahlen bedeuten die Seitenzahlen.)	

inne (87). Dauernde Unterlassungspflichten (87). Verpflichtungen zu einem fortgesetzten positiven Verhalten (87). Verpflichtung zu wiederkehrenden Leistungen (88). Sukzessivlieferungsgeschäfte (88). Gesamtanspruch und Einzelansprüche bei dauernden Schuldverhältnissen (89). Beendigung (90). Keine Beendigung durch Erfüllung (90). Normaler Beendigungsgrund ist Zeitablauf (90). Kündigung (91). Kündigungsrecht (91). Sicherung der Kündigungsfreiheit durch zwingende Rechtssätze (91). Die eigentliche Kündigung als Fristsetzung für die Zukunft (91). Die Kündigung ohne Kündigungsfrist (92). Das Rechtsinstitut der Kündigung als kennzeichnendes Merkmal der dauernden Schuldverträge (93). Wesensverschiedenheit vom Rücktritt (93). Ersatz des gesetzlichen Rücktrittsrechtes durch das Recht fristloser Kündigung (93). Die Einzelfälle (94). Besondere Funktionen der dauernden Schuldverhältnisse (95)	86
8. Einfache und zusammengesetzte Leistungen (95). Einfache Schuldverhältnisse mit zusammengesetztem Leistungsinhalt (95). Zusammengesetzte Schuldverhältnisse (95)	95
III. Ort der Leistung (96). Erfüllungsort und Bestimmungsort (96). Bestimmung des Leistungsortes (97). Subsidiäre gesetzliche Regeln (98). Holschuld (98). Versendung (99). Bringschuld (99). Geldschuld (99). Mögliche Steigerung der Bedeutung des Leistungsortes (100)	96
IV. Zeit der Leistung (100). Art der Bestimmung (100). Rechtliche Bedeutung der Leistungszeit (102). Steigerung bei Fixgeschäften (102)	100
V. Schuldverhältnisse mit identischem Inhalt (102)	102
VI. Zugehörige Rechte (103). Hilfsrechte als Bestandteile des Schuldinhalts (103). Gestaltungsrechte (103). Einrederechte und Gegenrechte (104). Mit dem Schuldverhältnis verbundene Zubehörrechte (104). Die haftungsrechtlichen Hilfsrechte (104). Das Zurückbehaltungsrecht (104). Germanischer Ursprung (105). Entwicklung nach der Rezeption (105). Umfang im B.G.B. (105). Haftungsrechtliche Natur des Zurückbehaltungsrechtes (106). Zurückbehaltungsrecht an unpfändbaren Forderungen (107). An Lohn- und Gehaltsforderungen (108). Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht (108). Vereinbartes Zurückbehaltungsrecht (109). Aufrechnungsrecht (109)	103

Zweiter Titel.

Werden der Schuldverhältnisse.

§ 177. Begründung der Schuldverhältnisse	110
I. Überhaupt (110). II. Durch Rechtsgeschäft (110). Vertrag und einseitiges Rechtsgeschäft (111). 1. Vertragsfreiheit (111). Gestaltungskraft des schuldrechtlichen Vertrages (111). 2. Grenzen der Vertragsfreiheit (111). a. Allgemeine Schranken (111). Keine Verpflichtung zu einer unmöglichen Leistung (111). Unmöglichkeit und Unvermögen (112). Nichtigkeit des auf eine objektiv un-	

(Die eingeklammerten Zahlen bedeuten die Seitenzahlen.)

mögliche Leistung gerichteten Vertrages (112). Verbotene Leistung (112). Deliktische Verpflichtung aus B.G.B. § 307 (112). Vorübergehende Unmöglichkeit (113). Wirkung des auf eine nur subjektiv unmögliche Leistung gerichteten Vertrages (113). Nichtigkeit jedes gegen die guten Sitten verstößenden schuldrechtlichen Vertrages (113). Unsittlichkeit des Schuldinhaltes oder des Leistungszwecks (114). Unzulässige oder übermäßige Selbstbeschränkung (114). Unzulässige Einwirkung auf fremde Persönlichkeit (114). Wucherische Verträge (115). Verträge behufs gemeinsamer Ausbeutung Dritter (115). Verträge über das künftige Vermögen (115). Über einen künftigen erbrechtlichen Erwerb (115). b. Besondere Schranken (116). Moderne Vermehrung der zwingenden Rechtssätze (116). Sie bleiben aber Ausnahmen von der Regel (116). 3. Keine Verpflichtung zum Vertragsschluss (116). Ausnahmen (116). III. Durch unerlaubte Handlung (117). IV. Durch sonstige Tatbestände (117). Die unselbständigen Schuldverhältnisse aus besonderem rechtlichen Zusammenhang (117). Selbständige Schuldverhältnisse auf Grund der allgemeinen menschlichen Zusammenhänge (117)	110
§ 178. Änderung der Schuldverhältnisse	118
I. Überhaupt (118). Arten der inhaltlichen Änderung von Schuldverhältnissen ohne Identitätszerstörung (118)	118
II. Rechtsgeschäftliche Änderung (118). Durch Vertrag (118). Durch einseitige Erklärung eines Teils auf Grund eines Gestaltungsrechts (118)	118
III. Verschulden (119). Schadensersatzpflicht oder Rechtseinbuße des Schuldners auf Grund eines von ihm zu vertretenden Verschuldens (119). Das Maß des zu vertretenden Verschuldens (119). Älteres deutsches Recht (119). Römisches Recht (120). Festhaltung deutscher Rechtssätze (120). Dreiteilung der culpa (120). Rückkehr zum römischen Schema (120). Vorsatz und Fahrlässigkeit (121). Grobe Fahrlässigkeit (121). Einstehen für diligentia quam in suis (121). Vertragmäßige Steigerung oder Abschwächung der Verantwortlichkeit (121). Haftung für fremdes Verschulden (122). Älteres deutsches Recht (122). Römisches Recht (122). Bekämpfung des romanistischen Dogmas (122). Durchdringen der Haftung für Stellvertreter und mehr und mehr auch für Gehilfen bei der Schuld-erfüllung (122). B.G.B. § 278 (123). Umfang der Haftung für gesetzliche Vertreter und für Erfüllungsgehilfen (123). Wegbedingung (124). Änderung des Schuldinhalts durch Verschulden des Gläubigers (124). Anwendung des § 278 B.G.B. auf den Gläubiger (124)	119
IV. Zufall (124). Begriff (124). Für Zufall wird der Regel nach nicht gehaftet (125). Anders, soweit aus einem besonderen Grunde ein Teil gegenüber dem anderen die Gefahr trägt (125). Folgen der Gefahrtragung durch den Schuldner (125). Fälle der Haftung des Schuldners für Zufall im älteren deutschen Recht (126). Im römischen und gemeinen Recht (126). Im heutigen Recht (127).	

(Die eingeklammerten Zahlen bedeuten die Seitenzahlen.)

Haftung bis zur Grenze der höheren Gewalt (127). Gefahrtragung des Schuldners während seines Verzuges (127). Haftung für unverschuldetes Unvermögen bei der Gattungsschuld (127). Mängelhaftung (128). Folgen der Gefahrtragung durch den Gläubiger (128). Gefahrtragung bei Gläubigerverzug (128). Gefahrverschiebungen zu Lasten des Gläubigers bei Kauf, Werkvertrag, Dienstvertrag (128). Erweiterte Haftung des Gläubigers durch Zufall im Falle seines Einstehens für die Leistungsgefahr des Schuldners (128). Älteres deutsches Recht (128). Reste in neueren Gesetzbüchern (128). Grundsätzliche Ablehnung im B.G.B. (129). Abweichungen (129) . 124

V. Unmöglichwerden der Leistung (129). Gleichstellung des nachträglichen Eintretens objektiver und subjektiver Unmöglichkeit (129). Die unmögliche Leistung wird nicht mehr geschaldet (130). Ob und inwieweit das Schuldverhältnis mit verändertem Inhalt fortbesteht, entscheidet sich danach, ob ein Teil und welcher den die Unmöglichkeit verursachenden Umstand entweder wegen Verschuldens oder wegen Haftung für Zufall zu vertreten hat (130). Rechtsfolgen, wenn der Schuldner den Umstand nicht zu vertreten hat (130). Wenn bei einem gegenseitigen Verträge weder er noch der Gläubiger den Umstand zu vertreten hat (130). Wenn der Gläubiger den Umstand zu vertreten hat (130). Wenn der Schuldner den Umstand zu vertreten hat (131). Insbesondere bei gegenseitigen Verträgen (131). Durch Nichteinhaltung der Leistungszeit wird die Leistung an sich nicht unmöglich (132). Ausnahmen wegen Beschaffenheit der Leistung (132). Unmöglichmachung durch Erklärung des Gläubigers (132). Mittels Fristsetzung nach rechtskräftiger Verurteilung (132). Fristsetzung nach Eintritt des Verzuges bei gegenseitigen Verträgen (133). Sofortige Erklärung bei Fixgeschäften (133) 129

VI. Verzug (133). 1. Schuldnerverzug (133). Eintritt (134). Nicht rechtzeitige Leistung und Verantwortlichkeit des Schuldners für ihr Unterbleiben (134). Verschuldeter und unverschuldeter Verzug (134). Fälligkeit und Mahnung (135). Dies interpellat pro homine (135). Wirkungen des Schuldnerverzuges (136). Erweiterung der Schuld (136). Verzugsbußen im alten deutschen Recht (136). Schadens- und Strafgedinge (136). Gesetzlicher Anspruch auf Ersatz des Verzugsschadens (136). Verzugszinsen (137). Steigerung der Haftung des Schuldners für Mißerfolg (137). Verlust des Rechtes auf Erfüllung (138). Beendigung des Verzuges (138) 2. Gläubigerverzug (139). Nichtannahme der Leistung (139). Verschulden nicht erforderlich (139). Leistungsbereitschaft des Schuldners (139). Angebot (140). Real- und Verbalangebot (140). Verzug ohne Angebot (140). Verzug durch Nichtangebot einer Gegenleistung (140). Vorherige Ankündigung der Leistung durch den Schuldner (141). Wirkungen (141). Abschwächung der Verpflichtungen des Schuldners (141). Recht des Schuldners, sich von der Verpflichtung zur Herausgabe einer Sache in anderer

(Die eingeklammerten Zahlen bedeuten die Seitenzahlen.)

	Seite
Weise als durch Herausgabe der Sache zu befreien (142). Preisgabe (142). Hinterlegung und Selbsthilfeverkauf (142). Ersatzpflicht (142). Beendigung des Gläubigerverzuges (143). Abnahmeverzug im Falle einer Abnahmepflicht des Gläubigers ist Leistungsverzug (143)	133
VII. Rechtshängigkeit (143). Prozentszinsen bei Geldschulden (143). Einwirkung auf den Schuldinhalt bei Herausgabepflichten (143) .	143
§ 179. Beendigung der Schuldverhältnisse	144
I. Überhaupt (144). Beendigung des Einzelschuldverhältnisses (144). Beendigungsgründe, die ein zusammengesetztes Schuldverhältnis als Ganzes treffen (144)	144
II. Erfüllung (144). Normaler Beendigungsgrund aller vorübergehenden Schuldverhältnisse (144). Leistung an den Gläubiger (145). Erfüllbarkeit an einen dritten Leistungsempfänger (145). An den Scheingläubiger (145). Leistung durch den Schuldner (145). Erfüllungswirkung der Leistung eines Dritten (146). Der Selbstverschaffung des Geschuldeten (146). Bewirkung der zur Zeit geschuldeten Leistung (146). Erfüllungswille an sich nicht erforderlich (146). Meist aber ist Bestimmung zum Zwecke der Schuldtilgung unerlässlich, um einer Leistung Erfüllungskraft zu verleihen (147). Mehrheit von Schulden (147). Rechtliche Beschaffenheit der Erfüllungshandlung (147). Tatsächliches Verhalten oder Rechtsgeschäft (148). Mitwirkung des Gläubigers (148). Erfüllung durch Vertragsschluss (148). Zahlung (148). Erfüllung als Gegenstand eines selbständigen Erfüllungsvertrages (149). Liegt noch nicht in der Annahme einer angebotenen Leistung als Erfüllung (149). Wohl aber in der Gutheißung der Leistung als gehöriger Erfüllung (149). Kraft des Erfüllungsvertrages (149). Gegenrecht auf Quittung (149). Die Quittung als schriftliches Empfangsbekennnis (150). Heute an sich nur Beweismittel (150). Im Mittelalter dispositive Enthftungsurkunde (150). Als solche vielfach auch heute im Verkehr verwandt (151). Mittel zum Abschluss eines Erfüllungsvertrages (151). Benutzung zu einem negativen Anerkennungsvertrage oder einem Erlafsvertrage (151). Quittung als Legitimationspapier für den Leistungsempfang (151). Gegenrecht auf Rückgabe eines Schuldscheins (151). Anspruch auf Kraftlosklärung des Schuldscheins, falls ihn der Gläubiger nicht zurückgeben kann (152). B.G.B. § 371 (152)	144
III. Erfüllungssurrogate (153)	153
1. Hingabe an Erfüllungsstatt (153). Keine Annahmepflicht (153). Inhalt des Vertragsschlusses (153). Gewährleistung (154). Leistung Erfüllungshalber (154). Übernahme einer neuen Verbindlichkeit oder Begebung einer Anweisung behufs Befriedigung des Gläubigers ist im Zweifel nur Leistung Erfüllungshalber (154)	154
2. Hinterlegung (155). Öffentliche Hinterlegung als Ersatzmittel der Erfüllung im B.G.B. (155). Landesgesetze über das Hinterlegungswesen (155). Öffentlichrechtliche Natur des durch	
(Die eingeklammerten Zahlen bedeuten die Seitenzahlen.)	

die Hinterlegung begründeten Aufbewahrungsverhältnisses (156). Kein privatrechtlicher Verwahrungsvertrag (156). Aber analoges Schuldverhältnis des öffentlichen Rechts (156). Verpflichtung der Hinterlegungsstelle gegenüber dem hinterlegenden Schuldner (157). Rechtsverhältnis zwischen der Hinterlegungsstelle und dem Gläubiger (157). Wegfall des Rücknahmerechts des Schuldners (157). Erlöschen des Gläubigerrechts durch Verschweigung und Wiederaufleben des Rücknahmerechts (157). Geltendmachung der Ansprüche gegen den Staat (158). Das öffentlichrechtliche Verhältnis tritt in den Dienst des Privatrechts (158). Der Kreis der hinterlegungsfähigen Sachen (158). a. Ist die geschuldete Sache hinterlegungsfähig, so kann unmittelbar durch ihre Hinterlegung die Erfüllung ersetzt werden (159). Voraussetzungen des Rechtes zur Hinterlegung (159). Rechtmäßigkeit (159). Ordnungsmäßigkeit (159). Wirkung (159). Vorläufiger Erfüllungersatz, solange das Rücknahmerecht des Schuldners besteht (159). Wegfall der Erfüllungswirkung durch Rücknahme (160). Endgültiger Erfüllungersatz, sobald das Rücknahmerecht des Schuldners ausgeschlossen ist (160). b. Ist die geschuldete Sache nicht hinterlegungsfähig, so bedarf es der Vorbereitung der Hinterlegung durch Umsatz in Geld (161). Verkaufsrecht des Schuldners (161). Form des Selbsthilfeverkaufs (161). Wirkung (162). Keine Umwandlung in Geldschuld (162). Durchaus abweichende Natur des beim Handelskaufe dem Verkäufer im Falle des Annahmeverzuges des Käufers gestatteten handelsrechtlichen Selbsthilfeverkaufs (162). Die Hinterlegung des Erlöses und ihre Wirkungen (163) 155

3. Aufrechnung (163). Ihr Begriff (163). Aufrechnungsvertrag (163). Sein Wesen (164). Einseitige Aufrechnung (164). Geschichtliche Entwicklung (164). Vollzug durch Willenserklärung (164). Das Aufrechnungsrecht (165). Eigenartiges Gestaltungsrecht, das eine Zugriffsmacht einschließt (165). Gewährung durch Rechtsatz (165). Vertragsmäßige Erweiterung oder Einschränkung (165). Voraussetzungen (166). Gleichartigkeit der geschuldeten Leistungen (166). Erfüllbarkeit der eignen, Fälligkeit der fremden Schuld (166). Einfluß der Ortsverschiedenheit (166). Ungleichheit des Umfanges der Forderungen (167). Rechtsbeständigkeit beider Forderungen (167). Behaftung mit Einreden (167). Aufrechnungsrecht nur des Schuldners und des Ablösungsberechtigten (167). Nur mit eigener Forderung (167). Erfordernis der Verfügungsmacht (167). Nur mit Forderung gegen den Gläubiger (168). Jedoch Schutz gegen den Verlust einer begründeten Aussicht auf Aufrechnung durch Gläubigerwechsel (168). Forderungen, denen gegenüber die Aufrechnung unzulässig ist (169). Forderungen aus vorsätzlicher unerlaubter Handlung (169). Unpfändbare Forderungen (169). Einschränkungen des Aufrechnungsverbots zugunsten der Beitragsforderungen von Hilfsverbänden (169). Im Beamtenrecht (170). Im Gesinderecht (170). Aufrechnungsverbot gegenüber vinkulierten

(Die eingeklammerten Zahlen bedeuten die Seitenzahlen.)

Beitragsforderungen von Körperschaftsmitgliedern (170). Privileg des Fiskus und der Gemeinden zwecks Kassentrennung (170). Ausübung des Aufrechnungsrechts (171). Durch einseitige empfangsbedürftige rechtsgeschäftliche Willenserklärung (171). Keine Bedingung oder Befristung (171). Eventualaufrechnung (171). Bestimmung der aufzurechnenden Forderung bei Vorhandensein mehrerer geeigneter Forderungen (171). Wirkung (172). Erlöschen der Forderungen erst durch die Aufrechnungserklärung (172). Bis dahin bestehen die Forderungen (172). Die Aufrechnungslage aber ist bereits ein rechtlich wirksamer Zustand (172). Sie schwächt die Forderungskraft (173). Rechtsfolgen (173). Rückwirkende Kraft der vollzogenen Aufrechnung (173)	153
IV. Vertragsmäßige Aufhebung (173). Zulässigkeit (173). Erlaß (173). Kein einseitiger Verzicht (174). Der Erlaßvertrag (174). Formfrei (174). Unmittelbare Bewirkung des Erlöschens des Schuldverhältnisses (174). Abstrakter Vertrag (174). Jedoch nicht notwendig (175). Mögliche Erlaßwirkung des negativen Anerkennungsvertrages (175). Kausaler Schuldauhebungsvertrag (175). Schuldneuerung (176)	173
V. Aufhebung durch einseitiges Rechtsgeschäft (177). Kraft Gestaltungsrechts (177). Kündigung ohne Kündigungsfrist (177). Möglicherweise auch Rücktritt (177)	177
VI. Beendigung durch objektive Tatbestände (177). Vereinigung von Forderung und Schuld (177). Abweichungen (178). Eintritt einer auflösenden Bedingung oder eines Endtermins (178). Tod (178). Unter Umständen auch Eintritt der Unmöglichkeit der Leistung (179).	177

Dritter Titel.

Rechtsnachfolge in Schuldverhältnisse.

§ 180. Rechtsnachfolge in Forderungen	179
I. Überhaupt (179). Möglichkeit (179). Gesamtnachfolge (179). Vererblichkeit (180). Römische Universalsukzession (180). Deutschrechtliche Vermögensnachfolge (180). Sondernachfolge (180) . . .	179
II. Übertragung durch Rechtsgeschäft (181). 1. Geschichte (181). Deutsches Recht (181). Ursprünglich keine Übertragung ohne Zustimmung des Schuldners (181). Wohl aber Übertragung mit Zustimmung des Schuldners (182). Vorauserteilung der Zustimmung (182). Entwicklung der freien Übertragbarkeit bei Wertpapieren (182). In anderen Fällen (182). Endlich als Regel (182). Römisches Recht (183). Keine Sondernachfolge (183). Ersatz durch Novation (183). Ausbildung der Zession (183). Rezeption des römischen Zessionsrechts (183). Umbildung der Zession zur Forderungsabtretung (183). Gesetzbücher (184). 2. Erfordernisse (184). Abtretungsvertrag (184). a. Personen (184). b. Gegenstand (185). Inbegriffe von Forderungen (185). Einzelne aus einem zusammengesetzten Schuldverhältnis gelöste Forderungen (185). Forderungsteile (186). Künftige Forderungen (186). c. Inhalt (186). Dinglicher (gegenstandsrecht-	

(Die eingeklammerten Zahlen bedeuten die Seitenzahlen.)

licher) Vertrag (186). Rechtsgrund kann gesetzliche oder von Todeswegen auferlegte Verpflichtung oder Schuldvertrag sein (187). Unabhängigkeit vom Rechtsgrunde; abstrakter Vertrag, jedoch nicht notwendig (187). d. Form (188). Grundsatz der Formfreiheit (188). Ausnahmen und rechtliche Bedeutung bestimmter Formen (188). *α.* Beurkundung (188). Recht auf Beurkundung (188). Bedeutung der Beurkundung für die Legitimation des neuen Gläubigers (188). *β.* Übergabe der Schuldurkunde (189). Bedeutung für die Geltendmachung der Forderung (189). Recht auf Herausgabe (189). *γ.* Kundmachung an den Schuldner (189). Römisches Erfordernis der Denuntiation (189). Dessen Wegfall (190). Selbständige Wirkung der Kundmachung nach B.G.B. (190). Verschaffung unbedingter Legitimation als Gläubiger zugunsten des Schuldners durch Anzeige der Urkundenerteilung (190). Natur dieser Kundmachung (191). Handelsrechtliche Erweiterung bei Fortführung der Firma (192). 3. Wirkungen (192). *a.* Gläubigerwechsel (192). Vermögensverschiebung (192). *b.* Übergang der Forderung in vollem Umfange (192). Nebenrechte und Vorzugsrechte (192). *c.* Übergang der Forderung mit ihren Mängeln und Schwächen (193). Einwendungen des Schuldners (193). Verengungen des Einwendungsrechtes (193). B.G.B. § 405 (194). Erweiterung durch § 406 (194). Einwendungen aus der Person des neuen Gläubigers (194). *d.* Fortdauer der Legitimation des bisherigen Gläubigers gegenüber dem Schuldner bis zu dessen Kenntniserlangung (194). Tragweite und Wirkungskraft des § 407 B.G.B. (195). *e.* Mehrmalige Abtretung derselben Forderung (196). B.G.B. § 408 (196). *f.* Schuldrechtliche Verpflichtungen des alten Gläubigers gegen den neuen Gläubiger (196). Der Abtretungsvertrag als solcher erzeugt lediglich eine Beihilfepflicht zur Ausübung (196). Verpflichtungen aus dem Kausalgeschäft; Gewährleistung (197). Aus unbefugtem Empfang (197). 4. Einschränkungen der Übertragbarkeit (198). *a.* Gesetzliche Übertragungsverbote (198). Für unpfändbare Forderungen (198). Spezialbestimmungen (198). *b.* Unübertragbarkeit wegen der Beschaffenheit der geschuldeten Leistung (199). Einzelfälle (199). Nichtigkeit der Abtretung (200). Möglichkeit der Abtretung unter Mitwirkung des Schuldners bei gleichzeitiger Vereinbarung einer Änderung des Schuldinhalts (200). Doch nur, wenn eine solche ohne Aufhebung der Forderungsidentität denkbar ist (201). Beschränkung der Übertragbarkeit wegen Beschaffenheit der Leistung (201). *c.* Vereinbarte Unübertragbarkeit (201). Schaffung eines unveräußerlichen Vermögensgegenstandes (201). Nichtigkeit der Abtretung (201). Abtretung mit Zustimmung des Schuldners (201). Schutz des gutgläubigen Erwerbers im Falle des § 405 B.G.B. (202). Vollmacht zur Geltendmachung (202). Pfändung (202). Vertragsmäßige Beschränkung der Übertragbarkeit (202). 5. Beschränkte Übertragung (203). Bedingung und Befristung (203). Belastung (203). Übertragung des Rechtes zur Ausübung (203). Fiduziarische Ab-

(Die eingeklammerten Zahlen bedeuten die Seitenzahlen.)

tretung (203). Treuhänderpflicht (204). Möglichkeit dinglicher Wirksamkeit der Beschränkung des Gläubigerrechts (204). 6. Über- tragung anderer Rechte (205). B.G.B. § 413 (205). Persönlichkeits- rechte (205). Mitgliedschafts- und Teilhaberrechte (205). Sachen- rechtliche oder personenrechtliche Einzelansprüche (206). Ge- staltungsrechte (206)	181
III. Gesetzliche Übertragung (206). 1. Fälle (207). Erwerb der Forderung durch freiwillige Befriedigung des Gläubigers auf Grund eines Ablösungsrechts (207). Das allgemeine Ablösungsrecht aus B.G.B. § 268 (207). Besondere Ablösungsrechte (207). Forderungs- übergang auf den, der den Gläubiger befriedigt, zur Sicherung eines Ersatzanspruches gegen den Schuldner (207). Forderungs- übergang behufs Schadloshaltung durch Erwerb einer Forderung des Gläubigers gegen einen Dritten (208). Versicherungsrechtliche Fälle (208). 2. Entsprechende Anwendung der für die rechts- geschäftliche Abtretung geltenden Vorschriften (208). Anerkennungs- urkunde (208). Schutz des bisherigen Gläubigers und des gut- gläubigen Schuldners (209)	206
IV. Übertragung durch richterliche Verfügung (209). Über- weisung an den Pfändungspfandgläubiger (209). Wirkungen (209).	209
§ 181. Rechtsnachfolge in Schulden	210
I. Überhaupt (210). Schuldnachfolge als „Rechtsnachfolge“ (210). Translative und kumulative Schuldnachfolge (211). Der Begriff der vervielfältigenden Passivsukzession (211). Haftungsverschiebungen bei der Schuldnachfolge (211). Haftungsnachfolge tritt nur kraft Überganges des Haftungsgegenstandes ein (212). Die persönliche Haftung als solche ist unübertragbar (212). Haftungsnachfolge ohne Schuldnachfolge und Schuldnachfolge ohne Haftungsnach- folge (212). Wegfall bisheriger oder Begründung neuer Haftung, Haftungsschwächung oder Haftungsverstärkung bei Schuldnach- folge (212). Die Haftungsverschiebungen berühren das Wesen der Schuldnachfolge nicht, weil die Identität der Schuld nur vom Schuldinhalt abhängt, zu dem das ergänzende Haftungsverhältnis nicht gehört (212). Schuldnachfolge kraft Gesamtnachfolge (213). Erbfolge (213). Gesamtnachfolge in ein Sondervermögen (213). Bald translativ, bald kumulativ (213). Von Rechtswegen ein- tretende Schuldennachfolge kraft Vermögensübernahme (214). Schuldnachfolge kraft Sondernachfolge in einen einzelnen Ver- mögensgegenstand (214). Bald translativ, bald kumulativ (214). Rechtsgeschäftliche Sondernachfolge in die Schuld für sich (215). Unvereinbar mit dem römischen Obligationsbegriff (215). Ent- wicklung im deutschen Recht (215). Durchsetzung nach der Re- zeption (215). In den Gesetzbüchern (215). Im gemeinen Recht (215). Im B.G.B. (216). Unklarheiten und Streitfragen (216). Das Prinzip der Sondernachfolge kraft Schuldübernahme durch neuere Angriffe nicht erschüttert (216). „Schuldübernahme“ im technischen Sinne als translative Schuldübernahme (217). Kumulative Schuldüber-	

(Die eingeklammerten Zahlen bedeuten die Seitenzahlen.)

	Seite
nahme als „Schuldmitübernahme“ (217). Schuld erfüllungsübernahme (217)	210
II. Schuldübernahme (217). Begriff (217). Zulässigkeit (217). Unübertragbare Schulden (218). 1. Zustandekommen (218). Vertrag (218). Gegenstandsrechtlicher Natur (218). Im Kern Verfügungsgeschäft (218). Schließt Verpflichtungsgeschäft ein (218). Abstrakt (218). Jedoch kausaler Gestaltung fähig (218). Formfrei (219). Auf zweierlei Weise möglich (219). a. Gläubigervertrag (219). Mitwirkung des Schuldners nicht erforderlich (219). b. Schuldnervertrag (220). Erfordernis der Zustimmung des Gläubigers (220). Einwilligung (220). Genehmigung (220). Schwebezustand bis zur Genehmigung oder Verweigerung der Genehmigung (220). Rückwirkende Kraft erteilter Genehmigung (220). Voraussetzung vorheriger Mitteilung (221). Wirkung der Verweigerung der Genehmigung (221). Fristsetzung für die Gläubigererklärung (221). Rechtliches Wesen des Vorganges (221). Verschiebung der Vermögenslast durch die Willenseinigung der beiden Schuldner (221). Darin enthaltene Verfügung über fremdes Recht (221). Die Mitwirkung des Gläubigers nur Gutheißung des Schuldnervertrages (222). Unberechtigte Angriffe auf die „Verfügungstheorie“ (222). Verfehlte Konstruktion eines ergänzenden Vertragsschlusses mit dem Gläubiger durch die „Angebotstheorien“ (223). Willkürliche Umdeutung in einen Unterfall des Gläubigervertrages durch die „Vertretungstheorie“ (223). Die Genehmigung des Gläubigers nicht Bestandteil, sondern Bedingung des die Schuldübertragung bewirkenden Schuldnervertrages (224). Mögliche Abhängigmachung der Genehmigungswirkung vom Eintritt einer aufschiebenden oder Nichteintritt einer auflösenden Bedingung (224). Besondere Regeln für den auf eine Hypothekenschuld gerichteten Schuldübernahmevertrag zwischen dem Erwerber und dem Veräußerer eines Grundstücks (224). 2. Wirkungen (225). Übergang der Schuld in vollem Umfange (225). Zum Übergange der für die Schuld begründeten besonderen Haftungsverhältnisse bedarf es der Mitwirkung des Haftenden (225). Bei Bürgschaften, Pfandrechten und Hypotheken (226). Bei gesetzlichen Bürgschaften und Pfandrechten (226). Formfreiheit der Einwilligung des Haftenden (226). Ihre Rechtsfolgen (226). Folgen der Nichteinwilligung (226). Kein Übergang von Konkursvorrechten (226). Übergang der Schuld mit allen ihr anhaftenden Mängeln (227). Einwendungen des neuen Schuldners aus dem Rechtsverhältnis zwischen dem Gläubiger und dem bisherigen Schuldner (227). Aus dem eignen Verhältnis zum Gläubiger (227). Keine Einwendungen aus dem zugrunde liegenden Verhältnis zwischen ihm und dem alten Schuldner (227)	217
III. Schuldmitübernahme (228). Begriff (228). 1. Zustandekommen (228). Abstrakter dinglicher Vertrag (228). Verfügungsgeschäft (228). Formfrei (228). Wesensverschieden vom Bürgschaftsvertrage und vom abstrakten Schuldversprechen (229). Auch	

(Die eingeklammerten Zahlen bedeuten die Seitenzahlen.)

	Seite
hier doppelte Art des Vertragsschlusses (229). Zwischen Übernehmer und Gläubiger ohne Mitwirkung des Schuldners (229). Dagegen zwischen Übernehmer und Schuldner nur unter Zustimmung des Gläubigers (230). 2. Wirkungen (230). Nachträgliche Umwandlung in befreiende Schuldübernahme (230)	228
IV. Schulderfüllungsübernahme (230). Begriff (230). Der Vertrag ist ein Schuldvertrag (230). Verbindung mit Schuldübernahmevertrag (231). 1. Schuldverhältnis zwischen dem Schuldner und dem Übernehmer (231). Schuldbefreiungspflicht (231). Schuldbefreiung durch befreiende Schuldübernahme (231). Durch Befriedigung des Gläubigers (231). Erfüllungsübernahme mit unbedingtem Leistungsversprechen (232). 2. Verhältnis zum Gläubiger (232). Das Schuldverhältnis zwischen ihm und dem Schuldner bleibt unberührt (232). Im Zweifel erlangt er kein Recht gegen den Übernehmer (232). Ein solches kann aber ausbedungen sein (232). Verhältnis des so erworbenen Forderungsrechts zum ursprünglichen Forderungsrecht (233)	230
V. Schuldnachfolge kraft Vermögensübernahme (233). Fortwirken der deutschrechtlichen Auffassung der Schulden als Passivbestandteile des Vermögens in Fällen einer Vermögensübernahme ohne Gesamtnachfolge (233). Unterstellung einer generellen Schuldübernahme (233). Die handelsrechtliche Streitfrage über die Schicksale der Geschäftsschulden bei der Übernahme eines Handelsgeschäftes (234). Sieg des Grundsatzes, daß die Schulden von Rechts wegen dem Vermögen folgen (234). 1. Übernahme des Gesamtvermögens einer Person (234). B.G.B. § 419 (234). Schuld nachfolge als gesetzliche Folge des Übernahmevertrages (235). Anwendung auf Verbandsvermögen (235). Auf einen Vermögensbruchteil (235). Trotz Ausnehmung einzelner Gegenstände (236). Bei tatsächlicher Überführung des Vermögens auf Grund eines auf einzelne Gegenstände gerichteten Vertrages (236). Von Rechts wegen eintretende kumulative Gesamtnachfolge in die Schulden des bisherigen Vermögensherrn (236). Der neue Vermögensherr wird Schuldner, nicht bloß Hafter (236). Anders als bei Bestellung eines Nießbrauchs (237). Der bisherige Vermögensherr bleibt Schuldner, nicht bloß Hafter (237). Beschränkte Haftung des neuen Vermögensherrn (237). Geltendmachung der Beschränkung (237). Möglichkeit abweichender Regelung unter Mitwirkung des Gläubigers (238). Das innere Verhältnis zwischen Veräußerer und Erwerber (238). 2. Übernahme eines Sondervermögens (238). Besondere Vorschriften über den Erbschafts Kauf (238). Entsprechende Anwendung des § 419 B.G.B. bei allen Sondervermögen (238). Konsequenzen (239). Bei Gesellschafts- und Vereinsvermögen (239). Bei unselbständigem Zweckvermögen (239). Bei ehelichen Gütermassen (240). Bei Übertragung eines Handelsgeschäftes unter Lebenden (240). Ergänzung, nicht Beseitigung der Vorschriften des bürgerlichen Rechts durch H.G.B. § 25 (240). Unmittelbare	

(Die eingeklammerten Zahlen bedeuten die Seitenzahlen.)

Anwendbarkeit von § 419, wenn das Geschäftsvermögen sich mit dem Gesamtvermögen des Kaufmanns deckt (240). Entsprechende Anwendung, wenn das nicht der Fall ist (240). Unerläßliche Forderung des Rechtsbewußtseins (241). Die handelsgesetzliche Sonderbestimmung setzt die unabdingbare gesetzliche Schuldnachfolge in die Geschäftsschulden voraus und spricht nur von dem Hinzutritt persönlicher Haftung (241). Persönliche Haftung kraft Firmenfortführung (241). Kraft Kundmachung der Schuldenübernahme (242). Die Vermögenshaftung des Erwerbers bleibt vom Nichteintritt seiner persönlichen Haftung unberührt (242). Haftung des Veräußerers (242). Verjährung (242). Inneres Verhältnis (242). Eintritt in das Geschäft eines Einzelkaufmanns als Handelsgesellschafter (242). H.G.B. § 28 (243). Folgen aus der Anwendbarkeit von § 419 (243). Übernahme eines Handelsgesellschaftsgeschäfts durch einen Gesellschafter (243). Abweichende Regelung im Sinne von Gesamtnachfolge im Falle des § 142 H.G.B. (243). Nießbrauch an einem Handelsgeschäft (243). Übergang eines Handelsgeschäftes im Wege des Erbganges (244). Bedeutung und Tragweite des § 27 H.G.B. und Verhältnis desselben zum bürgerlichen Recht (244) . 233

Vierter Titel.

Schuldrechtliche Gemeinschaft.

§ 182. Schuldgemeinschaft 245

I. Überhaupt (245). Ungleichartige Struktur der Schuldgemeinschaft (245). Keine Schuldgemeinschaft, wenn es trotz Gleichheit des Schuldinhalts an einem einheitlichen Schuldverhältnis der mehreren Schuldner fehlt (246). „Unechte“ Gesamtschuld (246). Keine Schuldgemeinschaft, wenn bei einem einheitlichen Schuldverhältnis mehrere Passivbeteiligte nicht dasselbe schulden (246). Schuldgemeinschaft ist nicht bedingt durch Haftungsgemeinschaft (247). Haftungsgemeinschaft begründet keine Schuldgemeinschaft (247) . 245

II. Geschichtliche Entwicklung (247). 1. Älteres deutsches Recht (247). Einfluß der Trennung von Schuld und Haftung (247). a. Schuldgemeinschaften nach Anteilen (247). Vorkommen (247). Anteilige Haftung (247). Keine notwendige Deckung (248). b. Schuldgemeinschaften zur gesamten Hand (248). Bei Gemeinschaften zu gesamter Hand (248). Kraft besonderer rechtsgeschäftlicher Begründung (248). Keine Schuld eines jeden Mitschuldners auf das Ganze (249). Die Schuldanteile (249). Haftungsgemeinschaft zur gesamten Hand kraft Haftung des Gemeinschaftsvermögens (249). Daneben stehende Sonderhaftung (249). Bei der rechtsgeschäftlichen Verpflichtung zur gesamten Hand wird stets Sonderhaftung übernommen (250). Zwei Formen der Haftungsgemeinschaft, je nachdem der Gläubiger zunächst jeden Mithaftenden nur wegen seines Anteils angreifen darf und erst wegen des Ausfalls den Zugriff auf die übrigen hat oder von vornherein sich an jeden einzelnen Mithaftenden wegen der ganzen Schuld halten kann (250).

(Die eingeklammerten Zahlen bedeuten die Seitenzahlen.)

Bürgenhaftung zu gesamter Hand (251). c. Genossenschaftliche Schuldgemeinschaft (251). Gesamtschuld (251). Haftungsverhältnisse (251). Entwicklung zur Körperschaftsschuld (251). d. Solidarische Schuldgemeinschaft (251). Ursprünglich nur solidarische Haftung (251). 2. Seit der Rezeption (252). Römisches Recht (252). Geteilte Obligation oder Solidarobligation als einzige Möglichkeiten (252). Die Solidarobligation und ihre Abschwächungen (252). Auch sie erschöpft sich in gesonderten Verpflichtungen der einzelnen Mitschuldner und begründet keine Schuldgemeinschaft (252). Doch ergibt sich ein innerer Zusammenhang der Sonderverpflichtungen von der objektiven Seite her aus der Identität des Leistungsgegenstandes (253). Je nach der Stärke dieses Zusammenhanges unterscheidet das römische Recht Korrealobligationen und schlichte Solidarobligationen (253). Der Streit über das Wesen dieses Gegensatzes (253). Das Fortleben deutschrechtlicher Anschauungen (253). Ihr Einfluß auf das gemeine Recht und auf die Gesetzbücher (253). Ausdehnung der Gesamtschuld (254). Geltendmachung der Haftungsarten (254). Einwirkung des Gedankens der Verpflichtung zur gesamten Hand (254). Verschwinden des Unterschiedes zwischen Korrealobligation und schlichter Solidarobligation (255). Schuldgemeinschaft zwischen Gesamtschuldnern (255). Wiederbelebung der echten Gemeinschaftsschuld zur gesamten Hand neben der solidarischen Gesamtschuld (255). Genossenschaftliche Gesamtverbindlichkeiten (255). Das System des B.G.B. (256) 247

III. Anteilsschuld (256). Gesetzliche Regel, tatsächliche Ausnahme (256). Auflösung der Schuldgemeinschaft in gesonderte Schuldverhältnisse (256). Fortbestehender Zusammenhang möglich (256). 256

IV. Gesamtschuld (256). Bei unteilbarer Leistung (256). Bei gemeinschaftlicher vertragsmäßiger Verpflichtung (257). Bei Mitbürgerschaft (257). Bei Schadensersatzpflicht Mehrerer aus unerlaubter Handlung (257). In zahlreichen anderen Fällen kraft besonderer gesetzlicher Vorschrift (258). Die Gesamtschuld als zusammengesetztes Schuldverhältnis (258). Die Annahme einer einzigen Schuld mit mehreren Subjekten durch die selbständige Schuldnerstellung jedes Mitschuldners ausgeschlossen (258). Jedoch keine bloße Vielheit von Obligationen (259). Sondern Verbindung der Einzelschuldverhältnisse zu einem einheitlichen „Gesamtschuldverhältnisse“ für den Bereich ihrer Zusammengehörigkeit (259). Schuldgemeinschaft (259). Die Einzelschuldverhältnisse (259). Ihr selbständiges Dasein (259). Möglichkeit ungleicher Nebenbestimmungen, Nebenverpflichtungen und Haftungen (260). Selbständige Forderung des Gläubigers gegen jeden Mitschuldner (260). Besondere Schicksale der Einzelschuld (260). Schuldändernde und schuldzerstörende Tatsachen, die nur für und wider den einzelnen Gesamtschuldner wirken (260). Das Gesamtschuldverhältnis (261). Forderungsrecht des Gläubigers gegen die Mitschuldner ins-

(Die eingeklammerten Zahlen bedeuten die Seitenzahlen.)

gesamt (261). Einheitliche Verfügung über die Forderung gegen Alle (261). Gesamtwirkung der schuldändernden oder schuldzerstörenden Tatsachen objektiver Natur (262). Aber auch der an sich nur subjektiv wirkenden Tatsachen, wenn sie gleichmäßig in der Person aller Mitschuldner eintreten (262). Gesamtwirkung der Erfüllung (262). Des Erfüllungersatzes (262). Des mit einem der Mitschuldner zugunsten aller geschlossenen Erlafsvertrags (262). Des Eintrittes des Annahmeverzuges (262). Der Bereinigung des Annahmeverzuges (263). Möglichkeit einer weitergehenden Schuldgemeinschaft im Einzelfalle (263). Insbesondere auch hinsichtlich der Verantwortlichkeit für Verzug oder Verschulden eines Mitschuldners (263). Im Verhältnis der Gesamtschuldner zueinander grundsätzliche Durchführung der Einheit des Gesamtschuldverhältnisses (263). Der gesetzlichen Regel nach innere Schuldgemeinschaft zu gleichen Anteilen (263). Mithilfe- und Beitragspflicht eines jeden zur Bewirkung der Leistung (264). Ausgleichungsanspruch (264). Gesetzlicher Forderungsübergang in Höhe des Ausgleichungsanspruches auf den befriedigenden Schuldner (264). Möglichkeit einer inneren Schuldgemeinschaft zu ungleichen Anteilen (265). Möglichkeit des Mangels einer inneren Schuldgemeinschaft, weil ein Gesamtschuldner dem anderen Gesamtschuldner gegenüber die Schuld allein zu tragen hat (266). Rechtsfolgen (265). 256

V. Gemeinschaftsschuld (266). Entspringt aus jeder Vermögensgemeinschaft zu gesamter Hand, wenn und soweit eine Schuld als Passivbestandteil des gemeinschaftlichen Vermögens erscheint (266). Dem Gläubiger gegenüber einheitliche Schuld, deren Subjekt die Gemeiner in ihrer Verbundenheit sind (266). Möglichkeit reiner Gemeinschaftsschuld (267). Regelmäßig Ergänzung durch zugehörige Sonderschuldverhältnisse (267). Bald durch Sonderschuld nur eines der Gemeiner (267). Bald durch anteilige Sonderschuld aller (267). Bald durch Gesamtschuld aller als Sonderschuld (267). Haftungsverschiedenheiten (267). Mannigfach ungleiche Gestaltung des inneren Schuldverhältnisses (267). Die innere Schuldverteilung braucht sich mit den äußeren Schuld- und Haftungsverhältnissen keineswegs zu decken (268) 266

§ 183. Forderungsgemeinschaft 268

I. Überhaupt (268). Arten (268). Keine Forderungsgemeinschaft mangels Einheit des Schuldverhältnisses (268). Keine Mitgläubigerschaft des Gläubigers und des Forderungsnießbrauchers oder Forderungspfandgläubigers (268). Auch nicht des Versprechensempfängers und des berechtigten Dritten aus einem Vertrage zugunsten des Dritten (269) 268

II. Geschichtliche Entwicklung (269). 1. Älteres deutsches Recht (269). a. Forderung Mehrerer nach Anteilen (269). b. Forderungsgemeinschaft zu gesamter Hand (269). Zuständigkeit des Gläubigerrechts (270). Geltendmachung durch Einen für Alle (270). Verbindung des Gläubigerrechts mit dem einem Anderen zu treuer

(Die eingeklammerten Zahlen bedeuten die Seitenzahlen.)

Hand zustehenden Forderungsrecht (270). c. Genossenschaftliche Gesamtforderungen (270). Forderungsgemeinschaften zwischen einer Verbandsperson und ihren Mitgliedern (271). 2. Seit der Rezeption (271). Römisches Recht (271). Geteilte Forderung oder solidarische Mitgläubigerschaft (271). Korrealobligation und schlichte Solidarobligation (271). Erhaltung deutschrechtlicher Anschauungen bei den Vermögensgemeinschaften zu gesamter Hand (271). Einfluß des deutschen Rechts auf die Regelung der Mitgläubigerschaft im Sinne aktiver Korrealität (271). Das Gesamthandsprinzip des preussischen Landrechts (272). System des B.G.B. (272). Mitgläubigerschaft nach Anteilen, Gesamtgläubigerschaft, Forderungsgemeinschaft zur gesamten Hand (272). Daneben genossenschaftliche Gesamtforderungen (272)	269
III. Mitgläubigerschaft nach Anteilen (273). Als gesetzliche Regel bei teilbarer Leistung (273). Mögliche Fortdauer eines rechtlichen Zusammenhangs zwischen den Teilforderungen (273) .	273
IV. Gesamtgläubigerschaft (273). Begriff (273). Rechtsgeschäftliche Begründung (273). Vereinzelt Vorkommen kraft Rechtsatzes (273). Zusammengesetztes Schuldverhältnis (273). Selbständiges Forderungsrecht jedes Mitgläubigers für sich und Verbindung zum Gesamtforderungsrecht in einem Gemeinschaftsbereich (273). Die Einzelforderung jedes Mitgläubigers auf die ganze Leistung (274). Geltendmachung bis zur Erledigung der Schuld (274). Möglichkeit besonderer Rechtsschicksale jeder Einzelforderung (274). Verfügungsmacht jedes Mitgläubigers über seine Forderung (274). Die einheitliche Gesamtforderung (275). Gemeinsame Verfügung über diese (275). Tatbestände mit schuldändernder oder schuldzerstörender Gesamtwirkung (275). Erfüllung an einen Gläubiger (275). Erlaß seitens eines Gläubigers (275). Verzug (275). Vereinigung (275). Vertragsmäßige Erweiterung (276). Verhältnis der Gesamtgläubiger zueinander (276). Innere Forderungsgemeinschaft (276). Verantwortlichkeit und Ausgleichspflicht (276). Die innere Forderungsgemeinschaft kann zu ungleichen Anteilen bestehen oder ganz fehlen (276)	273
V. Mitgläubigerschaft zur gesamten Hand (277). Zwei Formen. 1. Mitgläubigerschaft zur gesamten Hand mit mehrfachem Forderungsrecht (277). Nach der gesetzlichen Regel bei unteilbarer Leistung (277). Sonst kraft Vertrages (277). Wenn sie nur auf der Unteilbarkeit der Leistung beruht, geht sie mit einer Änderung des Schuldinhalts, durch die eine teilbare Leistung an Stelle der unteilbaren tritt, in eine Mitgläubigerschaft nach Anteilen über (277). Das Gläubigerrecht als solches steht den Mitgläubigern als ungeteiltes Gesamtrecht zu (277). Nur ihnen zusammen eignet das „Bekommensolleu“ (277). Folgen für Bewirkung und Angebot der Leistung (277). Gläubigerverzug (278). Verfügung über das gemeinschaftliche Forderungsrecht (278). Gleichzeitig aber steht jedem Gläubiger ein eignes Forderungsrecht zu (278). Jedoch nur auf	

(Die eingeklammerten Zahlen bedeuten die Seitenzahlen.)

Leistung an alle (278). Daher kein gesondertes Gläubigerrecht (278). Wohl aber ein Einzelrecht, das besonderer Rechtsschicksale fähig ist (278). Das innere Gemeinschaftsverhältnis (279). Mangels eines besonderen Rechtsbandes keine Gesamthandsgemeinschaft (279). Keine Gemeinschaft nach Bruchteilen, aber einer solchen verwandt (279). 2. Mitgläubigerschaft zur gesamten Hand mit einheitlichem Forderungsrecht (279). Stets bei Zugehörigkeit der Forderung zu einem Gemeinschaftsvermögen (279). Bei gewissen Forderungen kraft gesetzlicher Vorschrift (279). Rechtsgeschäftliche Begründung (280). Hier entspricht dem gemeinschaftlichen Gläubigerrecht lediglich ein gemeinschaftliches Forderungsrecht (280). An sich können dasselbe nur alle Teilhaber gemeinschaftlich ausüben (280). Keine Spaltung der Forderungsgemeinschaft durch Ausübung seitens eines Vertreters der Gesamtheit oder die Einrichtung einer ständigen Repräsentation (280). Allein die Abzweigung eines Einzelrechts auf Ausübung ist möglich (280). Recht eines Teilhabers, in eigenem Namen über die Forderung zu verfügen, wie bei ehelichem Gesamtgut (280). Dieses Einzelrecht ist kein zweites Forderungsrecht, sondern ein Recht an der gemeinschaftlichen Forderung (281). Das jedem Teilhaber zustehende Einzelrecht bei der Erbengemeinschaft (281). Der Anspruch jedes Miterben hat gleichen Inhalt wie das Forderungsrecht aus § 432¹ B.G.B. (281). Ist aber wesensverschieden (281). Kein besonderes Forderungsrecht (281). Sondern lediglich Ausfluß eines aus der Forderungsgemeinschaft entspringenden Sonderrechts an der Forderung (281) 279

Zweites Kapitel.

Schuldverhältnisse aus Rechtsgeschäften.

Erster Titel.

Schuldverhältnisse aus Rechtsgeschäften überhaupt.

§ 184. Der Schuldvertrag 282

I. Begriff und Wesen des Schuldvertrages (282). Begriff (282). Schuldrechtliche Verträge, die ein Schuldverhältnis nur gestalten, nicht begründen, sind keine Schuldverträge (282). Der Schuldvertrag nicht Verfügungsgeschäft, sondern Verpflichtungsgeschäft (282). Der Kern jedes Schuldvertrages ist ein Versprechen (283). Das Versprechen als Verpflichtungsgrund (283). Grundtypus des deutschen Schuldvertrages ist das angebotene und angenommene Versprechen (283). Gegensatz zur römischen Stipulation (283). Doch kann auch heute die Aufforderung zum Versprechen als Angebot vorangehen und das Versprechen als Annahme nachfolgen (283) 282

II. Zustandekommen des Schuldvertrages (283). Nach den allgemeinen Grundsätzen für Verträge (283). Besondere Bedeutung der Regeln über Antrag und Annahme für Schuldverträge (283). Ihr deutschrechtlicher Ursprung (284). Die bindende Kraft des

(Die eingeklammerten Zahlen bedeuten die Seitenzahlen.)

Antrags im älteren deutschen Recht (284). Die Unterscheidung des „Haltensollens“ vom „Leistensollen“ (284). Dem römischen Recht fremd und im gemeinen Recht nicht anerkannt (284). In den deutschen Gesetzbüchern, im A.D.H.G.B. und im B.G.B. durchgedrungen (284). Der Vertragsantrag heute eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, die für sich noch kein Rechtsgeschäft ist, aber einen der Verfügung des Antragenden entzogenen Teilbestand eines Vertragsverhältnisses schafft (285). 1. Antrag (285). Erfordernisse (285). Wirksam mit dem Zugehen (285). Erlöschen der Antragskraft (285). Ablehnung (285). Annahmefrist (285). Gewillkürte (286). Gesetzliche (286). Wegfall der Antragskraft durch nicht rechtzeitiges Zugehen einer Annahmeerklärung (286). Verspätetes Zugehen einer rechtzeitig abgesandten Annahmeerklärung (286). Anzeigepflicht des Empfängers (287). Ihre Verzögerung bewirkt, daß die Annahme nicht als verspätet gilt (287). Widerruf des Antrags wirkungslos (287). Ausschließung oder Beschränkung der Gebundenheit (287). Tod oder Eintritt der Geschäftsunfähigkeit (287). 2. Annahme (287). Erfordernisse (287). Empfangsbedürftigkeit der Annahmeerklärung (288). Ausnahmen kraft Verkehrssitte oder kraft Verzichts des Antragenden (288). Annahme durch schlüssige Handlungen (288). Durch bloßes Schweigen (288). Gerichtliche oder notarielle Beurkundung ohne gleichzeitige Anwesenheit beider Teile (288). Frist (289). 3. Zeitpunkt des Zustandekommens (289). Bei Vertragsschluss unter Abwesenden (289). Sieg der Empfangstheorie (289). Ausnahme, wenn die Annahmeerklärung nicht empfangsbedürftig ist (289). Keine Unterscheidung mehr zwischen Abschluss und Perfektion des Vertrages (290). Wegfall der Zurückbeziehung der Wirkungen auf den Zeitpunkt, in dem sich der Annehmende der Annahmeerklärung entäußert hat (290). 4. Versteigerung (290). Begriff (291). Juristische Konstruktion (291). Im Zweifel Zustandekommen erst durch den Zuschlag (291). Die Erklärung des Versteigerers nur Aufforderung zu Anträgen, das einzelne Gebot bindender, aber durch besseres Gebot erlöschender Antrag (291). Mögliche Verlängerung der Zeitdauer der Antragskraft (292). Kein Recht auf den Zuschlag (292). Abweichende Ausgestaltung, so daß der Vertrag schon durch ein nach den Versteigerungsbedingungen zulässiges Gebot unter der auflösenden Bedingung eines besseren Gebots zustande kommt, ist möglich (292). Einfluss von Winkelverträgen auf das Ergebnis stellt die Wirksamkeit des durch Versteigerung geschlossenen Vertrages nicht in Frage (292). Unsittliche oder verbotene Winkelverträge sind nichtig (293). Verpflichtung zum Schadensersatz aus § 826 B.G.B. (293) 283

III. Wirkung des Schuldvertrages (293). Einseitige und zweiseitige Schuldverträge (294). Besondere Stellung der gegenseitigen Verträge (294). Abhängigkeit der beiderseitigen Leistungspflichten voneinander (294). Im deutschen Recht überwiegend als innerlich

(Die eingeklammerten Zahlen bedeuten die Seitenzahlen.)

zusammenhängende Bestandteile eines einheitlichen Schuldverhältnisses aufgefaßt (294). Im römischen Recht als grundsätzlich gesonderte, einander selbständig gegenüberstehende Schuldverpflichtungen, die nur in äußeren Zusammenhang gesetzt sind (295). Nach der Rezeption siegte im gemeinen Recht die römische, in den großen Gesetzbüchern die deutsche Auffassung (295). Vermittelnder Standpunkt des B.G.B. (295). Man muß für das heutige Recht ein zusammengesetztes Schuldverhältnis annehmen (295). „Genetische“ Abhängigkeit der beiderseitigen Leistungspflichten voneinander (295), „Funktionelle“ Abhängigkeit (296). Beschränkung der Geltendmachung der Forderung durch die Abhängigkeit von der Gegenforderung (296). Nach der deutschen Auffassung schuldet jeder Teil Leistung nur gegen Leistung (296). Durchführung im preuß. Landr. und in anderen Gesetzbüchern (296). Nach der römischen Auffassung schuldet jeder Teil die Leistung unbedingt und hat nur ein Gegenrecht auf spätestens gleichzeitige Leistung des anderen Teils (296). Die *exceptio non adimpleti contractus* im gemeinen Recht (296). Das B.G.B. legt die römische Auffassung zugrunde, hat aber die Einrede des nicht erfüllten Vertrages weiter ausgebaut (296). Jeder Teil kann auf Leistung schlechthin klagen (297). Der andere Teil kann aber die Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung verweigern und durch Geltendmachung dieses Gegenrechts im Wege der Einrede die Beschränkung der Verurteilung auf Leistung Zug um Zug erzielen (297). Beweislast (297). Einschränkung bei Teilerfüllung (297). Bei erfolgter ungehöriger Erfüllung (297). Abweichende Verhältnisse, wenn ein Teil vorzuleisten hat (297). Der Vorleistungspflichtige kann nur fordern, nachdem er selbst geleistet hat; Ausnahme bei Annahmeverzug des anderen Teils (298). Er hat kein Leistungsverweigerungsrecht gegenüber der Forderung des anderen Teils; Ausnahme bei Gefährdung seines Anspruchs auf Gegenleistung durch nachträglichen Eintritt einer wesentlichen Verschlechterung in den Vermögensverhältnissen des anderen Teils (298). Einschränkung des Rechtes jedes Teils in Ansehung der Erfüllung der Schuld (298). Gegenüber dem römischen und gemeinen Recht sind zwei Grundsätze deutscher Herkunft durchgedrungen (298). Erstens der Grundsatz, daß, wenn infolge eines Zufalls die Leistung des einen Teils unmöglich wird, auch die Verpflichtung des anderen Teils zur Gegenleistung wegfällt (298). Zweitens der Grundsatz, daß, wenn der eine Teil die Leistung nicht rechtzeitig bewirkt, der andere Teil den vereinbarten Leistungsaustausch ablehnen und vom Vertrage zurücktreten kann (299). Beide Grundsätze sind im B.G.B. anerkannt (299). Darauf beruhen die Vorschriften über die besonderen Wirkungen, die sich bei gegenseitigen Verträgen an den Eintritt der Unmöglichkeit einer Leistung und an den Leistungsverzug knüpfen (299) 293

IV. Wegfall des Schuldvertrages (300). 1. Überhaupt (300). Er-

(Die eingeklammerten Zahlen bedeuten die Seitenzahlen.)

ledigung durch Erlöschen des Schuldverhältnisses (300). Andererseits wird das Schuldverhältnis in seinem Bestande betroffen, wenn der Schuldvertrag selbst wegfällt (300). a. Arten des Wegfalls (300). α . Nichtigkeit (300). β . Aufhebung (300). γ . Auflösung (300). b. Eintritt des Wegfalls (301). α . Von Rechts wegen; Nichtigkeit, Aufhebung oder Auflösung (301). β . Durch Vertrag (301). γ . Durch einseitige Willenserklärung auf Grund eines Gestaltungsrechts (301). Vernichtung durch Anfechtung (301). Aufhebung durch Kündigung (301). Auflösung durch Rücktritt (301). Verschiedene Bedeutung der als „Widerruf“ bezeichneten Erklärung (301). 2. Rücktritt (302). a. Geschichte (302). Älteres deutsches Recht (302). Lossagung vom Vertrage durch Zurücknahme des Versprechens zulässig, solange das Erfüllensollen nicht durch das Haltensollen gewährleistet war (302). Das ursprüngliche Reuerecht bei gegenseitigen Verträgen bis zur rechtsförmlichen Befestigung des Versprechens oder Erfüllung von einer Seite (302). Vertragsmäßiger Rücktrittsvorbehalt, insbesondere gegen Reuegeld (303). Rücktritt aus bestimmten Gründen (303). Folgen der Rezeption (303). Das Rücktrittsrecht hauptsächlich nur als Ausfluß gewisser im römischen Recht beim Kauf ausgebildeter Nebenverträge anerkannt (303). Gesetzliches Rücktrittsrecht bei der *actio redhibitoria* (303). Rücktrittsrechte des Handelsrechts (304). Kein fester Begriff des Rücktritts (304). Erst das B.G.B. hat ihn zu einem besonderen Rechtsinstitut erhoben und eingehend geregelt (304). b. Rücktrittsrecht (304). Vertragsmäßiges (304). Beliebig beschränkbarer Vorbehalt (304). Nur gegen Reuegeld (304). Nur aus bestimmten Gründen (304). Verwirkungsklausel (305). Beim Fixkauf des bürgerlichen Rechts (305). Gesetzliche Rücktrittsrechte (305). Beliebig, aber nur gegen Vergütung ausübbar Rücktrittsrechte bei den Frachtverträgen des Schiffahrtsrechtes (305). In bestimmten Fällen ein Rücktrittsrecht wegen veränderter Umstände (305). Keine allgemeine Geltung der *clausula rebus sic stantibus* (305). Gesetzliches Rücktrittsrecht wegen Nichterfüllung bei gegenseitigen Verträgen (306). Bald ohne Weiteres, bald erst nach Ablauf einer für die Erfüllung gesetzten Nachfrist begründet, bald von Verzug abhängig, bald unabhängig von Verschulden (306). Als eine besondere Art des gesetzlichen Rücktrittsrechtes erscheint das Wandelungsrecht (307). c. Ausübung (307). Einseitige Willenserklärung (307). Bei Beteiligung Mehrerer auf der einen oder anderen Seite (307). Rechtzeitigkeit (307). Erfordernisse, wenn der Rücktritt nur gegen Reuegeld zulässig ist (307). d. Wirkungen (307). Aufhebung der Verpflichtung, das Versprochene zu leisten, Begründung der Verpflichtung, die empfangenen Leistungen zurückzugewähren (307). Kein Fortbestand des alten Schuldverhältnisses, so daß der Rücktritt nur Gegenverpflichtungen und Einreden hervorriefe (307). Vielmehr verlieren die schon be-

(Die eingeklammerten Zahlen bedeuten die Seitenzahlen.)

wirkten Leistungen ihre Erfüllungskraft und die noch nicht bewirkten werden nicht mehr geschuldet (307). Aber auch keine rückwirkende Auflösung des ganzen Schuldverhältnisses, so daß nur neue Bereicherungsansprüche entstünden (308). Vielmehr behält der Schuldvertrag eine auf Rückgängigmachung seiner bisherigen Wirkungen gerichtete Wirkungskraft (308). Der Rücktritt bewirkt also nur, wenn noch nichts geleistet ist, Beendigung des gesamten Schuldverhältnisses, dagegen insoweit, als schon etwas geleistet ist, nur Veränderung des bisherigen Schuldverhältnisses (308). Inhalt und Umfang der Verpflichtung zur Rückgewähr (309). Ermäßigung für den nichtverantwortlichen Teil bei gesetzlichen Rücktrittsrechten (309). Sonderregeln bei manchen gesetzlichen Rücktrittsrechten (309). e. Wegfall des Rücktrittsrechts (309). Wenn der Berechtigte zur Rückgewähr des empfangenen Gegenstandes auf Grund eines von ihm zu vertretenden Umstandes nicht imstande ist (309). Fälle (309). Unwirksamwerden des Rücktritts durch Rückgewährverzug (309). Des Rücktritts wegen Nichterfüllung durch sofortige Aufrechnungserklärung des anderen Teils (310). 300

§ 185. Das einseitige Schuldversprechen 310

I. Überhaupt (310). Im deutschen Recht spielt gegenüber der Verpflichtungserklärung des Schuldners vielfach die Annahmeerklärung des Gläubigers eine unscheinbare Rolle (310). In solchen Fällen nähert sich das Schuldgedinge einem einseitigen Schuldversprechen an (310). Doch blieb stets eine Versprechensannahme mittels einer Handlung, in der sich eine Erklärung des Gläubigerwillens finden liefs, erforderlich (311). Festhalten des Vertragsstandpunktes nach der Rezeption (311). Die römischen Ausnahmen (311). Die Gesetzbücher (312). Die neuere Strömung zugunsten der schuld begründenden Kraft des einseitigen Versprechens (313). Die Theorien von Kuntze und Siegel (313). Der Widerstand gegen die neue Lehre (313). Die Erweiterung des Rahmens des Schuldvertrages durch die Einführung deutschrechtlicher Gedankenelemente genügt (313). Ergänzend treten Schuldverhältnisse aus Täuschung des berechtigten Vertrauens eines Anderen auf Zustandekommen eines Vertrages hinzu, die überhaupt keine rechtsgeschäftliche Grundlage haben (313). Die Regel des § 305 B.G.B. (314). Der Vorbehalt von Ausnahmen (314). Dazu gehört nicht die Gebundenheit ans Wort (314). Auch nicht der Forderungserwerb eines Dritten aus einem zu seinen Gunsten geschlossenen Verträge (314). Ebenso wenig die Haftung aus verkehrswidrigem Verhalten bei Vertragsverhandlungen (315). Aber auch nicht die Schuldverschreibung auf den Inhaber (316). Noch weniger die Verpflichtungserklärung in einem Order- oder Rektapapier (316). Endlich auch nicht das Stiftungsgeschäft unter Lebenden (317). Wohl aber die Auslobung (317). Wird ein einseitiges Schuldversprechen anerkannt, so finden doch die Vorschriften über den Schuldvertrag entsprechende Anwendung (318) 310

(Die eingeklammerten Zahlen bedeuten die Seitenzahlen.)

<p>II. Auslobung (318). Begriff (318). Verpflichtende Kraft im deutschen Recht (318). Abweichender Standpunkt des römischen Rechts (318). Gemeines Gewohnheitsrecht und Gesetzbücher (319). Erfordernisse der Auslobung (319). Wirksame Willenserklärung (319). Bekanntmachung (319). Versprechen einer Belohnung für eine vorzunehmende Handlung (319). Das Preisausschreiben (320). Das zu befriedigende Interesse (320). Fälle, in denen eine scheinbare Auslobung vielmehr Wette ist (320). Wirkungskraft (320). Im bisherigen Recht Antrag auf Vertragsschluss (320). Abweichende Meinungen (321). Übergewicht der Vertragslehre (321). Verschiedene Auffassungen des Zustandekommens der Annahme bei ihren Anhängern (321). Richtige Auffassung (321). Das B.G.B. schließt die Vertragskonstruktion aus (322). Das Erfordernis einer Annahme läßt sich nicht hineindeuten (322). Trotzdem ist die Auslobung bis zur Vornahme der Handlung widerruflich (322). Voraussetzungen für die Wirksamkeit des Widerrufs (323). Mangel eines Ersatzanspruches dessen, der auf die Auslobung vertraut hat (323). Verzicht auf die Widerruflichkeit, insbesondere bei Fristbestimmung (323). Forderungserwerb, wenn von Mehreren ein Jeder für sich die Handlung vorgenommen hat (323). Wenn Mehrere zur Bewirkung des Erfolges zusammengewirkt haben (324). Bei Preisbewerbung (324). Entscheidung über die Preiswürdigkeit (324). Kein Eigentums- oder Urheberrechtserwerb des Auslobenden (325).</p> <p>§ 186. Form der Schuldverträge</p> <p style="padding-left: 2em;">I. Älteres deutsches Recht (325). Die Streitfrage über die Formbedürftigkeit der Schuldverträge im alten Recht (325). Die ältesten Vertragsformen zielten auf Haftungsbegründung für vorhandene Schuld ab (325). Der Schuldvertrag als solcher bedurfte keiner besonderen Form (326). Ausdrückliche Bekundung dieses Satzes in den Quellen des deutschen Mittelalters (326). Dagegen bedurfte die Haftung ursprünglich besonderer Begründung (327). Auch mußte sich der Gläubiger für den Beweis im Prozeß ein formelles Beweismittel verschaffen (327). Darum hohe Bedeutung der aus dem Haftungsrecht und dem Beweisrecht entwickelten Vertragsformen (327).</p> <p style="padding-left: 2em;">1. Haftungsrechtliche Formen erwachsen aus zwiefacher Wurzel (327). a. Aus den uralten Verstrickungsformen von Person oder Vermögen (327). α. Treugelübde (<i>fides facta</i>) (328). Einsatz der Person für Schuld durch ideelle Vergeiselung (328). Gemeinsamer Grundgedanke in allen Ausgestaltungen (328). Rechtsförmlicher Vollzug mit Hand und Mund (329). Ursprünglich ein selbständiger personenrechtlicher Vertrag (329). Zusammenwachsen mit dem Schuldvertrage (329). Versprechen mit Treuwort ohne Handritus, Handschlag ohne Treuwort (329). β. Wette (<i>wadiatio</i>) (330). Einsatz des Vermögens für Schuld (330). Der unausgetragene Streit über ihr Wesen (330). Entstehung durch Abspaltung von der realen Pfandsetzung (330). Ungleiche Ausgestaltung trotz Ein-</p>	<p>318</p> <p>325</p> <p>325</p>
---	----------------------------------

(Die eingeklammerten Zahlen bedeuten die Seitenzahlen).

heit des Grundgedankens in den einzelnen Stammesrechten (331). Die wadia als Haftungssymbol (331). Einräumung einer Zugriffsmacht auf das Vermögen und damit zugleich Einsatz des Herrschaftsrechtes an Haus und Hof (332). Beschaffenheit des als wadia gegebenen und genommenen Gegenstandes (332). Enthftung durch Einlösung des Scheinpandes (332). Recht und Pflicht zur Einlösung (332). Gestaltung bei der langobardischen Bürgschaft (332). Pfändungsrecht bei Nichteinlösung (333). Die Wadiation von Hause aus selbständiger Haftungsvertrag (333). Späterer Übergang in eine bestärkende Schuldvertragsform (333). Verschwinden aus dem Rechtsleben (333). Ersatz durch die Vermögenssatzung, die immer reines Haftungsgeschäft blieb (333). Dagegen nahm der als Abspaltung der Wadiation entstandene Vertragsschluss durch Begebung der Schuldurkunde von vornherein das Schuldversprechen in sich auf und wurde zur Quelle einer wichtigen Schuldvertragsform (334). γ. Verbindung von Treugelübde und Wette (334). Vielfach Verschmelzung (334). b. Zweite Wurzel die Empfangshaftung (334). Auf ihr beruhte die bindende Kraft der Realverträge (334). Schuldrechtliche Verpflichtung zur Rückerstattung bei Leihe, Verwahrung, Verpfändung und Darlehen (335). Bei gegenseitigen Verträgen Haftung für die versprochene Gegenleistung auf Grund des Empfanges der Leistung des anderen Teils (335). Vorher schon Leistensollen, aber noch kein Haltensollen, falls nicht das Versprechen durch Treugelübde oder Wette befestigt war (335). Die Erfüllung seitens des einen Teils aber zieht die bindende und erzwingbare Verpflichtung des anderen Teils nach sich, auch seinerseits zu erfüllen (335). Gleiche Wirkung der Teilerfüllung (336). Daraus frühzeitige Entwicklung des germanischen Arrhalvertrages (336). Der Streit über sein Wesen (336). Das Handgeld als sinnbildliche Vertretung der künftigen Leistung (336). Das Geben und Nehmen des Handgelds als Formalvertrag mit oder ohne Beimischung eines realgeschäftlichen Elements (337). Von Hause aus Form der Haftungsbegründung für bestehende Versprechensschuld (337). Ursprünglich nur Haftung des Empfängers (337). Entwicklung zum doppelseitig verpflichtenden Haftgelde, indem die arrha zugleich die Funktion einer wadia des Gebers übernimmt (337). Bedeutung für den Wegfall des Reuerechts (338). Im deutschen Mittelalter tritt die Bindungskraft in den Vordergrund (338). Nur vereinzelt Entwicklung zur Schuldvertragsform (338). Gottespfennig (338). Weinkauf (338). Herdgeld (338). Halftergeld (339) . . . 327

2. Beweisrechtliche Vertragsformen (339). Arten (339). Bedeutung für die Sicherung des Gläubigerrechts durch Beschaffung eines eidverlegenden Beweismittels (339). Für die Haftungsübernahme (339). Für das Schuldversprechen (340). Rechtsförmliche Zuziehung von Geschäftszeugen (340). Nur das ältere Sachsenrecht versagt der Überführung durch Zeugen, regelmäßig die eidverlegende Kraft (340). Beurkundung (341). Privaturkunde (341).

(Die eingeklammerten Zahlen bedeuten die Seitenzahlen.)

Öffentliche Urkunde (341). Abschluß vor Gericht (341). Gerichtszeugnis (341). Ausschließliche eidverlegende Kraft des Gerichtszeugnisses im älteren Sachsenrecht (341). Im Handelsvertrage des Reiches mit Flandern von 1173 (342) 339

II. Spätere Entwicklung (342). Verschiebungen in den letzten Jahrhunderten des Mittelalters (342). Abschwächung der rechtlichen Bedeutung der überlieferten Vertragsformen (342). Einfluß der Rezeption (342). Das römische Vertragssystem (342). Pactum und contractus (342). Formalkontrakte (343). Konsensualkontrakte und gleichgestellte pacta (343). Benannte Realkontrakte (343). Unbenannte Realkontrakte (343). Vergebliche Versuche der Durchsetzung des römischen Formalprinzips im gemeinen Recht (343). Sieg des Grundsatzes der Formfreiheit der Schuldverträge (344). Beibehaltung des Begriffes des Realvertrages bei den benannten Realkontrakten des römischen Rechts, aber Untergang der Funktion der Hingabe als Formersatz und Anerkennung der Vollwirksamkeit eines zur Eingehung verpflichtenden Konsensualvertrages (344). Die unbenannten Realkontrakte des römischen Rechts nach mancherlei Schwankungen aus dem gemeinen Recht verschwunden (344). Ausnahmen in einzelnen Fällen, insbesondere bei großen Schenkungen (345). Fortgebrauch der heimischen Formen im Leben (345). Aber nur die Form der Urkundenbegebung behauptet ihre eigenartige Kraft (345). Gegenströmung in den Partikularrechten (345). Gerichtliche, notarielle, einfache oder qualifizierte Schriftform bei manchen Arten von Schuldverträgen vorgeschrieben (345). System des preussischen und des französischen Rechts (345). Bedeutung der Formvorschriften (345). Für die Gültigkeit des Vertrages (345). Für die Erzwingbarkeit (346). Bloße Versagung der Klagbarkeit (346). Besondere Ausgestaltung im preussischen Landrecht (346). Für die Beweisbarkeit (346). Wiederherstellung des gemeinrechtlichen Grundsatzes der Formfreiheit im A.D.H.G.B. für Handelsgeschäfte und allgemein im B.G.B. (346). Doch gelten Ausnahmen (347). 342

III. Gesetzliche Formen (347). Im B.G.B. und in Spezialgesetzen (347). 1. Arten der für einzelne Schuldverträge gesetzlich vorgeschriebenen Formen (347). a. Gerichtliche oder notarielle Beurkundung (347). Fälle, in denen der ganze Vertrag dieser Form bedarf (347). Tragweite des § 313 B.G.B. (348). Fälle, in denen nur das Versprechen an diese Form gebunden ist (348). b. Schriftform (348). Fälle, in denen der ganze Vertrag Schriftform fordert (348). Fälle, in denen nur die Willenserklärung des sich verpflichtenden Teils schriftlich abgegeben werden muß (349). Fälle des Erfordernisses einer qualifizierten Schriftform (349). Stets bei wertpapiermäßiger Schuldverpflichtung (349). Gesetzlicher Anspruch auf Beurkundung bei manchen Schuldverträgen (350). c. Ausdrückliche Willenserklärung als Formerfordernis (350). 2. Ungleiche Bedeutung der Formvorschriften in den einzelnen Fällen (350). Regelmäßig hängt von der Beobachtung die Gültig-

(Die eingeklammerten Zahlen bedeuten die Seitenzahlen.)

keit des Schuldvertrages ab (350). Formbedürftigkeit jeder wesentlichen Abrede (351). Unverbindlichkeit nicht formalisierter Nebenabreden (351). Einschränkungen (351). In manchen Fällen ist nur die Wirkungskraft des formlosen Vertrages gemindert (351). In anderen Fällen treten besondere Wirkungen ein, wenn die Schuld formalisiert wird (352). 3. Fälle der Heilung des Formmangels durch Bewirkung der versprochenen Leistung (352). An sich wird die Nichtigkeit durch Erfüllung nicht geheilt (352). *Abweichende Bestimmungen bei der Grundstücksübergabe nach § 313 B.G.B. (353). Bei der Schenkung (353). Bei der Bürgschaft (353). Bei der Abtretung eines Geschäftsanteils nach G.m.b.H.G. § 15 (353) . . . 347

IV. Gewillkürte Formen (353). Beweisrechtliche Bedeutung (353). Für den Vertragsschluss (353). Für den Vertragsinhalt (353). Steigerung der rechtlichen Bedeutung durch Vereinbarung (354). Im Zweifel hängt von der Beobachtung einer vereinbarten Form die Gültigkeit des Schuldvertrages ab (354). Insbesondere bei verabredeter Beurkundung (354). Bis zur Erfüllung des Formerfordernisses der Regel nach keine Bindung (354). Doch ist ein zur Erfüllung verpflichtender Vorvertrag möglich (354). Ist die gewillkürte Form gewahrt, so deckt sie gleich der gesetzlichen Form nur den von ihr aufgenommenen Vertragsinhalt (354). Doch kann hier Abweichendes vereinbart sein (355). Die Vereinbarung einer bestimmten Form kann aber auch bedeuten, daß der Schuldvertrag ohne sie zustande kommt, jedoch eine Verpflichtung zur Herstellung der Form begründet (355). Geht der Anspruch auf Errichtung einer Urkunde, so bleibt hier im Zweifel die Berufung auf abweichende mündliche Vereinbarung oder eine ergänzende mündliche Nebenabrede zulässig (355). Doch kann das Gegenteil vereinbart sein (355) 353

V. Vorverträge (355). Begriff; nur anwendbar, wenn der Hauptvertrag selbst ein Schuldvertrag ist (355). Unterschied von unverbindlichen Vorverhandlungen (356). Andererseits vom Abschluss eines Schuldvertrages trotz der noch nicht erfolgten vollen Einigung über Nebenpunkte (356). Der Vorvertrag als bindende Willenseinigung darüber, daß ein Schuldvertrag, der noch nicht geschlossen ist, geschlossen werden soll (356). Erfordernis der Einigung über alle wesentlichen Punkte des Hauptvertrages, während der offene oder versteckte Dissens über Nebenpunkte auch hier unerheblich ist (357). Der Vorvertrag bedarf regelmäßig nicht der für den Hauptvertrag vorgeschriebenen Form (357). Ausnahmen (357). Wirkung des Vorvertrags (358). 355

§ 187. Bestärkungsmittel bei Schuldverträgen 358

I. Überhaupt (358). Entwicklung aus den Haftung begründenden Rechtsgeschäften (358). Kraftsteigerung des Gläubigerrechts durch eine in der normalen Haftung nicht enthaltene besondere Haftung (358). Entwicklung zu Abschwächungsmitteln im Falle der Herabminderung der Haftung unter das normale Maß (358). Bürgschaft und Pfandsetzung als Bestärkungsmittel (358). Die aus der Ver-

(Die eingeklammerten Zahlen bedeuten die Seitenzahlen.)

strickung der Person entwickelten Bestärkungsmittel gehören nur noch der Rechtsgeschichte an (359). Fälle des Einsatzes einzelner Persönlichkeitsgüter (359). Unter den aus der Verstärkung des Vermögens hervorgegangenen Bestärkungsmitteln hat das Strafgedinge seine alte Bedeutung behauptet (359). Aus der Empfangshaftung stammt die Funktion der Draufgabe als Bestärkungsmittel (360).	358
II. Verpfändung der Ehre (360). Enthalten im Treugelübde (360). Verselbständigung im Mittelalter (360). Verwirkung der Ehre (360). Zugriff durch Ehrenscheite (361). Verbot (361). Fortdauer im Ehrenwort (361). Folgen des Ehrenwortbruchs im heutigen Recht (361). Strafbarkeit der Erpressung des Ehrenworts (361). Nichtigkeit des durch die Ehrenworts Klausel bestärkten Vertrages nach Annahme des Reichsgerichts (361). Nach H.G.B. § 74 a Abs. 2 (361).	360
III. Eidliche Bekräftigung) 362. Im germanischen Recht durch religiöse Sanktion verstärkte Verhaftungskraft eines Treugelübdes (362). Eingreifen des kirchlichen Rechts (362). Die Sätze des kanonischen Rechts (362). Theorie und Praxis nach der Rezeption (362). Beseitigung der rechtlichen Bestärkungskraft des Eides (363). Strafbarkeit der Eideserpressung (363). Der Versprechenseid im öffentlichen Recht (363)	362
IV. Verpflichtung zum Einlager (363). Neben den gesetzlichen Vollstreckungsmitteln der Schuldknechtschaft oder Schuldhaft blieben besondere Haftungsgeschäfte möglich, durch die der Schuldner seine Freiheit verpfändete (364). Aufkommen des Einlagergedinges (obstadium) im Mittelalter (364). Dessen Wirksamkeit (364). Abschaffung (364)	363
V. Draufgabe (365). Sie ist formales Bestärkungsmittel geblieben (365). Sie hat aber ihre Verhaftungskraft eingebüßt und nur beweisrechtliche Kraft gewahrt (365). Im Zweifel Angeld (366). Möglicherweise Zugabe (366). Bei Wiederaufhebung des Vertrages zurückzugeben (366). Regelmäßig dient sie zugleich als materielles Bestärkungsmittel (366). Verlust im Falle der Nichterfüllung des Vertrages (366). Sie wird zum Abschwächungsmittel, wenn sie nicht Haftgeld, sondern Reugeld sein soll (367). Vermutung dagegen (367). Rücktrittsrecht des Gebers oder auch des Empfängers gegen Opferung der Draufgabe (367). Draufgabe bei Abschluss eines Vorvertrages (368)	365
VI. Vertragsstrafe (368). Älteres deutsches Recht (368). Römisches und gemeines Recht (368). Die Gesetzbücher (368). Das B.G.B. (369). 1. Begriff (369). Unterschied von der Verwirkungsklausel (369). Strafcharakter (369). Möglicherweise Leistung an einen Dritten (369). Verfall auch, wenn kein Schade entsteht (370). Zugleich aber Sicherung des Schadensersatzes in Höhe eines vorausbestimmten Betrages (370). 2. Erfordernisse (370). Abhängigkeit von der Wirksamkeit der Hauptverbindlichkeit (370). 3. Verwirkung (370). Leistungsverzug (370). Verschulden (370). Bei Sicherung	

(Die eingeklammerten Zahlen bedeuten die Seitenzahlen.)

einer Unterlassungspflicht (371). Beweislast (371). 4. Strafleistung und Hauptleistung (371). a. Die Strafe als Ersatzleistung für das von ihr gesicherte Erfüllungsinteresse (371). α. Strafversprechen für den Fall der Nichterfüllung (371). Wahlrecht des Gläubigers im bisherigen Recht (371). Strafforderungsrecht bis zur Erfüllung, aber Verlust des Anspruchs auf Erfüllung durch Strafverlangen nach B.G.B. (371). Verhältnisse, wenn der Anspruch auf Erfüllung in einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung übergegangen ist (372). Das Recht auf Geltendmachung weiteren Schadens im B.G.B. (372). β. Strafversprechen für den Fall nicht gehöriger, insbesondere nicht rechtzeitiger Erfüllung (372). Strafanspruch neben Erfüllungsanspruch (372). Auch hier aber kein Anspruch auf Schadensersatz wegen nicht gehöriger Erfüllung neben Strafe (373). Verlust des Strafanspruchs durch vorbehaltlose Annahme der ungehörigen Erfüllung (373). b. Verschärfung der Strafverpflichtung durch Vereinbarung (373). Ausbedingung des reinen Strafcharakters (373). c. Abschwächung durch Vereinbarung (373). Wegbedingung des Gläubigeranspruchs auf Erfüllung oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung (373). Zwingende gesetzliche Einschränkung des Gläubigerrechts bei der von einem Handlungsgehilfen für den Fall des Bruches einer Konkurrenzklausel versprochenen Strafe (373). Einräumung des Rechtes, anstatt der Erfüllung die Strafe zu leisten, an den Schuldner (374). Dann keine Strafe, sondern Reugeld (374). 5. Höhe der Vertragsstrafe (374). Ältere gesetzliche Beschränkungen des Höchstmaßes (374). Ihre Beseitigung (375). Das richterliche Ermäßigungsrecht (375). Ausgestaltung im B.G.B. (375). 6. Selbständiges Strafgedinge (376). Unzulässig behufs Umgehung einer den Erfüllungszwang ausschließenden Gesetzesvorschrift (376). Wirksam, wenn eine schuldrechtliche Verpflichtung nur deshalb nicht besteht, weil sie von den Parteien nicht gewollt ist (376). Aber auch, wenn das mit Strafe belegte Verhalten als solches sich nicht zum Gegenstande eines Schuldverhältnisses eignet, jedoch ohne Verletzung einer Gesetzesvorschrift durch mittelbaren Erfüllungszwang gesichert werden kann (377). Anwendbarkeit der Vorschriften über das richterliche Ermäßigungsrecht (377) 368

§ 188. Verträge auf Leistung an Dritte 377

I. Überhaupt (377). Begriff (377). Doppelte Gestalt (378). Der schlichte Vertrag auf Leistung an einen Dritten (378). Die Besonderheiten desselben erschöpfen sich in der Eigenart des Schuldinhalts (378). Der Dritte nicht bloß Leistungsempfänger, sondern Leistungsdestinatär (379). Aber am Schuldverhältnis rechtlich nicht beteiligt (379). Kein Recht, die Leistung zu fordern (379). Empfang des Geleisteten lediglich auf Grund des Leistungsgeschäfts (379). Der Vertrag zugunsten eines Dritten (379). Er beruht auf Erweiterung der schuldbegründenden Kraft des Vertrages, da das Schuldverhältnis einen am Vertragsschluß unbeteiligten Dritten als

(Die eingeklammerten Zahlen bedeuten die Seitenzahlen.)

Gläubiger mitumspannen soll (379). Hierdurch entsteht eine besondere Gattung von Schuldverträgen (380). Unterschied vom Vertragsschluss in Vertretung des Dritten (380). Ein Vertretungsverhältnis darf nicht fingiert werden (380). Unterschied vom Vertragsschluss für Rechnung des Dritten (380). Mag auch die erworbene Forderung auf den Dritten übertragen werden sollen oder von Rechts wegen übergehen (380). Jede Ableitung des Rechts des Dritten aus einem primären Gläubigerrecht des Versprechensempfängers zerstört den Begriff des Vertrages zugunsten eines Dritten (381). Unterschied von einem Vertrage, in dem einem Dritten der Beitritt offengehalten wird (381). Durch den erfolgten Beitritt wird der Dritte Vertragsteil (381). Vorher kann er nur aus einer Beitritts-offerte ein Recht auf Forderungserwerb erlangen (381). Er hat aber kein Recht, die Offerte zu fordern (381). Jede Abhängigmachung des Forderungserwerbes des Dritten von einer Beitrittserklärung zerstört den Begriff des Vertrages zugunsten eines Dritten (381). Dagegen ist es mit diesem Begriff vereinbar, daß eine Aneignungserklärung des Dritten gefordert wird (382). Dann ist durch den Vertragsschluss die Forderung für ihn bereitgestellt (382). Ein Antrag an ihn ist möglich, aber nicht erforderlich (382). Durch Zugriff erwirbt er das durch fremden Vertrag kreierte Recht, ohne selbst Vertragsteil zu werden (382). Damit wird, wenn nur die Aneignung nicht mit Beitritt verwechselt wird, der Begriff des Vertrages zugunsten eines Dritten nicht in Frage gestellt (382). Am schärfsten kommt der Gedanke der Vertragswirkung zugunsten des Dritten zum Ausdruck, wenn der Dritte unmittelbar aus dem Vertrage von Rechts wegen das ihm zugedachte Recht erwirbt (382). Dazu reicht die allgemeine Vertragsfreiheit nicht aus (382). Vielmehr bedarf es dazu eines besonderen Rechtssatzes (383). Zugleich aber ist dann ein zweiter Rechtssatz unentbehrlich, der dem Dritten die Wiederabstofsung des ohne sein Zutun erworbenen Rechtes ermöglicht (383). Verträge zugunsten Dritter, die keine Schuldverträge sind (383) 377

II. Geschichte (383). Das deutsche Recht kannte von je Verträge auf Leistung an Dritte (383). Anwendungsfälle (383). Salmannen (383). Ursprüngliche Order- und Inhaberklauseln (383). Strafgedinge (384). Ausbedingung von Vorkaufsrecht (384). Leibrentenverträge (384). Zahlreiche andere Beispiele (384). Unbezweifelte Wirksamkeit (384). Der Versprechensempfänger erwirbt ein vom eignen Interesse unabhängiges Recht auf Erfüllung (384). Möglicherweise hat nur er ein Forderungsrecht (384). Meist aber ist auch dem Dritten ein eignes und selbständiges Forderungsrecht zugedacht (385). Doch erwirbt er es wohl stets erst durch Aneignung (385). Beitritt des Dritten ist nicht erforderlich (385). Es bedarf keines Angebots und regelmäfsig nicht einmal einer besonderen Mitteilung an ihn (385). Gegensätzliche Stellung des rezipierten römischen Rechts (385). Forderungsrecht des Pro-

(Die eingeklammerten Zahlen bedeuten die Seitenzahlen.)

missars nur bei eigenem Vermögensinteresse (386). Forderungsrecht des Dritten nur in singulären Fällen (386). Kampf zwischen römischem und deutschem Recht (386). Tatsächliche Anerkennung der Verträge zugunsten Dritter in der mittelalterlichen Jurisprudenz (386). Romanistische Reaktion der eleganten Schule (387). Grundsätzliche Anerkennung der Verträge zugunsten Dritter seit dem 17. Jahrhundert, besonders seit Hugo Grotius (387). Gemeines deutsches Gewohnheitsrecht (387). Streit über Art und Umfang der Wirksamkeit (387). Einigkeit nur über das Forderungsrecht des Promissars (387). Dagegen schwankende und geteilte Meinungen über den Forderungserwerb des Dritten (387). Überwiegend wird Annahmeerklärung desselben gefordert, diese aber bald mehr als Aneignung, bald mehr als Beitritt aufgefaßt (388). Vereinzelt wird Erwerb von Rechtswegen angenommen, aber aus einem Vertretungsverhältnis hergeleitet (388). Verdunkelung durch Einmischung des gleichzeitigen Kampfes für unmittelbare Stellvertretung und bindende Antragskraft (388). Die großen Gesetzbücher (388). Grundsätzliche Anerkennung der Verträge zugunsten Dritter (388). Einschränkung im französischen Gesetzbuch (388). Zweifel im österreichischen Recht (389). Alle fördern Annahme des Dritten (389). Schroffe Durchführung der Beitrittstheorie im preussischen Landrecht (389). Um- und Wegdeutungen durch die Praxis (389). Die anderen Gesetzbücher huldigen der Aneignungstheorie oder sind doch mit ihr vereinbar (390). Im gemeinen Recht neue lebhafte Bewegung im 19. Jahrhundert (390). Romanistische Gegenströmung (390). Nur vereinzelt erfolgreich (391). Ein ungeschlichteter Streit aber entbrannte über den Rechtserwerb des Dritten (391). Vielfach Festhalten der Beitrittstheorie (391). Nur Anfänge der Umbildung zur Aneignungstheorie (391). Annahme eines unmittelbaren Rechts des Dritten kraft Stellvertretung (391). Kraft eines vom Versprechensempfänger zugewiesenen Anspruchs auf Geltendmachung der von ihm erworbenen Forderung (Bähr) (391). Die zuerst von Unger entwickelte neue Kreationstheorie (392). Hinweis auf den Parteiwillen bei Gareis (392). Die Regelung im B.G.B. (392). Abstellung auf den Parteiwillen (392) 383

III. Verträge zugunsten Dritter im heutigen Recht (392). 1. Fälle (392). Jeder Vertrag auf Leistung an einen Dritten ist Vertrag zugunsten des Dritten, wenn ein Forderungsrecht des Dritten als Vertragswirkung gewollt ist (392). Die Maßstäbe für die Auslegung (392). Gesetzliche Auslegungsregeln für einzelne Vertragsarten (393). Gegen das Recht des Dritten bei Schuldübernahme (393). Für das Recht des Dritten bei Lebensversicherungs- und Leibrentenverträgen, unentgeltlicher Zuwendung mit Auflage, Vermögens- oder Gutsübernahmen mit Abfindungsversprechen (393). Das handelsrechtliche Frachtgeschäft (393). Streit bei anderen Beförderungsverträgen (394). Der Versicherungsvertrag für fremde Rechnung (394). Versprechen einer Leistung

(Die eingeklammerten Zahlen bedeuten die Seitenzahlen.)

an die künftige Verbandsperson bei der Vereinsgründung (395).
 Andere Verträge auf Leistung an Dritte (395). Staatsverträge (395).
 Gemeindeverträge mit Unternehmern (395). Verwahrungsverträge
 (395). Ausstellung der Schuldurkunde auf den Namen des Dritten
 (395). 2. Rechtserwerb des Dritten (395). Kann beliebig bedingt
 oder befristet sein (395). Zeitpunkt des Erwerbes mangels be-
 sonderer Bestimmung (396). Die gesetzliche Auslegungsregel für
 den Forderungserwerb mit dem Tode des Versprechensempfängers,
 wenn dieser eine nach seinem Tode an den Dritten zu bewirkende
 Leistung bedungen hat (396). Insbesondere bei der Versicherung
 des eignen Lebens (396). Im Zweifel bei Lebzeiten des Ver-
 sicherungsnehmers kein Recht des Dritten (396). Dagegen un-
 mittelbarer Forderungserwerb mit dem Tode, so daß die Forderung
 keinen Bestandteil des Nachlasses bildet (396). Der Streit hierüber
 (397). Versicherung zugunsten „der Erben“ (397). Inhaberpolicen
 (397). Forderungserwerb bei vorläufiger Unbestimmtheit der Person
 des Dritten (397). Beim Verträge zugunsten eines künftigen Rechts-
 subjektes (397). Beim Frachtverträge (398). 3. Verfügungsmacht
 der Vertragschließenden (398). Vor dem Rechtserwerb des Dritten
 (398). Vorbehalt einseitiger Verfügungsmacht für den Versprechens-
 empfänger (398). Insbesondere bei der Lebensversicherung (398).
 Gebundenheit zugunsten des Dritten vor dessen Forderungserwerb
 im Falle einer Kollektivofferte (398). Im Falle des § 331² B.G.B.
 (398). Beendigung der Verfügungsmacht mit dem Rechtserwerbe
 des Dritten (399). Möglichkeit eines Widerrufsvorbehaltes für das
 schon erworbene Recht (399). 4. Zurückweisungsrecht des Dritten
 (399). Ausübung (399). Erlöschen durch Annahme (400). 5. Ein-
 wendungsrecht des Versprechenden (400). Keine Einwendungen aus
 der Person des Versprechensempfängers (400). Wohl aber Ein-
 wendungen aus dem Verträge (400). 6. Forderungsrecht des Ver-
 sprechensempfängers (400). Der Regel nach begründet (400). Kann
 aber ausgeschlossen werden (401). Verhältnis der Forderungs-
 rechte zueinander, wenn sowohl der Versprechensempfänger wie
 der Dritte berechtigt ist (401). Forderungsrecht des Versprechens-
 empfängers, wenn das Forderungsrecht des Dritten nicht entsteht
 oder wegfällt (401). Hinfälligkeit, wenn die Leistung an den Dritten
 unmöglich wird (401). Vereinbarung, nach der es in diesem Falle
 vielmehr sich in ein Forderungsrecht auf Leistung an sich selbst
 oder einen anderen zu bestimmenden Dritten umwandelt (402).
 Forderungsrecht des Dritten ohne gleichzeitiges Forderungsrecht
 des Versprechensempfängers (402). Bei Zurückweisung der er-
 worbenen Forderung durch den Dritten büßt der Versprechende
 das Recht auf Gegenleistung im Zweifel nicht ein (402) 392

§ 189. Verträge auf Leistung Dritter 403

I. Überhaupt (403). Das Versprechen der Leistung eines Dritten
 kann immer nur den Versprechenden verpflichten (403). Keine
 Schuldverträge zu Lasten Dritter (403). Auch nicht, wenn ein Ver-
 (Die eingeklammerten Zahlen bedeuten die Seitenzahlen.)

trag zugunsten eines Dritten den Forderungserwerb an die Bedingung der Übernahme einer Verpflichtung knüpft (403).	403
II. Fälle (404). Vorkommen im deutschen Recht (404). Im römischen Recht (404). Anerkannte Wirksamkeit im heutigen Recht (404). Inhalt der Versprechensschuld (404). Entweder nur gehöriges Bemühen um die Leistung des Dritten (404). Oder Herbeiführung dieses Erfolges (405). Vertragsauslegung (405). Vorkommen beim Lehrvertrage (405). Abschluss oder Mitabschluss durch den in eigenem Namen kontrahierenden Vater oder sonstigen Erzieher (405). Ihre Haftung (405). Beim Frachtvertrage (406). Unterschied der Haftung beim Landfrachtvertrage und beim Seefrachtvertrage (406). Das gezogene Wechselversprechen (406). Das Versprechen des Anweisenden, insbesondere beim Kreditbrief und beim Scheck (406). An sich enthält die Anweisung überhaupt kein Versprechen (406). Möglichkeit einer Verpflichtung des Anweisenden zum Entstehen für die Bewirkung der Leistung durch den Angewiesenen aus dem Kausalverhältnis (407). Der angebliche Unterschied zwischen Verträgen auf Leistung „des Dritten“ und „durch Dritte“ (407). Verträge über fremde Sachen oder Rechte (407). Eine Verpflichtung des Dritten zur Leistung nicht erforderlich (408). Kann aber gleichzeitig bestehen (408). Begriffswesentlich bei der Bürgschaft (408)	408

Zweiter Titel.

Einzelne Schuldverträge.

§ 190. Arten der Schuldverträge	408
I. Überhaupt (408). Mannigfache Einteilungsgründe (408). Reine Konsensualverträge, Realverträge, Formalverträge, insbesondere Skripturversprechen (408). Einseitige und zweiseitige, unvollkommen zweiseitige und gegenseitige Schuldverträge; Verträge mit Zuweisung einer Gläubiger- oder Schuldnerstellung an Dritte (408). Hauptverträge, Nebenverträge und Vorverträge (409). Haupteinteilung nach dem Vertragszweck (409)	408
II. Kausale und abstrakte Schuldverträge (409). Begrifflicher Unterschied (409). Die abstrakten Schuldverträge als eine besondere Gattung (409)	409
III. Arten der kausalen Schuldverträge (409). Typenbildung nach dem für den Vertragsinhalt bestimmenden materiellen Vertragszweck (409). Sehr verschiedene Möglichkeiten der Zweckwürdigung nach der Heraushebung des Hauptzwecks, nach objektiven oder subjektiven Gesichtspunkten, nach dem Standpunkt des einen oder des anderen Vertragsteiles (410). Das von der römischen Artenbildung beherrschte romanistische Schema des gemeinen Rechts (410). Unzulänglich für das moderne deutsche Recht (410). Zum Teil neue Wege in den Gesetzbüchern (410). Das B.G.B. verzichtet auf systematische Einteilung und Gliederung der Schuldverträge, schließt sich aber mit einzelnen wesentlichen Abweichungen an	

(Die eingeklammerten Zahlen bedeuten die Seitenzahlen.)

die gemeinrechtliche Begriffsbildung an (410). Sein Schema ist weder erschöpfend noch zwingend (410). Ergänzung durch die Regelung bestimmter Schuldvertragsarten in besonderen Reichs- und Landesgesetzen (410). Bildung neuer oder gemischter Typen kraft Parteibeliebens (411). Die Artenbildung im B.G.B. beruht auf sich durchkreuzenden Unterscheidungsmerkmalen objektiver und subjektiver Herkunft (411). Neben dem bezweckten objektiven Erfolge greift zum Teil der Unterschied entgeltlicher und unentgeltlicher Leistung durch (411). Klassifikation nach sechs Gruppen (411). Erste Gruppe die Sachleistungsverträge. Erste Untergruppe die auf endgültige Vermögensverschiebung gerichteten Hingabeverträge (411). Gegen Entgelt: Kauf oder Tausch (411). Unentgeltlich: Schenkung (411). Zweite Untergruppe die auf Gebrauchsüberlassung mit Rückgabepflicht gerichteten Schuldverträge (411). Gegen Entgelt: Miete und Pacht. Unentgeltlich: Leihe. Entgeltlich oder unentgeltlich: Darlehen (411). Zweite Gruppe die Arbeitsverträge (412). Entgeltlich: Dienstvertrag, Werkvertrag, Mäklervertrag (412). Unentgeltlich: Auftrag (412). Entgeltlich oder unentgeltlich: Verwahrungsvertrag (412). Eigenartig ausgeprägt: Verlagsvertrag (411). Dritte Gruppe die Sicherungsverträge (412). Unselbständige: Bürgschaft und andere Schuldbestärkungsverträge (412). Selbständige: Garantieverträge und Versicherungsvertrag (412). Vierte Gruppe die Gefahrverträge (412). Spiel und Wette (413). Fünfte Gruppe die Regelungsverträge (413). Nicht alle Regelungsverträge sind Schuldverträge (413). Wohl aber der Vergleich (413). Vorschriften des B.G.B. über den Vergleich (413). Der Schiedsvertrag (414). Der Abrechnungsvertrag (414). Sechste Gruppe: der Gesellschaftsvertrag (414). Ihn unterscheidet von den übrigen Schuldverträgen nicht der Inhalt, sondern die Vergemeinschaftung der Zwecksetzung (414). 409

IV. Einzelne Schuldverträge (414). Behandlung im Folgenden (414). Berücksichtigung der unregelmäßigen, der verbundenen und der gemischten Schuldverträge (414). 414

§ 191. Schenkung 415

I. Begriff (415). Definition des B.G.B. (415). Nicht jede unentgeltliche Zuwendung ist Schenkung (415). Erfordernis einer Vermögensverschiebung, die den einen Teil ärmer, den anderen Teil reicher macht (415). Erfordernis der Willenseinigung über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung (416). Keine Schenkung ist das Mitgiftversprechen eines Dritten (416). Ebensowenig die erhöhte oder nachträgliche Dienstentlohnung (416). 415

II. Wesen (416). Realschenkung (416). Schenkungsversprechen (417). In jedem Falle Vertrag (417). Überwindung der gegenteiligen Meinung (417). Unentbehrlichkeit der Annahme durch den Beschenkten (417). Auch im Falle einer in Schenkungsabsicht gemachten Zuwendung, die ohne den Willen des Begünstigten wirksam (Die eingeklammerten Zahlen bedeuten die Seitenzahlen.)

wird (417). Folgen ihrer Ablehnung (417). Schweigen als Annahme im Falle des § 516² B.G.B. (418). Jede Schenkung ist aber auch Schuldvertrag (418). Streit darüber bei der Realschenkung (418). Auch bei ihr aber ist die Willenseinigung, durch die die Zuwendung zur Schenkung gestempelt wird, ein Schuldvertrag (418). Unabhängig vom Zuwendungsakt, der sehr verschiedener Natur sein kann und nicht einmal überhaupt ein Rechtsgeschäft zu sein braucht (418). Immer für sich ein gleichartiger Schuldvertrag mit eigentümlicher Wirkungskraft (419). Das Schenkungsschuldrecht, in dem sich das Schenkungsrecht nicht erschöpft, setzt sich demgemäß aus zwei Gruppen von schuldrechtlichen Sonderregeln zusammen (419). Besondere Regeln für Schenkungsversprechen einerseits, für die Wirkungen des eine Zuwendung zur Schenkung machenden Vertrages andererseits (419). Der Versprechensinhalt des vom Schenkungsversprechen unabhängigen, jeder Schenkung immanenten Schuldvertrages (419). Das Versprechen des Schenkers (419). Keine Gewährleistung (419). Er verspricht aber, das Zugewendete dem Beschenkten zu belassen, so lange der Schenkungszweck die unentgeltliche Bereicherung rechtfertigt (419). Dies hat rechtliche Bedeutung, weil der Erwerb aus Schenkung einen schwächeren Rechtsgrund darstellt, als der entgeltliche Erwerb (420). Das Versprechen des Beschenkten (420). Er verpflichtet sich, den Rechtsgrund seines Habens in der Freigiebigkeit des Schenkers und nur in ihr zu erkennen und die Bereicherung als ungerechtfertigt herauszugeben, wenn sie durch den Schenkungszweck nicht mehr gerechtfertigt wird (420) 416

III. Geschichte (420). Sie stützt die vorgetragene Auffassung (420). Im germanischen Recht bindet ursprünglich nur die vergoltene Gabe (420). Darum muß sich die Schenkung in das Rechtsgewand eines entgeltlichen Geschäftes kleiden (420). Formale Ausprägung bei der langobardischen Schenkung mit launegild (420). Bei den anderen Stämmen legt man auf reale Vergeltung durch geleistete oder zu leistende Dienste Gewicht (421). Frühzeitig jedoch begriffliche Lösung vom Entgelt und Auffassung als unentgeltliche Gabe (421). Nun aber Einschränkung ihrer Bindungskraft (421). Landschenkungen zu unvererblichem und unveräußerlichem Eigentum (421). Verdrängt durch die Landleihe (421). Aber auch die Schenkungen zu vererblichem und veräußerlichem Recht wahrten stets den Charakter unvollkommener Veräußerungsgeschäfte (421). Vorbehalt des Widerrufs in bestimmten Fällen und Verpflichtung des Beschenkten zu besonderem Verhalten (421). Rezeption des römischen Schenkungsrechtes, dem eine ähnliche Auffassung ursprünglich zugrunde lag und nie ganz fremd geworden ist (422). Daher kein Bruch mit der deutschrechtlichen Grundauffassung (422). Neigung zur Vermehrung der Widerrufsgründe (422). Auch im Schenkungsrecht des B.G.B. tritt der Gedanke zutage, daß die Schenkung ein Schuldvertrag ist, dessen

(Die eingeklammerten Zahlen bedeuten die Seitenzahlen.)

besondere Wirkungen auf der Schwäche des vereinbarten Rechtsgrundes beruhen (422) 420

IV. Form (422). Älteres deutsches Recht (422). Rezeption des römischen Formerfordernisses für große Schenkungen im gemeinen Recht (422). Fallenlassen der Wertgrenze, Formbedürftigkeit jedes Schenkungsversprechens, Formfreiheit des Handgeschenks in den meisten Gesetzbüchern und im B.G.B. (422). Die Realschenkung bedarf nur der für jede gleichartige Zuwendung erforderlichen Form (423). Das Schenkungsversprechen heischt gerichtliche oder notarielle Beurkundung (423). Als bloßes Schenkungsversprechen gilt auch ein schenkweise erteiltes abstraktes Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnis (423). Daher auch die schenkweise erfolgte Wechselbegebung (423). Die Nichtigkeit wegen Formmangels wird durch Bewirkung der versprochenen Leistung geheilt (424). Aber nur durch reale Zuwendung, wie sie auch ohne vorangegangenes Versprechen als Schenkungsgabe wirksam wäre (424). Wirkliche Vollziehung bei Lebzeiten des Schenkers erforderlich (424). Folgen der Heilung (424) 422

V. Verpflichtungen des Schenkers (424). 1. Aus der Schenkung (424). Belassungspflicht (424) Keine Gewährleistungspflicht (424). Lediglich Schadensersatzpflicht aus arglistiger Verschweigung eines Mangels (425). 2. Aus dem Schenkungsversprechen (425). Abgeschwächte Erfüllungspflicht (425). Einrede des Notbedarfs (425). Wegfall bei Konkurs (425). Bei dem Versprechen von wiederkehrenden Leistungen im Zweifel Erlöschen mit dem Tode (425). Haftung nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit (425). Ermäßigung der Verzugsfolgen (425). Grundsätzlich keine Gewährleistungspflicht (426). Doch ist ihre Übernahme möglich (426). Und in gewissem Umfange gilt sie nach gesetzlicher Regel als übernommen, wenn der Schenker einen Gegenstand zu leisten versprochen hat, den er selbst erst erwerben sollte (426). In diesem Falle tritt eine wahre, wenn auch abgeschwächte Gewährleistungspflicht wegen eines Rechtsmangels nach § 527², bei der Schenkung einer Gattungssache auch wegen eines Sachmangels nach § 524² B.G.B. ein (426) 424

VI. Verpflichtungen des Beschenkten (426). Herausgabe des Empfangenen als ungerechtfertigte Bereicherung, wenn sein Haben durch den Rechtsgrund des Beschenktseins nicht mehr gerechtfertigt wird (426). 1. Rückforderung (426). Unterhaltsanspruch des verarmten Schenkers im früheren Recht (426). Preussisches und österreichisches Recht (426). Rückforderungsrecht nach B.G.B. (427). Voraussetzungen auf Seiten des Schenkers (427). Zehnjährige Frist (427). Notbedarfseinrede des Beschenkten (427). Rückforderungsrecht von Brautgeschenken wegen Unterbleibens der Eheschließung und von Geschenken an Dritte wegen Beeinträchtigung eines Vertragserbrechts oder Pflichtteilsrechts (427). 2. Widerrufsrecht (428). Widerrufsrecht wegen groben Undanks (428). Voraus-

(Die eingeklammerten Zahlen bedeuten die Seitenzahlen.)

setzungen (428). Höchstpersönliches Recht (428). Fälle, in denen die Erben des Schenkers widerrufen können (428). Erlöschen (428). Wirkung (428). Verwandtes Widerrufsrecht des schuldlosen Ehegatten im Falle der Ehescheidung (428). Widerrufsrecht wegen nachgeborener Kinder, im B.G.B. nicht anerkannt (429). Ebenso wenig das preussischrechtliche Widerrufsrecht wegen Übermaßes und das Widerrufsrecht während sechs Monaten bei außergerichtlichen Schenkungen (429). 3. Erleichterte Gläubigeranfechtung (429). 426

VII. Besondere Arten der Schenkung (429). 1. Schenkung mit Auflage (429). Kein gegenseitiger Vertrag (429). Die auferlegte Leistung nicht Entgelt, sondern durch Nebenabrede begründete Belastung der Gabe (430). Vollziehungspflicht entsteht erst mit dem Empfange des Geschenks (430). Anspruch des Schenkers, nach dessen Tode seiner Erben und bei öffentlichem Interesse daneben der zuständigen Behörde, möglicherweise auch eines begünstigten Dritten (430). Der für die Vollziehung aufzuwendende Vermögenswert muß hinter dem Werte des Geschenkes zurückbleiben (430). Der Beschenkte wird, wenn er die Zuwendung nur als Geschenk annehmen wollte, nur zur Erfüllung mit dem empfangenen Werte verpflichtet (430). Durch § 526 B.G.B. nur bei wertminderndem Rechts- oder Sachmangel anerkannt (430). Es muß aber allgemein gelten (431). Unterbleibt die Vollziehung der Auflage, so hat der Schenker ein Rückforderungsrecht auf Grund ungerechtfertigter Bereicherung (431). Nicht nur anstatt des Anspruchs auf Vollziehung, sondern auch, wenn eine Klage auf Vollziehung ausgeschlossen ist (431). Doch müssen gleiche Voraussetzungen erfüllt sein, wie für den Eintritt des Rücktrittsrechts bei gegenseitigen Verträgen (431). Und immer erstreckt sich das Rückforderungsrecht nur auf den Betrag, der zur Vollziehung hätte verwendet werden müssen (431). Ausgeschlossen ist es, wenn ein Dritter auf Vollziehung klagen kann (432). 2. Pflichtschenkungen (432). Stärkere Gebundenheit des Schenkers (432). Im früheren Recht vielfach bei belohnenden Schenkungen (432). Mehr und mehr nur festgehalten auf Grund der vom Schenker erfüllten sittlichen oder Anstandspflicht (432). Im B.G.B. ausgedehnt auf alle Schenkungen, durch die einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen wird (433). Darunter fallen auch mancherlei nicht remuneratorische Schenkungen (433). Beispiele (433). Zweifelhafte Fälle (433). Die Pflichtschenkungen sind wahre Schenkungen und untersteht grundsätzlich dem Schenkungsrecht (433). Allein sie beruht nicht auf reiner Freigiebigkeit und hat daher eine stärkere causa für sich (433). Wegfall der Rückforderung und des Widerrufs (433). Nicht betroffen von Schenkungsverboten (434). Steuerrechtliche Begünstigung (434). 3. Gemischte Schenkungen (434). Teilweise Anwendung des Schenkungsrechts (434). 429

§ 192. Kauf 434

I. Kauf und Tausch (434). Höheres Alter des Tausches (434).

(Die eingeklammerten Zahlen bedeuten die Seitenzahlen.)

Der Kauf aber zuerst zum gegenseitigen Schuldvertrage entwickelt (434). Urtypus der gegenseitigen Verträge im alten deutschen Recht (434). Der Tausch ihm gleichgestellt (434). Im römischen Recht nur der Kauf zum Konsensualkontrakt erhoben (435). In Deutschland auch der Tausch (435). Festhalten einzelner Unterschiede (435). Der Tausch im heutigen Recht (435) 434

II. Der Kauf als Schuldvertrag (435). Stufe des Bargeschäfts (435). Im germanischen Recht längst überschritten (435). Austausch Zug um Zug die Regel (435). Aber einerseits schuldrechtliche Gewährleistungspflicht (435). Andererseits vorherige Vereinbarung des Austausches als Schuldvertrag (436). Möglichkeit der Herstellung einer bindenden Verpflichtung zum Vollzuge (436). Gestalt im deutschen Mittelalter (436). Aufnahme der römischrechtlichen Ausgestaltung (437). B.G.B. (437). Verhältnis zwischen dem Schuldvertrage und dem Veräußerungsgeschäft (437). Der Handkauf (437). Kein zur Veräußerung verpflichtender Schuldvertrag (437). Allein die Willenseinigung darüber, daß eine Veräußerung kaufweise erfolgt, schließt auch hier einen Schuldvertrag ein (438) 435

III. Inhalt des Kaufs (438). Gegenseitiges Leistungsversprechen (438). 1. Ware (438). Kann jedes übertragbare vermögenswerte Gut sein (438). a. Sachen (438). Gegenstand des Sachkaufs kann jede verkehrsfähige Sache sein (438). Liegenschafts- und Fahrnis-kauf (438). Spezies- und Gattungskauf (438). Geld (438). Wertpapiere (438). Sacheinheiten und beliebig zusammengefaßte Sachvielheiten (438). Entwicklung des Lieferungskaufes (439). Verkauf einer fremden Sache (439). Verkauf künftiger Sachen (439). Frühere Beschränkungen (439). Der angebliche Hoffnungskauf (439). Der Werklieferungsvertrag (440). Der Handelskauf (440). b. Rechte (440). Verkauf eines Rechtes, das der Verkäufer sich erst verschaffen oder erst für den Käufer begründen soll (440). c. Sonstige Güter (441). Vermögensinbegriffe, die als Ganze nicht Gegenstand eines übertragbaren einheitlichen Rechtes sind, können doch als Ganze den Kaufgegenstand bilden (441). Auch vermögenswerte Verhältnisse ohne Rechtsform, sofern sie der Überleitung auf den Käufer fähig sind (441). 2. Preis (442). Geldsumme (442). Andere Gegenleistungen als Nebenleistungen möglich (442). Bestimmtheit des Preises; Bestimmbarkeit genügt (442). Wahrer Preis, kein bloß scheinbarer Preis (443). Gerechter Preis (443). Mittelalterliche Anschauung (443). Freiheit der Vereinbarung (443). Ausnahmen; Taxen und Höchstpreise (443). Aufnahme und Wiederbeseitigung der Anfechtbarkeit wegen laesio enormis (444). Sachwucher (444). 3. Ort (444). Platzkauf und Distanzkauf (445). Übersendungskauf und Fernverkauf (444). 4. Zeit (445). Tageskauf und Zeitkauf (445). Fixkauf (443). Börsentermingeschäft (445). Ratenkauf (445). Im Verhältnis beider Leistungen zueinander: Barkauf (445). Pränumera-tionskauf (445). Kreditkauf (445). Verbot der Kreditierung des

(Die eingeklammerten Zahlen bedeuten die Seitenzahlen.)

	Seite
Kaufpreises für Waren an gewerbliche Arbeiter (446). Terminweise fälliger Kaufpreis (446)	438
IV. Gefahr, Nutzungen und Lasten (446). 1. Geschichte (446). Älteres deutsches Recht (446). Römisches Recht (446). Rückkehr zum deutschen Recht im preussischen und österreichischen Recht und im B.G.B. (447). 2. Gefahrübergang mit der Übergabe (447). Bei aufschiebend oder auflösend bedingtem Kauf (447). Der zugrunde liegende Gedanke (447). Annahmeverzug (448). Abweichende Vereinbarung (448). Gefahrübergang durch Übergabe unabhängig vom Eigentumsübergang (448). Bei Grundstücken (448). Bei beweglichen Sachen (448). Insbesondere bei Eigentumsvorbehalt (448). Auch bei Nichtübergang des Eigentums wegen Rechtsmangels (448). Ein zur Fährnisübergang ausreichender Ersatz der leiblichen Übergabe steht nur insoweit gleich, als er ebenfalls die Sache in den Herrschafts- und Nutzungsbereich des Käufers bringt (448). 3. Gefahrübergang vor der Übergabe (449). a. Beim Grundstückskauf mit dem Augenblick der Eintragung als Eigentümer (449). b. Beim Übersendungskauf mit dem Augenblick der Ablieferung zum Transport (449). Es müßte denn der Bestimmungsort zugleich Erfüllungsort sein (449). Vertragsmäßige Übernahme der Transportgefahr durch den Verkäufer möglich (449). Schadensersatzpflicht des Verkäufers aus nicht ordnungsmäßiger Versendung ändert nichts am Übergang der Gefahr (450). Auseinanderfallen von Gefahrtragung und Nutzungsgenuß (450). Immer jedoch Ausscheiden der Sache aus dem unmittelbaren Herrschaftsbereich des Verkäufers erforderlich (450). Darum ist § 445 B.G.B. unanwendbar, wenn der Verkäufer die Sache durch seine eigenen Leute ins Haus sendet (450). 4. Gefahrübergang beim Rechtskauf (450). 5. Beim Kauf eines Inbegriffs (451). Gefahr der einzelnen Gegenstände (451). 6. Nutzungen und Lasten (451). Mit der Gefahr geht das Recht auf die Nutzungen und die Tragung der Lasten über (451). Abweichendes gilt beim Übersendungskauf (451)	446
V. Verpflichtungen des Verkäufers (451). 1. Genußverschaffung (451). Beim Sachkauf Besitzverschaffung durch Übergabe (451). Unabhängig von der Verschaffung des Eigentums (451). Ebenso beim Rechtskauf, falls das Recht zum Besitz einer Sache berechtigt (452). Im übrigen beim Rechtskauf Verschaffung der Ausübungsmöglichkeit (452). Genußverschaffung beim Verkaufe eines der Rechtsform entbehrenden unkörperlichen Gutes (452). Kosten der Übergabe (452). Wurzel der Verpflichtung zur Gewährleistung wegen Sachmängel (452). 2. Rechtsverschaffung (452). Selbständige Rechtsverschaffungspflicht im heutigen Recht (452). Gegenüber dem römischen Recht auf deutschrechtlicher Grundlage entwickelt und durchgesetzt (453). Römisches Recht, deutsches Recht und neuere Gesetzbücher (453). Eigentumsverschaffung beim Sachkauf, sonstige Rechtsverschaffung beim Rechtskauf (453). Vornahme der erforderlichen rechtsgeschäftlichen Handlungen (453). Tragung der	
(Die eingeklammerten Zahlen bedeuten die Seitenzahlen.)	

	Seite
Kosten (454). Auskunftspflicht und Pflicht zur Aushändigung der Beweisurkunden (454). Wurzel der Gewährleistung wegen Rechtsmängel (454). 3. Nebenverpflichtungen kraft Vereinbarung (454) .	451
VI. Verpflichtungen des Käufers (454). 1. Zahlung des Kaufpreises (454). Verzinsung (454). 2. Abnahme der Sache (454). Selbständige Leistungspflicht (454). Ihr Inhalt (455). Unterschied von der „Annahme“ (455). Kosten der Abnahme (455). 3. Nebenleistungen (455). Verwendungsersatz (455). Aufbewahrungspflicht beim beiderseitigen Handelskauf (455). Vereinbarte Nebenleistungen (455)	454
VII. Folgen der Nichterfüllung (456). Anwendung der allgemeinen Grundsätze über gegenseitige Verträge (456). Aus dem Kaufrecht auf deutschrechtlicher Grundlage entwickelt (456). Abwandlung durch den Ausschluß des Rücktrittsrechts wegen Nichtzahlung des gestundeten Kaufpreises (456). Verhältnis des § 454 B.G.B. zu Art. 354 A.D.H.G.B. (456). Besonderheiten beim Handelskauf (456). Beim Annahmeverzug des Käufers (456). Beim Fixkauf (457). Das Verhältnis zwischen den Ansprüchen wegen Nichterfüllung und den Gewährleistungsansprüchen bei diesen zu besprechen (457)	456
§ 193. Gewährleistung für Rechtsmängel	457
I. Geschichte (457). 1. Älteres deutsches Recht (457). Ausgang von der Schirmungspflicht des Verkäufers (457). Seine Pflicht zur Verteidigung der übertragenen Gewere gegen rechtliche Angriffe Dritter frühzeitig als Vertragspflicht aufgefaßt (457). Die Gewährschaftsklauseln (457). Eintritt kraft gesetzlicher Regel (457). Möglichkeit der Wegbedingung (458). Inhalt (458). Bestimmt durch die prozessrechtlichen Grundsätze über den Zug auf den Gewährsmann und dessen Eintritt in den Prozeß (458). Die Folgen des Gewährschaftsbruches im Verhältnis zwischen Verkäufer und Käufer entspringen aus Verletzung der schuldrechtlichen Vertragspflicht (458). Unabhängig von den außerhalb des Vertragsrechts entspringenden Folgen im Verhältnis zum klagenden Dritten (458). Zurückzahlung des Kaufpreises (458). Daneben Buße oder Schadensersatz (458). Kein unmittelbarer Zwang zur Erfüllung der Gewährschaftspflicht durch Eintritt in den Prozeß (459). Rechtsverschaffungspflicht in der Gewährschaftspflicht ursprünglich nicht enthalten (459). Aber wenn es zum Gewährzuge kam, mußte der Verkäufer behufs Schirmung der übertragenen Gewere dafür einstehen, daß das in ihr erscheinende Recht übergegangen war (459). Und wenn der Käufer, weil er kraft erlangter rechter Gewere oder infolge seiner Deckung durch den Satz „Hand wahre Hand“ keines Gewährsmannes bedurfte, sich selbst zu verteidigen vermochte, war die Gewährschaftspflicht mittels Rechtsverschaffung erledigt (459). 2. Römisches Recht (459). Die Entwicklungsstadien (459). Das Grundprinzip im Corpus juris die gesetzliche Haftung des Verkäufers für Eviktion (459). Sie wird erst aktuell, wenn dem Käufer infolge eines Rechtsmangels der Besitz durch Urteil ent-	

(Die eingeklammerten Zahlen bedeuten die Seitenzahlen.)

zogen ist (460). Litisdenuntiation (460). Modifikationen (460).
 3. Umbildung des römischen Rechts unter dem Einfluß des germanischen Rechts (460). Vom Prozeßrecht her durch Festhaltung der Schirmungspflicht (460). Ausgestaltung der Streitverkündigung zur *laudatio auctoris* behufs Erzwingung von Prozeßhilfe (460). Nur allmähliches Verschwinden der Defensionspflicht (461). Ihr Erlöschen (461). Bedeutung der modernen Streitverkündigung (461). Aufzehrung der Schirmungspflicht durch die aus ihr hervorgewachsene materiellrechtliche Rechtsverschaffungspflicht (461). Reine Durchführung des Rechtsverschaffungsprinzips im B.G.B. (461). 487

II. Inhalt (461). Nichtverschaffung des Rechts als Nichterfüllung des Kaufvertrages (461). Gewährleistungsanspruch, sobald der Rechtsmangel sich als vorhanden herausstellt (462). Beweislast (462). Beim Sachkauf Haftung für Eigentumserwerb des Käufers (462). Darüber hinaus Haftung für Lastenfreiheit (462). Auch für Nichtbeeinträchtigung des Eigentums durch bloße Besitzrechte und gegen den Sondernachfolger wirksame persönliche Rechte (462). Für Beseitigung von Scheinbelastungen (462). Dagegen nicht für Freiheit von öffentlichen Abgaben (462). Beim Rechtskauf für Rechtserwerb und Lastenfreiheit des verschafften Rechts (463). Hier aber auch für den rechtlichen Bestand des verkauften Rechts (463). Dagegen nicht für die Güte der verkauften Forderung oder die Verwertbarkeit des verkauften sonstigen Rechts (463). Anwendung beim Verkauf von Wertpapieren (463). Hier auch dafür, daß das Papier nicht behufs Kraftloserklärung aufgeboten ist (463). Vertragsmäßige Verstärkung oder Abschwächung der Gewährleistungspflicht (464). Nichtigkeit jeder vereinbarten Einschränkung bei arglistiger Verschweigung des Rechtsmangels durch den Verkäufer (464). Wegfall der Gewährleistungspflicht, wenn der Käufer beim Abschluß des Kaufvertrages den Rechtsmangel kennt (464). Kennenmüssen steht hier dem Kennen nicht gleich (464). Die Kenntnis der Belastung des Gegenstandes mit einem Grundpfandrecht oder Pfandrecht oder einer Vormerkung für den Anspruch auf Bestellung eines Grundpfandrechts steht dem gesetzlichen Gewährleistungsanspruch nicht entgegen (464). Keine Haftung für Rechtsmängel bei Verkauf auf Grund einer Pfändung oder in der Zwangsversteigerung (464) 461

III. Folgen (464). Im allgemeinen treten bei Vorhandensein eines vom Verkäufer zu vertretenden Rechtsmangels die Folgen der Nichterfüllung bei gegenseitigen Verträgen ein (464). Jedoch liegt bei schon erfolgter Übertragung nur teilweise Nichterfüllung vor (464). Einrede des nicht erfüllten Vertrages (464). Anspruch auf nachträgliche Erfüllung durch Mangelbeseitigung (464). Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung oder Rücktrittsrecht, wenn die Beseitigung unmöglich ist oder wird (465). Streitfrage über die Haftung des Verkäufers für eine erst nach dem Vertragsschluß eintretende Unmöglichkeit, wenn ihn kein Verschulden trifft (465).

(Die eingeklammerten Zahlen bedeuten die Seitenzahlen.)

Abwandlung beim Fährniskauf (465). Der Käufer kann nach erfolgter Übergabe Schadensersatz wegen Nichterfüllung erst fordern, wenn er infolge eines Rechtes eines Dritten den Besitz verloren oder aufgegeben hat (465). Die sonstigen Rechte wegen Nichterfüllung hat er schon vorher (465). Herausgabe ohne Prozeßführung (465). Fälle, in denen der Käufer den Anspruch auf Schadensersatz geltend machen kann, obschon er den Besitz behält (465). Zurückgewährung an den Verkäufer oder Abtretung des Herausgabeanspruchs (466). Untergang der Sache (466) . . .	464
IV. Anwendung bei anderen Verträgen (466). Bei allen Verträgen, die auf Veräußerung oder Belastung eines Gegenstandes gegen Entgelt gerichtet sind (466)	466
§ 194. Gewährleistung für Sachmängel	466
I. Geschichte (466). Römischrechtliche Grundlage des heutigen Rechts (466). Ausnahme beim Viehkauf und zum Teil beim Handelskauf (467). 1. Deutsches Recht (467). Ausschluss der Bemängelung, wenn der Käufer die Sache besehen und in seine Gewere genommen hat (467). Vorbehalt eines Wandlungsrechts wegen nachträglicher Entdeckung eines bei aufmerksamer Schau nicht erkennbaren Hauptmangels, den der Verkäufer gekannt und verschwiegen hatte (467). Vertragsmäßige Erweiterung möglich (467). Fortbildung beim Viehhandel (467). 2. Römisches Recht (468). Zivilrecht (468). Das ädilizische Edikt (468). Actio redhibitoria und actio quanti minoris (468). Ausdehnung der ädilizischen Rechtsbehelfe (468). 3. Rezeption (468). Partikularrechtliche Abwandlungen des römischen Rechts (468). Ansätze zur Prüfungs- und Rügepflicht des Käufers (468). Durchsetzung im Handelsrecht (468). Allgemein nur im Schweizer Recht (468). Das System des B.G.B. (468) . . .	466
II. Gewährleistung für Sachmängel überhaupt (469)	469
1. Umfang der Haftung (469). a. Entstehen für Mängel doppelter Art (469). α. Erhebliche Fehler (469). Aufhebung oder Minderung des Werts oder der Tauglichkeit der Sache (469). Tauschwert (469). Gebrauchsgemeignetheit (469). Besondere Gebrauchsbestimmung (469). Mängel des Sachkörpers (469). Wirtschaftliche oder soziale Hindernisse der Verwertung oder des Gebrauchs (469). β. Zugesicherte Eigenschaften (469). Zusicherung als bindende Garantieübernahme, jedoch kein darauf gerichteter Nebenvertrag erforderlich (469). Körperliche Eigenschaften (469). Stempelung wirtschaftlicher oder sozialer Verhältnisse zu Sacheigenschaften (470). Auf Erheblichkeit kommt es hier nicht an (470). Ausdehnung auf Quantitätsmangel beim Grundstückskauf (470). Hier jedoch Einschränkung der Gewährleistungsansprüche bei nicht erheblichem Mangel (470). b. Die Gewährleistung wegen Sachmängel tritt nur beim Sachkauf ein (470). Nicht beim Rechtskauf (470). Wohl aber beim Kauf sonstiger wirtschaftlicher Güter (470). c. Sie bezieht sich nur auf die Mängelfreiheit zur Zeit des Gefahrüberganges (471). d. Sie ist nicht von Verschulden abhängig, wird aber durch arglistiges Ver-	
(Die eingeklammerten Zahlen bedeuten die Seitenzahlen.)	

schweigen des Mangels verschärft (471). e. Fälle, in denen die Gewährleistungspflicht ausgeschlossen ist (471). Öffentlicher Pfandverkauf und Verkauf im Wege der Zwangsvollstreckung (471). Abschwächende Vereinbarung (471). Kenntnis des Käufers beim Vertragsschluss (471). Grob fahrlässiges Nichtkennen (471). Vorbehaltlose Annahme trotz Kenntnis (471) 469

2. Die Gewährsansprüche (472). a. Der alternative Anspruch auf Wandlung oder Minderung (472). Kann statt dessen Beseitigung des Mangels verlangt oder aufgedrängt werden? (472). Wahlrecht bei einer Mehrzahl von Käufern oder Verkäufern (472). Erlöschen des Wahlrechts, wenn die Wandlung oder Minderung vollzogen ist (472). Vollzug der Minderung schließt Wandlung oder weitere Minderung wegen eines anderen Mangels nicht aus (472). Vollzogen ist nach § 465 B.G.B. die Wandlung oder Minderung, wenn der Verkäufer auf Verlangen des Käufers sich mit ihr einverstanden erklärt (472). Der Streit über die Auslegung dieser Bestimmung (472). Die „Vertragstheorie“ (472). Ihr zufolge ein neuer Schuldvertrag erforderlich und der Klageanspruch auf Vertragsschluss zu richten (472). Unerträgliche Konsequenzen dieser Konstruktion (473). Wegdeutungen (473). Vordringen der „Herstellungstheorie“ (473). Zulassung der unmittelbaren Klage auf die zur Herstellung des angestrebten Zustandes erstrebte Leistung (473). Jedoch bindende Vollziehung erst mit vertragsmäßiger Einigung oder rechtskräftigem Urteil (474). Das Recht des Verkäufers zur Erzwingung der Beendigung des Schwebezustandes durch Fristsetzung (474). b. Der Wandlungsanspruch (474). Die Wandlung als besondere Art des Rücktritts (474). Fälle ihrer Ausschließung (474). Wirkung der Wandlung (474). Sonderregeln für den Fall, daß von mehreren verkauften Sachen nur einzelne mangelhaft sind (474). c. Der Minderungsanspruch (475). Wertmaßstab für die Minderung (475). d. Der dritte in bestimmten Fällen konkurrierende Gewährsanspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung (475). Beim Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft zur Zeit des Vertragsschlusses (475). Bei arglistiger Verschweigung eines Fehlers (475). Nur wahlweise statt Wandlung oder Minderung geltend zu machen (475). Inhalt des Anspruchs (476). e. Verjährung (476). Abgekürzte Verjährungsfrist bei beweglichen Sachen von 6 Monaten seit der Ablieferung, bei Grundstücken von 1 Jahr seit der Übergabe (476). Bisheriges Recht (476). Begriff der „Ablieferung“ (476). Unterschiede von der gewöhnlichen Verjährung (476). Möglichkeit der vertragsmäßigen Fristverlängerung (476). Erhaltung der Einreden durch rechtzeitige Anzeige (476). Erfordernis der Anzeige, um der verjährten Forderung auf Schadensersatz die Aufrechenbarkeit zu wahren (477). Wegfall der Begünstigungen des Verkäufers bei arglistigem Verschweigen (477) . 472

3. Sonstige Rechtsbehelfe des Käufers (477). Streit über die Konkurrenz der aus den allgemeinen Grundsätzen über Verträge

(Die eingeklammerten Zahlen bedeuten die Seitenzahlen.)

herzuleitenden Ansprüche (477). a. Die Gewähransprüche beruhen auf einer besonderen Verpflichtung des Verkäufers (477). Sie sind keine Ansprüche aus Nichterfüllung des Kaufvertrages, sondern Ansprüche aus der Verpflichtung, für Mängelfreiheit einzustehen (477). Dies gilt auch für den durch § 463 eingeräumten Schadensersatzanspruch, der nur inhaltlich durch das Recht des Käufers bestimmt wird, die mangelhafte Erfüllung als teilweise Nichterfüllung zu behandeln (477). Anders nur, wenn die gelieferte mangelhafte Sache als eine ganz andere Sache als die gekaufte erscheint (477). b. Hiernach müssen wegen der zur Zeit des Verkaufes vorhandenen Gewährsmängel dem Käufer die Rechte aus Nichterfüllung bei gegenseitigen Verträgen versagt werden (478). Er kann die Annahme der mangelhaften Sache nicht schlechthin, sondern nur in Verbindung mit der Vornahme der Wandlung ablehnen (478). Er hat nicht die Einrede des nicht erfüllten Vertrages, sondern nur entsprechende Einreden auf Grund seiner Gewähransprüche (478). Er hat keinen Anspruch auf Beseitigung des Mangels (478). Ihm fehlt das Recht des einseitigen Rücktritts (478). Einen Anspruch auf Schadensersatz hat er nur in Gestalt des elektiven Gewähranspruches (478). Im übrigen auch bei Verschulden des Verkäufers weder auf Grund fahrlässiger Verletzung der Leistungspflicht, noch auf Grund fahrlässigen Verhaltens beim Vertragsschluss (479). c. Wegen eines nach dem Vertragsschluss vor dem Gefahrübergange entstandenen Mangels hat er gleichfalls die Gewähransprüche (479). Aber einerseits nicht bei eigenem Verschulden (479). Andererseits, wenn der Verkäufer verantwortlich ist, daneben die Rechte aus Nichterfüllung (479). Denn es liegt Verletzung der Erfüllungspflicht vor (479). Dabei haftet der Verkäufer auch für das Verschulden seiner Erfüllungsgehilfen (479). Doch kann er die Ansprüche aus Nichterfüllung oder unvollständiger Erfüllung nur wahlweise statt der Gewähransprüche geltend machen (479). So insbesondere auch den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung auf Grund bloßer Fahrlässigkeit (480). Auf diesen Anspruch sind die Regeln über die Gewähransprüche nicht anzuwenden (480). Die Ansprüche wegen Nichterfüllung stehen ihm auch zu, wenn ihm Gewähransprüche fehlen (480). d. Die Streitfrage über die Konkurrenz des Anfechtungsrechtes wegen Irrtums auf Grund des § 419 B.G.B. mit den Gewähransprüchen (480). Zu verneinen (480). e. Auch das Anfechtungsrecht wegen Betruges aus § 123 B.G.B. konkurriert bei arglistiger Verschweigung des Mangels nicht mit den Gewähransprüchen (480). Hier aber bleibt der außervertragliche Deliktsanspruch unberührt (480) . . 477

III. Besonderheiten beim Gattungskauf (481). Streitfragen im bisherigen Recht (481). Das B.G.B. gibt dem Käufer gleiche Gewähransprüche wie beim Kauf einer individuell bestimmten Sache (481). Außerdem aber den Anspruch auf Lieferung einer mangelfreien Sache (481). Dieser Anspruch ist an sich ein Anspruch auf

(Die eingeklammerten Zahlen bedeuten die Seitenzahlen.)

	Seite
nachträgliche Erfüllung (481). Er ist indes im B.G.B. in den Hauptpunkten dem Wandlungsanspruch gleichgestellt (481). Im übrigen müssen die Regeln über die Folgen der Nichterfüllung gelten (481).	481
IV. Besonderheiten beim Viehkauf (482). 1. Überhaupt (482). Erhaltung deutschrechtlicher Grundsätze in den Partikularrechten (482). Das Recht des B.G.B. (482). 2. Gewährleistung kraft gesetzlicher Regel (483). a. Haftung des Verkäufers für Hauptmängel (483). Bestimmung der Hauptmängel (483). Die Haftung tritt auch ein, wenn der Verkäufer den Mangel weder kannte noch kennen mußte (483). Keine gesetzliche Gewährleistungspflicht für andere Mängel (483). b. Die Haftung tritt nur ein, wenn der Mangel sich innerhalb der Gewährfrist zeigt (484). Die gesetzlichen Gewährfristen (484). Gewillkürte Gewährfrist (484). Beginn (484). c. Vermutung für das Vorhandensein des Hauptmangels zur Zeit des Gefahrüberganges (484). Gegenbeweis (484). d. Anzeigepflicht des Käufers (485). Wirkung der Unterlassung rechtzeitiger Anzeige (485). e. Wandlungsanspruch des Käufers (485). Kein Minderungsanspruch (485). f. Verjährung in sechs Wochen (485). Erhaltung der Einrede (486). Der bei einem arglistig verschwiegenen Hauptmangel dem Käufer wahlweise zustehende Anspruch auf Schadensersatz ist der kurzen Verjährung nicht unterworfen (486). 3. Gewährleistung kraft besonderer Zusage (486). a. Haftungserweiterung bei Gewährleistung eines nicht zu den Hauptmängeln gehörigen Fehlers oder bei Zusicherung einer besonderen Eigenschaft des Tieres (486). Im Falle der Vereinbarung einer Gewährfrist (486). Im Falle des Mangels solcher Vereinbarung (486). b. Haftungsverschärfung bei Übernahme einer besonderen Garantie (486). Der Käufer kann statt der Wandlung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen (487). 4. Gattungskauf (487). Anspruch auf Ersatzlieferung eines mangelfreien Tieres (487)	482
V. Besonderheiten beim Handelskauf (487). 1. Einschränkung der Gewährleistungspflicht durch die dem deutschen Recht entstammende Prüfungs- und Rügepflicht des Käufers (487). Unterschiede zwischen dem alten und dem neuen H.G.B. (487). 2. Ausdehnung der Prüfungs- und Rügepflicht auf den Fall, daß eine andere Ware oder Warenmenge als die bedungene geliefert ist (488). Damit ist jedoch keineswegs das ganze Anwendungsgebiet der Vorschriften über die Haftung für Sachmängel erstreckt (488). 3. Der Viehkauf untersteht, auch wenn er Handelskauf ist, lediglich den Vorschriften des bürgerlichen Rechts (489)	487
VI. Entsprechende Anwendung der Vorschriften über Gewährleistung wegen Sachmängel bei anderen Verträgen (489)	489
§ 195. Besondere Arten des Kaufes	489
I. Probekäufe (489). 1. Kauf zur Probe (489). 2. Kauf nach Probe (489). Unbedingter Kauf mit Zusicherung probemäßiger Eigenschaft (489). Aufbewahrung der Probe (489). Die Beweislast hinsichtlich der Beschaffenheit der Probe trifft den Käufer (490).	
(Die eingeklammerten Zahlen bedeuten die Seitenzahlen.)	

Auch in Ansehung der Identität (490). Dagegen liegt der Beweis der probemässigen Beschaffenheit der Ware dem Verkäufer ob (490).	
3. Kauf auf Probe (490). Bedingter Kauf (490). Die Billigung oder Ablehnung der Ware hängt vom freien Belieben des Käufers ab (490). Während des Schwebens der Bedingung besteht einseitige Gebundenheit des Verkäufers (491). Die Bedingung ist im Zweifel eine aufschiebende (491). Sie kann aber auch als auflösende gemeint sein (491). Im ersten Falle bleibt trotz Übergabe der Sache die Gefahr beim Verkäufer, im zweiten Falle geht sie mit der Übergabe auf den Käufer über (492). Billigung und Mißbilligung sind keine rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen, sondern bloße tatsächliche Willenskundgebungen (492). Sie können ausdrücklich oder durch schlüssiges Verhalten erfolgen (492). Sie müssen aber rechtzeitig geschehen (492). Vereinbarte Frist (492). Andernfalls Fristsetzungsrecht des Verkäufers (492). Das Schweigen des Käufers bis zum Ablauf der Frist gilt, jenachdem die Sache noch nicht übergeben oder schon übergeben war, als Mißbilligung oder Billigung (492). Verantwortlichkeit des Käufers für schuldhafte Behandlung des Kaufgegenstandes bei Scheitern des Kaufvertrages (493) . . .	489
II. Kauf auf Kondition (493). Konditionsgeschäft des Buchhandels (493). Unterschied vom Trödelvertrage (493)	493
III. Spezifikationskauf (493). Bestimmungspflicht des Käufers (493). Rechte des Verkäufers bei Verzug des Käufers (494) . . .	493
IV. Kauf mit Eigentumsvorbehalt (494). Nur beim Fahrniskauf möglich (494). Unbedingter Kauf mit bedingter Übereignung (494). Im Zweifel aufschiebend bedingter Eigentumserwerb (494). Mithin verbleibt das Eigentum an der übergebenen Sache bis zur vollständigen Zahlung des Kaufpreises beim Verkäufer (494). Der Käufer aber erlangt Besitz und anwartschaftliches Recht (495). Mit der Kaufpreiszahlung erwirbt er ohne weiteres auf Grund der schon vollzogenen Übereignung das Eigentum (495). Der Verkäufer hat also schon mit der Übergabe erfüllt (495). Wird der Kaufpreis nicht bezahlt, so wird die Übereignung hinfällig (495). Der Kaufvertrag bleibt unberührt (495). Im Zweifel aber gilt mit dem Eigentumsvorbehalt zugleich eine Verwirkungsklausel als vereinbart, kraft deren der Verkäufer bei Zahlungsverzug zum Rücktritt befugt ist (495)	494
V. Abzahlungsgeschäfte (495). Beschränkungen der Vertragsfreiheit zur Verhütung von Mißbräuchen (495). Ein Kauf ist Abzahlungsgeschäft, wenn der Käufer den Preis übergebener Sachen in Teilzahlungen berichtigen, der Verkäufer aber bei Nichterfüllung zum Rücktritt berechtigt sein soll (495). Dabei ist erstens durch zwingende Vorschriften die beiderseitige Rückgewährpflicht im Falle des Rücktritts begrenzt und insbesondere die den Verlust bereits geleisteter Teilzahlungen androhende Verwirkungsklausel ausgeschlossen (496). Zweitens kann die Fälligkeit der Restschuld als Folge des Teilzahlungsverzuges nur unter bestimmten Voraus-	

Die eingeklammerten Zahlen bedeuten die Seitenzahlen.)

setzungen bedungen werden (496). Drittens gilt die Rückforderung der Sache auf Grund eines etwaigen Eigentumsvorbehaltes als Ausübung des Rücktrittsrechts (496). Gleichstellung anderer Verträge, die in einer anderen Rechtsform die Zwecke eines Abzahlungsgeschäftes verfolgen (496). Insbesondere „Möbelleihverträge“ (496) 495

VI. Wiederkauf (497). Dinglich wirksamer Wiederkaufsvorbehalt im älteren deutschen Recht (497). Persönliches Forderungsrecht auf Wiederkauf im gemeinen Recht (497). Ausgestaltung in den Gesetzbüchern (497). Das B.G.B. kennt nur ein durch Vorbehalt im Kaufvertrage begründetes persönliches Wiederkaufsrecht (497). Doch ermöglicht es bei Grundstücken und Rechten an Grundstücken die dingliche Sicherung durch Vormerkung (497). Das Landesrecht kann auf vorbehaltenen Gebieten die Bestellung dinglicher Wiederkaufsrechte zulassen und überdies gesetzliche Wiederkaufsrechte anerkennen (497). Das Wiederkaufsrecht des B.G.B. fordert Begründung im Kaufvertrage oder einer Zusatzvereinigung (498). Bei Grundstücken formbedürftig (498). Der Wiederkaufspreis deckt sich im Zweifel mit dem Kaufpreise, kann aber anders bestimmt werden (498). Das Recht ist mangels anderer Abrede vererblich und übertragbar (498). Notwendig aber befristet (498). Gesetzliche Frist von 30 Jahren bei Grundstücken, 3 Jahren bei anderen Gegenständen (498). Vereinbarung kann die Frist anders bestimmen (498). Ausübung durch einseitige Willenserklärung des Verkäufers (498). Einer Mitwirkung des Käufers bedarf es nicht (498). Der Wiederkauf ist also kein Kaufvertrag (498). Unhaltbarkeit der Annahme eines Vorvertrages (498); einer in der Einräumung des Wiederkaufsrechts bereits enthaltenen Kaufofferte (499); eines schon zugleich mit dem ersten Kaufvertrage unter einer Wollensbedingung geschlossenen Wiederkaufsvertrages (499). Vielmehr ein einseitiges Rechtsgeschäft, durch das der Verkäufer kraft vertragsmäßiger oder gesetzlicher Ermächtigung ein Kaufschuldverhältnis begründet (499). In diesem Sinne ist das Wiederkaufsrecht auch heute ein Einlösungsrecht (499). Verschieden vom Rücktrittsrecht, da es nicht auf Auflösung, sondern auf Schaffung eines Schuldverhältnisses abzielt (499). Kein bloßes Gestaltungsrecht (499). Vielmehr ein selbständiges Herrschaftsrecht, dem das Gestaltungsrecht als Mittel der Ausübung dient (500). Sein Kern ein Erwerbsrecht (500). Schuldrechtliche Duldenspflicht des Käufers (500). Darum auch als dingliches Sachherrschaftsrecht möglich (500). Wirkung des Wiederkaufs (500). Begründung eines gegenseitigen Schuldverhältnisses mit dem Inhalt eines Kaufschuldverhältnisses (500). Besonderheiten hinsichtlich der inzwischen eingetretenen Veränderungen (500). Herausgabepflicht des Wiederverkäufers gegen Zahlung des Kaufpreises (500). Verantwortlichkeit für eine von ihm vorgenommene wesentliche Veränderung oder eine von ihm verschuldete Verschlechterung des

(Die eingeklammerten Zahlen bedeuten die Seitenzahlen.)

Gegenstandes (501). Beseitigung von Rechten Dritter (501). Ersatzanspruch wegen Verwendungen und Wegnahmerecht (501). Abweichende Regeln, wenn als Wiederkaufspreis der Schätzwert bedungen ist (501). Gemeinschaftliches Wiederkaufsrecht (501). Beschränkungen des gewerbemäßigen Betriebes von Rückkaufsgeschäften (501). Möglichkeit eines vorbehaltenen Wiederverkaufsrechtes (501) 497

VII. Vorkauf (502). Rechtsgeschäftliche wie gesetzliche Vorkaufsrechte im älteren deutschen Recht als bedingte dingliche Erwerbsrechte (502). Tendenz zur Ausschaltung des Begriffs des Vorkaufsrechtes bei den gesetzlichen Näherrechten und Einschränkung des Begriffs auf ein rein obligationenrechtlich wirksames rechtsgeschäftliches Vorkaufsrecht im gemeinen Recht (502). Erhaltung des einheitlichen Begriffs des Vorkaufsrechtes, dem die Näherrechte unterstellt blieben, und der Möglichkeit der Verdinglichung von rechtsgeschäftlich begründeten Vorkaufsrechten an Grundstücken in den Partikularrechten (502). Die neueren Gesetzbücher (502). Das B.G.B. (502). Die schuldrechtlichen Bestimmungen über das persönliche Vorkaufsrecht und ihre Bedeutung für das dingliche Vorkaufsrecht (502). Begründung des persönlichen Vorkaufsrechtes durch Vorbehalt in einem Kaufvertrage, aber auch durch selbständigen Vertrag oder Nebenabrede in einem anderen Vertrage oder durch Vermächtnis (503). Möglich bei Kaufgegenständen jeder Art (503). Bei Grundstücken bedarf der Vertrag gerichtlicher oder notarieller Form (503). Der Streit darüber (503). Der Vertrag über Einräumung eines dinglichen Vorkaufsrechtes ist nicht formbedürftig (503). Möglichkeit der dinglichen Sicherung eines persönlichen Vorkaufsrechtes durch Grundbucheintrag einer Vormerkung (503). Unterschied vom dinglichen Vorkaufsrecht (503). Unteilbarkeit des persönlichen Vorkaufsrechtes (504). Im Zweifel unvererblich und unübertragbar (504). Das befristete Vorkaufsrecht im Zweifel vererblich (504). Die Ausübung setzt Eintritt der Ausübungsbefugnis voraus (504). Die Ausübungsbefugnis tritt ein, sobald der Verpflichtete mit einem Dritten einen Kaufvertrag über den Gegenstand geschlossen hat (504). Nicht bei sonstiger Veräußerung (504). Wegfall bei gewissen Kaufverträgen (504). Insbesondere bei Verkauf im Wege der Zwangsvollstreckung oder durch den Konkursverwalter (504). Erlöschen der Ausübungsbefugnis mit dem Ablauf der gesetzlichen oder gewillkürten Ausschlussfrist (504). Ausübung wie beim Wiederkaufsrecht durch einseitige formfreie Erklärung (505). Wirkung der Ausübung (505). Zustandekommen des Kaufs zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten unter den mit dem Dritten vereinbarten Bedingungen (505). Verpflichtungen des Vorkäufers (505). Verpflichtungen des Verkäufers (505). Der zur Gewährung des Vorkaufes Verpflichtete ist zu einem Verkaufsangebote an den Berechtigten nicht verpflichtet (505). Wohl aber zur unverzüg-

(Die eingeklammerten Zahlen bedeuten die Seitenzahlen.)

lichen Mitteilung von dem mit dem Dritten geschlossenen Kaufvertrage (506). Rechtliche Natur des Vorkaufsrechts (506). Bedingtes Einlösungsrecht (506). Das Zustandekommen des Vorkaufes durch die Ausübungserklärung kann noch weniger als beim Wiederkaufsrecht aus einem Vorvertrage oder der Annahme eines bis dahin bindenden Antrages oder dem Wirksamwerden eines doppelt bedingten Kaufvertrages durch Eintritt der Bedingungen hergeleitet werden (506). Vielmehr ist der Vorkauf überhaupt kein Kaufvertrag, sondern eine kraft rechtsgeschäftlicher oder gesetzlicher Ermächtigung ein Kaufverhältnis schaffende Willenserklärung (506). Geschichtliche und dogmatische Berechtigung der Auffassung des Vorkaufsrechts als eines „Einlösungsrechts“ (507). Aber kein bloßes Gestaltungsrecht, sondern ein Recht auf entgeltlichen Erwerb, dem das Gestaltungsrecht als ein seiner Verwirklichung dienendes Hilfsrecht entspringt (508). Darum begründet das Vorkaufsrecht schon vor Eintritt der Ausübungsbefugnis eine Gebundenheit (508). Jedoch das persönliche im Gegensatz zum dinglichen keine sachenrechtliche, sondern nur eine schuldrechtliche Gebundenheit, die sich in einer persönlichen Verpflichtung äußert (508) 502

§ 196. **Miete und Pacht** 508

 I. Begriff (508). Unterscheidung von Miete und Pacht (509). Unterarten eines einheitlichen Vertragstypus (509). Gegenseitige Schuldverträge mit doppelter Eigenart (509). Einmal begründen sie ein auf Dauer, jedoch nicht auf immerwährende Dauer angelegtes Schuldverhältnis (509). Sodann richtet sich dieses Schuldverhältnis auf die entgeltliche Verschaffung des Besitzes und Genusses einer körperlichen oder analog behandelten unkörperlichen Sache (509). Darum durch die Sachbeschaffenheit des Leistungsgegenstandes, insbesondere dessen liegenschaftliche oder fahrnisartige Natur, differenziert (510) 508

 II. Geschichte (510). Vom deutschen Recht erst im Laufe des Mittelalters als besondere Vertragsarten entwickelt (510). Ursprünglich erschienen die auf Zeit gegen wiederkehrenden Zins eingeräumten Gebrauchs- und Nutzungsrechte als Spielart der Leihrechte (510). Auffassung der zugrunde liegenden Verträge als Veräußerungsverträge (510). Zuerst in den Städten Häusermiete und bald auch Wohnungsmiete als besondere Rechtsgeschäfte geordnet (510). Allmählich auch auf dem Lande die freie Zeitleihe zur Zeitpacht entwickelt (510). Daneben fahrnisrechtliche Miete (z. B. Schiffs- und Tiermiete) und Pacht (z. B. Viehpacht) (511). Nunmehr wurden die Miets- und Pachtverträge zu einem eigenartigen Typus der gegenseitigen Schuldverträge (511). Verpflichtungskraft abhängig von haftungsrechtlicher Form oder Leistung eines Vertragsteils (511). Aber Gebundenheit nur für beschränkte Zeit (511). Vor deren Ablauf einseitige Aufsaye aus bestimmten Gründen zulässig (511). In dieser Hinsicht vielfach auffallende Zerbrechlichkeit (512).

(Die eingeklammerten Zahlen bedeuten die Seitenzahlen.)

Zum Teil Rückforderungsrecht des Vermieters bei eigenem Bedürfnis (512), sowie Aufsayerecht des Mieters bei Erwerb eines eignen Hauses (512). Mitunter Befreiung des Vermieters durch Verkauf: „Kauf bricht Miete“ (512). Im ganzen jedoch Tendenz der Verfestigung (512). Erfordernis der Kündigung (512). Insbesondere überwiegendes Durchdringen des Satzes: „Kauf bricht nicht Miete“ (512). Immer aber, wie lose oder fest der Schuldvertrag binden mochte, war das ihm gemäß dem Mieter oder Pächter eingeräumte Recht an der Sache ein dingliches Recht (512). Denn es kam in einer Gewere zur Erscheinung (513). Regelmäßig bedarf es der Erlangung leiblicher Gewere (513). Bisweilen genügt bei Grundstücken ideelle Gewere kraft Eintragung (513). Schon der persönliche Anspruch auf Erwerb der Gewere verlangt die Achtung Dritter (513). Nach Erlangung der Gewere aber ist das liegenschaftsrechtliche Pachtrecht unbedingt gegenüber jedem dritten Erwerber der Sache wirksam (513). Freilich, wo ausnahmsweise der schuldrechtliche Satz „Kauf bricht Miete“ gilt, nicht gegenüber dem Käufer (513). Dagegen bewährt der schuldrechtliche Satz „Kauf bricht nicht Miete“ auf Grund der durch ihn fort dauernd gerechtfertigten Gewere auch sachenrechtliche Kraft (513). Verhältnis zum Sondernachfolger (514). Bei fahrnisrechtlicher Miete oder Pacht gelten die allgemeinen Schranken des Schutzes gegen Dritte (514). Mit der Rezeption Aufnahme des römischen Rechts der locatio conductio rei (514). Schutzlosigkeit des Mieters im gemeinen Recht (514). Nur teilweise Detentionsschutz und Abschleifung der Härten des Satzes „Kauf bricht Miete“ (514). In den Partikularrechten größerer Einfluß des einheimischen Rechts (515). Entfaltung schuldrechtlicher Regeln deutscher Herkunft (515). Hinsichtlich der Stellung zur Sache meist Abschwächung des Satzes „Kauf bricht Miete“ (515). Vielfach aber auch Anerkennung des Satzes „Kauf bricht nicht Miete“ (515). Zulassung der Verdinglichung der Grundstücksmiete durch Eintragung (515). Deutschrechtliche Ausgestaltung im preussischen Landrecht (515). Das B.G.B. hält im Anschluß an das gemeine Recht Miete und Pacht im schuldrechtlichen Rahmen fest (516). Allein es gewährt dem Mieter und Pächter nicht nur Besitz und Besitzschutz, sondern auch eine durch den Besitz vermittelte dingliche Wirksamkeit seines persönlichen Rechts (516). Tragweite bei beweglichen Sachen (516). Bei Grundstücken (516). Sieg und eigenartige Ausgestaltung des Satzes „Kauf bricht nicht Miete“ (516) 510

III. Gemeinsame Grundsätze für alle Arten von Miete und Pacht (516). 516

1. Abschluß (516). Bestimmung des Gegenstandes und des Miets- oder Pachtzinses (516). Notwendig begrenzte Dauer der vertragsmäßigen Bindung (517). Höchstgrenze der vertragsmäßig bestimmten Miets- oder Pachtzeit (517). Gesetzliche Fristen für die Zeitdauer der Bindungskraft bei unbestimmter Miets- oder

(Die eingeklammerten Zahlen bedeuten die Seitenzahlen.)

Pachtzeit (517). Aber nur die Bindungskraft, nicht die Wirkungskraft des Vertrages ist notwendig zeitlich begrenzt (517). Möglichkeit des Inkraftbleibens des Vertrages für beliebig lange Zeit infolge Nichtkündigung oder tatsächlicher Fortsetzung (517). Begriff und Wesen der „Verlängerung“ (517). Fortbestand des ursprünglichen Vertrages im Falle der Verlängerung (517). So auch bei einer mit der Identität vereinbaren Inhaltsänderung (517) 516

2. Verpflichtungen des Vermieters oder Verpächters (518).
 a. Gebrauchsgewährung (518). Dauernatur dieser Verpflichtung (518). Verpflichtung zur Gebrauchsverschaffung und zur Erhaltung der Sache in geeignetem Zustande (518). b. Gewährung des Fruchtgenusses bei der Pacht (518). c. Gewährleistung für Sachmängel (519). Haftung in ähnlichem Umfange wie bei Verkauf (519). Jedoch auch für Nichtentstehung eines Fehlers oder Nichtwegfall der zugesicherten Eigenschaft während der Dauer des Verhältnisses (519). Abweichende Regelung der Folgen des Eintrittes eines Gewährleistungsfalles (519). Immer Wegfall oder Minderung der Zinspflicht für die Zeit der Aufhebung oder Minderung der Gebrauchs-tauglichkeit (519). Anspruch auf Schadensersatz wegen Nicht-erfüllung bei Verzug mit der Beseitigung eines beim Vertrags-schluss vorhandenen oder eines später infolge eines vom Ver-mieter oder Verpächter zu vertretenden Umstandes entstandenen Mangels (519). Kein Rücktrittsrecht, aber Aufhebungsrecht (519). Einfluß von Kenntnis des Mangels und von grobfahrlässiger Nicht-kenntnis (520). Nichtigkeit abschwächender Vereinbarungen im Falle der arglistigen Verschweigung des Mangels (520). d. Ge-währleistung für Rechtsmängel nur insoweit, als durch sie der vertragsmäßige Sachgenuß ganz oder teilweise entzogen wird (520). e. Lastentragung (520). f. Ersatz von Verwendungen (520). g. Neben-leistungen (520). Wenn andere Leistungen neben Gewährung des Sachgenusses einen wesentlichen Schuldinhalt bilden, gemischter Vertrag (520). Beispiele (520). Wenn der Sachgebrauch nur Mittel für einen anderen Hauptzweck ist, überhaupt kein Mietsvertrag (521). Beispiele (521). Kassenschrankfachgeschäft (521). 518

3. Verpflichtungen des Mieters oder Pächters (521). a. Zahlung des vereinbarten Zinses (521). Regelmäßig eine Dauerverpflichtung zu wiederkehrenden Geldzahlungen (521). Möglichkeit einmaliger Gegenleistung (521). Zins in anderen vertretbaren Sachen als Geld (521). Dagegen sind Dienstleistungen kein Zins (521). Als bloße Nebenleistungen fallen sie in den Rahmen des Miets- oder Pacht-verhältnisses (522). Gehören sie zum Hauptzweck der Vereinbarung, so liegt ein gemischter Vertrag vor (522). Soll die Gebrauchs-überlassung lediglich durch Dienste vergolten werden, so liegt kein Miets- oder Pachtvertrag, sondern reiner Arbeitsvertrag vor (522). Beispiele (522). Fälligkeit der einzelnen Miets- oder Pachtzins-schuld (522). Gesetzliche Termine (522). Vertragsmäßige Ab-weichungen (522). Zinsentrichtung im Falle der Gebrauchsverhin-

(Die eingeklammerten Zahlen bedeuten die Seitenzahlen.)

derung des Mieters oder Pächters durch einen in seiner Person liegenden Grund (523). b. Ordnungsmäßiges Verhalten beim Gebrauch (523). Unterlassung von vertragswidrigem Gebrauch (523). Obhutspflicht (523). Verantwortlichkeit für willkürliche Veränderung und verschuldete Beschädigung (523). Anzeigepflicht bei Gefährdung der Sache (523). Folgen der Versäumnis der Anzeige (523). c. Unterlassung der Gebrauchsüberlassung an Dritte (524). Insbesondere der Weitervermietung oder Weiterverpachtung (524). Folgen der Verletzung dieser Pflicht (524). Der Vertrag zwischen ihm und dem Dritten ist wirksam, jedoch dem Vermieter oder Verpächter gegenüber unwirksam (524). Zulässigwerden der Gebrauchsüberlassung durch Erlaubnis (524). Natur der Erlaubnis (525). Sie bewirkt kein Schuldverhältnis zwischen dem Vermieter oder Verpächter und dem Dritten (525). Auch enthebt sie den Mieter oder Pächter nicht der Verantwortlichkeit für ordnungsmäßigen Gebrauch (525). Sie verschafft aber dem Dritten ein gegen den Vermieter oder Verpächter wirksames Gebrauchsrecht (525). Die Erlaubnis frei versagbar (525). Kündigungsrecht des Mieters bei grundloser Verweigerung (525). Nicht aber des Pächters (525). d. Rückgewähr (525). Bei liegenschaftsrechtlicher Miete oder Pacht kein Zurückbehaltungsrecht wegen Gegenansprüche (528). Unmittelbares Forderungsrecht auf Rückgabe auch gegen den Dritten, dem der Gebrauch überlassen ist (525). Dessen Natur (526). Gesetzlicher kumulativer Schuldübergang (526). Schadensersatzpflicht wegen Nichtrückgabe (526). Unabhängig von Verschulden oder Verzug zu leistende Mindestentschädigung (526)	521
4. Verjährung (526). Abgekürzte Fristen (527). Beginn (527).	526
5. Beendigung (527). Besondere Beendigungsgründe für das dauernde Schuldverhältnis (527). Die Beendigung der aus ihm entsprungenen einzelnen Schuldverpflichtungen davon nicht berührt (527). a. Zeitablauf (527). Verlängerung (527). b. Kündigung (528). Erfordernisse und Wirksamkeit (528). Gesetzliche und gewillkürte Fristen und Termine (528). Willkürliches Kündigungsrecht jedes Teils bei Eingehung oder Verlängerung auf unbestimmte Zeit (528). Desgleichen kraft zwingenden Rechtssatzes bei Eingehung auf bestimmte Zeit nach Ablauf des Höchstmases der zulässigen Bindungsfrist (529). Vertragsmäßige Einschränkungen des Kündigungsrechts (529). Abhängigmachung der Beendigungskraft des Ablaufes vereinbarter Zeit von vorheriger Kündigung (529). Befristetes Kündigungsrecht aus besonderen Gründen (529). Des Mieters wegen grundloser Verweigerung der Erlaubnis zur Gebrauchsüberlassung an Dritte (529). Der Erben des Mieters oder Pächters im Falle seines Todes (529). Des Vermieters beim Tode des Mieters, nicht aber des Verpächters beim Tode des Pächters (529). Des Mieters oder Pächters wie des Konkursverwalters bei Konkurs des Vermieters oder Verpächters (530). c. Kündigung ohne Kündigungsfrist (530). Unterschied vom Rücktritt (530). Wegfall des gesetz-	
(Die eingeklammerten Zahlen bedeuten die Seitenzahlen.)	

lichen Rücktrittsrechts, soweit dieses Kündigungsrecht Platz greift (531). Unbefristetes Kündigungsrecht des Mieters oder Pächters wegen Nichtgewährung oder Entziehung des Gebrauchs (531). Der Regel nach erst nach erfolgloser Fristsetzung zur Abhilfe (531). Ausnahmen (531). Bei unerheblicher Vorenthaltung oder Hinderung nur auf Grund eines besonderen Interesses (531). Verhältnis zu den Gewähransprüchen (531). Einfluss von Verschulden (531). Streitfrage, ob und inwieweit daneben ein Anspruch auf Schadensersatz besteht (531). Unbefristetes Kündigungsrecht des Vermieters oder Verpächters aus zwei Gründen (531). Erstens wegen erheblicher Verletzung seiner Rechte durch vertragswidrigen Gebrauch trotz erfolgter Abmahnung (532). Zweitens wegen Zinssäumnis bei Verzug für zwei aufeinanderfolgende Termine (532). In beiden Fällen auch hier kein Anspruch auf Schadensersatz wegen verfrühter Aufhebung (532). Wegfall des Kündigungsrechtes wegen Zinssäumnis in bestimmten Fällen (532). Vertragsmäßige Einschränkungen oder Verschärfungen der gesetzlichen Kündigungsrechte (533) 527

§ 197. Besondere Arten von Miete und Pacht 533

 I. Miete und Pacht von Grundstücken (533). Besondere Rechtsätze, auch anwendbar auf Wohnungsmiete und sonstige Miete von Räumen in Liegenschaften (533). 533

 1. Form (533). Die Vorschrift des § 566 B.G.B. (533). Kein Einfluss des Mangels der Schriftform auf die Gültigkeit des Vertrages (533). Aber Kündigungsrecht wie bei einem auf unbestimmte Zeit geschlossenen Verträge (533). Der Streit über die Kraft mündlicher Nebenabreden und Vertragsänderungen (534). 533

 2. Zinstermine (534). Gesetzliche Regeln über die Fälligkeitstage (534) 534

 3. Kündigungsfristen (534). a. Bei der Grundstücks-miete (534). Kündigung zum Schluss eines Kalendervierteljahrs bis zu dessen drittem Werktag als Regel (534). Kürzere Fristen bei Bemessung des Mietsjahres nach kürzeren Zeitabschnitten (534). Nach Monaten oder Wochen (534). Nach Tagen (534). Streit über die Bedeutung der Kündigung für den folgenden Tag (535). b. Bei der Grundstückspacht (535). Zum Schluss des Pachtjahres spätestens am ersten Werktag des vorangehenden halben Jahres (535) 534

 4. Rückgewähr (535). Kein Zurückbehaltungsrecht am Grundstück oder Grundstücksteil (535) 535

 5. Gesetzliches Pfandrecht (535). Des Vermieters an den eingebrachten Sachen des Mieters (535). Des Verpächters an den eingebrachten Sachen des Pächters und bei einem landwirtschaftlichen Grundstück überdies an den Früchten (536). Römischer Ursprung (536). Im älteren deutschen Recht entsprechendes eigenmächtiges Pfändungsrecht an der auf dem Grundstück befindlichen Fahrnis wegen versessenen Zinses (536). Anerkennung in den Gesetzbüchern (536). Ersetzung durch ein bloßes Zurückbehaltungsrecht

(Die eingeklammerten Zahlen bedeuten die Seitenzahlen.)

in manchen Gesetzbüchern (536). Aufnahme ins B.G.B. (536). Entstehung von Rechtswegen mit der Einbringung (536). Die Einbringung als Realakt (536). Umfang der ergriffenen Sachen (536). Unpfändbare Sachen (537). Fremde Sachen (537). Umfang der Pfandhaftung (537). Einschränkung hinsichtlich künftiger Entschädigungsforderungen und des künftigen Miets- oder Pachtzinses (537). Einschränkung hinsichtlich rückständigen Zinses gegenüber einem Pfändungspfandgläubiger (538). Erlöschen mit Entfernung der Sachen (538). Fälle, in denen das Erlöschen unabhängig vom Wissen und Wollen des Vermieters oder Verpächters eintritt (538). Im übrigen wirkt Entfernung ohne Wissen oder unter Widerspruch des Berechtigten nicht beendigend (538). Jedoch einmalige Ausschlussfrist für Geltendmachung (538). Das zum Schutze des Pfandrechts bestehende Recht der Sperre durch eigenmächtige Hinderung der Entfernung und durch Besitznahme (538). Ansprüche gegen Dritte nach der Entfernung (539). Abwendung des Pfandrechts durch Sicherheitsleistung (539) 535

6. Wirksamkeit gegenüber einem dritten Erwerber des Grundstücks (539). Eintritt desselben in das Miets- oder Pachtverhältnis (539). a. Voraussetzungen (539). Eigentumserwerb kraft Veräußerung (539). Vorher erfolgte Überlassung des dem Mieter oder Pächter zukommenden Besitzes (539). Fortdauer des Besitzes nicht erforderlich (540). Veräußerung vor der Besitzüberlassung bewirkt den Eintritt des Erwerbers, wenn dieser vorher oder gleichzeitig dem Vermieter oder Verpächter gegenüber die Verpflichtungen übernommen hat (540). Vertragmäßige Ausschaltung oder Einschränkung der gesetzlichen Wirkung des Eigentumsüberganges möglich (540). b. Verhältnis zum Sachenrecht (540). Im Sinne des B.G.B. kein sachenrechtliches Verhältnis (540). Das Miets- und Pachtrecht kein dingliches Recht (540). Es kann nicht im Grundbuch erscheinen (541). Ihm entspringen keine dinglichen Ansprüche (541). Keine Vollkraft gegenüber dem Ersterer im Wege der Zwangsversteigerung (541). Die Einräumung keine „Verfügung“ über das Grundstück (541). Das Grundstück nicht „belastet“ (541). Allein das Miets- oder Pachtverhältnis wird durch die Besitzüberlassung seiner Gebundenheit an die Person des Vertragsschließenden entkleidet (541). Keine gesetzliche Übertragung im Sinne von Forderungsabtretung und Schuldübernahme (541). Auch kein an die Veräußerung geknüpfter gesetzlicher Übergang des zweiseitigen Schuldverhältnisses (541). Vielmehr folgt das Schuldverhältnis als Ganzes dem Eigentum, die einzelnen Rechte und Pflichten entstehen von nun an in der Person des Eigentümers, die früher entstandenen bleiben beim Veräußerer zurück (541). Das Schuldverhältnis wird also an die Sache geknüpft (542). Nicht verdinglicht, aber radiziert (542). „Zustandsobligation“ (542). Das Eigentümliche aber liegt darin, daß der die jeweilige Trägerschaft bestimmende Zustand gerade die Stellung

(Die eingeklammerten Zahlen bedeuten die Seitenzahlen.)

als Eigentümer des Grundstücks ist, dessen entgeltlicher Gebrauch den Leistungsgegenstand bildet (542). Ein mit den Mitteln des Schuldrechts hergestelltes künstliches Surrogat der Verdinglichung (542). c. Das Schuldverhältnis im Ganzen (542). Das dauernde Schuldverhältnis bleibt dasselbe, wechselt aber von Rechtswegen das eine seiner Subjekte (542). Der Erwerber wird zum Vermieter oder Verpächter (542). d. Die einzelnen beiderseitigen Rechte und Pflichten (543). Sie bilden keinen Gegenstand der Sukzession, sondern entstehen als Ausflüsse der Dauerobligation zwischen deren jeweiligen Trägern (543). Verpflichtung des Erwerbers zur Gewährung von Gebrauch und bei der Pacht Fruchtgenuß während der Dauer seines Eigentums (543). Einstehen für Mängel (543). Nur in die bereits vor der Veräußerung entstandenen konkreten Ersatzverbindlichkeiten tritt er nicht ein (543). Ersatz von Verwendungen, Lastentragung, Nebenleistungen (543). Dem Erwerber und nur ihm erwachsen die während der Dauer seines Eigentums sich ergebenden Rechte (543). Forderungsrecht auf den fällig werdenden Miets- oder Pachtzins (543). Nebenleistungen (544). Ansprüche auf Unterlassung von vertragswidrigem Gebrauch und auf Rückgewähr (544). Pfandrecht (544). e. Abwandlungen (544). α. Bestellte Sicherheit (544). Sonderbestimmung des § 572 B.G.B. (544). β. Miets- und Pachtzins (544). Der Erwerber muß in bestimmtem Umfange eine zu seinem Nachteil erfolgte Veränderung der nach seinem Eigentumserwerbe fällig werdenden Zinsforderung gegen sich gelten lassen (544). Vorausverfügung des Vermieters oder Verpächters in den Grenzen des § 573 B.G.B. und der Novelle vom 8. Juni 1915 (545). Erweiterung zugunsten des gutgläubigen Mieters oder Pächters (545). Aufrechnungsbefugnis gegenüber dem Erwerber (546). γ. Unrichtige Anzeige erfolgter Übereignung (546). f. Garantiepflcht des ursprünglichen Vermieters oder Verpächters (546). Bürgschaftsähnliche Haftung für Schadensersatzpflicht des Erwerbers wegen Nichterfüllung (546). Wesen (546). Befreiung (547). g. Belastung des Grundstücks (547). Entsprechende Anwendung der Regeln über den Eintritt des Erwerbers, wenn die Ausübung des dinglichen Rechts den Miets- oder Pachtgebrauch entziehen würde (547). Jedoch nur Ruhen der Vermieter- oder Verpächterstellung des Eigentümers (547). Während der Dauer des dinglichen Rechts keine konkurrierende Ausübung durch den Eigentümer (548). Wenn das eingeräumte Recht so beschaffen ist, daß seine Ausübung den Miets- oder Pachtgebrauch nur beschränken würde, kein Eintritt in das Schuldverhältnis, aber Beschränkung der Ausübungsbefugnis (548). h. Weiterveräußerung (548). Eintritt des weiteren Erwerbers (548). Nur die bürgschaftsähnliche Haftung trifft nach wie vor den ursprünglichen Vermieter oder Verpächter (548). Anders, wenn er schon befreit ist (548). i. Vermietung oder Verpachtung durch einen auf Zeit Berechtigten (549). Eintritt des Eigentümers bei früherem Erlöschen des Rechts (549). Jedoch

(Die eingeklammerten Zahlen bedeuten die Seitenzahlen.)

	Seite
Kündigungsrecht (549). k. Veräußerung im Wege der Zwangsvollstreckung (549). Eintritt des Erstehers, aber regelmäßig Kündigungsrecht (549). Jedoch nur für den ersten Termin (550). Veräußerung durch den Konkursverwalter (550)	539
II. Wohnungsmiete (550). Bedeutung (550). Mißstände (550). 1. Beschränkungen der Vertragsfreiheit (550). Die zwingende Vorschrift des § 544 B.G.B. (550). Tragweite (550). Allgemeine Beschränkungen (551). Unzureichend (551). 2. Beamtenprivileg (551). Tragweite (552). 3. Umfang des Mietsrechts (552). Bestimmt durch den Zweck der Wohnungsmiete (552). In sachlicher Hinsicht (552). Anspruch auf Nebenleistungen (552). Mitgebrauch gemeinsamer Einrichtungen (553). Gebrauch in außerordentlichen Lebenslagen (553). In persönlicher Hinsicht (553). Einräumung des Mitgebrauchs an Familienangehörige, Hausstandsgenossen und Gäste (553). Familienzuwachs (553). Gemeinschaftliche Wohnungsmiete durch mehrere Personen (554). Mitunterzeichnung der Ehefrau behufs Begründung eines Pfandrechts an den ihr gehörigen eingebrachten Sachen (554). Nur akzessorisches Mietsverhältnis (554). 4. Räumung (554). Räumungsfristen (554). Gestattung der Besichtigung durch Mietlustige (555)	550
III. Landpacht (555). Ausbildung besonderer Grundsätze über die Landgüterpacht im deutschen Recht (556). Regelung im preussischen Landrecht und in anderen Gesetzbüchern (555). Im B.G.B. nur wenige Sondervorschriften, die lediglich für die Pacht eines Landguts gelten (555). Andere dem Recht der Landgüterpacht entstammende Rechtssätze sind auf jede Pacht eines landwirtschaftlichen Grundstücks ausgedehnt (555). Einige auf die Grundstücks-pacht überhaupt erstreckt (556). 1. Grundstücks-pacht überhaupt (556). Sonderregeln über mitverpachtetes Inventar (556). Ausgebildet beim Gutsinventar (556). Anwendbar bei jedem gewerblichen Inventar (556). Schlichte Mitverpachtung des Inventars (556). Erhaltungspflicht und Ergänzungsanspruch des Pächters (556). Ersatz des gewöhnlichen Abganges an Tieren (556). Übernahme des Inventars als eisern (556). Es gelten besondere Rechtssätze, die dem Eisernviehvertrag entstammen (556). Grundgedanke, daß den Gegenstand eine im Wechsel der Stücke beständige Gesamtsache von bestimmtem Umfang und Wert bildet (557). Gefahrtragung des Pächters (557). Verfügungsrecht und Ergänzungspflicht (557). Eigentum des Verpächters (557). Es ergreift ohne rechtsgeschäftliche Vermittlung die einverleibten Stücke und erlischt an den ordnungsmäßig ausgeschiedenen Stücken (557). Rückgewähr bei Beendigung der Pacht (557). Bei Verschiedenheit des Gesamtschätzungswertes der vorhandenen Stücke und des Schätzungswertes der übernommenen Stücke hat einen Minderwert der Pächter, einen Mehrwert der Verpächter zu ersetzen (557). Ablehnungsrecht des Verpächters bezüglich überflüssiger oder zu wertvoller Stücke (557). Eigentumsübergang auf den Pächter mit der Ablehnung (557).	

(Die eingeklammerten Zahlen bedeuten die Seitenzahlen.)

Gesetzliches Pfandrecht des Pächters an den in seinen Besitz gelangten Stücken (558). Unanwendbar auf ein dem Pächter gehöriges Inventar (558). Verkauf eines Inventars durch den Vorpächter mit Vorbehalt eines Wiederkaufsrechts und Einräumung eines Wiederverkaufsrechts für den Fall der Beendigung der Pacht (558). Kaufrecht, nicht Pachtrecht (558). Aber als dem Pachtvertrage eingegliedert Nebenvertrag auszulegen (558). Keine Erreckung des Verpächterpfandrechts auf den geschuldeten Kaufpreis (558). 2. Pacht eines landwirtschaftlichen Grundstücks (558). a. Besondere Regeln über Erhaltung und Gebrauch (558). b. Verschärfung des gesetzlichen Pfandrechts des Verpächters (559). Es ergreift auch die Früchte, jedoch nicht die Früchte auf dem Halm (559). Ferner gewisse unpfändbare Sachen (559). Es kann für den gesamten Pachtzins und für rückständigen Pachtzins auch anderen Gläubigern gegenüber unbeschränkt geltend gemacht werden (559). c. Rückgewähr des Grundstücks (559). In dem aus ordentlicher Bewirtschaftung während der ganzen Pachtzeit sich ergebenden Zustande (559). Ersatz der Bestellungskosten für nicht getrennte Früchte (559). 3. Pacht eines Landguts (560). Ordnung der Rückgewähr bei Beendigung (560). Zurücklassung der zur Fortführung der Wirtschaft erforderlichen Vorräte, aber Ersatz des Mehrwerts (560). Im Falle der Übernahme auf Grund einer für die Rückgewähr maßgebenden Schätzung entsprechende Anwendung der beim eisernen Inventar geltenden Vorschriften über Wertausgleichung (560). Das Ablehnungsrecht des Verpächters aber ist auf Grundstücksteile nicht zu erstrecken (560). Im übrigen ist die Ausgestaltung der Landgüterpacht den Verträgen überlassen (560). 4. Zinsnachlaß wegen Missertrages (560). Im älteren deutschen Recht (560). Im römischen und gemeinen Recht (561). In den Gesetzbüchern (561). Abschaffung im B.G.B. (561). Im Schweizer O.R. umgekehrt zu zwingendem Recht erhoben (561). 5. Teilpacht (561). Verbreitung in den romanischen Ländern (561). Anerkennung in den neueren Gesetzbüchern (561). Auch nach B.G.B. zulässig (562). Im Zweifel Pachtvertrag mit gesellschaftlicher Nebenabrede, nicht Gesellschaftsvertrag (562) 555

IV. Rechtspacht (562). Geschichte (562). Gesetzliche Kündigungsfrist (562). Im übrigen verschieden zu behandeln, jenachdem das Recht nach Liegenschaftsrecht oder Fahrnisrecht zu beurteilen ist (563). Anwendung des Grundstückspachtrechtes auf die Pacht selbständiger liegenschaftlicher Gerechtigkeiten (563). Ebenso aber auf die Pacht eines Realrechts (563). Die Streitfrage in Ansehung der Jagdpacht (563). Sie ist keine Grundstückspacht (564). Vielmehr Pacht eines mit dem Grundstück verbundenen besonderen Rechts (564). Allein weil dies ein Realrecht ist, sind die Grundsätze über die Grundstückspacht anwendbar (564). Insbesondere der Satz „Kauf bricht nicht Pacht“ (564). Dagegen ist Grundstückspacht, nicht Rechtspacht die Verpachtung durch den Niefs-

(Die eingeklammerten Zahlen bedeuten die Seitenzahlen.)

braucher und sonstigen Nutzungsberechtigten (564). Auch im Falle der entgeltlichen Überlassung einzelner Grundstücksnutzungen (565). Pacht als beweglich zu erachtender Rechte (565). Pacht unkörperlicher Gegenstände, die als verkehrsfähige Vermögensobjekte anerkannt sind, ohne in eine Rechtsform gegossen zu sein (565). Gewerbliche Betriebe (565). Teile von solchen (565). Behandlung der einzelnen zum Betriebe gehörigen Sachen und Rechte (565). Im Falle der Zugehörigkeit eines Grundstücks Anwendung der Regeln über Grundstücks-pacht auf das ganze Verhältnis (565). . .	562
V. Fahrnismiete und Fahrnispacht (565). 1. Überhaupt (565). Besondere Regeln über die Kündigungsfrist (565). Fütterungskosten bei Tieren (566). 2. Viehpacht (566). Geschichte (566). Der Gattungsbegriff der Viehverstellung (566). Nur vereinzelt in Deutschland aufgenommen (567). Sonderregeln über Viehpacht (567). Viehpacht als gewöhnliche Pacht (567). Ohne Pachtzins nur Arbeitsvertrag (567). Viehpacht als Teilpacht (567). „Halbteilige Viehverstellung“ (567). Übergang in einen Gesellschaftsvertrag bei Eigentumsgemeinschaft (568). Unterschied von Dienstverträgen mit partiarischer Lohnbemessung (568). Verpachtung einer Viehherde (568). Die Herde als Gesamtsache (568). Erhaltungs- und Ergänzungspflicht des Pächters (568). Gefahrtragung (568). Verfügung (568). Eisernviehvertrag (568). Im Mittelalter (568). In der Neuzeit (569). Geschichtliche Bedeutung für die Übernahme des Grundstücksinventars als eisern (569). Doch sind die Vorschriften über das eiserne Inventar nur teilweise entsprechend anwendbar (569). Pachtgegenstand ist eine Herde von bestimmter Stückzahl als fungible Gesamtsache (569). Rückgewähr (569). „Eisern Vieh stirbt nie“ (569). Verfügung (569). Gleichwohl steht im Zweifel dem Verpächter das Eigentum an der Herde zu (569). Andernfalls tritt der Vertrag aus dem Rahmen des Pachtvertrages heraus (569).	565
§ 198. Leihe und Darlehen.	569
I. Leihe (569). Begriff (569). Ursprünglich auch entgeltliche Gebrauchsüberlassung umfassend (570). 1. Geschichte (570). Die unentgeltliche Gebrauchsleihe im älteren deutschen Recht (570). Realvertrag (570). Schuldrechtliche und sachenrechtliche Wirkungen (570). Unterstellung unter den römischen Begriff des Kommodats (570). Klagbarkeit des pactum de commodando (570). Änderung der Regeln über Gefahrtragung (570). Aufnahme des römischen Prekarium (570). Austilgung der sachenrechtlichen Wirkungen der deutschen Leihe (570). Die neueren Gesetzbücher (571). Realvertrag und Vorvertrag (571). Leihe und Prekarium (571). Sachenrechtliche Wirkungen im Preussischen Landrecht (571). B.G.B. (571). Festhalten am Realvertrag (571). Kein besonderer Begriff des Prekarium (571). Besitzfolgen (572). 2. Zustandekommen (572). Sachhingabe und Willenseinigung (572). Unbewegliche und bewegliche Sachen (572). Verbrauchbare Sachen (572). Einräumung von Fruchtgenuß (572). 3. Verbindlichkeiten des Verleihers (572). Un-	
(Die eingeklammerten Zahlen bedeuten die Seitenzahlen.)	

entgeltliche Gebrauchsgestattung (572). Keine Verpflichtung zur „Gewährung“ des Gebrauchs (573). Keine Gewährleistungspflicht (573). Ersatz von Verwendungen (573). 4. Verbindlichkeiten des Entleihers (573). Erhaltungspflicht (573). Haftung für jedes Verschulden (573). Nur vertragsmäßiger Gebrauch (574). Rückgabe (574). 5. Beendigung (574). Dauerndes Schuldverhältnis (574). Zeitablauf (574). Fristlose Kündigung des Verleihers (574). Recht des Entleihers zu verfrühter Rückgabe (574). Abgekürzte Verjährung bestimmter Einzelansprüche (574). 6. Rückforderungsrecht gegen Dritte (575) 569

II. Darlehen (575). Begriff (575) 575

1. Darlehen überhaupt (575). Im älteren deutschen Recht vom Begriff der Leihe mitumfaßt (573). Auch nach der Absonderung Unterart der Leihe (575). Nach der Rezeption als mutuum auf römischrechtlicher Grundlage fortgebildet (575). Die innere Verwandtschaft mit der Gebrauchsleihe blieb anerkannt und kam in den Gesetzbüchern mit Ausnahme des preussischen Landrecht zum Ausdruck (575). Seinem Wesen nach ist das Darlehen gleich der Leihe Gebrauchsüberlassung im Vertrauen auf Rückerstattung (575). Gegenstand aber ist ein gattungsmäßig bestimmtes Sachquantum und regelmässig überhaupt nur ein Wertquantum (576). Das entgeltliche Darlehen entspricht der Miete (576). Die als Darlehen hingegebenen Sachen sind nicht das, was geliehen oder vermietet wird, sondern nur das Mittel für die Überführung des geliehenen oder vermieteten Kapitals (576). Sie sollen nicht gebraucht und zurückerstattet, sondern verbraucht werden und gehen daher ins Eigentum des Empfängers über (576). Das dem Geber vorbehaltene Recht erschöpft sich in einem Forderungsrecht, das aber die Erscheinungsform seiner fortdauernden Kapitalherrschaft ist (576). Das als Darlehen Empfangene ist Träger des kreditierten Vermögenswertes und heisst darum „Valuta“ (576). Das Darlehen ist im B.G.B. Realvertrag geblieben (576). Vom Darlehen verschieden ist der Darlehensvorvertrag (577). Verpflichtungen aus dem Darlehensvorvertrage (577). Abschwächung seiner bindenden Kraft durch § 610 B.G.B. (577). Zustandekommen des Darlehensvertrages selbst durch Geben und Nehmen der Valuta in Verbindung mit der Willenseinigung über Begründung einer Darlehensschuld (578). Erfordernisse der Willenseinigung (578). Folgen ihrer Nichtigkeit (578). Rechtswirksame Überführung der Valuta in das Vermögen des Darlehensempfängers (578). Beweislast (578). Reale Hingabe (578). Folgen des Nichteintrittes des Eigentumsüberganges im Falle der Übergabe (579). Übereignung von Sachen, deren Wert als empfangene Valuta gelten soll (579). Hingabe von Sachen zum Verkauf behufs Empfanges des Erlöses als Valuta (579). Verschaffung einer Forderung als Valuta (579). Umwandlung einer anders gearteten Schuld in Darlehensschuld (579). Das gestattete Behalten des Geschuldeten als Valutaempfang (579). Voraussetzung

(Die eingeklammerten Zahlen bedeuten die Seitenzahlen.)

der vollwirksame Bestand der bisherigen Schuld (580). Ob diese verändert fortbesteht oder untergeht, ist Auslegungsfrage (580). Das aus dem Darlehnsvertrage entspringende dauernde Schuldverhältnis (580), Bestimmte Leihezeit (580). Tilgungsdarlehen (580). Bei unbestimmter Leihezeit Fristsetzung durch Kündigung (580). Gesetzliche Kündigungsfristen (580). Vorzeitiges Rückerstattungsrecht des Darlehensschuldners bei unverzinslichen Darlehen (581). Abweichende Vereinbarungen über Kündigung (581). Ausbedingung von Kündigungsterminen (581). Vorbehalt eines Rechtes zu vorzeitiger Kündigung für den Darlehensgläubiger (581). Verzicht des Gläubigers auf das Kündigungsrecht (581). Trotz völligen Ausschlusses keine Rentenschuld, sondern Kapitalschuld (581). Beschränkung des Kündigungsrechtes für den Darlehensschuldner (582). Unzulässigkeit eines Verzichtes auf das Kündigungsrecht für eine übermäßig lange Zeit oder für immer (582). Die Verpflichtungen aus dem Darlehensvertrage (582). Verpflichtung des Darlehensgebers zur Belassung des Kapitalgebrauchs während der Leihezeit (582). Die Verpflichtung zur Belassung aber ist selbständige schuldrechtliche Verpflichtung (582). Möglichkeit der Klage auf Unterlassung vorzeitiger Rückforderung (582). Unterschied von gestundeter Forderung (582). Rückerstattungspflicht des Darlehensschuldners (582). In geringerem oder höherem Betrage (583). Andere Verpflichtungen nur aus dem Darlehensvorvertrage (583). Bestandteil des Darlehnsvertrages selbst aber ist heute die Zinsabrede (583) 575

2. Zinsbares Darlehen (583). Hauptform des entgeltlichen Darlehens (583). Andere Formen (583). Die Geschichte des zinsbaren Darlehens fällt zusammen mit der Geschichte des Wucherverbots (583). Durchsetzung des kanonischen Zinsverbots im frühen Mittelalter (584). Unhaltbarwerden bei Veränderung der wirtschaftlichen Verhältnisse (584). Teilweise Ersatz durch den Rentenkauf (584). Verbreitung des verzinslichen Darlehens im späteren Mittelalter (584). Juden (584). Christliche Bankiers (584). Leihhäuser (584). Umgehungen des Zinsverbots (584). Unverhüllte verzinsliche Anleihen (584). Einfluß der Reformation (585). Durchbrechungen in einzelnen Partikularrechten (585). Reichsgesetzliche Gestattung des zinsbaren Darlehens im Jahre 1654 (585). Nun aber Beschränkungen des erlaubten Zinssatzes (585). Der Begriff des „Wuchers“ auf die Überschreitung des gesetzlichen Zinsmaßes beschränkt (585). Das Höchstmaß von 5 v. H. (585). Der sechste Zinstaler in Partikularrechten (586). Zulassung höherer Zinsen bei einzelnen Arten von Darlehen (586). Aufnahme der sonstigen römischrechtlichen Zinsbeschränkungen (586). Abschaffung der festen Zinstaxen im 19. Jahrhundert (586). A.D.H.G. (586). Norddeutsches B.G. und Bayrisches G. von 1867 (586). B.G.B. (587). Grundsätzlich hängt heute die Höhe der geschuldeten Zinsen von freier Vereinbarung ab (587). Subsidiäre gesetzliche Regeln über Fälligkeits-

(Die eingeklammerten Zahlen bedeuten die Seitenzahlen.)

<p>termine (587). Einschränkung der Vertragsfreiheit durch ein unverzichtbares Kündigungsrecht des Schuldners bei einem Zinssatz über 6 v. H. (587). Außerdem Verbot des Anatozismus (587). Ausnahmen (588). Reaktion gegen die Wucherfreiheit (588). Rückkehr zum Wucherverbot (588). Der neue elastische Wucherbegriff im Reichsgesetz über den Wucher (588). Die privatrechtlichen Bestimmungen des in erster Linie strafrechtlichen Gesetzes (588). Beseitigung durch das B.G.B., das den privatrechtlichen Begriff des wucherischen Geschäfts vom strafrechtlichen Tatbestande löst und jedes wucherische Geschäft für nichtig erklärt (589). Die für Darlehenszinsen entwickelten Rechtssätze stets auf die bei anderen Kreditgeschäften vereinbarten Zinsen übertragen (589). Ausdehnung des Wucherbegriffes auf Rechtsgeschäfte jeder Art in der Wuchergesetznovelle von 1893 (589). Strafbar nur bei gewerbemäßigem oder gewohnheitsmäßigem Betriebe (589). Für das Privatrecht ist der erweiterte Wucherbegriff in B.G.B. § 138² ohne Einschränkung durchgeführt (590). Andererseits beim Kreditwucher Schutzbestimmungen auch gegen übermäßigen Entgelt in anderer Form, als in Zinsen (590). Wegfall der früheren Schranken mit der Aufhebung der Zinstaxen (590). Heute der Begriff des Wuchers von vornherein auf alle als Entgelt gewährten oder versprochenen „Vermögensvorteile“ abgestellt (590).</p>	<p>583</p>
<p>§ 199. Dienstvertrag</p> <p style="padding-left: 2em;">I. Begriff (590). Entgeltlicher Arbeitsvertrag, dessen Gegenstand Arbeit im Sinne persönlicher Tätigkeit bildet (590). Heute Tätigkeit jeder Art (591). Als Gegenleistung heute jede Art sachlicher Vergütung möglich (591). Unterschied vom Werkvertrage (591). „Dienst“ und „Werk“ (591). Die Verschiedenheit der Gefahrtragung nicht begriffswesentlich (591). Ebenso wenig die Verschiedenheit der Entlohnung (592). Insbesondere nicht, ob Zeitlohn oder Akkord (592). Grenzstreitigkeiten (592). Doch ist die Unterscheidung geschichtlich begründet (592). Sie ist aber auch in ihrer typischen Ausgestaltung Ausdruck eines Gegensatzes der sozialen und wirtschaftlichen Ordnung (593). Der Dienstvertrag als Mittel der Arbeitsorganisation, der Werkvertrag als Mittel der Nutzbarmachung selbständiger Unternehmerarbeit (593). Verwertung dieses Gesichtspunktes im Einzelnen (593).</p> <p style="padding-left: 2em;">II. Geschichte (593). Deutschrechtlicher Ursprung (593). Wurzeln im Personenrecht (593). Der Treudienstvertrag (593). Sein Wesen (593). Enthält die Elemente des Dienstvertrages in Gestalt eines aus personenrechtlicher Verbindung fließenden gegenseitigen dauernden Schuldverhältnisses (594). Umwandlung in den deutschrechtlichen Dienstvertrag als primären Schuldvertrag mit gleichzeitig personenrechtlichen Wirkungen (594). Gesindevertrag (594). Vertrag zwischen Meister und Gesellen (595). Dienstverträge mit Handlungsgehilfen, Schiffsvolk, Bergleuten, Soldkriegern (595). Mit städtischen Beamten (595). Genereller Typus des „Dingens“</p> <p style="text-align: center;">(Die eingeklammerten Zahlen bedeuten die Seitenzahlen.)</p>	<p>590</p>

um Lohn“ (596). Erstreckung des Begriffs auf loser bindende entgeltliche Arbeitsverträge (596). Wesentlich bleibt die Schaffung eines Treubandes zwischen Herrn und Diener (596). Aufnahme des römischen Begriffes der locatio conductio operarum (596). Herkunft aus der Sachmiete (596). Einschränkung auf operae illiberales (596). Aussonderung des Honorarvertrages (597). Erfordernis der Entlohnung in Geld (597). Dienstmiete als rein obligationenrechtlicher Konsensalkontrakt (597). Umbildung in den deutschen Gesetzbüchern (597). Abweichende Systematisierung (597). Gleichstellung jeder Art von Vergütung mit dem Geldlohn (597). Einbeziehung von Dienstleistungen höherer Art (598). Erhaltung des deutschen Dienstvertragsrechtes in dem für einzelne Arten von Dienstverträgen geltenden Sonderrecht (598). Gesinderecht (598). Gewerberecht (598). Bergrecht (598). Seerecht (598). Handelsrecht (598). Einwirkung des Beamtenrechts (598). Zurückdrängen der personenrechtlichen Elemente durch individualistische Strömungen im 19. Jahrhundert (599). Verjüngte Wiederbelebung der deutschrechtlichen Gedanken im modernen Sonderrecht der Arbeitsverträge (599). Zusammensetzung des geltenden Dienstvertragsrechtes aus gemeinrechtlichen und sonderrechtlichen Sätzen (599). Dürftigkeit des allgemeinen Schemas (599). Etwas reicherer Inhalt des B.G.B. infolge der Aufnahme von Sondervorschriften für eigenartige Dienstverhältnisse (599). Jedoch keine Kodifikation des modernen Arbeitsvertragsrechts, wie sie das neue schweizerische O.R. unternimmt (600). Vielmehr Ergänzung durch zahlreiche reichs- und landesrechtliche Sondervorschriften für die wichtigsten Anwendungsfälle des Dienstvertragsrechts (600). Ihre Heranziehung unerlässlich (600) 593

III. Zustandekommen und Vertragsinhalt (800). Vertragsschluss (600). Dienstversprechen (600). Zusage einer Vergütung (600). Stillschweigend vereinbarte Vergütung (601). Grundsätzlich freie Vereinbarung des Vertragsinhalts (601). Einschränkung durch zwingende Rechtssätze (601). Ergänzende gesetzliche Regeln über den Vertragsinhalt (601). Normativbestimmungen für einzelne Arten von Dienstverträgen (601). Behördlich oder unter behördlicher Mitwirkung festgesetzte Normativbestimmungen (601). Maßgebende Festsetzungen durch genossenschaftliche Verbände (602). In rechtliche Form gebracht durch die Tarifverträge (602). Weder Arbeitsverträge noch Vorverträge für Arbeitsverträge, aber rechtlich bindende Verträge über das Verhalten bei Abschluss von Arbeitsverträgen (602). Privatrechtliche Natur (603). Vertragsschließende (603). Organisierte Verbände als solche (603). Neben ihnen oder statt ihrer auch einzelne Arbeitgeber oder Arbeiter (603). Streitfragen (603). Der „unbegrenzte“ Tarifvertrag (603). Erfüllungspflicht der Vertragsschließenden (603). Ungleicher Inhalt der Verpflichtung der Verbände und der Einzelnen (604). Folgen der Vertragsverletzung (604). Ansprüche von Personen, die am

(Die eingeklammerten Zahlen bedeuten die Seitenzahlen.)

Vertragsschluss nicht beteiligt sind, wenn zu ihren Gunsten kontrahiert ist (604). Keine Verpflichtungen der Nichtbeteiligten gegenüber dem andern Vertragsteil, jedoch mögliche Verpflichtungen gegenüber dem vertragschließenden Verbands kraft Satzungsrechtes (604). Zum Inhalt der einzelnen Dienstverträge wird das im Verträge Vereinbarte immer erst durch Aufnahme in den besonderen Vertrag (604). Im Zweifel aber muß es als gewollt gelten (604). Dagegen ist eine abweichende Vereinbarung nicht nichtig und noch weniger durch die Bestimmungen des Tarifvertrages zu ersetzen (605). Anders bei dem „Gesamtarbeitsvertrage“ des neuen schweizerischen O.R. (605). Im deutschen Recht fehlt dem Tarifvertrage die Kraft einer autonomen Satzung (605). Dagegen wohnt eine solche Kraft der für größere Betriebe vorgeschriebenen Arbeitsordnung inne (605). Ihr Zustandekommen (606). Ihre Rechtsverbindlichkeit (606). Die von der Arbeitsordnung teils notwendig, teils fakultativ zu treffenden Bestimmungen (606). Sie sind unabhängig vom Vertragswillen für die in ihren Bereich fallenden Dienstvertragsverhältnisse geltende Rechtsnormen (606). Ihre Kraft beruht auf der von einem Herrschaftsverbande durch sein Haupt unter Mitwirkung von Verbandsangehörigen ausgeübten Satzungsgewalt (606). 600

IV. Verpflichtungen des Dienstpflichtigen (607). 1. Leistung der versprochenen Dienste (607). Im Zweifel in Person zu erfüllen (607). Ebenso gegenüber der Person des Dienstberechtigten begründet (607). Vorleistungspflicht (607). Art und Umfang der zu leistenden Dienste (607). Beschränkungen der Arbeitszeit (607). Die Arbeiterschutzgesetzgebung (607). Die gesetzlichen oder kraft gesetzlicher Ermächtigung angeordneten Bestimmungen sind öffentlichrechtlicher Natur, greifen aber zugleich in das Privatrecht ein (608). Regelung durch die Arbeitsordnung (608). Durch die Tarifverträge (608). Beschränkungen der Vertragsfreiheit hinsichtlich der Art der Dienstleistungen (608). Anspruch des Dienstherrn auf Dienstleistungen, die das vereinbarte Maß überschreiten oder ihrer Art nach nicht zugesagt sind (608). Entstehen des Dienstpflichtigen für Verschulden bei Erfüllung der Dienstpflicht (609). Versagung des unmittelbaren Erfüllungszwanges (609). Rechtsfolgen der Nichterfüllung (609). 2. Persönliches Herrschaftsverhältnis (609). In irgendeinem Umfange durch jeden Dienstvertrag begründet (609). Wirkungen (609). Schranken (610). Steigerung bei Einfügung in eine herrschaftliche Gemeinschaft (610). Bei Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft (610). Beim Eintritt in ein kaufmännisches Geschäft oder in ein gewerbliches Unternehmen (610). Beim Eintritt in die Schiffsgemeinschaft (610). 3. Persönliche Treuerverpflichtung (610). Dienstreue (610). Ungleiche Ausprägung je nach der Beschaffenheit des Dienstverhältnisses (611). Ausflüsse (611). 4. Nebenverpflichtungen (611). Beschaffung von Arbeitsgerät oder Arbeitsstoff (611). Unterlassung anderweiter Tätigkeit (611). Überlassung von Erfindungen (611). 5. Öffentlichrechtliche Verpflichtungen

(Die eingeklammerten Zahlen bedeuten die Seitenzahlen.)

tungen (612). Mögliche Einwirkung auf das privatrechtliche Verhältnis (612)	607
---	-----

V. Verpflichtungen des Dienstberechtigten (612). 1. Gewährung der Vergütung (612). a. Zeit der Entrichtung (612). Fälligkeit nach erfolgter Dienstleistung oder nach Ablauf eines für die Bemessung maßgebenden Zeitabschnitts (912). Abweichungen nach Vereinbarung oder nach der Beschaffenheit der Vergütung (912). Sonderrechtliche Regeln (612). Zwingende Rechtssätze über den spätesten Zeitpunkt der Fälligkeit (613). Vorschufsgewährung (613). b. Höhe der Vergütung (613). Taxen (613). Festsetzungen eines Höchstmaßes (613). Keine gesetzlichen Festsetzungen eines Mindestmaßes (613). Ausfüllung der Lücke durch die kollektiven Vereinbarungen (613). Mehrvergütung für Mehrleistungen (614). Anspruch auf Lohnerhöhung (614). Lohnkürzungen und Lohnherabsetzungen (614). Stücklohn (614). Verschiedene Arten des Akkordes (614). Gruppenakkord (615). Verschaffung ausreichender Akkordarbeit (615). Provision als Vergütung (315). Gewinnanteil neben oder anstatt festen Lohnes (616). c. Art der Vergütung (616). Geldlohn (616). Gewerberechtliches Gebot der Barzahlung (616). Ausnahmen (616). Rechtsfolgen der unzulässigen Hingabe von Waren an Zahlungsstatt und der Kreditierung von Waren (616). Bindende Vorschriften über Ort, Zeit und Empfang der Lohnzahlungen (617). Sachbezüge neben Geldlohn oder anstatt des Geldlohns (617). d. Keine Verpflichtung des Dienstberechtigten zur Entgegennahme der Dienste (617). Abweichende Vereinbarung möglich (617). Verpflichtung zur Gewährung der Vergütung für nicht geleistete Dienste bei Annahmeverzug (617). Anrechnung von anderweitigem Arbeitsverdienst (618). Verschulden des Dienstherrn nicht erforderlich (618). e. Unmöglichwerden der Dienstleistung (618). Folgen, wenn ein Teil die Verantwortlichkeit trägt (618). Wenn kein Teil verantwortlich ist (618). Ausnahme von den allgemeinen Grundsätzen bei vorübergehender unverschuldeter Verhinderung des Dienstpflichtigen (619). Bürgerliches Recht, Gewerberecht und Handelsrecht (619). f. Begünstigung der Lohnforderungen (619). Pfändungsverbot (619). Die Fünfzehnhundertmarkverträge (619). Konkursvorrecht (620). 2. Fürsorgepflicht (620). Unabdingbare gesetzliche Vorschriften (620). a. Allgemeine Verpflichtungen nach § 618 B.G.B. (620). Folgen der Vertragsverletzung (620). Ergänzung durch Sondervorschriften des Handels-, Gewerbe-, Berg- und Seerechts (621). Privatrechtliche Bedeutung der Arbeiterschutzgesetzgebung (621). Einfluß der öffentlichrechtlichen Arbeiterversicherung auf die Schadensersatzansprüche aus Verletzung der Fürsorgepflicht (622). b. Besondere Fürsorgepflicht für den Fall der Erkrankung aus § 617 B.G.B. (622). Zurückdrängung durch die öffentlichrechtliche Krankenversicherung (622). Seerechtliche Bestimmungen über Krankenfürsorge (623). 3. Beurkundungspflichten (623). Dienstzeugnispflicht (623). Heuerschein (624). Arbeitsbücher (624). Lohnbücher und Arbeitszettel (624). 4. Öffent-

(Die eingeklammerten Zahlen bedeuten die Seitenzahlen.)

lichrechtliche Verpflichtungen der Arbeitgeber (624). Sie sind als solche kein Bestandteil des Vertragsinhaltes (625). Doch decken sie sich vielfach inhaltlich mit den kraft zwingender Norm vom Arbeitgeber zu übernehmenden Vertragspflichten (625). Dann konkurrieren privatrechtliche Ansprüche der Dienstverpflichteten (625). Im übrigen entsprechen ihnen keine Vertragspflichten (625). Zum Teil aber ist ihnen gleichwohl eine mittelbare Bedeutung für die Bestimmung des Vertragsinhaltes beigelegt (625) 612

VI. Beendigung (625). 1. Beendigungsgründe (625). Der Dienstvertrag erzeugt ein dauerndes Schuldverhältnis (625). Normaler Beendigungsgrund der Zeitablauf (626). Verlängerung (626). Vorzeitige Beendigung (626). a. Vertragsmäßig bestimmte Zeitdauer (626). Keine Bindung des Dienstpflichtigen für länger als fünf Jahre (627). Mögliche Abhängigmachung der Beendigung mit Ablauf der vereinbarten Zeit von vorheriger Kündigung (625). b. Abschluß auf unbestimmte Zeit (627). Fristsetzung durch Kündigung (627). Die gesetzlichen Kündigungsfristen und Kündigungstermine (627). Bei Bemessung der Vergütung nach Zeitabschnitten (627). In anderen Fällen (628). Sonderrechtliche Beschränkungen der Vertragsfreiheit (629). Das Paritätsprinzip im Handels- und Gewerberecht (629). Mindestfristen bei Handlungsgehilfen und gewerblichen Angestellten (629). c. Vorzeitige Aufhebung durch fristlose Kündigung (629). Aus wichtigem Grunde (629). Ohne wichtigen Grund bei den in § 627 B.G.B. bezeichneten Dienstverhältnissen (629). Sonderrechtliche Bestimmungen (630). Aufführung der Gründe für sofortige Dienstentlassung und für sofortigen Dienstaustritt (630). Zum Teil nur exemplikativ (630). Zum Teil erschöpfend (630). Eigentümlichkeiten des Schiffsrechts (630). Zwingendes Recht (631). 2. Beendigungsfolgen (631). Fortbestand der aus dem erloschenen Dienstverhältnis erwachsenen konkreten Ansprüche (631). Auslösung besonderer Verpflichtungen durch die Beendigung (631). a. Gewährung angemessener Zeit zur Aufsuchung eines anderen Dienstes (631). Zeugnispflicht (631). b. Im Falle vorzeitiger Beendigung Vergeltung der bisher geleisteten Dienste (631). Ausnahmen (632). Vorausempfangene Vergütung (632). Anspruch des durch vertragswidriges Verhalten des anderen Teils zur vorzeitigen Aufhebung veranlaßten Teils auf Ersatz des daraus entstehenden Schadens (632). Des Dienstberechtigten (632). Des Dienstverpflichteten (632). Schadensersatzanspruch nach Schiffsrecht (632). Bei Kündigung seitens des Konkursverwalters (633). Bei verfrühter Auflösung infolge eines zufälligen Ereignisses (633). Vertragsmäßige Festsetzung der Entschädigung (633). Beschränkungen beim gewerblichen Arbeitsvertrage (633). c. Nachwirkungen (633). Fälle fortdauernder Fürsorgepflicht (633). Anspruch auf Rückbeförderung in die Heimat (633). Verpflichtungen beim Tode des Dienstpflichtigen (634). Ruhegehalt und Hinterbliebenenfürsorge (634). Freiwillig gewährte Pensionen (634).

(Die eingeklammerten Zahlen bedeuten die Seitenzahlen.)

<p>Die behufs Verbindlichmachung eines Wettbewerbsverbots zu zahlende Entschädigung (634). Unterlassungspflichten auf Grund früherer Dienstverhältnisse (634). 3. Tatsächliche Auflösung des Dienstverhältnisses bei rechtlichem Fortbestand (634). Keine Beendigungsfolgen, aber im Falle unberechtigter einseitiger Auflösung ähnliche Rechtsfolgen (634). a. Unbefugtes Verlassen des Dienstes (635). Der Erfüllungsanspruch des Dienstherrn (635). Wegen seiner Unerzwingbarkeit wird meist nur der Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung praktisch (635). Gewerberechtliche Fixierung des Betrages, der ohne Schadensnachweis unter Verlust des Anspruches auf Erfüllung oder weiteren Schadensersatz gefordert werden kann (635). Selbstschuldnerische Mithaftung von Arbeitgebern, die den Vertragsbruch fördern oder für sich ausnutzen (635). b. Unbefugte Entlassung aus dem Dienst (635). Der Erfüllungsanspruch geht regelmässig nur auf Fortgewährung der Vergütung (636). Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung (636). Auch hier gewerberechtlich fixierter Betrag (636). Tatsächliche Auflösung des Dienstverhältnisses durch die unabhängig von der materiellen Berechtigung wirksame Entziehung einer mit Vertretungsmacht verbundenen Vertrauensstellung (636). Jedoch rechtliche Beendigung des etwaigen Dienstvertrages auch hier erst durch rechtswirksame Kündigung (637)</p> <p>§ 200. Besondere Arten von Dienstverträgen</p> <p style="padding-left: 2em;">I. Überhaupt (637). Ihre eingehende Darstellung gehört in die Sonderrechtsgebiete (637). Die Verträge mit gewerblichen Arbeitern und Angestellten ins Gewerberecht (637). Die mit Bergleuten ins Bergrecht (637). Die mit Handlungsgehilfen und Handlungsagenten ins Handelsrecht (638). Die mit Schiffen und Schiffsleuten ins Seerecht oder ins Binnenschiffahrts- und Flössereirecht (638). Der Bühnengagementsvertrag ins Theaterrecht (638)</p> <p style="padding-left: 2em;">II. Beamtenrecht (638). Berührungen des Dienstvertragsrechts mit dem öffentlichen Beamtenrecht (638). Beigemischte Privatrechtsverhältnisse (638). Als Ausflüsse des öffentlichrechtlichen Dienstverhältnisses durch dieses bedingt und bestimmt (638). Darum im Kern von Schuldverhältnissen aus Dienstverträgen wesensverschieden (638). Die Beamtenstellung als solche beruht überhaupt nicht auf Vertrag (639). Die dabei mitwirkenden Verträge keine Schuldverträge (639). Gleichwohl die Heranziehung der Analogie des Dienstvertrages in erheblichem Umfange gerechtfertigt (639). Grenzen der Analogie (640). Umgekehrt Heranziehung des öffentlichen Beamtenrechts zur sachgemässen Würdigung der Rechtsverhältnisse der Privatbeamten erforderlich (640). Anstellungsverträge mit Hofbeamten, standesherrlichen Beamten, Beamte in landwirtschaftlichen oder gewerblichen Grosbetrieben, Vorstehern von Vereinen und Anstalten (640). Hier vielfach dienstvertragliche Nachbildung des öffentlichrechtlichen Beamtenverhältnisses (640). Jedoch Raum für sehr ungleiche Ausgestaltung (641). Die Auf-</p> <p style="text-align: center;">(Die eingeklammerten Zahlen bedeuten die Seitenzahlen.)</p>	<p>625</p> <p>637</p> <p>637</p>
---	----------------------------------

	Seite
stellung einer allgemeinen Theorie des Privatbeamtenvertrages scheidet überdies an dem Mangel einer festen Abgrenzung des Beamtenbegriffes (641). Konkurrenz mit dem noch fließenderen Begriff des „Angestellten“ (641)	638
III. Gesinderecht (641). Grund der ausführlichen Behandlung an dieser Stelle (641).	642
1. Quellen (642). Älteres Gesetzes- und Gewohnheitsrecht (642). Besondere Gesindeordnungen (642). Die großen Gesetzbücher (642). Preussische Ges.O. von 1810 (642). Vorbehalt des E.G. zum B.G.B. a. 95 (642). Fortgeltung der älteren Ges.O. in Preußen (642). Neue Ges.O. oder umfassende Revision der Ges.O. in den meisten übrigen Staaten (643).	642
2. Eigenart des Gesindevertrages (643). Stärke der personenrechtlichen Wirkungen (643). Familienrechtliches Gepräge (643). Frühere Zurechnung zum Familienrecht (643). Fortdauer der familienrechtlichen Seite trotz der Verweisung ins Schuldrecht (644). Selbst bei der grundsätzlichen Abkehr vom patriarchalen Prinzip in manchen süddeutschen Ges.O. (644). Öffentlichrechtliche Beeinflussung des Gesinderechts (644). Strafrechtliche und polizeirechtliche Bestimmungen (644). Fortdauer einer umfassenden Zuständigkeit der Polizeibehörden (644). Neuere Umwandlungen (644). Zum Teil Annäherung an den gewerblichen Arbeitsvertrag (644).	643
3. Begriff (644). Legaldefinitionen (644). Abgrenzung nach Lebensauffassung und örtlichen Gewohnheiten (645). Eintritt in die häusliche Gemeinschaft (645). Längere Dauer und feste Vergütung (645). Häusliche oder gleichgestellte wirtschaftliche Dienste (645). Gewerbliche Dienste als Hauptinhalt der Verpflichtung schliessen die Anwendbarkeit des Gesinderechts aus (645). Dagegen ist überall die Tätigkeit im landwirtschaftlichen Betriebe des Dienstherrn einbezogen (645). Ausschluss von Diensten höherer Art (646). Der frühere Zwischenbegriff der Hausoffizianten im preussischen L.R. (646)	644
4. Vertragsschluss (646). a. Fähigkeit, Gesinde zu dingem oder sich als Gesinde zu verdingen (646). Geltung des gemeinen bürgerlichen Rechts (646). Sondervorschriften betreffs der Schlüsselgewalt (646). Betreffs der Verdingung von minderjährigen Personen und von Ehefrauen (646). Polizeirechtliche Einschränkungen (647). b. Mietsgeld (647). Üblichkeit (647). Behandlung als Formerfordernis in manchen Ges.O. (647). Sonst nur Zeichen des Vertragsschlusses (648). Der Regel nach Zugabe (648). Abweichungen (648). Fast überall Haftgeld (648). Vereinzelt Reugeld (648). c. Doppelverdingung (648). Sondervorschriften seit den M.A. (649). Vom gemeinen bürgerlichen Recht abweichende Behandlung in geltenden Ges.O. (649)	647
5. Dienstantritt (649). Beiderseitige Verpflichtung (649). Bisweilen Unverbindlichkeit eines verfrühten Vertrages (649). a. Zeitpunkt (649). Die festen Ziehtage (649). b. Rücktritt (650). Ein-	

(Die eingeklammerten Zahlen bedeuten die Seitenzahlen.)

gehende Bestimmungen über Rücktritt vor dem Dienstantritt in den meisten Ges.-O. (650). Gegensatz zum B.G.B. (650). Unterschied von fristloser Kündigung nach dem Dienstantritt (650). Bestimmungen über die Rücktrittsgründe (650). Für den Dienstherrn (650). Für den Dienstboten (651). Regelung der Rücktrittsfolgen in Ansehung des Mietgeldes und der in gewissen Fällen zu leistenden Entschädigung (651). Freies Rücktrittsrecht gegen Belassung oder Rückgabe des Gottesgeldes und fixierte Entschädigung in Lübeck (652). c. Annahmepflicht des Dienstherrn (652). Gegensatz zum gemeinen Dienstvertragsrecht (652). Schuldhafte Nichtannahme nicht bloß Annahmeverzug, sondern zugleich Leistungsverzug (652). Polizeiliches Verfahren zur Herbeiführung der Aufnahme (652). Jedoch kein Erfüllungszwang (652). Fixierter Schadensersatzanspruch des Dienstboten wegen Nichterfüllung (652). Rücktrittsrecht des Dienstboten (653). d. Antrittspflicht des Dienstboten (653). Leistungsverzug (653). Polizeilicher Zwang zum Dienstantritt (653). Erfüllungsklage ohne gerichtliche Zwangsvollstreckung (653). Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung (653). Rücktrittsrecht (653) 642

6. Verpflichtungen während des Dienstverhältnisses (653).
 a. Verpflichtungen des Gesindes (653). Art und Umfang der zu leistenden Dienste (654). Gesteigerte Gehorsams- und Treupflicht (654). Starke Verschiedenheiten der Ges.O. (654). Erweiterungen der Gehorsamspflicht (654). Erstreckungen auf das gesamte Betragen (655). Aufsicht über das außerhäusliche Verhalten (655). Einzelne aus der Hausgewalt abgeleitete Machtbefugnisse des Dienstherrn (655). Zuchtmittel (655). Wegfall des Rechts zu körperlicher Züchtigung (655). Treupflicht des Gesindes (656). Allgemeine Bestimmungen (656). Anzeigepflicht bei Untreue von Nebengesinde (656). Verschwiegenheitspflicht (656). Ermäßigung der Schadensersatzpflicht wegen Verletzungen der Dienstpflicht (656). Dafür Gestattung der Aufrechnung mit Entschädigungsansprüchen gegen die Lohnforderung (656). b. Verpflichtungen der Herrschaft (657). Entrichtung der vereinbarten oder ortsüblichen Vergütung (657). Bei vorübergehender unverschuldeter Verhinderung an der Dienstleistung (657). Fälligkeitstermine (657). Sommerlohn und Winterlohn bei ländlichem Gesinde (658). Wohnung und Kost (659). Dienstkleidung (658). Übliche Geschenke (658). Trinkgelder (658). Fürsorgepflicht (659). Gewährung freier Zeit (659). Keine übermäßige Arbeitsanstrengung (659). Freundliche Behandlung (659). Schutz (659). Sorge für leibliches und sittliches Wohl (659). Anhalten zu sittlichem Betragen (659). Krankenfürsorge (659). Ersatz durch die öffentlichrechtliche Krankenversicherung (660). Vorbehaltene Bestimmungen der Ges.O. über Fortzahlung des Lohnes (660). Haftung für das Gesinde (660) 653

7. Beendigung (661). Freie Vereinbarung über die Dauer (661). Gesetzliche Bestimmungen über die Dauer mangels Abrede (661).

(Die eingeklammerten Zahlen bedeuten die Seitenzahlen.)

Unterschiede bei ländlichem und häuslichem Gesinde (661). Be- endigung mit Ablauf der Mietszeit (662). Nach vielen Ges.O. nur im Falle vorheriger rechtzeitiger Kündigung (662). Mangels einer Sonderbestimmung unmittelbar (662). Sondervorschriften für die Kündigung (662). Hinsichtlich der Art der Erklärung (662). Hin- sichtlich der Kündigungstermine und Kündigungsfristen (663). Einzelbestimmungen (663). Vorzeitige Beendigung (664). Tod des Dienstboten (664). Einziehung zum Militär (664). Tod des Dienst- herrn (665). Begründet nur befristetes Kündigungsrecht (665). Vielfach nur für die Erben (665). Anderswo für beide Teile (666). Sonstige Fälle vorzeitiger befristeter Kündigung (666). Kündigungs- recht des Dienstherrn wegen Veränderung der eigenen Verhältnisse (666). Bisweilen auch aus Gründen in der Person des Dienstboten (667). Einfluß des Besitzwechsels bei landwirtschaftlichem Ge- sinde (667). Kündigungsrecht des Dienstboten aus Gründen in der Person des Dienstherrn (667). Besonders aber wegen Veränderung der eigenen Verhältnisse (667). Gelegenheit zur Heirat oder sonstiger Begründung eines eigenen Hausstandes (668). Elternnot und ähnliche Umstände (669). Fälle der fristlosen Kündigung (669). Gesonderte Aufzählung der Gründe zu sofortiger Entlassung einer- seits und zu sofortigem Verlassen des Dienstes andererseits in allen Ges.O. (669). In manchen Ges.O. erschöpfend (669). In anderen mit Vorbehalt sonstiger wichtiger Gründe (669). Grobe Pflichtverletzungen des anderen Teils (670). Verschiedenheit der Mafsstäbe (670). Vom Verschulden unabhängige Entlassungs- gründe (670). Unfähigkeit (670). Schwangerschaft (670). Längere Krankheit oder sonstige Verhinderung (670). Vom Verschulden unabhängige Gründe des Austritts aus dem Dienst (670). Unfähig- werden des Dienstboten (670). Wohnsitzverlegung des Dienstherrn (670). Sonstige Gründe (671). Ausschlussfristen für die Ausübung des Kündigungsrechts (671). Wirkung berechtigter fristloser Kündigung (671). Ungleiche Behandlung der Entschädigungsfrage (671). Die Ges.O. älteren Stils unterscheiden zwischen den An- sprüchen des Dienstboten und denen des Dienstherrn (671). Ent- schädigung des Dienstboten, der aus gerechter Ursache den Dienst verläßt (671). Fortbezug der Vergütung für bestimmte Zeit (672). Keine Entschädigung des Dienstherrn, der fristlos kündigt (672). Ausnahmen (673). Die neueren Ges.O. legen vielfach gleichmäfsig jedem Teile, der den anderen Teil durch vertragswidriges Ver- halten zur fristlosen Kündigung veranlaßt hat, die Verpflichtung zum Schadensersatz auf, setzen aber nach gewerberechtlichem Vorbilde einen nach dem Lohn bemessenen Betrag fest, der ohne Schadensnachweis anstatt des erweislichen Schadens gefordert werden kann (673). Besonderheiten in Lübeck (673). In Mecklen- burg (674)	661
---	-----

8. Vertragsbruch (674). Anspruch auf Erfüllung (674). Klage-
recht (674). Wegen des Mangels gerichtlichen Zwanges zu persön-

(Die eingeklammerten Zahlen bedeuten die Seitenzahlen.)

lichen Leistungen ist der Verletzte, wenn er nicht Rücktritt oder fristlose Kündigung vorzieht, auf den Schadensersatz wegen Nichterfüllung angewiesen (674). Die meisten Ges.O. aber geben ihm polizeiliche oder strafrechtliche Mittel in die Hand, um Erfüllung zu erzielen (674). a. Polizeilicher Zwang gegen den Dienstboten (674). Recht des Dienstherrn auf Zuführung oder Wiederaufnahme des Dienstboten (675). Doch braucht er davon keinen Gebrauch zu machen (675). Strafen für Vertragsbruch und für schwere Pflichtverletzungen (675). b. Polizeiliches Verfahren gegen den Dienstherrn, um ihn zur Aufnahme oder Wiederaufnahme des Dienstboten anzuhalten (676). In Altpreußen muß der Dienstbote die Polizei anrufen, bevor er auf Schadensersatz klagen kann (676). Anderswo hat er die Wahl (676). Unmittelbarer polizeilicher Zwang gegen die Herrschaft überall ausgeschlossen (676). c. Der Schadensersatz wegen Nichterfüllung (676). Sonderbestimmungen in den Ges.O., die für beide Teile gleichmäßige Folgen eintreten lassen (677). In den Ges.O., die die Folgen der Vertragsaufhebung für beide Teile ungleich bestimmen (677). Gesetzlich fixierte Entschädigung des widerrechtlich zurückgewiesenen oder entlassenen Dienstboten (677). Schadensersatzanspruch des Dienstherrn gegen den widerrechtlich nicht eingetretenen oder ausgetretenen Dienstboten (677). Bisweilen bestimmt durch den erforderlich gewordenen Mehraufwand (678). Anderswo unabhängig vom Eintritt eines Schadens fixiert (678). d. Mithaftung Dritter (678). Strafdrohungen gegen das Abtrünnigmachen oder Abdingen von Gesinde (678). Gesamtschuldnerische Mithaftung für den Schadensersatz wegen Verleitung zum Vertragsbruch oder Indienstnahme von vertragsbrüchigem Gesinde (678)	674
9. Beurkundung (679). Gesindebücher (679). Öffentlichrechtliche Einrichtung mit privatrechtlichen Folgen (679). Entlassungs- oder Kündigungsschein (680). Zeugnis (680). Meist ins Gesindebuch einzutragen (680). Nach manchen Ges.O. ist die Eintragung eines Führungszeugnisses ins Gesindebuch verboten (680). Verantwortlichkeit des Dienstherrn für die Ausstellung eines wahrheitswidrigen Zeugnisses (681). Haftung gegenüber Dritten (681). Gegenüber dem Dienstboten (681)	679
10. Streitigkeiten zwischen Herrschaft und Gesinde (681). Zuständigkeit von Polizeibehörden zu endgültiger oder vorläufiger Entscheidung (681)	681
IV. Lehrvertrag (682). Sonderrecht für den gewerblichen Lehrvertrag (682). Geschichtliche Wurzeln im Zunftrecht (682). Recht der Handlungslehrlinge (682). Behandlung von sonst vorkommenden Lehrverträgen (682). Der Lehrvertrag als Abart des Dienstvertrages (682). An sich eigenartiger Vertrag mit dem Hauptzweck der Berufsausbildung (682). Jedoch mit Rücksicht auf die dem Lehrling obliegenden vermögenswerten Dienstleistungen überwiegend dem Dienstvertragsrecht unterstellt (683). Demgemäß (Die eingeklammerten Zahlen bedeuten die Seitenzahlen.)	

erscheint die Unterweisung des Lehrlings als Vergütung für geleistete Dienste, nicht als selbständige Verpflichtung aus einem beigemischtem Werkvertrage oder zweiten Dienstvertrage (683). Damit vereinbar einerseits Lehrgeld, andererseits ergänzende weitere Entlohnung des Lehrlings (683). Einschneidende Abwandlungen des gemeinen Dienstvertragsrechts (683). Ausgeprägter personenrechtlicher Inhalt (683), Patriarchaler Charakter des gewerberechtiglichen Lehrverhältnisses (683). Eingreifen des öffentlichen Rechts (683). Beschränkungen der Befugnis, Lehrlinge zu halten oder anzuleiten (683). Insbesondere bei Handwerkslehrlingen (683). Verbot der Lehrlingszüchtereier (684). Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters beim Vertragsschluss minderjähriger Lehrlinge (684). Vertragsschluss des Vertreters in eigenem Namen (684). Mitverhaftung des Vaters nach der Gewerbeordnung (684). Form (685). Bedeutung der Schriftform (685). Verpflichtungen des Lehrherrn (685). Erweiterte Fürsorgepflicht (685). Berufsunterweisung und erzieherische Einwirkung (685). Zeugnispflicht (685). Verpflichtungen des Lehrlings (686). Unterwerfung unter die väterliche Zucht des Lehrherrn nach Gewerberecht (786). Polizeiliche Zwangsmaßnahmen gegen entlaufene Lehrlinge (686). Dauer des Lehrverhältnisses (686). Lehrzeit (686). Probezeit (686). Gründe vorzeitiger einseitiger Aufhebung nach Ablauf der Probezeit (686). Tod des Lehrherrn (687). Das Recht des Lehrlings zu befristeter Kündigung bei Berufswechsel (687). Beschränkungen der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen des Lehrherrn nach Gewerberecht (687). Gesetzlich fixierte Entschädigung bei unbefugtem Austritt des Lehrlings (687). Mithaftung des Arbeitgebers, der den Lehrling zum Vertragsbruch verleitet oder in Kenntnis fortbestehender Gebundenheit in Arbeit genommen hat (687). 682

§ 201. Werkvertrag 688

 I. Begriff (688). Geschuldet und vergolten wird Arbeitserfolg (688). Im Gegensatz zum Dienstvertrage Austauschgeschäft (688). Jedoch gleich ihm Arbeitsvertrag (688). Das versprochene Werk kann Herstellung oder Veränderung einer Sache sein (688). Bauwerksvertrag (688). Stoffbeschaffung durch den Besteller (689). Beschaffung durch den Unternehmer (689). Im Falle der Herstellung einer selbständigen Sache durch den Unternehmer aus dem von ihm zu beschaffenden Stoff Übergang in den Kauf (689). Doch nur bei zu liefernden vertretbaren Sachen reiner Kauf (689). Bei nicht vertretbaren Sachen, falls nicht Handelskauf, ein aus Kauf und Werkvertrag gemischtes Geschäft: Werklieferungsvertrag (690). Das geschuldete Werk kann auch ein unkörperlicher Arbeitserfolg sein (690). Geisteswerk (690). Persönliche Dienstleistung niedriger wie höherer Art (690). Rat (690). Transport von Personen, Sachen oder Nachrichten (690). Geschäftsbesorgung (691). Kommissions- und Speditionsgeschäft (691) 688

 II. Geschichte (691). Älteres deutsches Recht (692). Werkverträge (Die eingeklammerten Zahlen bedeuten die Seitenzahlen.)

auf dem Lande und in den Städten (692). Kundenwerk der Handwerker (692). Verträge mit Künstlern (692). Unterricht (692). Beistand vor Gericht (692). Ausbildung eines Vertragstypus, für den besondere Rechtssätze galten (692). Frachtvertrag (692). Aufnahme der römischen *locatio conductio operis* (692). Erhaltung des deutschen Rechts in den Partikularrechten und im Leben (692). Loslösung von der Miete und Ausgestaltung als Arbeitsvertrag in den deutschen Gesetzbüchern (692). Trotzdem Zugrundelegung des römischen Rechts im einzelnen (693). Jedoch durch deutschrechtliche Regeln abgewandelt (693) 691

III. Verpflichtungen des Unternehmers (693). 1. Herstellung des Werkes (693). Keine Vermutung dafür, daß die Arbeit in Person zu leisten ist (693). Vielfach jedoch nach der Natur des Werkes anzunehmen (693). Zuziehung von Gehilfen (693). Der Entreprisevertrag (693). Anweisungen des Bestellers (693). Arbeitswerkzeuge und Arbeitsstoff (693). Ablieferung (694). 2. Gewährleistung (694). Rechtsmängel (694). Sachmängel (694). Besondere Gewährleistungspflicht des Unternehmers nach B.G.B. (694), Verhältnis zum älteren deutschen Recht, zu den neueren Gesetzbüchern und zum römischen und gemeinen Recht (694). Umfang der zu vertretenden Mängel (694). Gewährsansprüche (695). Abweichend vom Kauf zunächst nur Besserungsanspruch (695). Erst bei Nichtbefriedigung in gesetzter Frist Wahlrecht zwischen Wandlung und Minderung (695). Fälle, in denen es einer Fristsetzung nicht bedarf (695). Einschränkung des Wandlungsanspruches (695). Fälle, in denen statt Wandlung oder Minderung Schadensersatz wegen Nichterfüllung gefordert werden kann (695). Wegfall der Gewährsansprüche bei vorbehaltloser Abnahme trotz Kenntnis des Mangels (696). Keine Prüfungs- und Rügepflicht (696). Abgekürzte Verjährung (696). Umfang (696). Beginn und Ablauf der Frist (697). 3. Rechtzeitige Herstellung (697). Verzugsfolgen (697). Rücktrittsrecht des Bestellers (697) 693

IV. Verpflichtungen des Bestellers (697). 1. Abnahme (697). Unterlassung begründet nicht nur Annahmeverzug, sondern auch Leistungsverzug (697). Abnahme bedeutet hier nicht nur tatsächliche Herübernahme in den eigenen Herrschaftsbereich, sondern außerdem Annahme des Werkes als Erfüllung (697). Jedoch keine Billigungspflicht (697). Vielmehr nur Annahme mit den in § 363 B.G.B. vorgesehenen Wirkungen (698). Hinausschiebung der Abnahme bis zum Ablauf der für die Prüfung erforderlichen Zeit nach erfolgter Ablieferung zulässig (698). Abnahme ohne tatsächliche Übernahme bei körperlichen Werken, die der Besteller schon vor der Fertigstellung besitzt (698). Unkörperliche Werke dagegen sind überhaupt nicht abnahmefähig (699). Hier knüpfen sich die sonst mit der Abnahme eintretenden Rechtsfolgen an die Vollendung des Werkes (699). 2. Vergütung (699). Art und Höhe (699). Fälligkeit (699). Bei Teilabnahme (699). 3. Mitwirkung (699). Keine Verpflichtung des Bestellers zu der erforderlichen Mitwirkung (700).

(Die eingeklammerten Zahlen bedeuten die Seitenzahlen.)

Unterlassung begründet nur Annahmeverzug (700). Jedoch verstärkte Rechte des Unternehmers aus Annahmeverzug (700). Entschädigungsanspruch (700). Kündigungsrecht (700).	697
V. Gefahrtragung (700). Bedeutung (700). Grundsätzlich trägt, weil Arbeitserfolg geleistet und vergolten werden soll, der Unternehmer die Gefahr (700). Weil es sich aber um einen Arbeitsvertrag handelt, ist es gerechtfertigt, daß in gewissen Fällen zufälliger Vereitelung des Erfolges der Besteller die schon geleistete Arbeit zu vergüten hat (701). Älteres deutsches Recht (701). Vom B.G.B. nur in zwei Fällen anerkannt (701). Weitergehende Bestimmungen zugunsten des Unternehmers in anderen Quellen (701). Das Rechtsbewußtsein fordert, daß jedenfalls der Besteller die vergeblich aufgewandte Arbeit vergelten muß, wenn der Unfall sich in seiner Person oder seinem sachlichen Herrschaftsbereich ereignet (702). Dieses Ergebnis ist, da die Gefahrtragung wegbedungen werden kann, auch unter der Herrschaft des B.G.B. durch Vertragsauslegung zu erzielen (702). Unter Umständen auch bei einem von außenher einwirkenden Zufall (702). Zeitpunkt des Überganges der Gefahr auf den Besteller (702). Früherer Übergang bei Annahmeverzug (703). Transportgefahr (703). Untergang oder Verschlechterung des Werkes zwischen Ablieferung und Abnahme (703). Die Gefahr der Vernichtung oder Verschlechterung des vom Besteller gelieferten Stoffes (703). Einfluß des Verschuldens eines Teils (704).	700
VI. Sicherung des Unternehmers (704). Älteres deutsches Recht (704), Spätere Partikularrechte und gemeines Recht (704). Preussisches Landrecht (704). Das gesetzliche Pfandrecht des Werkmeisters an beweglichen Sachen nach B.G.B. (705). Der Anspruch auf Sicherungshypothek am Baugrundstück bei Bauwerken (705). Unzureichender Schutz der Bauhandwerker (806). Das Reichsgesetz vom 1. Juni 1909 über die Sicherung der Bauforderungen (706). Die allgemeinen Sicherungsmaßregeln öffentlichrechtlicher Natur (706). Die unausgeführten privatrechtlichen Vorschriften über die dingliche Sicherung der Bauforderungen (706). Der Werklohn im Konkurse (707).	704
VII. Beendigung (707). Angelegt auf einmalige Schulderfüllung (707). Erfüllung (707). Eintritt der Unmöglichkeit des Arbeitserfolges (707). Eingefügt ein vorbereitetes dauerndes Schuldverhältnis, das auf Arbeitsleistung gerichtet ist (707). Darum tritt als Beendigungsgrund die vorzeitige Aufhebung für die Zukunft durch Kündigung hinzu (707). Kündigungsrecht des Unternehmers im Falle des § 642 (707). Freies Kündigungsrecht des Bestellers (708). Vergütungsanspruch des Unternehmers (708). Besonderheiten bei wesentlicher Überschreitung eines Kostenanschlages (708) . .	707
§ 202. Mäklervertrag	709
I. Begriff (709). Verhältnis zum Werkvertrage (709). Unterart des Werkvertrages, falls der Mäkler die Vermittlertätigkeit verbindet	

(Die eingeklammerten Zahlen bedeuten die Seitenzahlen.)

	Seite
spricht (709). Dagegen kein Werkvertrag, wenn er keinerlei Tätigkeit zusagt (709). Somit eigenartiger Typus des Arbeitsvertrages (709).	709
II. Geschichte (710). Ausbildung eines besonderen Mäklervertragsrechts im Handelsrecht (710). Amtliche Stellung der Handelsmäkler (710). Entsprechende Anwendung auf Privathandelsmäkler (710). Wegfall der amtlichen Mäkler (710). Der neue Begriff der Handelsmäkler (710). Nachwirkung des früheren Amtsrechtes auf das nach dem H.G.B. für Handelsmäkler geltende Recht (710). Der Mäklervertrag im bürgerlichen Recht (710). Römisches und gemeines Recht (710). Die Gesetzbücher (711). Die Vorschriften des B.G.B. (711). Ihr Anwendungsgebiet (711). Sonder Vorschriften für die gewerbsmäßige Stellenvermittlung (711) . . .	710
III. Verpflichtungen des Mäklers (711). Nachweis der Gelegenheit zum Vertragsschluss oder Vermittlung des Vertragsschlusses selbst (711). Vereinbarte Tätigkeitspflicht (711). In jedem Falle, wenn er tätig wird, Verpflichtung zur Interessenwahrung und zu ordnungsmäßigem Verfahren (711). Lohnverwirkung bei schuldhafter Pflichtverletzung (712). „Lohnunwürdigkeit“ (712). Schadensersatz (712). Nach bürgerlichem Recht Verpflichtungen nur gegen den Auftraggeber (712). Nach Handelsrecht regelmäßig gegen beide Parteien (712). Zulässigkeit eines Doppelvertrages auch nach bürgerlichem Recht (713). Lohnverwirkung durch vertragswidriges Tätigwerden für den andern Teil (713).	711
IV. Rechte des Mäklers (713). Anspruch auf den Mäklerlohn (713). Taxen (713). Im Zweifel kein besonderer Ersatz für Aufwendungen (714). Der Mäklerlohn nur verdient bei erfolgreicher Tätigkeit (714). Der angestrebte Vertrag muß zustande gekommen sein (714). Folgen des Eintritts einer auflösenden Bedingung (714). Der Ausübung eines Rücktrittsrechts (714). Der zustandgekommene Vertrag muß sich mit dem aufgegebenen Vertrag decken (715). Kein Anspruch des Mäklers auf Schließung eines dargebotenen geeigneten Vertrages (715). Kein Einspruchsrecht gegen Vertragsschluss auf Grund anderweitiger Erkundung oder Vermittlung (715). Möglichkeit stärkerer Bindung des Auftraggebers (715). Versprechen einer Vergütung für geeignetes Angebot (715). Verzicht auf das freie Widerrufsrecht und feste Auftragserteilung für bestimmte Zeit (715). Das Zustandekommen des Vertrages muß Folge der Tätigkeit des Mäklers sein (716). Verursachung oder Mitverursachung des Erfolges (716). Das Maß des erforderlichen Kausalzusammenhanges (716). Beweis (716). Kenntnis des Auftraggebers beim Vertragsschluss nicht erforderlich (716). Der Vergütungsanspruch richtet sich nach bürgerlichem Recht gegen den Auftraggeber (716). Der Handelsmäkler hat der Regel nach von jeder Partei die Hälfte zu fordern (717). Das richterliche Herabsetzungsrecht bei allen auf Vermittlung eines Dienstvertrages gerichteten Mäklerverträgen (717).	713
V. Ehemäkelei (717). Behandlung im früheren Recht (717). Im B.G.B. (§ 717) (717). Aus dem Ehemäklervertrage entspringt keine	
(Die eingeklammerten Zahlen bedeuten die Seitenzahlen.)	

	Seite
klagbare Verbindlichkeit (717). Wohl aber eine haftungslose Schuld (717). Der Vertrag ist nicht als unsittlich nichtig (718). Jedoch keinerlei Erzwingbarkeit (718).	717
§ 203. Auftrag	718
I. Begriff und Geschichte (718). Umfang des Begriffes im B.G.B. (718). Abstammung vom römischen Mandatsbegriff (719). Deutschrechtlich beeinflusste Entwicklung in zwei Punkten (719). 1. Unentgeltlichkeit (719). Ursprüngliches Wesensmerkmal des römischen Mandats (719). Zulassung der Vereinbarung eines Entgelts im gemeinen Recht und in den neueren Gesetzbüchern (719). Das B.G.B. fordert unentgeltliche Tätigkeit (719). Der Lebensauffassung entspricht ein weiterer Auftragsbegriff (719). Das B.G.B. schlägt zu ihr eine Brücke, indem es entsprechende Anwendung der meisten Vorschriften über den Auftrag bei jedem Dienst- oder Werkvertrage anordnet, der eine „Geschäftsbesorgung“ zum Gegenstande hat (719). Der Hauptanwendungsbereich des Auftragsrechts liegt somit außerhalb des technischen Auftragsbegriffs (720). Wie weit er sich erstreckt, ist infolge der unsicheren Grenzen des Begriffes der „Geschäftsbesorgung“ sehr bestritten (720). Notwendigkeit der Anlehnung an die Lebensauffassung (720). Hauptanwendungsfälle in der Praxis (720). Entsprechende Anwendung auf die ständige Geschäftsführung von Vorstehern, Gesellschaftern und Testamentsvollstreckern (720). 2. Trennung von Auftrag und Vollmacht (721). Das römische Mandat mußte zugleich die Mittel zum Ersatz der fehlenden direkten Stellvertretung bieten und nahm daher die Ermächtigung zur Stellvertretung in sich auf (721). Hieran hielt man im gemeinen Recht trotz der Entwicklung des dem deutschen Recht entstammenden Vollmachtbegriffes fest (721). Die großen Gesetzbücher erhoben sogar die Vollmacht zum wesentlichen Bestandteil des Auftrags (721). Unterscheidung als innere und äußere Seite des Vertragsverhältnisses (721). Schärfere Ausgestaltung des Gegensatzes im Handelsrecht (721). Endliches Durchdringen der völligen Trennung (721). Auftrag ohne Vollmachterteilung (722). Die Vollmachterteilung ein eigenartiges Rechtsgeschäft, das kein Schuldverhältnis, sondern eine personenrechtliche Stellung begründet (722). Doch kann es für Bestand und Umfang der Vollmacht erheblich sein, ob ihr ein Auftrag oder ein anderes Verhältnis zugrunde liegt (722)	718
II. Vertragsschluß (722). Annahme (722). Fälle, in denen Ablehnung unverzüglich anzuzeigen ist (722)	722
III. Verpflichtungen des Beauftragten (722). Ausführung (722). Haftung für Verschulden (722). Bei gestatteter Übertragung (723). Bindung an Weisungen (722). Auskunfts- und Rechenschaftspflicht (723). Herausgabepflicht (723)	722
IV. Verpflichtungen des Auftraggebers (723). Nur möglich (723). Vorschufsgewährung und Aufwendungsersatz (794). Ersatz des bei der Ausführung erlittenen zufälligen Schadens (724)	723

(Die eingeklammerten Zahlen bedeuten die Seitenzahlen.)

V. Beendigung (724). Dauerndes Schuldverhältnis (724). Erlöschen durch Ausführung des Auftrags (724). Vorzeitige Beendigung durch einseitige Willenserklärung (724). „Widerruf“ des Auftraggebers (724). Kündigung des Beauftragten (724). Tod des Auftraggebers (725). Tod des Beauftragten (725). Konkursöffnung (725). Nachwirkungen des verfrüht erloschenen Auftrags (725)	724
VI. Rat (726). Bedeutung des § 676 B.G.B. (726). Erteilung von Rat (Empfehlung, Auskunft) kein Rechtsgeschäft (726). Kein zur Befolgung verpflichtender Auftrag (726). Aber auch keine den Ratgeber verpflichtende Willenserklärung (726). Doch kann eine Verpflichtung des Ratgebers aus einem besonderen Vertragsverhältnis entspringen (726). Er kann aus einem Garantievertrage für nachteiligen Erfolg haften (726). Er kann kraft vertragsmäßiger Zusage, Rat oder doch im Falle freiwilliger Erteilung guten Rat zu erteilen, aus schuldhafter Vertragsverletzung für den verursachten Schaden haften (726). So bei einem auf entgeltliche Beratung gerichteten Werkvertrage (727). Insbesondere bei gewerbemäßiger oder berufsmäßiger Raterteilung (727). Ferner infolge einer aus einem umfassenden Vertragsverhältnis entspringenden Nebenverpflichtung (727). Unter Umständen auch auf Grund ständiger Geschäftsverbindung (727). Endlich kann in schlechter Raterteilung eine zum Schadensersatz verpflichtende unerlaubte Handlung liegen (727)	726
§ 204. Verwahrungsvertrag	727
I. Begriff und Geschichte (727). Begriff (727). Deutsches und römisches Recht (728). 1. Realvertrag (728). Schuldverhältnis im älteren deutschen Recht (728). Beim römischen depositum (728). Gemeinrechtliche Anerkennung eines bindenden Vorvertrages (728). Festhalten am Begriff des Realvertrages in den neueren Gesetzbüchern mit Ausnahme des schweizerischen Rechts (729). Der Verwahrungsvertrag als solcher fordert auch heute Willenseinigung und Übergabe (729). Bedeutung eines Vorvertrages (729). 2. Unentgeltlichkeit (729). Im römischen Recht Begriffsmerkmal (729). Anders im deutschen und modernen Recht (729). Der unentgeltliche Verwahrungsvertrag als unvollkommen zweiseitiger Vertrag (729). Der entgeltliche Verwahrungsvertrag regelmäÙig gegenseitiger Vertrag (730). 3. Schuldinhalt (730). Von Hause aus die unversehrte Rückgabe der Sache (730). Daneben im deutschen Recht ihre dauernde Behütung (730). Im Laufe der Entwicklung wurde die Aufbewahrung als solche zum eigentlichen Schuldinhalt und die Rückgabepflicht zur bloÙen Beendigungsfolge (730). Der Verwahrungsvertrag gehört nun zu den Arbeitsverträgen (730). Das „Aufbewahrungsgewerbe“ (730). Die Hergabe des erforderlichen Raumes bleibt, auch wenn sie stark in den Vordergrund tritt, nur Mittel der ordnungsmäßigen Behütung (731). Raumgewährung ohne Bewahrungspflicht ist Leihe oder Miete (731). Die Auf-	

(Die eingeklammerten Zahlen bedeuten die Seitenzahlen.)

bewahrung muß als selbständige Verpflichtung übernommen sein (731). Auf die aus Schuldverträgen mit anderem Hauptzweck entspringende Nebenverpflichtung zur Sachbewahrung sind die Regeln über den Verwahrungsvertrag nicht anwendbar (731). Dagegen wird der Begriff des Verwahrungsvertrages durch Nebenverpflichtungen zu sonstiger Tätigkeit nicht ausgeschlossen (731). „Depotgeschäfte“ des Handelsrechts (731). Das handelsrechtliche „Lagergeschäft“ (732). Besondere Behandlung der „Sequestration“ im gemeinen Recht und in den Gesetzbüchern (732). Gleichartige und verwandte Fälle (732). Im heutigen deutschen Recht gelten bei vertragsmäßiger Übernahme die Regeln über den Verwahrungsvertrag mit den sich aus dem Hinterlegungszweck ergebenden Abwandlungen (732). Dagegen bei gerichtlicher Bestellung eines Verwahrers die Vorschriften des öffentlichen Rechts (733). Öffentlich-rechtlicher Natur ist auch das Schuldverhältnis aus Hinterlegung behufs Sicherheitsleistung oder Schuldtilgung (733). 4. Grundstücksverwahrung (733). Im preussischen und österreichischen Recht in den Verwahrungsvertrag einbezogen (733). Der Verwahrungsvertrag des B.G.B. ist auf bewegliche Sachen beschränkt (733) 727

II. Verpflichtungen des Verwahrers (733). 1. Aufbewahrungspflicht (733). Im Zweifel persönlich zu erfüllen (733). Gebundenheit an die vereinbarte Art der Aufbewahrung und zulässige Abweichungen (733). Im übrigen Bestimmung von Ort und Art der Aufbewahrung nach Treu und Glauben (734). Mangels besonderer Gestattung kein Gebrauchsrecht (734). Das Maß der geschuldeten Sorgfalt bei unentgeltlicher und bei entgeltlicher Verwahrung (734). Bei gestatteter Hinterlegung bei einem Dritten (734). Keine Gefahrtragung (734). 2. Rückgabepflicht (735). Zuwachs (735). Leistungsart (735). Holschuld (735) 733

III. Verpflichtungen des Hinterlegers (735). 1. Ersatzpflichten (735). Aufwendungen (735). Haftung für den aus der Beschaffenheit der Sache entstehenden Schaden (735). 2. Vergütungspflicht (735). Fälligkeit und Teilvergütung (735). 3. Rücknahmepflicht (736). Leistungsverzug (736). 735

IV. Beendigung (736). Zeitablauf (736). Sonst fristlose Kündigung jedes Teils zulässig (736). Auch bei bestimmter Zeit kann der Hinterleger nach Belieben, der Verwahrer aus einem wichtigen Grunde fristlos kündigen (736). Abweichende Vereinbarungen (736). Gesetzliche Regeln beim Lagergeschäft (736). Begriffliche Unterscheidung der Kündigung von der Rückforderung oder dem Verlangen der Rücknahme (736) 736

V. Unregelmäßiger Verwahrungsvertrag (737). Begriff (737). Übergang des regelmäßigen Verwahrungsvertrages in einen unregelmäßigen kraft gestatteter Aneignung (737). Streit über die Natur (737). Es liegt ein besonders gearteter Verwahrungsvertrag vor (737). Doch gelten infolge des Überganges von Eigentum und
(Die eingeklammerten Zahlen bedeuten die Seitenzahlen.)

<p>Gefahr für das dauernde Schuldverhältnis die gleichen Regeln wie beim Darlehen (737). Dagegen bleiben für die Beendigung des Schuldverhältnisses die Regeln des Verwahrungsvertrages maßgebend (737). Der wichtigste Anwendungsfall die Hinterlegung von Geld (738). Das Depositengeschäft des Bankverkehrs (738). Steigerung der Annäherung an das Darlehen durch Zins- und Kündigungsabreden (738). Für die innere Natur bleibt der Verwahrungszweck maßgebend (738). Der unregelmäßige Verwahrungsvertrag in Ansehung von Wertpapieren (739). Formvorschriften des B.G.B. und des Depotgesetzes (739). Summendepot (739). Sammeldepot (739). Sammelagergeschäft (740).</p> <p>VI. Einbringung von Sachen bei Gastwirten (740). Geschichtliche Entwicklung (740). Voraussetzungen des besonderen Haftungsverhältnisses (740). Der eine Teil muß ein Gastwirt sein, der gewerbsmäßig Fremde beherbergt (740). Grenzstreitigkeiten (740). Der andere Teil muß im Betriebe dieses Gewerbes als Gast aufgenommen sein (741). Die Aufnahmeerklärung genügt, wenn auch der Aufnahmevertrag nicht zustande kommt (741). Die Sachen müssen eingebracht sein (741). Beginn und Ende der Haftung (741). Einbringung fremder Sachen (742). Der Haftungsgrund (742). Die verschiedenen Theorien (742). Die Annahme einer gesetzlichen Verpflichtung ist unbefriedigend (742). Der Geschichte und der Lebensauffassung entspricht die Herleitung der gesteigerten Haftung aus vertragsmäßiger Übernahme (743). Der Vertrag ist weder ein selbständiger „Gastschaftsvertrag“, noch ein bloßer Bestandteil des Beherbergungsvertrages (742). Vielmehr ein mit dem Beherbergungsvertrage verbundener, aber der Verselbständigung fähiger Nebenvertrag (743). Dieser Sondervertrag hat die Merkmale eines eigenartigen Verwahrungsvertrages (743). Geschäftsunfähige Reisende (743). Die Haftung kann ganz oder teilweise wegbedungen werden (744). Keine Ausschließung durch einseitige Erklärung des Gastwirts (744). Umfang der Haftung (744). Entstehen für die Betriebsgefahr (744). Schranken (744). Die Haftungsgrenze bei Geld, Wertpapieren und Kostbarkeiten (744). Fälle, in denen die Haftungsgrenze wegfällt (744). Erlöschen des Anspruches des Gastes durch Nichtanzeige (745). Keine Erstreckung auf Stallwirte (745). Das gesetzliche Pfandrecht des Gastwirts (745).</p> <p>§ 205. Verlagsvertrag.</p> <p>I. Geschichte (746). Entwicklung im Zusammenhang mit der Ausbildung des Urheberrechts (746). Buchverlag (746). Musikalienverlag (746). Kunstverlag (746). Gewohnheitsrechtliche Ausgestaltung des Rechtes des Verlagsvertrages (746). Die Gesetzbücher (746). Vorbehalt des B.G.B. für das Landesrecht (746). Reichsgesetzliche Regelung durch das Gesetz vom 19. Juni 1901 (747). Gilt nicht für den Kunstverlag (747). Der Verlagsvertrag (Die eingeklammerten Zahlen bedeuten die Seitenzahlen.)</p>	<p>737</p> <p>740</p> <p>746</p>
---	----------------------------------

ist meist Handelsgeschäft, gehört aber grundsätzlich dem bürgerlichen Rechte an (747) 746

II. Begriff und Wesen (747). Begriffliche Merkmale (747).

1. Der Verlagsvertrag als Arbeitsvertrag (748). a. Arbeitsleistung des Verlegers (748). Seine Verpflichtung zur Vervielfältigung und Verbreitung des Geisteswerkes ist begriffswesentlich (748). Doch ist der Vertrag für ihn weder Dienstvertrag noch Werkvertrag (748).

b. Arbeitsleistung des Verlagebers (748). Möglicherweise Verpflichtung zur Herstellung des Geisteswerkes (748). Doch ist auch für ihn der Vertrag weder Dienstvertrag noch Werkvertrag (748). Seine Arbeitsverpflichtung ist nicht begriffswesentlich, da sie wegfällt, wenn er ein fertiges Werk in Verlag gibt (748).

2. Verlagsvertrag und Verlagsrecht (748). Der echte Verlagsvertrag ist zugleich Rechtsübertragungsvertrag, da er auf Übertragung eines aus dem Urheberrecht abgezweigten Verlagsrechtes zielt (748).

Verpflichtung zur Verschaffung des Verlagsrechtes (749). Als Abarten des Verlagsvertrages sind jedoch unechte Verlagsverträge geregelt, bei denen ein Verlagsrecht nicht verschafft werden kann oder soll (749). Das typische Wesen des Verlagsvertrages kann aus ihnen nicht erkannt werden (749).

3. Wesen (749). Eigenartiger Vertrag (749). Die verschiedenen Konstruktionsversuche (749). Erklärungen des dem Verleger zustehenden Gebrauchsrechtes am Geisteswerk (749). Heranziehung des Begriffs des Gesellschaftsvertrages (750). Werkvertragstheorien (750). Das eigenartige Wesen des typischen Verlagsvertrages kann nur aus dem Zusammenhange des Schuldinhaltes mit der Spaltung des Urheberrechts am Geisteswerk begriffen werden (750).

Der Vertragszweck des Verlegers (751). Der Vertragszweck des Verfassers (751). Auf der demgemäß vollzogenen Zerlegung der urheberrechtlichen Befugnisse beruht das diesem Schuldvertrage immanente personenrechtliche Element (751).

Gegenseitiges persönliches Vertrauen (751). Zuletzt eine Fülle nicht erzwingbarer Verpflichtungen auf Grund beiderseitiger Treuepflicht (751).

4. Sonstige Verlagsgeschäfte, die keine Verlagsverträge sind (751). Einseitiger Arbeitsvertrag des Verlegers, wenn dieser sich nur zur Herbeiführung eines Arbeitserfolges für den Urheber verpflichtet (751).

Kommissionsverlag (752). Tätigkeit für ein vom Verfasser im Selbstverlage herausgegebenes Werk (752). Einseitiger Arbeitsvertrag des Verfassers, wenn dieser sich zu bloßer literarischer oder künstlerischer Mitarbeit an einem zu verlegenden Geisteswerke verpflichtet (752).

So im Zweifel bei bestelltem Werk, bei Mitarbeit an einem enzyklopädischen Unternehmen, bei Hilfs- und Nebenarbeiten für das Werk eines Anderen oder für ein Sammelwerk (752). Der Verfasser kann trotzdem ein Urheberrecht erwerben (752).

Insoweit dies der Fall ist, muß er es in dem zur Verschaffung des vollen Verlagsrechtes erforderlichen Umfange übertragen (753). Keine Verlagsverträge endlich sind reine Rechtsübertragungsverträge, die

(Die eingeklammerten Zahlen bedeuten die Seitenzahlen.)

	Seite
dem Verleger ein Verlagsrecht einräumen, ohne ihm eine Verlagspflicht aufzuerlegen (753)	747
III. Abschluß (753). Form (753). Nichtigkeit eines Vertrages, durch den Jemand im Voraus für alle seine künftigen Werke oder eine ganze Gattung derselben das Verlagsrecht zusagt (753) . . .	753
IV. Verpflichtungen des Verlagebers (753). 1. Hinsichtlich der Vervielfältigung und Verbreitung (753). Unterlassungspflicht (753). Die im Zweifel vorbehaltenen Befugnisse (754). Anderweitige Verwertung (754). Wiedergabe durch Aufführung oder Vortrag kein Gegenstand von Verlagsverträgen (754). Gestattungspflicht (754). Im Zweifel nur für eine Auflage (755). 2. Verschaffung des Verlagsrechtes (755). Bestimmung des Umfanges durch die schuldrechtliche Unterlassungs- und Gestattungspflicht (755). Ausschließungsrecht gegen Dritte (755). Urheberrechtlicher Schutz gegenüber dem Urheber selbst (756). Urheberrechtsverletzung durch Überschreitung (756). Schuldrechtliche Verpflichtung zur Verschaffung (756). Gewährleistung wegen Mängel im Recht (756). Das gegenstandsrechtliche Verfügungsgeschäft (756). Nach gesetzlicher Regel vollzogen durch den Realakt der Ablieferung des Werkes (756). Verhältnis bei Verlagsverträgen über ein künftiges Werk (756). Erlöschen des Verlagsrechtes (757). Surrogatverpflichtungen des Verlagebers bei gemeinfreien Werken (757). Verlagsrecht an Beiträgen zu periodischen Sammelwerken (757). 3. Ablieferung des Werkes (757). Frist (758). 4. Nichtvornahme von Änderungen, die ein berechtigtes Interesse des Verlegers verletzen (758). Zulässige Änderungen (758). Kostenersatz (758).	753
V. Verpflichtungen des Verlegers (758). 1. Unterlassung nicht gestatteter Vervielfältigung und Verbreitung (758). 2. Unterlassung von Eingriffen in den inneren Bestand des Werkes (758). 3. Vornahme der Vervielfältigung und Verbreitung (758). Form (759). Frist (759). Umfang (759). Neue Auflage (759). Befreiung durch Kündigung wegen veränderter Umstände (759). Besonderheiten bei Beiträgen zu einem periodischen Sammelwerk (759). Korrektur (760). Bestimmung des Ladenpreises (760). 4. Entrichtung einer vereinbarten Vergütung (760). Unwesentlich (760). Höhe (761). Fälligkeit (761). Bemessung nach Absatz (761). Gewinnbeteiligung (761). 5. Lieferung von Exemplaren (761). Freixemplare und Sonderabzüge (761). Überlassung von Exemplaren für den Buchhändlernettopreis (761). 6. Rückgabe des Werkes (762)	758
VI. Übertragung (762). Streit über die Übertragbarkeit der Rechte des Verlegers (762). Die gesetzliche Entscheidung (762). Die Pflichten aus dem Verlagsvertrage kann kein Teil einseitig von sich abwälzen (762). Sie sind persönlich zu erfüllen (763). Jedoch im Falle der Übertragung der Verlegerrechte Bewirkung der Vervielfältigung und Verbreitung durch den Rechtsnachfolger (763). Im Falle der Übernahme haftet dieser gleichzeitig unmittelbar dem Verfasser (763)	762

(Die eingeklammerten Zahlen bedeuten die Seitenzahlen.)

VII. Beendigung (763). 1. Zeitablauf (763). Bei bestimmter Zeitdauer (763). Bei unbestimmter Zeitdauer (763). Kündigung (763). 2. Untergang des Werkes (763). Beiderseitige Ansprüche auf Aufrechterhaltung des Vertrages für ein im Wesentlichen übereinstimmendes neues Werk (763). 3. Tod des Verfassers vor Vollendung des Werkes (764). Rechtsstellung seiner Erben (764). Aufrechterhaltung des Vertrages durch den Verleger für einen abgelieferten Teil des Werkes (764). 4. Rücktrittsrechte (764). Vermengung mit Kündigungsrechten (764). Beschränkung der Rücktrittswirkungen auf die Zukunft bei bereits erfolgter Teilerfüllung (765). a. Rücktrittsrecht des Verlegers (765). Wenn das Werk nicht rechtzeitig abgeliefert wird, oder nicht von vertragsmäßiger Beschaffenheit ist (765). Wahlrecht zwischen Rücktritt, Bestehen auf Erfüllung oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung (765). Fristsetzung zur Nachlieferung oder Mängelbeseitigung (765). Fälle der Zulässigkeit sofortigen Rücktritts (766). b. Rücktrittsrecht des Verlagebers (766). Wegen Unterbleibens der vertragsmäßigen Vervielfältigung und Verbreitung (766). Bis zum Beginn der Vervielfältigung wegen veränderter Umstände (766). Im Falle der Nichtveranstaltung einer neuen Auflage (766). 5. Konkurs des Verlegers (766) 763

VIII. Verwandte Verträge (767). Der Verlagsvertrag kann das Verlagsrecht und die Verlagspflicht auf eine bestimmte Art der Vervielfältigung und Verbreitung beschränken (767). Üblich beim Kunstverlage (767). Dagegen liegt kein Verlagsvertrag vor, wenn der Verleger nur berechtigt, nicht verpflichtet sein soll, die fraglichen urheberrechtlichen Befugnisse für eigene Rechnung auszuüben (767). Besonders bei bloßer Lizenz (767). Möglicherweise aber auch bei bloßer Lizenz ein verwandter Vertrag (767). Keine Verlagsgeschäfte sind die Aufführungsverträge (767). Jedoch dem Verlagsvertrage verwandt, falls ausschließliches Recht eingeräumt, und Aufführungspflicht begründet wird (768). Bei Gewährung eines Aufführungsrechtes ohne Aufführungspflicht bloßer Rechtsübertragungsvertrag (768). Ähnliche Verträge hinsichtlich anderer Arten der Wiedergabe (768). Die auf Ausnutzung des Erfinderrechts gerichteten Verträge (768). Auch sie können sich dem Typus des Verlagsvertrages nähern (768). Meist jedoch als Lizenzverträge bloße Rechtsübertragungsverträge (768) 767

§ 206. Bürgschaft 769

I. überhaupt (769). Gesetzliche oder rechtsgeschäftliche Begründung des Bürgschaftsverhältnisses (769). Die rechtsgeschäftliche Begründung erfolgt durch einen eigenartigen Schuldvertrag (770). Der Bürgschaftsvertrag ist ein verselbständigter akzessorischer Sicherungsvertrag (770). Andere akzessorische Sicherungsverträge (770) 769

II. Geschichte (770). 1. Älteres deutsches Recht (770). Reines Haftungsgeschäft (770). Geiselschaft (770) Leibbürgschaft (770).

(Die eingeklammerten Zahlen bedeuten die Seitenzahlen.)

Vermögensbürgschaft (770). Für eigene oder fremde Schuld (770). Spätere Einschränkung auf Haftungsübernahme für fremde Schuld (771). Der Bürge kein Schuldner (771). Der Schuldner dem Gläubiger nicht haftbar (771). Dagegen haftet er dem Bürgen (771). Der bei den einzelnen Stämmen in verschiedener Weise ausgestaltete Verbürgungsformalismus verschafft stets dem Bürgen ein Zugriffsrecht gegen den Schuldner (771). 2. Jüngerer mittelalterliches Recht (772). Wirksamwerden der Haftung des Schuldners gegenüber dem Gläubiger (772). Zunächst nur subsidiär (772). Dann primär, jedoch so, daß der Bürge frei wird, wenn der Gläubiger sich an den Schuldner hält (772). Weiterhin neben dem Bürgen (772). Endlich vor dem Bürgen, wenn dieser sich nicht zu gesamter Hand mit dem Schuldner oder als Selbstschuldner verpflichtet hat (772). Andererseits wurde der Bürge zugleich zu einem Schuldner (773). Zuerst bei der Bürgschaft für persönliche Handlungen (773). Dann auch bei der Verbürgung von Sach- und Geldschulden (773). Inhalt seines Schuldversprechens (773). Erhaltung seines Rückgriffsrechts (773). 3. Seit der Rezeption (773) Umbildung der römischen fidejussio zum formfreien Schuldvertrage (773). Das *constitutum debiti alieni* (773). Das *mandatum qualificatum* (773). Durchsetzung deutschrechtlicher Abweichungen in der gemeinrechtlichen Praxis (774). In den Partikularrechten (774). In den Gesetzbüchern (774). 770

III. Begriff (774). Primärer Inhalt Haftungsübernahme für fremde Schuld (774). Schließt eine entsprechende Schuld des Bürgen ein (774). Sie richtet sich auf Verschaffung der Erfüllung für den Fall der Nichterfüllung seitens des Hauptschuldners mittels eigener Leistung (775). Die Bürgschaftsschuld keineswegs identisch mit der Hauptschuld (775). Auch nicht bei selbstschuldnerischer Bürgschaft (775). Die Schadlosbürgschaft als echte Bürgschaft (775). Begriffsnotwendig akzessorisches Schuldverhältnis (775). Die Hauptschuld kann haftungslos sein (775). Oder bedingte oder mögliche künftige Schuld (775). Nachbürgschaft (776). Rückbürgschaft (776). Dagegen keine Bürgschaft für eine vom Dritten nicht geschuldete Leistung (776). Hier nur Garantievertrag möglich (776). Trotzdem ist die Bürgschaft ein besonderes Schuldverhältnis, das eigenartiger Schicksale fähig ist (776). Die bloße Nebenabrede der Gewährleistung für eine verkaufte Forderung keine Bürgschaft (777). Ebenso wenig die Delkrederehaftung des Kommissionärs (777). Möglichkeit einer Vergütung für das vom Bürgen übernommene Risiko (777) 774

IV. Abschluß (777). Zwischen Bürgen und Gläubiger ohne Mitwirkung des Schuldners (777). Schriftform (777). Erfordernisse der Verbürgungsurkunde (777). Mündliche Nebenabreden (778). Heilung des Formmangels (778). Formfreiheit der handelsrechtlichen Bürgschaft (778) 777

V. Umfang der Haftung (778). Einschränkungen möglich (778).

(Die eingeklammerten Zahlen bedeuten die Seitenzahlen.)

Sonst Haftung für die Hauptschuld in ihrem vollen jeweiligen Bestande (778). Abminderungen der Hauptschuld (778). Erweiterungen (779). Kosten der Kündigung und Beitreibung (779). Jedoch keine Haftung aus nachträglicher rechtsgeschäftlicher Erweiterung (779). Rechtskräftiges Urteil (779). Geltendmachung der dem Hauptschuldner zustehenden Einrede (779). Kein Verlust durch Verzicht (780). Ausnahmen (780). Eigene aufschiebende Einrede des Bürgen, solange die Hauptschuld durch Anfechtung vernichtet oder durch Aufrechnung getilgt werden kann (780). Die Verfügung über die Hauptschuld allein dem Schuldner vorbehalten (780). Da sie aber zugleich über den Bestand oder Nichtbestand der Bürgschaft entscheidet, bis dahin verzögerliche Einrede (780). In Ansehung der Aufrechnung steht die Aufrechnungsbefugnis des Gläubigers der des Schuldners gleich (781). Anwendung in analogen Fällen (781). 778

VI. Einrede der Vorausklage (781). Vorbild des römischen *beneficium excussionis* (781). Erfolglose Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner erforderlich (782). Nähere Bestimmung bei Geldforderungen (782). Wegfall der Einrede bei wesentlicher Erschwerung der Rechtsverfolgung oder Aussichtslosigkeit der Zwangsvollstreckung (782). Bei bloßer Schadlosbürgschaft Nachweis erlittenen Ausfalls (782). Primäre Haftung des selbstschuldnerischen Bürgen (782). Übliche Eingehungsformen (782). Auffassung als Verzicht auf die Einrede der Vorausklage (783). Gesetzlicher Eintritt bei der handelsrechtlichen Bürgschaft und der Bürgschaftsleistung für Zwangsvergleich (783) 781

VII. Rückgriff (783). 1. Erstattungsanspruch des Bürgen gegen den Schuldner (783). Behufs Durchführung desselben Erwerb der Forderung des befriedigten Gläubigers (784). Umbildung des römischen *beneficium cedendarum actionum* in der gemeinrechtlichen Praxis (784). Rückkehr zum deutschen Recht in den Gesetzbüchern (784). Übergang der Forderung von Rechts wegen nach B.G.B. (784). Kann jedoch nicht zum Nachteil des Gläubigers geltend gemacht werden (784). Unveränderter Fortbestand der Hauptforderung für den Bürgen (784). Einwendungen aus dem Kausalverhältnis (785). Daher auch aus dem Mangel eines Erstattungsanspruches (785). Andererseits ist das Rückgriffsrecht des Bürgen unabhängig vom Forderungsübergang (785). 2. Befreiungsanspruch kraft vorzeitigen Rückgriffsrechtes bei dringender Gefahr, statt des Hauptschuldners leisten zu müssen (785). Fälle (785). Jedoch nach B.G.B. nur für den Bürgen, der die Rechte eines Beauftragten gegen den Schuldner hat (785). Bei noch nicht fälliger Schuld genügt Sicherheitsleistung (786) 786

VIII. Beendigung (786). 1. Untergang der Hauptschuld (786). 2. Verhalten des Gläubigers (786). Die dem Gläubiger vielfach auferlegte „Diligenzpflicht“ (786). Im B.G.B. nur das Aufgeben eines Sicherungsrechtes seitens des Gläubigers als Befreiungsgrund für den Bürgen anerkannt (786). Abhilfe in anderen Fällen (787).

(Die eingeklammerten Zahlen bedeuten die Seitenzahlen.)

3. Zeitablauf (787). Bei der auf bestimmte Zeit eingegangenen Bürgschaft (787). Wahrung der Bürgenhaftung durch unverzügliche Geltendmachung bei der Bürgschaft für eine bestehende Verbindlichkeit (787). Sofortiges Erlöschen bei der Bürgschaft für eine künftige Verbindlichkeit (787). Bei der Bürgschaft auf unbestimmte Zeit (788). Das B.G.B. kennt nicht die in anderen Gesetzen vorgesehene Befreiung des Bürgen durch nicht rechtzeitige Betreibung der Hauptschuld (788). Vertragsmäßig kann dem Bürgen ein Kündigungsrecht eingeräumt sein (788). Als vereinbart anzunehmen bei der Kreditbürgschaft und sonstiger zeitlich unbeschränkter Bürgschaftsübernahme für künftige Verbindlichkeiten (788). Auch sonst aus wichtigem Grunde (789). 4. Tod (789). Tod des Bürgen (789). Unvererblichkeit der Bürgschaft nach älterem deutschen Recht (789). Entwicklung ihrer Vererblichkeit (789). Reste des älteren Rechts (789). Tod des Hauptschuldners (789). Das Verhältnis, wenn der Bürge zugleich Erbe ist (789)	786
IX. Mitbürgen (790). Haftungsgemeinschaft zur gesamten Hand im älteren deutschen Recht (790). Verschiedene Ausgestaltung (790). Aufnahme des römischen beneficium divisionis (790). Deutschrechtliche Form der Teilhaftung mit dahinterstehender Solidarhaftung in Partikularrechten (790). Im übrigen Begünstigung der Solidarhaftung (791). Abschaffung der Teilungseinrede in den neueren Gesetzbüchern (791). Das Recht des B.G.B. (791). Ausgleichungsanspruch (791)	790
X. Kreditauftrag (791). Entwicklung in Anlehnung an das römische mandatum qualificatum (791). Besonderes aus Auftrag und Bürgschaft gemischtes Rechtsgeschäft (792). Unterschied vom Kreditbrief (792)	791
§ 207. Selbständige Sicherungsverträge	793
I. Überhaupt (793). Begriff und Arten (793)	793
II. Garantievertrag (793). Begriff (793). Formfrei (793), Übernahme des Risikos eines Unternehmens (793). Ertragsgarantie (794). Garantiefonds für ein Ausstellungsunternehmen (794). Einkommensgarantie (794). Übernahme der Gefahr eines Forderungsausfalles (794). Unterschied vom Bürgschaftsvertrage (794). Garantie für das Erfolgen einer nicht geschuldeten Leistung (795)	793
III. Versicherungsvertrag (795). Zwifache geschichtliche Wurzel (795). Versicherung auf Gegenseitigkeit und gegen Prämie (795). Ausbildung der durchaus eigenartigen Natur dieses Vertrages (795). Abstreifung jeder Verwandtschaft mit den Glücksverträgen (795). Der Versicherungsvertrag richtet sich auf Übernahme eines Risikos gegen Entgelt und ist ein gegenseitiger Schuldvertrag (795). Bei der Versicherung gegen Prämie individualrechtlicher Schuldvertrag (795). Bei der Versicherung auf Gegenseitigkeit genossenschaftsrechtlicher Schuldvertrag (796). Die vom Versicherungsnehmer geschuldete Vergütung (796). Die vom Versicherer bei	

(Die eingeklammerten Zahlen bedeuten die Seitenzahlen.)

	Seite
Eintritt des Versicherungsfalles geschuldete Ersatzleistung (796). Bei der Schadensversicherung (796). Bei der Personenversicherung (796). Das Versicherungsrecht als umfangreiches Sonderrechtsgebiet hier ausgeschieden (797)	795
IV. Leibrentenvertrag (797). Geschichte (797). Älteres deutsches Recht (797). Gemeines Recht und neuere Gesetzgebung (798). Sein Wesen (798). Dem Versicherungsvertrage verwandter entgeltlicher Sicherungsvertrag (798). Haupttypus der Leibrentenkauf (798). Begriffswesentlich das Versprechen einer mit dem Tode einer Person erlöschenden wiederkehrenden Rente (798). Regelmäßig für die Lebensdauer des Gläubigers zu entrichten (798). Möglicherweise auf das Leben eines Dritten oder auch des Schuldners gestellt (798). Die Leibrente kann außerdem bedingt oder befristet sein (798). Verhältnis der erworbenen Rente zum hingegebenen Kapital (799). Der wirtschaftliche Zweck (799). Leibrentenverträge zugunsten eines Dritten (799). Abstufung des Kaufpreises nach dem Lebensalter (799). Abschluss im Großen (799). Der Verkauf von Leibrenten als Mittel der Kapitalbeschaffung im Mittelalter (800). Versicherungstechnischer Betrieb in neuerer Zeit (800) Jedoch nicht im Versicherungsvertrage aufgegangen (800). Umfasst auch heute Einzelverträge abweichender Art (800). Das unentgeltliche Leibrentenversprechen (800). Der Begriff der Leibrente (800). Geldrente oder Naturalrente (800). Verpflichtung zu einer Leibrente aus einseitigem Rechtsgeschäft, aus unerlaubter Handlung oder aus gesetzlicher Auferlegung (801). Auch vertragsmäßige Zusage einer Leibrente braucht nicht Leibrentenvertrag zu sein (801). Sie kann Bestandteil eines Verpfändungs- oder Altenteilsvertrages sein (801). Doch gelten für alle Leibrentenschulden gemeinsame Regeln (801). Die Formbedürftigkeit des Leibrentenvertrages nach B.G.B. (801). Dem Inhalte nach eigenartiger Schuldvertrag (801). Verfehlt Versuche der Unterstellung unter eine romanistische Vertragsschablone (802). Begriffswesentlich allein das Leibrentenversprechen (802). Das Verhältnis zwischen dem Gesamtanspruch und den Einzelansprüchen (802). Das einheitliche Forderungsrecht (803). Zeitpunkt seiner Entstehung (803). Kein Erlöschen durch Erfüllung der Einzelansprüche (803). Beendigung durch Tod (803). Fälle verfrühter Beendigung (803). Konkurs des Schuldners (803). Die Einzelforderungsrechte (804). Fälligkeit (804). Besondere Rechtsschicksale (804). Erlöschen (804). Leibrentenrecht für Mehrere (804). Anfallsrecht beim Tode eines von ihnen (804). Tontinen (804)	797
V. Verpfändungsvertrag (805). Gemeinrechtliche Anerkennung (805). Regelung im preussischen Landrecht (805). Im neuen schweizerischen O.R. (805). Altenteilsvertrag (805)	805
§ 208. Spiel und Wette	806
I. Überhaupt (806). Gemeinsame Merkmale (806). Ungleicher Ursprung (806)	806

(Die eingeklammerten Zahlen bedeuten die Seitenzahlen.)

II. Spielvertrag (806). 1. Spiel und Spielvertrag (806). Wesen des Spiels (806). Wesen des Spielvertrages (806). Tritt als Schuldvertrag in das Recht ein, sobald er Gewinn und Verlust mit vermögensrechtlichen Folgen ausstattet (807). Das Verhältnis der Gewinnabsicht zu dem Unterhaltungszweck (807). 2. Geschichte (807). Ursprüngliche Vollwirksamkeit im deutschen Recht (807). Arten der Haftungsbegründung (807). Im Sachsenspiegel nur die Vererblichkeit der Spielschuld verneint (808). Einschränkungen seit dem 13. Jahrhundert (808). Versagung der Klage (808). Beschränkungen der Selbsthilfe (808). Polizeiliche Verbote und Strafdrohungen (809). Doch blieb die Spielschuld stets erfüllbare Schuld (809). Selbst bei verbotenen Spielen (809). Römisches Recht (809). Im Leben nicht durchgesetzt (809). Spielschulden blieben „Ehrenschulden“ (809). Erweiterung des Begriffes der erlaubten Spiele, aber gewohnheitsrechtliche Versagung der Klage (810). Andererseits mehr und mehr Ausschaltung der Rückforderungsklage aus dem gemeinen Recht (810). Die neuere Gesetzgebung (810). Überwiegend deutschrechtlich (810). 3. Geltendes Recht (811). B.G.B. § 762 (811). Keine „Verbindlichkeit“ aus Spiel (811). Das bedeutet die Versagung jedes Erfüllungszwanges (811). Gleichstellung jeder zum Zwecke der Erfüllung einer Spielschuld eingegangenen neuen Schuld mit der Spielschuld (811). Keine Rückforderung des auf Spielschuld Geleisteten (811). Dies bedeutet Anerkennung auch der haftungslosen Schuld als Schuld (811). Innere Gründe hierfür (812). Arten der wirksamen Schuldenerfüllung (812). Vorausleistung (812). Hinterlegung (812). Hingabe an Erfüllungsstatt (812). Vertragsmäßige Aufrechnung (812). Bei Kontokorrentverhältnis (812). Erfüllbarkeit der zum Zweck der Erfüllung eingegangenen neuen Schuld (813). Jedoch Rückforderung aus anderen Gründen zulässig (813). Wegen Nichtigkeit des Spielvertrages (813). Bei Verbotsgesetz (813). Aus Gründen des Spielrechts (813). Verträge zur Beförderung des Spiels (813). Spieldarlehen (813). Aufträge, Dienstverträge und Gesellschaftsverträge zu Spielzwecken (814). . 806

III. Wette (814). 1. Begriff (814). Unterschied des Wettvertrages vom Spielvertrage (815). Liegt im Zweck (815). Entscheidung eines Meinungskampfes (815). Bedeutung des Wettverlustes und des Wettgewinnes (814). Ungleiche Wetten (815). Halbe Wetten (816). Wetten in Form einer Auslobung (816). Spielwetten (816). Wetten über den Ausgang eines Spiels (816). Wetten bei Pferderennen (816). 2. Geschichte (817). Im alten deutschen Recht vollwirksamer Schuldvertrag (817). Einsatz des gewagten Gutes als Pfand (817). Andere Formen der Haftungsbegründung (817). Erhaltung der Klagbarkeit der Wette trotz Klagloserklärung des Spiels (818). Ausnahmen für Überwetten und Afterwetten (818). In den Quellen des späteren M.A. Neigung zur Gleichstellung von Spiel und Wette (818). Nach der Rezeption auf Grund des römischen Rechts Anerkennung der Klagbarkeit der Wette im gemeinen

(Die eingeklammerten Zahlen bedeuten die Seitenzahlen.)

Recht (818). Vielfach auch in Partikularrechten (818). Im preussischen Landrecht Annäherung des Wettrechts an das Spielrecht (819). Gleichstellung der Wette mit dem Spiel in den anderen Gesetzbüchern (819). So auch im B.G.B. (819). 3. Geltendes Recht (819). Nur noch strafrechtliche Bedeutung des Unterschiedes zwischen Wette und Spiel (819). Die Wettschuld als haftungslose Schuld (819). Nichtigkeit und Anfechtbarkeit (819). 814

IV. Lotterie (819). Begriff und Wesen der Geldlotterie (820). Der Lotterievertrag an sich ein Spielvertrag (820). Entwicklung eines Ausnahmerechts für staatlich veranstaltete oder konzessionierte Lotterien (820). Einschränkungen im preussischen Landrecht (820). Vollwirksamkeit nach B.G.B. (821). Rechte und Pflichten des Unternehmers (821). Vertragsschluss durch Losverkauf (821). Bei der Klassenlotterie (821). Das rechtliche Wesen der heutigen Lotterielose (821). Die sich anschließenden Verträge der Spieler miteinander und mit Dritten (822). Die Lotterieverbote (822). Privatrechtliche Nichtigkeit der gegen das Verbot der Veranstaltung öffentlicher Lotterien verstößenden Lotterieverträge (822). Dagegen keine Einwirkung der landesgesetzlichen Verbote des Spielens in auswärtigen Lotterien auf die privatrechtliche Gültigkeit der Lotterieverträge (822). Anwendung des gewöhnlichen Spielrechts auf nicht öffentliche Lotterien in geschlossenen Kreisen (828). Prämienanleihen mit Losziehung (823). 819

V. Ausspielvertrag (823). Begriff (823). Im Falle der Feststellung der Gewinne durch Losziehung dem Begriff der Lotterie im weiteren Sinne unterstellt (823). Möglich auch anders geartetes Spielverfahren (824). Gleichstellung mit dem Lotterievertrage im B.G.B. (824). Die Bestimmung des Str.G.B. § 286 (824). Besonderheit infolge der Einschließung eines Sachkaufs (824). Die juristische Gestalt des Sachkaufs (825). Der Vertrag im Ganzen bleibt Spielvertrag (825). Inbezug auf die vom Unternehmer an den Gewinner zu bewirkende Sachleistung aber gilt Kaufrecht (825) 823

VI. Differenzgeschäft (326). Spielvertrag im Gewande eines Lieferungskaufes von Waren oder Wertpapieren (826). Anwendung des Spielrechts in der gerichtlichen Praxis (826). Gesetzliche Fixierung in § 764 B.G.B. (826). Einschränkung des Anwendungsgebiets des bürgerlichen Rechts durch das Sonderrecht der Börsentermingeschäfte (826). Abschneidung des Spieleinwandes bei den privilegierten Börsentermingeschäften für den Vertrags teil, für den das Geschäft verbindlich ist (827). Aus unverbindlichen Börsentermingeschäften entsteht immer nur eine unvollkommene Schuld, die zum Teil einer Spielschuld vollkommen gleichgestellt ist, zum Teil noch schwächere Wirkungen hat, zum Teil aber stärkere Wirkungen äußert (827). Fälle, in denen für die Erhebung des Spieleinwandes aus dem B.G.B. Raum bleibt (827). Der ähnliche Einwand aus § 68 Börs.Ges. (828). Die zur Erfüllung klagloser Börsentermingeschäftsschulden eingegangenen

(Die eingeklammerten Zahlen bedeuten die Seitenzahlen.)

	Seite
Verbindlichkeiten (828). Aufträge und Vereinigungen zum Abschluss verbotener Börsentermingeschäfte (828)	826
§ 209. Gesellschaftsvertrag	828
I. Begriff (828). Für Zwecke beliebiger Art (829). Begriffswesentlich ist die Gemeinsamkeit des Zweckes (829). Hierdurch verschieden von allen anderen Schuldverträgen (829). Auch von den partiarischen Rechtsgeschäften (829). Die Vertragsschließenden vereinigen sich miteinander (829). Der Gesellschaftsvertrag ist somit Gemeinschaftsvertrag (829). Das Schuldverhältnis der Gesellschafter richtet sich auf Leistungen für und an die Gemeinschaft (830). Darum kein gegenseitiger Vertrag im technischen Sinne (830). Die Vorschriften des B.G.B. über gegenseitige Verträge niemals unmittelbar und auch entsprechend höchstens vor Ausführung des Vertrages anwendbar (830). Der Gesellschaftsvertrag bleibt aber Vertrag (831) Unterschied von dem einseitigen Gesamttakt, der einen Verein ins Leben ruft (831). Doch wird der Schöpfungsakt eines nicht rechtsfähigen Vereins vom B.G.B. in das Rechtsgewand des Gesellschaftsvertrages gezwungen (831). Der heutige Gesellschaftsvertrag ist aber kein reiner Schuldvertrag, sondern zugleich personenrechtlicher Vertrag (831)	828
II. Geschichte (831). Römisches Recht (831). Konsensualkontrakt mit rein schuldrechtlichen Wirkungen (831). Deutsches Recht (832). Vertragsmäßige Gesellschaften mit personenrechtlichem Gehalt (832). Gesamte Hand (832). Handelsgesellschaften (832). Rezeption des römischen Sozietätsrechtes (832). Sieg desselben im bürgerlichen Recht, während das Handelsgesellschaftsrecht die germanischen Grundgedanken wahrte (833). Auch in den neueren Gesetzbüchern Festhalten am römischen Sozietätsbegriff (833). Anders nur im preussischen Landrecht (833). Verschärfung des Gegensatzes zwischen Handelsrecht und bürgerlichem Recht durch das A.D.H.G.B. (833). Endliche Verpflanzung des Prinzips der gesamten Hand in das Gesellschaftsrecht des bürgerlichen Rechts durch das B.G.B. (833). Annäherung zwischen dem bürgerlichen Gesellschaftsrecht und dem Handelsgesellschaftsrecht des neuen H.G.B. (834). Bedeutung der fortbestehenden Unterschiede (834). Elastizität der Gesellschaft des B.G.B. (834). Möglichkeit des vertragsmäßigen Ausbaues nach dem Vorbilde der Handelsgesellschaft (834). Anpassung an das Vereinsrecht (834). Aber auch Möglichkeit der Wegbedingung der gesamten Hand und des Gesellschaftsvermögens (834). Stille Gesellschaft im bürgerlichen Recht (834). Hier nur die schuldrechtliche Seite des Gesellschaftsvertrages und ihr Verhältnis zu seinen personenrechtlichen und sachenrechtlichen Wirkungen darzustellen (835)	831
III. Vertragsschluss (835). Formfreiheit (835). Zugleich mit dem Schuldverhältnis entsteht regelmäsig die personenrechtliche Gemeinschaft und ein Gesellschaftsvermögen (835). Die Forderungen auf versprochene Beiträge gehören bereits zum Gesellschaftsvermögen (835)	835

(Die eingeklammerten Zahlen bedeuten die Seitenzahlen.)

IV. Verpflichtungen der Gesellschafter (835). Sie sind als Einzelne zu Leistungen an die Gemeinschaft verpflichtet, deren Bewirkung an die Gemeinschaft jeder andere Gesellschafter fordern kann (835). Die geschuldete Sorgfalt (836). Die Förderung des gemeinsamen Zwecks durch Tun oder Unterlassen (836). Die Beitragspflicht (836). Arten der Beiträge (836). Einlagen (836). Arbeitsleistung (836). Vergemeinschaftung von Gegenständen der Substanz nach (836). Vergemeinschaftung nur dem Gebrauch nach (837). Geschäftsführungspflicht (837). Einzelverpflichtungen aus der Geschäftsführung (837) 835

V. Forderungsrechte der Gesellschafter (837). Neben den Forderungsrechten auf Leistung an die Gemeinschaft stehen den einzelnen Gesellschaftern Forderungsrechte gegen die Gemeinschaft zu (837). Recht auf Geschäftsführung (837). Einzelansprüche aus erfolgter Geschäftsführung (837). Kontrollrecht des von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafters (838). Anspruch auf einen Gewinnanteil (838). Verhältnis zum Anteil am Verlust (838). Gewinnverteilung (838). Möglichkeit der Ausschließung jedes Anspruchs auf Gewinnanteil (839). Gebrauchs- oder Nutzungsrechte an gemeinschaftlichen Gegenständen (839). Anwartschaftlicher Anspruch auf einen Auseinandersetzungsanteil (839). Auch dieser Anspruch kann wegbedungen werden (839). Unübertragbarkeit der Ansprüche (839). Die gesetzlichen Ausnahmen (839). . . 837

VI. Gemeinschaft (840). Kein Schuldverhältnis (840). Personeneinheit kraft vertragsmäßiger Verbundenheit (840). Willensbildung durch Beschlussfassung (840). Gemeinschaftliches Handeln durch Geschäftsführung (840). Gesetzliche Regeln über Beschlussfassung und Geschäftsführung (840). Nach außen handlungsfähige Gemeinschaft (841). Gesellschaftliche Vertretungsmacht (841). Beliebige Ausgestaltung durch den Gesellschaftsvertrag (842) 840

VII. Gesellschaftsvermögen (842). Sachenrechtliches Gebilde (842). Sondervermögen (842). Umfang (842). Beständige Einheit im Wechsel seiner Bestandteile (842). Relative Geschlossenheit gegenüber dem sonstigen Vermögen der Teilhaber (842). Aufrechnung (843). Gläubigerzugriff (843). Anteile der Gesellschafter (843). Mögliche Ungleichheit (843). Die Anteile am Ganzen (843). Ihre Pfändbarkeit (843). Ihr sonderrechtlicher Gehalt (844). Die Anteile an den einzelnen Gegenständen (844). Ihre Unpfändbarkeit (844). Ein sonderrechtlicher Gehalt eignet ihnen überhaupt nur für den Fall der Auflösung der Gesellschaft (844). Bei Bestand des Gesellschaftsvermögens wirkungslos (844). Die zum Gesellschaftsvermögen gehörigen Rechte können nur gemeinschaftlich oder für die Gemeinschaft geltend gemacht werden (844). Insbesondere ist auf Forderungen § 432 B.G.B. unanwendbar (844) . 842

VIII. Gesellschaftsschulden (845). Der Begriff von Gesellschaftsschulden bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts anzuerkennen (845). Vollständig durchgeführt im Verhältnis der Gesellschafter

(Die eingeklammerten Zahlen bedeuten die Seitenzahlen.)

zueinander (845). Deckungspflicht der Gesellschafter (845). Echte Schuldgemeinschaft zu gesamter Hand (845). Aber auch im Verhältnis zu den Gläubigern bedeutungsvoll (846). Wegen jeder Gesellschaftsschuld kann der Gläubiger sich an das Gesellschaftsvermögen halten (846). Jedoch im Gegensatz zum Handelsgesellschaftsrecht auch wegen sonstiger gemeinschaftlicher Schuld der Gesellschafter (846). Kein Gesellschaftskonkurs (846). Die Haftung der einzelnen Gesellschafter für Gesellschaftsschulden (847). Immer Haftung mit dem Anteil am Gesellschaftsvermögen (847). Dagegen keine gesellschaftsrechtliche Sonderhaftung (847). Vielmehr entscheiden lediglich die allgemeinen Grundsätze (847). Fälle, in denen hiernach die Gesellschafter als Gesamtschuldner haften (847). Fälle, in denen sie nur nach Anteilen haften (848). Möglichkeit der Einschränkung oder des Ausschlusses der Sonderhaftung der Gesellschafter (848) 845

IX. Beendigung (848). Dauerndes Schuldverhältnis (848). Gesellschaft auf bestimmte oder unbestimmte Zeit (848). Auf Lebenszeit (848). Stillschweigend fortgesetzte Gesellschaft (849). 1. Beendigungsgründe (849). Zeitablauf (849). Kündigung (849). Abreden über Kündigung (849). Kündigung aus wichtigem Grunde (849). Kündigung zur Unzeit (849). Gläubigerkündigung (850). Sonstige Beendigungsgründe (850). Vereinbarung (850). Erreichung oder Unmöglichwerden des Zwecks (850). Tod oder Konkurs eines Gesellschafters (850). 2. Beendigungsfolgen (850). Nachwirkungen (850). Geschäftsfortführung (851). Auseinandersetzungsgemeinschaft (851). Fortbestand der gesamten Hand (851). Des Gesellschaftsvermögens (852). Auseinandersetzung (852). Berichtigung der Gesellschaftsschulden (852). Zurückerstattung der Einlagen (859). Deckung eines Fehlbetrages (853). Verteilung des Überschusses (853). Naturalteilung oder Teilung des Verkaufserlöses (853). Abweichende Vereinbarungen (853). Mögliche Wegbedingung der Einlagenerstattung, der Deckungspflicht und der Verteilung des Reinvermögens (853). Fortdauer der Haftung der Gesellschafter gegenüber den Gesellschaftsgläubigern (853). Haftung mit den Anteilen (854). Sonderhaftung (854). 848

X. Veränderung (854). Fortbestand der Personeneinheit mit veränderter Mitträgerschaft (854). 1. Ausscheiden eines Gesellschafters (854). Kündigung, Tod, Konkurs (855). Ausschließung (855). Wirkung (855). Anwachsung des Anteils an die verbleibenden Gesellschafter (856). Zugleich Anwachsung des Anteils an den Gesellschaftsschulden (836). Abfindungsanspruch des ausscheidenden Gesellschafters (856). Deckungspflicht hinsichtlich eines Fehlbetrages (856). Möglichkeit der Wegbedingung (856). 2. Eintritt eines Gesellschafters (857). Zustandekommen (857). Die Aufnahmeerklärung als Gemeinschaftsakt (857). Wirkung (857). Zuwachsung eines Anteils am Gesellschaftsvermögen (858). Eintritt in die Schuldengemeinschaft (858). Sonderhaftung nur kraft Schuldüber-

(Die eingeklammerten Zahlen bedeuten die Seitenzahlen.)

	Seite
nahme (858). 3. Wechsel eines Gesellschafters (858). Übergang des Anteils (858). Bei bedungenem Einrücken der Erben eines Gesellschafters (858). Bei vertragsmäßig ermöglichter Sondernachfolge in die Teilhaberschaft (858). Gesellschaften mit übertragbaren Anteilen (859).	854
§ 210. Abstrakte Schuldverträge	859
I. Geschichte (859). Älteres deutsches Recht (859). Schuld- begründende Kraft des reinen Versprechens (859). Unzulässigkeit des Einwandes, man habe grundlos versprochen (859). Dagegen Zurückschlagung der Klage durch Aufdeckung des zugrunde liegen- den Verhältnisses, wenn dieses die Unverbindlichkeit des Ver- sprechens ergibt (859). Schuldbriefe ohne Angabe des Schuld- grundes (860). Römisches Recht (860). Die Stipulation als ab- strakter Verbalkontrakt (860). Veränderung ihres Wesens im Justinianischen Recht (860). Der Streit über die Aufnahme ihrer Verpflichtungskraft in die Schuldurkunde (860). In der mittelalter- lichen Jurisprudenz jedenfalls nicht anerkannt (861). Verneinung der Beweiskraft der cautio indiscreta (861). Mit der Rezeption auch in Deutschland Sieg der Auffassung, daß die Verbindlichkeit eines Schuldvertrages grundsätzlich durch die Angabe des materiellen Verpflichtungsgrundes bedingt sei (861). Ebenso in den älteren Gesetzbüchern (861). Ausnahmen deutschrechtlicher Herkunft (861). Bewegung zugunsten des abstrakten Schuldvertrages seit der Schrift von Otto Bähr (861). Durchsetzung in der gemeinrechtlichen Praxis (862). Einfluß auf die Auslegung des preussischen Landrechts (862). Neuere Gesetzbücher (862). Das B.G.B. (862)	859
II. Schuldversprechen und Schuldanerkennntnis (862). 1. Begriff und Wesen (863). Schuldbegründung durch Geben und Nehmen eines reinen Versprechens (863). a. Schuldversprechen (863). Mög- licher Leistungsinhalt (863). Ob im einzelnen Fall die zugrunde liegende causa Vertragsbestandteil sein soll oder nicht, ist Aus- legungsfrage (863). Abhängigmachung von einer Gegenleistung ist nicht ausgeschlossen, wenn sie bloße Bedingung sein soll (863). b. Schuldanerkennntnis (864). Muß konstitutiv gemeint sein (864). Unterschied von negativen Anerkennungsverträgen (864). Von deklaratorischen Anerkennntnisverträgen (864). Das konstitutive Schuldanerkennntnis enthält ein selbständiges Leistungsversprechen (864). Ob es vorliegt, ist Auslegungsfrage (865). 2. Form (865). Erfordernis der schriftlichen Erteilung (865). Gerichtliche oder notarielle Beurkundung erforderlich, wenn die zu bewirkende Leistung ihrem Inhalt nach sie erheischt (865). Überdies stets, wenn es schenkweise erteilt wird (865). Wegfall des Erfordernisses der Schriftform bei der Erteilung auf Grund einer Abrechnung (865). Bei der Erteilung im Wege des Vergleiches (866). Bei Vollkauf- leuten (866). 3. Wirkung (866). Selbständige Verpflichtungskraft (866). Jedoch unabhängig vom materiellen Verpflichtungsgrunde nur rechtswirksamer Schein einer vollgültigen Verbindlichkeit, dem	

(Die eingeklammerten Zahlen bedeuten die Seitenzahlen.)

das materielle Recht vorgeht (866). Der Schuldner kann durch Aufdeckung des Sachverhalts den Schein seiner Verbindlichkeit entkräften (866). So durch Nachweis der schenkweise erfolgten Erteilung (867). Der Erteilung zum Zweck der Erfüllung einer wegen Verstosses gegen ein Verbotsgesetz oder die guten Sitten nichtigen Schuld (867). Der Streit hierüber (867). Das abstrakte Versprechen als solches regelmässig nicht nichtig (867). Allein seine Gültigkeit bewirkt nur rechtswirksamen Schein (867). Durch Entkräftung desselben kann der Schuldner die Abweisung der Klage erzielen (868). Die Berufung der Gegner auf § 817 B.G.B. greift nicht durch (868). Der Schuldner kann ausserdem aus dem Mangel eines Rechtsgrundes einen Bereicherungsanspruch herleiten (868). Er richtet sich auf Befreiung von der Schuld und Herausgabe der Schuldurkunde (868). Im Falle eines blossen Rechtscheins geht er auf Befreiung von der Scheinverbindlichkeit durch Anerkennung ihrer Nichtigkeit oder doch Klaglosigkeit und Rückgabe der Schuldurkunde (869). Geltendmachung des Bereicherungsanspruches im Wege der Kondiktion (869). Im Wege der Einrede (869). Fälle, in denen der Bereicherungsanspruch nach Bewirkung der versprochenen Leistung ausgeschlossen ist (869). 4. Verhältnis zur kausalen Verpflichtung (869). Im Zweifel Fortbestand neben der abstrakten Verpflichtung (869). Das Gegenteil kann verabredet werden (869). Das Anerkenntnis der Schlussrechnung beim Abrechnungsgeschäft ist begriffsmässig Schuldneuerung (869) 863

III. Anweisung und Anweisungsakzept (870). 1. Bürgerliches Recht (870). a. Anweisung (870). Kein Schuldvertrag (870). Kein Auftrag (870). Auch keine Vollmacht, aber ein verwandtes Geschäft, das Machtbefugnis zur Rechtsgestaltung verschafft (870). In ihrer reinen Gestalt doppelte Ermächtigung (870). Die schriftliche Anweisung zur Leistung von Geld, Wertpapieren oder anderen vertretbaren Sachen im B.G.B. als abstraktes Ermächtigungsgeschäft formalisiert (870). Doppelermächtigung durch Aushändigung der zum Rektapapier erhobenen Urkunde (871). Widerruflichkeit (871). Unabhängigkeit der Wirksamkeit der Ermächtigung von Grund und Zweck der Anweisung (871). Über die schuldrechtlichen Beziehungen zwischen den Beteiligten entscheidet das Kausalverhältnis (871). Nur die Anzeigepflicht aus § 789 wurzelt im Anweisungsrecht (871). Ausserdem stellt das Anweisungsrecht die Regeln auf, dass die Leistung bei der Anweisung auf Schuld befreiend wirkt und dass Anweisung keine Zahlung ist (871). Im übrigen können sich aus dem ausserhalb des Anweisungsrechts begründeten Schuldverhältnisse sehr verschiedene Verpflichtungen ergeben (871). Für den Anweisenden gegenüber dem Anweisungsempfänger und dem Angewiesenen (872). Für den Anweisungsempfänger gegenüber dem Anweisenden und dem Angewiesenen (872). Für den Angewiesenen gegenüber dem Anweisenden und dem Anweisungsempfänger (872). b. Anweisungsakzept (872). Anweisungsannahme überhaupt (872).

(Die eingeklammerten Zahlen bedeuten die Seitenzahlen.)

Das formgerechte Akzept der auf Geld, Wertpapiere oder andere vertretbare Sachen lautenden schriftlichen Anweisung (872). Zustandekommen (872). Selbständige Verpflichtungskraft (872). Kein einseitiger, sondern vertragsmäßiger Verpflichtungsakt (873). Abstrakter Schuldvertrag (873). Die Verpflichtungskraft des Akzeptversprechens ist gegenüber dem einfachen Schuldversprechen durch die Verkörperung in einem Wertpapier gesteigert (873). Nur drei Arten von Einwendungen zulässig (873). Erstens solche, die die Gültigkeit der Erklärung betreffen (873). Zweitens solche, die sich aus dem Wortlaut der Urkunde ergeben (873). Drittens solche, die sich unmittelbar gegen den Anweisungsempfänger richten (874). Kein Rückgriff auf das Kausalverhältnis (874). Ausgenommen den Fall der Aufdeckung von arglistigem Verhalten (874). Leistung nur gegen Aushändigung der Urkunde (874). Verjährung (874). c. Übertragung (874). Möglichkeit der Ausschließung (874). Sonst durch schriftliche Erklärung und Übergabe der Urkunde übertragbar (875). Wirkung der Übertragung vor der Annahme (875). Nach der Annahme (875). 2. Wechselrecht (875). Der gezogene Wechsel als eigenartige Anweisung (875). Das Wechselakzept (875). Hier aber enthält die Anweisung selbst zugleich notwendig ein abstraktes Schuldversprechen (875). Desgleichen mangels anderer Abrede jedes Indossament (875). 3. Scheckrecht (876). Anweisung, die der Annahmefähigkeit entbehrt, aber den Aussteller und den etwaigen Indossanten papiergemäß verpflichtet (876). Ihre Begebung abstrakter Schuldvertrag (876). 870

IV. Verkörperung in Wertpapieren (876). Bewirkt sachenrechtliche Abwandlungen des Schuldrechts, läßt aber den Kern der Schuldverhältnisse unberührt (876). Kann kausale wie abstrakte Schuldversprechen aufnehmen (876). Ist aber in jedem Falle für das Verhältnis der Schuld zu ihrem Verpflichtungsgrunde bedeutungsvoll, wenn das Papier skripturrechtliche Kraft besitzt (876). Tragweite bei kausalen und bei abstrakten Wertpapieren (876). 1. Rektapapiere (876). Fälle abstrakter Schuldversprechen in Rektapapieren (877). Begründung, Übertragung und Geltendmachung der Forderung nach besonderen wertpapierrechtlichen Grundsätzen (877). Steigerung der selbständigen Verpflichtungskraft durch die formale Kraft des Wortlautes der Urkunde (877). Soweit jedoch Einwendungen aus dem materiellen Rechtsverhältnis gegen den Versprechensempfänger zulässig bleiben, haften sie an der Forderung selbst (877). 2. Orderpapiere (877). Abstrakte Schuldversprechen in eigenen und gezogenen Wechseln und in Schecks (877). In kaufmännischen Orderanweisungen und Orderverpflichtungsscheinen (877). Ihr Indossament entbehrt der Verpflichtungskraft (877). Der Orderverpflichtungsschein kann abstrakt oder kausal sein (877). Verstärkung der Verpflichtungskraft aller in einem Orderpapier enthaltenen Schuldversprechen durch die skripturrechtliche Wirkung des Indossaments (877). 3. Inhaber-

(Die eingeklammerten Zahlen bedeuten die Seitenzahlen.)

papiere (878). Schuldverschreibungen auf den Inhaber können ein kausales oder abstraktes Schuldversprechen enthalten (878). Unabhängig hiervon gelten für sie gemeinsame Grundsätze hinsichtlich der Begründung, Übertragung und Geltendmachung der Forderung, die das gemeine Schuldrecht abwandeln (878). Sie sind im Sachenrecht miterörtert (878). Den Schuldinhalt als solchen berührt auch hier nur die den Inhaberpapieren innewohnende skripturrechtliche Kraft (879). Bedeutung der Beschränkung der gegenüber dem Inhaber zulässigen Einwendungen bei kausalen und bei abstrakten Schuldverschreibungen auf den Inhaber (879). Akzeptversprechen auf einer auf den Inhaber lautenden Anweisung (879). Garantieverprechen des Ausstellers eines Inhaberschecks (879). 876

Drittes Kapitel.

Schuldverhältnisse aus unerlaubten Handlungen.

§ 211. Begriff und Umfang 879

I. Begriff (879). Definition (879). 1. Dem Privatrecht angehörig (880). Gegensatz zum Begriff der strafbaren Handlung (880). Eine unerlaubte Handlung kann straflos, eine Straftat keine unerlaubte Handlung sein (880). Die Verselbständigung des Begriffes der unerlaubten Handlung eine geschichtliche Errungenschaft (880). Ursprüngliches deutsches Recht (880). Fortbildung im Mittelalter (880). Der römische Begriff der Deliktsobligation (881). Das gemeine Recht und die neueren Gesetzbücher (881). 2. Schuldinhalt stets eine Ersatzleistung an den Verletzten (881). Genugtuung oder Wiederherstellung (881). 3. Tun oder Unterlassen (881). 4. Widerrechtliche Privatrechtsverletzung (882). Das Erfordernis der Widerrechtlichkeit (882). Das Erfordernis der Privatrechtsverletzung (882). Ein rechtmäßiger Eingriff in eine fremde Privatrechtssphäre ist niemals unerlaubte Handlung (883). Gründe des Ausschlusses der Rechtswidrigkeit (883). Schadensersatzpflicht aus rechtmäßigem Eingriff (883). 5. Das subjektive Merkmal der Verantwortlichkeit (884). a. Verursachung (884). b. Verschulden (884). Unverschuldete Verursachung im deutschen und modernen Recht (884). 6. Der einheitliche Begriff der unerlaubten Handlung im B.G.B. (885). Einbeziehung von Fällen unverschuldeter Schadensverursachung (885). Anwendungsgebiet der allgemeinen Vorschriften des B.G.B. über unerlaubte Handlungen (885). 879

II. Umfang (885). Die objektiven Grenzen der deliktischen Tatbestände (885) 885

1. Überhaupt (885). Deutsches und römisches Recht (886). Gemeines Recht (886). Die neueren Gesetzbücher (886). Sie begnügen sich mit dem allgemeinen Begriff der widerrechtlichen Schadenszufügung (886). Das verkünstelte System des B.G.B. (886). Die Unterscheidung von Rechts-, Gesetz- und Sittenverletzung beruht auf einem zu engen Begriff des subjektiven Rechts und ist innerlich unhaltbar (887). Sie hat praktische Bedeutung für die

(Die eingeklammerten Zahlen bedeuten die Seitenzahlen.)

	Seite
Begrenzung des Kreises der verletzbaren Rechte einerseits und als Grundlage für eine Abstufung des Grades der Verantwortlichkeit andererseits (887)	885
2. Rechtsverletzung (887). § 823 ¹ (887). a. Umfasst zunächst die Verletzung der obersten allgemeinemenschlichen Persönlichkeitsrechte (887). Das Recht auf leibliche Unversehrtheit und auf Freiheit (888). Subjektive Rechte, nicht bloß Lebensgüter (887). Andere allgemeinemenschliche Persönlichkeitsrechte sind gleichzustellen (888). Insbesondere das Recht auf Ehre (888). Das Recht am eigenen Bilde (888). Das Recht an der eigenen Geheimsphäre (888). Die Sonderbestimmung des § 824 (888). Schützt nicht bloß das Recht auf Ehre, sondern in bestimmtem Umfange auch das Recht auf Achtung der persönlichen Fähigkeit zu wirtschaftlicher Betätigung (889). Die Sonderbestimmung des § 825 (889). Der Schutz der Geschlechtslehre überhaupt (890). Die Beseitigung des allgemeinen Deflorationsanspruches (890). b. Die Verletzung des Eigentums (890). Fälle (890). Gleichstellung eines sonstigen „Rechts“ (891). Dingliche Rechte (891). Familienrechte (891). Gesetzlich ausgestaltete besondere Persönlichkeitsrechte (891). Im Leben ausgeprägte Persönlichkeitsrechte (891). Das Recht auf Achtung eines bestehenden Gewerbebetriebes (892). Der Besitz (892). Relative Rechte (892). Der Streit über die Einbeziehung der Forderungsrechte (892). An sich gehören sie zu den „sonstigen Rechten“ (892). Regelmäßig aber schließt ihr Wesen die Verletzung durch Dritte aus (893). Die Gewährung von Ersatzansprüchen wegen Entziehung familienrechtlicher Ansprüche auf Unterhalt oder Dienstleistung beruht auf Verletzung von Personenrecht des Geschädigten (893). Doch entbehren auch die selbständigen Forderungsrechte nicht jeder Wirksamkeit gegen Dritte (893). Wer mit ihnen unmittelbar in Berührung kommt, muß sie achten (893). Deliktische Forderungsverletzung daher möglich (893). So durch eine auf Grund rechtswirksamen Scheines wirksame unbefugte Verfügung (893). Dagegen im heutigen Recht nicht mehr durch Verletzung eines „Rechts zur Sache“ (894). Wohl aber nach Gewerbe- und Gesinderecht durch Vereitelung des Rechtes auf Dienstleistungen (894). Ferner durch einen den Forderungsinhalt verkürzenden Eingriff in die kraft eines Forderungsrechtes ausgeübte gegenständliche Herrschaft (894). Endlich durch eine der Anfechtungsgesetzgebung unterworfenene Handlung, soweit sie deliktische Natur hat (895)	887
3. Gesetzesverletzung (895). § 823 ² (895). Begriff des Schutzgesetzes (895). Arten der darunter fallenden Rechtsvorschriften (895). Die Zweckbestimmung zum „Schutz eines Anderen“ (895). Auslegung in Theorie und Praxis (895). Zweifel und Unsicherheit (896). Willkürliche Kasuistik (896). Um einen festen Standpunkt zu gewinnen, ist davon auszugehen, daß auch hier eine widerrechtliche Privatrechtsverletzung vorliegen muß (896). Schutzgesetz ist eine zur Sicherung der Privatrechtssphären bestimmte Rechtsnorm (896).	

(Die eingeklammerten Zahlen bedeuten die Seitenzahlen.)

	Seite
Ein Eingriff in eine fremde Privatrechtssphäre, der nicht ein konkret ausgestaltetes Recht im Sinne des § 823 ² verletzt, ist nur unerlaubte Handlung, wenn er durch eine derartige Spezialnorm verboten ist (897).	895
4. Sittenverletzung (897). § 826 (897). Subsidiäre Funktion (897). Wachsende praktische Bedeutung (897). Die wichtigsten Anwendungsfälle (897). Der Vorsatz der Schadenszufügung (898). Das unsittliche Tun oder Unterlassen (898). Die Widerrechtlichkeit der Handlung (898). Das Sittengesetz als konstitutiver Faktor in die Rechtsordnung aufgenommen (898). Auch die Ausübung eines formalen Rechts kann unter § 826 fallen (898). Verhältnis zu § 226 (898). Die durch Verstofs gegen § 826 begangene Rechtsverletzung (899). Kein besonderes Recht am Vermögen im Ganzen (899). Aber subjektives Ausschließungsrecht gegenüber sittenwidriger Vermögensschädigung (899). Quelle desselben das insoweit anerkannte allgemeine Persönlichkeitsrecht (899). Die Anwendung des § 826 in der Praxis als Weg zu dessen Durchsetzung (899). Zum Teil nur Übergangsstufe zur Anerkennung herangereifter besonderer Persönlichkeitsrechte (899). Die Erwägung, daß die Einwirkung als Verletzung der Privatrechtssphäre empfunden werden muß, als Schutzwehr gegen übermäßige Ausdehnung des Schutzes aus § 826 (900)	897
5. Verletzung der Amtspflicht (900). Geschichtliche Entwicklung (900). § 839 (900). Die Verpflichtung zum Schadensersatz als Folge einer widerrechtlichen Rechtsverletzung (901). Das verletzte subjektive Recht ein öffentlichrechtlicher Anspruch (901). Jedoch ein im Dienste der Privatrechtssphäre stehender und deshalb als Zubehör des Privatrechts behandelter Anspruch (901)	900
III. Verhältnis zur Verletzung bestehender Schuldverhältnisse (901). Diese ist an sich keine unerlaubte Handlung (901). Sie kann aber gleichzeitig den Tatbestand einer unerlaubten Handlung erfüllen (901). Fälle, in denen dies bei Vertragsverletzungen zutrifft (902). Die Streitfrage, ob und inwieweit dann mit dem Gläubigeranspruch ein deliktischer Anspruch konkurriert (902). Zu verneinen, insoweit das unerlaubte Verhalten nur unselbständiger Bestandteil der Nichterfüllung oder fehlerhaften Erfüllung ist (903). Dann keine deliktische Haftung oder Haftungsverschärfung (903). Dagegen Wahlrecht des Gläubigers, wenn das Verhalten des Schuldners den Tatbestand einer unerlaubten Handlung selbständig verwirklicht (904). Dies ist der Fall bei einem Überschufs der Rechtswidrigkeit über Nichterfüllung oder fehlerhafte Erfüllung (904). Beispiele (904). Verhältnis zur Verletzung sachenrechtlicher oder personenrechtlicher Verpflichtungen (904)	901
§ 212. Verantwortlichkeit für eigenes widerrechtliches Verhalten	905
I. Verursachung und Verschulden (905). Das Verursachungsprinzip des älteren deutschen Rechts (905). Ungewollte Übeltat (Die eingeklammerten Zahlen bedeuten die Seitenzahlen.)	

verpflichtet zur Ersatzleistung und ist nur frei von peinlicher Strafe (905). Fahrlässigkeit im heutigen Sinne nicht erforderlich (905). Das Verschuldensprinzip des römischen Rechts (905). Als Regel festgehalten in den neueren Gesetzbüchern und im B.G.B. (906). Durchlöcherung in zahlreichen Punkten infolge der modernen Entwicklung (906). Die Fälle der Haftung ohne Verschulden Ausfluß einer vordringenden Bewegung (906) 905

II. Verantwortlichkeit aus Verschulden (906). 1. Zurechnungsfähigkeit des Handelnden (907). Erweiterung durch § 827 S. 2 (907). Unverantwortlichkeit von Kindern und Jugendlichen nach § 828 (907). 2. Fehlerhafte Willensbestimmung (907). Vorsatz oder Fahrlässigkeit bei Verstofs gegen § 823¹ (907). Bei Verstofs gegen § 823² je nach dem Inhalt des Schutzgesetzes (908). Vorsatz bei Verstofs gegen § 826 (908). Ermäßigung der Haftung für Fahrlässigkeit bei Verletzung der Amtspflicht (908). Einschränkung der Haftpflicht bei der Urteilsfällung in einer Rechtssache (908) . . . 906

III. Verantwortlichkeit ohne Verschulden (908). In allen Fällen Haftung aus bloßer Verursachung (908). Allein es muß ein besonderer Grund hinzutreten, warum abweichend von der Regel Verursachung genügt (908). Dieser liegt in Umständen, die die Haftung ohne Verschulden als ein besonders dringendes Postulat der ausgleichenden Gerechtigkeit empfinden machen (908). Sie sind in den einzelnen Fällen keineswegs gleich geartet (909). Kritik der Versuche, sie unter eine einheitliche Formel zu bringen (909). 1. Haftung Zurechnungsunfähiger (909). Das ältere deutsche Recht (909). Die Naturrechtslehre und die neueren Gesetzbücher (910). B.G.B. § 829 (910). Haftungsgrund lediglich die Schadensverursachung durch rechtswidrige Handlung (910). Kein dem Verschulden analoger Willensfehler erforderlich (911). Die Billigkeit nicht Haftungsgrund, sondern Grund der Abschwächung der Haftung (911). Objektive Natur der Billigkeitserwägungen (911). Der für die Verhältnisse der Beteiligten entscheidende Zeitpunkt (911). Inkongruenz mit der Haftung Zurechnungsfähiger (911). Streichung des § 752 Entw. II (912). 2. Handeln auf eigene Gefahr (912). Bei der Selbsthilfe (912). Bei der Inanspruchnahme der Gerichtshilfe vor endgültiger Feststellung des behaupteten Rechts (912). Bei der Abgabe einer das berechnete Vertrauen auf ihre Gültigkeit erweckenden Willenserklärung im rechtsgeschäftlichen Verkehr (913). Bei der Ausstellung einer Schuldverschreibung auf den Inhaber (914). 3. Gefährdungshaftung (914). Grundgedanke (914). In allen Fällen ist Rechtsgrund der Haftung die Schadensverursachung durch unerlaubte Handlung (914). Die Haftung des Unternehmers einer Eisenbahn nach Reichshaftpflichtgesetz § 1 (914). Landesrechtliche Erweiterungen (915). Die Haftung des Kraftfahrzeughalters (915). Mangel einer Gefährdungshaftung bei anderen mit gemeiner Gefahr verbundenen Betrieben (915). Landesrechtliche Haftung des Unternehmers einer auf einem öffentlichen Grundstück

(Die eingeklammerten Zahlen bedeuten die Seitenzahlen.)

gestatteten Anlage (915). Die Haftung des Bergwerkseigentümers für Bergschäden (916). Die Haftung des Inhabers einer obrigkeitlich genehmigten gewerblichen Anlage aus Gew.O. § 26 (916). Der Gesichtspunkt der Gefährdungshaftung bei der Haftung für Andere und für Tiere und leblose Sachen (916). 4. Umkehr der Beweislast (917). Das darin enthaltene Zugeständnis an das Verursachungsprinzip (917). Vereinzelt bei der Verantwortlichkeit für eigenes widerrechtliches Verhalten (917). In erheblichem Umfange bei der Haftung für Andere und für Tiere und leblose Sachen (917) . . .	908
IV. Verantwortlichkeit Mehrerer (917). Bei gemeinschaftlich begangener unerlaubter Handlung (917). Bei selbständigem Zusammenwirken (918). Haftung als Gesamtschuldner (918). Im inneren Verhältnis im Zweifel Verpflichtung zu gleichen Anteilen (918). Jedoch bei Konkurrenz unmittelbarer und mittelbarer Verursachung Tragung der Schadenslast durch den aus näherer Verursachung Verantwortlichen (918). Die Einzelfälle (918). Überdies ungleiche Verteilung der Schadenslast auf Grund analoger Anwendung des § 254 (918). Die ausdrückliche Bestimmung des § 17 Kraftfahrzeug-Ges. (919). Fälle bloß subsidiärer Haftung (919). Verhältnis zur Haftung des in erster Linie Verpflichteten (919)	917
V. Mitverantwortlichkeit des Geschädigten (919). Wegfall oder Ermäßigung der Schadensersatzverpflichtung bei Mitverursachung des schädlichen Erfolges durch den Verletzten (920). Anwendung der Regel des § 254 (920). Auch in Fällen der Haftung aus schuldloser Verursachung (920). Auf Seite des Geschädigten fordert der Wortlaut des § 254 Verschulden (920). Das Verschulden gegen sich selbst (920). Doch muß auch schuldlose Mitverursachung dem Geschädigten insoweit zur Last fallen, als er für sein Verhalten nach Deliktsrecht verantwortlich wäre (921). Bei Mangel der Zurechnungsfähigkeit (921). Bei Gefährdungshaftung (921). Mitwirkendes Verschulden eines Dritten aber nur in den Grenzen der deliktischen Haftung für Andere (921).	919
§ 213. Haftung für Andere	922
I. Überhaupt (922). Älteres deutsches Recht (922). Haftungsgrund eine den Angehörigen einer Gemeinschaft kraft personenrechtlicher Verbundenheit treffende Verantwortlichkeit für die Gemeinschaftsangehörigen (922). Genossenschaftliche Gesamthaftung kraft Sippe-, Gemeinde- oder Gildeverbandes (922). Herrschaftsrechtliche Haftung des Hausherrn für die Angehörigen der Hausgemeinschaft (922). Haftung des Geschäftsherrn für seine Leute (923). Haftung des Untergebenen für den Herrn (923). Nach der Rezeption Aufnahme der römischrechtlichen Beschränkung der Haftung für fremdes Handeln auf die Fälle der Mitwirkung von eigenem schuldhaften Handeln (923). Ausnahmen (923). Wegfall der Noxalklagen (923). Wegfall der deliktischen Haftung von Schiffen, Gast- und Stallwirten (923). Beibehaltung der Haftung des Inhabers einer Wohnung für Hinauswerfen oder Hinaus-	

(Die eingeklammerten Zahlen bedeuten die Seitenzahlen.)

giessen (923). Deutschrechtliche Haftung für Hausangehörige und insbesondere für Gesinde (924). Rückkehr zum deutschrechtlichen Prinzip im französischen Gesetzbuch (924). In den übrigen Gesetzbüchern nur einzelne Zugeständnisse (924). So auch im B.G.B. (924). Weitergehende Haftung für Andere auf sonderrechtlichen Gebieten (924). Soweit heute Haftung für Andere besteht, ist ihr Rechtsgrund regelmäßig individuelle mittelbare Verursachung oder Mitverursachung (924). Reicht nicht aus zur Erklärung der erweiterten Unternehmerhaftung bei bestimmten Betrieben (924). Hier wird der Gedanke der Haftung des Hauptes eines herrschaftlich organisierten Verbandes für die vom Verbands als einem einheitlichen Ganzen ausgehende Schadensverursachung wirksam (924). Eine Erneuerung der genossenschaftlichen Gesamthaftung liegt in der Haftung der Gemeinden für Aufruchtschaden (924) 922

II. Hausherrschaftliche Haftung (924). Erkennbare Grundlage mancher Bestimmungen neuerer Gesetzbücher (924). Im französischen Gesetzbuch (925). Im Schweizer Z.G.B. (925). Zum Teil auch im Preuss. A.L.R. (925). Dagegen im B.G.B. ersetzt durch unterschiedlose Haftung des Aufsichtspflichtigen für aufsichtsbedürftige Personen (925). Kraft gesetzlicher Verpflichtung zur Aufsichtsführung (925). Kraft vertragsmäßiger Übernahme (925). Voraussetzung ist Schadensverursachung durch objektiv widerrechtliches Verhalten des Aufsichtspflichtigen (926). Die Haftung fällt weg, wenn kein Verschulden des Aufsichtspflichtigen kausal mitgewirkt hat (926). Jedoch Umkehr der Beweislast (926). Bei der Würdigung der Entlastungsgründe ist auch heute in Betracht zu ziehen, ob es sich um hausherrschaftliche Haftung für Hausangehörige oder um vorübergehende Aufsichtsführung für begrenzte Zwecke handelt (927) 924

III. Geschäftsherrschaftliche Haftung (927). Erstreckt sich immer nur auf das Verhalten bei der Ausführung der zugewiesenen geschäftlichen Verrichtungen (927). Seit der Rezeption im gemeinen Recht auf die Fälle einer dem Geschäftsherrn zur Last fallenden culpa in eligendo vel inspiciendo beschränkt (927). Ebenso im Gegensatz zum französischen Gesetzbuch die neueren deutschen Gesetzbücher (927). Auch das B.G.B. (928). Jedoch mit Umkehrung der Beweislast (928). In Sondergesetzen wird dem Geschäftsherrn eine von eigenem Verschulden unabhängige deliktische Haftung für seine Leute auferlegt (968). 1. Die gemeinrechtliche Regel des § 831 B.G.B. (928). Der zu einer Verrichtung Bestellende (928). Der Bestellte (928). Die in Ausführung der Verrichtung erfolgte Schadenszufügung (928). Sie muß widerrechtlich sein, braucht aber den Bestellten selbst nicht deliktisch zu belasten (928). Zur Begründung des Ersatzanspruchs genügt der Nachweis der Schadensverursachung durch einen der Angestellten (929). Die Befreiung des Geschäftsherrn durch Entlastungsbeweis (929). Landesrechtliche Ausnahmen zuungunsten von Beamten (929). Der Nachweis

(Die eingeklammerten Zahlen bedeuten die Seitenzahlen.)

	Seite
der Sorgfalt bei der Auswahl (929). Bei der Beschaffung von Vorrichtungen und bei der Leitung (929). 2. Die erweiterte Haftung des Reeders und Schiffseigners für seine Leute (929). Jedoch mangels eigenen Verschuldens nur mit dem Schiffsvermögen (929). Haftung des Flosseigentümers (930). 3. Die Haftung des ein Bergwerk, einen Steinbruch, eine Gräberei oder eine Fabrik Betreibenden aus § 2 Reichshaftpflichtgesetz (930). Bei Tötung oder Körperverletzung beim Betriebe (930). Erfordernis des Verschuldens eines Vertreters des Unternehmers (930). Nicht bloß eines einfachen Arbeiters (930). 4. Die in der Haftung des Eisenbahnunternehmers und des Kraftzeughalters enthaltene Haftung für Andere (931). 5. Befreiung des Geschäftsherrn gegenüber den im Betriebe selbst beschäftigten Angestellten und Arbeitern im Bereiche der öffentlich-rechtlichen Unfallversicherung (931). Umfang der Befreiung (931). Erstreckung auf Haftung aus eigenem Verschulden (931)	927
IV. Haftung der Gemeinden für Aufruchrschaden (932). Nach Landesgesetzen (932). Insoweit sie unabhängig von Kausalzusammenhang zwischen dem Verhalten der Gemeinde und den schädigenden Handlungen eintritt, Rest der alten genossenschaftlichen Gesamthaftung (932). Insoweit ein Entschuldigungsbeweis der Gemeinde zugelassen ist, Körperschaftshaftung (923). Rückgriffsrecht der Gemeinde (932)	932
V. Haftung der Verbandspersonen (933). Für Andere (933). Für eigenes Tun oder Unterlassen (933). Die Haftung für widerrechtliche Organhandlungen keine Haftung für Andere (933). Die Frage, wann eine Organhandlung rechtlich als unerlaubte Handlung der juristischen Person gilt, wird vom sozialen Verbandsrecht beantwortet (933). Das B.G.B. löst sie durch § 31 (934). Jedoch für den Staat und die anderen öffentlichrechtlichen Verbandspersonen nur hinsichtlich der privatrechtlichen Verrichtungen ihrer Organe (934). Hinsichtlich der widerrechtlichen Schadenszufügung durch Beamte in Ausübung anvertrauter öffentlicher Gewalt gelten besondere reichs- und landesrechtliche Vorschriften (934). Durchsetzung der Verantwortlichkeit des Reiches für die Reichsbeamten und im größten Teile Deutschlands auch der Staaten und Kommunalverbände für ihre Beamten nach langem Kampf (934). Verschiedenheiten in Ansehung der Abgrenzung des Kreises der einbezogenen Beamten und der Unterscheidung zwischen staatlicher und kommunaler Haftung (935). Überall aber deckt sich die Verbandshaftung mit der durch § 839 B.G.B. dem Beamten selbst auferlegten Haftung aus Verletzung der Amtspflicht (935). Sie ist daher deliktischer und somit privatrechtlicher Natur (935). Konkurrierender Anspruch des Beschädigten gegen den Beamten (935). Überwiegend beseitigt (936). Das Rückgriffsrecht gegen den Beamten gehört dem öffentlichen Recht an (936)	933
§ 214. Haftung für Tiere und leblose Sachen	936
I. Haftung für Tiere (936)	936
(Die eingeklammerten Zahlen bedeuten die Seitenzahlen.)	

1. Geschichte (936). Älteres deutsches Recht (936). Auf gemeinarischer Grundlage schon in den Volksrechten ungleich fortentwickelt und später vielfach verfärbt (936). Ausgangspunkt die Vorstellung der Haftung des Tieres selbst für eigene Missetat (936). Zugriff des Geschädigten auf das Tier bei Betreffen auf handhafter Tat (937). Im übrigen kann er sich, weil er die Gewere des Tierherrn nicht eigenmächtig brechen darf, zunächst nur an den Tierherrn halten (937). Dieser haftet für Haustiere wie für menschliche Hausgenossen (937). Wegfall der Haftung im Falle der Verantwortlichkeit des Verletzten selbst, seines Tieres oder eines Dritten (937). Verhältnis zur Haftung eines Tierhüters (938). Befreiung durch Auslieferung des Tieres (938). Oft nur teilweise Befreiung (938). Verlust des Auslieferungsrechtes durch Wiederaufnahme des schuldigen Tieres in die Gewere (938). Die Auslieferung zur Rache oder Ersatzverschaffung (938). Unbedingte Haftung aus dem Halten bössartiger oder wilder Tiere (938). Eindringen des Gedankens einer Schuld des Tierherrn (939). Aufnahme des römischen Rechts (939). Die *actio de pauperie* aus der uralten Vorstellung der Schuld des Tieres entsprungen (939). Wahlrecht des Tiereigentümers zwischen Schadensersatzleistung und *noxae datio* (939). Kein Verschulden des Eigentümers erforderlich (939). Strengere deutschrechtliche Grundsätze in Partikularrechten fortlebend (939). Insbesondere im gemeinen Sachsenrecht (940). Dagegen in den neueren Gesetzbüchern Verschuldensprinzip (940). Modifikationen im Preussischen Landrecht (940). Im Österreichischen Recht (940). Im Schweizer Recht (940). Das Sächs. Gb. (940). Germanischrechtliche Grundlage im Französischen Gesetzbuch (941). Einfügung der *noxae datio* im Badischen Landrecht (941). Vorbehaltlose Durchführung der Haftung des Tierhalters im B.G.B. (941). Die Agitation gegen § 833 (941). Ihr bedauerlicher Erfolg mit der Einfügung eines zweiten Absatzes durch Gesetz vom 30. Mai 1908 (941). 936

2. Die Haftung des Tierhalters nach geltendem deutschem Recht (941). a. Wesen (941). Gefährdungshaftung (942). Verursachung reicht aus wegen der mit jeder Tierhaltung verbundenen besonderen Gefahr (942). Deliktische Natur (942). b. Verantwortlich ist der Tierhalter (942). Begriff (942). Deckt sich nicht mit dem Begriff des Tiereigentümers, wohl aber mit dem des jeweiligen Tierherrn (943). Kann Eigenbesitzer oder Nutzbesitzer sein (943). Auch mittelbarer Besitzer (943). Nicht aber bloßer Verwahrungsbesitzer (943). Zurechnungsfähigkeit nicht erforderlich (943). Mehrere Tierhalter haften als Gesamtschuldner (943). c. Haftung für Tiere jeder Art (943). Grenzen (944). d. Voraussetzung (944). Schadensverursachung durch spezifisch tierisches Tun (944). Dessen Beschaffenheit (944). Nicht darunter fällt eine durch rein physische Kräfte von aussen erwirkte Bewegung oder die bloße Befolgung des Willens eines leitenden Menschen (944). Auch heute immer wieder Durchbruch der Vorstellung der tierischen Schuld in entsprechender Um-

(Die eingeklammerten Zahlen bedeuten die Seitenzahlen.)

bildung (945). e. Mitverursachung des Schadens durch den Verletzten (945). Anwendbarkeit des § 254 (945). Auch im Verhältnis mehrerer Tierhalter zueinander (945). Insbesondere beim Kampf zwischen Tier und Tier (945). Anders bei Mitverursachung durch einen Dritten oder dessen Tier (945). f. Wegfall der Haftung, wenn sie wegbedungen ist (946). Fälle stillschweigender Wegbedingung (946). Wegfall auf Grund einseitiger Gefahrübernahme (946). g. Verschulden nicht erforderlich (947). Haftungsbefreiung durch den Beweis der Schuldlosigkeit nach § 833² bei bestimmten Haustieren (947). Das Prinzip der Gefährdungshaftung ist hier festgehalten (947). Es ist jedoch durch die Zulassung des Entlastungsbeweises auf das Äußerste abgeschwächt (947). 941

3. Haftung des Tierhüters (948). B.G.B. § 834 (948). Keine Gefährdungshaftung, sondern durch Umkehr der Beweislast verschärfte Haftung für eigenes widerrechtliches Verhalten (948) . . 948

4. Haftung für Wildschaden (948). Ausbildung in der gemeinrechtlichen Praxis und gesetzliche Ausgestaltung in den älteren Partikularrechten (948). Die Gesetzgebung seit Aufhebung des Jagdrechts auf fremden Grund und Boden (948). Beibehaltung in den meisten Gesetzen, Abschaffung und Wiederherstellung in Preußen (948). Das B.G.B. und die abweichenden und ergänzenden Landesgesetze (949). Durchdringen des Prinzips der Gefährdungshaftung (949). Die unabhängig vom Verschulden haftbar machende Verursachung liegt hier lediglich in der Unterlassung der Ausübung eines ausschließlichen Aneignungsrechtes an einem herrenlosen Tier (950). Daher unanwendbar auf Tiere im Eigentum (950). Wilde Tiere in „Tiergärten“ (950). In „Hegewäldern“ (950). Die landesrechtlichen Bestimmungen über die Haftung des Gehegebesitzers (950). Streifwild (950). Die Ersatzpflicht trifft, soweit noch ein Jagdrecht auf fremden Grundstücken besteht, den Jagdberechtigten (950). Sonst den Jagdausübungsberechtigten (950). Das Verhältnis in Eigenjagdbezirken (951). In gemeinschaftlichen Jagdbezirken, in denen die zu eigener Jagdausübung nicht befugten Grundeigentümer zu einem Verbands vereinigt sind, trifft nach der reichsrechtlichen Regel die Ersatzpflicht, wenn der Verband rechtsfähig ist, den Verband als solchen, andernfalls die einzelnen Eigentümer nach Verhältnis der Größe ihrer Grundstücke (951). Abweichende landesgesetzliche Bestimmungen (951). Haftung der Gemeinde anstatt der Eigentümer (951). Haftung des Jagdpächters (951). Bedeutung der vertragsmäßigen Übernahme der Wildschäden im Jagdpachtvertrage (952). Unmittelbar Haftung des Jagdpächters in den Fällen des B.G.B. § 835² S. 2 (952). Haftung in gemeinschaftlichen Jagdbezirken nach Landesgesetzen (952). Beschränkung der Haftung auf bestimmte Wildarten (952). Landesrechtliche Erweiterungen (952). Umfang des Schadensersatzanspruches (953). Schuldhaftige Mitverursachung durch den Verletzten nach § 254 zu berücksichtigen (953). Landesrechtliche Ausschließung des Ersatz-

(Die eingeklammerten Zahlen bedeuten die Seitenzahlen.)

	Seite
anspruches bei Unterlassung gewöhnlicher Schutzvorrichtungen für Grundstücke oder Grundstücksbestandteile bestimmter Art (953). Hier auch ohne Verschulden (953). Besondere landesgesetzliche Vorschriften für die Geltendmachung des Ersatzanspruches (953).	948
II. Haftung für leblose Sachen (954). Ursprüngliches deutsches Recht (954). Fortbildung (954). Durchdringen des römischen Verschuldensprinzips (954). Doch schließt die moderne Gefährdungshaftung aus besonders gefährlichen Betrieben eine Haftung aus Schadensverursachung durch gewisse Sachen auch ohne Verschulden ein (954). Eine selbständige Haftung für Schadensverursachung durch Sachen ist die Haftung für Gebäudeeinsturz (954). Neuere Gesetzgebung (955). Die Bestimmungen des B.G.B. (955). Voraussetzungen der Haftung (955). Gebäude und gleichgestellte Werke (955). Einsturz und Ablösung von Teilen (955). Verursachung durch fehlerhafte Einrichtung oder mangelhafte Unterhaltung (955). Haftung des Eigenbesitzers und Mithaftung des früheren Eigenbesitzers des Grundstücks (956). Statt seiner haftet der Eigenbesitzer des Gebäudes oder Werks (956). Neben dem Eigenbesitzer haftet der kraft Vertrages oder eines ihm zustehenden Nutzungsrechtes Unterhaltungspflichtige (956). Das Verhältnis von Mithaftenden (956). Befreiung von der Haftung durch Entschuldigungsbeweis (956). Der Beweisinhalt (957). Der Mangel der Anwendung gehöriger Sorgfalt zur Abwehr der Einsturzgefahr als Verschulden (957). Die Besonderheit der Bestimmungen über Gebäudeeinsturz besteht in der Umkehrung der Beweislast (957). Damit aber Charakter einer abgeschwächten Gefährdungshaftung (957).	954
§ 215. Rechtsfolgen der unerlaubten Handlung.	958
I. Schadensersatz und Buße (958)	958
1. Geschichtliche Entwicklung (958). Ursprüngliche Verbindung von Straf- und Ersatzfunktion im altdeutschen Kompositionensystem (858). Allmähliche Sonderung (958). Überwiegen der Ersatzfunktion beim Wergeld im späteren Mittelalter (958). Entwicklung des wesentlich poenalen Charakters der Buße (859). Schadensersatz neben Buße (959). Alleiniger Schadensersatz, wo keine Buße verfällt (959). Das römische System der Deliktsfolgen mit seinen zahlreichen Privatstrafen und Strafzusätzen zum Schadensersatzanspruch galt seit der Rezeption als gemeines Recht (959). Die poenalen Elemente aber wurden im wirklichen Rechtsleben abgelehnt oder wieder abgestoßen (960). Ausgenommen die actio injuriarum (960). Grundsätzliche Beseitigung durch das R.Str.G.B. (960). Aber auch das deutschrechtliche Bußensystem lebte nur in einigen Resten fort (960). Wergeld (960). Sachsenbuße (960). Schmerzensgeld (960). Geschichte desselben (960). Erhaltung unter dem Gesichtspunkte eines Schadensersatzanspruches (961). Ergebnisse für das moderne Recht (961). Der Standpunkt des B.G.B. (961)	958

(Die eingeklammerten Zahlen bedeuten die Seitenzahlen.)

	Seite
2. Schadensersatzpflicht überhaupt (961). Anwendung der allgemeinen Vorschriften (962). Daher in erster Linie Naturalherstellung (962). Möglichkeit bei Ehrverletzung (962). Keine Abstufung des Umfanges der Ersatzleistung nach dem Grade des Verschuldens (962)	961
3. Vermögensschaden (962). a. Verletzung der Person (962). Erstreckung der Ersatzpflicht auf die Nachteile für den Erwerb oder das Fortkommen (962). Allgemeine Bedeutung (963). Besondere Regelung für den Fall der Verletzung des Körpers oder der Gesundheit (963). Die zu gewährende Geldrente (964). Voraussetzungen (964). Höhe und Dauer (964). Aus wichtigem Grunde Kapitalabfindung (964). Abänderung im Falle einer wesentlichen Veränderung (964). Einflußlosigkeit der Unterhaltspflicht eines Dritten (964). Vorteilsanrechnung (964). b. Mittelbarer Schaden (965). Inwieweit zu ersetzen (965). Insbesondere bei Tötung, Körperverletzung und Freiheitsberaubung eines Familienangehörigen (965). Beerdigungskosten bei Tötung (965). Ersatz für Entziehung eines Unterhaltsanspruchs gegen den Getöteten (965). Die Person des Berechtigten (966). Voraussetzungen (966). Bemessung der zu gewährenden Geldrente (966). Entsprechende Anwendung der Grundsätze über die dem Verletzten selbst bei Körperverletzung zustehende Rente (966). Vorteilsanrechnung (967). Ersatz für entgehende Dienste des Getöteten oder Verletzten (967). Die zu gewährende Rente (967). Der Ersatzanspruch des unmittelbar Verletzten bleibt unberührt (968). Die Ersatzansprüche wegen mittelbarer Schädigung sind selbständige, aus Verletzung des eigenen Rechts entspringende Ansprüche (968). Sie setzen aber Verantwortlichkeit des Ersatzverpflichteten gegenüber dem unmittelbar Verletzten voraus (968). Konsequenz in § 846 B.G.B. (968). c. Sachersatz (968). Sonderbestimmungen (968). Verschärfung der Ersatzpflicht durch § 848 und § 849 B.G.B. (969). Erleichterung der Erfüllung durch § 851 B.G.B. (969). d. Haftungsbeschränkungen (969). Für Reeder und Schiffseigner (969). Für Zurechnungsunfähige (969). Für Kraftzeughalter und Kraftzeugführer (969) . .	962
4. Immaterieller Schaden (970). Nach dem B.G.B. auch bei Deliktsschulden grundsätzlich nicht zu ersetzen (970). Ausnahme bei bestimmten gegen die Person gerichteten unerlaubten Handlungen (970). Auch bei schuldloser Verursachung (970). Verletzung des Körpers oder der Gesundheit (970). Anwendungsfälle (970). Freiheitsentziehung (970). Verletzung der Geschlechtschre (971). Charakter als Schadensersatzanspruch (971). Aber gleich der Privatstrafe auf Genugtuung gerichtet (971)	970
5. Buße (971). Bei bestimmten gegen die Person gerichteten unerlaubten Handlungen vom Strafrichter neben öffentlicher Strafe aufzuerlegen (971). Die Fälle (971). Rechtliche Natur (971). Heute keinesfalls Privatstrafe (972). Schließt aber Genugtuung für Schaden, der kein Vermögensschaden ist, ein (972). Verhältnis zu	

(Die eingeklammerten Zahlen bedeuten die Seitenzahlen.)

den Bestimmungen des B.G.B. (972). Lücken (972). Höchstbetrag (972). Erkannte Buße zehrt jeden weiteren Schadensersatzanspruch (auch wegen immateriellen Schadens) auf (972). Dagegen wird durch Nichterfüllung oder Abweisung des Anspruchs auf Buße der vor dem Zivilrichter geltend zu machende Schadensersatzanspruch nicht berührt (972). Auch nicht gegenüber einem Mittäter (972). Umgekehrt bleibt das Verlangen einer Buße im Strafverfahren nach Zuerkennung von Schadensersatz im Zivilprozeß zulässig (973). 971

II. Verjährung (973). Die abgekürzte Verjährung (973). Das Erfordernis der Kenntniserlangung (973). Der Bereicherungsanspruch nach Vollendung der Verjährung (973). Das Recht zur Verweigerung der Erfüllung einer Forderung (973). Anwendung auf alle unerlaubten Handlungen (974). Abweichende Sondervorschriften (974). Ausschlussfristen (974) 973

III. Unterlassungsklage (974). Zum Schutz gegen künftige Verletzungen in vielen Fällen vom Gesetz gewährt (974). Zulassung in anderen Fällen (974). Streit über Begründung und Begrenzung der sogenannten deliktischen Unterlassungsklage (974). Aus der unerlaubten Handlung als solcher entsteht kein Unterlassungsanspruch (975). Er ist kein Bestandteil des Schadensersatzanspruches (975). Dann aber kann er überhaupt nicht aus der unerlaubten Handlung hergeleitet werden (975). Er hat dem Verletzten vor seiner Verletzung durch die unerlaubte Handlung zugestanden und steht ihm unabhängig vom Vorkommen einer Verletzung gegen jedermann zu (975). Geltend gemacht wird vielmehr der mit dem Recht selbst gegebene Gesamtanspruch auf Unterlassung unbefugter Eingriffe (975). Wesensverschieden von dem Anspruch aus rechtsgeschäftlich begründetem Forderungsrecht auf Unterlassen gegen den Schuldner (975). Die Frage ist nur die nach der Gewährung einer vorbeugenden Unterlassungsklage zum Schutze des Unterlassungsanspruches (975). Eine Frage der Ausdehnung des Rechtsschutzanspruches (976). Die Rechtsordnung kann unmöglich die Klage auf Grund des bloßen Vorhandenseins eines Unterlassungsanspruches zulassen (976). Sie fordert das Vorliegen von Umständen, aus denen vermutliche Nichterfüllung für die Zukunft erhellt (976). Dazu ist nach geltendem Recht vor allem eine bereits erfolgte Verletzung erforderlich (976). Doch genügt objektiv widerrechtliche Verletzung, auch wenn sie keine unerlaubte Handlung ist (976). Außerdem aber muß die Besorgnis weiterer Verletzung begründet sein (977). Doch nimmt in manchen Fällen das Gesetz die künftige Verletzungsgefahr als ohne weiteres mit der bisherigen Verletzung gegeben an (977). Bei Erfüllung dieser Voraussetzungen ist die Unterlassungsklage auch in den vom Gesetz nicht erwähnten Fällen zum Schutze jedes absoluten Rechtes zulässig (977). Ausbildung in der Praxis nach Analogie der negatorischen Klage (977). Unvereinbar mit der ungehörigen Verengerung des Begriffes des subjektiven Rechts (978). Nur die Er-

(Die eingeklammerten Zahlen bedeuten die Seitenzahlen.)

kenntnis, daß allen privatrechtlichen Verletzungsverboten auch subjektive Privatrechte entsprechen, vermag die Ausdehnung der vorbeugenden Unterlassungsklage zu rechtfertigen (978). Zusammenhang mit der vordringenden Anerkennung und Ausgestaltung der Persönlichkeitsrechte (978) 974

Viertes Kapitel.

Schuldverhältnisse aus sozialen Zusammenhängen.

- § 216. Geschäftsführung ohne Auftrag 979
- I. Überhaupt (979). Geschichte (979) 979
- II. Begriff (979). 1. Geschäftsbesorgung für einen Anderen (980). Geschäft (980). Als fremdes Geschäft (980). Objektiv und subjektiv fremde Geschäfte (980). Kenntnis der Person des Geschäftsherrn nicht erforderlich (980). 2. Nichtberufung aus Auftrag oder kraft sonstigen Rechts (981). Tätigwerden im Auftrage eines Dritten oder in Erfüllung einer sonstigen Verpflichtung gegen einen Dritten schließt den Begriff der auftraglosen Geschäftsführung nicht aus (981). Auch nicht irrtümliche Annahme eines Auftrags oder sonstigen Eingriffsrechts (981). 979
- III. Zulässigkeit (981). 1. Zulässige Geschäftsführung (982). Erforderlich ein besonderer Rechtfertigungsgrund (982). „Objektive“ und „subjektive“ Theorie (982). In erster Linie auch nach B.G.B. erforderlich, daß der Eingriff im objektiven Interesse des Geschäftsherrn liegt (982). Der Regel nach überdies, daß er nicht dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn widerspricht (982). Fälle, in denen ein entgegenstehender Wille nicht in Betracht kommt (982). Eine gesetzlich verbotene oder sittenwidrige Geschäftsführung wird auch durch den Zulassungswillen des Geschäftsherrn nicht zulässig (983). Andererseits macht ein rechts- oder sittenwidriges Verhalten des Geschäftsherrn die Geschäftsführung nicht unzulässig (983). Die Rettung des Selbstmörders (983). Die zulässige auftraglose Geschäftsführung als rechtmäßige Eingriffshandlung (983). Kein Vertrag (984). Auch durch Genehmigung geht sie nicht in einen Vertrag über (964). Kein einseitiges Rechtsgeschäft (984). Wohl aber eine mit schuldrechtlichen Wirkungen ausgestattete Rechtshandlung (984). Der zugrunde liegende Gedanke (984). 2. Die unzulässige Geschäftsführung (984). Stets objektiv rechtswidrig (984). Bei schuldhafter Übernahme unerlaubte Handlung (984). Aus ihr entstehen nicht die Rechte oder Pflichten eines Geschäftsführers ohne Auftrag (984). Vielmehr für den Geschäftsherrn nur Untersagungs-, Bereicherungs- und bei deliktischem Verhalten des Geschäftsführers Schadensersatzanspruch (985). Für den Geschäftsführer nur Bereicherungsanspruch (985). Umwandlung in zulässige Geschäftsführung durch Genehmigung (985). Und zwar für beide Teile (985). 981
- IV. Schuldverhältnis aus zulässiger Geschäftsführung (986).
1. Verpflichtung des Geschäftsführers (986). Gehörige Wahr-
 (Die eingeklammerten Zahlen bedeuten die Seitenzahlen.)

nehmung des Interesses des Geschäftsherrn mit Rücksicht auf dessen wirklichen oder mutmaßlichen Willen (986). Durchführung des Geschäfts (986). Verpflichtung zur Anwendung voller Sorgfalt (986). Ermäßigung bei Abwendung dringender Gefahr (987). Kein Einstehen für den Erfolg (987). Anzeigepflicht (987). Im übrigen gleiche Pflichten, wie wenn er beauftragt wäre (987). Wegfall der Verpflichtung bei Mangel der Geschäftsfähigkeit (987). 2. Verpflichtung des Geschäftsherrn (988). Ersatz der Aufwendungen (988). Auch Vergütung für geleistete berufsmäßige Arbeit (988). Arztlohn (988). Keine Ersatzpflicht, wenn der Geschäftsführer nicht die Absicht hatte, Ersatz zu verlangen (988). Vermutung dafür im Falle des § 685 ² B.G.B. (988)	986
V. Anwendungsgebiet (988). Zum Teil durch Spezialvorschriften verengt (988). Andererseits durch Verweisungen erweitert (989). Entsprechende Anwendung aller oder einzelner Vorschriften (989).	988
VI. Unechte Geschäftsführung ohne Auftrag (989). Bei Besorgung eines fremden Geschäfts in der irrigen Meinung, es sei ein eigenes, keine Anwendung der Vorschriften über auftraglose Geschäftsführung (989). Wissentliche Besorgung fremder Geschäfte als eigener macht nach Deliktsrecht verantwortlich (990). Der Geschäftsherr aber kann auch auf das Recht der Geschäftsführung ohne Auftrag greifen (990). Doch bleibt dann der Geschäftsführer auf den Bereicherungsanspruch beschränkt (990)	989
§ 217. Vorlegung von Sachen	991
I. Überhaupt (991). Vorbild der actio ad exhibendum (991). Besonderes selbständiges Schuldverhältnis (991). Grund und Bedeutung der Verpflichtung (991)	991
II. Vorlegung von Sachen überhaupt (991). Verpflichteter der Besitzer (991). Berechtigter, wer einen Anspruch in Ansehung der Sache hat oder sich Gewißheit verschaffen will, ob ihm ein solcher Anspruch zusteht (992). Inhalt der geschuldeten Leistung (992)	992
III. Vorlegung von Urkunden insbesondere (992). Anwendbarkeit der allgemeinen Vorschriften (992). Erweiterung der Vorlegungspflicht durch § 810 B.G.B. (992). Verhältnis zum prozessualen Anspruch auf Vorlegung zu Beweis Zwecken (992). Inhalt der Vorlegungspflicht (993)	992
§ 218. Ungerechtfertigte Bereicherung	993
I. Geschichtliche Entwicklung (993). Die römischen Kondiktionen (993). Im deutschen Recht kein derartiges System, aber keine widersprechenden Sätze (993). Aufnahme und Fortbildung im gemeinen Recht (993). Daneben Erweiterung der römischen actio de in rem verso zu einer allgemeinen Klage aus nützlicher Verwendung (994). Verwendungsklage und die speziellen Kondiktionen nebeneinander im Preussischen Landrecht (994). Ähnlich im Öst. Gb. (994). In den übrigen Gesetzbüchern. Fallenlassen der Versionsklage und Anschluß an das römische Kondiktionensystem (994). Jedoch im B.G.B., wie schon vorher im Schweiz. O.R., einheitlicher Anspruch	

(Die eingeklammerten Zahlen bedeuten die Seitenzahlen.)

aus ungerechtfertigter Bereicherung mit Sondervorschriften für einzelne Anwendungsfälle (995) 993

II. Prinzip (995). Der allgemeine Grundsatz des § 812 B.G.B. (995). Völlige Abkehr vom Gesichtspunkt der obligatio quasi ex contractu (995). Der leitende Gedanke (995). Konflikt zwischen formellem und materiellem Recht (995). Besonderes Bedürfnis eines rechtlichen Mittels zu tunlichster Wiederausgleichung formell rechtmäßiger, aber materiell ungerechter Vermögensverschiebungen im System des B.G.B. (996). Natur des gewährten Rechtsbehelfes (996). Die Frage, in welchen Fällen die Rechtsordnung einen von ihr selbst gewollten Erfolg als ungerechtfertigt ansieht, ist nicht mit einheitlicher Formel zu beantworten (997). Verschiedene Gesichtspunkte bei den einzelnen Anwendungsfällen (997). Überdies an vielen anderen Stellen Verweisung auf die Vorschriften über ungerechtfertigte Bereicherung (997). Dabei zum Teil nur Abschwächung anderweit begründeter Forderungsrechte durch die Bereicherungsgrenze (997). Zusammenstellung solcher Fälle (997). Sie sind für die Ermittlung der Tragweite des echten Bereicherungsanspruchs unverwertbar (997). In vielen anderen Fällen aber Entfaltung des im § 812 B.G.B. ausgesprochenen Prinzips (997). Zusammenstellung (997). Aus diesen Vorschriften lassen sich allgemeine Schlüsse ziehen (998). Die im Gesetz ausdrücklich erwähnten Fälle jedenfalls nicht erschöpfend (998). Andererseits nicht jede beliebige Unbilligkeit einer erfolgten Vermögensverschiebung ausreichend (998). Kein Bereicherungsanspruch, wenn nach Sinn und Zweck eines Gesetzes ein Rechtsverlust endgültigen Vermögensverlust einschließen soll (998). So bei Ersitzung, Verjährung oder Ablauf einer Ausschlussfrist (998). Jedoch ausnahmsweise auch hier Bereicherungsansprüche anerkannt (999). Der Bereicherungsanspruch kann mit anderen Ansprüchen konkurrieren (999). Kein Raum für ihn neben dem dinglichen Herausgabeanspruch (999). Doch besteht neben diesem ein Bereicherungsanspruch auf Herausgabe des ohne rechtlichen Grund erlangten Besitzes (999). Kein Bereicherungsanspruch auf Befreiung von einer in Wahrheit nicht entstandenen Verbindlichkeit, wohl aber auf Herausgabe des grundlos erlangten Rechtsvorteils einer wirksamen Scheinforderung (1000). Mögliche Konkurrenz mit Rückforderungsrechten aus Schuldverträgen (1000). Konkurrenz mit Schadensersatzansprüchen aus unerlaubter Handlung (1000) . . . 995

III. Allgemeine Voraussetzungen (1001). Dreifach (1001) . . . 1001

1. Bereicherung des Verpflichteten (1001). Werterhöhung des Vermögensbestandes durch Erlangung eines rechtlichen Vorteils (1001). Erwerb eines vermögenswerten Rechts (1001). Besitzerwerb (1001). Erweiterung oder Verstärkung eines Rechts (1001). Befreiung von einer Schuldverbindlichkeit oder einer dinglichen Last (1001). Erlangung eines Rechtsscheins mit formeller Legitimationskraft (1001). Tatsächlicher Gebrauch oder Verbrauch von Sachen,

(Die eingeklammerten Zahlen bedeuten die Seitenzahlen.)

	Seite
Empfangnahme von Dienstleistungen, Bezug von Unterhalt (1002). Nichtentstehung einer Schuld oder Last (1002)	1001
2. Bereicherung auf Kosten des anderen Teils (1002). Vermögensnachteil (1002). Es genügt Gefährdung durch wirksamen Rechtsschein (1002). Ferner Vereitelung einer Vermögensvermehrung oder einer Schuldbefreiung (1002). Der Vorteil des einen und der Nachteil des anderen Teils können sich gegenständig decken, aber auch gegenständig auseinanderfallen (1002). Der die Vermögensverschiebung bewirkende Vorgang kann von verschiedener Beschaffenheit sein (1002). Leistung des Benachteiligten an den Bereicherten (1003). Handlung des Benachteiligten zum Vorteil des Bereicherten, ohne daß an ihn etwas geleistet wäre (1003). Eigene Handlung des Bereicherten (1003). Handlung eines Dritten (1003). Tatsächlicher Naturvorgang (1003). Erfordernis eines ursächlichen Zusammenhanges (1004). Der Regel nach muß der Vorgang eine unmittelbare Vermögensverschiebung zwischen den Parteien bewirkt haben (1004). Kein Bereicherungsanspruch gegen den auf dem Umwege über das Vermögen des zunächst Bereicherten bereicherten Dritten (1004). Die in solchen Fällen gewährten Bereicherungsansprüche sind besonders motivierte Erweiterungen (1004). Die Bekämpfung dieser Einschränkung in neuester Zeit ist verfehlt (1004). Nur deckt sich unmittelbare Vermögensverschiebung nicht mit direktem Vermögensübergang (1005). Vielmehr kommt es nur darauf an, daß derselbe einheitliche Vorgang dem einen Teil den Vorteil verschafft und dem anderen Teil den Nachteil zufügt (1005). Nachweis des Vorhandenseins dieses Erfordernisses bei den von Enneccerus angeführten Beispielen einer bloß „mittelbaren“ Vermögensverschiebung (1005). Unzulässigkeit der Wiederbelebung der Verwendungsklage (1006).	1002

 3. Ungerechtfertigte Bereicherung (1006). Der Mangel des rechtlichen Grundes kein eindeutiger Begriff (1006). Seine Bestimmung hängt in erster Linie von der Beschaffenheit des die Vermögensverschiebung bewirkenden Vorganges ab (1006). Ist er eine rechtsgeschäftliche Handlung des Geschädigten, so entbehrt die Verschiebung des rechtlichen Grundes, wenn sie durch das zugrunde liegende Kausalverhältnis nicht gerechtfertigt wird (1006). So vor allem jede Leistung an den Bereicherten, wenn ihre Zwecksetzung hinfällig ist oder wird (1006). Von Hause aus hinfällig, wenn sie sich auf Tilgung einer nicht bestehenden Schuld richtet; *condictio indebiti* (1006). Desgleichen, wenn auf verbotswidrigen oder unsittlichen Erwerb; *condictio ob injustam* und *ob turpem causam* (1006). Ebenso, wenn sie am Nichtzustandekommen des Kausalgeschäftes scheitert; viele Fälle der *condictio sine causa* i. e. S. und verwandte Erscheinungen (1007). Nachträglich hinfällig, wenn auf einen künftigen Erfolg gerichtet, der nicht eintritt; *condictio ob causam* (1007). Desgleichen bei späterem Wiederwegfall des zunächst erreichten Zweckes; *condictio causa finita* und verwandte

(Die eingeklammerten Zahlen bedeuten die Seitenzahlen.)

Fälle (1007). Ähnliche Gesichtspunkte bei einer Bereicherung durch Leistung des Geschädigten an einen Dritten oder durch eine rechtsgeschäftliche Handlung ohne Leistungsinhalt; Beispiele (1008). Dagegen bei Vermögensverschiebung durch eine Handlung des Bereicherten liegt der Mangel des rechtlichen Grundes regelmäßig in der Widerrechtlichkeit des Eingriffs (1008). So bei der Bereicherung durch unbefugte, aber wirksame rechtsgeschäftliche Verfügung oder Empfangnahme auf Grund eines Rechtsscheines (1008). Ebenso bei jedem sonstigen widerrechtlichen Eingriff, mag er unerlaubte Handlung sein oder nicht (1008). Doch gibt es auch Fälle, in denen eine rechtmäßige Handlung nicht als ausreichender Grund für das endgültige Behalten des durch sie Erlangten gilt (1009). Auch Bereicherung durch die Handlung eines Dritten ist regelmäßig grundlos, wenn die Handlung einen widerrechtlichen Eingriff in das Vermögen des Geschädigten enthält (1009). Ist endlich die Bereicherung Wirkungsfolge eines Tatbestandes, zu dessen Verwirklichung es überhaupt keiner Handlung bedarf, so ermangelt sie des rechtlichen Grundes, wenn nach Sinn und Zweck des Gesetzes nur Rechtsverschiebung, nicht zugleich Wertverschiebung eintreten soll (1009). In solchen Fällen braucht auch, wenn eine Handlung mitwirkt, ihr kein auf den Erfolg gerichteter Wille zu entsprechen; Beispiele (1009) 1006

IV. Bereicherungsanspruch wegen Nichtschuld (1010). 1. Leistung zum Zweck der Erfüllung einer Verbindlichkeit (1010). 2. Nichtbestehen der Schuld zur Zeit der Leistung (1010). Anfechtbare Schuld (1010). Aufschiebend bedingte (1010). Betagte (1010). Aufrechenbare (1010). Bestehende Schuld, der eine zerstörende Einrede entgegensteht (1011). Haftunglose Schuld (1011). Erfüllung einer sittlichen Pflicht oder Anstandsrücksicht (1011). 3. Irrtümliche Annahme des Bestehens der Verbindlichkeit (1011). Unerheblich, ob der Irrtum entschuldbar (1012). Irrtum hinsichtlich des Schuldbestandes (1012). Hinsichtlich des geschuldeten Gegenstandes (1012). Hinsichtlich der Person des Schuldners oder Gläubigers (1012). Positives Wissen vom Mangel der Leistungspflicht schließt diesen Bereicherungsanspruch aus (1012). Ausnahmen bei Zahlung mit Vorbehalt oder zur Vermeidung einer Zwangsbeitreibung (1012) 1010

V. Bereicherungsanspruch wegen Nichterfolges (1013). 1. Leistung, die nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts einen künftigen Erfolg bezweckt (1013). Erwartung eines bestimmten Verhaltens des Empfängers; Beispiele (1013). Erwartung des Eintritts eines die bezweckte Verwendung bedingenden Ereignisses; Beispiel, besonders Eheschließung (1013). Die Zwecksetzung muß sich aus dem Inhalt des Rechtsgeschäftes ergeben (1013). Bloße Voraussetzung genügt nicht (1014). 2. Nichteintritt des bezweckten Erfolges (1014). Keine Rückforderung, wenn der Eintritt von vornherein unmöglich und dies dem Leistenden bekannt war (1014).

(Die eingeklammerten Zahlen bedeuten die Seitenzahlen.)

	Seite
Auch nicht bei Verhinderung des Eintritts wider Treu und Glauben (1014). Beweislast (1014)	1013
VI. Bereicherungsanspruch wegen unberechtigter Verfügung (1014). Voraussetzung eines Rechtsverlustes durch eine dem Berechtigten gegenüber auf Grund eines Rechtsscheines wirksame Handlung eines Nichtberechtigten (1014). Schon die Erlangung des Rechtsscheines ist ungerechtfertigte Bereicherung (1015). Folgeweise auch der auf Grund des falschen Scheines gemachte Erwerb (1015). 1. Verfügung des Nichtberechtigten über einen Gegenstand (1015). Auf Grund unrichtigen Grundbucheintrages oder scheinbar legitimierenden Fahrnisbesitzes (1015). Auf Grund unrichtigen Erbscheines usw. (1015). Bei wirksamem Verkauf einer gepfändeten fremden Sache (1015). 2. Empfang einer Leistung durch den Nichtgläubiger (1015). Der die Vermögensverschiebung bewirkende Vorgang ist die widerrechtliche Empfangnahme, die eine Verfügung über die damit aufgehobene fremde Forderung einschließt (1016). Fälle (1016). Empfangnahme durch den früheren Gläubiger nach erfolgtem Übergange der Forderung (1016). Durch den nur scheinbar als neuer Gläubiger Eintretenen (1016). Durch den kraft eines besonderen Legitimationsmittels zum wirksamen Empfang in den Stand gesetzten Nichtgläubiger (1016)	1014
VII. Bereicherungsanspruch wegen verwerflichen Empfanges (1017). Verstoß der Zweckbestimmung gegen ein Verbotsgesetz oder gegen die guten Sitten (1017). 1. Anspruch des Leistenden auf Herausgabe des auf seine Kosten Erlangten (1017). Nicht begründet, soweit wegen Nichtigkeit des Leistungsgeschäftes ein Rechtsübergang nicht stattgefunden hat (1017). Jedoch auch hier Kondizierbarkeit des erlangten Vorteils (1017). Hauptanwendungsfall, wenn das Leistungsgeschäft als abstraktes Verfügungs- oder Verpflichtungsgeschäft rechtsbeständig und nur das Kausalgeschäft nichtig ist (1018). Streit über die Tragweite (1018). Kenntnis der Unverbindlichkeit hier unerheblich (1018). 2. Ausschluss des Rückforderungsrechts durch gleichzeitige Verbotenheit oder Unsittlichkeit der Leistung (1018). Fälle der beiderseitigen Unsittlichkeit (1018). Der Ausschluss erstreckt sich nicht auf das auf Grund eines wegen der Verwerflichkeit des Hauptvertrages gleichfalls nichtigen, an sich aber unanstößigen Nebenvertrages Geleistete (1018). Ausnahmsweise bleibt die verwerfliche Leistung kondizierbar, wenn sie in der Eingehung einer Verbindlichkeit bestand (1019). Der Streit bei Hypotheken und Grundschulden (1019). Keine Erstreckung der Ausnahme auf das zur Erfüllung der Verbindlichkeit Geleistete (1019). Die Rückforderung ist erst recht ausgeschlossen, wenn der Vorwurf den Leistenden allein trifft (1019). Ihm steht § 817 B.G.B. auch dann entgegen, wenn er einen anderen Bereicherungsanspruch aus § 812 herleitet (1019). Anwendungsfälle (1019). Die Frage nach dem Rückforderungsrecht des Wucherers in Ansehung der Darlehnsvalutá (1020)	1017
(Die eingeklammerten Zahlen bedeuten die Seitenzahlen.)	

VIII. Bereicherungsanspruch wegen mittelbarer Bereicherung (1020). Beim Erwerbe durch unentgeltliche Zuwendung (1020). Stets im Falle des § 816 Abs. 1 S. 2 B.G.B. (1020). Allgemein nach Maßgabe des § 822 B.G.B. (1020). Der Bereicherungsanspruch des Vertragserben gegen den vom Erblasser Beschenkten (1021). Besondere Natur dieses Anspruches (1021). Der verwandte subsidiäre Bereicherungsanspruch des Pflichtteilsberechtigten aus § 2329 B.G.B. (1021)	1020
IX. Inhalt des Bereicherungsanspruches (1021). Naturale Rückgewähr (1021). Arten (1021). Nutzungen und Surrogate (1022). Keine Ausdehnung des Surrogationsprinzips auf rechtsgeschäftlichen Erwerb (1022). Bei Unmöglichkeit der Herausgabe Anspruch auf Ersatz des Wertes des Erlangten (1022). Begrenzung des Anspruchs durch die vorhandene Bereicherung (1022). Wiederwegfall der Bereicherung (1023). Minderung der Verpflichtung durch Aufwendungen und Nachteile (1023). Aufhebung durch Verlust (1023). Erweiterungen der Haftung (1023). Mit Eintritt der Rechtshängigkeit (1023). Wegen Bösgläubigkeit des Empfängers (1023). Wegen Verwerflichkeit des Empfanges (1023). Wenn nach dem Inhalt des Rechtsgeschäftes der Eintritt des Erfolges als ungewiß oder der Wegfall des Rechtsgrundes als möglich angesehen wurde (1024).	1021
X. Geltendmachung (1024). Klage (1024). Verjährung (1024). Einrede (1024). Erhaltung der Einrede im Falle des § 821 B.G.B. (1024).	1024
§ 219. Schuldverhältnisse aus Rechtsgemeinschaft	1025
I. Überhaupt (1025). Gemeinschaft kein Schuldverhältnis (1025). Die aus ihr entspringenden Schuldverhältnisse sind als unselbständige Schuldverhältnisse bei den zugrunde liegenden Rechtsverhältnissen zu behandeln (1025). Ins Schuldrecht gehören nur die Lehren von der Forderungsgemeinschaft und von der Gemeinschaftsbegründung durch Gesellschaftsvertrag (1025). Das B.G.B. regelt jedoch das aus einer Gemeinschaft nach Bruchteilen entspringende Schuldverhältnis als eine besondere Art der einzelnen Schuldverhältnisse und bei dieser Gelegenheit die Gemeinschaft selbst (1025). Dieses Verfahren entstammt den Pandektensystemen, in denen es unter dem Banne des römischen Aktionensystems üblich wurde (1026). Den übrigen Gesetzbüchern ist es fremd (1026). Innere Berechtigung hat es nicht mehr (1026). Hier ist von der Gemeinschaft als solcher nur zu reden, soweit der Zusammenhang es erforderlich macht (1026). Geltungsbereich der Vorschriften des B.G.B. über „Gemeinschaft“ (1026). Nur für die „Gemeinschaft nach Bruchteilen“ (1026). Diese zum Regelfall erklärt, die für sie geltenden Regeln aber auf anders geartete Gemeinschaften nicht anwendbar (1027). Daher insbesondere nicht auf Gemeinschaften zur gesamten Hand (1027). Nur einzelne Rechtssätze ausdrücklich auf sie übertragen (1027). Der scharfe begriffliche Gegensatz beider Gemeinschaftsformen davon nicht berührt (1027). Zurückweisen der neuesten Verwischungsversuche,	
(Die eingeklammerten Zahlen bedeuten die Seitenzahlen.)	

insbesondere von Saenger und von Engländer (1027). Unanwendbar auch auf solidarische Rechtsgemeinschaften und Gemeinschaften mit Realteilung (1028). Daher auch Forderungsgemeinschaften (1028). Dagegen grundsätzlich anwendbar auf jede Gemeinschaft mit Alleinberechtigung der Mitberechtigten an gesonderten ideellen Teilen (1028). Immer nur in Ansehung einzelner Vermögensgegenstände anerkannt (1028). Möglich an verschiedenartigen Vermögensgegenständen (1029). Typischer Hauptfall das schlichte Miteigentum (1029). Sonstige sachenrechtliche Gemeinschaften (1029). Mitbesitz (1029). Miturheberrecht (1029) 1025

II. Bei bestehender Gemeinschaft (1029). Das Schuldverhältnis berechtigt und verpflichtet stets nur die Teilhaber als Einzelne (1029). Es ist an die als selbständige Vermögensrechte ausgestalteten Anteile geknüpft (1029). Forderungsrechte auf Verwirklichung des in dem Anteil enthaltenen Anspruchs auf einen Bruchteil der Früchte und auf Mitgebrauch des gemeinschaftlichen Gegenstandes (1030). Schuldverhältnisse aus der für die Verwaltung gesetzlich organisierten Willensverbundenheit (1030). Forderungsrecht auf Genehmigung einseitig getroffener notwendiger Mafsregeln und auf Vorauserteilung der Einwilligung in ihre Vornahme (1030). Verpflichtung zur Unterwerfung unter einen gehörigen Mehrheitsbeschluss über Verwaltung und Benutzung des Gegenstandes (1030). Forderungsrecht auf Unterlassung von Beeinträchtigungen seines Sonderrechts durch Mehrheitsbeschluss (1031). Forderungsrecht auf Zustimmung zu einer durch gerichtliches Urteil festzustellenden angemessenen Verwaltungs- und Benutzungsordnung (1031). Verdinglichung der durch gehörig erfolgte Regelung der Verwaltung und Benutzung hervorgerufenen Schuldverhältnisse infolge ihrer Wirksamkeit für und wider Sondernachfolger (1031). Keine besonderen Schuldverhältnisse aus der Verteilung der Verfügungsmacht (1031). Wohl aber aus der mit den Anteilen verknüpften Beitragslast (1032). 1029

III. Aufhebung der Gemeinschaft (1032). Aufhebungsanspruch jedes Teilhabers (1032). Dessen schuldrechtliche Natur (1032). Er richtet sich gegen die anderen Teilhaber und geht auf Einwilligung in die Aufhebung (1032). Möglichkeit einer Verfestigung der Gemeinschaft durch vertragsmäfsige Ausschließung oder Beschränkung des Aufhebungsanspruchs (1032). Kraft zwingenden Rechtssatzes stets hinfällig aus wichtigem Grunde (1032). Mit dieser Einschränkung für und wider Sondernachfolger wirksam (1032). Doch versagt diese Verdinglichung gegenüber dem Zugriffsrecht des Gläubigers eines Teilhabers (1033). Mit der Aufhebung gewinnt das Anteilsrecht den schuldrechtlichen Inhalt eines Auseinandersetzungsanspruchs (1033). Freie Vereinbarung über die Art der Auseinandersetzung (1033). In Ermangelung solcher nach gesetzlichen Regeln, deren Beobachtung jeder Teilhaber durch Klage gegen jeden anderen Teilhaber erzwingen kann (1033). Teilung als Natural-

(Die eingeklammerten Zahlen bedeuten die Seitenzahlen.)

teilung oder Wertteilung (1033). Die Grenzen, innerhalb deren Teilung in Natur verlangt werden kann (1034). Andernfalls kann Verkauf und Teilung des Erlöses verlangt werden (1034). Im Falle der Unstatthaftigkeit der Veräußerung an einen Dritten Versteigerung unter den Teilhabern (1034). Besonderheiten bei gemeinschaftlichen Forderungen (1034). Folgen der Unausführbarkeit und der rechtlichen Unmöglichkeit der Veräußerung (1035). Einbeziehung der im Gemeinschaftsverhältnis wurzelnden Schulden der Teilhaber in die Auseinandersetzung (1035). Anspruch jedes Teilhabers auf Berichtigung der im inneren Verhältnis anteilig zu tragenden Gesamtverbindlichkeiten aus dem gemeinschaftlichen Gegenstande (1035). Somit dingliche Belastung jedes Teilungsanspruchs mit der vorweg zu befriedigenden Ausgleichsschuld (1035). Sodann Anspruch jedes Teilhabers auf Berichtigung einer aus der Gemeinschaft stammenden Forderung gegen einen anderen Teilhaber aus dessen Auseinandersetzungsteil (1036). Somit dingliche Belastung des Anteils des ersatzpflichtigen Teilhabers gegenüber der Ersatzforderung eines anderen Teilhabers (1036). Vorzugsrecht und Konkursabsonderungsrecht des Gläubigers kraft Gemeinschaftsrechtes (1036). Gewährleistungspflicht der übrigen Teilhaber aus der Zuteilung eines gemeinschaftlichen Gegenstandes an einen Teilhaber (1036). Auch im Falle der Naturalteilung (1036). . . . 1032

(Die eingeklammerten Zahlen bedeuten die Seitenzahlen.)

Berichtigungen und Nachträge.

- Zu S. 1 Anm. 1 Z. 6. Die von mir benutzte zweite Auflage des Grundrisses von v. Schwerin liegt erst in den mir freundlichst zur Einsicht überlassenen Aushängebogen vor.
- Zu S. 9 Anm. 3 Z. 10. Zu dem Buche von O. Schreiber vgl. v. Schwerin, Z. f. H.R. LXXVIII 504 ff.
- Zu S. 9 Anm. 3 Z. 25. Oertmann hat seither die dogmatische Fruchtbarkeit des Haftungsbegriffes mindestens für das Vollstreckungsrecht entschieden anerkannt; Jahrb. f. D. LXVI 166 ff.
- Zu S. 36 Z. 5 und S. 38 Z. 3. Eingehend handelt jetzt über „Gewillkürte Haftungsbeschränkung“ H. Reichel, S.A. aus Festschrift für H. Cohn, Zürich 1915.
- Zu S. 45 Anm. 151 Z. 10. Gegen die Annahme einer unvollkommenen Verbindlichkeit nach § 313 B.G.B. vgl. auch Oertmann, Zentralbl. f. freiw. Gerichtsbb., 1916, S. 597 ff.
- Zu S. 82 Anm. 75 Z. 3. Statt § 211 Anm. 31 lies § 211 Anm. 58, statt § 265 lies § 215.
- Zu S. 112 Anm. 6 a. E. Vgl. auch O.L.G. Dresden b. Seuff. LXXI Nr. 138.
- Zu S. 117 Anm. 38 Z. 3. Im Erk. des R.Ger. v. 9. März 1915 Z.S. LXXXVI Nr. 75 S. 314 wird die Ansicht, daß Kontrahierungszwang die selbstverständliche Folge des Telegraphenmonopols sei, abgelehnt.

- Zu S. 123 Anm. 24 Z. 5. Insoweit freilich, als beim Vertragsschluss selbst die Partei schon bestehende Verpflichtungen hat, für deren fahrlässige Verletzung sie eintreten muß, haftet sie auch schon für ihre Hilfspersonen; R.Ger. b. Seuff. LXXI Nr. 33.
- Zu S. 195 Anm. 77 Z. 8. Jetzt auch R.Ger. LXXXIII Nr. 42.
- Zu S. 200 Anm. 97 Z. 15. Das O.L.G. München b. Seuff. LXXI Nr. 134 nimmt Pfändbarkeit an.
- Zu S. 202 Anm. 104. a. E. Vgl. auch R.Ger. LXXXVI Nr. 86: Durch den Schuldvertrag wird nicht zunächst ein veräußerliches Recht geschaffen und dann diesem Recht die Eigenschaft der Veräußerlichkeit wieder genommen, sondern von Anfang an durch Begründung eines höchst persönlichen Rechts der Macht des Gläubigers eine Grenze gesetzt; der Konkursverwalter handelt pflichtmäßig, wenn er sich gegenüber einem ein Aussonderungsrecht beanspruchenden Zessionar auf die Nichtigkeit der Zession beruft.
- Zu S. 243 Z. 3. Statt B.G.B. lies H.G.B.
- Zu S. 246 Anm. 2 Z. 5. Auch O.L.G. Dresden b. Seuff. LXXI Nr. 151.
- Zu S. 279 ff. (§ 183 V 2). Eine abweichende Auffassung, die dem Wesen der Vermögensgemeinschaft zur gesamten Hand nicht gerecht wird, vertritt das R.Ger. in der Entsch. vom 27. Nov. 1914 LXXXVI Nr. 15. Es hält grundsätzlich bei jeder gemeinschaftlichen Forderung, die nicht Gesamtgläubigerschaft ist, § 432 für anwendbar. Darum erblickt es in § 2039 eine Anwendung der Regel, so daß das Einzelklagerecht des Miterben gleicher Natur wäre, wie das Einzelklagerecht aus § 432. Bei der Gesellschaft aber schließt es zwar zutreffend das Einzelklagerecht aus, begründet dies jedoch als eine durch die besondere Organisation dieser Gemeinschaft gebotene Ausnahme von der Regel.
- Zu S. 334 Z. 5 v. u. Statt a. lies b.
- Zu S. 335 Anm. 39. Statt S. 202 lies S. 302.
- Zu S. 353 Anm. 124 Z. 2. Vgl. auch Oertmann, Heilung der Formungültigkeit nach § 313 S. 2 B.G.B., Zentralbl. f. freiw. Gerichtsb., 1916, S. 589 ff. Oertmann hält den Vertrag von vornherein nicht für nichtig, sondern nur für unwirksam.
- Zu S. 353 Anm. 124 a. E. Im Zentralbl. f. freiw. Gerichtsb. a. a. O. S. 599 ff. hält Oertmann an der Rückwirkung fest.
- Zu S. 358 Anm. 148 a. E. Seitdem hat das R.Ger. in Entsch. vom 20. Nov. 1914 LXXXVI Nr. 9 die Anwendbarkeit des § 566 auf einen Vorvertrag mit Recht verneint. (Die Entsch. ist S. 533 Anm. 2 schon benutzt.)
- Zu S. 361 Anm. 19. Neuestens hat das R.Ger. die Frage, ob, falls die Ehrenworts Klausel als sittenwidrig nichtig ist, sich daraus die Nichtigkeit des ganzen Vertrages ergibt, für eine Tatfrage erklärt, die auf Grund des § 139 B.G.B. zu verneinen ist, wenn der Vertrag bei Kenntnis der Nichtigkeit der Ehrenworts Klausel auch ohne diese geschlossen worden wäre; Entsch. vom 25. Juni 1915 b. Seuff. LXXI Nr. 54.
- Zu S. 401 Seitenüberschrift. Statt § 189 lies § 188.

- Zu S. 605 Anm. 51. Vgl. jetzt Roman Boos, Der Gesamtarbeitsvertrag nach Schweizerischem Recht (Obl.R. Art. 322 und 323), Deutsche Geistesformen deutschen Arbeitslebens, 1916.
- Zu S. 787 Anm. 91 Z. 1. Auch das R.Ger. führt jetzt in Entsch. vom 22. Nov. 1915 LXXXVII Nr. 75 aus, daß der Gläubiger, obschon ihm das B.G.B. eine Sorgfaltspflicht nicht auferlegt, doch nach Treu und Glauben handeln muß und daher namentlich vom bloßen Ausfallsbürgen Beträge nicht fordern kann, deren Ausfall er selbst durch nachlässige Betreibung gegen den Hauptschuldner verschuldet hat.
- Zu S. 962 Anm. 24 Z. 6. Daß der Beleidiger zu Widerruf und Ehrenerklärung verurteilt werden kann, wenn er sich vertragsmäßig dazu verpflichtet hat, ist nicht zu bezweifeln; so auch R.Ger. 18. Mai 1915 LXXXVI Nr. 16 (auf Grund eines vor dem Strafrichter geschlossenen Vergleiches).
-

Dritter Abschnitt.

Schuldrecht.

Erstes Kapitel.

Schuldverhältnisse überhaupt.

Erster Titel.

Bau der Schuldverhältnisse.

§ 173. Geschichtliche Entwicklung des deutschen Schuldrechts.

I. Älteres deutsches Recht¹. Dem deutschen Recht war, soweit wir zurückblicken können, ein Schuldrecht bekannt.

¹ v. Amira, Nordgermanisches Obligationenrecht, Bd. I (1882) und II (1895); Grundrifs des germanischen Rechts² (1913) S. 211 ff. Brunner, R.G. I² 221 ff., II 365 ff.; Grundzüge⁶ S. 207 ff. Siegel, Deut. R.G.³ S. 421 ff. Heusler, Inst. I 373 ff., II 225 ff. E. Huber, Schweizer. Privatr. IV 829 ff. Schröder, R.G.⁵ S. 64, 82 ff., 300 ff., 748 ff. R. Hübner, Grundzüge des Deut. Privatr.² § 67 ff. v. Schwerin, Deut. Rechtsgeschichte (Grundrifs der Geschichtswissenschaft v. A. Meister II 5)² S. 62 ff., 101 ff. — Beseler, D.P.R. § 105 ff. Stobbe, Handb. III § 164 ff.; Stobbe-Lehmann III § 210 ff. — Kraut, Grundrifs § 119 ff. — Viollet, Précis historique S. 505 ff. Pertile, Storia del diritto Ital. IV 445 ff. Pollock and Maitland, History of english law² II 184 ff. Fockema-Andrae, Het Oud-Nederlandsch burgerlijk recht, Haarlem 1906, II 1 ff. — Dazu: Stobbe, Zur Geschichte des deutschen Vertragsrechts, Leipzig 1855. Witte, Die bindende Kraft des Willens im alt-deutschen Obligationenrecht, Z. f. R.G. VI (1867) S. 448 ff. Sohm, Der Prozeß der lex Salica, Weimar 1867, S. 18 ff., 164 ff.; Das Recht der Eheschließung, Weimar 1875 S. 34 ff. Siegel, Das Versprechen als Verpflichtungsgrund, Berlin 1873; Der Handschlag und Eid, Wien 1894. R. Loening, Der Vertragsbruch und seine Folgen im Deut. R., Straßburg 1876. W. Sickel, Die Bestrafung des Vertragsbruchs und analoge Rechtsverhältnisse in Deutschland, Leipzig 1876, Val de Lièvre, Launegild und Wadia, Innsbruck 1877. Franken, Geschichte des französischen Pfandrechts, Berlin 1879. Horten, Die Personal-exekution, 2 Bde., Wien 1893 u. 96. Puntchart, Schuldvertrag und Treugelöbniß im Sächs. R. des M. A., Leipzig 1896. A. Egger, Vermögenshaftung und Hypothek nach fränk. R., Unters. z. D. St. u. R.G. LXIX (1903). Meine Binding, Handbuch. II. 3. III.: Gierke, Deutsches Privatrecht. III. 1

Denn immer gab es besondere Verhältnisse, die als Schuldverhältnisse im Rechtssinne erschienen, weil sie eine künftige vermögenswerte Leistung des einen Teils an den anderen Teil dem Begriff des rechtlichen Sollens unterstellten². In den Volksrechten ist das Schuldrecht bereits kraftvoll ausgestaltet und in verschiedenen Richtungen entfaltet. Im Vordergrund stehen dabei die gemäß dem Kompositionensystem durch Rechtsbruch begründeten Schuldverhältnisse. Daneben aber werden auch mancherlei Schuldverhältnisse anerkannt, die dem rechtsgeschäftlichen Verkehr entspringen³.

Doch war das Schuldrecht der am wenigsten ausgebildete Zweig des alten Privatrechts. Es entbehrte der Selbständigkeit und Geschlossenheit. Im Bereiche der Delikte war das Schuldrecht so innig mit dem Strafrecht verflochten, daß es seine Eigenart nur unvollkommen durchzusetzen vermochte. Die Verkehrsgeschäfte waren einfach und auf baldige Abwicklung berechnet, so daß die durch sie hervorgerufenen Schuldverhältnisse nur als Vorstufen andersgearteter Rechtsverhältnisse erschienen. Noch lag es dem Schuldrecht fern, die Ansprüche auf künftige Leistung als selbständige Rechtsgüter zu werten oder gar den Rechten an Personen und Sachen als ebenbürtige Gebilde zur Seite zu stellen. Vielmehr war freilich der wirtschaftliche Wert von Rechten auf künftige Leistungen längst erkannt und in Rechtsform ausgeprägt. Allein es waren die in ständigen personenrechtlichen und sachenrechtlichen

Schrift: Schuld und Haftung im älteren deutschen Recht, ebd. C (1910). Fr. Ernst Meyer, Über das Schuldrecht der deut. Schweiz in der Zeit des 13. bis 17. Jahrh., ebd. CXV (1913). Weitere Lit. über Schuld und Haftung unten § 174 Anm. 1. Von allgemeiner Bedeutung sind auch die oben Bd. II 103 § 108 Anm. 1 angeführten Schriften zur Geschichte der Wertpapiere, bes. Brunner in Z. f. d. g. H.R. XXII 510 ff., 552 ff. (Forsch. S. 524 ff., 631 ff.).

² Dies gilt schon für die Urzeit. Denn jedenfalls gehört ihr der Begriff der Bußschuld an; vgl. Schuld und Haftung S. 2. Aber auch der Gedanke der Versprechensschuld ist ihr nicht fremd. Wenn Schröder S. 64 u. 301 ff. meint, ihr seien nur erst Barverträge bekannt gewesen, so ist dies schwerlich richtig. Allein auch bei Annahme seiner Aufstellungen würde nur folgen, daß Haftung für Schuld nur durch Bareinsatz einer Sache oder Person begründet werden konnte. Dagegen muß die Schuld selbst, wenn für sie Pfandsetzung oder Geiselstellung möglich war, als bereits vorhandene Folge des Versprechens gedacht worden sein.

³ Die Ansicht von A. Nissl, Der Gerichtsstand des Klerus im fränkischen Reich, Innsbruck 1886, S. 189—195, daß noch in fränkischer Zeit alle Vertragsschuld nur durch Übergang in Bußschuld Kraft gewonnen habe, ist unhaltbar. Vgl. unten § 186.

Herrschaftsverhältnissen wurzelnden Ansprüche auf Dienste und Abgaben, die diese Funktion erfüllten⁴. Hier aber ging das schuldrechtliche Moment im Personen- oder Sachenrecht auf. Dazu kam, daß das reine Schuldrecht von Hause aus der dem Personen- und Sachenrecht innewohnenden Zwangsmacht entbehrte und seine Ergänzung erst durch ein Haftungsrecht fand, das auf Anleihen aus dem Personen- und Sachenrecht angewiesen war und zunächst nur eine äußerliche Verbindung mit dem Schuldrecht einging⁵.

Im Laufe der Zeit erfuhr das deutsche Schuldrecht eine immer reichere Ausbildung. Schon die Rechtsbücher des deutschen Mittelalters zeigen es auf höherer Stufe. Doch gelangte das Landrecht im wesentlichen nur zu einer Fortbildung des Schuldrechts innerhalb des alten Rahmens. Dagegen vollzog sich im Stadtrecht eine tiefgreifende Umbildung des Schuldrechts. Hier gewannen mit der wachsenden Ausbreitung, Verfeinerung und Differenzierung der beweglichen Verkehrsgeschäfte die vertragsmäßigen Schuldverhältnisse eine selbständige Bedeutung. Die rein schuldrechtlichen Ansprüche auf künftige Leistung erhoben sich zu ebenbürtigen Vermögensbestandteilen. Das Schuldrecht streifte seine Gebundenheit ab. Es trat dem Personen- und Sachenrecht nicht nur in äußerer Selbständigkeit und Geschlossenheit gegenüber, sondern gestaltete auch seinen inneren Bau im Sinne seiner Eigenart aus. Vor allem waren es die handels- und gewerberechtlichen Neubildungen, die den Fortschritt zuerst für gewisse Verhältnisse vollzogen und mehr und mehr zugleich die allgemeine Wandlung anbahnten. Diese ganze stadtrechtliche Entwicklung aber erfolgte auf germanischrechtlicher Grundlage. Sie brach keineswegs mit dem alten Schuldrecht. Vielmehr beruhte dessen Umbildung einerseits auf der Entfaltung der in ihm keimhaft angelegten Gedanken, andererseits auf seiner Erweiterung durch die Einfügung schuldrechtlicher Gedankenelemente, die bisher im Personen- oder Sachenrecht beschlossen geblieben waren. Dem germanischen Charakter des städtischen deutschen Schuldrechts tat es keinen Abbruch, daß im Bereiche des Handelsrechts zum Teil schon im Mittelalter Rechtsätze aufgenommen wurden, die ihre formelle Ausprägung in Italien empfangen hatten. Denn dabei handelte es sich um Gebilde, die auch im romanischen Recht ihrem Kerne nach germanischer Her-

⁴ Den Beweis hierfür liefert ihre Aufnahme in die Güterverzeichnisse der Grundherrn (polyptycha); Schröder, R.G.⁵ S. 276.

⁵ Hierüber unten in § 174.

kunft waren und überdies in Deutschland auf bereits im Werden begriffene entsprechende heimische Gebilde trafen, so daß eben nur eine Beschleunigung und äußere Verfärbung der deutschrechtlichen Entwicklung stattfand.

So bewies auch im Schuldrecht das deutsche Recht hinreichende Kraft und Geschmeidigkeit, um sich veränderten wirtschaftlichen und sozialen Verhältnissen anzupassen. Zweifellos hätte es von sich aus auch alle ferneren Anforderungen der Neuzeit zu erfüllen vermocht⁶. Allein gerade auf diesem Gebiet wurde ihm die durch die Schwäche der Reichsgewalt verschuldete Unmöglichkeit, auf nationaler Grundlage die Zersplitterung zu überwinden, Land- und Stadtrecht auszugleichen und ein gemeines Recht moderner Prägung herzustellen, besonders verhängnisvoll. Denn vor allem das Verkehrsleben drängte nach größerer Rechtseinheit. Wenn daher überhaupt zum fremden Recht gegriffen werden sollte, um ein gemeines Recht zu gewinnen, so war es an erster Stelle das deutsche Schuldrecht, dessen Zustand dafür eine Rechtfertigung bot.

II. Entwicklung seit der Rezeption. Das römische Obligationenrecht kam⁷. Und ungleich vollständiger, als auf irgend einem anderen Gebiet, war auf diesem Gebiet der Sieg des fremden Rechts. War doch das Obligationenrecht die großartigste und in sich vollendetste Schöpfung des römischen Rechtsgenius. Einem hochentwickelten, weltweiten Verkehr war es angepaßt. Bis ins feinste war es folgerichtig ausgebildet, bis ins einzelste löste es Fragen, die das deutsche Recht sich bisher kaum gestellt oder mindestens nicht theoretisch formuliert hatte. Zugleich hatte das römische Obligationenrecht, obschon es seine nationale Eigenart niemals verleugnete, doch von allen Rechtsteilen am meisten ein universelles Gepräge empfangen. Unter den Händen der mittelalterlichen Jurisprudenz war sein kosmopolitischer Charakter noch wesentlich gesteigert worden. So bestieg es den Thron und behauptete seine Herrscherstellung bis zur Gegenwart.

⁶ Dies beweist die Ausbildung des Schuldrechts im lübischen Recht und in anderen Stadtrechten, die sich frei vom römischen Recht hielten. Vgl. oben Bd. I 13, sowie v. Below, Die Ursachen der Rezeption des römischen Rechtes in Deutschland, München u. Berlin 1905, S. 150 ff.

⁷ Über dieses vgl. bes.: Unterholzner, QuellenmäÙsig. Zusammenstellung der Lehre des römischen Rechts von den Schuldverhältnissen usw., 2 Bde., 1840. v. Savigny, Das Obligationenrecht, 2 Bde., 1851 u. 53. Kuntze, Die Obligationen im römischen und im heutigen Recht, Leipzig 1886. Dernburg, Pand. Bd. II. Windscheid, 9. Aufl. von Kipp, Bd. II. Bruns-Eck-Mitteis in der Enzykl. von Holtzendorff-Kohler⁶ I 357 ff.; Rabel ebd.⁷ I 453 ff.

Gleichwohl ist auch im Schuldrecht das germanische Recht der römischen Übermacht keineswegs ganz erlegen. Vielmehr lebte es fort und wahrte nicht nur in erheblichem Umfange seinen überlieferten Bestand, sondern betätigte auch die Kraft zu schöpferischer Neubildung. In vielen Punkten wirkte es umbildend auf das römische Obligationenrecht ein. Den vom römischen Recht geregelten Schuldverhältnissen stellte es ergänzend eigenartige Schuldverhältnisse alter und neuer Prägung zur Seite. Auf den Gebieten des Handels-, See- und Wechselrechts, des Gewerberechts, des Versicherungsrechts usw. blieb das aus germanischem Geist geborene Schuldrecht in seinem Kern vom fremden Recht unberührt. Aus diesen Sonderrechtsbildungen aber flutete ein Strom germanischer Rechtsgedanken in das gemeine Obligationenrecht zurück. Insbesondere gewann das Handelsrecht vielfach eine unmittelbar vorbildliche Bedeutung für das gesamte Obligationenrecht. So beschränkte sich denn auch der germanische Einschlag in das moderne Schuldrecht keineswegs auf eine Fülle von Einzelheiten. Auch in grundlegenden Fragen vielmehr, die das innerste Wesen der Schuldverhältnisse angehen, hat die germanische Auffassung, oft lange zurückgedrängt oder verdunkelt, den endlichen Sieg errungen.

Der Ausgleich zwischen fremdem und einheimischem Recht vollzog sich hier wie überall zunächst im gemeinen Recht vermöge des *usus modernus*. Die Partikularrechte spielten daneben eine geringere Rolle als in anderen Rechtszweigen, griffen aber doch in mancherlei Punkten zugunsten deutscher Rechtssätze ein⁸. Mehr und mehr gewann dann auch hier das Naturrecht Einfluss auf das positive Recht und leistete bewußt oder unbewußt germanischen Rechtsgedanken Hilfe⁹. In den großen Gesetzbüchern wurde das Ergebnis der gemeinrechtlichen Entwicklung festgelegt, vielfach aber der germanische Bestandteil des Schuldrechts verstärkt¹⁰. Die romanistische Gegenströmung des 19. Jahr-

⁸ So z. B. bei der Regelung des Kaufes, der Pacht und der Miete, des Gesindevertrages, des Spiels und der Wette, der Vertragsformen.

⁹ So z. B. hinsichtlich der bindenden Kraft des Versprechens, der Verträge zugunsten Dritter, der Sondernachfolge in Schuldverhältnisse.

¹⁰ Vgl. über das Schuldrecht des preussischen Landrechts: Koch, Das Recht der Forderungen nach gemeinem und nach preuss. R., 3 Bde., 2. Aufl. 1859 u. 60. Förster-Eccius, Preuss. C. R. II. Dernburg, Preuss. P. R. II. — Über das französische Schuldrecht: Crome, Die Grundlehren des französischen Obligationenrechts, 1894. Zachariae-Crome, Französ. C. R. II 220 ff. — Über das österreichische Schuldrecht: Hasenöhr, Österreichisches Obligationenrecht, 2 Bde., 1878—90. v. Schey, Die Obligationsverhältnisse

hunderts bemächtigte sich auch des Obligationenrechts, erzielte jedoch, so großartige Leistungen für die theoretische Rekonstruktion des reinen römischen Rechts ihr entsprangen, in der Praxis nur vorübergehende Erfolge. Von hoher Bedeutung für die Überwindung des einseitigen Romanismus war die Kodifikation des Handels- und Wechselrechts, sowie die sonstige ins Obligationenrecht eingreifende Spezialgesetzgebung. Weit über seinen sonderrechtlichen Bereich hinaus erstreckte sich namentlich der Einfluss des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches, dessen Obligationenrecht grossenteils gerade deshalb als modernes deutsches Recht vorbildlicher Art empfunden wurde, weil es an lebendig gebliebene germanische Überlieferungen anknüpfte und überlebte römische Importe ausstieß¹¹. Eine ähnliche Wirkung ging von manchen neueren Reichsgesetzen auf dem Gebiete des Gewerberechts aus¹². So konnte denn auch bei der Kodifikation des gemeinen Obligationenrechts die Gesetzgebung sich der germanistischen Einwirkung nicht verschliessen. Das bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich baute freilich sein „Recht der Schuldverhältnisse“ in enger Anlehnung an das Pandektenrecht auf römischrechtlicher Grundlage auf, fügte ihm aber neben den längst gesicherten Bestandteilen heimischer Herkunft mancherlei deutschrechtliche Elemente ein, die dem bisherigen gemeinen Recht verloren gegangen waren.

III. Heutiges Recht¹³. Das heutige deutsche Schuldrecht

des österreichischen Allgemeinen Privatrechts, I, Wien 1890. Krainz-Pfaff-Ehrenzweig, Österr. P.R. II 1 ff. Krasnopolski, Österr. P.R. Bd. III, 1910.

¹¹ Es ist allgemein bekannt, wie viele Sätze des alten H.G.B. gerade auf dem Gebiete des Obligationenrechts unverändert oder mit geringen Änderungen in das B.G.B. übergegangen sind. — Grossen Einfluss übte das deutsche H.G.B. auch auf das schweizerische Bundesgesetz über das Obligationenrecht von 1881 (oben Bd. I 81), und zwar auch in seinem nicht handelsrechtlichen Teil. Das neue Schweiz. Z.G.B. hat das Obligationenrecht nicht aufgenommen; im Anschluss an die Kodifikation ist aber das Ges. v. 1881 revidiert und in neuer Fassung als „Schweizerisches Obligationenrecht“ am 30. März 1911 verkündet; Komm. von Oser (Bd. V des Komm. zum Z.G.B. von Egger u. A.).

¹² Man denke nur an die Bedeutung des Reichshaftpflichtgesetzes für die Lehre vom Schadensersatz oder der Gewerbeordnung und ihrer Novellen für die Lehre vom Dienstvertrage.

¹³ Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren, Berlin 1897. Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im B.G.B., Berlin 1897, 2. Aufl. 1904. Darstellungen des bürgerlichen Rechts von Matthiafs I³ § 72 ff.; Endemann I⁸ § 95 ff.; Cosack I⁶ § 80 ff.; Dernburg II 1 und 2 (3. Aufl.); Crome II; Landsberg S. 300 ff.; Ennecerus⁹⁻¹¹ I 2 (1914); Leske I 119 ff.; Eck I 2; Kipp b. Windscheid⁹ II;

ist zum größten Teile gemeines Recht. Seine Hauptquelle bildet das bürgerliche Gesetzbuch, dessen Vorschriften aber durch umfassende Bestimmungen in anderen Reichsgesetzen ergänzt werden. Dem Landesrecht ist ein weit geringerer Spielraum, als im Sachenrecht, belassen. Doch kommen neben den besonderen Vorbehalten für einzelne schuldrechtliche Verhältnisse, auch die allgemeinen Vorbehalte, die eine ganze Rechtsmaterie dem Landesrecht überweisen, zugleich für das Schuldrecht in Betracht.

Die Aufgabe, die das deutsche Privatrecht zu lösen hat, ist im Gebiete des Schuldrechts von weit beschränkterer Art, als auf den anderen Privatrechtsgebieten. Denn in Ansehung der überwiegenden Masse des Stoffes hat das römische Recht seine Vorherrschaft behauptet. Auch wo im modernen Recht eine erhebliche Fort- und Umbildung des römischen Rechts stattgefunden hat, muß das deutsche Privatrecht auf eine eingehende Darstellung des geltenden Rechts verzichten. Dies selbst dann, wenn dabei deutschrechtliche Einflüsse mitgewirkt haben. Zumal eine solche Einwirkung zwar wohl überall in irgend einem Maße stattgefunden hat, aber im einzelnen oft schwer erkennbar und jedenfalls bisher nicht mit Sicherheit erkannt ist. Nur wo es sich um grundsätzliche Wandlungen germanischer Herkunft handelt, muß darauf hingewiesen werden. Nicht allzu zahlreich sind innerhalb des gemeinen bürgerlichen Rechts in sich geschlossene schuldrechtliche Institute, die ein überwiegend deutschrechtliches Gepräge tragen und daher eine eingehende germanistische Behandlung fordern. Nicht als ob es im heutigen Recht an einer Fülle solcher Institute fehlte! Allein in ihrer grossen Mehrzahl gehören sie den Sonderrechten an und sind daher nach dem Plane dieses Werkes teils an anderer Stelle darzustellen¹⁴, teils überhaupt von der Darstellung ausgeschlossen¹⁵.

Kohler in Enzykl.⁷ II 71 ff.; Lehrb. des b. R. II (1906). Kommentare zu B.G.B. Buch II von Planck (3. Aufl., 1. Hälfte der 4. Aufl. von Siber); Staudinger (in 2. Aufl. von Kühlenbeck und Kober); Oertmann (3. Aufl.); Schollmeyer; Rehbein; Goldmann und Lilienthal; Kühlenbeck; H. Neumann; Fischer und Henle. — Dazu die Darstellungen des Handelsrechts; vgl. Enzykl.⁷ III 9.

¹⁴ So im Lehnrecht (Lehnsschulden), Stammgüterrecht (Fideikommissschulden), Jagdrecht (Wildschadensersatz), Bergrecht (Bergschäden, Verträge mit Bergarbeitern), Gewerberecht (Arbeitsverträge).

¹⁵ So die besonderen Schuldverhältnisse des Handels-, See- und Binnenschiffrechts; das Wechselrecht; das Versicherungsrecht.

§ 174. Schuld und Haftung.

I. Älteres deutsches Recht. Das germanische Recht unterschied scharf zwischen Schuld und Haftung¹. Die Unterscheidung ist, wie die von ihrer Aufdeckung im germanischen Recht angeregte rechtsgeschichtliche Forschung mehr und mehr zur Gewissheit gemacht hat, indogermanisches Erbe und scheint überhaupt uraltes Rechtsgut zu sein². Allein im germanischen Recht war sie in besonders kräftiger Durchbildung ausgeprägt; Schuldrecht und Haftungsrecht blieben hier lange auch äußerlich getrennt und wahrten, so entschieden sie von vornherein als zwei einander ergänzende Stücke der Rechtsordnung auf Zusammenwirken angelegt waren, auch nach ihrer Verbindung ihre begriffliche Eigenart. So ist denn auch von der wissenschaftlichen Erkenntnis des germanischen Rechtes das Bestreben ausgegangen, für das heutige Recht die Unterscheidung von Schuld und Haftung

¹ Grundlegend v. Amira, O.R. I 22 ff., II 45 ff.; Recht³ S. 211 ff. Beiträge b. Horten a. a. O. (darüber Schuld u. Haftung S. 3 Anm. 9). Für das sächs. R. Puntchart a. a. O. (oben § 173 Anm. 1) S. 73 ff.; dazu v. Schwind, Gött. Gel. Anz. 1897 Nr. 2 S. 116 ff., Pappenheim, Z. f. H.R. XLVII 142 ff. Für das fränk. R. Egger a. a. O. (oben § 173 Anm. 1). M. Rintelen, Schuldhaft und Einlager im Vollstreckungsverfahren des altniederländischen und sächsischen Rechts, 1908. Meine Schrift: Schuld und Haftung im älteren deut. R., insbesondere die Form der Schuld- und Haftungsgeschäfte (oben § 173 Anm. 1); dazu v. Amira, Z. f. R.G. XVII 484 ff.; Wadiation 1911. H. Meyer, Zum Ursprung der Vermögenshaftung, in Festg. f. Gierke S. 973 ff. (1911). Fr. E. Meyer a. a. O. (oben § 173 Anm. 1). Dazu die Lit. über das german. Pfandrecht, oben Bd. II § 155 Anm. 1, § 169 Anm. 1, seitdem bes. Hazeltine, Die Geschichte des englischen Pfandrechts, Unters. z. D. St. u. R.G. XCII (1907), auch Fr. E. Meyer, Schuldbrief und Gült, Züsch. Beitr. zur Rechtswiss. IX, 1905. Ferner Schröder, R.G.⁵ S. 300 ff. Brunner, Grundz.⁶ § 49—51. Hübner § 53 ff., 65 ff., 68 ff. H. Lehmann b. Stobbe § 210; Birkmeyers Enzykl. S. 332 § 36. Meine Grundz. d. deut. Privatr. in Holtzd.-Kohler, Enzykl.⁷ I § 86—87. v. Schwerin, R.G.² S. 101 ff.

² Den begrifflichen Gegensatz hat zuerst auf romanistischer Grundlage Brinz entwickelt; Z. f. d. P. u. ö. R. d. G. I (1878) S. 11 ff., Arch. f. z. Pr. LXX (1886) S. 371 ff. Über die Spuren im alten röm. R. Rabel, Enzykl.⁷ I 453 und die dort in Anm. 3 Angeführten; insbesondere G. Cornil, Debitum et obligatio, Paris 1912 (Mél. Girard I 199 ff.); Pacchioni, Concetto e origine dell „Obligatio Romana“ (Appendice I zur Übersetzung von Savignys Obligationenrecht I 487 ff. (1912). — Über das griech. R. J. Partsch, Griechisches Bürgschaftsrecht I (1907), bes. S. 7 ff. — Über babylonisch-assyrisches R. P. Koschaker, Babylonisch-assyrisches Bürgschaftsrecht, ein Beitrag zur Lehre von Schuld und Haftung, 1911.

als fortlebend aufzuzeigen und bei der Lösung schuldrechtlicher Grundfragen zu verwerten³.

1. Schuld. Schuld im Sinne des deutschen Rechts ist rechtliches Sollen⁴. Der Begriff der Schuld im weitesten Sinne zieht sich daher durch alle Rechtsverhältnisse hindurch; auch den herrschaftlichen und genossenschaftlichen Verbindungen entspringt ein gegenseitiges Schulden⁵. Schuld im engeren und mehr und mehr technisch gebrauchten Sinn ist die selbständige Schuld, d. h. ein für sich bestehendes Rechtsverhältnis, das ein rechtliches Sollen zum Inhalt hat. Eine Schuld in diesem Sinne wird seit uralter

³ Vgl. v. Schwind, Pfandr. (oben Bd. II § 155 Anm. 1) S. 1 ff. H. Isay, Schuldverhältnis und Haftungsverhältnis im heut. R., Jahrb. f. D. XLVIII (1904) S. 187 ff. E. I. Bekker, ebd. XLIV 51 ff. Dümchen, ebd. LIX 355 ff. Pappenheim, Seerecht II 126 ff., 308 ff., auch schon Z. f. H.R. XLII 434 ff., XLIV 598 ff., XLVII 144 ff. Meine Schrift über Schuld u. Haftung S. 6, 98 ff., sowie über Schuldnachfolge und Haftung in Festschr. f. v. Martitz (1911) S. 42 ff. v. Schwerin, Schuld und Haftung im geltenden Recht, 1911. Puntschart, Schuld u. Haftung im geltenden deut. R., Z. f. H.R. LXXI (1912) S. 297 ff. Strohal, Jahrb. f. D. LIV 274 ff.; Schuldpflicht und Haftung (S.A. aus Festschr. f. Binding) 1914. O. Schreiber, Schuld und Haftung als Begriffe der privatrechtlichen Dogmatik, Bd. I 1914. A. Last, Zur Lehre von Schuld u. Haftung, Z. f. d. P. u. ö. R. d. G. XL (1914) S. 514 ff. G. Buch, Schuld u. Haftung im geltenden Recht, 1914. G. Hamburger, Das Recht aus der Haftung und die Unmöglichkeit der Leistung, 1915. Riezler b. Staudinger zu § 222 Bem. 6, Kühlenbeck, ebd. Vorbem. zum zweiten Buch I 1. — Für das österr. R. E. Weifs, Zur Lehre von Schuld u. Haftung im öst. R. (im Zentralblatt für die juristische Praxis 1913 S. 1 ff.). Für das schweiz. R. Fr. E. Meyer, Schuldbrief und Gült (oben Anm. 1) S. 52 ff., Oser (oben § 173 Anm. 11) Vorbem. VI. Für das ital. R. bes. energisch Pacchioni (vgl. Schreiber a. a. O. S. 4 Anm. 3, S. 9 Anm. 1); C. Gangi, Debito e responsabilità nel diritto privato odierno, Punt. 1, 1914 (bisher nur eingehende Wiedergabe und kritische Beleuchtung der deutschen Schriften). — Mit Einschränkungen erklären sich für die Verwertung im heut. deut. R. auch Dernburg II § 1 III; Cosack § 81 V; Krückmann, Jahrb. f. D. LVII 7 ff., LIX 20 ff.; v. Tuhr, Allg. T. I § 4 VI; Enneccerus § 226. Unentschieden Oertmann³ Vorbem. S. 3. — Gegen die Verwendung der Unterscheidung im heutigen Recht: H. Siber, Der Rechtszwang im Schuldverhältnis, 1903, S. 1 ff., Zur Theorie von Schuld u. Haftung nach Reichsrecht, Jahrb. f. D. L (1906) S. 55 ff.; Kohler, Arch. f. z. Pr. XCI 176 ff., B.R. II 10 ff.; Hellmann, Krit. V.Schr. XLIX (1911) S. 504 ff., LVII (1915) S. 25 ff.; Binder, Rechtsnorm und Rechtspflicht, 1912; doch macht jetzt Siber b. Planck⁴ Vorbem. III in ausführlicher Darlegung der Streitfrage erhebliche Zugeständnisse an den Haftungsbegriff.

⁴ „Schulden“ und „Sollen“ sind ursprünglich identisch; noch im Sachsensp. III 40 § 3 begegnet für den, dem Geld geschuldet wird, die Wendung; „jeneme, dem dat silver sal“.

⁵ v. Amira, OR. I 33, II 66; Schuld u. Haftung S. 7, 13 Anm. 4.

Zeit durch widerrechtlichen Eingriff in fremdes Recht begründet. Denn der Rechtsbruch soll ausgeglichen, er soll „gebüßt“, d. h. gebessert werden⁶. Eine Schuld aber entsteht schon in der Urzeit auch durch Versprechen. Denn was zu leisten man versprochen hat, das soll man leisten.

Die Schuld ist ein zweiseitiges Verhältnis. Ist sie auf der einen Seite ein Leistensollen, so ist sie auf der anderen Seite ein Bekommensollen. Das Wort „Schuld“ bezeichnet ursprünglich nicht nur das Leistensollen, sondern auch das Recht auf die Leistung⁷. Ebenso wird nicht nur, wer leisten soll, sondern auch, wer bekommen soll, „Schuldner“ genannt⁸. Im Begriff der Schuld wird also die Beziehung der beiden Beteiligten zu einander als ein einheitliches Rechtsverhältnis gedacht, zu dem sich das aktive

⁶ Schuld u. Haftung S. 7 Anm. 3. Es scheint, als wenn die älteste Bedeutung von Schuld überhaupt „Büßensollen“ ist; O. Schrader, Reallexikon der indogermanischen Altertumskunde, 1901, S. 906. Was Fr. Beyerle, Der Entwicklungsgang im germanischen Rechtsgang I (Deutschrechtliche Beiträge von K. Beyerle X, 2), 1915, S. 68 Anm. 104, dagegen einwendet, ist nicht stichhaltig. Der Begriff der Bußschuld muß längst vorhanden gewesen sein, bevor feste Bußtaxen aufkamen. Er wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß der Verletzte die Wahl hat, sich Genugtuung durch Rache oder Sühne durch Bußleistung zu verschaffen. Die Fehde ist Rechtsbehelf, legitimes Selbsthilfungsverfahren, um Genugtuung oder Sühne zu erzwingen. Wird sie durch Bußleistung abgewendet oder beendet; so beruht deren formale sühnende Kraft darauf, daß sie materiell Erfüllung einer unmittelbar durch die Missetat begründeten Schuld ist. Und daß schon zur Zeit des Tacitus der Verletzte, statt Fehde zu erheben, auf Bußleistung klagen konnte, geht doch aus Tac. Germ. c. 12 unwiderleglich hervor.

⁷ v. Amira I 36, 43 ff., II 68 ff.; Recht S. 211. Puntchart S. 211 ff. Brunner, Grundz. S. 207. Meine Schrift Sch. u. H. S. 8 Anm. 3. Hübner, Grundz. S. 410 ff. Denselben Doppelsinn hat das vielfach und besonders in der Schweiz für Schuld gebrauchte Wort „gelt“ oder „gült“; Fr. E. Meyer, Schuldr. der deut. Schweiz (oben § 173 Anm. 1) S. 20 ff., 51 ff., 57 ff. Ebenso latein. „debitum“; Puntchart S. 214 ff., Fr. E. Meyer S. 67. — Das Wort „Forderung“ wird im M.A. nur für die Klage oder das Klagerecht gebraucht; Sachsensp. II 60 § 1; Puntchart S. 215 ff., Fr. E. Meyer S. 67 ff.

⁸ Schuldnaere, schuldigaere, auch schuldgenosse, schuldmann, vielfach auch „gelter“. v. Amira I 36 ff., II 71. Puntchart S. 215 ff. Schröder, R.G.⁵ S. 749 Anm. 115. Meine Schrift Sch. u. H. S. 8 Anm. 6. Fr. E. Meyer S. 33 ff., 53 ff., 68 ff. Hübner S. 411 ff. v. Schwerin, R.G.² S. 102. Daher latein. „debitor“, z. B. in Extrav. l. Sal. c. 6 (Behrend² 167), l. Burg. 19 § 10. — Das Wort „Gläubiger“ kommt erst im späteren M.A., wohl als Übersetzung von „creditor“, auf; der Sachsensp. gebraucht es noch nicht, nennt aber den Berechtigten auch nicht „Schuldner“, sondern hilft sich mit Umschreibungen.

Sollen des einen und das passive Sollen des anderen zusammenschließen⁹.

Der rechtliche Inhalt des Schuldverhältnisses besteht im beiderseitigen Sollen. Der Begriff des Sollens ist ein Rechtsbegriff, weil er ein rechtliches Bestimmtheitssein setzt, dem zufolge ein Geschehen als das im Sinne der Rechtsordnung geziemende gewertet wird. Wenn der eine Teil leistet, was er leisten soll, so „gilt“ er die Schuld; er kann das Geleistete nicht zurückfordern, weil der andere Teil nur empfangen hat, was ihm gebührte, hört aber seinerseits auf, zu schulden, weil er gewährt hat, was zu gewähren ihm ziemte. Zugleich aber bekommt der andere Teil, was er bekommen soll; er kann die Schuld, auch wenn er das Empfangene zurückgibt, nicht wieder ins Leben rufen, muß vielmehr anerkennen, daß auch für ihn die Schuld erloschen und der andere Teil befreit ist. Darum hat der Schuldner einen Rechtsanspruch auf Bekundung und Sicherung der Beendigung des Schuldverhältnisses durch den Gläubiger. Ist geschuldete Buße gegeben und genommen, so ist die Rechtsverletzung ausgeglichen, das aus dem Friedensbruch entsprungene Recht der Rache ausgetilgt und der Friede durch Sühne (Versöhnung) wiederhergestellt; wollte der Verletzte auf die Rache zurückgreifen, so beginge nun er einen Friedensbruch; der Bußschuldner hat daher ein Recht darauf, daß die Sühne durch feierlichen Vertrag bekräftigt und er durch Zusicherung der „Urfehde“ mit Treugelöbniß oder Eid fehdefrei gestellt werde¹⁰. Ist das

⁹ Schuldnerschuld und Gläubigerschuld sind Korrelate, von denen keines ohne das andere bestehen kann. Neuerdings hat freilich die Lehre von einer bloßen Gläubigerschuld, einem Bekommensollen, dem kein Leistensollen entspricht, Verbreitung gefunden; vgl. bes. Strohal, Schuldübernahme S. 282 ff., 291 ff., Schuldpflicht u. Haftung S. 10 ff.; v. Schwerin, Sch. u. H. S. 7 ff., 16 ff., R.G.² S. 103; Puntschart, Z. f. H.R. LXXI 305 ff., 312 ff.; v. Amira, Z. f. R.G. XLIV 487. Diese Lehre aber kann auf das ältere deut. R. nicht gegründet werden. Richtig ist nur, daß es eine vorläufige Unbestimmtheit der Person des Schuldners, wie ja auch des Gläubigers, zuläßt; unten § 175 II 3. Geschichtlich wie logisch ist das Primäre im Schuldbegriff das Leistensollen. Ohne ein solches ist das Bekommensollen ein gegenstandloser Begriff. Wenn für das heutige Recht die bloße Gläubigerschuld besonders zur Erklärung der Reallasten und Grundschulden dienen soll, so muß, wie M. Wolff, Sachenrecht² § 131 Anm. 4 u. Enneccerus § 226 Anm. 2 richtig bemerken, die Ablehnung einer dinglichen Schuld des Sacheigentümers folgerichtig zur Leugnung jedes Schuldverhältnisses auch auf der Seite des dinglich Berechtigten führen. Vgl. meine Abh. Schuldnachfolge u. Haftung S. 40 ff.; Hübner S. 412 ff.; Buch a. a. O. S. 16 ff.

¹⁰ Schuld u. Haftung S. 9 Anm. 9.

Versprochene geleistet, so ist das Versprechen erledigt und der Gläubiger befriedigt; der Schuldner hat daher einen Anspruch auf Ledigerklärung und Sicherheitsgelöbnis (*securitas*)¹¹. Solange das, was kraft des Schuldverhältnisses geschehen soll, nicht geschehen ist, ist dem Rechte nicht genügt; es besteht ein unerfülltes Schuldverhältnis, das aber keineswegs der rechtlichen Wirkung entbehrt, vielmehr auf der Schuldnerseite eine vom Recht anerkannte Gebundenheit begründet¹², auf der Gläubigerseite die Anwartschaft auf einen vom Recht verbürgten Erfolg gewährt¹³.

Im Begriff des Sollens aber erschöpft sich das Schuldverhältnis als solches. Eine Macht, die Leistung zu erzwingen oder für die Nichtleistung sich Ersatz zu verschaffen, enthält es nicht¹⁴. Denn es begründet keine Herrschaft über die Person oder ihr Vermögen. Mithin muß ein Rechtsverhältnis anderer Art, das Machtinhalt hat, hinzutreten, um dem Schuldrecht Voll-

¹¹ Schuld u. Haftung S. 9 Anm. 10; Brunner, R.G. II 444 ff. Über die spätere Los- und Ledigerklärung in Form der Quittung unten § 179 Anm. 32. Über den bei urkundlicher Schuld begründeten Anspruch auf Rückgabe oder Toterklärung der Urkunde unten § 179 Anm. 38 u. 40.

¹² Der Schuldner kann sich von dem Zustande des Leistensollens nicht einseitig befreien. Dies versteht sich für die Bußschuld von selbst. Aber auch die Versprechensschuld kann er nicht willkürlich abschütteln. Denn das Versprechen erzeugt neben dem Leistensollen ein Haltensollen, die Gebundenheit ans Wort. Darüber unten § 184 II.

¹³ Das Recht sichert ja dem Gläubiger, wenn er bekommt, was er bekommen soll, das Behalten.

¹⁴ Von romanistischer Seite wird vielfach eingewandt, wenn es sich so verhalte, sei die germanische Schuld überhaupt kein rechtliches, sondern höchstens ein sittliches Sollen. Allein über die Grenzen zwischen rechtlichem und sittlichem Bestimmtheit entscheidet in letzter Instanz das Rechtsbewußtsein. Das Rechtsbewußtsein aber empfindet die Schuld unabhängig von jeder Erzwingbarkeit als rechtliches Sollen. Dies verkennt Strohal, wenn er auf der Schuldnerseite die Schuld erst durch Haftung zur Schuld werden läßt; Schuldübernahme S. 290 ff.; vgl. gegen ihn meine Abh. über Schuldnachfolge und Haftung S. 42 Anm. 2. Übrigens hat Strohal später seine Auffassung nur für die regelmäßige „Schuld im Sinne von Schuldpflicht“ festgehalten, daneben aber eine „Schuld ohne Haftung“ als möglich anerkannt; Schuldpflicht u. Haftung S. 12 ff., 29 ff., 92 ff., 97 ff. Die letzte Konsequenz hat neuestens Binder, der früher nur eine Schuld ohne Haftung verwarf, gezogen, wenn er das Wesen aller Schuld ausschließlich in die Haftung verlegt und zuletzt überhaupt den Begriff der „Rechtspflicht“ streicht; Rechtsnorm und Rechtspflicht, 1912. Er hat damit keinen Beifall gefunden. Aber wer den Gedanken der reinen Befehls- und Zwangsnatur des objektiven Rechts zu Ende denkt, muß schließlich auch bei der Auflösung des subjektiven Rechts in einen Zwangsapparat anlangen.

wirksamkeit zu verleihen. Hier setzt die Funktion der Haftungsverhältnisse ein.

2. Haftung. Haftung im Sinne des deutschen Rechts ist Unterwerfung unter die Zugriffsmacht dessen, dem nicht geleistet wird, was ihm geleistet werden soll. Sie gewährt dem Berechtigten die Möglichkeit, sich wegen der unerfüllten Schuld, an das, was für sie haftet, zu halten, um Erfüllung zu erzwingen oder Genugtuung für Nichterfüllung zu erlangen. Als Zustand des Gebundenseins für Schuld heißt sie eben Haftung (lateinisch obligatio), Bindung oder Verbindlichkeit, Verstrickung, Verpflichtung oder ähnlich; weil sie die Erreichung des Schuldzweckes sichert, wird sie auch Sicherheit, Gewährschaft, Garantie usw. genannt; auch wird sie, weil sie einen Ersatz für die etwa ausbleibende Leistung hinstellt, als Einstehen, Einständerschaft, Einsatz, Versatz usw. für die Schuld bezeichnet¹⁵. Haftungsgegenstand kann eine Person als solche, ihr Vermögen oder eine bestimmte Sache sein¹⁶. Es ist möglich, daß der Schuldner selbst, aber auch, daß ein Anderer für ihn mit seiner Person, seinem Vermögen oder seiner Sache haftet.

Bei allen kraft ständiger Verbundenheit geschuldeten Leistungen wird die Erfüllung durch die genossenschaftliche oder herrschaftliche Verbandsgewalt gewährleistet. Hier ergibt sich aus der personenrechtlichen Gewaltunterworfenheit ein allgemeines Haftungsverhältnis, so daß es eines besonderen selbständigen Haftungsverhältnisses nicht bedarf¹⁷.

¹⁵ v. Amira I 22 ff., II 45 ff.; Recht³ § 68. Puntchart S. 107 ff., 232 ff. Brunner, Grundz. § 50. Egger a. a. O. S. 21 ff. Meine Schrift über Sch. u. H. § 3. Hübner, Grundz. § 68 III. v. Schwerin, R.G.² S. 103. Dümchen a. a. O. (oben Anm. 3) S. 391 ff. — Auch die Ausdrücke Bürge und bürgen einerseits, Wadium und Pfand andererseits hatten ursprünglich allgemeinere Bedeutung, so daß jene auch für haftende Sachen, diese für haftende Personen gebraucht wurden.

¹⁶ Oben Bd. II 811; vgl. Last a. a. O. (oben Anm. 3) S. 522. — v. Amira a. a. O., Puntchart S. 200 ff., v. Schwerin² S. 115 Anm. 7 u. A. lassen die Vermögenshaftung in der Haftung der Person enthalten sein, legen daher die Zweiteilung in persönliche Haftung und Sachhaftung zugrunde. Hübner² § 69 stimmt ihnen zu, erkennt aber an, daß die persönliche Haftung sich in leibliche Haftung und Vermögenshaftung spaltet und jede dieser Haftungsarten ohne die andere bestehen kann. Das letztere kann in der Tat nach der Klarstellung durch Egger u. M. Rintelen nicht bezweifelt werden; vgl. Sch. u. H. S. 74 ff., 96 ff. Hierauf allein aber kommt es an.

¹⁷ Sch. u. H. S. 12 ff., 39 ff., 62 ff., 89. Die Begründung selbständiger Haftungsverhältnisse durch besondere Haftungsgeschäfte ist aber möglich.

Von Hause aus ist ferner die Bußschuld durch die hinter ihr stehende deliktische Haftung kraft Friedlosigkeit gesichert. Sie ergibt sich zunächst aus der relativen Friedlosigkeit, in die der Schuldige von Rechts wegen durch seine Tat verfällt, weil er sich dem Verletzten und seiner Sippe gegenüber selbst aus dem Frieden gesetzt hat. Darum ist er ihrem feindlichen Zugriff auf seine Person und sein Vermögen unterworfen (*faidosus*). Hierin aber liegt Haftung beschlossen. Denn der Verletzte ist dadurch in den Stand gesetzt, sich Genugtuung zu verschaffen. Ursprünglich hat er die freie Wahl, ob er Rache üben oder Buße als Sühne nehmen will. Das ihm hierfür zugebote stehende Zwangsmittel ist die Selbsthilfe im Wege der Fehde, mit der er also auch Bußleistung durchsetzen kann. Er kann aber auch das Gericht anrufen und die Bußschuld einklagen und wird mit den Einschränkungen des Fehderechts in einer stets wachsenden Zahl von Fällen ausschließlich auf den Weg der Bußklage verwiesen¹⁸. Weigert sich der Bußschuldner, sich auf das gerichtliche Verfahren einzulassen oder sich dem Urteil zu fügen, so verfällt er dem Ungehorsamsverfahren, das seine Person und sein Vermögen verstrickt und in der Friedloslegung kraft Urteils gipfelt. Die damit eintretende allgemeine Friedlosigkeit eröffnet nicht nur dem Kläger, sondern auch der öffentlichen Gewalt den Zugriff. Aus der Verwendung dieser öffentlichen Zugriffsmacht im Interesse des Klägers sind diejenigen Formen der gerichtlichen Zwangsvollstreckung hervorgegangen, die als „Abspaltungen der Friedlosigkeit“ entstanden, später aber sich von der ursprünglichen Basis lösten und allgemeine Anwendung fanden¹⁹. So ist die deliktische Haftung im alten Recht ein nie versagendes Rüstzeug, das die Erzwingbarkeit der Bußschulden in letzter Instanz gewährleistete und auch nach Ausbildung der selbständigen Haftung die *ultima ratio* des Haf-

¹⁸ Sch. u. H. S. 14 ff.; dazu S. 35 ff. (Pfandnahme auf Grund deliktischer Haftung), 63, 89; über die in Folge der Erstreckung der relativen Friedlosigkeit auf die mit dem Schuldigen verbundenen Personen eintretende Mithaftung von Genossen, Herrn und Untergebenen S. 14—18. — Abweichende, aber auf zu enger Fassung des Rechtsbegriffs beruhende Anschauungen bei F. Beyerle a. a. O. (oben Anm. 6) S. 21 ff., der dem Begriff der relativen Friedlosigkeit nur konstruktive Bedeutung zuschreibt und in der Fehde nicht Rechtsausübung, sondern nur Machttatsache sieht.

¹⁹ Sch. u. H. S. 18—19, 37—39, 46—48, 64 ff. mit Literaturnachweisen. Seitdem bes. H. Planitz, Die Vermögensvollstreckung im deutschen mittelalterlichen Recht, Bd. I, Die Pfändung, 1912, der aber auch jetzt dem Haftungsproblem aus dem Wege geht.

tungssystems blieb²⁰. Allein sie ist kein mit der Bußschuld als solcher verknüpftes besonderes Rechtsverhältnis, sondern Folge der durch den Bruch der Friedensordnung eingetretenen personenrechtlichen Zustände.

Ein selbständiges Haftungsverhältnis wurde ursprünglich nur durch rechtsgeschäftliche Haftungsübernahme für eine Schuld begründet. Diesem Zwecke dienten die seit der Urzeit ausgebildeten Haftungsverträge. Sie waren unentbehrlich, wenn bei einer selbständigen Schuld der Gläubiger schon wegen bloßer Nichterfüllung eine Zugriffsmacht erlangen sollte²¹. Die reine Versprechensschuld konnte überhaupt nur durch freiwillige Haftungsübernahme Erzwingbarkeit gewinnen. Aber auch für Bußschuld wurde unmittelbar nur aus vertragsmäßiger Verpflichtung gehaftet. Darum wurde die Umwandlung der Bußschuld in eine gelobte Schuld mit gehöriger Haftungsübernahme angestrebt. Kam es zum aufsergerichtlichen Sühnevertrag, so wurde die Leistung der Bußschuld, sofern sie nicht sofort erfolgte, durch vereinbartes Haftungsgeschäft sichergestellt. Vor Allem aber legt das im gerichtlichen Verfahren ergehende Urteil dem Bußschuldner die Verpflichtung auf, bei Vermeidung der Ungehorsamsfolgen ein Haftung begründendes Urteilserfüllungsgelübde abzulegen²².

Den Inhalt des selbständigen Haftungsverhältnisses bildet die Einräumung einer durch die Nichtleistung einer eigenen oder fremden Schuld bedingten personenrechtlichen oder sachenrecht-

²⁰ Dies ist um so wichtiger, als auch Schulden anderen Ursprungs durch rechtswidriges Verhalten des Schuldners zu Bußschulden werden konnten; Sch. u. H. S. 19 Anm. 21.

²¹ Die bloße Nichtleistung von Geschuldetem setzte nicht aus dem Frieden und entzog dem Schuldner nicht die Mannheiligkeit und die Unantastbarkeit von Gut und Habe. Der Gläubiger, der lediglich auf Grund des Daseins der Schuld im Wege der Selbsthilfe die Person oder das Vermögen des Schuldners angegriffen hätte, hätte einen Friedensbruch begangen. Ebensowenig aber konnte er durch Anrufung des Gerichts einen Zugriff erzielen, da die Voraussetzungen für eine Friedloslegung nicht gegeben waren.

²² Regelmäßig lautete daher das Urteil ausdrücklich dahin, daß der Schuldner zu geloben (oder zu wetten) habe, daß er leisten (bei Beweisurteil, daß er seine Nichtschuld beweisen oder die Schuld erfüllen) werde; doch zielte in älterer Zeit auch ein auf Zahlung lautendes Urteil zunächst auf ein Zahlungsgelübde. Vgl. Sch. u. H. S. 20 Anm. 22—24, sowie S. 185 Anm. 2—3, S. 219 Anm. 112, S. 280 Anm. 17, S. 300 ff., S. 318 Anm. 102. Dazu die interessanten Nachweise über das Fortleben des Urteilsgelübdes oder der Urteilswette als Haftungsgrundlage in schweiz. Rechten bis über das Mittelalter hinaus b. Fr. E. Meyer a. a. O. S. 166 ff., 196 ff., 205.

lichen Macht. So lange die Bedingung schwebt, entspricht der Gebundenheit des Haftungsobjektes eine auf Festhaltung desselben bei der Gebundenheit gerichtete Macht des Berechtigten. Diese Festhaltungsmacht äußert sich in ältester Zeit wohl bei allen und immer bei gewissen Haftungsverhältnissen bereits in einer gegenwärtigen Herrschaft über die haftende Person oder Sache, in einem vorläufigen tatsächlichen Gewaltverhältnis. Sie kommt aber schon früh bei anderen Haftungsverhältnissen nur in rechtlicher (ideeller) Sicherung der möglichen künftigen Herrschaftsergreifung zum Ausdruck. Mit der Erfüllung oder sonstigem Erlöschen der Schuld tritt die Enthftung (Ledigung) ein. Mit dem Eintritt des Haftungsfalles dagegen entfaltet sich die Macht des Berechtigten zur gegenwärtigen Zugriffsmacht²³.

Die vertragsmäÙig eingeräumte Zugriffsmacht ist zum Unterschiede von der deliktischen Haftung einerseits unmittelbar, da sie keiner Vermittlung durch Friedlosigkeit bedarf, andererseits rechtlich begrenzt, da sie dem Gegenstande wie dem Umfange nach durch den Vertrag fest bestimmt ist. Erst durch die Haftungsgeschäfte daher wurde eine Differenzierung der Haftungsarten herbeigeführt und die Ausbildung eines reich gegliederten, in den einzelnen Stammesrechten mannigfach ungleich gestalteten, jedoch auf bestimmte Grundtypen zurückführbaren Haftungssystems ermöglicht.

a. **Persönliche Haftung.** Die persönliche Haftung war ihrem ursprünglichen Begriffe nach Haftung mit der leiblich erscheinenden Persönlichkeit. Sie verstrickte den Körper des Haftenden, so daß sich der Gläubiger an diesen wie an ein Sachpfand halten konnte. Nach der Strenge des alten Rechts verfiel daher der Haftende bei Nichterfüllung der Schuld dem Gläubiger mit Leib und Leben; dieser konnte mit ihm nach Willkür verfahren, ihn töten oder verstümmeln, ihn als Knecht behalten oder verkaufen²⁴. Allein durch das Haftungsgeschäft konnte die Zugriffsmacht des Gläubigers eingeschränkt werden, indem der Schuldner

²³ Der Zugriff selbst erfolgt im Wege der Selbsthilfe oder mittels Inanspruchnahme der Gerichtshilfe. Die Zugriffshandlungen gehören nicht mehr dem materiellen Recht, sondern dem Rechtsverwirklichungsverfahren an. Allein das Haftungsverhältnis bildet ihre rechtliche Grundlage; es macht Zwangsmaßnahmen rechtmäßig, die sonst widerrechtlich wären.

²⁴ Kohler, Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz, 1883, S. 30 ff. v. Amira II 172 ff. Brunner, R.G. II 477 ff., Grundz.⁶ S. 214. Schröder, R.G.⁵ S. 301. Sch. u. H. S. 50, 51, 61, 63.

die Zulässigkeit gewisser Eingriffe wegbedang oder von vornherein nur ein einzelnes Persönlichkeitsgut für die Schuld einsetzte; dies geschah frühzeitig und führte zur Ausbildung besonderer persönlicher Haftungsarten²⁵. Mehr und mehr wurde dann der normale Umfang der Zugriffsmacht des Gläubigers durch die Abwandlungen der auf die persönliche Haftung gegründeten gerichtlichen Personalexekution auch gesetzlich eingeengt.

Die älteste Form der rechtsgeschäftlichen Einsetzung der Person für Schuld ist die Geiselschaft. Der Geisel befindet sich nach Art eines Faustpfandes in der Gewalt des Gläubigers. Während des Schwebens der Schuld ist er nur in Gefangenschaft, so daß ihn der Gläubiger zwar zur Not fesseln, nicht aber an Leib oder Leben schädigen oder zu Diensten zwingen kann. Durch Schuldtilgung erlangt er die Freiheit zurück. Bei Schuldverzug aber verfällt er mit seiner Person dem Gläubiger. Der Schuldner kann sich selbst vergeiseln. Besonders üblich aber ist Vergeiselung für fremde Schuld, wie sie nicht nur auf Grund freiwilliger Selbsthingabe, sondern auch auf Grund der Hingabe durch einen Machthaber seit frühester Zeit im Völkerrecht begegnet und jüngst im Weltkrieg eine unheimliche Wiederauferstehung gefeiert hat. Im privatrechtlichen Verkehr kam die Geiselschaft in ihrer alten strengen Form früh außer Gebrauch, scheint sich aber in abgeschwächten Formen immer erhalten zu haben, um in den letzten Jahrhunderten des Mittelalters in der Umbildung zum Einlagergedinge neu aufzublühen²⁶.

Als rechtsgeschäftliche Form des Einsatzes der Person für Schuld entwickelte sich schon in der Urzeit die Bürgschaft in Gestalt der Leibbürgschaft²⁷. Sie ist ideelle Vergeiselung und als solche offenbar als Abspaltung der realen Vergeiselung entstanden. Die Bürgschaft versetzt, so lange die Schuld schwebt, den Bürgen in einen Zustand rein rechtlicher Gebundenheit, aus dem er durch

²⁵ Vgl. Sch. u. H. S. 72 ff. Aus Haftungsschwächungen wurden sie später, seit die regelmäßige Personalhaftung unter das vereinbarte Maß sank, zu Haftungsverstärkungen. Davon ist unten in § 187 zu handeln. Die Verpfändung des Lebens, einzelner Gliedmaßen, der Ehre, des Seelenheils, der Freiheit, der bürgerlichen oder kirchlichen Rechtsfähigkeit gehört dahin.

²⁶ Über die Geiselschaft vgl. Sch. u. H. § 5 II S. 50 ff., auch S. 173, 179, 184, 187, 191. Über das Einlagergedinge ebd. S. 52 ff. und 251 ff., sowie unten § 187 IV. Über die Verwendung der Geiselschaft als Zwangsvollstreckungsmittel durch richterliches Einlagergebot R. Loening, Vertragsbruch S. 247 Anm. 17, Rintelen a. a. O. S. 115 ff., Sch. u. H. S. 55 ff.

²⁷ Sch. u. H. § 5 II S. 56 ff.

Schuldtilgung gelöst wird. Im Falle des Schuldverzuges dagegen unterliegt er dem Zugriff des Gläubigers, der sich seiner Person bemächtigen kann²⁸. Zu einer derartigen Verstrickung der Person ohne sichtbare Machteinräumung bedurfte es eines selbständigen Formalvertrages, der eine sinnbildliche Hingabe der Person einschloß. Dieser Formalvertrag war das durch Treuwort und Handreichung vollzogene Treugelübde²⁹. Durch Treugelübde verbürgt der Schuldner seine eigene Schuld. Jede Schuld aber kann auch ein Anderer verbürgen. Die Übernahme der Bürgschaft für fremde Schuld erfolgt durch einen zusammengesetzten Formalakt, bei dem der Bürge durch Treugelübde seine Person einsetzt, ohne selbst ein Schuldversprechen abzulegen³⁰. Die Stellung von Bürgen war vielfach eine gesetzliche Verpflichtung des Schuldners und darüber hinaus allgemein gebräuchlich³¹. Mehr und mehr wurde der Ausdruck Bürgschaft vorzugsweise für das Haftungsverhältnis aus der Verbürgung fremder Schuld gebraucht, um schließlichschließlich nur noch dieses zu bezeichnen.

Die persönliche Haftung ist Grundlage der gerichtlichen Personalexekution, die der Richter durch rechtsförmliche Übergabe des verurteilten Schuldners in die Hand des Gläubigers vollzieht³². Sie bedeutete ursprünglich die volle Preisgabe des Schuld-

²⁸ Sch. u. H. S. 61 ff.

²⁹ Davon unten § 186 I 1 a α. Hier sei nur bemerkt, daß das Treugelübde schon der Urzeit bekannt war und insbesondere in Tac. Germ. c. 24 zu finden ist; Sch. u. H. S. 141 ff. Willkürlich ist auch die verbreitete Annahme, daß es zuerst im gerichtlichen Verfahren als Urteilserfüllungsgelübde ausgebildet und im Verkehr erst nachgebildet worden sei; vermutlich war es längst bei außergerichtlichen Sühneverträgen üblich, bevor es in den Prozeß verpflanzt wurde. So behandelt auch die l. Sal. t. 50 nach richtiger Auslegung die außergerichtliche und gerichtliche fides facta als gleichwertig; Sch. u. H. S. 145 ff.

³⁰ Sch. u. H. S. 57 ff.; unten § 206.

³¹ Daraus erklärt sich, daß der Schuldner, der keine Bürgen aufbringen konnte, die Selbstverbürgung in einer der Verbürgung für fremde Schuld nachgebildeten Form vornahm; Sch. u. H. S. 60, 148 Anm. 15, 159 Anm. 50, 161 Anm. 58, auch S. 285.

³² Sch. u. H. S. 64 Anm. 59. Neben der auf Bruch des Treugelübdes (insbesondere auch des Urteilserfüllungsgelübdes) gegründeten Personalexekution entwickelte sich eine Personalexekution auf Grund einer im Ächtungsverfahren erfolgten Friedloslegung (oben Anm. 19, Brunner, R.G. II 477 ff., Forsch. S. 469 ff., Egger S. 421 ff., Rintelen S. 7 ff., Sch. u. H. S. 64 Anm. 57), die dann unter Begrenzung und schließlicher Ausschaltung der Friedloslegung zu einem allgemeinen Vollstreckungsmittel gegen zahlungsunfähige Schuldner erweitert werden konnte (Sch. u. H. S. 64 Anm. 58, über langob. R. S. 190 ff.)

ners⁸³. Eine Milderung lag in der Ausbildung der Schuldknechtschaft⁸⁴. Sie trat nach manchen Rechten (z. B. dem fränkischen) nur kraft freiwilliger Selbstergebung ein, durch die sich der zahlungsunfähige Schuldner der drohenden Preisgabe entziehen und im Falle des Treugelöbnisses seine Treue einlösen konnte⁸⁵. In anderen Rechten (z. B. dem langobardischen) wurde von vornherein die Verknechtung durch den Richter als obrigkeitliche Vollstreckungsmaßregel eingeführt⁸⁶. Die Schuldknechtschaft, die ursprünglich endgültig war, nahm schon in fränkischer Zeit überwiegend das Gepräge einer bloßen Pfandknechtschaft an, so daß der Schuldner nur als Pfand (*loco wadii*) galt und durch nachträgliche Schuldtilgung ausgelöst wurde; dabei kamen nach der anfänglichen Regel die Dienste des Haftenden nach Analogie der ewigen Pfandschaft lediglich dem Gläubiger zugute, während später mehr und mehr nach Analogie der Totsatzung die Verrechnung des Wertes der geleisteten Dienste auf die Schuld bis zu deren Abverdienen durchdrang⁸⁷. Im deutschen Mittelalter ist sie zur Schulddienstbarkeit abgeschwächt, bei der der Schuldner dem Gläubiger bis zur Abverdienung der Schuld zu Zwangsdienst verpflichtet ist, im übrigen jedoch wie freies Gesinde gehalten werden muß⁸⁸. Neben der Schuldknechtschaft entwickelte sich die Schuldhaft, die dem Gläubiger nur ein Recht auf Gefangenhaltung des Schuldners bis zur Erfüllung der Schuld gewährt⁸⁹. Die richter-

und mit der Personalexekution aus vertragsmäßig übernommener Haftung zusammenfloß. Auch gerichtliche Personalexekution auf Grund der persönlichen Haftung aus Gewaltunterworfenheit kommt vor; Sch. u. H. S. 62.

⁸³ L. Sal. 58: *de vita componat*; 86 (Ed. Chilp. c. 8): *et faciant exinde quod voluerint*. Brunner, Forsch. S. 477 ff.; Rintelen S. 9 ff., 77 ff.; Sch. u. H. S. 64 VI 1 a.

⁸⁴ Wilda, Strafr. S. 516 ff. Grimm, R.A. II 163 ff. Stobbe, Vertragsr. S. 179 ff. R. Loening, Vertragsbr. S. 193 ff. Kohler, Shakespeare S. 20 ff. v. Meibom, Pfandr. S. 33 ff. Planck, Gerichtsv. II 258 ff. Brunner, Forsch. S. 474 ff., R.G. II 442 ff., 479 ff. Schröder, R.G.⁵ S. 230, 469. Rintelen S. 80 ff. Sch. u. H. S. 65 ff. v. Schwerin, R.G.² S. 116, 183, 187.

⁸⁵ Sch. u. H. S. 65 mit Belegen in Anm. 61—65 und an den dort angeführten weiteren Stellen.

⁸⁶ Sch. u. H. S. 65 mit Belegen und Weiterverweisungen in Anm. 66—69.

⁸⁷ Sch. u. H. S. 66—68 mit Belegen in Anm. 70—76.

⁸⁸ Sch. u. H. S. 68—69 mit Belegen in Anm. 77—82. Dabei gilt der dem Gläubiger überantwortete Schuldner nach wie vor als Pfand für die Schuld, so daß die Regeln über das Faustpfandrecht an Fahrnis entsprechend angewandt werden.

⁸⁹ Brunner, Forsch. S. 478; R.G. II 479; Grundz.⁶ S. 215. Rintelen,

liche Übergabe in private Schuldhaf, die namentlich im fränkischen Recht frühzeitig zur allgemeinen Form der gerichtlichen Personal-
 exekution wurde und im süddeutschen Recht überwog, aber auch
 im sächsischen Recht Eingang fand und namentlich vielfach in
 den Städten an die Stelle der Schulddienstbarkeit trat, begründet
 gleichfalls eine pfandrechtsähnliche Gewalt des Gläubigers an der
 Person des Schuldners, schloß aber den Arbeitszwang aus, so daß
 der Schuldner nur als Haftpfand, nicht als Nutzpand erschien⁴⁰.
 Zuerst in den Städten kam die auf Antrag und für Rechnung des
 Gläubigers von Gerichtswegen vollstreckte öffentliche Schuldhaf
 im Schulturm oder Schuldkerker auf, die schließlic sowohl die
 private Schuldhaf wie die Reste der Schuldknechtschaft verdrängte
 und zur alleinigen gesetzlichen Verwirklichungsform der leiblichen
 Haftung wurde⁴¹.

b. Vermögenhaftung. Die Vermögenhaftung ist Ver-
 strickung des Vermögens für Schuld. Sie war ursprünglich nur
 als Haftung mit der Fahrnis denkbar, konnte aber seit Ausbildung
 der Zwangsvollstreckung in Grundstücke auch das liegenschaft-
 liche Vermögen ergreifen. Ihrem Wesen nach ist sie von der per-
 sönlichen Haftung scharf unterschieden. Auch sie zwar enthält
 eine personenrechtliche Verstrickung des Vermögensherrn, indem
 sie dem Gläubiger die rechtliche Macht verleiht, behufs Zugriffes
 auf das Vermögen gewaltsam fremde Gewere zu brechen und zu
 diesem Zweck auch den Hausfrieden und die Hofherrschaft zu über-
 winden. Allein sie schließt keinerlei Zugriffsrecht auf den Körper
 oder irgend ein einzelnes durch die Mannheiligkeit verbürgtes Per-
 sönlichkeitsgut ein. Andererseits ist sie durchaus verschieden von
 der Sachhaftung. Denn sie begründet keine Gewere und kein
 dingliches Recht und auch nicht etwa eine anwartschaftliche Sach-
 herrschaft an den einzelnen Vermögensgegenständen, deren keiner
 durch die Bindung des Vermögens im ganzen in einen Zustand
 der Gebundenheit versetzt wird. Vielmehr gewährt sie nur das

S. 25 ff., 44 ff., 87 ff., 172 ff., 224 ff. R. Loening a. a. O. S. 198 ff. Stobbe
 a. a. O. S. 182 ff.; Zur Geschichte des älteren deut. Konkursprozesses, 1888,
 S. 55 ff., 98 ff. Kohler a. a. O. S. 38 ff. v. Schwerin a. a. O. S. 116, 188.
 Sch. u. H. S. 70 ff. ©

⁴⁰ Sch. u. H. S. 70—71 mit Belegen in Anm. 84—91.

⁴¹ Sch. u. H. S. 71—72 mit der in Anm. 92 angef. Lit. — Im M.A. findet
 sich daneben in den Städten die aus dem Ächtungsverfahren hervorgegangene
 Stadtverweisung als Exekutionsmittel gegen zahlungsunfähige (besonders bös-
 willige) Schuldner; R. Loening S. 208 ff.; Gengler, Deut. St.R.A. S. 445 ff.;
 Rintelen S. 19 ff., 23 ff., 108, 117 ff.; Sch. u. H. S. 64 Anm. 58.

Recht, bei Eintritt des Haftungsfalles sich im Wege der Bemächtigung eine Sachherrschaft, Gewere und dingliches Recht an einem herausgegriffenen Vermögensgegenstande zu verschaffen.

Die Vermögenshaftung als selbständige Haftungsart ist gleich der persönlichen Haftung aus rechtsgeschäftlichem Einsatz des Vermögens für Schuld hervorgegangen⁴². Das älteste formale Vermögensverhaftungsgeschäft ist der Wettvertrag, die „Wadiation“⁴³. Der Wettvertrag, der durch Geben und Nehmen eines die gesamte Habe vertretenden sinnbildlichen Pfandes (wadia) und deutendes Wort geschlossen wird, verstrickt bis zur Einlösung des Pfandzeichens durch Leistung des Geschuldeten die Fahrnis und unterwirft sie im Falle der Nichteinlösung dem Zugriff. Er schafft somit eine Bürgschaft für die Schuld, jedoch im Gegensatz zur Leibbürgschaft eine Vermögensbürgschaft. Der Schuldner kann dem Gläubiger unmittelbar wadiieren. Besonders üblich aber ist die Wadiation bei der Stellung von Bürgen, die dem Gläubiger gegenüber die Haftung übernehmen, während dieser dafür durch Weiterreichung der Wadia das Zugriffsrecht auf das Vermögen des Schuldners den Bürgen überträgt⁴⁴. Später wurde durch Erweiterung des Wettvertrages oder unter Anwendung neuer, die Offenkundigkeit verbürgender Formen eine das ganze Vermögen einschließlich der Grundstücke verhaftende Vermögensatzung ausgebildet⁴⁵. Auch entstand schon in fränkischer Zeit als Ab-

⁴² H. Meyer a. a. O. (oben Anm. 1) S. 984 ff. sucht umgekehrt auszuführen, daß die Vermögenshaftung strafrechtlichen Ursprungs und erst später von der rechtsgeschäftlichen Personalhaftung als Bestandteil aufgenommen sei.

⁴³ Von ihr ist unten in § 186 I 1 α β zu handeln. Hier sei vorläufig nur bemerkt, daß ich an der von mir nach dem Vorgange von Egger S. 389 ff. (teilweise schon von Horten II 78 ff., 92) in Sch. u. H. S. 78 ff., 259 ff. durchgeführten Auffassung festhalte. Es scheint mir undenkbar, daß die Ansicht Amira's, soviel Beifall sie zunächst gefunden hat, sich auf die Dauer behaupten wird. Allzu offensichtlich trägt die Wadiation in ihren verschiedenen Ausgestaltungen bei den einzelnen Stämmen die Spuren einer uralten Abzweigung von der realen Pfandsetzung.

⁴⁴ Die Haftung des Schuldners gegenüber dem Bürgen ist regelmäÙig nur Vermögenshaftung. Bei der langob. Wadiation haftet auch der Bürge dem Gläubiger nur mit dem Vermögen; Sch. u. H. S. 284 ff. (ähnlich nach burgund. R. S. 179 ff.). Dagegen übernimmt bei den Franken und wohl auch bei den meisten anderen Stämmen der Bürge regelmäÙig dem Gläubiger gegenüber leibliche Haftung; Sch. u. H. S. 159, 166, 294 ff.

⁴⁵ Ueber die Vermögensatzung oben Bd. II 824 ff., Sch. u. H. S. 34, 79 ff., 333 ff.; seitdem bes. Planitz a. a. O. (oben Anm. 19) S. 274 ff. Daß die obligatio omnium bonorum trotz häufiger Entlehnung der Form der jüngeren

spaltung des Wettvertrages die Haftungsübernahme durch rechtsförmliche Begebung der ein Versprechen verbriefenden Schuldurkunde⁴⁶. Neben der Vermögenshaftung aus formalem Verstrickungsgeschäft entwickelte sich im deutschen Recht frühzeitig eine rechtsgeschäftliche Haftung für Versprechensschuld aus dem Empfange von vermögenswertem Entgelt für das Versprechen⁴⁷. Indem diese Empfangshaftung bei gegenseitigen Verträgen auf bloßen Teilempfang übertragen und sodann auch an den Empfang einer bloß sinnbildlichen Leistung geknüpft wurde, traten zu den Verstrickungsgeschäften als eigenartige formale Haftungsgeschäfte die Arrhalverträge hinzu⁴⁸. Endlich verselbständigte sich auch die in der Unterwerfung unter Verbandsgewalt von je enthaltene Vermögenshaftung⁴⁹ und vor Allem die ursprünglich durch Friedlosigkeit vermittelte Vermögenshaftung des Bußschuldners⁵⁰, bis in dem Maße, in dem das Urteilerfüllungsgelübde außer Übung kam, die Vermögenshaftung überhaupt als von Rechts wegen eintretende Folge jeder deliktischen Schuldbeurteilung erschien⁵¹.

Die Verwirklichung der Zugriffsmacht auf haftendes Vermögen erfolgt durch Herstellung von Sachherrschaft an Vermögensgegenständen, an die sich der Gläubiger behufs Erzwingung der Befriedigung oder Erlangung von Genugtuung oder Ersatz zu

Satzung von Hause aus kein Pfandrecht, sondern nur ein generelles Haftungsrecht begründet, wird ziemlich allgemein anerkannt. Dies gilt auch für die auf einen Teil des Vermögens beschränkte Vermögenseinsetzung; Sch. u. H. S. 80, 233, 336.

⁴⁶ Sch. u. H. S. 81, 330 ff. Den Nachweis der Herkunft aus der Wadiation, die mit der Urkundenbegebung zunächst in äußere Verbindung trat, bis dann die Urkunde selbst die Rolle der Wadia übernahm, hat zuerst Brunner erbracht.

⁴⁷ Sch. u. H. S. 81—88, 165—166; unten § 186 I 1 b. Auch die Empfangshaftung reicht in die germanische Urzeit zurück; sie scheint ursprünglich aus der Vorstellung erwachsen zu sein, daß die Vorenthaltung dessen, was der Schuldner unter dem Versprechen der Rückerstattung empfangen oder als Gegenleistung für das Empfangene versprochen hat, strafbares Unrecht (Raub) ist; sie hat sich aber dann, ohne den deliktischen Beigeschmack abzustreifen, zu einem selbständigen Haftungsverhältnis entwickelt, dem der Gedanke zugrunde liegt, daß die Schuld durch Einverleibung ihres Äquivalents in das Vermögen zur Vermögenslast geworden ist.

⁴⁸ Sch. u. H. S. 88—89, 337 ff.; unter § 186 I 1 b.

⁴⁹ Sch. u. H. S. 89 mit S. 39—41.

⁵⁰ Sch. u. H. S. 89—90 mit S. 35—39.

⁵¹ Sch. u. H. S. 90.

halten vermag. Dem Zugriff auf Fahrnis dient die Pfändung⁵². Sie war ursprünglich stets und blieb immer in bestimmten Fällen eigenmächtige Pfandnahme durch den Gläubiger⁵³, wurde dann für die Regelfälle in Gläubigerpfändung mit richterlicher Ermächtigung umgebildet⁵⁴ und weiterhin zur richterlichen Pfändung, die zunächst ergänzend eintrat und schliesslich die Gläubigerpfändung in den Bereich von Ausnahmefällen zurückdrängte, ausgestaltet⁵⁵. Ein Zugriff auf Grundstücke war immer nur im Wege der gerichtlichen Zwangsvollstreckung möglich, die sich erst aus der obrigkeitlichen Beschlagnahme der Güter des Friedlosen als Fronung entwickelt hat⁵⁶.

Vermögenshaftung und persönliche Haftung waren selbständige Rechtsverhältnisse; wie die leibliche Haftung als solche kein Zugriffsrecht auf das Vermögen gewährte⁵⁷, so unterwarf die Vermögenshaftung als solche den Haftenden nicht der Personalexekution⁵⁸. Allein häufig wurden beiderlei Haftungsarten mit-

⁵² Sch. u. H. S. 34—45 und die dort angef. Literatur; dazu seitdem vor allem H. Planitz, Die Vermögensvollstreckung im deutschen mittelalterlichen Recht, Bd. I Die Pfändung, 1912; auch R. Sohm, Die Pfändung durch den Gläubiger im langob. und im fränk. Rechte eine Abspaltung der Fehde, in der Festschr. für seinen Vater, 1914, S. 319 ff.

⁵³ Über die (am längsten im langob. R. festgehaltene) eigenmächtige Pfändung auf Grund vertragsmässiger Vermögenshaftung vgl. Sch. u. H. S. 41 ff., 277 ff., 336 ff.; über die Reste im deut. M.A. seitdem eingehend Planitz S. 153 ff., 274 ff., 284 ff. Über die besonderen Fälle eigenmächtiger Pfandnahme, die nur zum Teil von Hause aus in Vertragshaftung wurzeln, im Übrigen ursprünglich teils aus deliktischer Haftung, teils aus Haftung kraft Gewaltunterworfenheit stammen, vgl. Sch. u. H. S. 35 ff., 39 ff., 42 Anm. 79, sowie seitdem Planitz a. a. O. S. 279—371.

⁵⁴ Sch. u. H. S. 42 ff. Anm. 81—82, 151 ff.; Planitz a. a. O. S. 21 ff., 165 ff.

⁵⁵ Sch. u. H. S. 37 ff., 43 ff.; Planitz S. 31 ff., 372 ff. Inwieweit die richterliche Pfändung aus der Berufung des Richters zur Ausübung des dem Gläubiger zustehenden Pfändungsrechtes hervorgegangen oder (wie zweifellos im salfränk. R.) aus dem Ächtungsverfahren erwachsen und erst nachträglich in den Dienst des Gläubigers gestellt ist und welchen Einfluss der ungleiche Ausgangspunkt auf die unendlich mannichfache Gestaltung des Pfändungsrechtes ausgeübt hat, kann hier nicht untersucht werden.

⁵⁶ Sch. u. H. S. 46—48; zur Lit. seitdem Planitz, Zur sächsischen Vollstreckungsgeschichte, in Festschr. f. Sohm, 1914, S. 349 ff.

⁵⁷ Oben Bd. II 811 Anm. 7, Sch. u. H. S. 74; Egger S. 52 ff., 125 ff., 419 ff., 431, 450 ff.; Rintelen S. 127 ff., 153 ff. und insbesondere für das Einlager S. 115 ff., 135 ff., 163 ff., 223 ff. Sehr häufig kommt es vor, daß der Bürge nur seine Person, der Schuldner nur sein Vermögen für die Schuld einsetzt; Sch. u. H. S. 59 Anm. 41, 160 Anm. 54—55, 295 ff.

⁵⁸ Sch. u. H. S. 96. Reine Vermögenshaftung ergibt sich nicht nur aus.

einander verbunden. Bei der rechtsgeschäftlichen Haftungsübernahme können Treugelöbniß und Wettvertrag verknüpft werden; das Urteilserfüllungsgelübde scheint bei vielen Stämmen notwendig solchen Doppelinhalt gehabt zu haben, wie dies namentlich die Form der fränkischen *fides facta* zeigt⁵⁹; auch sonst begegnet bei der Verbürgung für eigene wie für fremde Schuld vielfach die gleichzeitige Verstrickung der Person und des Vermögens⁶⁰; im deutschen Mittelalter verschmolzen überhaupt Treugelöbniß und Wettvertrag regelmässig dergestalt in einen einheitlichen Formalvertrag, daß das Treugelöbniß den Wettvertrag in sich aufnahm⁶¹. Durch die Haftung kraft Verbandsunterworfenheit und durch die von Rechts wegen eintretende deliktische Haftung wurde meist von vornherein mit der Person zugleich das Vermögen ergriffen⁶². In solchen Fällen stand dem Gläubiger der Zugriff sowohl auf den Körper wie auf die Güter des Haftenden offen⁶³. Mehr und mehr aber wurde, zumal ohnehin der Haftende es nicht leicht zur ordentlichen Personalexekution kommen liefs, bevor seine Mittel erschöpft waren, die Vermögenshaftung in den Vordergrund gerückt. So erschien es mehr und mehr als das normale Verhältnis, daß die volle Vermögenshaftung durch persönliche Haftung ergänzt wurde,

rechtsgeschäftlicher Übernahme, sondern kann auch für deliktische Schuld unter Umständen eintreten; ebd. S. 90 Anm. 34—35.

⁵⁹ Daß die *fides facta* Treugelübde war, folgt (trotz des Widerspruchs von Egger S. 401 Anm. 1) schon aus ihrem Namen, daß sie aber regelmässig auch Wettvertrag war, aus dem Gebrauch der *festuca*. Beweisend für die doppelte Haftungsübernahme sind die nach l. Sal. 50, 3 von dem Gläubiger, der sich dem Grafen für die Rechtmässigkeit seines Antrags auf gerichtliche Pfändung verbürgen muß, zu sprechenden Worte: „ego super me et fortuna mea pono“. Vgl. Sch. u. H. S. 153 ff. und unten § 186 I 1 a γ. Doch begegnet auch bei den Franken reine *Wadiation* (ebd. S. 157 ff., 293 ff.), wie reines Treugelübde (S. 160 ff. Anm. 55—56, S. 171 ff., 295 ff.).

⁶⁰ Puntschart S. 122 ff., 202 ff.; Egger S. 130 ff.; auch Sch. u. H. S. 182 ff.

⁶¹ Sch. u. H. S. 202 ff., 324 ff. Frühzeitig ist insbesondere im sächs. R. die Wette als besonderes Haftungsgeschäft verschwunden und das Treugelöbniß, bei dem vermutlich die Handreichung die Funktion der *Wadia* mitübernahm, zu einem zugleich mit der Person ihr Vermögen verstrickenden Formalvertrage geworden; a. a. O. S. 321 ff., 326 ff.

⁶² Sch. u. H. S. 89 ff. mit S. 35 ff., 39 ff. u. 62 ff.

⁶³ An sich hat er die Wahl, was er zuerst angreifen will; es kann aber ein Anderes bedungen sein. Die Annahme von Planck II 244 ff., daß die Personalexekution stets in erster Linie gestanden habe, ist unrichtig. Es kommt aber vor, daß die Pfändung nur subsidiär zulässig ist; Sch. u. H. S. 76 Anm. 112—113, S. 255.

diese aber nur subsidiär galt, indem die Vollstreckung in die Person erst nach erfolgloser Pfändung und Fronung zulässig war⁶⁴. Andererseits stellte sich die Vermögenshaftung mehr und mehr als die regelmässige Folge persönlicher Haftung dar, so daß schliesslich die Haftung mit dem ganzen Vermögen in den Begriff der „persönlichen“ Haftung aufgenommen werden konnte⁶⁵.

Eine ihrem Begriff nach reine Vermögenshaftung erhielt sich in der beschränkten Vermögenshaftung. Eine solche entsprang seit alter Zeit von Rechtswegen aus Rechtsnachfolge in ein Vermögen. Der neue Vermögensherr sukzediert in solche Schulden, die dem Vermögen als Passivbestandteile einverleibt sind, haftet aber für sie grundsätzlich nur mit dem erworbenen Vermögen oder dessen Wert. Hierauf beruht die Haftung des Erben, der für die Schulden des Erblassers, soweit sie überhaupt vererblich sind, nur mit dem Nachlaß und im Geltungsbereiche des strengen Beispruchsrechts sogar nur mit der nachgelassenen Fahrnis haftet⁶⁶. Frühzeitig verband sich auch mit dem Vermögensübergang unter Lebenden eine auf das Vermögen beschränkte Haftung des Erwerbers für die als Vermögenslasten betrachteten Schulden des bisherigen Vermögensherrn⁶⁷. Mit der Sondererbfolge in einzelne Vermögensmassen und der sonstigen Ausbildung von Sondervermögen entwickelte sich eine auf das Sondervermögen beschränkte Haftung für Sondervermögensschulden⁶⁸. Überdies konnte die rechtsgeschäftliche Einsetzung des Vermögens nach Belieben auf einen Teil des Vermögens beschränkt werden⁶⁹. Seitdem man die Haftung mit dem ganzen Vermögen als Ausfluß der persönlichen Haf-

⁶⁴ R. Loening S. 192 ff.; Punschart S. 201 ff.; Schröder, R.G.⁵ S. 789; nord. R. b. v. Amira I 125 ff., II 146 ff.; Sch. u. H. S. 75 u. 97. Es erscheint nun als besonders begründete Ausnahme, wenn die persönliche Haftung ausgeschlossen ist (Sch. u. H. S. 97 Anm. 60), ebenso aber, wenn sie prinzipal eintritt (ebd. S. 76 Anm. 114).

⁶⁵ Die reine Vermögenshaftung erschien nun als besonders begründete Ausnahme. Damit erst konnte die von Punschart S. 200 ff., Hübner S. 418 u. A. der Urzeit zugemutete Vorstellung entstehen, daß die Haftung mit der Person die Haftung der Person als Trägerin wirtschaftlicher Kraft, als „vermögensrechtlicher Persönlichkeit“ einschliesse.

⁶⁶ Sch. u. H. S. 90—94 (über die allmähliche Erweiterung des Kreises der vererblichen Schulden S. 93—94).

⁶⁷ Sch. u. H. S. 95—96; unten § 181 V.

⁶⁸ Sch. u. H. S. 94—95. Im Lehn-, Gesellschafts-, Berg- und Seerecht reichen die Anfänge der Schuldsonderung ins Mittelalter zurück.

⁶⁹ Oben Bd. II 829, Sch. u. H. S. 80, 233, 336.

tung ansah, erschienen „persönliche“ und „beschränkte“ Haftung als Gegensätze⁷⁰.

c. **Sachhaftung.** Die Sachhaftung unterwirft eine bestimmte Sache und nur sie dem Zugriff des Gläubigers. Sie begründet ein durch gegenwärtige oder anwartschaftliche Gewere vermitteltes dingliches Haftungsverhältnis, dessen Ausgestaltung zum Pfandrecht schon im Sachenrecht behandelt ist. Dort ist auch gezeigt, daß die Sachhaftung ihre Verselbständigung der rechtsgeschäftlichen Einsetzung einer Sache für Schuld verdankt, die als fahnrechtliche Pfandsetzung der Urzeit angehört und seit der Einbeziehung der Grundstücke in das Vermögen die Ausbildung zu den verschiedenen Formen der liegenschaftsrechtlichen Satzung, sowie der Grundstückshaftung für dingliche Schuld erfuhr⁷¹. Auch ist darauf hingewiesen, wie daneben seit alter Zeit die einseitige Pfandnahme auf Grund eines Pfändungsrechts eine im Einzelnen mannigfach ungleich ausgestaltete Sachhaftung begründete⁷². Endlich hat sich uns die Selbständigkeit der Sachhaftung ergeben, die im Falle ihrer rechtsgeschäftlichen Begründung ursprünglich stets und immer mangels anderer Vereinbarung oder Gesetzesvorschrift reine Sachhaftung war, jedoch ihre Selbständigkeit auch dann wahrte, wenn sie mit persönlicher Haftung oder Vermögenshaftung verbunden wurde⁷³.

3. **Verhältnis von Schuld und Haftung**⁷⁴. Schuld und Haftung können in mannigfacher Weise auseinanderfallen.

Es gibt Schuld ohne Haftung. Schuld ist Schuld, mag

⁷⁰ Eine durch Haftungssumme begrenzte Haftung mit dem ganzen Vermögen, die in diesem Sinne „beschränkte persönliche Haftung“ ist, scheint dem mittelalterlichen Recht noch fremd gewesen zu sein.

⁷¹ Oben Bd. II § 155, 159 I; dazu Sch. u. H. § 4 I S. 22—39. Über Sachhaftung kraft dinglicher Schuld oben Bd. II 712, 834, 852 ff., Sch. u. H. § 4 III S. 48—49.

⁷² Oben Bd. I 338 ff., II 953—956; genauer Sch. u. H. § 4 II S. 34—38, wo auch die aus den verschiedenen Arten der aufsergerichtlichen und gerichtlichen Pfändung entstehenden Haftungsverhältnisse näher untersucht sind; sie durchlaufen mancherlei Stufen vom bloßen als Druckmittel dienenden Festhaltungsrecht bis zum echten auf Befriedigung aus der Sache abzielenden Pfandrecht.

⁷³ Oben Bd. II 811, 957, sowie 712, 723 ff.; Sch. u. H. S. 23, 25, 28, 30, 32, 33, 45, 49—50, 74, 96. Die auf Grund von Vermögenshaftung durch Pfändung begründete Sachhaftung ist niemals reine Sachhaftung, sondern nur Haftungszuwachs; Sch. u. H. S. 45.

⁷⁴ Sch. u. H. § 7 S. 98—116.

es auch überhaupt an jeder Haftung für sie fehlen. Besteht eine Haftung, so braucht sie doch nicht den Schuldner zu treffen. Es ist möglich, daß lediglich ein Anderer mit seiner Person oder seinem Vermögen haftet. Möglich ist aber auch, daß für die Schuld ausschließlich eine Sache haftet und somit keinerlei personenrechtliche, sondern nur eine sachenrechtliche Macht für die Erfüllung Gewähr leistet. Die Haftung kann endlich dem Umfange nach infolge von Haftungsbeschränkungen hinter der Schuld zurückbleiben.

Es gibt Haftung ohne Schuld. Eine Haftung freilich, die überhaupt nicht auf Schuld bezogen wäre, ist undenkbar. Allein der Haftungsbegriff des deutschen Rechts setzt nur mögliche Schuld voraus. Somit kann für mögliche künftige Schuld, sei es eigene sei es fremde, eine Haftung übernommen werden, die zunächst stillgestellt, aber schon rechtswirksame Verstrickung ist⁷⁵. Eine wichtige Rolle spielt ferner Haftung ohne eigene Schuld. Sowohl der Geisel wie der Bürge für fremde Schuld haftet, ohne zu schulden. Ebenso ist die von Rechtswegen eintretende Haftung für Andere mit eigener Schuld nicht verbunden. Auch die Pfandsache haftet, ohne zu schulden. Schließlich kann, wenn der Haftende schuldet, seine Haftung sich über den Schuldbereich hinauserstrecken⁷⁶.

Schuld und Haftung waren jedoch von jeher auf einander angewiesen und wurden daher stets als Korrelatbegriffe aufgefaßt. Und unverkennbar waltete auch im deutschen Recht eine Entwicklungstendenz, die auf eine immer engere Verbindung zwischen Schuld und Haftung abzielte. Schon im Mittelalter fand ein Zusammenwachsen der Schuld- und Haftungsverhältnisse statt, das die Rezeption des römischen Rechts vorbereitete.

Es erschien mehr und mehr als das normale Verhältnis, daß für Schuld gehaftet wird. Die Ergänzung durch Haftung wurde immer allgemeiner als Vollendung der Schuld, die haftungslose Schuld als unvollkommene Schuld empfunden. Seit das Urteilserfüllungsgelübde außer Übung kam, für jede deliktische Schuld von Rechts wegen unmittelbare Haftung eintrat, endlich

⁷⁵ Hierher gehört schon die fides facta des die Pfändung beantragenden Gläubigers nach l. Sal. 50, 3. Ebenso alle Treugelübde, Wadiationen, Bürgenstellungen, Pfandsetzungen für mögliche künftige Ersatzschild.

⁷⁶ Sch. u. H. S. 109. Dahin gehört namentlich auch die gemeinschaftliche Schuld, wenn jeder Mitschuldner nur zu einem Anteil schuldet, aber für die ganze Schuld einstehen muß; darüber unten § 182 II 1.

aber auch das Schuldversprechen als solches die Kraft empfang, eine gesetzliche Haftung auszulösen, während die Haftung erzeugenden Verträge in Haftung verstärkende oder Haftung schwächende Rechtsgeschäfte übergingen, drang die Anschauung durch, daß aus Schuld normalerweise Haftung entspringt⁷⁷. Die haftungslose Schuld wurde so zur Ausnahme. Demgemäß wurde auch mit der Bürgenhaftung für fremde Schuld immer regelmässiger Haftung des Schuldners für die eigene Schuld verbunden⁷⁸. In den Fällen beschränkter Haftung wirkte einerseits seit alter Zeit das Haftungsverhältnis auf das Schuldverhältnis insofern zurück, als mit dem Wegfall oder der Erschöpfung des Haftungsgegenstandes die Schuld selbst erlosch⁷⁹, machte aber andererseits sich die Neigung bemerkbar, das Schuldverhältnis mit dem Haftungsgegenstande zu verknüpfen⁸⁰.

Umgekehrt erschien es mehr und mehr als das normale Verhältnis, daß der Haftung Schuld entspricht. Demgemäß wohnt ersichtlich der Haftung für fremde Schuld die Tendenz inne, eigene Schuld zu begründen oder in sich aufzunehmen. So entwickelte sich frühzeitig aus der gesetzlichen Haftung für Andere und für Tiere zugleich ein Schuldverhältnis⁸¹. Aber auch die rechtsgeschäftliche Verbürgung für fremde Schuld füllte sich schon im Mittelalter vielfach mit Schuldinhalt, so daß der Bürge, obschon er in erster Linie stets Hafter blieb, zugleich Schuldner wurde⁸². Ebenso führte die Erstreckung der Haftung über den Bereich der eigenen Schuld zum Teil zur Erweiterung des Schuldverhältnisses⁸³.

⁷⁷ Den Nachweis, daß diese Stufe bereits im deut. M.A. erreicht war, habe ich in Sch. u. H., bes. S. 209 ff., 234 ff., erbracht.

⁷⁸ Dem Bürgen gegenüber haftete der Schuldner von je; erst allmählich aber wurde diese Haftung dem Gläubiger gegenüber zunächst subsidiär, dann neben und endlich vor der Bürgenhaftung wirksam. Sch. u. H. S. 100 ff., unten § 206.

⁷⁹ So ursprünglich bei jeder Pfandhaftung und später bei der reinen Sachhaftung, so aber auch bei der Erbenhaftung und sonstigen beschränkten Vermögenshaftung; Sch. u. H. S. 108. Bei völliger Trennung von Schuld und Haftung müßte ja, wenn die Schuld nicht oder nur teilweise befriedigt ist, haftungslose Schuld zurückbleiben.

⁸⁰ Sch. u. H. S. 108—109. Diese Tendenz ist vor allem im sachenrechtlichen Begriff der Grundstücksschuld (dinglichen Schuld) durchgedrungen, hat aber auch die Objektivierung der Sondervermögensschulden hervorgerufen.

⁸¹ Sch. u. H. S. 102—104 (bei Sippehaftung, Haftung des Hausherrn und Haftung des Tierherrn).

⁸² Sch. u. H. S. 104—106 u. unten § 206.

⁸³ Sch. u. H. S. 109.

Nur wurde durch solches Zusammenwachsen die begriffliche Scheidung von Schuld und Haftung niemals in Frage gestellt⁸⁴. Dafür, daß sie lebendig blieb, sorgte neben den Fällen, in denen nach wie vor Schuld und Haftung auseinanderfielen, schon die fortdauernde Verschiedenheit der Haftungsarten und die Mannigfaltigkeit ihrer Kombinationen. Allerdings wurde in erheblichem Umfange die Haftungsart durch die Schuldart bestimmt. Allein immer blieben Schuldart und Haftungsart selbständiger Entfaltungsfähig. Gleichartige Schuld konnte durch sehr verschiedenartige Haftung gesichert werden, gleichartige Haftung für sehr ungleichartige Schuld eintreten. So mußte man sich bewußt bleiben, daß das Maß der Wirkungsmacht des Schuldverhältnisses nicht aus ihm, sondern aus dem ihm angefügten Haftungsverhältnis stammt.

II. Entwicklung seit der Rezeption. Mit dem römischen Recht drang der römische Begriff der Obligation ein, wie ihn das Corpus juris civilis darbietet⁸⁵. In ihm sind Schuld und Haftung verschmolzen. Die Obligation ist ein Schuldverhältnis, das seiner inneren Natur nach die Person mit ihrem Vermögen verhaftet⁸⁶. Sie trägt das Haftungsverhältnis, von dem sie den Namen hat, in sich. Aber sie schließt zugleich das Schuldverhältnis ein. Darum erscheint ein Schuldverhältnis, das ausnahmsweise keine Haftung begründet und gleichwohl rechtliche Wirkungen äußert, zwar als unvollkommene Obligation, aber eben doch als Obligation (*obligatio naturalis*)⁸⁷. Die Haftung aus der Obligation ist mit der Vollwirksamkeit der Schuld gegeben und bedarf keiner besonderen Begründung. Sie ist grundsätzlich stets von gleicher Art und ergreift die ganze Persönlichkeit. Die Bürgschaft ist akzessorische Obligation und daher ebenfalls Schuld- und Haftungs-

⁸⁴ Sch. u. H. S. 115—116.

⁸⁵ Die noch sichtbaren Spuren seiner Entwicklungsgeschichte, die auf ehemalige Scheidung von Schuld und Haftung hinweisen (oben Anm. 2), kommen für seine Einwirkung auf das deutsche Recht nicht in Betracht.

⁸⁶ Pr. Inst. de obl. et act. 3, 13: *obligatio est juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus solvendae rei secundum nostrae civitatis jura*. L. 3 pr. D. de obl. et act. 44, 7: *obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitatem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum*.

⁸⁷ Über die röm. Naturalobligation vgl. bes. v. Savigny, OR. I § 5 ff.; Schwanert, Die Naturalobligationen des röm. R., 1861; Kuntze, Die Obligationen S. 192 ff.; Brinz, Pand. II² S. 40 ff.; Dernburg, Pand. II § 4 ff.; Windscheid II § 287 ff.; Klingmüller, Die Lehre von den natürlichen Verbindlichkeiten, 1905.

verhältnis. Eine Beschränkung der Haftung kommt nur in einzelnen Verhältnissen als äußere Abwandlung der normalen Obligation vor⁸⁸. Das Pfandrecht begründet Sachhaftung (*obligatio rei*), die aber nur akzessorisch zu einer persönlichen Obligation hinzutreten kann⁸⁹.

Die römische Grundauffassung setzte sich durch. Damit geriet der Unterschied von Schuld und Haftung nahezu in Vergessenheit. Die selbständigen Haftungsverhältnisse des deutschen Rechts wurden umgebildet und mehr und mehr ihrer privatrechtlichen Besonderheit entkleidet. Das Zugriffsrecht des Gläubigers tritt erst in der gerichtlichen Exekution zutage, deren Stadien und Modalitäten sich an Stelle der verschiedenen Haftungsarten schieben. Grundsätzlich ist wegen jeder Schuld Real- und Personalexécution, jedoch die Vollstreckung in die Person, die durch Schuldhaft vollzogen wird, erst nach fruchtloser Vollstreckung in das Vermögen zulässig⁹⁰. Damit fließen persönliche Haftung und Vermögenshaftung vollkommen zusammen. Befreiungen von der Personalhaftung erscheinen als Exekutionsprivilegien. Die beschränkte Haftung sucht man unter den Gesichtspunkt der Exekutionsbeschränkung zu stellen⁹¹. Sogar der Begriff der Sachhaftung wird mit der Verbildung des Pfandrechts erschüttert und droht sich in ein System von Exekutionsprivilegien aufzulösen⁹².

Gleichwohl ging die germanische Auffassung von Schuld und Haftung nicht spurlos unter. Sie pflanzte sich in deutschrechtlichen Gebilden oder ihren Resten fort und erhielt sich hinreichende Lebenskraft, um seit der Wiedergeburt des nationalen Rechts von Neuem vorzudringen und gestaltend zu wirken. Von besonderer Wichtigkeit dafür war einerseits die Festhaltung der beschränkten Haftung als eines in verschiedenen Formen ausgeprägten selbständigen Rechtsgebildes im Handels- und Seerecht, andererseits die Erneuerung des Gedankens der selbständigen Sachhaftung durch das moderne Pfandrecht.

III. Heutiges Recht. So ist auch für unser heutiges Recht die Unterscheidung von Schuld und Haftung bedeutungsvoll⁹³. Sie

⁸⁸ Bei der *actio de peculio*, den Noxalklagen und seit Einführung des *beneficium inventarii* bei den Nachlassverbindlichkeiten.

⁸⁹ Oben Bd. II 827, 967.

⁹⁰ Nur das Wechselrecht bildete die Schuldhaft zum prinzipalen Vollstreckungsmittel aus; J.R.A. § 2; A.D.W.O. Art. 2 mit Nürnb. Nov. 1—2.

⁹¹ So noch Ehrenberg, Beschränkte Haftung S. 468.

⁹² Darüber v. Schwind, Pfandr. S. 30 ff.

⁹³ Vgl. die oben Anm. 3 angef. Lit. Daß unter den Anhängern dieser Meinung keineswegs Einigkeit über die Begriffsbestimmung von Schuld und

ist freilich im B.G.B. nicht bewußt durchgeführt und kommt daher auch in der Gesetzeterminologie keineswegs zu eindeutigen Ausdruck⁹⁴. Allein sie liegt dem Aufbau unseres geltenden Rechts kraft innerer geschichtlicher Notwendigkeit zugrunde und ist der wissenschaftlichen Aufdeckung und der praktischen Verwendung fähig und bedürftig. Wir unterscheiden daher auch heute von dem Schuldverhältnis als solchem, dessen Inhalt sich im rechtlichen Sollen erschöpft⁹⁵, das hinzutretende Haftungsverhältnis, das den Haftenden einer rechtlichen Macht des Gläubigers unterwirft und dem Gläubiger infolge hiervon die Befugnis verleiht, sich erforderlichenfalls durch Zugriff die geschuldete Leistung oder einen Ersatz für dieselbe zu verschaffen⁹⁶. Dem zunächst nur die Passiv-

Haftung und die praktische Tragweite ihrer Unterscheidung herrscht, ist bei der Neuheit der Lehre und dem Zustande der Gesetzgebung begreiflich. Wenn aber die Gegner vielfach hieraus ein Hauptargument gegen die heutige Verwendbarkeit der Unterscheidung herleiten, so ist dies der schwächste Punkt ihrer Beweisführung.

⁹⁴ Über das Vorkommen der Ausdrücke „Haftung“ und „Haften“ im B.G.B. vgl. das Wortverzeichnis von Gradenwitz S. 85 und über den Sinn, in dem sie gebraucht werden, Weyl, System der Verschuldensbegriffe im BGB., 1905, S. 546 ff. Dazu über „Vertreten“ und „Einstehen“ im Sinne von Haften Weyl S. 494 ff., 561. Über „Schuld“ und „Schulden“ Gradenwitz S. 129, Weyl S. 15. Vgl. auch v. Tuhr a. a. O. S. 109 ff., Enneccerus § 226, Schreiber S. 10 ff., Siber b. Planck II 1⁴ S. 18 ff. Der Sprachgebrauch des H.G.B. und der Spezialgesetze bereitet weitere Schwierigkeiten; man denke nur an die neben „Haftung“ begegnende „Haftpflicht“ (z. B. H.G.B. § 220², G.m.b.H.G. § 22³, Gen.G. § 2 usw.). — Daß die Gesetze oft von „Haftung“ sprechen, wo sie auch „Schuld“ sagen könnten, bemerkt zutreffend Siber, Jahrb. f. D. L. 168 ff. Sind Schuld und Haftung verbunden, so kann eben das eine oder andere Moment in den Vordergrund des Gesichtsfeldes rücken. Ist dies die „Haftung“, so läßt sich meist dafür ein innerer Grund nachweisen.

⁹⁵ Daß der Begriff „Leistensollen“ und „Bekommensollen“ fordert und auch heute nicht ein bloßes Bekommensollen ausdrücken kann, ist schon oben in Anm. 9 bemerkt. Einen Hinweis aber auf Haftung enthalten die Begriffe „Schuldverhältnis“, „Schuld“, „schulden“ auch im Sprachgebrauch der Gesetze nicht, wie ja das B.G.B. auch haftungslose Schuld als „Schuld“ bezeichnet. Dies ändert sich erst, wenn von „Verbindlichkeit“ oder „Verpflichtung“ des Schuldners die Rede ist.

⁹⁶ Das Haftungsverhältnis besteht als Gebundenheit für etwaigen Zugriff vor dem Eintritt des Zugriffsfalles. Es hat personenrechtlichen oder sachenrechtlichen Inhalt. Darum drückt auch heute wie im älteren deutschen Recht das „Einstehen“ oder „Einsetzen“ für Schuld in erster Linie Haftung aus, mag es auch gleichzeitig Schuld nach sich ziehen. Der einheitliche Haftungsbegriff wird nicht, wie v. Tuhr I 190 ff., Siber b. Planck II 1⁴ S. 19 u. A. meinen, dadurch in Frage gestellt, daß die Worte haften, einstehen oder auch „ver-

seite beider Verhältnisse ausdrückenden Unterschiede von „Schuld“ und „Haftung“ entspricht dabei auf der Aktivseite der Unterschied von „Forderung“ und „Zugriffsrecht“⁹⁷. Die Haftungsverhältnisse sind auch heute, so innig sie mit den Schuldverhältnissen verbunden sind, selbständige Rechtsverhältnisse⁹⁸. Erst sie begründen, begrenzen aber zugleich die Erzwingbarkeit der Schuldverhältnisse. Durch Haftung wird, soweit zur Durchsetzung einer Forderung Selbsthilfe erlaubt ist, die Art und das Maß des zulässigen Eingriffes in die fremde Rechtssphäre bedingt und bestimmt⁹⁹. Haftung aber bildet vor allem die Grundlage der zur Durchsetzung schuldrechtlicher Ansprüche im Wege der Zwangsvollstreckung ge-

treten“ mit Vorliebe gebraucht werden, um eine mögliche, künftige oder eine bloß subsidiäre Schuld zu bezeichnen; denn immer bringen sie eben in erster Linie die für solche Schuld bestehende Unterwerfung unter den eventuellen Zugriff zum Ausdruck und schließen nur das Schuldverhältnis ein (vgl. oben Anm. 94 a. E.). Weitaus zu eng faßt daher v. Tuhr den Haftungsbegriff, wenn er S. 110 ff. nur die Unterwerfung des Vermögens unter Zwangsvollstreckung technisch „Haftung“ nennen will. Schief ist auch seine Antithese, daß der Schuldner verpflichtet sei, sein Vermögen hafte; Subjekt der Haftung ist in Wahrheit stets der Vermögensherr oder Sachherr, und seine Haftung begründet eine „Verpflichtung“, den Zugriff zu dulden.

⁹⁷ „Forderung“ ist dabei als Forderndürfen (B.G.B. § 241) ohne Hinweis auf die Erzwingbarkeit im Sinne der alten „Schuld“ des Gläubigers, die sich nicht wieder beleben läßt, zu verstehen, „Zugriffsrecht“ als jede durch das Recht aus Haftung, das allenfalls auch „Haftungsrecht“ genannt werden kann, gewährte Zwangsbefugnis. Der Versuch Schreibers a. a. O. S. 19 ff., auf der Aktivseite die Begriffe „Anrecht“ gegenüber „Schuld“ und „Deckung“ gegenüber „Haftung“ einzuführen, hat wenig Aussicht auf Erfolg. — Soweit der Sachhaftung ein sachenrechtliches Leisten- und Bekommensollen entspricht, müssen wir auch hier von „Schuld“ und „Forderung“, nur eben von „dinglicher“ Schuld und Forderung sprechen, dürfen aber nie vergessen, daß dieses rein sachenrechtliche Verhältnis nur ein Analogon des im B.G.B. technisch allein „Schuldverhältnis“ genannten persönlichen Schuldverhältnisses ist, auf das die für „Schuld“ und „Forderung“ im technischen Sinn geltenden Vorschriften nicht unmittelbar, wohl aber vielfach entsprechend anwendbar sind.

⁹⁸ Dies bestreitet Enneccerus § 226 II, obschon er sich damit m. E. in Widerspruch mit seiner eignen Grundauffassung setzt. Auch die mit der Schuld heute normalerweise von Rechts wegen eintretende Haftung ist ein vom Schuldinhalt gesondertes Rechtsverhältnis. Daß nur die Fälle abgeschwächter oder gesteigerter Haftung Anlaß bieten, den selbständigen Haftungsbegriff praktisch zu verwerten, rechtfertigt nicht die vielfach (jetzt z. B. auch bei Siber b. Planck II 1⁴ S. 20, 25 ff.) hervortretende Neigung, ihn auf Sonderfälle zu beschränken.

⁹⁹ So in den Fällen erlaubter eigenmächtiger Pfändung, aber auch bei privatem Pfandverkauf, einseitiger Aufrechnung, Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts; vgl. Siber a. a. O. S. 18 a. E.

währten Gerichtshülfe¹⁰⁰. Der Vollstreckungsanspruch ist ein Bestandteil des Rechtsschutzanspruches und daher ein das Privatrecht ergänzendes subjektives öffentliches Recht gegen den Staat¹⁰¹. Seine materiellrechtliche Quelle aber ist das dem Gläubiger kraft gesetzlicher oder rechtsgeschäftlicher Unterwerfung eines Haftenden zustehende Zugriffsrecht, das seinerseits dem Privatrecht angehört¹⁰². Darum bedarf es an dieser Stelle eines Überblicks über die Haftungsverhältnisse des geltenden Rechts und ihre Beziehungen zu den Schuldverhältnissen.

1. **Haftungsarten.** Die Selbständigkeit der Haftungsverhältnisse offenbart sich von vornherein darin, daß es verschiedene Haftungsarten gibt, die nur zum Teil besonderen Schuldarten entsprechen, größtenteils dagegen unabhängig von der Schuldart eintreten können.

a. **Persönliche, Vermögens- und Sachhaftung.** Die persönliche Haftung im Sinne einer Haftung mit der Person

¹⁰⁰ Ob die Zwangsvollstreckung auf Erfüllung oder Ersatz wegen Nichterfüllung abzielt, ist für den Haftungsbegriff unerheblich. Auch die altgermanische Haftung sollte, was von germanistischer Seite mit Unrecht oft bestritten wird, in erster Linie Erfüllung der ursprünglichen Schuld gewährleisten; andererseits ist auch Ersatzleistung, weil Erfüllung der in Ersatzschuld umgewandelten Schuld, Schuldenerfüllung. Es ist daher willkürlich, wenn Siber, *Jahrb. f. D.* L 88 ff., 163 ff. (und schon *Rechtswang* S. 1 ff.), den Haftungsbegriff überall, wo die Vollstreckung zur Erfüllung der ursprünglichen Schuld führt, als wesenlos ausschalten und nur das Entstehen für Ersatz wegen Nichterfüllung als Haftung gelten lassen will; die Unhaltbarkeit dieser Unterscheidung tritt am deutlichsten bei der aus ihr S. 124 ff. u. 163 ff. gefolgerten Einschränkung des Begriffes der „Sachhaftung“ zutage. Unfruchtbar scheint mir auch die sich hieran anlehrende Unterscheidung Krückmanns, *Jahrb. f. D.* LIX 34 ff., zwischen Haftung „auf“ und „für“ geschuldete Leistung zu sein.

¹⁰¹ Vgl. oben Bd. I § 37 I. Prozeßrechtlich wird der Vollstreckungsanspruch erst durch das Urteil begründet, in dem er seine formell selbständige Grundlage hat. Allein der Anspruch auf ein vollstreckbares Urteil ist bereits gegeben, sobald ein erzwingbares Recht verletzt ist, und wird mit der Klage geltend gemacht.

¹⁰² Demgemäß sind die Haftungsverhältnisse, soweit sie Besonderheiten aufweisen, im B.G.B., im H.G.B. und in anderen privatrechtlichen Gesetzen geregelt. Dafür aber, daß die besonderen privatrechtlichen Haftungsverhältnisse bei der Vollstreckung Beachtung finden, sorgen die Vorschriften der Z.P.O. über die zur Vollstreckung in bestimmte Vermögensmassen erforderliche Urteilsgrundlage (§ 735—748) und über die auf Grund von Haftungsschranken zulässigen Einwendungen gegen die Zwangsvollstreckung (§ 777—786). — In Ansehung öffentlichrechtlicher Schuldverhältnisse gehören natürlich auch die Haftungsverhältnisse dem öffentlichen Recht an.

ist mit der Aufhebung der Schuldhaft weggefallen¹⁰³. Doch hat sich ein Rest leiblicher Haftung bei Verpflichtungen zu einem individuellen Handeln, Dulden oder Unterlassen in der Zulässigkeit der Inhaftnahme des Schuldners als Zwangsvollstreckungsmittel erhalten¹⁰⁴. Auch die zur Durchführung oder Sicherung der Vollstreckung in das Vermögen zulässigen Zwangsmafsregeln gegen die Person des Schuldners setzen den Fortbestand seiner leiblichen Haftung in gewissen Grenzen voraus¹⁰⁵.

Im Übrigen ist alle Haftung für Schuld heute nur Haftung mit dem Vermögen. Sie kann aber Haftung mit dem Gesamtvermögen, einem Sondervermögen oder einem einzelnen Vermögensgegenstande sein.

Die Haftung mit dem Gesamtvermögen wird heute allgemein als „persönliche Haftung“ bezeichnet. Sie ergreift eben nach der im Laufe der Entwicklung durchgedrungenen Auffassung die vermögensrechtliche Persönlichkeit als solche und darum das Vermögen in seinem jeweiligen durch das Subjekt bestimmten Bestande, nicht in irgend einer objektiven Verselbständigung. Somit eröffnet die persönliche Haftung dem Gläubiger erforderlichenfalls den Zugriff auf jeden beliebigen Vermögensgegenstand¹⁰⁶. Ihr Begriff wird dadurch nicht hinfällig, daß ihr gewisse Vermögensteile aus besonderen Gründen entzogen sind¹⁰⁷.

¹⁰³ R.G. v. 28. Mai 1868. Österr. G. v. 4. Mai 1868. Auch rechtsgeschäftlich kann sie nicht mehr begründet werden.

¹⁰⁴ Z.P.O. § 888—890. Allerdings erfolgt die Inhaftnahme behufs Überwindung des Ungehorsams gegen ein richterliches Gebot oder Verbot. Allein daß der durch Haft erzwingbare richterliche Befehl auf Antrag und im privaten Interesse des Gläubigers zu erlassen ist, setzt eben doch Verstrickung der Person für die Schuld voraus. Gerade behufs Ausschließung solcher Verstrickung sind die wichtigen Ausnahmen des § 888² gemacht.

¹⁰⁵ So der Zwang zur Leistung des Offenbarungseides nach Z.P.O. § 807 u. § 883 in dem durch § 899—915 geordneten Verfahren, sowie der persönliche Sicherheitsarrest nach Z.P.O. § 918, 933. Ein freilich engbegrenztes Zugriffsrecht auf die Person liegt auch der kraft erlaubter Selbsthilfe gemäß B.G.B. § 229 u. 230³ zulässigen Festnahme des Verpflichteten zugrunde.

¹⁰⁶ Dies schließt nicht aus, sondern ein, daß der Gläubiger zunächst den Zugriff auf den speziell geschuldeten Leistungsgegenstand, eine herauszugebende Sache oder ein Tun oder Unterlassen (Z.P.O. § 883—898), richten kann oder muß. Schon hierin tritt, wenn beim Scheitern des direkten Erfüllungszwanges wegen der Ersatzschuld das Gesamtvermögen angegriffen werden kann, die persönliche Haftung zutage. Vgl. oben Anm. 100.

¹⁰⁷ So die unpfändbaren Sachen, Forderungen und sonstigen Rechte, deren Befreiung vom Gläubigerzugriff auf dem Gedanken beruht, daß nur die vermögensrechtliche Persönlichkeit, nicht die Persönlichkeit als Trägerin von

Die Haftung mit einem Sondervermögen verstrickt einen Vermögensbegriff als solchen in seinem objektiven Bestande und läßt sich daher der „persönlichen“ Haftung als echte Vermögenshaftung gegenüberstellen. Sie gewährt ein Zugriffsrecht auf jeden Bestandteil des haftenden Sondervermögens. Es ist möglich, daß sie als reine Vermögenshaftung für sich allein besteht¹⁰⁸. Sie kann aber auch vor, neben oder hinter persönlicher Haftung begründet sein¹⁰⁹.

Die Haftung mit einem einzelnen Vermögensgegenstande verstrickt eine bestimmte körperliche oder unkörperliche Sache und kann daher „Sachhaftung“ genannt werden. Sie gewährt ein Zugriffsrecht auf dieses und nur dieses Objekt. Eine Sachhaftung begründen vor allem die vom Sachenrecht ausgebildeten dinglichen Haftungsrechte, die Grundpfandrechte nebst den Reallasten und das Fahrnispfandrecht¹¹⁰. Es gibt aber auch persönliche Rechte, kraft deren sich der Gläubiger an eine bestimmte körperliche Sache oder einen unkörperlichen Vermögensgegenstand halten kann¹¹¹. Auch die Sachhaftung kann als reine Sachhaftung für sich bestehen oder von persönlicher oder Vermögenshaftung begleitet sein.

b. Unbeschränkte und beschränkte Haftung. Wer für eine Schuld haftet, haftet der Regel nach mit seinem ganzen Vermögen bis zur Höhe der Schuld. Ihn trifft also unbeschränkte Haftung. Die Haftung kann aber auf zweierlei Weise beschränkt sein¹¹².

Gütern, die zwar Vermögenswert haben, aber ihrem Kern nach Persönlichkeitsgüter sind oder wegen ihrer unmittelbaren Bestimmung für den persönlichen Lebenszweck als solche gewertet werden, haften soll. Ferner die haftungsfreien Sondervermögen; oben Bd. II 68 Anm. 85. Auch die rechtsgeschäftliche Wegbedingung der Haftung eines einzelnen Gegenstandes ist möglich; Siber a. a. O. S. 129.

¹⁰⁸ Vgl. die oben Bd. II 67 Anm. 82 zusammengestellten Fälle.

¹⁰⁹ Davor in den oben Bd. II 67 Anm. 83, daneben in den ebenda Anm. 84 u. S. 68 Anm. 87, dahinter in den ebenda Anm. 86 angeführten Fällen.

¹¹⁰ Oben Bd. II 612, 712 ff., 852 ff., 967, 981 ff., 1004, 1011.

¹¹¹ So das kaufmännische und in gewissem Umfange auch das gewöhnliche Zurückbehaltungsrecht; unten § 176 V a. E. Ferner die in K.O. § 49 dem Pfandrecht gleichgestellten Rechte, die einen Anspruch auf abgesonderte Befriedigung gewähren. Auch das oben Bd. II 952 ff. besprochene Vorzugsrecht der Pfandbriefgläubiger. — Darüber, daß „Sachhaftung“ und „Pfandhaftung“ sich nicht decken, vgl. auch Pappenheim, Seerecht II 308 Anm. 4, Schreiber a. a. O. S. 272 ff.

¹¹² Ehrenberg, Beschränkte Haftung des Schuldners nach See- und Handelsrecht, 1880. K. Lehmann, Lehrb. des H.R. § 27. Dernburg, B.R.

α. Haftung mit Haftungsgrenze. Es ist möglich, daß die Haftung zwar das ganze Vermögen des Haftenden ergreift, aber nur bis zu einer bestimmten Haftungsgrenze reicht. Die Haftungsgrenze kann durch einen festen Höchstbetrag (Haftungssumme) bestimmt sein. Eine derartige Haftungsbeschränkung kann beliebig vereinbart werden¹¹³. Kraft gesetzlicher Vorschrift gilt sie bei manchen Schadenersatzverbindlichkeiten¹¹⁴. Als reguläre Haftungsform tritt sie für den Kommanditisten bei der Kommanditgesellschaft und für den Genossen einer eingetragenen Genossenschaft mit beschränkter Haftpflicht ein¹¹⁵. Die Haftungsgrenze kann aber auch durch einen von besonderen Umständen abhängigen Betrag gezogen werden¹¹⁶. Da das Zugriffsrecht des Gläubigers

II 1 § 4. Enneccerus § 226 III. Geib, Rechtsschutzbegehren, 1909, S. 163 ff. Zitelmann, Intern. P.R. II 563 ff. W. Hein, Duldung der Zwangsvollstreckung, 1911, S. 107 ff. v. Tuhr I 111 ff. Siber, Rechtszwang S. 183 ff., Jahrb. f. D. L 128 ff., Vorbem. S. 29 ff. Buch S. 48 ff. Schreiber S. 210 ff. Hamburger a. a. O. S. 115 ff.

¹¹³ So z. B. bei einer Verbürgung oder Garantieleistung bis zu einem Höchstbetrage oder einem limitierten Kreditauftrage. — Doch kann eine vertragsmäßige Haftungsbeschränkung auf einen Höchstbetrag auch bedeuten, daß von vornherein nur innerhalb dieser Grenze eine Schuld entstehen kann. So z. B. die „Beschränkung der Haftpflicht“ der Eisenbahn nach H.G.B. § 460—463, 465². Oder V.V.G. § 50: „Der Versicherer haftet nur bis zur Höhe der Versicherungssumme.“

¹¹⁴ B.G.B. § 702 (für den Gastwirt); Kraftfahrz.G. § 11 (unten § 215 Anm. 57).

¹¹⁵ H.G.B. § 117—175; Genoss.G. § 2 Z. 3, 131 ff. Die von K. Lehmann, a. a. O. S. 126 und Anderen verfochtene Meinung, daß nur eine limitierte Leistungspflicht vorliege, scheidet hier schon daran, daß die begrenzte Beitragspflicht, für die der Kommanditist oder Genosse unbeschränkt haftet, sich keineswegs mit seiner beschränkten Haftung gegenüber den Gläubigern zu decken braucht. Die Haftsumme kann vornherein höher bestimmt sein. Sie kann ferner bei der K.G. infolge Nichteintragung einer Herabsetzung der Einlage die Beitragsschuld überschreiten (H.G.B. § 174) oder auch infolge Nichteintragung einer Erhöhung hinter ihr zurückbleiben (§ 172²). — Dagegen trifft den Aktionär eine beschränkte Haftung nur im Falle des § 217 H.G.B. (vgl. die folgende Anm.), während im übrigen lediglich eine Begrenzung seiner Leistungspflicht ohne Haftbeschränkung vorliegt. Der Gesellschafter einer G. m. b. H. haftet den Gläubigern der Gesellschaft überhaupt nicht, der Gesellschaft aber nach dem Maße seiner Beitragsschuld unbeschränkt. Vgl. jedoch unten Anm. 139.

¹¹⁶ So haften die Aktionäre für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft bis zum Betrage ungebührlich empfangener Zahlungen; H.G.B. § 217. Ebenso haften der Reeder und der Schiffseigner in den Fällen der Einziehung von Fracht, Kaufgeld, Havereivergütung oder Entschädigung, der Verladung von Gütern für eigene Rechnung und der Aussendung des Schiffes zu einer neuen

in allen diesen Fällen bis zur Erreichung der Haftungsgrenze sich auf jeden zum Vermögen des Haftenden gehörigen Gegenstand erstreckt, liegt eine „beschränkte persönliche Haftung“ vor¹¹⁷. Der gesetzliche Sprachgebrauch schwankt aber und verwendet bisweilen den Ausdruck „persönliche“ Haftung als Gegensatz jeder Haftungsbeschränkung¹¹⁸.

β. Gegenständlich beschränkte Haftung. Die Haftung kann in der Weise beschränkt sein, daß der Gläubiger sich überhaupt nur an bestimmte Vermögensbestandteile, nicht an das sonstige Vermögen des Haftenden halten kann, dieser also „persönlich“ nicht haftet¹¹⁹.

Reise den Schiffsgläubigern persönlich bis zu dem Betrage der entzogenen Deckung durch das Schiffsvermögen; H.G.B. § 771⁴⁻⁵, 773, 774, 775³, B.Sch.G. § 112²⁻³, 113, 114, 115³. Verwandt ist die begrenzte Haftung des Schiffers oder auch des Reeders oder Schiffseigners im Falle ungehöriger Auslieferung von Gütern, von denen noch Havereibeiträge oder Bergungs- und Hilfskosten zu entrichten sind; H.G.B. § 731, 752, B.Sch.G. § 91, 99. Dazu tritt hier für den Empfänger solcher Güter, der die aus ihnen zu deckende Schuld kannte, eine persönliche Haftung bis zur Höhe des empfangenen Wertes; H.G.B. § 726, 753, B.Sch.G. § 90, 100. — Hierher gehörte nach römischem und gemeinem Recht auch die Haftung des Benefizialerben, da sie nicht bloße Haftung mit dem Nachlaß, sondern Haftung mit dem ganzen Vermögen bis zum Belaufe des Nachlasses war.

¹¹⁷ Ehrenberg S. 7 ff. Dernburg II 1 S. 17. Pappenheim, Seerecht II 273 ff., 284 ff., 376 ff.

¹¹⁸ In den oben in Anm. 116 angeführten Fällen des See- und Binnenschiffrechts spricht das H.G.B. zutreffend von „persönlicher Haftung“. Dagegen nennt es bei der Kommanditgesellschaft im Gegensatz zu den beschränkt haftenden Kommanditisten die unbeschränkt haftenden Gesellschafter „persönlich haftende Gesellschafter“ (§ 161).

¹¹⁹ Eine „persönliche“ Haftung kann der Haftende durch willkürliche Verminderung des haftenden Vermögensteiles auf sich laden. Sie ist „persönlich“, wenn sie auch auf den Betrag der Verminderung beschränkt ist, wie in den oben Anm. 116 angeführten schiffrechtsrechtlichen Fällen. Hier spricht das Gesetz korrekt von dem Eintritt einer „persönlichen Haftung“ (vgl. die vor. Anm.), während es, so lange nur eine gegenständlich beschränkte Haftung besteht, das Dasein einer „persönlichen Haftung“ oder auch (was nur im Sinne von „Haftung“ gemeint sein kann, vgl. Pappenheim, Seerecht II 310), einer „persönlichen Verpflichtung“ verneint; H.G.B. § 486—488, 726, 735, 762, B.Sch.G. § 4—6, 90, 100. — Anders verhält es sich mit der Haftung, die im Falle verfrühter Teilung des Gesamtguts nach Beendigung der ehelichen Gütergemeinschaft oder der fortgesetzten Gütergemeinschaft für den bisher nur mit dem Gesamtgut haftenden Teilhaber eintritt; denn diese Haftung „beschränkt sich auf die ihm zugeteilten Gegenstände“ und ist somit gleich der beschränkten Erbenhaftung, auf die das Gesetz verweist, gegenständlich beschränkte Haftung. Es ist daher durchaus ungenau, wenn das B.G.B. § 1480 und § 1498 hier von

Dahin gehören die Fälle, in denen jemand nur mit einem Sondervermögen (oder seinem Anteil an einem solchen) haftet. Eine derartige Beschränkung der Haftung kann rechtsgeschäftlich hergestellt werden¹²⁰. Vielfach aber tritt sie von Rechts wegen ein. So die auf den Nachlaß beschränkte Haftung des Erben und des Gesamtnachfolgers einer juristischen Person¹²¹. So die Haftung des Vermögensübernehmers, des Vermögensnießbrauchers und des Erbschaftskäufers mit dem erworbenen Vermögen¹²². So die Haftung des nicht persönlich haftenden Ehegatten mit dem gütergemeinschaftlichen Gesamtgut und des nicht persönlich haftenden Abkömmlings mit dem Gesamtgut der fortgesetzten ehelichen Gütergemeinschaft¹²³, die zeitweilig auf Vorbehaltsgut beschränkte Haftung der Ehefrau für Schulden, für die das eingebrachte Gut oder das Gesamtgut nicht haftet¹²⁴, und die Haftung des Ehemannes mit dem eingebrachten Gut für die nicht ausgenommenen Schulden der Frau¹²⁵. So die Haftung des nicht zugleich persönlich haftenden Reeders oder Schiffseigners mit dem Schiffsvermögen¹²⁶. So

„persönlicher“ Haftung spricht. „Persönlich“ ist hier im Sinne von „individuell“ zu verstehen; den Gegensatz bildet die Haftung als Gesamtgutsteilhaber.

¹²⁰ Vgl. hierüber und insbesondere über die Möglichkeit, durch ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung eine generelle Beschränkung der Haftung von Gesellschaftern oder Mitgliedern eines nicht rechtsfähigen Vereins für die Gesellschafts- oder Vereinsschulden auf das Gesellschafts- oder Vereinsvermögen zu erwirken, meine Schr. über Vereine ohne Rechtsfähigkeit² S. 39 ff. und die dort gegebenen Nachweise. Seitdem dafür auch Kohler, Enzykl.⁶ I 575; Landsberg, B.R. S. 307; Oertmann, Vorbem. 6 a; Siber, Jahrb. f. D. L 129 ff., Vorbem. S. 30 ff.; Geib S. 171 ff. Teilweise abweichend Hölder, Natürliche und juristische Personen, 1905, S. 285—286.

¹²¹ B.G.B. § 1975, 1990; § 45—46; oben Bd. I 570, 660.

¹²² B.G.B. § 419, 1086, 2383; oben Bd. II 697 ff.

¹²³ B.G.B. § 1459, 1480, 1489, 1498, 1530, 1546², 1549.

¹²⁴ B.G.B. § 1412—1414, 1460—1462. Bei der Errungenschaftsgemeinschaft gibt es neben Schulden, für die nur das Vorbehaltsgut der Frau haftet, auch solche, für die außerdem ihr Eingebrachtes, aber nicht das Gesamtgut haftet. — Die Beschränkung der Haftung tritt hier immer nur zeitweilig ein, da sie mit der Beendigung der ehemännlichen Verwaltung und Nutznießung oder der Gütergemeinschaft wegfällt.

¹²⁵ B.G.B. § 1411. Subjekt der Haftung mit dem Eingebrachten ist nicht nur die Frau, sondern auch der Mann, da er unerachtet seines dinglichen Rechtes am Frauengut die Zwangsvollstreckung in dasselbe dulden muß, die ihm Gegenstände der Verwaltung und Nutznießung entzieht. Seine Haftung für die fremde Schuld ist aber beschränkt, da sie nur sein Recht an einem Sondervermögen ergreift.

¹²⁶ H.G.B. § 486, 532, 726, 753; B.Sch.G. § 4, 90, 100.

die Haftung des Lehns- oder Fideikommissfolgers mit dem Lehns- oder Fideikommissvermögen für die Lehns- oder Fideikommissschulden¹²⁷. Eine derartige beschränkte Vermögenshaftung kann durch die persönliche Haftung eines Anderen ergänzt werden. Dies ist z. B. regelmässig bei der Haftung aus Vermögensübernahme, aus ehelichem Güterrechtsverhältnis und aus Lehns- oder Fideikommissfolge und möglicherweise bei der Haftung mit dem Schiffsvermögen der Fall. Es kann aber auch an jeder persönlichen Haftung fehlen, so dass für die Schuld nur reine Vermögenshaftung besteht. So verhält es sich regelmässig bei beschränkter Erbenhaftung und bei der Haftung des Gesamtnachfolgers einer juristischen Person und vielfach bei der Haftung mit dem Schiffsvermögen¹²⁸. Die Beschränkung der Haftung auf ein Sondervermögen bewirkt, dass die Zwangsvollstreckung nur in die dem Sondervermögen angehörigen Gegenstände stattfindet. Zum Teil jedoch ist, damit die beschränkte Haftung bei der Zwangsvollstreckung wirksam werde, ein Vorbehalt im Urteil erforderlich¹²⁹.

Eine gegenständlich beschränkte Haftung ist auch für den begründet, der für eine Schuld nur mit einer Sache haftet. Die bloße Sachhaftung aus Pfandbelastung, Hypothek und regelmässiger Reallast wird durch persönliche Haftung eines Anderen ergänzt¹³⁰. Dagegen fehlt es in den Fällen der reinen Sachhaftung, wie sie bei der Grundschuld, der Rentenschuld, der mit Ausschluss persönlicher Haftung bestellten Reallast, der Bodmerei und der auf Gütern lastenden Schuld zu Havereibeiträgen oder zur Zahlung von Bergungs- oder Hilfslohn vorkommt, überhaupt an einer persönlichen Haftung¹³¹.

In gewissen Fällen wird die gegenständliche Beschränkung

¹²⁷ Vgl. oben Bd. II 67 Anm. 82.

¹²⁸ Ein anderer Fall ist die Forthaftung der ehemaligen Gesellschafter einer aufgelösten offenen Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft mit noch ungeteiltem Vermögen, wenn die Ansprüche aus der Sonderhaftung der Gesellschafter sämtlich verjährt sind.

¹²⁹ Z.Pr.O. § 780—781. Ob der Vorbehalt erforderlich ist oder nicht, begründet nur einen prozessrechtlichen, keinen materiellrechtlichen Unterschied.

¹³⁰ Oben Bd. II 727, 879, 973. Doch kann die Haftung des persönlichen Schuldners auch beschränkte Vermögenshaftung (z. B. als Erbe) sein. Ja, sie kann ganz fehlen, wie dies z. B. der Fall ist, wenn der Anspruch gegen den persönlichen Schuldner verjährt ist; oben Bd. II 883, 885, 972 Anm. 10.

¹³¹ Oben Bd. II 727, 909 ff., 915, auch 1000; H.G.B. § 679 mit § 691 und 696, § 725—726, § 751 u. 753; B.Sch.G. § 89—90, § 97 u. 100. Hinzutreten ist seitdem der Fall des Börsenges. § 54.

einer an sich unbeschränkten Haftung durch ein dem Schuldner gewährtes Abandonrecht ermöglicht, kraft dessen er sich durch Preisgabe eines Vermögensgegenstandes von jeder weiteren Verpflichtung befreien kann¹⁸².

c. Prinzipale und subsidiäre Haftung. Wenn für ein Schuldverhältnis mehrere Haftungsverhältnisse bestehen, so können sie einander nebengeordnet oder das eine dem anderen nachgeordnet sein. Im ersten Falle hat der Gläubiger die freie Wahl, aus welchem Haftungsverhältnis er zugreifen will. So verhält es sich zum Teil, wenn in derselben Person persönliche Haftung und Vermögenshaftung oder Sachhaftung zusammentreffen¹⁸³. Ebenso können mehrere Haftende nebeneinander für dieselbe Schuld persönlich (z. B. als Gesamtschuldner) und zwar unbeschränkt oder beschränkt oder der eine unbeschränkt und der andere beschränkt (z. B. als Komplementär und als Kommanditist) oder sachlich (z. B. kraft eines Gesamtgrundpfandrechts) oder der eine persönlich und der andere mit einem Sondervermögen (z. B. kraft Vermögensübernahme) oder mit einer Sache (z. B. kraft Hypothek oder Reallast) verhaftet sein. Vielfach aber tritt das eine Haftungsverhältnis hinter das andere zurück, so daß der Zugriff aus ihm durch die Unzulänglichkeit des Zugriffes aus dem anderen bedingt ist. Dann begründet es eine bloß subsidiäre Haftung, die wiederum je nach den Voraussetzungen und Formen ihrer Realisierbarkeit ungleich beschaffen sein kann. Subsidiär kann im Falle des Zusammentreffens mehrerer Haftungsverhältnisse in derselben Person die Haftung aus einem derselben sein. So wird die persönliche

¹⁸² So der Mitreeder durch Preisgabe der Schiffspart, H.G.B. § 501; das Mitglied einer G. m. b. H. durch Preisgabe seines Geschäftsanteils, G.m.b.H.G. § 27; der Gewerke durch Preisgabe seines Kuxes, Preufs. Berges. § 190. Vgl. Ehrenberg a. a. O. S. 14 ff., Pappenheim, Seerecht II 106 u. 341 (er rechnet hierher auch den Fall des H.G.B. § 616).

¹⁸³ Gleichzeitige prinzipale Haftung mit einem Sondervermögen trifft z. B. den Erben, falls er unbeschränkt haftet; den Ehemann und bei fortgesetzter Gütergemeinschaft den überlebenden Ehegatten für Gesamtgutsverbindlichkeiten (B.G.B. § 1459, 1489); den Gesellschafter bei der o.H.G. und bei der K.G.; den Reeder und den Schiffseigner für Forderungen der Schiffsbesatzung aus Dienst- und Heuerverträgen (H.G.B. § 487, 762², B.Sch.G. § 5), sowie in den Fällen persönlicher Haftung aus eigenem Verschulden oder aus Gewährleistung (H.G.B. § 486², 762¹, B.Sch.G. § 4²); vgl. weitere Fälle oben Bd. II 67 Anm. 84. Sachhaftung und persönliche Haftung können nebeneinander gegen den Hypothekenschuldner, der zugleich persönlicher Schuldner ist, und gegen den Reallastschuldner, der zugleich aus B.G.B. § 1108 verpflichtet ist, geltend gemacht werden. Vgl. auch Pappenheim, Seerecht II 309 ff., 382 ff.

Haftung vielfach durch die Haftung mit einem Sondervermögen zurückgeschoben¹⁸⁴ und tritt stets hinter die Sachhaftung aus Pfandrecht oder Zurückbehaltungsrecht an einer im Besitz des Gläubigers befindlichen beweglichen Sache zurück¹⁸⁵. Subsidiär ist ferner oft die Haftung für fremde Schuld. So der Regel nach die Bürgenhaftung und die bürgschaftsähnliche Haftung aus gesetzlicher Einstandspflicht¹⁸⁶ und stets die nur als Ausfallhaftung hinter dem Konkurse wirksam werdende Haftung der Genossen einer eingetragenen Genossenschaft mit unbeschränkter oder beschränkter Haftpflicht für die Genossenschaftsschulden.

d. Solidarische Haftung und Teilhaftung. Haften Mehrere für dieselbe Schuld, so kann die Haftung jeden Haftenden für die ganze Schuld, oder nur anteilsweise treffen¹⁸⁷. Möglich ist auch prinzipale Teilhaftung mit subsidiärer Solidarhaftung¹⁸⁸.

e. Unmittelbare und mittelbare Haftung. Echte Haftung ist nur die unmittelbare Unterwerfung unter das Zugriffsrecht des Gläubigers. Doch kann man in demselben Sinne, in dem man von mittelbarer Stellvertretung spricht, von einer mittelbaren Haftung reden, wenn ein Haftungsverhältnis, das gegenüber dem Schuldner des Gläubigers besteht, zugunsten des Gläubigers vinkuliert ist. Denn in dem Umfange, in dem dem Gläubiger das Zugriffsrecht in ein Zugriffsrecht seines Schuldners gesichert wird, ist ihm mittelbar auch das Vermögen des seinem Schuldner Haf-

¹⁸⁴ Oben Bd. II 67 Anm. 83. Auch das umgekehrte Verhältnis kommt vor; ebd. S. 68 Anm. 86.

¹⁸⁵ Z.P.O. § 777. Vgl. K.O. § 64, dazu aber R.Ger. LIX Nr. 100.

¹⁸⁶ Wie z. B. die Haftung der Rechtsvorgänger eines Aktionärs nach H.G.B. § 220 oder eines Gesellschafters nach G.m.b.H.G. § 22. Ferner nach manchen Ges. (z. B. A.G. z. B.G.B. f. Weim. § 91, Sondersh. a. 19, Reufs ä. L. § 64, Elsaß-Lothr. § 40—41) die Staats- und Gemeindehaftung für den in Ausübung öffentlicher Gewalt nach § 839 B.G.B. schadensersatzpflichtigen Beamten. — Dagegen ist die bürgschaftsähnliche Haftung des früheren Vermieters aus B.G.B. § 571² und des früheren Pfandgläubigers aus § 1251² (oben Bd. II 993) prinzipal.

¹⁸⁷ Solidarische Haftung besteht stets, wenn Mehrere „als Gesamtschuldner haften“. Solidarisch ist auch die Haftung mehrerer Sachen für dieselbe Schuld; oben Bd. II 936 ff., 982. Anteilig ist die persönliche Haftung von Mitreedern für Reedereischulden; H.G.B. § 507¹. Auch kann Haftung nach Anteilen rechtsgeschäftlich begründet werden.

¹⁸⁸ So wird bei eingetragenen Genossenschaften durch das in den Konkurs eingeschobene Teilungsverfahren (Gen.G. § 105—115) die solidarische Haftung der Genossen auch den Gläubigern gegenüber erst subsidiär wirksam (Gen.G. § 122—125, 141).

tenden verstrickt. Nur in diesem Sinne ist bei den Gesellschaften mit beschränkter Haftung der Ausdruck „beschränkte Haftung“ zu verstehen; unmittelbar haftet hier den Gesellschaftsgläubigern nur die Gesellschaft und der Gesellschafter nur der Gesellschaft; sowohl die Haftung der Gesellschaft für die Gesellschaftsschulden, wie die Haftung des Gesellschafters für seine Beitragsschuld ist unbeschränkt; beschränkt aber, weil durch die Beitragsschuld begrenzt, ist die mittelbare Haftung des Gesellschafters gegenüber den Gläubigern, denen die Beitragsforderung der Gesellschaft als ein der Verfügung der Gesellschaft entzogener Vermögensgegenstand fest verhaftet ist.¹³⁹

2. Auseinanderfallen von Schuld und Haftung. Schuld und Haftung können auch heute, weil sie selbständige Rechtsverhältnisse sind, sich auf mannigfache Weise zweien.

a. Aus Schuld folgt heute freilich der gesetzlichen Regel nach Haftung. Wer schuldet, ist mangels anderer Bestimmung ohne weiteres für seine Schuld persönlich und unbeschränkt verhaftet; mit der Zugehörigkeit einer Schuld zu einem Sondervermögen ist jedenfalls entsprechende Vermögenshaftung gegeben; dingliche Schuld begründet notwendig Sachhaftung. Allein in drei Richtungen kommen Abweichungen vor.

a. Zunächst gibt es auch heute Schuld ohne Haftung¹⁴⁰.

¹³⁹ Dasselbe Verhältnis liegt, soweit nicht der Fall des H.G.B. § 217 eintritt (oben Anm. 116), bei der Aktiengesellschaft vor; wenn § 178 nur die „persönliche“ Haftung der Aktionäre für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft verneint, so ist als Gegensatz offenbar eine beschränkte Haftung gedacht, die aber nur mittelbar ist. Ebenso setzt die Bestimmung des H.G.B. § 171, daß der Kommanditist den Gläubigern der Gesellschaft bis zur Höhe seiner Einlage „unmittelbar“ haftet, den Begriff einer „mittelbaren“ Haftung voraus, wie sie ja in der Tat für den Kommanditisten gleichzeitig besteht (§ 172—174) und vor der ausdrücklichen Bestimmung des neuen H.G.B. von einer verbreiteten Meinung überhaupt nur anerkannt wurde. In demselben Sinne läßt sich die „unbeschränkte Nachschufspflicht“ bei Genossenschaften m. u. N. als unbeschränkte mittelbare Haftung gegenüber den Gläubigern bezeichnen.

¹⁴⁰ Ubbelohde, Klaglose Schuldverhältnisse im B.G.B., Jahrb. f. D. XXXVIII 216 ff. Stammler a. a. O. S. 26 ff. Oertmann, Natürliche Verbindlichkeit im B.G.B., 1902 (aus Allg. Ost. Gerichtszeitung LIII 199 ff.); mehr zweifelnd Komm.³ Vorbem. 5. Isay S. 191 ff. Kipp b. Windscheid⁹ II 191 ff. Endemann, B.R. I § 99 Z. 2. Matthiafs § 72 II. Dernburg II 1 § 3 II. Crome II § 140. Riezler b. Staudinger zu B.G.B. § 194 Bem. 2. Klingmüller a. a. O. (oben Anm. 87) S. 209 ff. Reichel, Jahrb. f. D. LIX 409 ff. v. Schwerin S. 32 ff. Puntschart, Z. f. HR. a. a. O. S. 322 ff. v. Tuhr, I 94 ff. Schreiber, Schuld u. Haftung S. 28—173. Strohal, Schuldpflicht u. Haftung S. 97 ff. Buch, Schuld u. Haftung S. 60 ff. Hamburger a. a. O.

Dies ist der Fall, wenn ausnahmsweise dem Gläubiger keinerlei Zugriffsmacht zusteht, um die ihm geschuldete Leistung zu erzwingen. Eine solche Schuld ist unvollkommen¹⁴¹. Sie ist Schuld im Rechtssinne. Darum ist freiwillige Erfüllung Schuld erfüllt; das Geleistete wurde geschuldet und kann nicht zurückgefordert werden, mag auch der Leistende irrtümlich angenommen haben, er erfülle eine erzwingbare Verbindlichkeit¹⁴². Aber diese Schuld ist unvollkommen, weil dem Gläubiger weder ein Anspruch auf Gerichtshilfe noch ein außergerichtliches Mittel zugebote steht, um sich im Falle der Nichterfüllung zwangsweise Befriedigung zu verschaffen¹⁴³. Die haftungslose Schuld ist der Regel nach von vornherein unklagbar. Es steht aber ihrem Begriff nicht entgegen, wenn die Klage an sich zulässig ist, jedoch unter Berufung auf den Mangel einer Haftung im Wege der Einrede abgeschlagen werden kann¹⁴⁴.

(oben Anm. 3) S. 41 ff. — Ablehnend Hellwig, Anspruch S. 13 Anm. 22, Lehrb. S. 197 ff.; Siber, Rechtszwang S. 48 ff., Jahrb. f. D. L. 69 ff., b. Planck a. a. O. S. 28 ff.; Landsberg S. 60 ff., 388; Cosack I § 80 III; Dümchen, Jahrb. f. D. LIV 392.

¹⁴¹ Der in Anknüpfung an das röm. R. noch oft gebrauchte Ausdruck „natürliche Verbindlichkeit“ drückt das Wesen der haftungslosen Schuld nicht aus. Denn mit dem Wort „Verbindlichkeit“ wird, sobald es im Sinne einer rechtlichen Verbindlichkeit gebraucht wird, zugleich Haftung ausgesagt, die Schuld aber ist Schuld im Rechtssinne. So negiert denn auch das B.G.B. in § 656 u. 762 das Entstehen einer „Verbindlichkeit“ und ebenso, während das Börsenges. v. 1896 in § 66 irreführend sagte, es werde „ein Schuldverhältnis nicht begründet“, jetzt das Börsenges. § 55, 56, 66.

¹⁴² Die Leistung ist im Sinne des § 812 B.G.B. nicht ohne „rechtlichen Grund“ erfolgt, der rechtliche Grund aber ist eben die vorhandene Schuld. — Zweifelhaft ist, ob im Falle des Börsenges. § 66, in dem das Rückforderungsrecht erst in zwei Jahren erlischt, überhaupt noch von Schuld gesprochen werden kann; man wird annehmen müssen, daß eine durch Nichtausübung des vorbehaltenen Rückforderungsrechtes in der Ausschlussfrist bedingte unvollkommene Schuld entsteht.

¹⁴³ Auch nicht im Wege der Selbsthilfe oder der Ausübung eines Zurückbehaltungsrechtes. Vgl. Dernburg § 57 Anm. 7; Oertmann, zu § 273 Bem. 2 a γ; Schreiber S. 143. Dies gilt auch für die verjährte Forderung; Dernburg a. a. O., Endemann § 126 Anm. 17, Langheineken S. 330, Planck³ zu § 273 Bem. 2 a α (ebenso Siber in 4. Aufl. 2 a α bb); a. M. Schollmeyer Bem. 2 a, Staudinger Bem. 4, Rehbein II 91, Regelsberger, Jahrb. f. D. XLI 334, Schlegelberger, Zurückbehaltungsrecht S. 147, auch Knoke bei Planck⁴ zu § 222 Bem. 3 c, die hier die Zurückbehaltung zulassen wollen.

¹⁴⁴ So verhält es sich bei der verjährten Forderung. Vom Standpunkte der „Naturalobligation“ ist daher der Widerspruch gegen ihre Einbeziehung

Typische Fälle der Schuld ohne Haftung bieten die Schuldverhältnisse aus Ehemäkelei, Spiel, Wette, Differenzgeschäft und gewissen Börsentermingeschäften¹⁴⁵; die durch Zwangsvergleich herabgesetzten Schuldverhältnisse in ihrem unbeglichenen Restbetrage¹⁴⁶; die durch Verjährung des Anspruchs geschwächten Schuldverhältnisse¹⁴⁷. Man wird auch in noch anderen Fällen Schuldverhältnisse anzuerkennen haben, denen das Gesetz nur die Erzwingbarkeit entzieht¹⁴⁸. So die weder durch Klage noch durch Einrede geltend zu machenden Ansprüche aus Vereinbarungen behufs Erlangung günstiger Lohn- und Arbeitsbedingungen¹⁴⁹. Auch wohl die Vertragsschuld des beschränkt Geschäftsfähigen, soweit

unter die unvollkommenen Schuldverhältnisse gerechtfertigt. Dagegen ist ihre Klagbarkeit kein Grund, ihr die Eigenschaft einer „Schuld ohne Haftung“ abzusprechen. Denn es ist eben der Wegfall der Haftung, der einredeweise geltend gemacht wird. Das Erfordernis der prozessualen Geltendmachung macht die Nichthaftung so wenig zur Haftung, wie eine beschränkte Haftung in den Fällen, in denen die Geltendmachung der Beschränkung auf den Weg der Einrede verwiesen wird, dadurch zur unbeschränkten Haftung wird. Erhebt der Schuldner die Einrede nicht, so verzichtet er darauf, seine an sich eingetretene Befreiung von der Zugriffsmacht des Gläubigers zu verwerten.

¹⁴⁵ B.G.B. § 640, 762—764, Börsenges. § 55, 56, 64. Hinsichtlich dieser Fälle besteht unter denen, die überhaupt haftungslose Schuld anerkennen, Einigkeit. Vgl. bes. Klingmüller S. 222 ff., Schreiber S. 94 ff. Näheres unten in § 202 u. 208.

¹⁴⁶ K.O. § 193. Vgl. Jäger, Bem. 5, Dernburg § 3 II 2 d, Klingmüller S. 244 ff., Schreiber S. 119; RGer. XXXV Nr. 58, XLII Nr. 28, LXXVIII Nr. 15, Seuff. LX Nr. 31, LXV Nr. 20. — A. M. Westerkampf, Bürgschaft und Schuldbeitritt S. 93, Buch S. 62; Seuff. XLV Nr. 7.

¹⁴⁷ B.G.B. § 222—223. Vgl. bes. Dernburg § 3 II 2 a, Stammler S. 28 ff., Kipp S. 193, 3, Klingmüller S. 217 ff., Enneccerus § 227 II 4 a. Der hiergegen vielfach erhobene Widerspruch, z. B. von Oertmann, Natürl. Verbindl. S. 2 ff., v. Schwerin S. 35, Buch S. 62, Schreiber S. 254 ff., stützt sich, wie schon oben Anm. 144 gezeigt ist, mit Unrecht auf die Klagbarkeit. Ebenso hinfällig ist die Berufung auf die alsbald zu besprechende Möglichkeit besonders begründeter Haftungsverhältnisse.

¹⁴⁸ Ähnliche Erscheinungen, die nicht dem Schuldrecht angehören, bleiben hier außer Betracht. So die un erzwingbaren Ansprüche aus familienrechtlichen Verhältnissen und namentlich aus dem Verlöbniß, die bisweilen herangezogen und insbesondere von Schreiber S. 114 ff. mitbehandelt werden.

¹⁴⁹ Gew.O. § 152². Über die Streitfrage, ob überhaupt kein Schuldverhältnis im Rechtssinne oder ein unvollkommenes Schuldverhältnis entsteht, handelt ausführlich Schall, Jahrb. f. D., LII 44—56. Er entscheidet sie mit Lotmar u. A. richtig im Sinne der zweiten Alternative. — Dasselbe gilt natürlich seit der Nov. v. 1914 für die in H.G.B. § 75 f gleichgestellten Vereinbarungen von Prinzipalen.

sie mit den seiner Verfügung unterstellten Mitteln erfüllbar ist¹⁵⁰. Zu Unrecht dagegen werden von Manchen Fälle herangezogen, in denen es entweder an einem Schuldverhältnis im Rechtssinne überhaupt fehlt¹⁵¹ oder nur eine Abschwächung der Haftung vorliegt¹⁵². Als möglich ist schliesslich anzuerkennen, dass vertragsmässig jede Haftung für eine Schuld wegbedungen wird, ohne dass diese aufhört, Schuld zu sein¹⁵³.

Die gesetzlichen Fälle der haftungslosen Schuld zerfallen in zwei Klassen, je nachdem dem Schuldverhältnis überhaupt die Fähigkeit, ein Haftungsverhältnis zu erzeugen, oder nur die regelmässige Haftungswirkung entzogen ist. Jenes ist der Fall, wenn die Rechtsordnung wegen der Beschaffenheit der Schuld ihre Er-

¹⁵⁰ So Kipp S. 192, 2 a und mit eingehender Beweisführung Schreiber S. 72—87. A. M. Buch S. 71.

¹⁵¹ So von Ubbelohde S. 219 ff., Kipp S. 192, 2 c u. bes. Schreiber S. 51—72 die Fälle, in denen die Nichtigkeit eines formwidrigen Schuldvertrages durch Erfüllung geheilt wird (B.G.B. § 313, 518², 766). Ich habe Sch. u. H. S. 387 darauf hingewiesen, dass hier die altgermanische Anschauung, nach der durch die Vertragsform nicht die Schuld, sondern nur die Haftung bedingt war, in anderer Gestalt wieder zum Leben erweckt ist. Man hätte m. E. auch besser getan, nach dem Vorbild anderer Gesetze (ebd. S. 386) eine unvollkommene Schuld zu statuieren. Allein ich glaube nicht, dass die im B.G.B. nun einmal durchgeführte heilbare „Nichtigkeit“ dahin umgedeutet werden darf. — Unzulässig ist ferner die Annahme einer haftungslosen Schuld aus nicht zurechenbarem Delikt (B.G.B. § 827—828) b. Schreiber S. 87—94; aus richterlich herabsetzbarer Vertragsstrafe (B.G.B. § 346) b. Ubbelohde S. 222, 223; aus Zufügung eines nach § 253 B.G.B. nicht einklagbaren immateriellen Schadens b. Brütt, Abstrakte Forderung S. 113, auch Rümelin, Schuldv. S. 94. Unrichtig ist auch die von v. Schwerin S. 32 Anm. 27, Schreiber S. 119 ff., Buch S. 64, 72 vertretene Ansicht, dass im Falle beschränkter Erbenhaftung die nach Erschöpfung des Nachlasses unbeglichene Schuld nicht erlischt, sondern als haftungslose Schuld fortbesteht. Noch weniger lässt sich mit Schreiber S. 121 ff. dem bezogenen Bankier eine haftungslose Schuld gegenüber dem Scheckinhaber aufbürden; vgl. Buch S. 71—72. Endlich dürfen nicht, wie vielfach geschieht, sittliche und Anstandspflichten deshalb, weil auch das zu ihrer Erfüllung Geleistete nicht zurückgefordert werden kann, zu den unvollkommenen Schulden gerechnet werden; vgl. unten Anm. 160.

¹⁵² So von Oertmann, Vorbem. S. 8 zu c u. S. 9, und Enneccerus § 227 II 3 g die nur zeitweilig unerzwingbaren Ansprüche der Ehefrau nach B.G.B. § 1394. Oder die von Ubbelohde S. 218 ff. u. Enneccerus a. a. O. zu d einbezogenen Ersatzansprüche des Besitzers wegen Verwendungen nach B.G.B. § 1000 (oben Bd. II 511 Anm. 16). Oder gar die unter Vertragsstrafe vereinbarten Wettbewerbsbeschränkungen der Handlungsgehilfen wegen H.G.B. § 75², wobei das RGer. LXIX Nr. 2 S. 12 von „naturalis obligatio“ spricht.

¹⁵³ Vgl. Strohal, Jahrb. f. D. LVII 292; v. Schwerin S. 35; Schreiber S. 125 ff.; RGer. LXVII Nr. 97.

zwingbarkeit für unangemessen hält. Dahin gehören Schuldverhältnisse aus Ehemäkelei, aus Spiel, Wette und Differenzgeschäft, aus gewissen Börsentermingeschäften und zweifellos auch aus Koalitionsvereinigungen. Eine Haftung für derartige Schulden kann daher auch rechtsgeschäftlich nicht begründet werden; auch aus einer Vereinbarung, durch die zum Zwecke ihrer Erfüllung eine Verbindlichkeit eingegangen wird, insbesondere aus einem Schuldanerkennnis, entspringt nur eine haftungslose Schuld¹⁵⁴; die Bestellung einer Sicherheit vermag ihre Kraft nicht zu verstärken¹⁵⁵. Wo dagegen die Rechtsordnung den Erfüllungszwang nicht um der Schuldart willen überhaupt verwirft, sondern nur wegen des Eintritts besonderer Umstände ausschließt, bleibt die an sich haftungslose Schuld befähigt, durch ein vom Grunde ihrer Kraftschwächung unabhängiges Haftungsverhältnis Erzwingbarkeit zu behaupten oder zu erlangen. Darum kann für eine verjährte Forderung und für eine durch Zwangsvergleich unbeglichene Forderung aus Erfüllungsversprechen oder Schuldanerkennnis, sowie aus Bürgschaft, Hypothek oder Pfandbestellung gehaftet werden¹⁵⁶. Eine beschränkte Haftung kann auch bei nicht verbotenen Börsentermingeschäften über Wertpapiere, falls nur der eine Vertragsteil börsentermingeschäftsfähig ist, der andere Vertragsteil durch Sicherheitsleistung mit Geld oder kurshabenden Wertpapieren in bestimmter Form übernehmen; dadurch wird dann für ihn reine Sachhaftung begründet, während der andere Vertragsteil aus dem mangels solcher Sicherheitsbestellung auch für ihn unverbindlichen Geschäft voll verhaftet wird¹⁵⁷. Mit verjährten Forderungen und unklagbaren

¹⁵⁴ B.G.B. § 656², 762², Börsenges. § 59, 69. — Die Erstreckung der Haftungslosigkeit auf Aufträge und Vereinigungen zum Zwecke des Abschlusses im Börsenges. § 60 u. 70 folgt aus dem Haftungsverbot nicht und ist daher für die anderen Fälle nicht anzunehmen; vgl. unten § 208 Anm. 39.

¹⁵⁵ Oben Bd. II 925, 972 Anm. 10; Börsenges. § 64¹ S. 2 (vgl. aber unten Anm. 157); über Verbürgung für Spiel- oder Wettschuld unten § 206.

¹⁵⁶ B.G.B. § 222², 223; K.O. § 193 u. RGer. XLII Nr. 28. Die zur Zeit des Eintritts der Haftungslosigkeit bestehende Sachhaftung bleibt stets unberührt; ebenso im Falle des Zwangsvergleichs die Bürgenhaftung (K.O. § 193), während im Falle der Verjährung der Bürge die dem Hauptschuldner zustehende Einrede der Verjährung nach B.G.B. § 768 geltend machen kann, es sei denn die Verjährung gegen ihn allein unterbrochen. Nachträgliche Haftungsübernahme für eine haftungslose Schuld ist, soweit kein Haftungsverbot besteht, voll wirksam. So Verbürgung, aber auch (was gegenüber der herrschenden Meinung Schreiber S. 168 ff. mit Unrecht bestreitet) Pfand- oder Hypothekenbestellung.

¹⁵⁷ Börsenges. § 54, 58.

Forderungen aus nicht verbotenen Börsentermingeschäften kann sogar unter bestimmten Voraussetzungen aufgerechnet werden, so daß beim Vorhandensein einer besonderen Aufrechnungslage der Schuldner einem außergerichtlichen Zugriff unterliegt und damit seine an sich haftungslose Schuld in eine Schuld mit abgeschwächter Haftung übergeht ¹⁵⁸.

Schulden mit abgeschwächter Haftung kommen in mancherlei Gestalt vor und sind von den Schulden ohne Haftung, ob schon sie sich ihnen sehr annähern können, wohl zu unterscheiden. Bei ihnen fehlt es nicht an einer Haftung, die Haftung kann aber dauernd oder zeitweilig nicht mit allen normalen Zugriffsmitteln realisiert werden ¹⁵⁹.

Andererseits wird durch sittliche oder Anstandspflichten nicht nur keine Haftung, sondern überhaupt kein Schuldverhältnis und somit auch kein unvollkommenes Schuldverhältnis begründet ¹⁶⁰. Denn hier handelt es sich nicht um rechtliches Sollen, sondern um Gebote der Sittlichkeit oder Sitte, die dadurch, daß ihnen eine Einwirkung auf die Gestaltung von Rechtsverhältnissen beigelegt ist, nicht zu Rechtsgeboten werden. Wenn daher das in Erfüllung

¹⁵⁸ B.G.B. § 350, 479, 490^a; Börsenges. § 56, 58 (hier lediglich gegen Forderungen des anderen Teils aus Börsentermingeschäften). — Bei nicht verbotenen Börsentermingeschäften kann ferner nach B.G. § 57, 58 durch Erfüllung seitens des einen Teils, wenn der andere Teil bei oder nach Eintritt der Fälligkeit sich mit ihr einverstanden erklärt hat, Haftung begründet werden; denn dann gilt das Geschäft als von Anfang an verbindlich.

¹⁵⁹ Die Haftung ist also nicht, wie in den Fällen beschränkter Haftung, dem Umfange nach verengt, sondern in ihrer Wirkungskraft abgemindert. So kann eine Forderung zeitweilig (oben Anm. 152) oder selbst dauernd (vgl. die vor. Anm.) unklagbar sein und gleichwohl Haftung begründen. Die Klage kann vorübergehend durch eine verzögerliche Einrede und selbst für immer durch eine zerstörende Einrede entkräftbar sein, ohne daß Haftungsmangel der Grund ist. Es kann durch Klage die Verurteilung zur Bewirkung einer geschuldeten Leistung erreichbar sein, das Urteil aber der Vollstreckbarkeit ganz oder teilweise entbehren. Die einzelnen Fälle der Haftungsschwächung sind nach Grund und Folge sehr verschiedenartig gelagert und können hier nicht untersucht werden. Eine zusammenfassende Darstellung unternimmt Schreiber S. 235—272; sie leidet aber an dem Fehler, daß er die Fälle einbezieht, in denen die Geltendmachung von Nichthaftung oder beschränkter Haftung auf den Weg der Einrede verwiesen ist. — Als Forderungen mit gesteigerter Haftung lassen sich diejenigen auffassen, denen gegenüber dem Schuldner die Aufrechnung oder die Zurückbehaltung versagt ist.

¹⁶⁰ Vgl. Oertmann, Natürl. Verbindl. S. 14 ff.; Dernburg § 3 III; Stammler S. 30 ff.; Crome § 140 III. — A. M. Ubbelohde S. 221, Matthiaß § 72 II C, Kipp S. 191, Endemann § 99, 2 c.

einer sittlichen oder Anstandspflicht Geleistete nicht zurückgefordert werden kann, so ist damit die Erfüllung nicht zur Schulderfüllung gestempelt, hat vielmehr als Schenkung Bestand ¹⁶¹.

β. Sodann gibt es Schuld ohne Vollhaftung. Dahin gehören die Fälle, in denen nur beschränkte persönliche Haftung oder reine Vermögenshaftung oder reine Sachhaftung begründet ist. Hier kann die Haftung dem Umfange nach hinter der Schuld zurückbleiben ¹⁶². Doch zieht heute wie im älteren deutschen Recht die Erschöpfung der Haftung das Erlöschen der ganzen Schuld nach sich ¹⁶³.

γ. Endlich kann Schuld ohne Haftung des Schuldners, für die gleichwohl fremde Haftung besteht, vorkommen. So verhält es sich, wenn für eine unvollkommene Schuld ein Anderer als Bürge, Hypothekenschuldner oder Verpfänder forthaftet oder Haftung übernimmt ¹⁶⁴.

¹⁶¹ B.G.B. § 814 mit § 534; dazu § 1446², 1641, 1804, 2205, 2207, 2113³, 2330. — Anders verhält es sich nach B.G.B. § 1624 bei der von den Eltern einem Kinde gewährten Ausstattung, die insoweit, als sie sich in angemessenen Grenzen hält, nicht als Schenkung gilt. Allein auch hier ist eine Schuld im Rechtssinne, so sehr die Annahme einer unvollkommenen Schuld der Lebensauffassung entsprechen würde, nicht anerkannt, sondern nur die Zuwendung, ohne Schulderfüllung zu sein, der Schulderfüllung gleichgestellt. Auch bleiben einzelne Vorschriften über Schenkung anwendbar.

¹⁶² Unrichtig ist die Annahme, daß stets auch die Schuld nur im Umfange der Haftung bestehe; so Siber, Rechtszwang S. 202, Jahrb. f. D. L. 128 ff., Oertmann, Vorbem. 6, Hellwig, Lehrb. I 227 ff. Unrichtig auch die Behauptung, daß zwar bei der gegenständlich beschränkten Haftung die Schuld nicht durch die Haftung begrenzt werde, wohl aber bei der bloß „rechnerisch“ beschränkten Haftung; so v. Tuhr I 112, Enneccerus § 226 III 1, Strohal, Schuldpflicht S. 36, 42, 43, Buch S. 32, 49. Vgl. dagegen Sch. u. H. S. 108 Anm. 33; v. Schwerin S. 37; Schreiber S. 210 ff.; Hamburger a. a. O. S. 116 ff. Über und gegen die auch von Schreiber S. 211 Anm. 2 geteilte Meinung, daß mindestens der Kommanditist den Gesellschaftsgläubigern nur beschränkt schulde, vgl. oben Anm. 115.

¹⁶³ Sch. u. H. S. 108; vgl. oben Anm. 79. Die Ausfallsschuld ist keine Schuld mehr, weil ihr kein rechtliches Sollen zur Seite steht. Darum trifft auch den beschränkt haftenden Erben nach Erschöpfung des Nachlasses nicht, wie Manche meinen (oben Anm. 151), eine haftungslose Schuld gegenüber unbefriedigten Nachlassgläubigern.

¹⁶⁴ Sch. u. H. S. 100 Anm. 5; oben Anm. 156. Gegen die Annahme von Pappenheim, Seerecht II 307 ff., daß auch der durch Veräußerung des Schiffsvermögens haftungsfrei werdende Reeder noch schulde, während der Erwerber hafte, ohne zu schulden, vgl. Sch. u. H. a. a. O.; dazu seither auch Buch S. 60—61, dessen Bedenken gegenüber zu bemerken ist, daß bei reiner Sondervermögensschuld allerdings der Vermögensherr mit der Veräußerung

b. Die Haftung setzt Schuld voraus, kann aber der Schuld gegenüber nach verschiedenen Richtungen verselbständigt sein. Vielfach erscheint von vornherein nicht die Schuld als Haftungsgrund, sondern die Haftung als Schuldgrund. So ist die Bürgschaft, die ursprünglich reines Haftungsverhältnis war, auch heute in erster Linie Haftungsverhältnis, bringt aber eine Schuld des Bürgen hervor¹⁶⁵. Ähnlich verhält es sich bei jeder Garantieübernahme oder gesetzlichen Garantieverpflichtung¹⁶⁶. Auch entspringt erst aus der Haftung der einzelnen Gesellschafter für die Schulden der offenen Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft eine Sonderschuld des Gesellschafters, aus der Haftung der einzelnen Genossen für die Verbindlichkeiten einer Genossenschaft eine Sonderschuld des Genossen¹⁶⁷. Haftungsverhältnis ist die Pfandhaftung; aber im Gegensatz zum Fahrnispfandrecht, das sich im Haftungsrecht erschöpft, ruft das Grundpfandrecht eine dingliche Schuld ins Leben¹⁶⁸. Umgekehrt ist bei der Reallast die der Sachhaftung hinzutretende persönliche Haftung für dingliche Schuld Quelle einer persönlichen Schuld¹⁶⁹. Allgemein wird auch bei der Verantwortlichkeit für Schadenzufügung durch Andere oder durch Sachen ein bereits vorhandenes Haftungsverhältnis als Quelle der Ersatzschuld vorgestellt¹⁷⁰. In solchen Erscheinungen offenbart

des Sondervermögens aufhört zu schulden. — Eine verwandte Erscheinung ist, daß der Bürge, sowie der kraft Hypothek oder Pfandrechts für fremde Schuld Haftende sich, wenn der Hauptschuldner oder persönliche Schuldner stirbt, nicht auf die Beschränkung der Haftung für die vererbte Schuld berufen kann; B.G.B. § 768, 1137, 1211.

¹⁶⁵ Nach Isay S. 193 ff. wäre die Bürgschaft auch heute reines Haftungsverhältnis. Dies ist unrichtig; vgl. unten § 206. Richtig aber ist, daß, wie dies auch die Fassung des § 765 B.G.B. ausdrückt, das „Einstehen“ für fremde Schuld den primären Inhalt der Bürgschaft bildet.

¹⁶⁶ Vgl. unten § 207. Unwillkürlich rückt hier auch die Gesetzessprache die Haftung oder das Haften in den Vordergrund; vgl. B.G.B. § 571², 778, 1251²; H.G.B. § 220 („verhaftet“, „Haftpflicht“), § 394 („einzustehen“); W.O. a. 8, 14; ScheckG. § 15; die im V.V.G. oft wiederkehrende „Haftung für Schaden“ (z. B. § 82 ff., 108 ff., 116 ff., 120 ff.).

¹⁶⁷ Vgl. die Fassung von H.G.B. § 105¹, 128, 130, 161¹, 171¹, GenossG. § 2.

¹⁶⁸ Oben Bd. II 852 ff., 967. — Vgl. auch Dümchen a. a. O. S. 361 ff.

¹⁶⁹ B.G.B. § 1108: „Der Eigentümer haftet für die während der Dauer seines Eigentums fällig werdenden Leistungen auch persönlich“; oben Bd. II 762 ff.

¹⁷⁰ Dies kommt in dem Namen und den §§ 1—2 des „Reichshaftpflichtgesetzes“ zu sprachlichem Ausdruck. Ebenso im KraftfahrzG. (Überschrift zu II „Haftpflicht“; § 17¹). Vgl. auch H.G.B. § 431, 458. Überhaupt aber ist es allgemein üblich, von Haftung für Hausangehörige, für Angestellte, für Tiere usw. zu sprechen. — Wenn im B.G.G. und in anderen Gesetzen an zahllosen Stellen

sich, auch wenn Schuld und Haftung sich decken, die Selbständigkeit des Haftungsbegriffs. Sie aber ermöglicht nun auch noch heute eine Trennung der Haftung von der Schuld.

α. Haftung ohne Schuld besteht insoweit, als ein besonderes Haftungsverhältnis für mögliche künftige Schuld begründet ist. Die Haftung kann hier, solange es an einer Schuld fehlt, sich nicht auswirken und bleibt gegenstandslos, wenn eine Schuld überhaupt nicht entsteht. Allein sie erzeugt von vornherein eine rechtliche Gebundenheit, der ein gesichertes anwartschaftliches Zugriffsrecht etwaiger Gläubiger entspricht. So verhält es sich bei jeder Bürgschafts- oder Pfandhaftung für mögliche künftige Schuld¹⁷¹.

Ebenso ist die Haftung des offenen Handelsgesellschafters und des Kommanditisten für die Verbindlichkeiten der Handelsgesellschaft ein aus der gesellschaftlichen Verbundenheit fließendes, mit Rechtswirkungen ausgestattetes Haftungsverhältnis, das als solches besteht, bevor überhaupt eine Gesellschaftsschuld oder doch die einzelne Gesellschaftsschuld, für die gehaftet wird, entstanden ist. Die Haftpflicht des Genossen einer eingetragenen Genossenschaft ist mit der Mitgliedschaft gegeben, während irgend ein Schuldverhältnis aus ihr nur im Falle der Eröffnung des Genossenschaftskonkurses und erst von diesem Zeitpunkt an entspringt¹⁷².

β. Haftung über den Schuldbereich hinaus greift Platz, wenn die Schuld als solche Sondervermögenslast ist, der Schuldner aber für sie auch mit seinem übrigen Vermögen haftet¹⁷³.

γ. Endlich kann Haftung ohne Schuld des Haftenden bestehen. So macht die fahnrechtliche Pfandhaftung für fremde

von „Haftung“ für Verschulden, Vorsatz, Fahrlässigkeit oder Zufall oder davon, daß man einen dadurch verursachten Umstand „zu vertreten habe“, die Rede ist, so wird damit freilich ein Haftungsverhältnis im Rechtssinne, das vor dem Eintritt einer etwaigen Schadensersatzpflicht bestünde, nicht ausgedrückt. Vielmehr liegt darin nur ein Hinweis auf mögliche künftige Haftung für mögliche künftige Schuld („Haftung für Schaden“, wie es anderswo heißt). Allein auch hierbei wird eben in Ansehung der möglicherweise entstehenden Verbindlichkeit Haftung als Schuldquelle vorgestellt. Vgl. oben Anm. 94, 96.

¹⁷¹ Vgl. oben Bd. II 908, 926, 972 Anm. 11; unten § 206 Anm. 37, 38.

¹⁷² Treffend führt das R.Ger. LXXXV Nr. 46 S. 211—214 aus, daß weder den Gläubigern noch der Genossenschaft gegenüber durch die Haftpflicht irgend ein, sei es auch bedingtes Schuldverhältnis vor Eröffnung des Genossenschaftskonkurses begründet wird, daß vielmehr erst „durch Eröffnung des Konkurses aus der Haftpflicht der Genossen ein Schuldverhältnis“ entsteht.

¹⁷³ Vgl. oben Bd. II 67 Anm. 80, 83, 84, S. 68 Anm. 88.

Schuld überhaupt nicht zum Schuldner. Ebenso ist die Vermögenshaftung dessen, dem ein Nießbrauch an einem Vermögen bestellt ist, für die Schulden des Vermögensherrn mit eigener Schuld nicht verbunden¹⁷⁴. Auch die Vermögenshaftung des Ehemanns mit dem Eingebrachten für die Schulden der Ehefrau bringt für ihn eine Schuldnerstellung nicht mit sich¹⁷⁵. Möglich ist auch der Eintritt persönlicher Haftung ohne Schuld des Haftenden¹⁷⁶. So kann der Nießbraucher oder Pächter eines Handelsgeschäftes durch dessen Führung unter der bisherigen Firma eine persönliche Haftung für Geschäftsschulden übernehmen, die auf ihn nicht übergegangen sind¹⁷⁷. Auch wird man, wenn nach der R.V.O. § 1402 den Gläubigern einer unvermögenden Versicherungsanstalt der Gemeindeverband oder hinter ihm oder statt seiner der Staat haftet oder mehrere Staaten oder Gemeindeverbände nach der Einwohnerzahl haften, schwerlich annehmen dürfen, daß diese Haftung mit einer eigenen Schuld verbunden ist.

In anderen Fällen ist die Haftung für fremde Schuld zwar heute mit eigener Schuld verknüpft, die eigene Schuld aber engerer Art als die fremde Schuld. So verhält es sich bei der nur eine dingliche Schuld einschließenden hypothekarischen Haftung, wenn ein Anderer der persönliche Schuldner ist. So ist ferner der Bürge heute zwar Schuldner, schuldet aber nicht dasselbe wie der Hauptschuldner, für dessen Schuld er haftet; denn er soll nicht leisten, was der Hauptschuldner zu leisten hat, sondern die Leistung

¹⁷⁴ Oben Bd. II 697 ff.; Schuldnachf. u. Haftung S. 70 ff. A. M. Buch S. 36 Anm. 40. (Anders seine persönliche Haftung für Zinsen usw.; Schuldner u. Haft. S. 71). — Dagegen ist die nach B.G.B. § 419 mit Vermögensübernahme eintretende Vermögenshaftung Ausfluß einer notwendigen Gesamtnachfolge in die zugehörigen Schulden; ebd. S. 61 ff., unten § 181 V.

¹⁷⁵ Darum kann von ihm nicht Leistung, sondern nur Duldung der Zwangsvollstreckung verlangt werden. Vgl. Sch. u. H. S. 107 Anm. 32; ebenso v. Tuhr I 114 ff. — Dagegen ist die Vermögenshaftung mit ehelichem Gesamtgut für jeden Teilhaber mit Schuldnerstellung zur gesamten Hand verbunden.

¹⁷⁶ Die persönliche Haftung des Ehemanns oder des überlebenden Ehegatten für solche Gesamtgutsverbindlichkeiten, die nicht zugleich seine Sonderschulden sind, gehört nach dem in der vor. Anm. Gesagten nicht hierher, sondern zu den Fällen einer Haftung über den Schuldbereich (oben Anm. 173).

¹⁷⁷ Oben Bd. II 699; Sch. u. H. S. 107 Anm. 32; Schuldner u. Haft. S. 79. — Wenn dagegen im Falle der Veräußerung eines Handelsgeschäfts auf Grund des H.G.B. § 25 oder § 28 eine persönliche Haftung des Erwerbers ohne Übernahme einer persönlichen Verpflichtung eintritt, so liegt nur eine Erweiterung der Haftung vor (oben Anm. 173). Denn eine Gesamtnachfolge in

des Hauptschuldners oder einen Ersatz für diese beschaffen¹⁷⁸. Ähnlich verhält es sich bei anderen Garantieschulden¹⁷⁹.

c. Die Inkongruenzen von Schuld und Haftung gewinnen dadurch eine besondere Bedeutung, daß sie die Grundlage von Ersatz- und Ausgleichungsansprüchen zwischen verschiedenen Personen oder im Verhältnis verschiedener Vermögensmassen zu einander bilden¹⁸⁰.

§ 175. Begriff und Wesen der Schuldverhältnisse¹.

I. Begriff. Schuldverhältnis ist ein Rechtsverhältnis zwischen Personen, das sich auf eine wirtschaftlich wertvolle Leistung richtet, die von der einen empfangen und von der anderen bewirkt werden soll. Das Recht auf die Leistung heißt „Forderung“ und macht sein Subjekt zum „Gläubiger“. Die Pflicht zur Leistung heißt „Schuld“ und macht ihr Subjekt zum „Schuldner“. Als Schuldverhältnis bezeichnet man nicht nur das eine Forderung und die entsprechende Schuld in sich schließende Einzelverhältnis, sondern auch ein Gesamtverhältnis, das mehrere Forderungen und Schulden, die insbesondere auch gegenseitig sein können, zur Einheit zusammenfaßt.

die Geschäftsschulden nebst Haftung mit dem Geschäftsvermögen findet notwendig statt; vgl. Sch. u. H. a. a. O. und den ausführlichen Nachweis Schuldn. u. Haft. S. 72 ff.; unten § 181. a. E.

¹⁷⁸ Sch. u. H. S. 106 Anm. 29; unten § 206 III. Hierdurch unterscheidet sich auch der selbstschuldnerische Bürge vom Mitschuldner.

¹⁷⁹ So z. B. auch bei der Schuld des Aktionärs aus seiner nach H.G.B. § 217 eintretenden Haftung und besonders deutlich bei der aus der Haftpflicht des Genossen einer eingetragenen Genossenschaft entspringenden Schuld. Dagegen hat die aus der Haftung des offenen Gesellschafters und des Kommanditisten hervorwachsende Sonderschuld gleichen Inhalt wie die Gesellschaftsschuld.

¹⁸⁰ So vor allem bei den Schuldgemeinschaften, von denen unten § 182 unter Darlegung des bei ihnen obwaltenden Verhältnisses von Schuld und Haftung zu handeln ist. Ferner in ausgedehntem Maße im ehelichen Güterrecht, wie im Familienrecht zu zeigen ist.

¹ Oben Bd. I 261. v. Savigny, O.R. I § 2—4. Unger, Österr. P.R. I 539 ff. Hartmann, Die Obligation, Untersuchung über ihren Zweck und Bau, 1875. Steinlechner, Z. f. d. P. u. ö. R. d. G. III 715 ff. Sohm ebd. IV 457 ff. v. Schey ebd. IX 359 ff. Brinz, Pand.² II 1 ff.; Arch. f. z. Pr. LXX 371 ff. Kuntze, Die Obl. (oben § 173 Anm. 7). Windscheid § 250—251. O. Wendt, Exceptio doli generalis, Arch. f. z. Pr. C 337 ff. Matthiafs, B.R. § 72—73. Dernburg, B.R. II, 1 § 1. Endemann § 96. Crome § 138. Enneccerus § 225. Landsberg § 15 II, § 89. Kohler, B.R. II 10 ff. Schollmeyer zu B.G.B. II Vorbem. S. 1 ff. Kühlenbeck b. Staudinger II² Vorbem. S. 1 ff. Oertmann, Komm.³ Vorbem. S. 1 ff. Siber b. Planck II⁴ Vorbem. S. 1 ff.

Die geschuldete Leistung kann in einem Tun oder Unterlassen bestehen². Sie muß aber so beschaffen sein, daß sie wirtschaftlich bewertet wird und somit in den Bereich der äußeren Güterwelt fällt. Denn der Begriff der Schuldverhältnisse gehört nach seiner geschichtlichen Entwicklung dem Vermögensrechte an und reicht nur soweit, als der Verkehr menschliches Verhalten dem Persönlichkeitsbereich gegenüber verselbständigt und zum Vermögensgegenstande geprägt hat. Damit ist keineswegs gesagt, daß ein Vermögensinteresse des Gläubigers an der Leistung bestehen müsse. Ein Forderungsrecht kann so gut wie ein Sachenrecht im einzelnen Falle ausschließlich oder überwiegend einem idealen Interesse dienen. Aber ihrem objektiven Typus nach muß die geschuldete Leistung zu den Gütern gehören, die Vermögenswert haben und somit auch einer Abschätzung in Geld zugänglich sind³.

² B.G.B. § 241. Vgl. unten § 176 II 1.

³ Abweichend schon für das gem. R. v. Ihering, *Jahrb. f. D.* XVIII 1 ff., Windscheid § 250 Anm. 3 u. A. Für das heutige Recht soll nach der Meinung der Meisten das B.G.B. durch sein Schweigen das Erfordernis des Vermögenswertes der Leistung grundsätzlich verneint haben. Vgl. bes. *Stammler* S. 2 ff.; *Kohler*, *Arch. f. b. R.* XII 1 ff., *B.R.* II 89 ff., *Enzykl.*⁷ II 79 ff.; *Cosack* I § 80; *Matthias* § 73 III; *Enneccerus* § 225 II 2; *Crome* § 141; *Landsberg* § 89; *Kipp* S. 10 ff.; *Rehbein* II 12; *Planck*, *Vorbem.* I 3; *Schollmeyer*, *Vorbem.* 4; *Kuhlenbeck* a. a. O. S. 5 ff. Damit aber verflüchtigt sich der ganze Begriff des Schuldverhältnisses. Mit der Einschränkung auf Leistungen, an denen ein „schutzwürdiges Interesse“ besteht, und mit der Ablehnung von Leistungen, die dem freien gesellschaftlichen Verkehr angehören, ist keine feste Grenze gewonnen. Verlangt man aber mit *Landsberg* a. a. O. Leistungen, die sich als „Güter wirtschaftlicher Art“ darstellen, so führt man unter anderem Namen das Erfordernis des Vermögenswertes wieder ein. Vgl. gegen die Loslösung des Begriffes des Schuldverhältnisses vom Vermögensbegriff bes. *Brinz* a. a. O. S. 94; *Meili*, *Z. f. H.R.* XXIV 362 ff.; *Eck* zu *Bruns* in *Enzykl.* I 363 Anm. 3; *Hartmann*, *Obl.* S. 54 ff.; *Dernburg*, *Pand.* II § 17; *Sohm* a. a. O.; *Hellmann*, *Krit. V.Schr.* XLI 213 ff.; *Laband*, *Arch. f. z. Pr.* LXXIII 171 ff.; *Gierke*, *Entw.* S. 194; *Hellwig*, *Arch. f. z. Pr.* LXXXVI 233 ff., *Verträge auf Leistung an Dritte* S. 54 ff.; *Oertmann*, *Arch. f. b. R.* XII 280 ff., *Komm. zu § 241 Bem.* 1 b; *Endemann* § 109; *Dernburg*, *B.R.* II 1 § 84. Unrichtig ist nur die früher vielfach übliche Abstellung des Begriffes der Obligation auf ein Vermögensinteresse des Gläubigers. Auch darf mit der Frage nach den Grenzen des Begriffes der Schuldverhältnisse nicht die Frage nach der Erstreckung des Rechtsschutzes auf ideale Güter verwechselt werden. Darum ist es, wie ich schon *Entw.* S. 196 ausgeführt habe, verkehrt, wenn immer wieder die Entscheidung der hier besprochenen Streitfrage als präjudizierlich dafür betrachtet wird, ob die Schadensersatzpflicht nur auf den Vermögensschaden oder auch

Zum Begriff des Schuldverhältnisses ist ferner erforderlich, daß die Leistung den Gegenstand eines besonderen Rechtes bildet, das sich inhaltlich mit dem von ihm gewährten Anspruch auf Tun und Unterlassen deckt. Keine Schuldverhältnisse sind daher die Ansprüche auf ein Tun oder Unterlassen, in denen ein Persönlichkeitsrecht, ein Sachenrecht, ein Familienrecht, ein Erbrecht, ein Körperschaftsrecht sich unmittelbar auswirkt⁴. Dagegen nehmen Verhältnisse mit besonderem schuldrechtlichen Inhalte auch dann am Begriff der Schuldverhältnisse Teil, wenn sie als Ausflüsse eines personen-, sachen- oder erbrechtlichen Verhältnisses Bestandteile eines im Ganzen nicht schuldrechtlich gearteten Gesamtverhältnisses bilden⁵. Allein sie sind von den in sich ge-

auf immateriellen Schaden geht. Jede zum Schutze eines idealen Gutes durch Gesetz oder Rechtsgeschäft begründete Verpflichtung zu einer Vermögensleistung ist selbstverständlich ein echtes Schuldverhältnis.

⁴ Denn der „Anspruch“ als solcher ist kein besonderes Recht, sondern nur eine Lebensäußerung des Rechts, aus dem er hervorgeht, das Recht selbst in besonderer Wirkungsweise; das absolute Recht aber ist gerade deshalb, weil es sich nicht mit den aus ihm entspringenden Ansprüchen deckt, kein Forderungsrecht. Doch ist damit nicht gesagt, daß nicht auf die Eigentumsansprüche, den Erbschaftsanspruch usw. teilweise ähnliche Regeln Anwendung finden, wie sie für Schuldverhältnisse gelten. Inwiefern auf die dingliche Schuld Sätze des Obligationenrechts übertragen sind, ist oben Bd. II 853—857 besprochen.

⁵ Die Grenzen sind unsicher. Keinesfalls darf man Verpflichtungen zu Leistungen nicht vermögensrechtlicher Art, wie z. B. die Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft (B.G.B. § 1353) oder die elterliche Fürsorgepflicht (§ 1631), zu den Schuldverhältnissen rechnen, wie dies z. B. Eltzbacher, Handlungsfähigkeit I 347 ff., tut. Dagegen läßt sich die Dienstleistungspflicht der Ehefrau (§ 1356) oder des Kindes (§ 1617) als ein unselbständiges Schuldverhältnis auffassen. Anerkannte Schuldverhältnisse innerhalb des Familienrechts entsprechen jedenfalls den Unterhaltsansprüchen und dem Aussteueranspruch, den Schadensersatzansprüchen wegen Verlöbnißbruches, sowie den im ehelichen Güterrecht, im Eltern- und Kinderrecht und im Vormundschaftsrecht wurzelnden besonderen Ersatzansprüchen. Schuldverhältnisse im Bereiche des Sachenrechts sind die Legalschuldverhältnisse zwischen Eigentümer und dinglich Berechtigtem (vgl. oben Bd. II 613 Anm. 13), aber auch die Pflichten und Rechte des Finders (ebd. S. 534 ff.), die Ausgleichspflichten bei Rechtsverlust durch Verbindung oder Verarbeitung (ebd. S. 584—586), die den Neben- und Gegenansprüchen beim Eigentumsanspruch zugrunde liegenden Ersatzverbindlichkeiten (ebd. S. 511) usw. Im Erbrecht entspringen Schuldverhältnisse aus dem Vermächtnis (B.G.B. § 2174) und dem Pflichtteilsrecht, aber auch aus dem Erbschaftsbesitz (§ 2020—2029), der Erbengemeinschaft (§ 2125), der Nacherbschaft (§ 2125), der Testamentsvollstreckung (§ 2218 u. 2219); der Erbschafts-kauf ist ein erbrechtlich abgewandelter schuldrechtlicher Vertrag.

schlossenen selbständigen Schuldverhältnissen als unselbständige Schuldverhältnisse zu unterscheiden. Das Schuldrecht als zusammenhängender Normenkomplex ist zunächst nur auf die selbständigen Schuldverhältnisse berechnet. Auf die unselbständigen Schuldverhältnisse ist es in sehr verschiedenem Maße und stets nur mit den stärkeren oder schwächeren Abwandlungen anwendbar, die der Einbau in das anders geartete Grundverhältnis bedingt. Darum werden derartige Schuldverhältnisse, wenschon zum Verständnis des Schuldrechts ihre Beachtung erforderlich ist, nicht im Schuldrecht, sondern dort, wo sie ihre wahre Heimat haben, abgehandelt. So z. B. das Legalschuldverhältnis aus Nießbrauch, Reallast und dinglichem Vorkaufsrecht im Sachenrecht, die familienrechtliche Unterhaltspflicht im Familienrecht, die Vermächtnisschuld im Erbrecht, die mitgliedschaftliche Beitragsschuld und die körperschaftliche Gewinnauszahlungsschuld im Genossenschaftsrecht.

Das Schuldrecht als Inbegriff von Privatrechtssätzen gilt nur für die privatrechtlichen Schuldverhältnisse. Die öffentlichrechtlichen Schuldverhältnisse unterliegen den Normen des öffentlichen Rechts⁶. Doch werden auf sie vielfach die Regeln des privaten Schuldrechts analog angewandt⁷. Und nicht selten entspringen einem öffentlichrechtlichen Verhältnis privatrechtliche Schuldverhältnisse, auf die dann das private Schuldrecht mit den durch den öffentlichrechtlichen Zusammenhang gebotenen Abwandlungen unmittelbar Anwendung findet⁸.

II. Wesen. Das Schuldverhältnis ist ein an sich persönliches Rechtsverhältnis. Es unterwirft zwar nicht die Person als solche, aber einen begrenzten Teil ihrer Lebensbetätigung einer anderen Person. Den unmittelbaren Gegenstand von Forderung oder Schuld bildet daher ein Tun oder Unterlassen, das aus dem

⁶ Vgl. O. Mayer, V.R.¹ II 195 ff.

⁷ So namentlich auf die dem Staat und anderen öffentlichen Verbänden geschuldeten öffentlichen Abgaben; vgl. E.G. z. B.G.B. Art. 104, H.G.B. § 754 Z. 2 u. 10, § 768—771, B.Sch.G. § 102 Z. 1 u. 6, § 106—108, Konk.O. § 49 u. 61. Ferner auf öffentlichrechtliche Armenunterstützungspflichten; vgl. E.G. Art. 103.

⁸ Dahin gehören die Entschädigungsforderungen aus Enteignung; oben Bd. II 472, 503 ff. Ferner im Sinne des geltenden Rechts offenbar die Forderungen der öffentlichen Beamten und ihrer Hinterbliebenen auf Gehalt, Wartegeld, Ruhegehalt, Witwen- und Waisengelder usw.; vgl. B.G.B. § 197, 411, E.G. Art. 80—81, Z.Pr.O. § 850. Desgleichen die Forderungen aus öffentlichrechtlicher Kranken-, Unfalls- und Invalidenversicherung; vgl. B.G.B. § 394, 616, H.G.B. § 63, Z.Pr.O. § 850.

Gesamtbereich einer Person ausgeschieden und als „Leistung“ objektiviert ist. Die Forderung gewährt einen Anspruch auf die Leistung, die Schuld legt eine Verpflichtung zur Leistung auf. Die Leistung gewinnt konkrete Bestimmtheit erst durch eine Aussage darüber, was zu leisten ist. Man kann das, was zu leisten ist, als den Gegenstand der Leistung bezeichnen. Der Leistungsgegenstand kann von sehr verschiedener Beschaffenheit sein. Immer aber ist er nicht unmittelbarer, sondern nur mittelbarer Gegenstand von Forderung und Schuld. Das Forderungsrecht als solches geht gegen die zur Leistung verpflichtete Person und ist daher ein relatives Recht.

Das römische Recht führt den Gedanken des persönlichen Wesens der Schuldverhältnisse mit möglichster Strenge durch. Die Obligation ist ihm ein persönliches *vinculum juris*, für das die Person des Gläubigers wie des Schuldners wesentlich, der Leistungsgegenstand unwesentlich ist⁹.

Dagegen nahm das deutsche Recht den Leistungsgegenstand als Wesensbestandteil in das Schuldverhältnis auf. Es gelangte so dazu, die Schuldverhältnisse nach der Beschaffenheit ihres entfernteren Objektes zu differenzieren, sie in ihrem objektiven Bestande zu vergegenständlichen und sie in mancherlei Abstufungen den beteiligten Personen gegenüber zu verselbständigen¹⁰.

Im heutigen Recht ist die deutsche Auffassung durchgedrungen.

1. Deshalb ist für das Wesen des Schuldverhältnisses vor allem bedeutungsvoll, ob und inwiefern der Leistungsgegenstand persönlicher oder sachlicher Art ist.

Persönlicher Art ist der Leistungsgegenstand, wenn das Schuldverhältnis sich auf Leistung von Arbeit oder sonstiger persönlicher Tätigkeit, wie z. B. auf Leistung eines Offenbarungseides

⁹ Vgl. oben § 174 S. 29 Anm. 86.

¹⁰ Das Verdienst, auf den Zug des deutschen Rechts zur Vergegenständlichung von Forderungen und Schulden zuerst nachdrücklich hingewiesen zu haben, gebührt B. Delbrück, Die Übernahme fremder Schulden nach gem. u. preuß. R., Berlin 1853, S. 3 ff. Vgl. auch Beseler § 106, v. Amira, Recht³ S. 212. Dagegen lehnt Heusler, Inst. I 373 ff., II 226 ff., jede derartige Betrachtungsweise ab und findet im deutschen Recht dieselbe streng persönliche Auffassung wie im römischen Recht. Seine Ausführungen aber gehen schon deshalb fehl, weil er Schuld und Haftung nicht trennt. Nicht genügend beachtet wird bei den Vertretern der entgegengesetzten Anschauungen die durch die Einführung des Leistungsgegenstandes bedingte Differenzierung der Schuldverhältnisse im deutschen Recht.

oder Abgabe einer Willenserklärung; oder auf ein rein passives Verhalten richtet. Denn solche Leistungen werden lediglich aus dem Persönlichkeitsbereiche des Schuldners geschöpft. Darum berühren sich Schuldverhältnisse, die ausschließlich oder in erster Linie auf derartige Leistungen gerichtet sind, mit dem Personenrecht. Zum Teil aber überschreiten sie überhaupt die Grenzen des Schuldrechts, indem sie einen personenrechtlichen Inhalt entfalten oder aufnehmen. Denn das deutsche und moderne Recht prägt in dem Maße, in dem ein Schuldverhältnis in Wahrheit die Persönlichkeit selbst ergreift und bindet, die personenrechtlichen Wirkungen auch in Rechtsform aus. Dies tritt am deutlichsten beim Dienstvertrage und beim Gesellschaftsvertrage zutage¹¹.

Sachlicher Art ist der Leistungsgegenstand, wenn die Verschaffung von Besitz, Eigentum oder sonstigem Rechte an einer körperlichen Sache oder von entsprechender Macht über einen unkörperlichen Vermögensgegenstand geschuldet wird. Hier ist die persönliche Handlung nur das Mittel zu einer Übertragung eines äußeren Gutes und muß den Leistungsgegenstand aus der äußeren Güterwelt schöpfen. Darum berühren sich solche Schuldverhältnisse mit dem Sachenrecht. Manche von ihnen aber sprengen, wie schon im Sachenrecht gezeigt ist, überhaupt den Rahmen des reinen Schuldrechts, indem sie in gewissem Umfange die Sache selbst verstricken und somit sachenrechtliche Wirkungen entfalten. Von den besonderen Schuldverhältnissen haben auch heute Miete und Pacht eine derartige Kraft bewahrt¹².

2. Für das Wesen des Schuldverhältnisses ist es ferner von Einfluß, ob und in welchem Maße die Individualität des Gläubigers oder des Schuldners für die schuldrechtliche Beziehung bestimmend ist.

Die Individualität des Gläubigers erscheint heute der Regel nach als rechtlich unwesentlich. Darum gelten die Forderungen als verkehrsfähige Gegenstände. Allein es gibt Forderungen, für die kraft Rechtssatzes oder kraft Vereinbarung die Individualität des Gläubigers wesentlich ist. Sie sind als höchstpersönliche Rechte dem Verkehr entzogen. Dazwischen finden sich mancherlei Mittelstufen, denen eine Beschränkung der Verkehrsfähigkeit der Forderung entspricht.

Die Individualität des Schuldners ist niemals unerheblich.

¹¹ Vgl. unten § 199—200 und § 209.

¹² Vgl. unten § 196—197.

Allein das Maß, in dem die Schuld durch sie in ihrem Wesen bestimmt wird, kann sehr ungleich sein. Die auf Sachleistung gerichteten Schulden, für deren Bewertung regelmäßig nur die vermögensrechtliche Leistungsfähigkeit des Schuldners in Betracht kommt, haben ein minder individuelles Gepräge, als die auf persönliche Leistung gerichteten Schulden, für die regelmäßig, ob schon wiederum in verschiedenem Grade, die ganze Persönlichkeit des Schuldners den Wertmaßstab bildet¹³. Von den in dieser Richtung begründeten Unterschieden hängt es ab, ob die Schuld auch durch einen Anderen oder nur in Person erfüllt werden kann¹⁴. Ebenso aber wurzelt in solchen Unterschieden die ungleiche Geeignetheit der einzelnen Arten von Schulden zur Vonselbständigung gegenüber der Person des jeweiligen Schuldners.

3. Aus der deutschrechtlichen Grundauffassung ergibt sich die Möglichkeit einer verschiedenartigen Einrichtung der Subjektbestimmung für Schuldverhältnisse. Während das römische Recht grundsätzlich nur Schuldverhältnisse zwischen bestimmten Personen als solchen kennt, ohne freilich einzelne Ausnahmen abzuweisen, kann im deutschen und modernen Rechte die Subjektstellung an ein gegenständliches Verhältnis geknüpft sein. Die daraus folgende Unbestimmtheit des Subjektes wird durch die Befestigung und vielfach auch Sichtbarmachung des objektiven Schuldbestandes ausgeglichen.

Die Gläubigerstellung kommt zwar auch heute mangels besonderer entgegenstehender Umstände einer bestimmten Person als solcher zu. Allein sie kann auch derartig mit einem Sondervermögen verknüpft sein, daß sie dem jedesmaligen Vermögens-

¹³ Die Abstufungen sind mannigfach. Bei den Verpflichtungen zur Sachleistung macht es einen Unterschied, ob es sich um Geld oder andere vertretbare Sachen oder eine individuell bestimmte Sache handelt. Auch können Schuldverhältnisse mit Sachleistungsinhalt zugleich derartig auf persönliche Beziehungen angelegt sein, daß die ganze Individualität des Schuldners Bedeutung gewinnt. Man denke z. B. an Miete und Pacht. Andererseits ist die Rolle, die bei Verpflichtungen zu persönlichen Leistungen die Individualität des Schuldners spielt, vielfach ungleich bemessen. Während sie z. B. bei künstlerischen oder schriftstellerischen Leistungen die höchste Steigerung erfährt, kann sie bei gewöhnlichen Arbeitsleistungen, die als Frondienste ja sogar zum Gegenstande einer unpersönlichen Leistungspflicht wurden (oben Bd. II 751), stark zurücktreten.

¹⁴ Vgl. B.G.B. § 267. Auch bei der Zwangsvollstreckung wird dies bedeutungsvoll. Vgl. Z.Pr.O. §§ 887—888, die bei der Zwangsvollstreckung zur Erwirkung von Handlungen unterscheiden, ob die Vornahme der Handlung durch einen Dritten erfolgen kann oder nicht.

herrn als solchem gebührt¹⁵. Möglich ist ferner ihre Verbindung mit einem Grundstück, dessen jeweiligem Eigentümer dann die Forderung als Realrecht zusteht¹⁶. Ebenso kann die Gläubigerstellung an einer beweglichen Sache hängen¹⁷. Vor allem aber wird durch das Rechtsinstitut der Wertpapiere in gewaltigem Umfange die Forderungsträgerschaft in Urkunden verlegt¹⁸.

Die Schuldnerstellung ist regelmässig Ausfluss einer Verpflichtung der Person als solcher. Allein sie kann auch einer Person als Subjekt eines Sondervermögens zufallen¹⁹ oder aus Eigentum, dinglichem Recht oder Besitz an einer unbeweglichen oder beweglichen Sache erwachsen²⁰. Schliesslich kann sie überhaupt in eine rein sachenrechtliche Belastung mit dinglicher Schuld übergehen.

4. Die deutschrechtliche Auffassung führte zur Anerkennung der Übertragbarkeit der Schuldverhältnisse. Im römischen Recht war nur der Übergang von Forderungen oder Schulden kraft erbrechtlicher Universalsukzession anerkannt, während im übrigen die Forderung wie die Schuld unlöslich mit der Person verknüpft war und nur auf Umwegen ein der Übertragung ähnlicher Erfolg erreicht werden konnte. Demgegenüber ist der Gedanke durchgedrungen, dass sowohl Forderungen wie Schulden ihr Subjekt wechseln können, ohne dass davon ihr objektiver Bestand berührt wird.

Die Forderung ist der Regel nach ein übertragbarer Vermögensgegenstand. Sie wird nicht nur vererbt und in sonstigen

¹⁵ So kann eine Forderung auf ein Tun (z. B. Warenlieferung) oder Unterlassen (z. B. Enthaltung von Wettbewerb) dem jeweiligen Inhaber eines Geschäftes zustehen. Vgl. auch H.G.B. § 25 Abs. 1 S. 2. Man denke ferner an die einem Lehns- oder Fideikommissvermögen einverleibten Forderungen.

¹⁶ Oben Bd. II 85 Anm. 6.

¹⁷ Z. B. bei einer Versicherungsforderung; oben Bd. II 83 Anm. 63; seitdem V.V.G. § 69 ff.

¹⁸ Oben Bd. II 123, 133, 144 ff., 159 ff.

¹⁹ Oben Bd. II 66 ff.

²⁰ So treffen die Verpflichtungen aus einem Miets- oder Pachtverhältnis den jeweiligen Eigentümer des vermieteten oder verpachteten Grundstücks und in gewissem Umfange Alle, die ein dingliches Recht am Grundstück haben; B.G.B. § 571 ff. Die aus einer Reallast entspringende persönliche Verpflichtung zu der einzelnen fälligen Leistung trifft den Eigentümer; ebd. § 1108. Der Besitz einer Sache und insbesondere einer Urkunde kann zur Vorlegung verpflichten; ebd. § 809 u. 810. Die Verpflichtung zur Herausgabe der Bereicherung aus Erwerb vom Nichtberechtigten trifft jeden unentgeltlichen Erwerber; ebd. § 816. Vgl. ferner H.G.B. § 697, 726, 753.

Fällen der Gesamtnachfolge mitübertragen, sondern unterliegt auch für sich der Sondernachfolge kraft gesetzlicher Übertragung, der rechtsgeschäftlichen Abtretung oder Belastung und der Pfändung. Doch ist die Übertragbarkeit für sie kein Begriffsmerkmal. Denn eine Forderung kann schlechthin unübertragbar und sogar unvererblich oder doch für sich unübertragbar oder mindestens unpfändbar sein²¹.

Die Schuld ist gleichfalls der Regel nach übertragbar. Sie geht, wenn sie nicht ausnahmsweise unvererblich ist, auf den Erben über. Ein Übergang der zugehörigen Schulden tritt ferner von Rechts wegen mit der Gesamtnachfolge in ein Sondervermögen und zum Teil auch als Folge blofser Vermögensübernahme ein. Die dingliche Schuld folgt schlechthin dem Sacheigentum. Es gibt aber auch eine Sondernachfolge in Schuld kraft gesetzlichen Eintrittes in ein Schuldverhältnis und kraft rechtsgeschäftlicher Schuldübernahme²².

5. Aus der deutschrechtlichen Vergegenständlichung der Schuldverhältnisse folgt ihre Eingliederung in den objektiven Vermögensbegriff.

Alle Forderungen sind unkörperliche Gegenstände, die zum Vermögen des Gläubigers gehören²³. Sie sind Bestandteile und zwar, weil sie als positive Wertgrößen die Werteinheit des Vermögens erhöhen, Aktivbestandteile des Vermögens. Doch ist dabei zu beachten, daß die Unterschiede der Forderungen in Ansehung des Mafses ihrer gegenständlichen Verselbständigung sich in der Bildung eines engeren Begriffes der „Aktiva“ geltend machen. Nur insoweit, als der Forderungsgehalt ganz in den Bereich der äußeren Güterwelt fällt, werden die Forderungen den reinen Sachgütern eingereiht. Insoweit dagegen der persönliche Forderungsgehalt überwiegt, bleibt die Vergegenständlichung unvollkommen. Solche Forderungen werden daher, obschon auch sie Vermögensgegenstände sind, nicht zu den „Aktiva“ gerechnet²⁴.

²¹ Näheres unten § 180.

²² Näheres unten § 181.

²³ Vgl. Sohm, Der Gegenstand, 1905, S. 21, 23.

²⁴ So z. B. Forderungen auf Dienstleistung, auf Ausführung eines Auftrages, auf Unterlassung des Eintrittes in ein Konkurrenzgeschäft. Forderungen solcherart sind unselbständige Vermögensgegenstände. Sie haben Vermögenswert, entbehren aber der erforderlichen gegenständlichen Selbständigkeit, um dann, wenn das Vermögen seinem Subjekt als Sachganzes gegenübergestellt wird, unter den Bestandteilen dieses Sachganzes zu erscheinen. — In § 39—40 des H.G.B. ist der Ausdruck „Forderungen“ zweifellos nicht auf alle Forderungen,

Als Vermögensbestandteile nehmen die Forderungen auch an der Sonderung des Vermögens in verschiedene Vermögensmassen Teil und können daher Bestandteile eines Sondervermögens jeglicher Art bilden²⁵.

Die Schulden sind Verpflichtungen, die zugleich das Vermögen des Schuldners belasten. Durch die Auffassung als Lasten werden auch sie vergegenständlicht: sie erscheinen als Bestandteile und zwar, da sie nach Art negativer Gröfsen die Vermögenseinheit wertmindernd mitbilden, als Passivbestandteile des Vermögens²⁶. Doch entspricht der Einschränkung des Begriffes der Aktiva in Ansehung der Forderungen auch ein engerer Begriff der „Passiva“. Denn nur insoweit, als der Schuldgehalt in den Bereich der äufseren Güterwelt fällt, gliedern sich die Schulden dem objektiven Vermögensbegriff vollständig ein. Insoweit dagegen der persönliche Leistungsinhalt überwiegt, die Schulden also das Vermögen nur mittelbar belasten, bleibt ihre Vergegenständlichung unvollkommen. Solche Schulden werden daher nicht zu den „Passiva“ gerechnet²⁷. Infolge ihrer Vergegenständlichung nehmen auch die Schulden an der Sonderung des Vermögens in verschiedene Vermögensmassen Teil. Jedem Sondervermögen können auch Schulden angehören²⁸. Es ist nur eine Steigerung des Gedankens der Hineinverlegung der Schuld in das Vermögen, wenn bei der dinglichen Schuld der Begriff der Vermögenslast in den Begriff der dinglichen Last und damit das Schuldrecht ins Sachenrecht übergeht.

6. Die deutschrechtliche Vergegenständlichung der Schuld-

sondern nur auf solche Forderungen, die nach kaufmännischer Sitte als „Aktiva“ gebucht werden, zu beziehen. Bei der Abgrenzung der Buchaktiva kommen überdies Gesichtspunkte der Buchführungstechnik in Betracht. — Vgl. H. Rehm, Die Bilanzen der Aktiengesellschaften usw., München 1903, § 68 II mit § 67 II.

²⁵ Das B.G.B. bedient sich oft des Ausdrucks, daß Forderungen zu einer Vermögensmasse „gehören“; vgl. § 719², 720, 1376, 1442², 1524², 1551², 1977, 2040²; oben Bd. II 57 ff. Die Zugehörigkeit beschränkt sich nicht auf Forderungen, die zu den „Aktiva“ gerechnet werden.

²⁶ Oben Bd. II 66 Anm. 80. A. M. Sohm a. a. O. S. 24 ff., der die Schulden zwar als „passiven Vermögensbestandteil“ bezeichnet, aber, weil das B.G.B. den technischen Ausdruck „Gegenstand“ nicht auf sie anwendet, ihre gegenständliche Natur überhaupt bestreitet.

²⁷ So Verpflichtungen zu Arbeitsleistungen, zu einer Vorlegung, zu Unterlassungen. — In § 39—40 des H.G.B. sind unter „Schulden“ wieder nicht alle, sondern nur solche Schulden zu verstehen, die als „Passiva“ zu buchen sind. Vgl. H. Rehm a. a. O. § 63 u. § 68 II.

²⁸ Oben Bd. II 66 ff.

verhältnisse geht so weit, daß in manchen Fällen ein objektiver Schuldbestand als rechtswirksam anerkannt wird, obschon es an einem subjektiven Schuldverhältnisse überhaupt oder zur Zeit fehlt²⁹. Hierher gehören die rein oder doch zum Teil objektiven Schuldbeziehungen zwischen gesonderten Vermögensmassen desselben Subjekts³⁰. Desgleichen die infolge ihrer sachenrechtlichen Verkörperung fortbestehende und nur ruhende Schuld aus einem in das Eigentum des Schuldners gelangten forderungsrechtlichen Wertpapier³¹. Ebenso die als Grundbelastung bestehende dingliche Schuld aus einem Eigentümergrundpfandrecht³².

7. In der deutschrechtlichen Auffassung wurzelt endlich die Möglichkeit, daß ein Forderungsrecht, obschon von Hause aus relatives Recht, Wirkungen gegen Dritte entfaltet. Alle auf Verschaffung von Sachherrschaft gerichteten Forderungsrechte sind an sich befähigt, durch Hineinziehung des Leistungsgegenstandes in die Gebundenheit eine positive Wirkungskraft gegen Dritte zu erlangen. Die allgemeine Durchführung dieses Gedankens im älteren deutschen Recht gehört der Vergangenheit an³³. Allein auch heute verschafft den vormerkbaren Forderungsrechten die Vormerkung im Grundbuch, dem Forderungsrecht aus Miete oder Pacht eines Grundstücks die Besitzüberlassung, dem Forderungsrecht auf Fruchterwerb die Überlassung des Besitzes der Stammsache und in gewissem Umfange jedem ein Recht auf Besitz einer beweglichen Sache einschließenden Forderungsrecht der Besitzdingliche Kraft³⁴. Ferner kann dem konkursrechtlichen Verfolgungsrecht ein dinglich wirksames Forderungsrecht auf Rückübereignung

²⁹ Doch tritt diese Erscheinung immer nur in Anlehnung an ein objektives Sachverhältnis der oben Bd. II 3 ff. besprochenen Art auf.

³⁰ Vgl. oben Bd. II 69. Dazu über die seerechtlichen Fälle der Schiffsgläubigerrechte am eigenen Schiff und der Ladungsgläubigerrechte an der eigenen Ladung Pappenheim, Seerecht II 313 ff., 383 ff., der aber hier mit dem Haftungsbegriff auskommen will und den Gedanken des objektiven Schuldbestandes ablehnt.

³¹ Vgl. oben Bd. II 121 Anm. 67, 183.

³² Vgl. oben Bd. II 923, 931. Ebenso natürlich bei einer Eigentümerreallastberechtigung.

³³ Vgl. oben Bd. II 608—611.

³⁴ Oben Bd. II 611—613. Daß hier überall weder das Forderungsrecht zum dinglichen Rechte wird noch ein besonderes dingliches Recht zu ihm hinzutritt, sondern das Forderungsrecht als solches durch die Bekleidung mit sachenrechtlicher Publizität sachenrechtliche Wirksamkeit erlangt, ist ebd. S. 261 ff., 336 ff., 592 Anm. 30 gezeigt und für Miete und Pacht noch zu zeigen.

von Waren entspringen⁸⁵. In bestimmter Richtung ist dem Forderungsrecht des Vermieters, Verpächters oder Verleihers auf Rückgabe der Sache auch dadurch dingliche Wirksamkeit beigelegt, daß es unmittelbar gegen jeden Dritten, dem der Schuldner den Gebrauch der Sache überlassen hat, insbesondere gegen den Untermieter, Unterpächter oder Unterleiher, geltend gemacht werden kann⁸⁶. Endlich aber ist jedes Forderungsrecht, auch wenn es der positiven Wirkungskraft gegen Dritte entbehrt, in bestimmtem Umfange der Verletzung durch Dritte und darum auch des Schutzes gegen solche Verletzungen fähig. Es ist somit keineswegs ausgeschlossen, daß die Verletzung eines Forderungsrechts den Tatbestand einer zum Schadenersatz verpflichtenden unerlaubten Handlung bildet⁸⁷. Auch liegt der gesamten Anfechtungsgesetzgebung der Gedanke zugrunde, daß dem durch eine unzulässige Rechts-handlung des Schuldners in seinem Forderungsrecht verletzten Gläubiger der begünstigte Dritte mit dem Empfangenen haftet⁸⁸.

§ 176. Inhalt der Schuldverhältnisse.

I. Überhaupt. Den Inhalt der Schuldverhältnisse bilden Leistungspflichten. Die Leistung muß sich, wie schon gesagt ist, zum Vermögensgegenstande eignen. Ihre Bewirkung darf nicht unmöglich sein, und nicht wider die Rechtsordnung oder die guten Sitten verstossen. Im Übrigen können Leistungspflichten jeder Art den Schuldinhalt bilden. Ihre nähere Bestimmung erfolgt durch Rechtssatz oder Rechtsgeschäft. Ergänzend und berichtigend aber greift der allgemeine Grundsatz durch, daß der Schuldinhalt nach Treu und Glauben zu bemessen ist. Dieser Grundsatz beherrscht, seitdem die Wortstrenge des alten deutschen wie römischen Rechts

⁸⁵ K.O. § 44; oben Bd. II 613 Anm. 22.

⁸⁶ B.G.B. § 556³, 581², 604³.

⁸⁷ Inwieweit nach geltendem deut. R. die Verletzung eines Forderungsrechtes auf Grund des § 823¹ B.G.B. unerlaubte Handlung ist, soll unten in § 211 II 2b besprochen werden.

⁸⁸ K.O. § 30—32, 37; Anf.G. v. 21. Juli 1879 (Fassung v. 17. Mai 98) § 3 u. 7. — Eltzbacher a. a. O. S. 288 gelangt von dem Standpunkt aus, daß die Relativität des Forderungsrechts schlechthin jede Wirkung gegen Dritte unmöglich mache, folgerichtig zu der Annahme, daß überall, wo eine Wirkung gegen Dritte anerkannt ist, neben dem Forderungsrecht ein zu seiner Sicherung dienendes besonderes Ausschließungsrecht stehe. Aber diese gekünstelte Rechtsverdoppelung zeugt für die Unhaltbarkeit der zugrunde liegenden Auffassung. Auch die Relativität eines Rechts ist ein relativer Begriff. Vgl. auch oben Bd. I 258 Anm. 6.

überwunden ist, das gesamte moderne Schuldrecht¹. Das B.G.B. bringt ihn an der Spitze seines Schuldrechts zu besonders scharfem und deutlichem Ausdruck: „Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern².“ Demgemäß gilt, was nach den Anforderungen von Treu und Glauben im Schuldverkehr überhaupt von gerecht und anständig denkenden Menschen erwartet wird, als in jedes einzelne Schuldverhältnis aufgenommen. Da ja das einzelne Schuldverhältnis seinen Inhalt immer nur aus dem breiten Strome des Verkehrslebens schöpft, ist es nicht lediglich aus sich selbst, sondern aus den sittlichen und sozialen Gemeinschaftsanschauungen über das, was sich ziemt, im Hinblick auf ihren zeitlichen und örtlichen Niederschlag in der Verkehrssitte zu deuten. Damit ist ein gegenüber dem Gesetzes- oder Vertragsbuchstaben freier, gegenüber dem subjektiven Meinen und Belieben objektiver Maßstab gegeben, den der Richter von Amts wegen anzulegen hat, um den wahren Schuldinhalt zu ermitteln. Alles das, aber auch nur das, was hiernach dem Gläubiger gebührt, hat der Schuldner zu leisten³. Darüber hinaus ist kraft des allgemeinen Schikaneverbotes die Ausübung eines Forderungsrechtes unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, dem Schuldner Schaden zuzufügen⁴.

¹ Im gemeinen Recht wurde es aus dem Prinzip der römischen *judicia bonae fidei* entwickelt, indem man alle *judicia* für solche erklärte. Auch im Gebiete des preussischen Landrechts brach er sich Bahn. Formuliert ist er im Code civ. a. 1134—1135. Besondere Bedeutung legte man ihm schon seit dem Mittelalter im Handelsrecht bei. Vgl. Dernburg, B.R. II 1 § 9; auch oben Bd. I § 33 VI.

² B.G.B. § 242. Die Vorschrift gilt für alle Schuldverhältnisse. Insoweit der Schuldinhalt rechtsgeschäftlich bestimmt ist, führt schon die Auslegungsregel des § 157 zu dem gleichen Ergebnis; doch decken sich beide Vorschriften keineswegs; vgl. über ihr Verhältnis zu einander bes. Oertmann, Rechtsordnung und Verkehrssitte (unten Anm. 3) S. 310 ff. — Bei Handelsgeschäften ist unter Kaufleuten die Handelssitte maßgebend; H.G.B. § 346.

³ Über die sehr bestrittene Tragweite des § 242 (nebst § 157) vgl. bes.: Stammler a. a. O. S. 36 ff., die Lehre vom richtigen Recht, 1902 (über-treibend). Steinbach, Treu u. Glauben im Verkehr, 1900. K. Schneider, Treu u. Glauben im Recht der Schuldv. des B.G.B., 1902. E. Danz, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte², 1906 (bes. S. 93 ff., 121 ff.). O. Wendt, Die *exceptio doli generalis* im heut. Recht oder Treu u. Glauben im Recht der Schuldv., Arch. f. z. Pr. C, 1906. Oertmann, Rechtsordnung u. Verkehrs-sitte, insbes. nach bürg. R., 1914 (bes. S. 315 ff.). Endemann I § 100. Crome § 142. Dernburg II 1 § 10. Oertmann, Komm. zu § 242. Siber b. Planck⁴ zu § 242.

⁴ B.G.B. § 226. Das Schikaneverbot deckt sich keineswegs mit der Ein-

II. Arten der Leistungspflichten. Die den Inhalt der Schuldverhältnisse bildenden Leistungspflichten lassen sich unter verschiedenen Gesichtspunkten einteilen.

1. Nach der Beschaffenheit des geschuldeten Verhaltens ist zu unterscheiden, ob eine positive oder negative Leistung zu bewirken ist. Die Regeln des Schuldrechts sind zunächst auf Verpflichtungen zu einem positiven Handeln berechnet. Allein auch die Verpflichtung zu einem Unterlassen eignet sich zum Schuldinhalt⁵. Unter den Begriff des Unterlassens fällt auch das Dulden⁶. Der schuldrechtliche Anspruch auf Unterlassen kann im Wege der Klage geltend gemacht werden und ist erzwingbar⁷.

2. Nach der Beschaffenheit des Leistungsgegenstandes ist zu unterscheiden, ob eine persönliche oder sachliche Leistung geschuldet wird (oben § 175 II 1).

Persönliche Leistung ist alles Unterlassen⁸. Desgleichen aber alles positive Handeln, das ganz oder in erster Linie aus dem Persönlichkeitsbereich geschöpft wird und auch wohl in einem engeren Sinne als „Tun“ oder „Handlung“ bezeichnet zu werden pflegt⁹. Dahin gehört die Leistung von Arbeit, wie sie den Inhalt

schränkung des Gläubigerrechts durch § 242. Denn es trifft die Ausübung eines an sich bestehenden Forderungsrechts, während ein Forderungsrecht des Gläubigers auf das, was ihm nach Treu und Glauben nicht zu leisten ist, überhaupt nicht besteht.

⁵ B.G.B. § 241. Vgl. Wendt, Unterlassungen u. Versäumnisse im bürgerl. R., Arch. f. z. Pr. XCII 1 ff. H. Lehmann, Die Unterlassungspflicht im bürgerl. R., 1906. Doch sind die allgemeinen Sätze des Schuldrechts auf negative Schuldverbindlichkeiten teils überhaupt nicht, teils nur mit Abwandlungen anwendbar. Vgl. Wendt S. 53 ff., Lehmann § 20—30, Kohler, B.R. II 42. — Verfehlt ist der Versuch, den Begriff der Unterlassungsschuld ganz zu streichen, b. Schreiber, Schuld u. Haftung S. 32 ff.

⁶ Wendt S. 16 ff., H. Lehmann S. 23 ff., Oertmann zu § 241 Bem. 2d. A. M. Du Chesne, Sächs. Arch. X 684 ff., XI 529 ff., Siber b. Planck zu § 241 Bem. 3. Allerdings handelt es sich um eine eigentümliche Abart des Unterlassens. — Eine schuldrechtliche Duldungspflicht entspricht dem Wegnahmerecht; sie ist in § 258 B.G.B. geregelt und eingeschränkt.

⁷ H. Lehmann S. 88 ff. P. Eltzbacher, Die Unterlassungsklage, 1906. v. Blume, Unterlassungsanspruch und Unterlassungsklage, Festg. f. Güterbock, 1910. Klage auf künftige Unterlassung nach Z.P.O. § 259; Zwangsvollstreckung nach Z.P.O. § 890 (unten Anm. 12).

⁸ H. Lehmann a. a. O. S. 193 ff.

⁹ Das röm. Recht spricht von *obl. ad faciendum*, der Code civ. a. 1142 von *obligation de faire*, das Preufs. A.L.R. I, 5 § 408 ff. von „Verträgen über Handlungen“; auch die Z.P.O. § 887 ff. von der „Verpflichtung, eine Handlung vorzunehmen“.

der auf Dienstleistung, Herstellung eines Werkes, Geschäftsbesorgung, Geschäftsführung, Verwaltung oder Aufbewahrung gerichteten Schuldverpflichtungen bildet. Auf eine persönliche Leistung geht ferner die schuldrechtliche Verpflichtung zur Erteilung von Auskunft, insbesondere zur Rechnungslegung oder zur Vorlegung eines Verzeichnisses, sowie zur Leistung des Offenbarungseides¹⁰. Eine persönliche Leistung schuldet auch, wer einem Anderen privatrechtlich zur Vorlegung einer Sache oder einer Urkunde verpflichtet ist¹¹. Eine persönliche Leistung endlich bildet den Inhalt jeder schuldrechtlichen Verpflichtung zur Abgabe einer Willenserklärung. Die schuldrechtlichen Ansprüche auf persönliche Leistungen sind im deutschen und modernen Rechte den Ansprüchen auf sachliche Leistungen ebenbürtig. Sie können als solche im Wege der Klage geltend gemacht werden; das Urteil lautet auf Bewirkung der Leistung und ist unmittelbar vollstreckbar¹². Nur im Falle der

¹⁰ Das B.G.B. trifft in § 259—261 allgemeine Bestimmungen über Voraussetzungen und Inhalt dieser Verpflichtungen; die Leistung des Offenbarungseides kann nur bei begründetem Verdacht nicht gehöriger Erfüllung der Rechnungslegungs- oder Verzeichnispflicht und nicht in Angelegenheiten von geringer Bedeutung verlangt werden. Vgl. Dernburg II 1 § 38—41; dazu oben Bd. I § 38 VI u. VII.

¹¹ Das B.G.B. behandelt die Vorlegungspflicht, die es unter bestimmten Voraussetzungen an den Besitz einer Sache oder Urkunde knüpft, als Inhalt eines selbständigen Schuldverhältnisses in Abschn. VII Tit. 23; vgl. unten § 217. Übrigens will das R.Ger. in Ansehung der Vollstreckung die Vorlegung nicht als „Handlung“, sondern als Sachleistung betrachten; Seuff. LX Nr. 250.

¹² Vgl. oben Bd. I 328 Anm. 23. Die Zwangsvollstreckung erfolgt, wenn die Vornahme der Handlung durch einen Dritten erfolgen kann, durch Ermächtigung des Gläubigers, auf Kosten des Schuldners die Handlung vornehmen zu lassen; Z.Pr.O. § 887. Die Verurteilung des Schuldners zur Abgabe einer Willenserklärung trägt die Vollstreckung in sich, indem mit dem Eintritt der Rechtskraft des Urteils die Erklärung als abgegeben gilt; ebd. § 894. Im Übrigen wird der Zwang zur Bewirkung einer Handlung, deren Vornahme ausschließlich vom Willen des Schuldners abhängig ist, insbesondere auch zur Leistung des Offenbarungseides, durch Geldstrafen und Haft bis zu bestimmter Höhe geübt; ebd. § 888—889. Hier versagt er also, wenn die zulässigen Mittel ohne Erfolg erschöpft sind. Die Verpflichtung zum Unterlassen oder zum Dulden wird durch Geldstrafen oder Haftstrafen für jede Zuwiderhandlung bis zu bestimmter Höhe erzwungen; überdies kann der Schuldner zur Sicherheitsleistung für den durch fernere Zuwiderhandlungen entstehenden Schaden auf bestimmte Zeit verurteilt werden; ebd. § 890. Widerstand des Schuldners gegen eine Handlung, die er zu dulden hat, wird mit Gerichtshilfe beseitigt; ebd. § 892. — Die executio ad faciendum ist in der gemeinrechtlichen Praxis ausgebildet worden; vgl. Bayer, Vorträge § 336; Wetzell § 50 IV. Dem römischen Recht, das bei Verpflichtungen zu einem *facere* bis

Verurteilung zur Leistung von Diensten aus einem Dienstvertrag, ist jede Zwangsvollstreckung behufs Erwirkung der Leistung ausgeschlossen¹³.

Sachliche Leistung ist die Verschaffung eines körperlichen oder unkörperlichen Vermögensgegenstandes. Ist der Leistungsgegenstand eine körperliche Sache, so kann die geschuldete Leistung in der Verschaffung ihres Besitzes durch Herausgabe (Hingabe oder Zurückgabe) bestehen; die dazu erforderliche Handlung des Schuldners ist unpersönlicher Art und kann in der Zwangsvollstreckung durch gerichtliche Herstellung der dem Gläubiger gebührenden Sachherrschaft ersetzt werden¹⁴. Den Schuldinhalt kann aber auch daneben oder für sich allein die Verpflichtung zur Verschaffung des Eigentums oder eines anderen Rechtes an einer körperlichen Sache oder zur Befreiung derselben von einer Last bilden; dann ist zur Bewirkung der sachlichen Leistung eine Willenserklärung und somit eine an sich persönliche Leistung des Schuldners erforderlich, die jedoch blosses Mittel zum Zwecke des sachlichen Erfolges ist und daher durch rechtskräftige Verurteilung zur Abgabe der Willenserklärung ersetzt werden kann¹⁵. Sachliche

zuletzt nur eine Geldkondemnation kannte, war sie fremd. Auch heute bestimmt Code civ. Art. 1142: toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur.

¹³ Z.Pr.O. § 888². Die Ausnahme war der alten Z.Pr.O. fremd. — Vgl unten § 199 Anm. 68.

¹⁴ Vgl. schon Sachsensp. Landr. I 70 § 1 über richterliche Einweisung und Gewaltigung bei Klagen um Gut. Nach der Z.Pr.O. § 883—886 erfolgt die Zwangsvollstreckung, wenn eine bewegliche Sache, eine Quantität von bestimmten beweglichen Sachen oder eine bestimmte Quantität von beweglichen Sachen oder Wertpapieren herauszugeben ist, durch Wegnahme und Übergabe; wenn eine unbewegliche Sache oder ein bewohntes Schiff herauszugeben, zu überlassen oder zu räumen ist, durch Setzung aus dem Besitz und Einweisung in den Besitz; wenn eine herauszugebende Sache sich in Gewahrsam eines Dritten befindet, durch Überweisung des Herausgabeanspruchs und somit durch Setzung aus dem mittelbaren Besitz und Einweisung in den mittelbaren Besitz.

¹⁵ Z.Pr.O. § 894 (oben Anm. 12). Ist außerdem, wenn die Übertragung des Eigentums oder die Bestellung eines Rechtes an einer beweglichen Sache geschuldet wird, die Übergabe der Sache erforderlich, so wird dieselbe durch Wegnahme der Sache behufs Ablieferung an den Gläubiger ersetzt; ebenso, wenn ein Briefgrundpfandrecht bestellt, abgetreten oder belastet werden soll, die Übergabe des Briefes; Z.Pr.O. § 897, vgl. oben Bd. II 548 Anm. 16, 890 Anm. 14, 891 Anm. 18. — Mit der Zwangsetzung der schuldnerischen Leistung tritt der sachenrechtliche Erfolg genau so ein, als hätte der Schuldner persönlich gehandelt; daher gelten auch die Regeln über Erwerb vom Scheinberechtigten; Z.Pr.O. § 898.

Leistung ist auch die Verschaffung eines an keinerlei körperliches Substrat gebundenen unkörperlichen Vermögensgegenstandes, wie sie geschuldet wird, wenn den Schuldinhalt die Verpflichtung zur Begründung oder Übertragung einer Forderung, eines Verlagsrechtes usw. oder zur Befreiung von einer Verbindlichkeit bildet; hier wird die Leistung stets durch eine bloße Willenserklärung oder deren richterliche Ersetzung bewirkt¹⁶.

Auf eine sachliche Leistung richtet sich auch die Geldschuld. Die eigentliche Geldschuld aber unterscheidet sich von allen anderen Schuldverhältnissen dadurch, daß sie ihrem wahren Inhalte nach Wertschuld ist. Denn sie geht auf Leistung von Vermögenswert in der als allgemeiner Wertmesser und Wertvertreter dienenden Sachart und folgeweise auf Übereignung einer entsprechenden Menge solcher Sachen, die zur Zeit und am Ort der Leistung als gesetzliches Zahlungsmittel anerkannt sind¹⁷. Hier ist also der besondere Leistungsgegenstand nur Mittel für die geschuldete Wertzuführung. Die Geldschuld ist die in ihrem Inhalte der gegenständlichen Besonderheit entkleidete Schuld; sie ist Schuld schlechthin¹⁸. Darum spielt sie einerseits die Rolle einer allgemeinen Surrogatschuld; ihr Inhalt ist eben geeignet, erforderlichen Falles jeden anderen Schuldinhalt zu ersetzen¹⁹. Andererseits bildet die Geldschuld und sie allein die Grundlage einer Zwangsvollstreckung, die das ganze Vermögen, soweit es überhaupt der Zwangsvollstreckung unterliegt, ergreift; ihr Leistungsgegenstand kann ja jedem beliebigen Vermögensgegenstande entnommen werden²⁰. Die Geldschuld bleibt Geldschuld, wenn ein bestimmtes Zahlungsmittel aus-

¹⁶ Eine schuldrechtliche Verpflichtung zur Abtretung einer Forderung kann nach B.G.B. § 281, eine solche zur Befreiung von einer Verbindlichkeit nach § 257 kraft Gesetzes eintreten.

¹⁷ B.G.B. § 244; oben Bd. II 89, 94 ff.; Dernburg § 13—16, Endemann § 121, Enneccerus § 231, Crome § 148, Kohler II 110 ff.

¹⁸ Im älteren deutschen Recht wurden unter „Klagen um Schuld“ nur die Klagen wegen Geldschuld verstanden; Sachsensp. I 70 § 2, Richtst. Landr. c. 6—10; Rb. n. Dist. III 10 d 1; Laband, Vermögensr. Kl. S. 6.

¹⁹ Vgl. B.G.G. § 250 u. 251.

²⁰ Vgl. B. VIII Abschn. II der Z.Pr.O., wo unter der Überschrift „Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen“ zuerst von der Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen durch Pfändung, sodann von der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen durch Eintragung einer Sicherungshypothek, durch Zwangsversteigerung oder durch Zwangsverwaltung gehandelt wird. — Ebenso ist die Befriedigung aus dem Pfande nur wegen einer Geldforderung, daher, wenn die Forderung einen anderen Inhalt hat, erst nach dem Übergang in eine Geldforderung zulässig; oben Bd. II 986.

bedungen ist, die Zahlung also z. B. in einer von mehreren als gesetzliches Zahlungsmittel anerkannten Münzsorten geleistet werden muß oder in ausländischem Gelde oder in bestimmten Geldzeichen gefordert oder geleistet werden kann; denn damit ist nur der Kreis der Leistungsmittel verengt oder erweitert, während als Leistungsgegenstand immer noch der entsprechende Wert erscheint²¹. Keine Wertschuld dagegen und somit keine wahre Geldschuld ist die eigentliche Geldsortenschuld, die sich auf Geldstücke bestimmter Art als Gattungssachen richtet²², und noch weniger die Geldspeziesschuld, die auf individuell bestimmte Münzen oder Geldzeichen geht²³.

3. Weitere Unterschiede ergeben sich aus der Bestimmtheit oder Unbestimmtheit des Leistungsgegenstandes oder der Leistungsart. Eine Schuld mit völlig unbestimmtem Inhalte ist undenkbar. Allein in mannigfach verschiedener Weise kann der Schuldinhalt beschränkt unbestimmt sein.

Eine Schuld mit relativ unbestimmtem Leistungsgegenstande ist die Gattungsschuld²⁴. Sie richtet sich auf Leistung einer nur der Gattung nach bestimmten Sache, somit irgend einer Sache, die bestimmte Gattungsmerkmale aufweist²⁵. Doch ist darunter nach der gesetzlichen Regel nur eine Sache mittlerer

²¹ Oben Bd. II 94 Anm. 28, 95 Anm. 37. Darum ist, wenn die Leistung in der bedungenen Münzsorte unmöglich wird, der Wert in Währungsgeld zu leisten; B.G.B. § 245, oben Bd. II 94 Anm. 29.

²² Oben Bd. II 91 Anm. 12, 94 Anm. 25. Auf eine solche Schuld ist daher B.G.B. § 245 nicht anwendbar.

²³ Oben Bd. II 91 Anm. 12.

²⁴ Vgl. v. Jhering, Jahrb. f. D. IV 366 ff.; Bekker, Jahrb. des gem. R. V 350 ff.; Goldschmidt, H.R. § 61—62; Windscheid-Kipp § 255, 2; H. A. Fischer, Jahrb. f. D. LI 159 ff.; Havenstein b. Gruchot LV 449 ff.; Kisch, Gattungsschuld u. Wahlschuld, 1912; Endemann § 119, Crome § 147, Enneccerus § 230, Dernburg § 11—12, Kohler II 106 ff.

²⁵ Am häufigsten begegnet die Gattungsschuld bei vertretbaren Sachen, insbesondere als Verpflichtung zur Leistung einer nach Zahl, Maß oder Gewicht bestimmten Menge solcher Sachen. Aber auch unvertretbare Sachen können in bloß gattungsmäßiger Bestimmtheit geschuldet werden. Die Abgrenzung der Gattung hängt vom Parteibelieben ab. Keine wahre Gattungsschuld aber liegt vor, wenn nicht irgend eine Sache der bestimmten Gattung, sondern eine aus einem konkret begrenzten Vorrat zu entnehmende Sache geleistet werden soll; vgl. Dernburg § 11 II, Oertmann zu § 243 Bem. 1 a. A. M. Schollmeyer Bem. 2, Enneccerus § 230 III, Havenstein a. a. O. S. 462 ff., Kisch a. a. O. S. 49 ff., RGer. LVII Nr. 29; differenzierend Cosak § 84 III 2 g, Crome § 147 Anm. 7, Siber b. Planck zu § 243 Bem. 2. — Auf persönliche Leistungen ist der Begriff der Gattungsschuld nicht anwendbar.

Art und Güte zu verstehen²⁶. Die individuelle Bestimmung des Leistungsgegenstandes erfolgt erst durch die Leistung. Es genügt aber, daß der Schuldner das zur Leistung einer bestimmten geeigneten Sache seinerseits Erforderliche getan hat. Mit diesem Augenblick tritt die Beschränkung des Schuldverhältnisses auf die bestimmte Sache ein²⁷.

Beschränkter ist die Unbestimmtheit des Leistungsgegenstandes bei der Wahlschuld²⁸. Hier richtet sich die Leistungspflicht auf mehrere von vornherein bestimmte Leistungsgegenstände, aber nur alternativ auf den einen oder den anderen von ihnen²⁹. Das Wahlrecht steht im Zweifel dem Schuldner zu, kann aber auch dem Gläubiger oder einem Dritten eingeräumt sein³⁰. Mit dem

²⁶ B.G.B. § 243¹; vgl. Preufs.A.L.R. I, 5 § 275, Code civ. Art. 1246, H.G.B. Art. 335 (jetzt § 360). Vertragsmäßig können die Anforderungen ermäßigt oder gesteigert werden.

²⁷ B.G.B. § 243². Für das gemeine Recht herrschte lebhafter Streit über den für die Individualisierung des Leistungsgegenstandes entscheidenden Zeitpunkt; es standen sich besonders die von Thöl verteidigte „Auscheidungstheorie“ und die von Jhering und Windscheid vertretene „Lieferungstheorie“ gegenüber. Das B.G.B. schließt sich der letzteren an, modifiziert sie aber dahin, daß die Vollendung der dem Schuldner obliegenden Leistungshandlung genügt, wenn auch der Leistungserfolg erst später eintritt. Damit wird die Gattungsschuld, da anstatt irgend einer geeigneten Sache nunmehr die individuell bestimmte Sache geschuldet wird, zur Speziesschuld (a. M. Kohler II 109 ff., Siber Bem. 4). Der Gläubiger kann nur diese Sache verlangen, so daß die Gefahr ihn nun in gleicher Weise trifft, wie bei einer von vornherein auf einen konkreten Leistungsgegenstand gerichteten Forderung. Er erlangt aber auch ein Recht auf gerade diese Sache, das er jedoch durch Annahmeverzug wieder einbüßt. Doch ist der vom B.G.B. geschaffene Rechtszustand unsicher und in allen einzelnen Punkten sehr streitig; vgl. die Übersicht über die Streitfragen bei Oertmann Bem. 4 u. besonders ausführlich b. Siber Bem. 4 S. 49—57.

²⁸ Vgl. Bernstein, Zur Lehre vom alternativen Willen und den alternativen Rechtsgeschäften I, Berlin 1878; Pescatore, Die sog. alternative Obligation, 1880; Windscheid-Kipp § 255, I. — Zum Recht des B.G.B. Fr. Leonhard, Jahrb. f. D. XLI 1 ff.; Litten, Die Wahlschuld nach deut. b. R., 1903; Pescatore, Die Wahlschuldverhältnisse, 1905; Kisch, Gattungsschuld und Wahlschuld, 1912; Endemann § 118; Enneccerus § 241—244; Crome § 153; Dernburg § 43—45; Kohler II 49 ff.; Oertmann, Vorbem. u. Bem. zu § 262—265; Siber b. Planck⁴, Vorbem. u. Bem. zu § 262—265.

²⁹ Die wahlweise geschuldeten Leistungen können sachlicher oder persönlicher Art, sie können auch ungleichartig sein. Möglich ist auch, daß sich die durch Wahl zu behebende Unbestimmtheit nicht auf den Leistungsgegenstand, sondern auf Zeit, Ort oder Art der Leistung bezieht.

³⁰ B.G.B. § 262. Der Schuldner verliert sein Wahlrecht durch Säumnis erst mit Beginn der Zwangsvollstreckung und kann sich auch dann noch so

Vollzuge der Wahl, die durch Erklärung gegenüber dem anderen Teile (also durch einseitiges empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft) erfolgt, verwandelt sich die Wahlschuld in eine einfache Schuld³¹. Verschieden von der Wahlschuld ist die Schuld mit an sich bestimmtem, aber wahlweise anders bestimmbarern Leistungsgegenstande, wie sie vorliegt, wenn kraft einer sogenannten *facultas alternativa* entweder der Schuldner sich nicht nur durch die geschuldete, sondern nach seiner Wahl auch durch eine bestimmte andere Leistung befreien oder der Gläubiger statt der geschuldeten Leistung nach seiner Wahl eine bestimmte andere Leistung fordern kann³².

Auch jede sonstige Unbestimmtheit der Leistung ist zulässig, wenn nur im Schuldinhalt die Möglichkeit der Behebung der Unbestimmtheit durch eine nicht rein willkürliche Bestimmung angelegt, die Leistung also objektiv bestimmbar ist³³. Eine ausreichende Bestimmbarkeit liegt namentlich auch dann vor, wenn die Leistung durch einen der Beteiligten bestimmt werden soll³⁴

lange, bis der Gläubiger die von ihm gewählte und zur Vollstreckung gebrachte Leistung ganz oder teilweise empfangen hat, durch eine der übrigen Leistungen befreien; das Wahlrecht des Gläubigers geht, wenn der Gläubiger im Verzuge ist und in einer ihm vom Schuldner gesetzten angemessenen Frist die Wahl nicht vornimmt, auf den Schuldner über; § 264.

³¹ B.G.B. § 263 (abweichend vom römischen Recht); die gewählte Leistung gilt nun als die von Anfang an allein geschuldete. — Ist oder wird eine der Leistungen unmöglich, so beschränkt sich das Schuldverhältnis auf die übrigen Leistungen, ist oder wird also entweder ebenfalls einfache Schuld oder engere Wahlschuld; die Beschränkung tritt jedoch nicht ein, wenn eine nachträgliche Unmöglichkeit Folge eines Umstandes ist, den der nicht wahlberechtigte Teil zu vertreten hat; § 265.

³² Die Unbestimmtheit besteht hier also darin, daß der Schuldinhalt einseitig durch einen anderen Schuldinhalt ersetzt werden kann. Durch gehörige Ausübung der *facultas alternativa* wird der Schuldinhalt umgewandelt, durch Nichtausübung oder Verlust derselben die Wandelbarkeit des Schuldinhalts beseitigt.

³³ Die vorläufige Unbestimmtheit kann die Art oder den Umfang des Leistungsgegenstandes, aber auch den Ort, die Zeit oder sonstige Modalitäten der Leistung betreffen. Vgl. R.Ger. b. Seuff. XL Nr. 101.

³⁴ B.G.B. § 315—316. Ob der Schuldner oder der Gläubiger die Bestimmung zu treffen hat, hängt von der Vereinbarung ab; die Bestimmung des vertragsmäßig nicht bestimmten Umfanges der für eine Leistung versprochenen Gegenleistung gebührt im Zweifel dem Gläubiger. Die Bestimmung erfolgt durch Erklärung gegenüber dem anderen Teile. Im Zweifel ist anzunehmen, daß die Bestimmung nach billigem Ermessen zu treffen ist; dann ist die Bestimmung für den anderen Teil nur verbindlich, wenn sie der Billigkeit entspricht; ist dies nicht der Fall oder wird die Bestimmung verzögert, so erfolgt die Bestimmung durch Urteil. Möglich ist auch, daß die Bestimmung vom

oder wenn die Bestimmung der Leistung einem Dritten überlassen ist³⁵.

4. Mancherlei rechtliche Folgen knüpfen sich ferner an den Unterschied von Hauptleistungen und Nebenleistungen³⁶. Werden außer einer Hauptleistung Nebenleistungen geschuldet, so besteht ein zusammengesetztes Schuldverhältnis, aus dem für den Schuldner Haupt- und Nebenverpflichtungen, für den Gläubiger Haupt- und Nebenforderungen entspringen³⁷. Die Nebenschuld kann nicht ohne die Hauptschuld entstehen, wird inhaltlich durch sie bestimmt und bleibt in gewissem Umfange von ihr abhängig³⁸; allein sie ist zugleich ein Schuldverhältnis für sich, hat ihren eigenen Inhalt und kann, einmal entstanden, besonderen rechtlichen Schicksalen unterliegen³⁹.

Nebenleistungen sind namentlich die Zinsen. Zinsen sind wiederkehrende, nach Quoten (meist Prozenten) des Betrages einer Hauptleistung (des „Kapitals“) bemessene, der Hauptleistung gleichartige Leistungen, die während des Bestandes der Hauptschuld

Belieben eines Teiles abhängig gemacht ist; dann kann eine Bestimmung nach Treu und Glauben verlangt werden. So ist schon Sachsensp. I 22 § 2 zu verstehen, wo es hinsichtlich der Lohnforderung von Gesinde, das auf Gnade gedient hat, gegen den Erben heißt: *sve uppe gnade gedenet hevet, die mut den erven gnaden manen. Ist die Bestimmung in die Willkür eines Teiles gestellt, so entsteht kein Schuldverhältnis.*

³⁵ B.G.B. § 317—319. Die Bestimmung erfolgt durch Erklärung gegenüber einem der Beteiligten. Im Zweifel ist auch hier anzunehmen, daß die Bestimmung nach billigem Ermessen zu treffen ist; dann ist eine offenbar unbillige Bestimmung unverbindlich; ist dies der Fall oder kann oder will der Dritte die Bestimmung nicht treffen, so erfolgt die Bestimmung durch Urteil. Dagegen wird, wenn die Bestimmung in das freie Belieben des Dritten gestellt ist, der Vertrag hinfällig, falls der Dritte die Bestimmung nicht treffen kann oder will oder sie verzögert. Auch die in das freie Belieben gestellte Bestimmung darf nur nach Treu und Glauben erfolgen. Ein Vertrag, der die Bestimmung der reinen Willkür eines Dritten überliesse, wäre nach § 138 nichtig.

³⁶ Vgl. über „Nebenleistungen“ B.G.B. § 224, 507, 1115, 1145, 1158, 1159, 1178, 1191, 1194, 1813, Zw.V.G. § 12; „Hauptleistung“ als Gegensatz dazu in B.G.B. § 367, 396.

³⁷ Von dem „Hauptanspruch“ und den Ansprüchen auf Nebenleistungen redet z. B. B.G.B. § 224, Zw.V.G. § 12; von der „Hauptforderung“ B.G.B. § 803; von „Nebenforderungen“ Z.Pr.O. § 4.

³⁸ Vgl. B.G.B. § 224; Zw.V.G. § 12; Konk.O. § 62.

³⁹ Sie kann für sich erlöschen, aber auch nach dem Erlöschen der Hauptforderung fortbestehen; sie ist für sich übertragbar, belastbar und pfändbar. Über die Steigerung ihrer Selbständigkeit durch Verkörperung in einem Nebepapier vgl. oben Bd. II 130 ff., 160 ff., 170, 186, 1017. Über Nebenleistungen bei der dinglichen Schuld ebd. S. 860, 869, 875, 895.

als Entgelt für die Inhabung des kraft ihrer dem Gläubiger zustehenden Vermögenswertes zu entrichten sind und daher den Betrag der geschuldeten Hauptleistung nicht mindern. Heute kommen fast nur die für Geldschulden zu zahlenden Geldzinsen in Betracht. Doch bleiben Naturalzinsen für eine auf vertretbare Sachen gerichtete Gattungsschuld möglich. Die Verpflichtung zur Verzinsung einer Schuld beruht entweder auf Rechtssatz oder auf Rechtsgeschäft. Für gesetzliche und bedungene Zinsen gelten grundsätzlich gleiche Regeln⁴⁰. Ihre Höhe bemisst sich mangels anderer Bestimmung nach dem gesetzlichen Zinsfuß, der nach geltendem bürgerlichen Recht vier vom Hundert für das Jahr beträgt⁴¹.

Im Übrigen können Leistungen jeglicher Art kraft einer gesetzlichen oder rechtsgeschäftlichen Bestimmung, die eine auf sie gerichtete Verpflichtung an eine Hauptverpflichtung anknüpft, als Nebenleistungen geschuldet werden⁴².

5. Lediglich durch den für den Inhalt maßgebenden Leistungszweck unterscheidet sich von anderen Leistungspflichten die Verpflichtung zum Schadenersatz⁴³. Ihre Eigentümlichkeit

⁴⁰ Über die durch das B.G.B. beseitigten Unterschiede, die im gemeinen Recht und auch in den neueren Gesetzbüchern gemacht wurden, vgl. Dernburg § 21.

⁴¹ B.G.B. § 246. Nach Handelsrecht 5%; H.G.B. § 252. Nach Wechselrecht 6%; W.O. Art. 50, 51, 98 Nr. 6. — Von den gesetzlichen Zinsbeschränkungen handeln wir des geschichtlichen Zusammenhanges wegen erst beim Darlehen (§ 198).

⁴² So kann die Auszahlung eines Gewinnanteils, die Entrichtung einer Vertragsstrafe, der Ersatz von Aufwendungen, Kosten oder Schäden den Inhalt einer Nebenschuld bilden. Besteht die Hauptleistung in der Herausgabe einer Sache, so kann als Nebenleistung die Herausgabe von Früchten oder Nutzungen und der Ersatz von Schäden, sowie die Herausgabe von Zubehörstücken geschuldet werden. Hauptleistung und Nebenleistung können ungleichartig, die eine kann sachlicher, die andere persönlicher Art sein.

⁴³ Über das ältere deutsche Recht: A. B. Schmidt, Die Grundsätze über den Schadensersatz in den Volksrechten, Unters. z. D.St. u. R.G. XVIII, Breslau 1885; O. Hammer, Die Lehre von dem Schadensersatz nach den Volksrechten, ebenda XIX, 1885. — Über das römische und gemeine Recht: Fr. Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht Bd. II, Zur Lehre vom Interesse, 1855; Cohnfeldt, Die Lehre vom Interesse, 1865; Windscheid-Kipp § 257. — Über das geltende deutsche Recht v. Tuhr, Jahrb. f. D. XLVI 39 ff., Kr.V.Schr. XLIV 63 ff.; H. A. Fischer, Der Schaden nach dem B.G.B., 1903; Endemann I § 128—132; Cosack § 91 ff.; Matthiafs I § 76—77; Stammler S. 122 ff.; Enneccerus § 234—238; Crome § 150—152; Dernburg § 24—37; Kohler II 122 ff.; Oertmann, Vorbem. u. Bem. zu B.G.B. § 249—254; Siber b. Planck⁴ zu § 249 ff. — Vgl. auch: Mataja, Das Recht des Schadensersatzes

beruht darauf, daß sie sich auf eine Leistung richtet, durch die dem Gläubiger ein Ausgleich für einen Schaden, d. h. für die durch ein besonderes Ereignis verursachte Entziehung oder Beeinträchtigung von Lebensgütern, verschafft werden soll. Damit eine solche Verpflichtung eintrete, müssen objektive und subjektive Voraussetzungen erfüllt sein. Objektive Voraussetzung ist ein für den Bereich des Rechtslebens durchgreifender Kausalzusammenhang zwischen dem Ereignis und dem Schaden⁴⁴. Subjektive Voraussetzung ist, daß ein Anderer aus einem besonderen Grunde dem Geschädigten gegenüber für die Folgen des schädigenden Ereignisses einzustehen hat. Zureichender Grund für eine derartige Haftung ist ihre rechtsgeschäftliche Übernahme⁴⁵. Im übrigen wird durch Rechtssätze die Haftung an solche Tatbestände geknüpft, die unter dem Gesichtspunkte der ausgleichenden Gerechtigkeit als zureichende Gründe erscheinen. Vor allem entspringt stets, wenn das schädigende Ereignis eine unerlaubte Handlung war, aus der Verantwortlichkeit für die Handlung eine Verpflichtung zum Schadenersatz⁴⁶. In erheblichem Umfange wird ferner, wenn

vom Standpunkte der Nationalökonomie, Leipzig 1888; E. Steinbach, Die Grundsätze des heutigen Rechts über den Ersatz von Vermögensschäden, 1888; M. Rümelin, Die Gründe der Schadenszurechnung usw., 1896, Schadenersatz ohne Verschulden, 1910; M a u c z k a, Der Rechtsgrund des Schadenersatzes, 1904.

⁴⁴ Das Problem des Kausalzusammenhanges ist hier nicht zu erörtern. Bemerket sei nur, daß zweifellos für den juristischen Begriff der Verursachung stets nur ein Ausschnitt aus der wirklichen Verkettung von Ursachen und Wirkungen in Betracht kommt, daß aber die Abgrenzung dieses Ausschnittes nicht nach einer logischen Formel, sondern nur nach den im Rechtsleben auf Grund positiver Erfahrung maßgebend gewordenen Regeln erfolgen darf. Darum ist auch weder der strafrechtliche Kausalbegriff ohne weiteres für das bürgerliche Recht entscheidend, noch innerhalb des bürgerlichen Rechts bei der Abmessung der im Rechtssinne verursachten Folgen im einzelnen Falle die Berücksichtigung konkreter Umstände ausgeschlossen. Die in § 287 der Z.Pr.O. dem Gericht erteilte Anweisung, über die Entstehung eines Schadens und dessen Höhe „unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung“ zu entscheiden, bezieht sich auch auf die Verursachungsfrage. Vgl. im übrigen v. Bar, Die Lehre vom Kausalzusammenhange im Rechte, 1871; v. Lisst, Die Deliktobligationen im System des B.G.B., 1898, S. 68 ff.; M. Rümelin, Die Verwendung der Kausalbegriffe im Straf- und Civilrecht, 1900; L. Träger, Der Kausalbegriff im Straf- und Civilrecht, 1904; Rumpf, Jahrb. f. D. XLIX 333 ff.; Endemann, B.R. § 129; Dernburg § 27; Enneccerus § 235; Oertmann, Vorbem. 4; Siber zu § 249 Bem. 4.

⁴⁵ So durch Versicherungsvertrag oder Garantievertrag.

⁴⁶ Davon ist später in § 211 ff. zu reden; dort ist auch zu zeigen, daß der Begriff der unerlaubten Handlung immer rechtswidriges, nicht aber schuldhaftes Verhalten voraussetzt.

der Schade durch rechtmäßigen Eingriff in eine fremde Rechtsphäre verursacht ist, eine Schadenersatzpflicht sei es dessen, der den Eingriff vorgenommen hat, sei es dessen, zu dessen Vorteil der Eingriff erfolgt ist, begründet⁴⁷. Endlich trifft, wenn eine bestehende Verbindlichkeit nicht oder nicht gehörig erfüllt ist, den Verpflichteten statt oder neben der primären Leistungspflicht dann eine Verpflichtung zum Ersatz des dadurch verursachten Schadens, wenn ihm entweder ein nach dem Mafse seiner Verpflichtung beachtliches Verschulden zur Last fällt oder ein von ihm nach dem besonderen Inhalt des Schuldverhältnisses zu vertretender sonstiger Umstand die gehörige Erfüllung verhindert hat⁴⁸. Die Verpflichtung zum Schadenersatz tritt also bald nur auf Grund eines Verschuldens, bald ohne Verschulden ein und beruht bald auf Verursachung durch eigene Handlung oder Unterlassung, bald auf Haftung für verursachendes fremdes Handeln oder ungewolltes Geschehen⁴⁹. Und die Ersatzleistung kann als Hauptleistung oder Nebenleistung, sie kann auch einfach oder wahlweise als Surrogatleistung geschuldet werden.

Von verschiedener Beschaffenheit kann auch der Leistungsgegenstand sein. Denn grundsätzlich richtet sich im heutigen wie im älteren deutschen Recht die Verpflichtung auf Naturalherstellung⁵⁰. Der Schuldner hat den Zustand herzustellen, der

⁴⁷ So bei der Enteignung und den verwandten öffentlichrechtlichen Eingriffen; vgl. oben Bd. II 464 ff.; auch S. 28, 409 ff., 414, 517 ff., I 195 ff. Aber auch bei privatrechtlich erlaubten Eingriffen, wie im Falle der Nothilfe nach B.G.B. § 904 (oben Bd. II 365) und der Beschädigung oder Zerstörung einer Sache in verschuldetem Notstande nach B.G.B. § 228 S. 2 (da hier die schädigende Handlung selbst nicht widerrechtlich ist). Verwandt ist die Schadenersatzpflicht infolge der Schadensverteilung bei der großen Haverei.

⁴⁸ Diese sekundären Schadenersatzpflichten sind theils für die Schuldverhältnisse allgemein, theils für die einzelnen Arten der Schuldverhältnisse besonders geregelt. Solche Ersatzverbindlichkeiten entspringen aber auch aus der Nichterfüllung anderer als schuldrechtlicher Verpflichtungen. So z. B. bei den dinglichen Ansprüchen; oben Bd. II 511.

⁴⁹ Von dem Verhältnis zwischen Verschuldung und bloßer Verursachung und von der Haftung für Andere und für Sachen ist bei den unerlaubten Handlungen näher zu reden.

⁵⁰ B.G.B. § 249. Über Naturalersatz im älteren deutschen Recht vgl. Schmidt a. a. O. S. 58 ff., Hammer a. a. O. S. 75 ff. Derselbe Grundsatz gilt nach Preuß. A.L.R. I, 6 § 79, Ost. Gb. § 1323 u. Sächs. Gb. § 687. Das Schweiz. O.R. a. 51 (jetzt 43) überläßt die Bestimmung der Art des Schadenersatzes dem richterlichen Ermessen. Dagegen kannte das röm. R. nur Geldersatz; Degenkolb, Arch. f. z. Pr. LXVII 10. Doch war für das gem. R. Streit.

bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre, also je nach der Art des Schadens die hierzu geeignete Leistung, die persönlicher oder sachlicher Natur sein kann, zu bewirken. Allein tatsächlich überwiegt durchaus die Ersatzleistung durch Wertausgleichung mittels Geldzahlung⁵¹. Von vornherein wird Entschädigung in Geld geschuldet, soweit die Herstellung nicht möglich oder zur Entschädigung des Gläubigers nicht genügend ist⁵². In vielen Fällen ist ausdrücklich bestimmt oder als selbstverständlich vorausgesetzt, daß lediglich Geldersatz gefordert und geleistet werden kann⁵³. Immer ferner kann wahlweise der Gläubiger im Falle der Verletzung einer Person oder der Beschädigung einer Sache statt der Herstellung den dazu erforderlichen Geldbetrag verlangen⁵⁴, der Schuldner dann, wenn die Herstellung nur mit unverhältnismäßigen Aufwendungen möglich ist, die Entschädigung in Geld leisten⁵⁵. Endlich wandelt sich die Herstellungsschuld endgültig in eine Geldschuld um, wenn der Gläubiger dem Schuldner eine angemessene Frist mit der Erklärung, daß er nach Ablauf der Frist die Herstellung ablehne, gesetzt hat und die Herstellung nicht rechtzeitig erfolgt⁵⁶.

Der Umfang des zu leistenden Ersatzes richtet sich nach dem Umfange des auszugleichenden Schadens. Das im älteren deutschen Recht für zahlreiche Fälle geltende System der festen Bußen, in denen Strafe und Schadenersatz verschmolzen waren,

⁵¹ Die Geldentschädigung besteht der Regel nach in einer Kapitalsumme, bisweilen aber in einer Geldrente; vgl. unten § 215 I 3a und b, auch oben Bd. II 433.

⁵² B.G.B. § 251¹. Herstellung im buchstäblichen Sinne ist, da das Geschehene nicht ungeschehen gemacht werden kann, fast immer unmöglich; es genügt aber die Herstellung gleicher wirtschaftlicher Brauchbarkeit und Nutzbarkeit; R.Ger. LXXVI Nr. 38. Ist Naturalherstellung zwar möglich, aber nicht genügend, einen vollen Ausgleich zu schaffen, so kann der Geschädigte Herstellung nebst Ergänzungsentschädigung fordern, wird aber, falls nicht besondere Umstände die Ablehnung der Herstellung rechtfertigen, sie auch nehmen müssen.

⁵³ So z. B. ausdrücklich bei der Enteignung; oben Bd. II 483. Desgleichen bei der gesetzlich vorgeschriebenen Entschädigung durch Geldrenten (oben Anm. 51). Ferner selbstverständlich, wo Schadenersatz wegen Nichterfüllung einer Verbindlichkeit zu leisten ist; R.Ger. LXI Nr. 85. Dazu kommen die Fälle, in denen, weil der Schade in Geldentziehung besteht, die Herstellung sich mit Geldentschädigung deckt. Vgl. R.Ger. LXII Nr. 79.

⁵⁴ B.G.B. § 249 S. 2. Es ist dies ein Fall der alternativen Ermächtigung.

⁵⁵ B.G.B. § 251². Auch hier handelt es sich um eine facultas alternativa.

⁵⁶ B.G.B. § 250.

ist bis auf spärliche Reste verschwunden⁵⁷. Nur rechtsgeschäftlich kann noch innerhalb der Grenzen der Vertragsfreiheit im voraus die Höhe des bei Eintritt eines schädigenden Ereignisses zu leistenden Ersatzes festgesetzt werden⁵⁸. Im übrigen bedarf es im einzelnen Falle der Feststellung, wie hoch sich der eingetretene Schade beläuft. Die Beweislast trifft den Geschädigten. Der Beweis ist aber heute dadurch erleichtert, daß das Gericht über die Frage, ob und in welcher Höhe ein Schade entstanden ist, unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung zu erkennen hat⁵⁹. Dabei kann das Gericht auch den Schätzungseid, der vom deutschen und vom römischen Recht in verschiedener Weise ausgebildet war⁶⁰, als Mittel für die Feststellung der Höhe des Schadens verwenden⁶¹.

⁵⁷ Davon bei den unerlaubten Handlungen unten § 215.

⁵⁸ So durch Versicherungsvertrag, jedoch bei der Sachversicherung nur innerhalb der durch die Unzulässigkeit der Überversicherung gezogenen Schranken. Ebenso durch Garantievertrag. Auch kann bei jedem Schuldverhältnis der wegen Nichterfüllung zu leistende Ersatz durch Vereinbarung fixiert werden. Vielfach dient insbesondere eine bedungene Vertragsstrafe zugleich als fixierter Ersatz. — Häufig begegnet auch die Fixierung bloß des Mindestbetrages.

⁵⁹ Z.Pr.O. § 287 (a. F. § 260). Ebenso schon früher H.G.B. Art. 27², Haftpflichtges. § 7 und die Gesetze zum Schutz des Urheberrechts, des Markenrechts und des Erfinderrechts. Vgl. dazu neues Schweiz. O.R. a. 42. — Über Schätzung durch Nachbarn oder Sachverständige und richterliches Ermessen im älteren deut. R. vgl. Schmidt a. a. O. S. 63, Hammer a. a. O. S. 76, Stobbe-Lehmann § 259 S. 518.

⁶⁰ Ein Schätzungseid des Verletzten begegnet in manchen Volksrechten; vgl. l. Alam. (ed. Lehmann Cod. B) 69 u. 70, Ed. Roth. 146, 2. In späteren Quellen wird umgekehrt dem Beklagten das Recht eingeräumt, die Schätzung des Klägers mit seinem Eide zu mindern; Sachsensp. III 47 § 1, 51 § 2 (gelden na des werderunge, die sie verlos, jene ne minnere sie mit sinem eide, die sie gelden sal), Rb. n. Dist. IV 33 A d. 1, Gosl. Stat. 42, 17, Laband, Vermögensr. Kl. S. 68 Anm. 23, Hammer S. 76, Planck, Gerichtsv. I 454 ff., Stobbe-Lehmann § 259 Anm. 51. Doch liefs sich in Schuldbriefen der Gläubiger oft versprechen, daß der Schuldner die Bestimmung der Höhe des Schadens durch schlichtes Wort des Gläubigers anerkennen werde; Brunner, Z. f. H. R. XXIII 242 ff., Grundz. S. 209; Hübner, Grundz. S. 464. Seit der Rezeption wurde das im römischen Recht bei gewissen Streitigkeiten dem Kläger gewährte juramentum in litem (Dig. 12, 3, Cod. 5, 53) aufgenommen und als Würderungseid oder Schätzungseid zu einem allgemeinem Beweismittel hinsichtlich des vorsätzlich oder grob fahrlässig verursachten Schadens umgebildet. Die Z.Pr.O. § 260 hob den Schätzungseid als formelles Beweismittel auf.

⁶¹ Nach Z.Pr.O. § 287 (a. F. 260) kann das Gericht stets anordnen, daß der Beweisführer den Schaden oder das Interesse bis zu einem gerichtlich festgesetzten Höchstbetrage eidlich schätze.

Der Anspruch des Gläubigers geht grundsätzlich auf Ersatz des vollen Schadens⁶². Den Maßstab bildet das verletzte „Interesse“ des Geschädigten; es soll der Nachteil ausgeglichen werden, den er infolge des vom Schuldner zu vertretenden Umstandes erlitten hat⁶³. Darum umfaßt der Schadensersatz nicht nur den unmittelbar zerstörten oder entzogenen Vermögenswert, sondern auch den mittelbar verursachten Vermögensverlust⁶⁴. Darüber hinaus erstreckt er sich auf den entgangenen Gewinn, der nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge oder nach den besonderen Umständen, insbesondere nach den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen, mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte⁶⁵. Die

⁶² Dies war auch nach gemeinem Recht anzunehmen. Ausdrücklich bestimmte es das H.G.B. Art. 283. Ebenso Sächs. Gb. § 124—125. — Dagegen stufte das Preufs. A.L.R. I, 2 § 117—118, I 5 § 285—291, I, 6 § 1—15 den Umfang des zu leistenden Ersatzes kasuistisch ab. Auch der Code civ. Art. 1150 und das Österr. Gb. § 1323—1324 machen Unterschiede. Das Schweiz. O.R. Art. 51 (jetzt 43) kennt überhaupt kein festes Maß, sondern überläßt die Bestimmung der Größe des Schadensersatzes grundsätzlich dem richterlichen Ermessen.

⁶³ In den Fällen, in denen jemand einen Ersatzanspruch hat, weil ein Geschäft nicht zustande gekommen ist, auf dessen Zustandekommen er vertraute und vertrauen durfte, besteht der Schade in dem Nachteil, den er infolge seines irrigen Vertrauens erlitten hat, dem sog. „negativen Interesse“. Doch kann dieser Schade niemals den Betrag des „positiven Interesses“ übersteigen, das er, wenn das Geschäft zustande gekommen wäre, an dessen Wirksamkeit gehabt hätte. Denn was er nicht gehabt hätte, wenn sein Vertrauen nicht getäuscht worden wäre, hat er auch durch die Täuschung seines Vertrauens nicht eingebüßt. Vgl. B.G.B. § 122, 179, 307, 309. W. Brock, Das negative Vertragsinteresse, Berlin 1902; Kohler I 557, II 134 ff.

⁶⁴ Bei Verlust oder Beschädigung einer Sache kommt also nicht bloß, wie grundsätzlich nach Preufs. A.L.R. I, 2 § 117 (Abweichungen I, 6 § 82—97), ihr „gemeiner“ Wert, sondern ihr Wert für den Beschädigten (der „außerordentliche Wert“) in Betracht. Eine Unterscheidung zwischen „unmittelbarem“ und „mittelbarem“ Schaden (Preufs. A.L.R. I, 6 § 2—3) und eine Einschränkung der Ersatzpflicht auf den unmittelbaren Schaden, wie sie das Preufs. A.L.R. a. a. O. § 15 bei geringem Versehen eintreten läßt, findet nicht statt. Auch kommt nichts darauf an, ob der Schaden voraussehbar war; grundsätzlich ist auch der nicht voraussehbare Schaden, den das Preussische A.L.R. als „zufälligen“ Schaden bezeichnet und nur bei einem Verstöße wider ein Verbotsgesetz dem Schuldigen zur Last legt (I, 6 § 4 u. 16) und für den auch nach Code civ. Art. 1150 nur bei dolus gehaftet wird, zu ersetzen; vgl. jedoch über die Modifikation durch § 254 B.G.B. unten Anm. 72.

⁶⁵ B.G.B. § 252. Ähnlich zum Teil schon nach älterem deutschen Recht (Hammer a. a. O. S. 76 ff.), sowie nach gemeinem Recht, Code civ. Art. 1149, H.G.B. Art. 283, Sächs. Gb. § 124—125. Anders das Preufs. A.L.R., das zwar ebenfalls zu dem „ganzen Interesse“ oder der „vollen Genugtuung“ auch allen entgangenen Gewinn rechnet (I, 5 § 287, I, 6 § 5—7), allein vollen Ersatz nur

Ersatzpflicht kann vertragsmäßig eingeschränkt werden und ist bei manchen Schuldverhältnissen durch gesetzliche Vorschriften enger begrenzt⁶⁶. Dagegen kennt das geltende deutsche Recht nicht die im preussischen Landrecht und in anderen älteren Gesetzbüchern durchgeführte grundsätzliche Abstufung des Umfanges des Schadensersatzes nach dem Grade des dem Ersatzpflichtigen zur Last fallenden Verschuldens⁶⁷. Ebenso wenig erteilt es gleich dem schweizerischen Recht dem Richter eine generelle Ermächtigung, mit Rücksicht auf die Größe des Verschuldens und auf sonstige Umstände den Umfang des Schadensersatzes ungleich zu bemessen⁶⁸.

bei Vorsatz oder grobem Versehen vorschreibt (I, 5 § 285, I, 6 § 9—11), im übrigen dagegen regelmässig nur für „wirklichen Schaden“ haftbar macht (I, 5 § 288 mit den Ausnahmen in § 289—291, sowie I, 6 § 12), jedoch im Falle einer unerlaubten Handlung bei mässigem Versehen unter Einbeziehung von gewissem entgangenen Gewinn (I, 6 § 13—14). Ähnlich das Ost. Gb. § 1323—1324, das die „eigentliche Schadloshaltung“ und die „volle Genugtuung“ unterscheidet, und nur die letztere, die nur im Falle eines aus böser Absicht oder aus einer auffallenden Sorglosigkeit verursachten Schadens geschuldet wird, auch auf den entgangenen Gewinn erstreckt.

⁶⁶ So namentlich durch die Bemessung des Schadensersatzes für den Verlust oder die Beschädigung von Frachtgut nach dem gemeinen Wert gemäß H.G.B. § 430, 457, 611—613, sowie durch die Beschränkungen der Ersatzpflicht auf Höchstbeträge nach Eisenbahnfrachtrecht gemäß H.G.B. § 461—466. Doch bleibt hier überall in den Fällen des Vorsatzes und der groben Fahrlässigkeit der Anspruch auf Ersatz des vollen Schadens vorbehalten.

⁶⁷ Oben Anm. 64—65; Zürch. Gb. § 997, 1000, 1004. Vgl. indes die in der vor. Anm. angef. handelsrechtlichen Ausnahmen.

⁶⁸ Nach dem neuen schweiz. O.R. a 43—44, 99³ hat der Richter bei Festsetzung der Größe des Schadensersatzes sowohl die Umstände wie die Größe des Verschuldens zu würdigen; er kann die Ersatzpflicht auf Grund der Einwilligung oder einer Mitverantwortlichkeit des Geschädigten ermässigen oder gänzlich von ihr entbinden; ermässigen kann er sie auch, wenn der Ersatzpflichtige durch volle Ersatzleistung in eine Notlage versetzt würde, dies jedoch nur dann, wenn weder Vorsatz noch grobe Fahrlässigkeit vorliegt. Die Bestimmungen weichen von denen des alten O.R., das die Ersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen (a. 51) und wegen Nichterfüllung einer Schuldverpflichtung (a. 116) verschieden behandelte, mehrfach ab. — Dafs, wie Dernburg § 28 meint, dem deutschen Richter durch Z.P.O. § 287 eine ähnliche Freiheit gewährt wäre, kann nicht zugegeben werden. Nur über den Umfang des entstandenen Schadens, nicht über den Umfang des zu leistenden Schadensersatzes hat er nach freiem Ermessen zu entscheiden. Nicht ausgeschlossen freilich ist, dafs er bei der Entscheidung der Verursachungsfrage den Grad des Verschuldens mitsprechen läfst und auf diesem Wege zu einer Ermässigung unbilliger Ansprüche gelangt. Ist aber der Kausalzusammenhang nicht zweifelhaft, so muß er auf vollen Ersatz des als verursacht festgestellten Schadens erkennen.

Anders verhält es sich nur im Falle der Mitverantwortlichkeit des Beschädigten für den entstandenen Schaden. Denn in diesem Falle setzt die elastische, in der Praxis überaus wichtig gewordene Bestimmung des § 254 B.G.B. den Richter in den Stand, je nach der konkreten Sachlage den Schadensersatzanspruch zu versagen oder dem Umfange nach zu ermäßigen und so eine billige Verteilung der Schadenslast vorzunehmen⁶⁹. Nach dem Wortlaute des § 254 hängt, wenn bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Beschädigten mitgewirkt hat, die Verpflichtung zum Ersatze sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes von den Umständen, insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teil verursacht worden ist⁷⁰. Den Anspruch auf Berücksichtigung eines mitwirkenden

⁶⁹ Über die vielen Streitfragen, die sich an die wenig glückliche Fassung des § 254 knüpfen, vgl. die Komm. von Oertmann, Planck, Staudinger u. A., sowie besonders: v. Leyden, Die sog. Culpa-Kompensation im B.G.B., 1902; A. Gottschalk, Das mitwirkende Verschulden des Beschädigten bei Schadensansprüchen nach B.G.B., 1903; Rümelin a. a. O. S. 307 ff.; Träger a. a. O. S. 327 ff.; Krückmann, Jahrb. f. D. LV 1 ff.; Kahn, Arch. f. b. R. XXXIV 350 ff.; Schneider ebd. XXXVII 161 ff.; Coermann b. Gruchot LI 286 ff.; Dungs ebd. LIV 545 ff.; Enneccerus § 236. — Gemeinrechtlich bewirkte das konkurrierende Verschulden des Beschädigten den Wegfall jedes Schadensanspruches (l. 203 D. de R.J. 50, 17), ausgenommen den Fall der arglistigen Schädigung, in dem es überhaupt einflusslos war. Auch das R.H.Pf.G. § 1 kannte nur die Alternative des vollen Bestandes oder Wegfalles der Ersatzpflicht. Dagegen hatte das Preufs. A.L.R. I, 6 § 18—21 feste kasuistische Abstufungen: bei Vorsatz oder grobem Versehen des Schädigers kann der Beschädigte trotz mitwirkenden eigenen Verschuldens stets den unmittelbaren Schaden, dagegen bei eigenem grobem Versehen nicht den mittelbaren Schaden und den entgangenen Gewinn ersetzt verlangen; bei mäßigem oder geringem Versehen des Schädigers wird durch eigenes grobes Versehen des Beschädigten jeder Ersatzanspruch, der Ersatzanspruch wegen mittelbaren Schadens und entgangenen Gewinnes schon durch Verabsäumung der gewöhnlichen Aufmerksamkeit zur Abwendung des Nachteils ausgeschlossen. Eine billige Schadensverteilung wegen Verschuldenskonkurrenz ermöglichte zuerst das Schweiz. O.R. a. 51² (jetzt 44¹); vgl. vor. Anm.

⁷⁰ B.G.B. § 254¹. Es soll also in erster Linie das Übergewicht der Kausalität entscheiden. Allein dieses läßt sich nicht abstrakt, sondern nur nach dem Maße der Verantwortlichkeit jedes Teils für einen als mitkausal vorgestellten Umstand ermitteln; vgl. Kohler II 140 Anm. 1. Hierfür aber wird immer in erster Linie die Schwere des Verschuldens in Betracht kommen, die zu berücksichtigen ohnehin dem Richter schon deshalb unverwehrt ist, weil alle „Umstände“ des Falles für erheblich erklärt sind. Die Praxis wägt daher vor allem stets das beiderseitige Verschulden gegen einander ab; RGer. LIII Nr. 98, LIV Nr. 5, LXIX Nr. 62, LXXVI Nr. 80 S. 323, Seuff. LXIII

Verschuldens des Geschädigten hat jeder Schadensersatzpflichtige, mag er aus vertragsmäßiger Garantieleistung, aus rechtmäßigem Eingriff, aus unerlaubter Handlung oder aus Vertragsverletzung haften, mag seine Ersatzpflicht sich nur auf den von ihm verursachten Schaden erstrecken oder aus einem zufälligen Ereignis entspringen, mag sie im ersteren Falle Verschulden oder qualifiziertes Verschulden voraussetzen oder auch bei schuldloser Verursachung eintreten⁷¹. Auf seiten des Geschädigten ist, damit ihm aus § 254 ein Nachteil erwachse, stets erforderlich, daß sein Verhalten die Entstehung des Schadens oder dessen Umfang mitverursacht hat. Das Gesetz fordert aber überdies, daß ihn ein Verschulden trifft. Doch wird ihm als Verschulden nicht nur angerechnet, wenn er es unterlassen hat, den Ersatzpflichtigen auf die Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens aufmerksam zu machen, die dieser weder kannte noch kennen mußte⁷², sondern auch, wenn er es unterlassen hat, den Schaden abzuwenden oder zu mindern, also

Nr. 129. Auch in der Theorie ist die früher öfter verlangte Ausschaltung der Verschuldensfrage (vgl. z. B. Endemann § 132, 1 a, Schollmeyer Bem. 5, Staudinger Bem. 2) mehr und mehr aufgegeben; vgl. Gottschalk a. a. O. S. 94 ff., Dungs a. a. O. S. 545 ff., Planck Bem. 4 a u. b, Oertmann Bem. 2, Dernburg § 32 II 1, Enneccerus § 236, 4. — Der Wortlaut des § 254¹ ist auf alle Fälle zu eng, weil die Verpflichtung zum Schadensersatz nicht nur ohne Verschulden, sondern auch ohne Verursachung begründet sein kann; vgl. die folg. Anm.

⁷¹ Bei Versicherungsverträgen ist die Anwendung des § 254 durch die Spezialvorschrift des § 61 V.V.G. eingeengt, aber nicht ausgeschlossen; J. Gierke, Leipz. Zeitschr. 09 S. 738 ff., Brodmann, Jahrb. f. D. LVIII 278, Planck Bem. 1. Hier und wo sonst eine Verpflichtung zum Ersatz des Schadens aus einem zufälligen Ereignis vertragsmäßig übernommen oder kraft gesetzlicher Vorschrift für Zufall gehaftet wird, kann bei mitwirkendem Verschulden des Ersatzberechtigten die Kausalität seines Verhaltens immer nur mit der Kausalität der vom beiderseitigen Verhalten unabhängigen Umstände verglichen werden. Von der Bedeutung des § 254 für die Haftung aus unerlaubten Handlungen ist unten § 211 V näher zu sprechen; daß § 254 hier auch Platz greift, wenn aus schuldloser Verursachung gehaftet wird, ist allgemein anerkannt (ebd. Anm. 53).

⁷² B.G.B. § 254² Halbs. 1. Insoweit wird also Unvorhersehbarkeit des Schadens erheblich. — Ein derartiges Verhalten wird vorzugsweise als Grund für Herabminderung des wegen Nichterfüllung einer Verbindlichkeit zu leistenden Schadensersatzes in Betracht kommen; vgl. z. B. Seuff. LX Nr. 183. Doch liegt kein Grund vor, wegen des vom B.G.B. gebrauchten Ausdrucks „Schuldner“ mit Schollmeyer Bem. 6 a, Fischer-Henle Anm. 7 und früher auch Planck Bem. 3 die Anwendung der Vorschrift in anderen Fällen auszuschließen; vgl. Komm. d. R.G.R. Bem. 2, Staudinger Bem. 4, Oertmann Bem. 3, Planck⁴ Bem. 3 a.

auch dann, wenn er keine Rechtspflicht gegen den Ersatzpflichtigen verletzt, sondern nur die gehörige Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten nicht angewandt und somit ein „Verschulden gegen sich selbst“ begangen hat⁷³. Darüber hinaus muß in dem Umfange, in dem fehlerhaftes Verhalten ohne Verschulden eine Schadensersatzpflicht begründet, auch zu Lasten des Geschädigten die Verantwortlichkeit für solches Verhalten dem Verschulden gleichgestellt werden⁷⁴. Endlich gereicht dem Geschädigten auch das mitverursachende Verschulden eines Dritten insoweit zum Nachteil, als er nach allgemeinen Grundsätzen für dasselbe einzustehen hat⁷⁵.

Den Grundsatz des vollen Schadensersatzes durchbricht das B.G.B. in § 253 mit der Bestimmung, daß wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, Entschädigung in Geld nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen gefordert werden kann.

⁷³ B.G.B. § 254² Halbs. 2. Von einem „Verschulden gegen sich selbst“ spricht im Einklang mit der Lebensauffassung Zitelmann, Grundr. S. 166 ff. Ähnlich Rümelin a. a. O. S. 312, v. Leyden a. a. O. S. 67, 74, Dernburg § 32 II 3, Oertmann Bem. 1 b β; dagegen Crome I § 111, Gottschalk S. 69 ff., Weyl S. 518 ff. Ob zugleich dem Ersatzpflichtigen gegenüber mindestens eine sog. „Diligenzpflicht“ versäumt ist, ist unerheblich. — Ein derartiges mitwirkendes Verschulden kann vor, bei oder nach der Entstehung des Schadens begangen werden. In letzterer Hinsicht ist namentlich die Frage viel erörtert, inwiefern im Falle der Körperverletzung die Weigerung, sich einem voraussichtlich erfolgreichen rationellen Heilverfahren, insbesondere einer Operation zu unterziehen, den Ersatzanspruch (aus Unfallversicherung oder Delikt) herabmindern kann. Mit Recht bejaht das R.Ger. in gewissem Umfange hier ein Verschulden des Verletzten; Seuff. XLVI Nr. 189, XLIII Nr. 199, Z. S. LX Nr. 34, besonders aber LXXXIII Nr. 3, wo die Gründe, aus denen eine Operation ohne Nachteil abgelehnt werden kann, scharf abgegrenzt sind; vgl. die eingehende Beleuchtung dieser Entsch. b. Zitelmann, Arch. f. b. R. XL 213 ff. — Über den Spezialfall des § 839³ unten § 211 Anm. 54. — Die Anwendbarkeit des § 254² wird natürlich durch besondere Gesetzesbestimmungen eingeschränkt, nach denen ein Schadensersatzanspruch durch schuldhaftes Herbeiführung des schädigenden Ereignisses seitens des Verletzten nur ausgeschlossen wird, wenn ihm Vorsatz (wie nach R.V.O. § 556, 1254, 1267) oder Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit (wie nach V.V.G. § 61) zur Last fällt. Darum kann sich auch der von einer Berufsgenossenschaft für Unfallversicherung auf Ersatz belangte schuldige Unternehmer insoweit, als die Berufsgenossenschaft selbst durch eignes Verschulden des Verletzten nicht befreit wird, nicht auf § 254 berufen; R.Ger. LXII Nr. 82 u. Nr. 104.

⁷⁴ Vgl. über die sehr bestrittene Frage unten § 211 Anm. 55—57, § 214 Anm. 49—51 u. Anm. 84—85.

⁷⁵ Über die bestrittene Tragweite des letzten Satzes von § 254, der entsprechende Anwendung des § 278 vorschreibt, vgl. unten § 178 Anm. 31 u. § 211 Anm. 31. — Über § 846 unten § 265 Anm. 51.

Der Regel nach geht also der in einem idealen Gute Geschädigte, falls die Naturalherstellung ausgeschlossen ist, leer aus. Auch im älteren deutschen Recht richteten die reinen Schadensersatzansprüche sich nur auf Ersatz des Vermögensschadens. Allein in erheblichem Umfange war durch das Bußensystem dafür gesorgt, daß auch wegen immaterieller Nachteile eine pekuniäre Genugtuung geleistet werden mußte. Später wurde der gleiche Erfolg zum Teil durch rezipierte Privatstrafen römischer Herkunft erreicht. Seit dem Verschwinden der Privatstrafen blieb nur der Ersatzanspruch wegen eines in Geld abschätzbaren Schadens übrig, während der Gedanke der Genugtuung dem Privatrecht mehr und mehr abhanden kam⁷⁶. Immerhin erhielten sich im gemeinen Recht und mehr noch in den Partikularrechten einzelne weitergehende Ersatzansprüche poenaler Herkunft, die man nun als Schadensersatzansprüche wegen bestimmter immaterieller Nachteile auffasste, aber als Anomalien behandelte⁷⁷. In neuerer Zeit brach sich wieder die Auffassung Bahn, daß grundsätzlich im Sinne der ausgleichenden Gerechtigkeit dem, der rechtswidrig im Genuß eines idealen Lebensgutes verkürzt ist, eine Genugtuung gebührt und daß hierzu trotz der Unvergleichlichkeit idealer und wirtschaftlicher Werte sich bis zu einem gewissen Maße eine Geldleistung eignet, weil ja Geld auch den Schlüssel für ideale Genüsse bildet⁷⁸. Während aber in Frankreich und England die Praxis

⁷⁶ Doch stellt noch das Preuß.A.L.R. dem bloßen Ersatz des „wirklichen Schadens“ die „volle Genugtuung“ gegenüber (I, 6 § 7, 10) und rechnet zu dieser bei vorsätzlicher Sachbeschädigung den Ersatz des Wertes der besonderen Vorliebe (ebd. § 87, I, 11 § 880). Ebenso unterscheidet das Öst.G.B. § 1323—1324 „eigentliche Schadloshaltung“ und die „volle Genugtuung“ und erstreckt die letztere bei vorsätzlicher Verletzung auch auf „die Tilgung der verursachten Beleidigung“. Pfaff, Zur Lehre von Schadensersatz und Genugtuung nach Öster.R., 1880, hat wahrscheinlich gemacht, daß der Gesetzgeber damit auf Ersatzleistung für idealen Schaden abzielte, und diese Ansicht gegen Unger, Z. f. d. P. u. ö. R. d. G. VIII 209 ff., ebd. S. 613 ff. eingehend verteidigt. Es scheint, als dränge gegenüber der älteren Theorie u. Praxis Pfaffs. Auffassung mehr und mehr durch; vgl. Krainz-Pfaff-Ehrenzweig I 395. Anm. 11^b.

⁷⁷ So im gem. R. die Ansprüche aus Beleidigung, das Schmerzensgeld und die Deflorationsgelder, im preuß. R. auch den Ausstattungsanspruch einer durch körperliche Verletzung verunstalteten Frauensperson (I, 6 § 123—127) und das Affektionsinteresse (vor. Anm.), im Sachsenrecht die Sachsenbuße usw.; vgl. unten § 215 I 1.

⁷⁸ Vgl. Jhering, Jahrb. f. D. XVIII 41 ff.; Kohler, Patentrecht, 1878, S. 651 ff., Arch. f. b. R. V 255 ff., B.R. II 124; Pfaff a. a. O.; Unger a. a. O.

allgemein einen Entschädigungsanspruch wegen immaterieller Nachteile anerkennt⁷⁹, hielt man in Deutschland an der entgegengesetzten Regel fest und vermehrte nur die Ausnahmen⁸⁰. Das B.G.B. hat keinen Fortschritt gebracht. Durch seine ausdrückliche Vorschrift schneidet es der Regel nach jede Berücksichtigung einer nicht mit Geld meßbaren Einbuße ab. Handelt es sich um Sachbeschädigung, so kann nicht einmal dem böswilligen Täter eine Ersatzleistung wegen verletzter idealer Interessen auferlegt werden⁸¹. Nur bei widerrechtlichen Eingriffen in bestimmte Persönlichkeitsgüter ist der Verletzte berechtigt, auch wegen eines Schadens, der kein Vermögensschade ist, eine billige Entschädigung in Geld zu verlangen⁸². Überdies kann stets durch Rechtsgeschäft eine Geldentschädigung für einen immateriellen Schaden bedungen werden⁸³.

Die genaue Bemessung der Entschädigung nach dem Umfange des nachweisbaren Schadens und damit auch die Unbeachtlichkeit der nicht mit Geld meßbaren Nachteile fällt überhaupt weg, sobald an Stelle des Schadenersatzes eine vom Strafrichter zuerkannte Buße tritt. Die Buße des modernen deutschen Rechts, die bei strafbarer Verletzung bestimmter Persönlichkeitsrechte dem Verletzten zu entrichten ist, ist zwar keine Privatstrafe, sondern eine Form der Entschädigung, führt aber in den Begriff der Entschädigung den Gedanken der Genugtuung wieder ein⁸⁴.

Da der Ersatzberechtigte nur Ausgleichung der erlittenen Nachteile, nicht Bereicherung erlangen soll, muß er besondere Vorteile, die für ihn aus dem schädigenden Ereignis entstanden sind, sich auf die Entschädigung anrechnen lassen oder anderweit zur Ausgleichung bringen⁸⁵. Die Tragweite dieses Prinzips ist im

S. 229; meine Schrift über den Entw. S. 196 ff.; v. Liszt, Deliktsobl. S. 29 ff.; Seng, Arch. f. b. R. V 336 ff.; Crome b. Zachariae II § 415 Anm. 1 a, B.R. § 141 S. 21.

⁷⁹ Nachweisungen b. Seng a. a. O. S. 341 ff., 354 ff.

⁸⁰ Insbesondere durch Einführung der Bußen im R.St.G.B. und in den Gesetzen zum Schutz der Persönlichkeitsrechte (oben Bd. I 742, 817, 847, 894).

⁸¹ Dernburg § 33 a. E. meint, daß trotz des § 253 der Richter nach Z.Pr.O. § 287 das Affektionsinteresse berücksichtigen könne. Vgl. dagegen Crome § 151 Anm. 13, Oertmann zu § 253 Bem. 3, Planck Bem. 2.

⁸² B.G.B. § 847 (unten § 215 I 4) u. § 1300.

⁸³ So namentlich durch Strafgedinge. Deshalb ist auch nach B.G.B. § 343 bei der Würdigung der Angemessenheit einer Vertragsstrafe „jedes berechnete Interesse des Gläubigers, nicht bloß das Vermögensinteresse in Betracht zu ziehen“.

⁸⁴ Vgl. unten § 215 I 5.

⁸⁵ Vgl. Mommsen a. a. O. S. 193 ff.; Cohnfeld a. a. O. S. 168 ff.;

einzelnen seit langer Zeit umstritten. Mangels besonderer Bestimmungen kommt es darauf an, ob und inwieweit auf Grund eines inneren ursächlichen Zusammenhanges der verschaffte Vorteil eine unmittelbare Minderung des zugefügten Schadens bedeutet⁸⁶. Allgemein gilt der Satz, daß der Schuldner, der für den Verlust einer Sache oder eines Rechts Ersatz zu leisten hat, zum Ersatz nur gegen Abtretung der Ansprüche verpflichtet ist, die dem Gläubiger auf Grund des Sacheigentums oder des Rechts gegen Dritte zustehen⁸⁷.

Eine Art der Schadensersatzpflicht, für die nur einzelne besondere Regeln gelten, ist die Verpflichtung zum Ersatze von Aufwendungen⁸⁸.

Nicht unter den Begriff der Schadensersatzpflicht dagegen fällt die Verpflichtung zur Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung. Auch sie freilich beruht auf dem Prinzip der ausgleichenden Gerechtigkeit. Die geschuldete Leistung

Walsmann, *Compensatio lucri cum damno*, 1900; besonders aber Oertmann, *Die Vorteilsausgleichung bei Schadensersatzanspruch*, 1901, sowie *Komm. Vorbem. 5*. Ferner Rümelin, *Krit. V.Schr.* XLV 189 ff.; H. A. Fischer a. a. O. S. 218 ff.; Klein b. Gruchot LI 734 ff.; v. Schey, *Obligationsverh. des Öst. Privatr.* S. 560 ff.; Dernburg § 31; Endemann I § 128 I 2; Crome § 151 II 4; Kohler II 132 ff.; Enneccerus § 237 II 1; Planck zu § 249 Bem. 5. — Ablehnend W. Stintzing, *Findet Vorteilsanrechnung beim Schadensersatzanspruch statt?* 1905.

⁸⁶ Vgl. R.Ger. LIV Nr. 41, Seuff. LX Nr. 35 u. 117. Über Vorteilsanrechnung bei der Enteignung oben Bd. II 486 ff. Besondere Bestimmungen im B.G.B. § 552, 615, 649, H.G.B. § 430, 457, 611, 613.

⁸⁷ B.G.B. § 255. Der Satz, der aus dem römischen Recht stammt, beruht zwar nicht auf einfacher Anwendung des Prinzips der Vorteilsausgleichung, wie Schollmeyer zu § 255 Bem. 6 meint, wohl aber auf demselben Grundgedanken; vgl. Oertmann, *Vorteilsausgleichung* S. 256 ff., 274 ff.; Crome § 151 II 5; Dernburg § 34. Die Ansprüche gegen Dritte gehen nicht, wie Entw. I § 223 bestimmen wollte und zugunsten des Versicherers in V.V.G. § 67 u. H.G.B. § 804 bestimmt ist, von Rechts wegen über. Indessen wird man annehmen müssen, daß der Ersatzpflichtige, wenn er vorbehaltlos geleistet hat, auch nachträglich die Abtretung fordern kann. Auch muß ihm hinsichtlich dessen, was der Ersatzberechtigte selbst auf Grund des nicht abgetretenen Rechtes erlangt, ein Bereicherungsanspruch zugestanden werden.

⁸⁸ Vgl. v. Tuhr, *Die actio de in rem verso*, 1895, S. 39 ff.; v. Petrážycki, *Die Lehre vom Einkommen* II 105 ff., 163 ff.; Crome § 151 III; Dernburg § 35; Enneccerus § 239 I. Das B.G.B. trifft allgemeine Bestimmungen über die in der Ersatzpflicht enthaltene Verpflichtung, den aufgewandten Geldbetrag von der Zeit der Aufwendung an zu verzinsen (§ 256) und den Ersatzberechtigten, wenn die Aufwendung in der Übernahme einer Verbindlichkeit bestand, zu befreien (§ 257).

soll auch hier einen Vermögensnachteil, den der Gläubiger ohne zureichenden Grund erlitten hat, innerhalb gewisser Grenzen wettmachen. Allein der Inhalt der Leistungspflicht bestimmt sich nicht nach dem für den Gläubiger entstandenen Schaden, sondern nach dem vom Schuldner ohne zureichenden Grund erlangten Vorteil⁸⁹.

6. Für einzelne Verhältnisse ist es erheblich, ob die geschuldete Leistung teilbar oder unteilbar ist⁹⁰. Der Unterschied bestimmt sich danach, ob die Leistung ohne Verminderung ihres Gesamtwertes in wesensgleiche Teile zerlegt werden kann oder nicht⁹¹. Ein Recht zu Teilleistungen steht auch dann, wenn die Leistung teilbar ist, dem Schuldner grundsätzlich nicht zu⁹².

7. Von hoher Bedeutung ist der Unterschied vorübergehender und dauernder Leistungspflichten. Der begriffliche Gegensatz läßt sich darauf zurückführen, ob die Leistung in einem Zeitpunkt oder während eines Zeitraumes bewirkt werden soll. Je nachdem sich der Inhalt eines Schuldverhältnisses in vorübergehenden Leistungspflichten erschöpft oder seinen Hauptinhalt eine dauernde Leistungspflicht bildet, ergeben sich wesentliche Verschiedenheiten seiner Struktur. Die „dauernden Schuldverhältnisse“ heben sich daher als eine durch gemeinsame Merkmale gekennzeichnete Gattung von den übrigen Schuldverhältnissen ab⁹³.

Insoweit den Schuldinhalt eine vorübergehende Leistungspflicht bildet, die geschuldete Leistung also auf einen bestimmten Zeitpunkt konzentriert ist, ist das Schuldverhältnis dazu bestimmt, mit der Bewirkung der Leistung zu erlöschen. Seine Lebenskraft verzehrt sich in demselben Augenblick, in dem sie sich erfolgreich betätigt; Erfüllung und Untergang fallen zusammen. So verhält

⁸⁹ Vgl. unten § 218.

⁹⁰ So nach B.G.B. § 420, 427, 431, 1109.

⁹¹ Vgl. Windscheid-Kipp § 253; Crome § 145 Z. 4; Dernburg § 47. Zu den unteilbaren Leistungen gehören die meisten persönlichen Leistungen, insbesondere auch die Unterlassungen (H. Lehmann a. a. O. S. 197 ff.), aber auch viele Sachleistungen, wie z. B. regelmäßig die Herausgabe einer bestimmten Sache oder die Verschaffung des Eigentums an einer solchen. Vgl. Seuff. XLIX Nr. 152.

⁹² B.G.B. § 266; R.Ger. b. Seuff. LXI Nr. 149. Abweichend W.O. a. 22, 38. Dagegen kann der Gläubiger die teilbare Forderung teilweise geltend machen, abtreten oder belasten.

⁹³ Näher dargelegt ist dies in meiner Abh. über dauernde Schuldverhältnisse in Jahrb. f. D. LXIV S. 355—411. — Das B.G.B. trifft besondere Bestimmungen nur für „dauernde Dienstverhältnisse“ (§ 617, 627, 629, 630) und gebraucht dabei das Wort nur im Sinne längerer Dauer; a. a. O. S. 395.

es sich stets, wenn die geschuldete Leistung in einer einmaligen Handlung, z. B. der Zahlung einer Geldsumme, der Hingabe einer Sache, der Begründung, Abtretung oder Aufhebung eines Rechts besteht. Aber auch eine zu mehrmaligem Handeln verpflichtende Schuld ist dann vorübergehender Art, wenn die einzelnen Handlungen als gesonderte Leistungen geschuldet werden, deren Bewirkung als Teilerfüllung den Bestand der Schuld teilweise zerstört⁹⁴.

Insoweit dagegen den Schuldinhalt eine dauernde Leistungspflicht bildet, sind die Schuldverhältnisse darauf angelegt, während ihres Bestandes eine konstante Wirkungskraft zu äußern. Ihre Erfüllung deckt sich nicht mit ihrer Beendigung; ihnen eignet eine in den Grenzen ihrer Bestimmung unerschöpfliche Lebenskraft. Dauernder Art sind der Regel nach die Verpflichtungen zu einem Unterlassen⁹⁵; sie sollen in jedem Augenblick durch Nichthandeln erfüllt werden, ohne damit ganz oder teilweise unterzugehen⁹⁶. In Gestalt einer selbständigen dauernden Unterlassungspflicht liegt auch dem Verleiher und dem Darlehnsgeber die Verpflichtung ob, dem anderen Teil den Gebrauch der geliehenen Sache oder des geliehenen Sach- oder Wertquantums während der Leihezeit zu gestatten⁹⁷. Dauernder Art ist ferner die Verpflichtung zu einem fortgesetzten positiven Verhalten, wie die des Vermieters zur Gewährung des Sachgebrauchs, die des Verpächters zur Gewährung von Gebrauch und Fruchtgenuss, die des Verwahrers zur Auf-

⁹⁴ A. a. O. S. 358. So z. B. eine in Raten abzuzahlende Kaufpreisschuld, die Verpflichtung zur terminweisen Lieferung eines bestimmten Quantums vertretbarer Sachen, die Verpflichtung zur Rückerstattung eines Darlehns durch sukzessive Tilgung, mögen auch die Tilgungsquoten als Zinszuschläge eingekleidet sein. — Auch die Verpflichtung zu einer aus verschiedenartigen Einzelleistungen zusammengesetzten einmaligen Gesamtleistung, z. B. der Übertragung eines Vermögens, einer Erbschaft, eines Handelsgeschäftes, ist vorübergehende Schuld.

⁹⁵ So z. B. die Unterlassungspflichten aus Konkurrenzklauseln oder Kartellen. Desgleichen solche durch bloßen Schuldvertrag von einem Grundeigentümer eingegangene Verbindlichkeiten zum Nichttun oder Dulden, wie sie auch den Inhalt einer Dienstbarkeit bilden könnten. — Doch kommen auch vorübergehende Unterlassungspflichten, wie z. B. zur Stimmenthaltung bei einer Abstimmung oder zum Nichtmitbieten bei einer bestimmten Versteigerung, als selbständiger Schuldinhalt vor; vgl. Lehmann a. a. O. S. 59 ff.

⁹⁶ Eine vorübergehende Schuld, deren Inhalt aber niemals Unterlassen, sondern irgend eine Ersatz- oder Strafleistung ist, entspringt erst aus ihrer Verletzung durch Zuwiderhandeln; sie erlischt durch Erfüllung, während die Unterlassungspflicht unverändert fortbesteht.

⁹⁷ A. a. O. S. 360, 399 ff.; unten § 198.

bewahrung, die des Verwalters zur Verwaltung, die des Dienstverpflichteten zur Dienstleistung, die des Geschafters zur Förderung des gemeinsamen Zwecks usw.; auch hier ist überall die Erfüllung ein kontinuierlicher Vorgang, der die Verpflichtung als solche nicht aufhebt⁹⁸. Dauernder Art ist endlich die Verpflichtung zu wiederkehrenden Leistungen. Sie erzeugt freilich stofsweise selbständige Einzelverpflichtungen, die als besondere vorübergehende Schuldverhältnisse durch Erfüllung untergehen. Allein als Stammverpflichtung bleibt sie davon in Bestand und Wirkungskraft unberührt. Man muß daher das ständige Schuldverhältnis als Ganzes von den aus ihm entspringenden Einzelschuldverhältnissen unterscheiden⁹⁹. Hierher gehören die einen Teilinhalt dauernder Schuldverhältnisse bildenden Verpflichtungen zu periodischen Zahlungen, wie z. B. zur Zahlung eines Miets- oder Pachtzinses, eines Gehaltes oder Lohnes, eines Gewinnanteils, eines Beitrags, einer Versicherungsprämie. Als Nebenschuld gleicher Beschaffenheit erscheint die Zinsschuld, hinter der beim verzinslichen Darlehen die sich in einer vorübergehenden Verpflichtung erschöpfende Hauptschuld des Darlehnsschuldners oft ganz in den Hintergrund tritt¹⁰⁰. Ein selbständiges Schuldverhältnis, das ausschließlich einen derartigen Inhalt hat, ist namentlich jede Rentenschuld, mag es sich nun um eine Leibrente oder um eine immerwährende Rente handeln und mag die letztere ablöslich oder unablöslich sein¹⁰¹. Kraft der Vertragsfreiheit können auch Schuldverhältnisse, deren typische Regelung auf eine vorübergehende Leistungspflicht berechnet ist, so ausgestaltet werden, daß sie eine auf wiederkehrende Einzelleistungen gerichtete dauernde Leistungspflicht begründen. So verhält es sich namentlich bei den sogenannten Sukzessivlieferungsgeschäften. Ein Hauptbeispiel bietet der in Bayern gesetzlich geregelte Bierlieferungsvertrag, durch den ein Brauer und ein Wirt für bestimmte oder unbestimmte Zeit vereinbaren, daß jener diesem das erforderliche Bier liefere, dieser aber sein Bier von

⁹⁸ Vorübergehende Schuldverhältnisse, die durch Erfüllung erlöschen, entstehen hier aus einer durch Unterlassen oder fehlerhaftes Tun im Einzelfall begangenen Verletzung der Dauerpflcht.

⁹⁹ Wie dies ja bei den Reallasten in Ansehung der dinglichen Schuld seit lange üblich ist; oben Bd. II 723 ff.

¹⁰⁰ So bei den in Wertpapieren verkörperten Forderungen aus öffentlichen Anleihen und regelmäßig bei den durch Grundpfandrecht gesicherten verzinslichen Forderungen.

¹⁰¹ Über die Leibrente vgl. unten § 207 IV. Über das analoge Verhältnis bei dinglicher Rentenschuld oben Bd. II § 151, 165, dazu § 147 S. 694.

jenem und nur von ihm beziehen soll¹⁰². Ähnliche Verträge mit oder ohne Beschränkung der Bezugsfreiheit kommen auch sonst vor. Auch wenn man die Sukzessivlieferungsverträge dem Begriff des Kaufes unterstellt, darf man sie jedenfalls nicht mit der herrschenden Meinung dem Kauf eines ratenweise zu liefernden festen Quantum gleich behandeln, sondern muß eine derartige Ausgestaltung des Kaufes annehmen, daß ihm eine dauernde Lieferungs- und Abnahmepflicht entspringt, die immer wieder bestimmte einzelne Leistungspflichten hervortreibt. Es liegt also ein dauerndes Schuldverhältnis vor, das eine durch die Einzelleistungen nicht aufgezehrte Verpflichtung, zu liefern und zu beziehen, begründet und nach der Analogie anderer dauernder Schuldverhältnisse zu behandeln ist¹⁰³.

Das einheitliche Forderungsrecht aus einem dauernden Schuldverhältnis erzeugt einen Gesamtanspruch auf dauerndes Tun oder Unterlassen, der von allen dem Schuldverhältnis entspringenden Einzelansprüchen verschieden ist¹⁰⁴. Seiner Geltendmachung dient bei Forderungsrechten auf ein dauerndes Unterlassen die Unterlassungsklage, die sich auf künftiges Unterlassen als Dauerleistung richtet¹⁰⁵; bei Forderungsrechten auf ein dauerndes Tun die Erfüllungsklage, insoweit sie auf Verurteilung zu einem pflichtmäßigen Handeln abzielt¹⁰⁶; bei Forderungsrechten auf wiederkehrende

¹⁰² Bayr. G. v. 23. Mai 1883, auf Grund des E.G. zum H.G.B. a. 18 ersetzt durch A.G. zum H.G.B. a. 13—14. Vgl. Oertmann, Bayr. L.P.R. § 49. Seuff. LXVIII Nr. 245.

¹⁰³ Dauernde Schuldv. S. 362. Dies hat zuerst Müller-Erbach, D.J.Z. IX 1158 ff., richtig erkannt. Zustimmend Dernburg, B.R. II 2 § 179 III. Über die Konsequenzen unten Anm. 131.

¹⁰⁴ Dauernde Schuldv. S. 367 ff.

¹⁰⁵ A. a. O. S. 368—371. Die durch Zuwiderhandeln ausgelösten Einzelansprüche haben einen durchaus abweichenden Inhalt und sind besonderer Rechtsschicksale fähig; sie sind für sich übertragbar, können vor dem Gesamtanspruch durch Erfüllung oder auf andere Weise erlöschen und insbesondere auch verjähren, können aber auch den Gesamtanspruch überleben. Der Gesamtanspruch seinerseits erlischt mit dem dauernden Schuldverhältnis (über die Möglichkeit, daß er vorher verjährt, vgl. a. a. O. Anm. 20).

¹⁰⁶ A. a. O. S. 372—373. Die aus der Verletzung des dauernden Forderungsrechtes entspringenden Einzelansprüche sind auch hier selbständig und können vor dem Gesamtanspruch erlöschen oder ihn überleben. Der auf Erfüllung gerichtete Gesamtanspruch besteht so lange und nur so lange, als das dauernde Schuldverhältnis besteht; er liegt jedoch in der Umwandlung zu einem Anspruch auf eine vorübergehende Leistung auch zu Grunde, wenn Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt wird (ebd. Anm. 23 u. 24).

Leistungen die Klage auf künftige Entrichtung der später fällig werdenden Leistungen¹⁰⁷.

Die Eigenart der dauernden Schuldverhältnisse bewährt sich in der Art ihrer Beendigung. Ihr gemeinsames Merkmal ist, daß sie durch Erfüllung nicht erlöschen¹⁰⁸. Vielmehr ist ihr normaler Beendigungsgrund Zeitablauf¹⁰⁹. Die Zeitdauer des Bestandes eines dauernden Schuldverhältnisses kann von vornherein durch Frist oder Termin fest bestimmt sein oder von dem Eintritt eines künftigen Ereignisses (z. B. Tod eines Teils, Erreichung eines vereinbarten Zwecks, Befriedigung eines bestimmten Bedürfnisses) abhängen¹¹⁰ oder unbestimmt, somit an sich unbegrenzt, wenn auch stets begrenzungsfähig sein. Doch ist vielfach eine Verlängerung der ihm ursprünglich gesetzten Lebensdauer durch vereinbarte oder auf Grund eines bestimmten tatsächlichen Verhaltens als gewollt angenommene Fortsetzung möglich¹¹¹. Vor allem aber kann eine rechtsgeschäftliche Verkürzung seiner Lebensdauer nicht nur stets durch Vereinbarung, sondern meist auch durch einseitigen Willensakt herbeigeführt und ihm so vor Erschöpfung seiner Lebensfähigkeit ein Ende bereitet werden.

¹⁰⁷ A. a. O. S. 374—377. Die Einzelansprüche auf die fälligen Leistungen treten hier von vornherein als besondere Leistungsansprüche ins Leben und sind, einmal entstanden, vom Gesamtanspruch durchaus unabhängig, können vor ihm erlöschen oder verjähren oder ihn überleben usw. Der Gesamtanspruch aber, der sich auf dauernde Erfüllung richtet (Anm. 28—29), erlischt erst mit dem Untergange des dauernden Forderungsrechts. Doch kann er sich während seines Bestandes inhaltlich verändern (Anm. 30). Auch kann er möglicherweise sich in einen vorübergehenden Anspruch auf eine Ablösungssumme oder Abfindung umsetzen (Anm. 32) oder in einen Schadensersatzanspruch übergehen (Anm. 33).

¹⁰⁸ Der § 362¹ B.G.B. ist unanwendbar. Die beiden logisch denkbaren Wege, ihn den dauernden Schuldverhältnissen anzupassen, sind praktisch ungangbar. Man kann weder die Erfüllung in den Zeitpunkt der endgültigen Erledigung der Dauerschuld verlegen, so daß bis dahin alles pflichtmäßige Verhalten nur Vorbereitung der Erfüllung wäre, noch jedes einzelne Element der fortdauernden Erfüllung als Teilerfüllung betrachten, so daß eine sukzessive Teilzerstörung des Schuldverhältnisses stattfände. Ein Schuldverhältnis, das auf dauernde Erfüllung angelegt ist, erlischt eben seinem Wesen nach nicht durch Erfüllung. Den näheren Nachweis habe ich a. a. O. S. 363—367 geführt.

¹⁰⁹ Die teils bei allen, teils bei gewissen dauernden Schuldverhältnissen vorkommenden sonstigen Beendigungsgründe erscheinen daneben als außerordentliche Erlöschensarten; vgl. die Zusammenstellung a. a. O. S. 392—393.

¹¹⁰ A. a. O. S. 378—379 mit den Beispielen in Anm. 34—35.

¹¹¹ Gesetzliche Vorschriften über stillschweigende Verlängerung a. a. O. S. 379 Anm. 36.

Die von einem Teil gegenüber dem anderen Teil abgegebene Willenserklärung, die einem dauernden Schuldverhältnis eine verkürzte Daseinsfrist setzt, ist die Kündigung¹¹². Das Rechtsinstitut der Kündigung entstammt dem germanischen Recht; aus prozessrechtlichen Keimen entwickelt, hatte es schon im deutschen Mittelalter eine weitverzweigte materiellrechtliche Bedeutung erlangt¹¹³. Heute bildet es bei den dauernden Schuldverhältnissen das unentbehrliche Gegengewicht gegenüber ihrer fortwirkenden Verpflichtungskraft. Das Kündigungsrecht wird daher bei ihnen nicht nur vielfach vertragsmäßig begründet und geregelt, sondern meist durch Rechtssatz festgestellt. Dabei wird in erheblichem Umfange die Kündigungsfreiheit durch zwingende Rechtssätze gegen die Ausschließung oder Einschränkung durch abweichende Vereinbarungen geschützt¹¹⁴. Die eigentliche Kündigung ist Fristsetzung für die Zukunft. Sie ist an eine gesetzliche oder vertragsmäßige Kündigungsfrist gebunden, die zwischen ihr und dem Kündigungstermin mindestens verstrichen sein muß, und oft nur zu bestimmten Kündigungsterminen zulässig¹¹⁵. Mit dem Eintritt der durch wirksame Kündigung gesetzten Endtermins erlischt das Schuldverhältnis durch Zeitablauf. Eine derartige befristete Kündigung ist namentlich meist bei den auf unbestimmte Zeit eingegangenen Schuldverhältnissen das jedem Teil zugebote stehende Mittel, um nach Belieben der Lebensdauer des Schuldverhältnisses eine feste Grenze zu setzen¹¹⁶, ist aber in manchen Fällen auch bei einem auf bestimmte Zeit eingegangenen Schuldverhältnis nach längerer Dauer oder bei Eintritt eines besonderen Umstandes zulässig, um eine verfrühte Beendigung zu bewirken¹¹⁷; nicht selten ist sie bei einem derartigen Schuldverhältnis sogar erforderlich, um die beendigende Wirkung des Ablaufes der bestimmten Zeit

¹¹² W. Immerwahr, Die Kündigung, 1898. Thiele, Die Kündigung, Arch. f. z. Pr. LXXXIX 85 ff. Dernburg § 55. Enneccerus § 248 II. — Die Kündigung ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, das Kündigungsrecht ein Gestaltungsrecht.

¹¹³ Immerwahr a. a. O. S. 19—71. Dort auch S. 7—18 über das röm. R., dem ein Rechtsinstitut der Kündigung fremd und nur in einzelnen Fällen eine Kündigung ohne Kündigungsfrist bekannt war.

¹¹⁴ Gesetzesstellen in meiner Abh. über dauernde Schuldv. S. 380 Anm. 37.

¹¹⁵ Übersicht über Kündigungsfristen und Kündigungstermine a. a. O. S. 380 ff. Anm. 38—39.

¹¹⁶ Übersicht a. a. O. S. 382 Anm. 40.

¹¹⁷ Übersicht a. a. O. S. 382 Anm. 41.

in Kraft zu halten¹¹⁸. Es gibt aber auch eine den Lebensfaden eines dauernden Schuldverhältnisses sofort abschneidende einseitige Willenserklärung, die mit der eigentlichen Kündigung gemein hat, daß sie das Schuldverhältnis für die Zukunft beendet, ohne seine bisherige Wirksamkeit in Frage zu stellen, und daher vom B.G.B. als Kündigung ohne Kündigungsfrist bezeichnet wird¹¹⁹. Zu einer solchen Kündigung auf sofort ist bei manchen dauernden Schuldverhältnissen jeder Teil oder ein Teil nach der gesetzlichen Regel stets befugt¹²⁰, während sie bei anderen Schuldverhältnissen aus einem wichtigen Grunde ohne Rücksicht auf die vereinbarte Zeitdauer oder die vereinbarte oder gesetzliche Kündigungsfrist jederzeit erfolgen kann¹²¹. Da die Kündigung mit der Beendigung des Schuldverhältnisses zugleich die Fälligkeit der einmaligen Forderungen herbeiführt, die das dauernde Schuldverhältnis für den Fall seiner Beendigung begründet, wird das Wesen der Kündigung nicht davon berührt, wenn das Gesetz bei manchen Schuldverhältnissen nur von dieser mittelbaren Wirkung der Kündigung spricht¹²².

Das Rechtsinstitut der Kündigung ist kennzeichnendes Merkmal der dauernden Schuldverträge. Eine Kündigung begegnet auch bei manchen dauernd bindenden personenrechtlichen und sachenrechtlichen Verhältnissen¹²³. Im Schuldrecht kommt sie nur bei dauernden Schuldverträgen vor¹²⁴. Wo sie bei solchen

¹¹⁸ Übersicht a. a. O. S. 383 Anm. 42.

¹¹⁹ Über diesen nicht einwandfreien Sprachgebrauch, dem das neue schweiz. O.R. nicht gefolgt ist, vgl. a. a. O. S. 383.

¹²⁰ Übersicht der Fälle a. a. O. S. 384 Anm. 45.

¹²¹ Übersicht der Fälle a. a. O. 384—385 Anm. 46.

¹²² So B.G.B. § 609 beim Darlehen, wie auch § 1193 bei der Grundschuld (anders § 1202 bei der Rentenschuld). In Wahrheit ist auch hier die Kündigung zunächst das Mittel, die Dauer des Schuldverhältnisses zu begrenzen, und die Fälligkeit der Forderung nur Folge dieser Fristsetzung. Dies wird von der herrschenden Lehre verkannt; vgl. z. B. Dernburg § 55 I 1—2, Enneccerus § 248 II 1. — Wo das B.G.B. besondere Rechtssätze für „Forderungen, deren Fälligkeit von einer Kündigung abhängt“, aufstellt (§ 119, 284, 296, 1078, 1191, 1283, 1286), gelten sie gleichmäßig, mag nun durch Gesetz oder Rechtsgeschäft die Fälligkeit als Folge der Kündigung oder als Folge der durch die Kündigung herbeigeführten Beendigung der Vertragsdauer bezeichnet sei.

¹²³ Dauernde Schuldv. S. 386 Anm. 48.

¹²⁴ Über die scheinbare Ausnahme beim Werkvertrage ebd. S. 396 u. unten § 201 VII. — Die fristlose Kündigung versteckt sich im B.G.B. bisweilen hinter einem anderen Namen; a. a. O. S. 386 Anm. 50.

vom Gesetz nicht vorgesehen ist, kann vertragsmäßig ein Kündigungsrecht geschaffen werden¹²⁵.

Die Kündigung ist wesensverschieden vom Rücktritt, der den Vertrag auch für die Vergangenheit auflöst und daher dessen schon eingetretene Wirkungen entkräftet¹²⁶. Wenn früher die fristlose Kündigung oft mit dem Rücktritt zusammengeworfen wurde, so ist sie im geltenden deutschen Recht scharf von ihm zu trennen. Auch bei dauernden Schuldverträgen ist ein kraft Abrede oder kraft gesetzlicher Bestimmung gewährtes Rücktrittsrecht nicht ausgeschlossen¹²⁷. Im allgemeinen aber spielt bei ihnen die fristlose Kündigung dieselbe Rolle, die bei vorübergehenden Schuldverträgen dem Rücktritt zufällt. Demgemäß ist für das gesetzliche Rücktrittsrecht, das das B.G.B. bei gegenseitigen Verträgen jedem Teil wegen Nichterfüllung des anderen Teiles infolge Leistungsverzuges oder von diesem zu vertretender Unmöglichkeit der Leistung gewährt, bei dauernden Schuldverträgen grundsätzlich kein Raum. Vielmehr wird es, wo das Gesetz fristlose Kündigung zuläßt, durch das Kündigungsrecht aufgezehrt¹²⁸. Es kann aber auch da nicht Platz greifen, wo das Gesetz ein Kündigungsrecht nicht gewährt¹²⁹. Ist nach Treu und Glauben bei einem dauernden Schuldvertrage infolge vertragswidrigen Verhaltens eines Teils dem anderen Teil das Festhalten am Vertrage nicht zuzumuten, so ist ihm, falls das Gesetz keine unmittelbar anwendbare Bestimmung enthält, nicht mit einem Rücktrittsrecht, wohl aber durch entsprechende Anwendung der Vorschriften über fristlose Kündigung zu helfen¹³⁰. So insbesondere auch beim Sukzessivlieferungsvertrage. Ist dieser dauernder Schuldvertrag, so ergibt sich, daß die Vertragsverletzung hinsichtlich einzelner Lieferungen an sich ein Rücktrittsrecht in Ansehung des ganzen Vertrages nicht hervor-

¹²⁵ Dies geschieht häufig z. B. bei Tarifverträgen, Kartellen, Syndikaten usw.

¹²⁶ Unten § 184 IV 2.

¹²⁷ Gesetzliche Rücktrittsrechte begegnen namentlich bei manchen Gattungen dauernder Schuldverträge vor dem Beginn der Erfüllung der Dauerschuld, vereinzelt jedoch auch für die Zeit, in der das dauernde Schuldverhältnis bereits in der Erfüllung begriffen ist. Ähnlich verhält es sich mit vertragsmäßigen Rücktrittsvorbehalten. Näheres Dauernde Schuldv. S. 387—390.

¹²⁸ A. a. O. S. 390 Anm. 60.

¹²⁹ A. a. O. S. 391 Anm. 61.

¹³⁰ In diesem Sinne spricht sich auch das R.Ger. LXXVIII Nr. 88 S. 389 aus Anlaß eines eigenartigen Vertrages über dauernden Blumenbezug allgemein aus.

rufen kann. Allein sie ist ja zugleich Verletzung der Dauerpflichtung. Als solche begründet sie zwar gleichfalls kein Rücktrittsrecht, das den Bestand des ganzen Vertrages für die Vergangenheit, in der er vielleicht lange Zeit hindurch gehörig erfüllt ist, in Frage stellen würde. Wohl aber rechtfertigt sie dann, wenn durch sie, den Umständen nach, das berechtigte Vertrauen des anderen Teiles auf künftige gehörige Erfüllung zerstört wird, wie dies bei wiederholter Säumnis, fehlerhafter Lieferung usw. der Fall sein kann, die einseitige Aufhebung des ganzen Vertrages von nun an mittels fristloser Kündigung¹⁸¹.

Die Einzelfälle der dauernden Schuldverhältnisse sind mannigfach ungleich geartet. Inwiefern die gesetzlich geregelten Typen der Schuldverträge um ihres Leistungsinhaltes willen als dauernde Schuldverträge ausgestaltet sind, ist bei einem jeden derselben besonders zu prüfen¹⁸². Die aufservertraglichen dauernden Schuldverhältnisse sind bei den Rechtsverhältnissen, durch die sie begründet werden, zu behandeln¹⁸³. Hier sei nur bemerkt, daß die dauernden Schuldverhältnisse im heutigen deutschen Recht eine ungleich größere Bedeutung haben und in ihrer Eigenart sehr viel schärfer ausgeprägt sind, als ihre spärlichen Vorläufer im römischen Recht. Dies verdanken sie dem germanischen Recht, das gerade hiermit dem modernen Schuldrecht eine Fülle neuer Bildungen zugeführt und einen erweiterten Machtbereich verliehen hat. Denn

¹⁸¹ Müller-Erzbach a. a. O. (oben Anm. 103) S. 1163; Dernburg § 179 III (anders früher D.J.Z. VIII 1 ff.); Dauernde Schuldv. S. 391. Vgl. auch Kohler II 253 ff., Siber b. Planck⁴ zu § 326 Bem. 4 b β αα u. 5 c (anders früher Jahrb. f. D. L 180 ff.). — Die herrschende Meinung geht seit Staub, Positive Vertragsverletzungen, 1904 (zuerst 1902), vom Begriff einer positiven Vertragsverletzung aus, die ein Rücktrittsrecht aus § 326 (unter Umständen auch aus § 325) B.G.B. begründe. So auch das R.Ger. D.J.Z. VII 118, IX 346, Z.S. LIV Nr. 76, LVI Nr. 42, LVII Nr. 25, LXI Nr. 32, LXIII Nr. 72, LXVII Nr. 3, Seuff. LXI Nr. 3. Doch läßt das R.Ger. den Rücktritt hier begriffswidrig nur für die Zukunft wirken und ist damit auf dem Wege, zum Begriff des Kündigungsrechtes überzugehen; vgl. J.W.Schr. 1913 S. 194 ff. Abweichende Ausführungen, die aber gleichfalls an dem Mangel prinzipieller Unterscheidung der Dauerschuld von der fälligen Einzelschuld leiden, b. Kipp, D.J.Z. VIII 258 ff.; H. Lehmann, Arch. f. z. Pr. XCVI 60 ff., bes. 95 ff.; Lesser, Das Rücktrittsrecht bei positiven Vertragsverletzungen, 1906; Enneccerus § 324 Anm. 12 mit § 278; Oertmann, Bayr. L.P.R. S. 198 ff., Komm. zu § 325 Bem. 6, § 326 Bem. 3 a.

¹⁸² Eine Übersicht findet sich in meiner Abh. über dauernde Schuldv. S. 394—404.

¹⁸³ Übersicht der Fälle a. a. O. S. 404—405.

die dauernden Schuldverhältnisse erfüllen neben manchen sonstigen Aufgaben vor allem eine eigenartige Funktion, zu der die vorübergehenden Schuldverhältnisse untauglich sind. Durch sie gewinnt das Schuldrecht die Fähigkeit, jenseits der dem Gütertausch dienenden Verkehrsgeschäfte die Herrschaft über Lebensgüter nicht nur zu vermitteln, sondern unmittelbar zu verwirklichen. Den dauernden Schuldverträgen wohnt die Kraft inne, ständige Machtverhältnisse zu schaffen und zu gewährleisten. Darum vermögen sie auch Brücken vom Schuldrecht zum Sachenrecht und zum Personenrecht zu schlagen. Umgekehrt können die aus ständigen sachenrechtlichen oder personenrechtlichen Verknüpfungen entspringenden konstanten Verpflichtungen als dauernde Schuldverhältnisse Aufnahme in das Schuldrecht finden¹⁸⁴.

8. Die geschuldete Leistung kann schliesslich, wie sich schon aus dem Bisherigen ergibt, einfach oder zusammengesetzt sein. Sie ist einfach, wenn sie sich in einer einzelnen Handlung oder Unterlassung erschöpft. Sie ist zusammengesetzt, wenn sie nur durch eine Mehrheit von Handlungen oder Unterlassungen bewirkt werden kann. Die zusammengesetzte Leistung besteht also aus Einzelleistungen, die in ihrer Verbindung eine einheitliche Gesamtleistung darstellen. Die Einzelleistungen können einander gleichartig oder ungleichartig sein, sie können teils positiv teils negativ und teils persönlich teils sachlich sein¹⁸⁵. Ihre Verbindung zu einer Gesamtleistung aber ist auf doppelte Art möglich. Entweder so, daß die Einzelleistungen bloß als Bestandteile der Gesamtleistung in Betracht kommen. Dann liegt nur eine einzige Verpflichtung mit zusammengesetztem Inhalt und somit ein einfaches Schuldverhältnis vor. Oder so, daß die Einzelleistungen zugleich für sich als selbständige besondere Leistungen gewertet werden. Dann sind von der auf die Gesamtleistung als solche gerichteten einheitlichen Verpflichtung besondere Verpflichtungen, deren Gegenstand die Einzelleistungen als solche bilden,

¹⁸⁴ Vgl. oben § 175 II 1 S. 57; dazu über die Berührungen mit dem Sachenrecht a. a. O. S. 407—409, über die Berührungen mit dem Personenrecht S. 409—410.

¹⁸⁵ Man denke z. B. an die Fülle ungleichartiger Leistungen, die kraft Gesellschaftsvertrages oder kraft Dienstvertrages zu bewirken sein können. Aber schon beim einfachsten Kauf ist sowohl die Leistung des Verkäufers wie die des Käufers, jene aus Übergabe der Sache und Eigentumsverschaffung, diese aus Kaufpreiszahlung und Abnahme der Sache zusammengesetzt; B.G.B. § 433.

zu unterscheiden, ist also das Schuldverhältnis selbst zusammengesetzter Natur¹³⁶. Das zusammengesetzte Schuldverhältnis kann wiederum eine mannigfach verschiedene Struktur aufweisen: es kann sich aus koordinierten Einzelschuldverhältnissen aufbauen oder in Haupt- und Nebenschuldverhältnisse gliedern; die besonderen Schuldverhältnisse können mit oder nacheinander wirksam werden; der Grad ihrer Selbständigkeit kann ungleich bemessen sein¹³⁷.

III. Ort der Leistung¹³⁸. Da jede Leistung im Raum zu bewirken ist, gehört zur Bestimmung des Schuldinhaltes die Bestimmung des Ortes, an dem geleistet werden soll. Nur an diesem Orte, der „Leistungsort“ oder nach bisher überwiegendem Sprachgebrauch „Erfüllungsort“ heißt, braucht der Schuldner zu leisten und der Gläubiger zu empfangen. Zugleich aber verlegt das neuere deutsche Recht in diesen Ort überhaupt den Schwerpunkt der räumlichen Beziehungen des Schuldverhältnisses¹³⁹. Darum bleibt

¹³⁶ Die Grenzen zwischen einem einfachen Schuldverhältnis mit zusammengesetztem Leistungsinhalt und einem zusammengesetzten Schuldverhältnis sind flüchtig. Die Verpflichtung zur Übertragung des ganzen Vermögens oder einer Erbschaft wird man, obschon sie nur durch mannigfache Leistungen erfüllt werden kann, in die erste Kategorie zu stellen haben. Überall dagegen, wo durch das Gesetz selbst oder durch Rechtsgeschäft verschiedene Pflichten oder Ansprüche von einander gesondert und mit eigenem Inhalt ausgestattet sind, wird man ein zusammengesetztes Schuldverhältnis anzunehmen haben.

¹³⁷ Darum ist es auch oft zweifelhaft, ob ein zusammengesetztes Schuldverhältnis oder eine Mehrheit getrennter und etwa nur äußerlich verbundener Schuldverhältnisse vorliegt. Vgl. über die dabei maßgebenden Gesichtspunkte Windscheid § 252, 3; Dernburg, B.R. § 46; Regelsberger, Studien im Bayr. Hypothekenrecht S. 10 ff., Jahrb. f. D. XLVIII 453 ff.

¹³⁸ Über das ältere deutsche Recht vgl. Planck, Gerichtsverf. II 242 ff.; Brunner, R.G. II 447, Grundz. S. 208; dazu über das nord. R. v. Amira O.R. I 420, II 540. — Über das röm. u. gem. R. v. Savigny, O.R. I § 49; Reatz, Die Lehre vom Erfüllungsort, 1862; Burchard, Zur Lehre vom Erfüllungsort, 1880; Windscheid § 282. — Zugleich über die Partikularrechte Gruchot, Die Lehre von der Zahlung der Geldschuld, 1871, S. 172 ff. — Über das alte Handelsrecht (H.G.B. a. 324—325) Regelsberger, Endemanns Handb. II 506 ff. — Über das geltende deut. R. Komm. zu B.G.B. § 269—270; Fr. Leonhard, Erfüllungsort und Schuldort, 1907; Oertmann, Seuff. Bl. LXXIII 385 ff.; Endemann § 134; Cosack § 103; Crome § 155; Dernburg § 50—53; Kohler II 45 ff.; Enneccerus § 247; Staub, H.G.B. II⁹ 427 ff.; Düringer-Hachenburg, H.G.B. II² 520 ff. — Über den Leistungsort bei Unterlassungen H. Lehmann a. a. O. S. 177 ff.

¹³⁹ So für den Gerichtsstand (Z.Pr.O. § 29), für das anzuwendende Recht (oben Bd. I 232 ff. und nach mehrfachen Schwankungen jetzt wieder R.Ger. LXXIII Nr. 95), für die Vertragsauslegung (H.G.B. § 359, 361, 380). — Weil bei manchen Schuldverhältnissen solche Wirkungen an einen anderen Ort

der Leistungsort auch dann bedeutungsvoll, wenn die Leistung tatsächlich anderswo erfolgt. Darum muß ferner, wenn eine Leistung geschuldet wird, die durch eine sich von Ort zu Ort fortpflanzende oder an mehreren Orten in die Erscheinung tretende Tätigkeit bewirkt werden soll, der Leistungsort einheitlich fixiert werden. Hierauf beruht namentlich in den Fällen, in denen der Schuldner einer Sachleistung zugleich zur Versendung oder Ablieferung verpflichtet ist, die Unterscheidung des Leistungsortes vom „Bestimmungsort“ oder „Ablieferungsort“¹⁴⁰. Doch kann bei einem zusammengesetzten Schuldverhältnis für die einzelnen Leistungen ein besonderer Leistungsort bestimmt sein¹⁴¹. Auch kann dem Schuldner oder dem Gläubiger die Wahl zwischen mehreren Leistungsorten zustehen¹⁴².

Die Bestimmung des Leistungsortes hängt in erster Linie von ausdrücklicher oder stillschweigender rechtsgeschäftlicher Festsetzung ab¹⁴³. Auch ohne solche kann sich aus den Umständen und insbesondere aus der Natur des Schuldverhältnisses ein bestimmter Leistungsort ergeben¹⁴⁴. Aushilfsweise greifen gesetz-

(z. B. den Entstehungsort, vgl. Z.Pr.O. § 32 u. oben Bd. I 234) geknüpft sind und immer vertragsmäßige Verlegung derselben an einen beliebigen Ort möglich ist, weil ferner der gesetzliche Begriff des „Leistungsortes“ sich nicht immer mit dem Orte deckt, an dem die Leistung vollendet werden soll, weil endlich bei der Verwendung des Wortes „Erfüllungsort“ der Sprachgebrauch schwankt, will man neuerdings einen generellen Begriff des „Schuldortes“ aufstellen und von dem des „Vollzugsortes“ unterscheiden; so bes. Leonhard a. a. O. u. Enneccerus § 247 II—III. Indessen ist an der grundsätzlichen Identität des Leistungsortes im Rechtssinne, dem der Name Erfüllungsort als technischer Ausdruck vorzubehalten ist, mit dem „Schuldort“ festzuhalten. Vgl. auch Oertmann a. a. O. u. zu § 269 Bem. 6, Siber b. Planck zu § 269 Bem. 1.

¹⁴⁰ „Bestimmungsort“ im B.G.B. § 447, H.G.B. § 611, 613, 629, 711, 712, 779, 799, 856 u. ö.; „Ablieferungsort“ im B.G.B. § 391, „Ort der Ablieferung“ im H.G.B. § 426, 430, 433—435, 445, 468. — Auch bei einer Verpflichtung zu einem von Ort zu Ort fortschreitenden persönlichen Tun (z. B. Geschäftsreise, Transportausführung, Schiffsdienst) ist nicht jeder Tätigkeitsort zugleich Leistungsort, sondern ein einheitlicher Leistungsort im Rechtssinne anzunehmen.

¹⁴¹ So bei gegenseitigen Schuldverhältnissen für die Leistung jedes Teils, aber auch für verschiedene Leistungen desselben Schuldners, wie z. B. für Haupt- und Nebenleistungen. Vgl. R.O.H.G. XXIV Nr. 49.

¹⁴² Oben S. 70 Anm. 29; Preufs. A.L.R. I, 5 § 251; Sächs. Gb. § 703—704. Die Lokalisierung erfolgt dann erst mit der Wahl.

¹⁴³ Über die Ortsbestimmung bei „eindage“ im nord. R. v. Amira II 540 ff.

¹⁴⁴ So versteht es sich von selbst, daß Leistungsort für Arbeitsdienst die Arbeitsstätte, für die Bauausführung des Bauunternehmers das Grundstück, für die Tätigkeit des Handelsgesellschafters oder des Handlungsgehilfen der Sitz der Handelsniederlassung ist.

liche Regeln Platz. Für einzelne Schuldverhältnisse ist der gesetzliche Leistungsort besonders normiert¹⁴⁵. Im allgemeinen aber gilt im Zweifel als Leistungsort der Ort, an dem der Schuldner zur Zeit der Entstehung seinen Wohnsitz oder bei einer gewerblichen Schuld seine Niederlassung hatte¹⁴⁶. Dies entspricht dem Gedanken des älteren deutschen Rechts, daß mangels anderer Abrede die Schuld Holschuld sei¹⁴⁷. Nur wird heute durch Verlegung des Wohnsitzes oder der Niederlassung nach Entstehung des Schuldverhältnisses der Leistungsort an sich nicht verschoben¹⁴⁸. Auch bezieht sich die gesetzliche Regel des geltenden Rechts nur auf die Ortschaft, in der, nicht auf die Stätte, an der zu leisten ist; doch wird im Zweifel auch heute eine echte Holschuld anzunehmen sein, so daß der Gläubiger sich in der Wohnung oder

¹⁴⁵ So für die Leistung des Offenbarungseides durch B.G.B. § 261. Für die Rückgabe der verwahrten Sache durch B.G.B. § 697 (Ort, wo die Sache aufzubewahren war; keine Bringpflicht). Für die Vorlegung einer Sache durch B.G.B. § 811 (Ort, wo die Sache sich befindet). Vgl. ferner die Bestimmungen für die Grundschuld oben Bd. II 912, sowie für Grundzinse und Zehnten ebd. S. 742 u. 747. — Die Vorschrift des alten H.G.B. Art. 342², wonach die Übergabe einer bestimmten beweglichen Sache an dem den Parteien beim Vertragschluß bekannten Lagerungsort zu erfolgen hat, ist weggefallen; der Regel nach wird aber das gleiche aus der stillschweigenden Übereinkunft oder der Natur des Geschäftes zu folgern sein. Vgl. Schweiz. O.R. Art. 84 (jetzt 74) Abs. 2 Z. 2, auch Sächs. Gb. § 706, Code civ. Art. 1247¹.

¹⁴⁶ B.G.B. § 269¹⁻². Die Bestimmung gilt an sich auch für Verpflichtungen aus unerlaubter Handlung. Bei mehrfachem Wohnsitz hat der Schuldner die Wahl. — Ebenso Schweiz. O.R. Art. 84 (74)² Z. 3, altes H.G.B. Art. 324². Dagegen galt nach gemeinem Recht diese Regel nicht; R.Ger. b. Seuff. LIV Nr. 77. Nach Preufs. A.L.R. I, 5 § 248—250 ist für alles „Geben“ vielmehr der Wohnort des Berechtigten zurzeit des Vertragsschlusses Erfüllungsort (ausgenommen bei rein wohltätigen Verträgen), nur für „Handlungen“ der Wohnort des Verpflichteten. Das Österr. Gb. § 905 bestimmt als Ort der Übergabe beweglicher Sachen im Zweifel den Versprechensort. Das Sächs. Gb. § 705 sieht in erster Linie auf den Entstehungsort der Schuld; Verpflichtungen aus unerlaubten Handlungen aber sind nach § 708 im Zweifel am zeitigen Wohnsitz des Berechtigten zu erfüllen.

¹⁴⁷ Der Gläubiger hatte die Leistung im Hause des Schuldners zu holen; Brunner, Grundz. S. 208, v. Amira 1 420, II 542, v. Schwerin, R.G.² S. 105, auch oben Bd. II 741. Doch kann nach Sachsensp. I, 65 § 4 der Schuldner auch an einer anderen Stätte leisten, wenn daraus dem Gläubiger keine Beschwerde erwächst.

¹⁴⁸ Anders nach Code civ. Art. 1249² (schlechthin au domicile du débiteur); R.Ger. XXIX Nr. 70. Der Gläubiger wird indes auch nach deutschem Recht die Leistung am gegenwärtigen Wohnort des Schuldners zu empfangen haben, falls ihm daraus kein Nachteil erwächst.

dem Geschäftslokal des Schuldners einzufinden hat, um die Leistung zu empfangen¹⁴⁹. Der gesetzliche Leistungsort erfährt dadurch keine Änderung, daß der Schuldner die Leistung durch Versendung bewirken soll, mag er auch die Kosten der Versendung übernommen haben¹⁵⁰. Es ist aber möglich, daß nach der Parteiabrede oder nach der Natur des Schuldverhältnisses der Bestimmungs- oder Lieferungsort zugleich der Leistungsort sein soll. Dann liegt eine echte Bringschuld vor, die in der Wohnung oder dem Geschäftslokal des Gläubigers zu erfüllen ist¹⁵¹. Als Bringschulden galten im deutschen Mittelalter im Zweifel die Geldschulden¹⁵². Hieran hielten neuere Gesetze fest¹⁵³. Auch nach dem B.G.B. hat im Zweifel der Schuldner Geld auf seine Gefahr und Kosten dem Gläubiger an dessen Wohnsitz oder bei einer gewerblichen Forderung an den Ort der Niederlassung zu übermitteln¹⁵⁴. Allein

¹⁴⁹ Besondere Bestimmungen darüber in W.O. Art. 91. Im übrigen vgl. Seuff. LIX Nr. 148.

¹⁵⁰ B.G.B. § 269³; ebenso für den Handelskauf schon H.G.B. Art. 345². Der Regel nach liegt dann also keine Bringschuld, freilich auch keine Holschuld, sondern eine Schickschuld vor.

¹⁵¹ Nach der Natur des Schuldverhältnisses ist z. B. die Rückgabe einer geliehenen Sache echte Bringschuld.

¹⁵² Sachsensp. II, 5 § 2: to des huse sal man't gelden, deme man't sculdich is, bi sunnenschine, of he hus binnen deme gerichte hevet, oder to des richteres nesten hus, of jene dar ungehuet is; III, 40 § 1. Vgl. Brunner, Grundz. S. 208, Planck II 242. Das Haus des Richters ist hiernach subsidiäre Zahlungsstätte. Es findet sich aber auch, daß gewisse Schulden überhaupt vor Gericht zu zahlen sind; Sächs. Weichb. 124, Wasserschleben I 192. Vgl. auch über die an der Dingstätte zu entrichtenden Grundzinse oben Bd. II 741. Über nord. R. v. Amira II 542.

¹⁵³ Preufs. A.L.R. I, 5 § 248; Sächs. Gb. § 707; H.G.B. Art. 325¹; Schweiz. O.R. Art. 84 (74)² Z. 1. — Abweichend Code civ. Art. 1247, Öster. Gb. § 1420.

¹⁵⁴ B.G.B. § 270. — Die in Anm. 153 angeführten Gesetze sehen auf den Wohnsitz des Gläubigers zur Zeit der Entstehung der Schuld; doch kann nach Schweiz. O.R. Art. 85 (jetzt 74³) im Falle der Verlegung des Wohnsitzes der Schuldner nur, falls sonst für ihn eine erhebliche Belästigung entstände, am ursprünglichen Wohnort erfüllen. Nach dem B.G.B. kommt es auf den Wohnsitz oder die Niederlassung zurzeit der Erfüllung an; hat aber eine Verlegung stattgefunden, so hat der Gläubiger die daraus erwachsenden Mehrkosten und im Falle einer Erhöhung der Gefahr die ganze Gefahr zu tragen. — Holschuld bleibt der Regel nach auch die Geldschuld, wenn sie in einem Präsentationspapier verbrieft ist; oben Bd. II 129. Außerdem kann nach E.G. Art. 92 durch Landesgesetz vorgeschrieben werden, daß Zahlungen aus öffentlichen Kassen an der Kasse in Empfang zu nehmen sind; dies ist allgemein geschehen, vgl. Preufs. A.G. Art. 11, Bayr. Art. 11, Sächs. Gb. § 709, Württ. A.G. Art. 142, usw.

im Anschluß an das alte H.G.B. ist bestimmt,² daß hierdurch der gesetzliche Leistungsort nicht verschoben wird¹⁵⁵.

Die rechtliche Bedeutung des Leistungsortes ist einer Steigerung fähig. Der Regel nach ist die Bewirkung am rechten Orte nur Erfordernis einer gehörigen Leistung, so daß die Leistung an einem anderen Orte zwar fehlerhaft ist, aber immerhin Leistung bleibt. Allein nach der besonderen Natur der Leistung oder kraft rechtsgeschäftlicher Bestimmung kann der Leistungsort Wesensmerkmal der geschuldeten Leistung sein. Dann ist die Leistung an einem anderen Orte schlechthin keine Leistung.

IV. Zeit der Leistung¹⁵⁶. Zur inhaltlichen Bestimmung der Schuldverhältnisse gehört die Bestimmung der Leistungszeit. Sie erfolgt zunächst durch rechtsgeschäftliche Festsetzung, kann sich aber auch ohne solche aus den Umständen und insbesondere aus der Natur der Leistung ergeben. Aushilfsweise greifen gesetzliche Regeln ein.

Die Art der Bestimmung kann sehr verschieden sein. Es ist möglich, daß die Leistung sofort verlangt und bewirkt werden kann. Dies gilt heute als die gesetzliche Regel¹⁵⁷. Dann fällt

¹⁵⁵ B.G.B. § 270⁴, wie H.G.B. Art. 325². Auch Geldschulden sind also nur kraft besonderer Abrede oder wegen besonderer Umstände (vgl. z. B. Seuff. LXI Nr. 75 für Miets- und Pachtzins) echte Bringschulden. Im übrigen ist auch bei ihnen der Wohnort des Schuldners zur Zeit der Entstehung der Schuld „Leistungsort“ im Rechtssinne.

¹⁵⁶ Über das ältere deut. R. Platner, Über die histor. Entwickl. usw. II 247 ff.; R. Loening, Vertragsbruch S. 165 ff., 266 ff.; Planck, Gerichtsv. I 452 ff., II 239 ff.; nord. R. b. Amira I 469 ff., II 529 ff. — Über das röm. u. gem. R. Savigny, O.R. I § 50; Windscheid-Kipp § 273; auch Gruchot a. a. O. S. 130 ff. — Preufs. A.L.R. I 5 § 230—246. Österr. Gb. § 902. Sächs. Gb. § 711—720. — Altes H.G.B. Art. 326—334; dazu Regelsberger a. a. O. S. 521 ff. — Schweiz. O.R. Art. 86—94 (jetzt 75—81). — B.G.B. § 271—272. Endemann § 135—136. Cosack § 104. Dernburg § 54—56. Crome § 156. Landsberg § 163. Kohler II 48 ff. Enneccerus § 248 I. Staub, H.G.B. 6—7 S. 1126 ff., 1237 ff.; für Unterlassungen H. Lehmann S. 184 ff.

¹⁵⁷ B.G.B. § 271¹; nach dem Vorbilde des H.G.B. Art. 326. Ebenso Sächs. Gb. § 711, Schweiz. O.R. Art. 86 (75). Anders nach älterem deutschen Recht, das namentlich bei der vor Gericht gewonnenen (gelobten oder zuerkannten) Schuld dem Schuldner eine feste, nach der Schuldart abgestufte Zahlungsfrist gewährte; Sachsensp. I 65 § 4, II 5 § 2, Richtst. Landr. 12 § 4; Brunner, Z. f. R.G. XVI 8 ff.; Platner a. a. O. S. 247 ff.; Planck II 239 ff.; Loening a. a. O. S. 266 ff. Die Frist fällt weg, wenn „unverzügliche“ Leistung versprochen ist; vgl. Wassersleben I 630, Magdeb. Fr. II 2 d. 15 u. 18 (jedoch bei hinreichender Sicherheit Anspruch auf Stundung). Auch gibt es gesetzliche Gründe der Schuldverpflichtung ohne Zahlungsfrist; Planck II 240;

die Leistungszeit mit der Entstehungszeit des Schuldverhältnisses zusammen. Vielfach aber wird die Leistungszeit durch Bestimmung eines Termines oder einer Frist in die Zukunft verlegt¹⁵⁸. Damit kann ein Zeitpunkt bezeichnet sein, an dem die Leistung frühestens verlangt und spätestens bewirkt oder spätestens verlangt und frühestens bewirkt oder vor dem sie weder verlangt noch bewirkt werden soll. Es kann aber auch ein Zeitpunkt gemeint sein, an den die Leistung fest gebunden ist, so daß sie nur zu diesem Zeitpunkt verlangt und bewirkt werden kann. Als Leistungszeit kann auch ein Zeitraum erscheinen: bei dauernden Schuldverhältnissen als Zeitraum, während dessen zu erfüllen ist, bei vorübergehenden Schuldverhältnissen als Zeitraum, innerhalb dessen zu irgend einem Zeitpunkt erfüllt werden soll oder darf. Die Bestimmung der Leistungszeit kann von der Wahl eines Teils abhängig gemacht oder in das Belieben eines Teils gestellt sein¹⁵⁹. Vielfach erfolgt sie nach rechtsgeschäftlicher Abmachung und bei manchen Schuldverhältnissen nach gesetzlicher Regel durch einseitige Willenserklärung des Gläubigers oder des Schuldners oder des einen wie des anderen in Gestalt einer Kündigung, die einem dauernden Schuldverhältnis, mit dessen Beendigung die Leistung fällig wird, ein Ende setzt¹⁶⁰. Bei zusammengesetzten Schuldverhältnissen können für die einzelnen Leistungen verschiedene Leistungszeiten bestehen. Als Zeiteinheit wird bei Bestimmung der Leistungszeit in den Gesetzen stets und in den Verträgen meist der Tag behandelt. Die Leistung kann aber an dem Tage, an dem sie erfolgen soll oder darf, nur zu geeigneter Stunde verlangt oder bewirkt werden¹⁶¹.

Loening S. 295 ff. — Nach Preufs. A.L.R. I 5 § 230 ff. tritt, wenn in einem Verträge die Zeit der Erfüllung nicht bestimmt ist, richterliche Bestimmung ein.

¹⁵⁸ Nicht bloß rechtsgeschäftlich oder nach der Natur der Leistung, sondern auch durch gesetzliche Zeitbestimmungen; vgl. z. B. B.G.B. § 551, 584, 604, 608, 614, 641, 699, 760, H.G.B. § 64, 84. Der Termin oder die Frist kann von vornherein fest bestimmt sein oder mit der Verwirklichung eines bestimmten Tatbestandes eintreten. Die Berechnung der Zeit richtet sich nach den allgemeinen Regeln; oben Bd. I 308 ff. Manche Gesetzbücher aber stellen für die Erfüllungstermine und Erfüllungsfristen besondere Regeln auf; altes H.G.B. Art. 327—331, auch noch neues H.G.B. § 359 u. 361; Schweiz. O.R. Art. 87—91 (76—78).

¹⁵⁹ Vgl. oben S. 70 ff. Anm. 29, 34. Ist die Leistungszeit in das freie Belieben des Schuldners gestellt, so wird die Schuld erst mit seinem Tode fällig; Preufs. A.L.R. I 5 § 238, Sächs. Gb. § 715. Auch die Bestimmung durch einen Dritten kann vereinbart sein; oben S. 72 Anm. 35.

¹⁶⁰ Oben S. 92 Anm. 122.

¹⁶¹ Das alte deutsche Recht verlangt Leistung „bi sunnenschine“; Sachsensp.

Die rechtliche Bedeutung der Leistungszeit ist in den einzelnen Fällen ungleich. Ihre Hauptfunktion ist die Bestimmung des Zeitpunktes, in dem die Schuld „fällig“ ist. Die Fälligkeit tritt ein, sobald der Gläubiger die Leistung verlangen kann. Im Zweifel hat nach deutschem Rechte jede Bestimmung einer Leistungszeit diese und nur diese Bedeutung, so daß der Schuldner die Leistung auch früher bewirken kann¹⁶². Nur darf er der Regel nach wegen verfrühter Leistung keinen Abzug machen¹⁶³. Die Zeitbestimmung kann jedoch zugleich bedeuten, daß der Schuldner nicht früher leisten darf¹⁶⁴. Möglich ist auch eine Zeitbestimmung, die lediglich dem Schuldner das Recht früherer Leistung abschneidet, während der Gläubiger jederzeit fordern kann¹⁶⁵. Eine erhöhte Bedeutung gewinnt die Leistungszeit bei den Fixgeschäften. Ein Fixgeschäft liegt vor, wenn kraft ausdrücklicher Abrede oder nach der aus den Umständen erhellenden Parteiabsicht die Bewirkung zu einer festen Zeit oder innerhalb einer festen Frist ein Wesensmerkmal der Leistung sein soll¹⁶⁶. Hier ist eine Leistung zu anderer Zeit nicht bloß eine verfrühte oder verspätete Leistung, sondern überhaupt nicht die geschuldete Leistung.

V. Schuldverhältnisse mit identischem Inhalt. Mehrere Schuldverhältnisse können sich inhaltlich decken. Es ist möglich, daß eine bestimmte Leistung und nur sie bewirkt und empfangen werden soll, dieses Sollen aber den Inhalt mehrerer Schuldverhältnisse bildet. So verhält es sich namentlich, wenn von mehreren Personen eine jede für sich die Leistung als Gläubiger

II 5 § 2, III 40 § 1. H.G.B. § 358: „während der gewöhnlichen Geschäftszeit“. Ebenso Schweiz. O.R. Art. 92 (79).

¹⁶² B.G.B. § 271². Die Regel entspricht wie dem römischen so dem älteren deutschen Recht; Sachsensp. I 65 § 4: alle scult mut man wol gelden, deme man se gelden sal, er deme dage, dat man se gelden solde. Ebenso Schweiz. O.R. Art. 94 (81). Vgl. auch Sächs. Gb. § 717. Anders Preufs. A.L.R. I 5 § 241 ff., auch altes H.G.B. Art. 334.

¹⁶³ Daher bei unverzinslicher Schuld keinen Abzug wegen Zwischenzinsen; B.G.B. § 272; Sächs. Gb. § 719; Schweiz. O.R. Art. 94 (81)². Anders nach Übereinkunft oder Verkehrs-, insbesondere Handelssitte.

¹⁶⁴ So der Regel nach bei einer verzinslichen Schuld. Das Sächs. Gb. § 718 gestattete frühere Zahlung mit Zuzahlung der Zinsen bis zur Fälligkeit.

¹⁶⁵ So der Regel nach beim Verwahrungsvertrage; B.G.B. § 695—696, H.G.B. § 422.

¹⁶⁶ B.G.B. § 361; H.G.B. § 376 (altes a. 357). Vgl. Sächs. Gb. 865. Dazu R.O.H.G. IX Nr. 112, XIII Nr. 60, R.Ger. I Nr. 88, XXXVI Nr. 21, LI Nr. 81, Seuff. XLI Nr. 210 (Wien), XLIX Nr. 35, 181.

fordern kann oder als Schuldner zu bewirken verpflichtet ist¹⁶⁷. Aber auch dieselbe Person kann eine Leistung, die sie nur einmal empfangen soll, aus mehreren Schuldverhältnissen zu fordern berechtigt sein oder eine Leistung, die sie nur einmal zu bewirken hat, aus mehreren Schuldverhältnissen schulden¹⁶⁸.

VI. Zugehörige Rechte. Wird der Schuldinhalt in seinem wesentlichen Kern stets durch Leistungspflicht und Leistungsanspruch gebildet, so braucht er sich doch hierin nicht zu erschöpfen. Vielmehr gehören zum Schuldinhalt vielfach andersgeartete Rechte, die dem Gläubiger oder dem Schuldner als Hilfsrechte zustehen. Als Bestandteile der Schuldverhältnisse begegnen namentlich Gestaltungsrechte¹⁶⁹, die einem Beteiligten die Macht verleihen, durch einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung die schuldrechtliche Gebundenheit zu entfalten, zu ändern oder zu lösen. Solcher Art sind die Wahlrechte bei Wahlschuldverhältnissen und bei fakultativer Ermächtigung¹⁷⁰, die sonstigen Bestimmungsrechte¹⁷¹, die Fristsetzungsrechte¹⁷², die Kündigungsrechte¹⁷³, die Rücktrittsrechte¹⁷⁴, etwaige Anfechtungsrechte¹⁷⁵ und manche andere bei allen oder gewissen Schuldverhältnissen vorkommende Rechte¹⁷⁶.

¹⁶⁷ Davon unten in § 182 u. 183.

¹⁶⁸ Dernburg § 6 Z. 2. Kohler II 155 ff. (er spricht hier von „Eigentumschuld“).

¹⁶⁹ Über diese Rechte, die zuerst Zitelmann, Internationales Privatrecht I (1897) S. 140, II 1 (1898) S. 21, 32 ff., als besondere Kategorie erkannt und unter dem Namen „Rechte des rechtlichen Könnens“ behandelt, dann Hellwig, Anspruch und Klagrecht S. 2 ff., unter demselben Namen in Betracht gezogen hat, vgl. Seckel, Die Gestaltungsrechte des bürgerlichen Rechts, Festgabe für Koch, 1903, S. 205—253; auch Sohm, Der Gegenstand S. 11 ff., 85. Solche Rechte durchziehen das ganze Privatrecht. Hier ist nur auf die dem Obligationenrecht als Hilfsrechte eingefügten Gestaltungsrechte hinzuweisen.

¹⁷⁰ Vgl. oben S. 70 ff. Anm. 30—31, 32, S. 76 Anm. 54, 55.

¹⁷¹ Vgl. z. B. oben S. 71 ff. Anm. 34 u. 35; ferner H.G.B. § 375.

¹⁷² Vgl. z. B. oben S. 76 Anm. 56; ferner B.G.B. § 326, 354, 355, 466, 634 usw.

¹⁷³ Oben S. 91 ff. Anm. 112—122, S. 101 Anm. 160. Auch das Mahnungsrecht des Gläubigers wird man, wenn man es auch nicht zu den Gestaltungsrechten zählt, als einen besonderen Bestandteil des Schuldverhältnisses betrachten müssen.

¹⁷⁴ B.G.B. § 280, 286, 325—327, 346—361, 636; H.G.B. § 629, 634, 898; Ges. über die Abzahlungsgeschäfte § 1—3, 5—7; Verlagsges. § 30—33, 35—37. Vgl. unten § 184 IV 2.

¹⁷⁵ So auch das im Falle der Bestimmung des Schuldinhalts durch einen Dritten jedem Teil gegenüber dem anderen Teil zustehende Anfechtungsrecht; B.G.B. § 318².

¹⁷⁶ Beispielsweise das Hinterlegungsrecht, das Widerrufsrecht bei der Schenkung, das Recht zur Entziehung der Geschäftsführung und zum Ausschluss eines Gesellschafters bei der Gesellschaft.

Bestandteile des Schuldinhaltes sind ferner solche Einrederechte des Schuldners, die aus der Beschaffenheit der Schuld selbst entspringen, wie das Leistungsverweigerungsrecht bei gegenseitigen Verträgen¹⁷⁷, und Gegenrechte des erfüllenden Schuldners, wie der Anspruch auf Erteilung einer Quittung oder auf Rückgabe oder Entkräftung einer Urkunde¹⁷⁸. Auch Wegnahmerechte können zum Schuldinhalt gehören¹⁷⁹.

Andere Rechte sind zwar keine Bestandteile des Schuldinhalts, aber mit dem Schuldverhältnis als Zubehörrechte verbunden. Dahin gehören namentlich die auf Haftungsverhältnisse bezüglichen Hilfsrechte. Kraft gesetzlicher Regel wird, wie schon gesagt ist, heute das Forderungsrecht durch ein das ganze Vermögen des Schuldners ergreifendes Haftungsrecht ergänzt. Als besondere akzessorische Rechte aber können kraft Vereinbarung oder Rechtssatzes mit einer Forderung spezielle Haftungsrechte verbunden sein: dingliche Haftungsrechte; persönliche Rechte auf bevorzugte Befriedigung aus bestimmten Vermögensgegenständen oder auf Bevorzugung bei der Befriedigung aus dem Vermögen überhaupt; Zugriffsrechte gegen Dritte als Bürgen oder Garanten haftende Personen. Andererseits erscheinen, wenn ausnahmsweise der Schuldner nur beschränkt oder überhaupt nicht haftet, die hieraus entspringenden Einrederechte als besondere mit der Schuld verbundene Rechte¹⁸⁰.

Ein eigenartiges Zubehörrecht, das zu jedem Schuldverhältnis hinzutreten kann, ist das Zurückbehaltungsrecht¹⁸¹. Es ist

¹⁷⁷ B.G.B. § 320 ff. Ebenso das Recht der Leistungsverweigerung wegen mangelnder Sicherheitsleistung gegenüber dem Wegnahmerecht (B.G.B. § 258) und dem Vorlegungsanspruch (B.G.B. § 811²), sowie das Einrederecht des Bürgen aus B.G.B. § 770.

¹⁷⁸ B.G.B. § 368, 371. Ebenso das oben S. 85 Anm. 87 erwähnte Recht auf Abtretung.

¹⁷⁹ B.G.B. § 500, 547, 558, 601, 606. Vgl. dazu oben Bd. II 527. Zu den Gestaltungsrechten, wie dies Zitelmann II 1 S. 47 ff., Hellwig S. 3, Seckel S. 207 Anm. 2 tun, darf man die Wegnahmerechte so wenig wie die übrigen Aneignungsrechte rechnen. Schon, weil Aneignung kein Rechtsgeschäft ist; oben Bd. II 528, Sohm a. a. O. S. 11 Anm. 8.

¹⁸⁰ So das Einrederecht aus B.G.B. § 419² und § 1990 oder aus H.G.B. § 171¹; die dem Bürgen zustehende Einrede der Vorausklage (B.G.B. § 771); die Einrede der Verjährung (B.G.B. § 222¹); auch die Einrede des Notbedarfs nach B.G.B. § 519 und 529².

¹⁸¹ Vgl. besonders F. Schlegelberger, Das Zurückbehaltungsrecht, 1904. Ältere gemeinrechtl. Lit. b. Windscheid § 351 Anm. 6. Über das neue bürgerliche Recht Langheineken, Anspruch und Einrede, 1903,

aus germanischer Wurzel entsprossen¹⁸². Seiner ursprünglichen Anlage nach war es dinglicher Natur; es floß aus offenkundiger Gewere, deren Verteidigungskraft in ihm wirksam wurde, so daß sie die Angriffskraft der die Klage um Gut rechtfertigenden Gewere bis zur Befriedigung des Gegenanspruches lähmte¹⁸³. Nach der Rezeption wurde es von der romanistischen Doktrin zu einem persönlichen Recht umgebildet und als solches im gemeinen Recht festgehalten¹⁸⁴ und in die meisten Gesetzbücher aufgenommen¹⁸⁵. Das B.G.B. erkennt in weitem Umfange ein gesetzliches Zurückbehaltungsrecht an, das es grundsätzlich jedem Schuldner gewährt¹⁸⁶. Der Schuldner kann, wenn er aus demselben rechtlichen Verhältnis, auf dem seine Verpflichtung beruht, einen fälligen Anspruch gegen den Gläubiger hat, die geschuldete Leistung verweigern, bis die ihm gebührende Leistung bewirkt wird¹⁸⁷. Dieses Zurückbehaltungsrecht erstreckt sich auf Leistungen jeder Art; der Schuldner kann eine Sache, und zwar sowohl eine herauszugebende Sache des Gläubigers wie eine hinzugebende eigene Sache, zurückbehalten,

S. 327 ff., Endemann § 126, Enneccerus § 249, Dernburg § 57—59; weitere Lit. b. Dernburg § 57 Anm. 1, Auszüge aus der Lit. u. Praxis b. H. Neumann, Jahrb. I 1 S. 178—183, II 1 S. 168—180; Oertmann zu B.G.B. § 273; Siber b. Planck zu § 273.

¹⁸² Dies weist Schlegelberger S. 12 ff. überzeugend nach. Über das unvollkommen entwickelte römische Retentionsrecht ebd. S. 1 ff.

¹⁸³ Schlegelberger S. 19 ff. Den ältesten Anwendungsfall bildet das Zurückbehaltungsrecht am gepfändeten Tiere; oben Bd. I 349.

¹⁸⁴ Schlegelberger S. 48 ff.

¹⁸⁵ Übersicht bei Schlegelberger S. 67 ff. Nur das Österr.Gb. § 471 versagt ihm jede Anerkennung.

¹⁸⁶ B.G.B. § 273. — Außerhalb des Obligationenrechts ist ein Zurückbehaltungsrecht des Besitzers wegen Verwendungen gegen den dinglichen Herausgabeanspruch anerkannt; B.G.B. § 1000. Der Finder hat es auch wegen des Finderlohns; B.G.B. § 972. Vgl. oben Bd. II 511 Anm. 16, 535.

¹⁸⁷ Die Verpflichtung und der Anspruch des Schuldners müssen also „konnex“ sein; dazu ist aber nicht erforderlich, daß sie aus demselben Rechtsgrunde entspringen, sondern nur, daß sie auf einem nach der Lebensauffassung einheitlichen Verhältnis beruhen; vgl. bes. R.Ger. XIV Nr. 57, LVII Nr. 1, LXVIII Nr. 8, LXXII Nr. 16 u. 21, LXXVIII Nr. 74, Gruchot LI 166 ff., Seuff. LXIII Nr. 5, LXVI Nr. 30. — Nur eine Anwendung des Grundprinzips ist es, daß insbesondere die geschuldete Herausgabe eines Gegenstandes bis zur Befriedigung eines fälligen Anspruches wegen Verwendungen auf den Gegenstand oder wegen eines durch diesen verursachten Schadens verweigert werden kann. Vgl. Schlegelberger S. 83—101, der richtig ausführt, daß das B.G.B. auf der Grundlage eines einheitlichen Konnexitätsbegriffes ein einheitliches Zurückbehaltungsrecht geschaffen hat.

aber auch eine geschuldete persönliche Handlung und sogar eine Unterlassung verweigern¹⁸⁸. Nur insoweit, als sich aus dem Schuldverhältnisse ergibt, daß der Schuldner vorbehaltlos leisten soll, fällt das Zurückbehaltungsrecht weg¹⁸⁹.

Das Zurückbehaltungsrecht ist seinem Wesen nach ein haftungsrechtliches Hilfsrecht. Allerdings erschöpft sich der Inhalt des gemeinen Zurückbehaltungsrechtes in der Befugnis des Schuldners, den Anspruch des Gläubigers so lange abzuweisen, bis sein eigener konnexer Anspruch gleichzeitig befriedigt wird¹⁹⁰. Damit erzwingt er unmittelbar nicht die Befriedigung, sondern nur die Sicherung der eigenen Forderung; der Gläubiger kann daher auch durch anderweite reale Sicherheitsleistung die Ausübung des Zurückbehaltungsrechtes abwenden¹⁹¹. Allein jede Sicherung einer Forderung stellt ein besonderes Haftungsverhältnis dar. Somit liegt in der Befugnis, durch einseitige Festhaltung dessen, was dem Gläubiger gebührt, sich eine gegenständliche Sicherung der eigenen Forderung zu verschaffen und so durch einen mittelbaren Zwang auch auf deren Befriedigung hinzuwirken, eine haftungsrechtliche Zugriffsmacht¹⁹². Überdies gewährt das Zurückbehaltungs-

¹⁸⁸ Schlegelberger S. 111 ff., 123 ff.; hinsichtlich der Unterlassung S. 139 ff. u. H. Lehmann S. 305 ff. Dies entspricht dem älteren deutschen Recht; Schlegelberger S. 18, 47.

¹⁸⁹ Im älteren deutschen Recht war die Ausübung namentlich unzulässig, wenn die Verweigerung der Leistung als Verletzung einer Treupflicht erschien; daher für den Verwahrer und sonstigen Treuhänder; Schlegelberger S. 33 ff., 49 ff. Auch heute kommt es in zweifelhaften Fällen vor allem darauf an, ob die Zurückbehaltung mit Treu und Glauben vereinbar ist; R.Ger. LXI Nr. 32 S. 133, Seuff. LXI Nr. 37. Ausdrücklich versagt B.G.B. § 273² das Zurückbehaltungsrecht wegen Verwendungen oder Schäden dem zur Herausgabe eines Gegenstandes Verpflichteten dann, wenn er den Gegenstand durch eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung erlangt hat; vgl. Seuff. LXVIII Nr. 118. Kein Zurückbehaltungsrecht hat ferner der Mieter oder Pächter eines Grundstücks; § 556², 580¹ 581². Vgl. auch B.G.B. § 175; Gmb.H.G. § 19², dazu R.Ger. LXXXIII Nr. 58; K.O. § 223.

¹⁹⁰ Klagt daher der Gläubiger, so kann der Schuldner mit der Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechtes nicht seine Verurteilung abwenden, sondern nur erzielen, daß er bloß zur Leistung gegen Empfang der ihm gebührenden Leistung, also zur Erfüllung Zug um Zug, verurteilt wird, und unterliegt vorbehaltlos der Zwangsvollstreckung aus solchem Urteil, sobald er selbst in Annahmeverzug gerät; B.G.B. § 274.

¹⁹¹ B.G.B. § 273³. Aber nicht durch Bürgenstellung.

¹⁹² Als reines Abwehrrecht ohne Zwangscharakter konstruiert das Zurückbehaltungsrecht namentlich Schlegelberger S. 102 ff.; ebenso Planck³ zu § 273 Bem. 6, Crome I 549. Daß es zugleich Zwangsmittel ist, betonen

recht, wenn es dem Schuldner den Besitz einer dem Gläubiger gehörigen beweglichen Sache sichert, dem Schuldner die Möglichkeit, sich aus ihr im Wege der Pfändung vor Anderen zu befriedigen¹⁹³, ist also in diesem Falle befähigt, sich zum vollen Sachhaftungsrechte zu entwickeln¹⁹⁴. Ist demgemäß das Zurückbehaltungsrecht ein Haftung begründendes Zugriffsrecht, so kann es grundsätzlich zum Schutze einer haftungslosen Forderung nicht ausgeübt werden¹⁹⁵. Nicht ohne weiteres dagegen ergibt sich daraus die Beantwortung der überaus bestrittenen und namentlich in Ansehung der Lohnforderungen in Theorie und Praxis mannigfach ungleich entschiedenen Frage, ob das Zurückbehaltungsrecht an unpfändbaren Forderungen, die nach § 394 B.G.B. der einseitigen Aufrechnung entzogen sind, zuzulassen ist¹⁹⁶. An sich

Schollmeyer zu § 273, Endemann § 126 S. 713 zu 3, auch Dernburg § 57 I. Vgl. dazu oben § 174 S. 32 Anm. 99 u. S. 43 Anm. 143.

¹⁹³ Gemäß Z.Pr.O. § 809. Natürlich nur, wenn die Sache nicht wegen Unverwertbarkeit der Pfändung entzogen oder überhaupt unpfändbar ist (Z.Pr.O. § 803², 811, 812). Dann hat die Zurückbehaltung der fremden Sache keine stärkere Wirkungskraft, als die Zurückbehaltung einer eignen Sache oder einer persönlichen Leistung. Keineswegs dagegen ist, wie gegenüber der herrschenden Theorie und Praxis Schlegelberger S. 113 ff. im Widerspruch mit der eigenen Grundlegung ausführt, die Zurückbehaltung fremder Sachen, die sich nicht zur Verwertung eignen, grundsätzlich unzulässig.

¹⁹⁴ Darum wird es hinsichtlich der von ihm bewirkten Sicherung der Zwangsvollstreckung einem Pfandrechte gleichgestellt. Ein Schuldner kann der Zwangsvollstreckung in sein übriges Vermögen insoweit widersprechen, als der Gläubiger für seine Forderung durch den Wert einer von ihm zurückbehaltenen Sache des Schuldners gedeckt ist; Z.Pr.O. § 777. Ebenso kann der Bürge den Gläubiger auf die Befriedigung aus der zurückbehaltenen Sache des Hauptschuldners verweisen; B.G.B. § 772².

¹⁹⁵ Insbesondere auch nicht, wie oft behauptet wird, zum Schutze einer verjährten Forderung; oben § 174 S. 43 Anm. 143.

¹⁹⁶ Grundsätzlich verneint wird (mit oder ohne Einschränkungen) die Zulässigkeit von Endemann § 145 Anm. 25, Kipp S. 500, Kohler II 212, Lippmann, Jahrb. f. D. XLIII 542 ff., Lotmar, der Arbeitsvertrag, 1902, I 423 ff., Sigel, Der gewerbliche Arbeitsvertrag, 1903, S. 110 ff., Sinzheimer, Lohn und Aufrechnung, 1902, S. 77 ff., Landmann, Komm. z. Gew.O. § 115 Bem. 2 i, Wolff, Arch. f. b. R. XXVI 315 ff.; jetzt auch unter ausdrücklicher Zurücknahme seiner früheren gegenteiligen Auffassung von Oertmann, Gewerbe- und Kaufmannsgericht XVIII Nr. 11 S. 386 ff., sowie von Siber b. Planck zu § 273 Bem. 2 a e. Damit stimmt die überwiegende Praxis der Gewerbegerichte überein. Für die Zulässigkeit erklären sich bes. Dernburg § 59, Pappenheim, D.J.Z. VII 86 ff., Schollmeyer zu § 384 Bem. 1, Cosak I § 86 Anm. 10, Schlegelberger S. 124 ff., Langheineken S. 329, Crome § 192 Anm. 40, Enneccerus § 249 I 3, Rehbein S. 91, früher auch Oert-

liegt so wenig im Pfändungsverbot wie im Aufrechnungsverbot zugleich die Ausschließung der Zurückbehaltung, da diese einerseits ein schwächer wirkender Zugriff, andererseits an ganz andere Voraussetzungen als die Aufrechnung gebunden ist. Allein insoweit, als die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts tatsächlich den gleichen Erfolg herbeiführt, wie die Befriedigung durch Aufrechnung, und somit den Zweck des gesetzlichen Aufrechnungsverbotes vereiteln würde, muß allerdings auch sie dem Schuldner versagt werden. Dies ist insbesondere der Fall, wenn die beiderseitigen Forderungen gleichartig sind¹⁹⁷. Somit ist gegenüber Lohn- oder Gehaltsforderungen im Einklange mit dem sozialen Grundgedanken des Lohnbeschlagnahmengesetzes der Arbeitgeber, soweit er nicht aufrechnen darf, regelmäsig auch zur Ausübung eines Zurückbehaltungsrechtes wegen konnexer Geldforderungen nicht befugt. Doch muß ihm die Zurückbehaltung gestattet werden, wenn dies im Einzelfalle dem Prinzip von Treu und Glauben entspricht¹⁹⁸, wie dies namentlich zutrifft, wenn er eine Ersatzforderung wegen eines ihm unter Verletzung der Diensttreue vorsätzlich zugefügten Schadens geltend macht¹⁹⁹.

Eine gesteigerte Wirkungskraft eignet dem kaufmännischen Zurückbehaltungsrecht²⁰⁰. Es steht Kaufleuten gegenein-

mann zu § 273 Bem. 4, Planck Bem. 2 a γ. Ebenso bis vor Kurzem überwiegend die Praxis der ordentlichen Gerichte; vergl. die Nachweisungen b. Neumann, Jahrb. II 1 S. 172 ff., R.Ger. LV Nr. 1 u. Komm. v. RGR. Erl. 1, OLG. Rspr. III 352, V 456, VI 225, 423, XVI 358, Seuff. LIX Nr. 52. Doch scheint neuerdings die entgegengesetzte Meinung mehr und mehr durchzudringen; vgl. die Entsch. des O.L.G. Marienwerder, das früher die Zulässigkeit vertrat, v. 1909 b. Seuff. LXV Nr. 22, des O.L.G. Dresden ebd. LXVII Nr. 238 (auch schon Rspr. XVIII 1), insbesondere aber des R.Ger. v. 26. Mai 14 Z.S. LXXXV Nr. 21, in der der III. Ziv.-Sen. den Wechsel seines Standpunkts eingehend begründet.

¹⁹⁷ Auf diesen Fall schränken auch viele Verteidiger der analogen Anwendung des Aufrechnungsverbotes die Unzulässigkeit der Zurückbehaltung ein; so Endemann a. a. O., Oertmann a. a. O. S. 396 ff., Siber a. a. O. — Andererseits wird auch von gegnerischer Seite zugegeben, daß die Zurückbehaltung unzulässig ist, wenn in Wahrheit Aufrechnung gewollt wird; vgl. R.Ger. LXXXIII Nr. 30; a. M. Dernburg § 59 III.

¹⁹⁸ Stammler, Richtiges Recht S. 352; Geib, Krit. V.J.Schr. XLVI 15 ff.; Siber a. a. O.

¹⁹⁹ So auch Oertmann a. a. O. S. 402 ff.; Seuff. LVII Nr. 56; Rspr. d. O.L.G. IV 28 ff., VI 225; bes. aber R.Ger. LXXXV Nr. 21 S. 117 ff.

²⁰⁰ H.G.B. § 369—372; dazu die oben Bd. II 613 Anm. 21 und in meinen Grundzügen des H.R., Enzkl. III 92, angef. Lit., sowie seitdem Schreiber a. a. O. S. 300 ff., 357 ff.

ander wegen aller Forderungen aus beiderseitigen Handelsgeschäften zu, ohne daß im Übrigen Konnexität vorzuliegen braucht, und kann im Falle festgestellter Unsicherheit des anderen Teils auch wegen nichtfälliger Forderungen und im Widerspruch mit einer erteilten Anweisung oder übernommenen Verpflichtung (also ob schon „aus dem Schuldverhältnis sich ein Anderes ergibt“) ausgeübt werden. Seinen Gegenstand aber bilden nur bewegliche Sachen und Wertpapiere²⁰¹. Gleich dem gemeinen Zurückbehaltungsrecht ist es kein dingliches Recht, sondern ein zunächst nur auf Abwehr des gegnerischen Angriffs und auf Sicherung der eigenen Forderung abzielendes persönliches Hilfsrecht²⁰². Allein es gewährt zugleich dem Schuldner als Gläubiger die Befugnis, sich zwangsweise aus dem zurückbehaltenen Gegenstande zu befriedigen²⁰³. Auch begründet es ein Absonderungsrecht im Konkurse²⁰⁴. Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht ist somit zu einem voll entwickelten Sachhaftungsrecht gesteigert.

Durch Vereinbarung kann auch da, wo die Voraussetzungen eines gesetzlichen Zurückbehaltungsrechtes nicht vorliegen, ein Zurückbehaltungsrecht eingeräumt oder ein gesetzliches Zurückbehaltungsrecht mit erhöhter Wirkungskraft ausgestattet werden²⁰⁵. Nur zu einem dinglichen Recht kann auch der Vertrag ein Zurückbehaltungsrecht nicht stempeln.

Zu den vom Gesetz mit den Schuldverhältnissen verbundenen haftungsrechtlichen Hilfsrechten gehört auch das dem Schuldner,

²⁰¹ Neben Sachen des Schuldners, die mit dessen Willen auf Grund eines Handelsgeschäftes in den Besitz des Gläubigers gelangt und noch in dessen Besitz sind, unterliegen ihm auch Sachen, an denen das Eigentum vom Schuldner auf den Gläubiger übergegangen oder von einem Dritten für jenen auf diesen übertragen, aber auf den Schuldner zurückzuübertragen ist.

²⁰² Darum kann auch seine Ausübung durch anderweite reale Sicherheitsleistung abgewendet werden.

²⁰³ Und zwar im Wege des Pfandverkaufs, jedoch nur auf Grund eines vollstreckbaren Titels gegen den Eigentümer oder, wenn der Gläubiger selbst der Eigentümer ist, gegen den Schuldner.

²⁰⁴ In dieser Hinsicht sind durch K.O. § 49 Z. 1 u. 4 neben dem kaufmännischen Zurückbehaltungsrechte auch die Zurückbehaltungsrechte wegen öffentlicher Abgaben an zoll- und steuerpflichtigen Sachen und die übrigen handelsrechtlichen Zurückbehaltungsrechte, wie die sonst den Regeln des bürgerlichen Rechts unterliegenden Zurückbehaltungsrechte wegen Bergungs- und Hilfskosten aus H.G.B. § 751, dem Pfandrecht gleichgestellt. Vgl. Schlegelberger S. 241 ff.

²⁰⁵ Dernburg § 57 II 5; Schlegelberger S. 81 Anm. 1; Oertmann, Bem. 9, R.Ger. LXVI Nr. 8, LXVIII Nr. 93, Seuff. LIX Nr. 159, LXIII Nr. 224.

der zugleich Gläubiger ist, unter bestimmten Voraussetzungen zustehende einseitige Aufrechnungsrecht. Es ist in erster Linie ein auf Beendigung der eigenen Schuld abzielendes Gestaltungsrecht²⁰⁶. Allein es hat zugleich haftungsrechtlichen Inhalt, weil es die Macht zu einem Zugriff auf die fremde Forderung verleiht, über die der Aufrechnende behufs Befriedigung der eigenen Forderung verfügt²⁰⁷.

Zweiter Titel.

Werden der Schuldverhältnisse.

§ 177. Begründung der Schuldverhältnisse.

I. **Überhaupt.** Da das Schuldrecht das Hauptgebiet der rechtsgestaltenden Betätigung des individuellen Willens ist, werden Schuldverhältnisse vor allem durch Rechtsgeschäfte und durch unerlaubte Handlungen begründet. Das römische Obligationenrecht, dessen Kraft in der Weitspannung des freien Willensbereiches lag, betrachtete Rechtsgeschäft und Delikt so sehr als die normalen Schuldquellen, daß es Schuldverhältnisse anderer Herkunft nur durch gewaltsame Angleichung an einen der beiden Grundtypen legitimieren zu können meinte. So bildete es für sie die Kategorien der *obligationes quasi ex contractu* und *quasi ex delicto* aus. Sie wurden in der gemeinrechtlichen Theorie fortgeschleppt und gingen sogar in Gesetzbücher über¹. Für uns sind sie unbrauchbar. Denn niemals erloschen und neuerdings machtvoll wieder aufgeflammt ist in unserem Rechte die germanische Anschauung, daß schuldrechtliche Verpflichtungen nicht bloß aus eigener Tat, sondern auch aus den sozialen Zusammenhängen erwachsen. Wir müssen also neben Rechtsgeschäft und unerlaubter Handlung auch andere Tatbestände, deren gemeinsames Merkmal in der ihnen beigelegten sozialen Verpflichtungskraft besteht, als ebenbürtige Entstehungsgründe von Schuldverhältnissen anerkennen.

II. **Rechtsgeschäft.** Das zur Begründung von Schuldverhältnissen berufene Rechtsgeschäft war im deutschen Rechte der

²⁰⁶ Darum ist es bei der Beendigung der Schuldverhältnisse unten in § 179 III 3 zu behandeln.

²⁰⁷ Unten § 179 Anm. 107. Vgl. Dümichen, *Jahrb. f. D.* LIV 378 ff.; v. Schwerin, *Sch. u. H. S.* 15 Anm. 6; Buch, *Sch. u. H. S.* 28; Last, *Z. f. d. P. u. ö. R. d. G.* XI 528.

¹ Vgl. Bayr. L.R. IV c. 13, besonders aber Code civ. Art. 1371 sq. und die Überschrift vor Art. 1382.

Vertrag². Auch heute ist nach der gesetzlichen Regel zur rechtsgeschäftlichen Begründung eines Schuldverhältnisses ein Vertrag zwischen den Beteiligten erforderlich³. Doch genügt ein einseitiges Rechtsgeschäft nicht nur stets zur Begründung eines erbrechtlichen Schuldverhältnisses, sondern in bestimmten Ausnahmefällen auch zur Fertigstellung eines Schuldverhältnisses unter Lebenden⁴.

1. Durch Vertrag kann ein Schuldverhältnis mit jedem überhaupt zulässigen Inhalt geschaffen werden. Die Rechtsordnung regelt durch eingehende Vorschriften eine große Zahl von schuldrechtlichen Vertragstypen, die der Verkehr ausgebildet hat. Allein grundsätzlich gesteht sie im Bereiche des Schuldrechts dem Vertrage freie Gestaltungsmacht zu. Der Vertrag kann daher auch ein Schuldverhältnis begründen, das unter keinen der gesetzlichen Typen fällt oder Elemente verschiedener Typen kombiniert. Ebenso kann er, wenn er sich im Rahmen eines der gesetzlichen Typen hält, dem Schuldverhältnis eine von der gesetzlichen Regel abweichende Gestalt verleihen. Die Rechtssätze des Schuldrechts sind im Zweifel nachgiebiger Natur.

2. Die schöpferische Kraft des schuldrechtlichen Vertrages vermag sich aber immer nur innerhalb der Grenzen der Vertragsfreiheit zu entfalten. Und diese Grenzen sind unter dem Einfluß der germanischen Grundanschauungen im modernen Recht enger gezogen, als im römischen und gemeinen Recht.

a. Es gibt allgemeine Schranken der Verpflichtungskraft schuldrechtlicher Verträge.

Zunächst kann auf keine Weise eine Verpflichtung zu einer unmöglichen Leistung begründet werden⁵. Dabei besteht aber

² Über den Begriff des Vertrages oben Bd. I 284. Über die Terminologie des Vertrages im älteren deut. R. Puntchart, Schuldvertrag und Treugelöbniß S. 121 ff.

³ B.G.B. § 305.

⁴ Inwieweit dies anzunehmen ist, soll unten in § 185 geprüft werden.

⁵ Die Regeln des geltenden Rechts über Unmöglichkeit der Leistung beruhen im wesentlichen auf der auf Grund des römischen Rechts entwickelten gemeinrechtlichen Lehre. Vgl. über diese bes. v. Savigny, O.R. I § 37, II § 81; Mommsen, Beiträge zum O.R. I (1853); Hartmann, Die Obligation S. 166 ff., Jahrb. f. D. XXII 417 ff.; Windscheid § 264, 315. Über das Recht des B.G.B.: Titze, Die Unmöglichkeit der Leistung nach deut. b. R., 1900; Kleineidam, Unmöglichkeit und Unvermögen nach dem B.G.B., 1900, Jahrb. f. D. XLIII 105 ff.; Kisch, Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit bei gegenseitigen Verträgen, 1900; Biermann, Arch. f. z. Pr. XCI 73 ff.; Krug, Das unverschuldete Unvermögen zu einer versprochenen Leistung, 1901; Siber, Jahrb. f. D. L 216 ff.; Brecht, ebd. LIII 213 ff.; Krückmann,

ein Unterschied zwischen der objektiven Unmöglichkeit, die vorliegt, wenn die Leistung mit menschlichen Kräften überhaupt nicht bewirkt werden kann, und der subjektiven Unmöglichkeit, die nur auf dem Unvermögen des Schuldners, gerade diese Leistung zu bewirken, beruht⁶. Ein Vertrag, der sich auf eine objektiv unmögliche Leistung richtet, ist nichtig⁷. Der objektiven Unmöglichkeit steht es gleich, wenn die Leistung gesetzlich verboten ist und sich nicht etwa aus dem Gesetz ergibt, daß der verbotswidrig geschlossene Vertrag nicht nichtig sein soll⁸. Allerdings wird, wer eine unmögliche Leistung verspricht oder sich versprechen läßt, obschon er ihre Unmöglichkeit kannte oder kennen mußte, dem in seinem Vertrauen auf die Gültigkeit des Vertrages ohne eignes Verschulden getäuschten anderen Teil zum Schadensersatz in Höhe des negativen Vertragsinteresses verpflichtet⁹; allein diese Ver-

Arch. f. z. Pr. CI 1 ff., Jahrb. f. D. LVII 1 ff., LIX 20 ff., 233 ff.; Rabel in Festschr. f. Bekker 1907; H. Lehmann, Die Unterlassungspflicht S. 231 ff.; Endemann § 124; Cosack I § 98^a—100; Enneccerus I § 253, 267 ff.; Crome II § 145, 158; Dernburg § 60—62; Landsberg § 92 II—III; Kohler II 68 ff.; Oertmann zu § 275 ff. S. 97 ff.; Siber b. Planck⁴ zu § 275 ff. S. 178 ff., § 306 S. 320 ff. — Hier ist nur des Zusammenhanges wegen kurz von der ursprünglichen Unmöglichkeit, später noch (in § 178 V) kurz von der nachträglichen Unmöglichkeit zu handeln.

⁶ Das B.G.B. unterscheidet beide Arten technisch als „Unmöglichkeit“ und „Unvermögen“. Unmöglich ist z. B. die Verschaffung einer untergegangenen oder überhaupt nicht existierenden Sache oder eines von der Rechtsordnung nicht anerkannten Rechts oder die Bewirkung einer unausführbaren persönlichen Leistung. Unvermögen ist z. B. vorhanden, wenn der Schuldner eine fremde Sache oder ein fremdes Recht verschaffen soll und nicht kann oder eine persönliche Leistung, die mit seinen Kräften unausführbar ist, bewirken soll. Nach richtiger Ansicht liegt Unvermögen schon vor, wenn die Leistung zwar allenfalls denkbar ist, aber ihre Bewirkung Opfer fordern würde, die nach dem Prinzip von Treu und Glauben dem Schuldner nicht zugemutet werden können. Vgl. auch R.Ger. LXXXIV Nr. 22.

⁷ B.G.B. § 306. Bei bloß teilweiser Unmöglichkeit ist der Vertrag im Zweifel ganz nichtig, jedoch dann teilweise gültig, wenn anzunehmen ist, daß er auch ohne den nichtigen Teil geschlossen sein würde; § 139. Ist eine von mehreren wahlweise versprochenen Leistungen unmöglich, so gilt der Vertrag in der Beschränkung auf die möglichen Leistungen; oben § 176 S. 71 Anm. 31.

⁸ B.G.B. § 134, 309. So, wenn der Vertrag gegen das Verbot des Handelns mit gewissen Sachen oder gegen ein Ein- oder Ausfuhrverbot verstößt oder ein persönliches Tun, das unerlaubte Handlung sein würde, versprochen ist.

⁹ B.G.B. § 307; oben § 176 S. 78 Anm. 63. Ist der Vertrag nur teilweise nichtig, so ist der Schade zu ersetzen, den der andere Teil dadurch erlitten hat, daß er auf die Gültigkeit des ganzen Vertrages vertraute. Ebenso, wenn eine von mehreren wahlweise versprochenen Leistungen unmöglich ist.

pflichtung ist nicht rechtsgeschäftlicher, sondern deliktischer Natur¹⁰. Der von Hause aus nichtige Vertrag wird auch dadurch nicht gültig, daß die Leistung nachträglich möglich oder erlaubt wird; der Vertrag ist aber gültig, wenn die Möglichkeit, daß die Unmöglichkeit gehoben oder das Verbot aufgehoben wird, von vornherein in Betracht gezogen und der Vertrag für diesen Fall geschlossen oder wenn die Leistung unter einer anderen aufschiebenden Bedingung oder einer Frist, vor deren Eintritt sie möglich oder erlaubt wird, versprochen ist¹¹. Ein Vertrag, der sich auf eine nur für den Schuldner unmögliche Leistung richtet, ist gültig; er begründet aber keine Verpflichtung zu der unmöglichen Leistung, sondern zur Ersatzleistung in Höhe des Erfüllungsinteresses¹².

Nichtig ist ferner gleich jedem Rechtsgeschäft ein schuldrechtlicher Vertrag, wenn er gegen die guten Sitten verstößt¹³.

¹⁰ Die herrschende Meinung bestreitet dies; vgl. Enneccerus § 253, 3, Oertmann zu § 307 Bem. 8, Planck⁴ Bem. 2 mit weiteren Nachweisen. Da sie aber anerkennen muß, daß, weil der Vertrag nichtig ist, ein rechtsgeschäftlicher Entstehungsgrund fehlt, behilft sie sich mit der leeren Ausflucht, es liege eine „durch das Gesetz“ auferlegte Verpflichtung vor. Gewiß handelt es sich um eine Verletzung der für das Verhalten bei Vertragsverhandlungen maßgebenden Rechtsnormen. Allein eine sog. „culpa in contrahendo“ bleibt eben außerkontraktliches Verschulden und fällt darum unter den Begriff der unerlaubten Handlung; vgl. unten § 212 Anm. 31. — Im Gegensatz zu den ähnlichen Ansprüchen aus B.G.B. § 122 setzt der Anspruch aus § 307 Verschulden des Ersatzpflichtigen voraus. Doch ist dies für die deliktische Natur nicht wesentlich; auch die Ansprüche aus § 122 sind nicht rechtsgeschäftlicher, sondern deliktischer Natur; vgl. unten § 212 III 2.

¹¹ B.G.B. § 308.

¹² Dies ist die herrschende Meinung. Dagegen hält Stammler S. 107 den Vertrag für nichtig. Andere halten den Vertrag für gültig, bestreiten aber, daß der Schuldner stets zum Ersatz des Interesses verpflichtet ist. So Titze S. 247 ff., der die Regeln über nachfolgendes Unvermögen anwenden will. Ferner Siber a. a. O. S. 231 ff., bes. S. 268 ff., der den Schuldner nur in bestimmten Fällen, in denen er aus einem bestimmten Grunde sein Unvermögen zu vertreten hat, haften läßt. — Da eine Verpflichtung, Unmögliches zu leisten, undenkbar ist, geht der Anspruch des Gläubigers primär auf Schadensersatz. Sobald daher endgültige Unmöglichkeit feststeht, ist Klage, Urteil und Vollstreckung nicht zunächst auf die Leistung, sondern sofort auf Geldersatz zu richten; Dernburg § 61 II, Crome § 166 Anm. 25, Landsberg § 92 II 2, III 2, Siber a. a. O. S. 221, 269, Oertmann zu § 306 Bem. 1 b, Rspr. d. O.L.G. III 8, R.Ger. LXIX Nr. 81; ebenso für das gem. Recht R.Ger. b. Seuff. LIV Nr. 216. A. M. Planck³ zu § 306 Bem. 4, Cosack § 99 II 1, Endemann § 124 Z. 1 d.

¹³ Vgl. oben Bd. I § 33 Anm. 17—19. Seither bes. Lotmar, Der unmoralische Vertrag, 1896; Steinbach, Moral als Schranke des Rechtserwerbes Binding, Handbuch. II. 3. III; Gierke, Deutsches Privatrecht. III. 8

Denn die Rechtsordnung überläßt zwar die Verwirklichung des Sittlichen der Freiheit, gibt sich aber nicht dazu her, das Unsittliche zu legalisieren, und versagt daher dem unsittlichen Vertrage schlechthin jede schuldbegründende Kraft¹⁴. Somit wird eine versprochene Leistung, deren bindende Zusage unsittlich ist oder deren Bewirkung oder Empfang wider das Sittengesetz verstieße, überhaupt nicht geschuldet. Die Unsittlichkeit des Vertrages kann sich unmittelbar aus dem Schuldinhalt ergeben, sie kann aber auch lediglich in dem mit der Leistung verfolgten Zweck beruhen, falls nur dieser Zweck bestimmend auf den Schuldinhalt eingewirkt hat. Von besonderer Bedeutung für das heutige Recht ist die Nichtigkeit aller Verträge, durch die der Schuldner eine Verpflichtung übernimmt, die ein Stück seines unveräußerlichen Persönlichkeitsbereiches fremder Herrschaft unterwerfen würde¹⁵. Auch eine inhaltlich zulässige Selbstbeschränkung der Freiheit verstößt gegen die guten Sitten, sobald sie das Maß überschreitet, jenseits dessen sie in Selbstvernichtung oder Selbstverstümmelung der sittlichen oder wirtschaftlichen Persönlichkeit ausartet¹⁶. Unsittlich sind aber auch Verträge, die auf Unterdrückung fremder Persönlichkeit abzielen¹⁷. Eine besondere Art

und der Rechtsausübung, 1898; H. Lehmann, Unterlassungspflicht S. 135 ff.; L. Brütt, Die Kunst der Rechtsanwendung, Berlin 1907, S. 202 ff.; R. Leonhard, Der Vertrag gegen die guten Sitten, in Festschr. f. Bekker, 1907; Eckstein, Arch. f. b. R. XXXVIII 195 ff.; Kohler, B.R. § 37; Endemann § 103 u. 103a; Enneccerus § 178; v. Tuhr, Allg. T. II 181 ff.; Komm. zu B.G.B. § 138 (mit weiteren Literaturnachweisen b. Planck⁴).

¹⁴ Anders, wo sie einen Vertrag nicht geradezu als unsittlich verwirft, ihm aber, weil sie ihn nicht als vollwertiges Verkehrsgeschäft anerkennt, ihre Zwangsmittel verweigert; hier entsteht eine Schuld, aber eine Schuld ohne Haftung; oben § 174 S. 44 Anm. 145.

¹⁵ Also z. B. sein Leben oder seinen Körper, seine persönliche oder wirtschaftliche Freiheit, seine Ehre, seine religiöse Selbstbestimmung; vgl. oben Bd. I 709, 710, 711, 437 Anm. 23. Interessante Anwendung auf juristische Personen (Knebelvertrag) R.Ger. LXXXII Nr. 68. — v. Tuhr a. a. O. meint, die Nichtigkeit solcher Verträge folge nicht aus § 138 B.G.B., sondern aus den der Rechtsordnung immanenten allgemeinen Schranken der privatrechtlichen Verpflichtungsmöglichkeit. Allein beides deckt sich: § 138 bringt eben in der hergebrachten, freilich sehr anfechtbaren Fassung diese Schranken mit zum Ausdruck.

¹⁶ Dies wird von besonderer Wichtigkeit bei den Wettbewerbausschließungsverträgen, bei denen zum Teil die Grenzen positiv rechtlich bestimmt sind, und bei den Kartellen. Davon im Gewerberecht.

¹⁷ Daher z. B. Verträge, durch die sich die Vertragschließenden einander verpflichten, an einen Dritten nicht zu verkaufen oder von ihm nicht zu kaufen,

des unsittlichen Vertrages ist der auf Ausbeutung des Schuldners gerichtete wucherische Vertrag, dessen begriffliche Merkmale durch das Gesetz näher bestimmt sind¹⁸. Ebenso aber ist ein Vertrag unsittlich, der die Erlangung unverhältnismäßiger Vorteile durch gemeinsame Ausbeutung Dritter bezweckt¹⁹.

Nichtig sind kraft positiver Vorschrift auch Verträge, durch die ein Teil sich verpflichtet, sein künftiges Vermögen ganz oder zu einem Bruchteil zu übertragen oder mit einem Nießbrauch zu belasten²⁰. Desgleichen Verträge über eine von einem Dritten zu erwartende künftige Erbschaft (oder den Pflichtteil oder ein Vermächtnis aus dem Nachlaß eines noch lebenden Dritten²¹), jedoch mit Ausnahme von Verträgen, die unter künftigen gesetz-

ihm nicht Arbeit zu geben oder von ihm nicht Arbeit zu nehmen, falls sie eine Verrufserklärung enthalten oder auf Vernichtung der wirtschaftlichen Existenz abzielen. Auch hiervon ist im Gewerberecht zu handeln.

¹⁸ B.G.B. § 138². Davon ist wegen des geschichtlichen Zusammenhanges unten in § 192 zu sprechen.

¹⁹ So z. B. ein auf Schaffung und Mißbrauch eines Monopols (Ringbildung) gerichteter Vertrag, durch den Gewerbetreibende sich verpflichten, nicht unter einem übermäßig hohen Preise zu verkaufen.

²⁰ B.G.B. § 310. Damit ist auch ein auf die Vergemeinschaftung des künftigen Vermögens gerichteter Gesellschaftsvertrag ausgeschlossen, der nach deutschem und römischem Recht, sowie nach den neueren Gesetzbüchern (Preufs. A.L.R. I, 17 § 176, 178, Österr. Gb. § 1177, Sächs. Gb. § 1389) zulässig war. Das gemeine Recht ließ auch die Schenkung des künftigen Vermögens zu (Windscheid § 368 Anm. 8—9); das Österr. Gb. § 944 gestattet sie zur Hälfte. Anders Code civ. Art. 943, Sächs. Gb. § 1053. Für das preussische Recht war Streit. Daß alle derartige Verträge schon an sich unsittlich seien, läßt sich nicht behaupten.

²¹ B.G.B. § 312¹. Das grundsätzliche Verbot der Erbschaftsverträge begegnet schon in deutschen Quellen des Mittelalters; Schwabensp. c. 33 § 3, Münchener Stadtr. Art. 222, Dinkelsbühler Stat. I 5, 8 b. Arnold I 278. Ebenso im Öst. Gb. § 879 u. Code civ. Art. 1130. Auch im Preufs. A.L.R. I, 11 § 446, das es aber I, 12 § 649 ff. teilweise zurücknimmt. Das römische Recht verwarf zwar auch das pactum de hereditate tertii als solches, erkannte es aber als gültig an, wenn der zu beerbende Dritte zustimmt. In der gemeinrechtlichen Theorie und Praxis nahm man vielfach irrig an, daß mit der Zulassung der Erbverträge auch die Erbschaftsverträge gültig geworden seien. So auch einzelne Partikularrechte, wie Württ. L.R. II 9 § 7, Bayr. L.R. III c. 11 § 1 Nr. 5. Überwiegend aber hielt man sich an das römische Recht, das auch in Partikularrechte Aufnahme fand; vgl. Nürnberg. Ref. III 34 § 6, Frankf. Ref. III 2 § 3, Fränk. L.G.O. 99, 1, Schweinfurt. Stadtr. 60, 1. Ebenso Sächs. Gb. § 2563. Näheres bei Beseler, Erbv. II 2 S. 328 ff., Hasse, Rhein. Museum II 218 ff., Roth, Bayr. C.R. III § 394 I.

lichen Erben über den gesetzlichen Erbteil oder den Pflichtteil eines von ihnen geschlossen werden²².

b. Besondere Schranken der Vertragsfreiheit richtet das heutige Recht in großer Fülle bei der Normierung des Inhaltes der einzelnen Schuldverhältnisse aus Verträgen auf. Das ganze Schuldrecht durchziehen zwingende Rechtssätze, die einen bestimmten Vertragsinhalt mit der Wirkung vorschreiben oder ausschließen, daß jede abweichende Vereinbarung nichtig ist²³. Diese besonderen Einschränkungen der Vertragsfreiheit bringen die modernen Grundgedanken über die allgemeinen Schranken der schuldrechtlichen Selbstbindung zu konkreter Entfaltung. Sie nehmen in dem Maße zu, in dem die Schuldverträge an das Sachenrecht oder das Personenrecht heranreichen, und gewinnen die größte Ausdehnung und Kraft, wo die individualrechtliche Ausgestaltung des Schuldrechts eine sozialrechtliche Umbildung erfährt²⁴. Immer aber bleiben sie Ausnahmen von der Regel. Im Zweifel ist daher jede gesetzliche Vorschrift über den Inhalt eines schuldrechtlichen Vertrages auch dann, wenn sie nicht als bloße Auslegungsregel erscheint, als ergänzende Normalbestimmung aufzufassen, die nicht zur Anwendung gelangt, wenn etwas anderes vereinbart ist²⁵.

3. Die Schuldbegründung durch Vertrag hängt grundsätzlich vom freien Willensentschluß der Beteiligten ab. Einen Vertrag einzugehen, ist an sich Niemand verpflichtet²⁶.

Ausnahmsweise aber besteht eine gesetzliche Verpflichtung zum Vertragsschluß²⁷. Eine derartige Verpflichtung ist stets mit einem gewerblichen Monopolrecht verbunden, aber auch darüber hinaus den Unternehmern gewisser, dem öffentlichen Verkehr

²² B.G.B. § 312². Das Vorbild war Preufs. A.L.R. I, 12 § 649. — Solche Verträge bedürfen aber gerichtlicher oder notarieller Beurkundung.

²³ Vgl. Stammler S. 72 ff.

²⁴ Daher vor allem bei der Regelung der gewerblichen Arbeitsverträge. Sehr zahlreich sind sie auch im R.G. über den Versicherungsvertrag.

²⁵ Dies gilt nicht bloß für das B.G.B. und das H.G.B., sondern auch für die Gew.O. und andere Sondergesetze. Nur die Seemannsordnung v. 2. Juni 1902 § 1 stellt umgekehrt den Satz an die Spitze, daß ihre Vorschriften im Zweifel zwingend sind; meine Grundz. des H.R.s, Enzykl.⁷ III 122.

²⁶ Man kann sich aber vertragsmäßig (z. B. durch Vorvertrag, Nebenvertrag, Krediteröffnungsvertrag) zum Vertragsschluß, der dann eben zugleich Vertragserfüllung ist, verpflichten. Auch kann durch Genossenschaftssatzung eine Verpflichtung der Genossenschaft zu gewissen Vertragsschlüssen mit den Mitgliedern begründet werden; meine Genossenschaftsth. S. 295 Anm. 1.

²⁷ Vgl. J. Biermann, Rechtszwang zum Kontrahieren, Jahrb. f. D. XXXII 267 ff.; Dernburg § 83 II.

dienender Betriebe auferlegt²⁸. Soweit sie sich erstreckt, darf der Unternehmer einen gehörigen Vertragsantrag nicht ablehnen; der Antragende hat einen privatrechtlichen Anspruch auf Abschluss des Vertrages oder aber auf Schadensersatz. Daraus, daß ein mit dem öffentlichen Angebot bestimmter Leistungen verbundener Gewerbebetrieb staatlich konzessioniert ist, folgt noch keine Verpflichtung zur Eingehung entsprechender Verträge mit Jedermann²⁹.

III. Unerlaubte Handlung. Ein Schuldverhältnis aus unerlaubter Handlung liegt vor, wenn kraft Rechtssatzes ein rechtswidriges Verhalten als selbständiger Verpflichtungsgrund wirkt. Alle Schuldverhältnisse aus unerlaubten Handlungen stimmen darin überein, daß der Schuldinhalt unabhängig vom Willen des Schuldners bestimmt ist und stets in einer Verpflichtung zur Schadensersatzleistung an den Verletzten besteht.

IV. Sonstige Tatbestände. Als Schuldverhältnisse aus Tatbeständen, die außerhalb des Bereiches der eignen Tat des Schuldners liegen, erscheinen vor allem die unselbständigen Schuldverhältnisse. Der schuldbegründende Tatbestand ist hier ein durch ein sachenrechtliches, familienrechtliches, erbrechtliches oder körperschaftsrechtliches Verhältnis gegebener besonderer Zusammenhang. Allein es gibt auch selbständige Schuldverhältnisse, die einem Tatbestande entspringen, der nur auf Grund der allgemeinen menschlichen Zusammenhänge als Verpflichtungsgrund anerkannt ist. Als solche behandelt das B.G.B. in seinem Schuldrecht die Geschäftsführung ohne Auftrag, die Vorlegung von Sachen und die ungerechtfertigte Bereicherung. Außerdem regelt es im Schuldrecht die Gemeinschaft, obschon es sich hierbei um ein an sich nicht schuldrechtliches besonderes Rechtsverhältnis und, soweit aus ihm schuldrechtliche Verpflichtungen entstehen, um unselbständige Schuldverhältnisse handelt.

²⁸ So den Eisenbahnunternehmern durch H.G.B. § 453, 473², Berner Vertrag Art. 2—5; den Postanstalten durch Postges. v. 28. Okt. 1871 § 3; den Telegraphenanstalten durch Telegraphenges. v. 6. April 1892 § 5. — v. Tuhr a. a. O. S. 495 nimmt hier bloßen „Quasikontrakt“ an.

²⁹ A. M. Reuling, Z. f. H.R. XVI 672, Dernburg a. a. O. Vgl. aber Biermann S. 277 ff. Auch wenn eine öffentlichrechtliche Verpflichtung zu Vertragsschlüssen begründet ist, liegt darin noch keine Gewährung von Privatrechtsansprüchen; Biermann S. 273 ff. Unter Umständen kann aber die willkürliche Ablehnung eines Vertragsantrages nach B.G.B. § 826 zum Schadensersatz verpflichten. — Eine ganz andere Frage ist, inwiefern ein öffentliches Angebot einen bindenden Vertragsantrag an eine unbestimmte Person enthalten kann, so daß Jedermann durch Annahme den Vertrag zustande zu bringen vermag; davon unten § 184 II.

§ 178. Änderung der Schuldverhältnisse.

I. **Überhaupt.** Ein Schuldverhältnis kann, ohne seine Identität einzubüßen, sich inhaltlich ändern¹. Die ursprüngliche Leistungspflicht kann eine Erweiterung oder eine Einschränkung erfahren. Eine Nebenleistungspflicht kann hinzutreten oder wegfallen. Die geschuldete Leistung kann durch eine andere Leistung nach Wahl des Gläubigers oder des Schuldners ersetzbar werden. Möglich ist aber auch, daß die ursprüngliche Leistungspflicht völlig ausgeschaltet und durch eine andere Leistungspflicht ersetzt wird. Besonders häufig wandeln sich Leistungspflichten jeder Art in eine Verpflichtung zum Schadensersatz um. Eine regelmässige Erscheinung ist ferner die Umwandlung einer andersgearteten Schuld in eine Geldschuld. Die Änderung eines Schuldverhältnisses kann sich auch auf den Ort oder die Zeit der Leistung beziehen.

II. **Rechtsgeschäftliche Änderung.** Jede an sich mögliche Änderung des Schuldinhaltes kann innerhalb der Grenzen der Vertragsfreiheit durch Vertrag herbeigeführt werden. Ob bloße Änderung des bestehenden Schuldverhältnisses oder Aufhebung des bisherigen und Begründung eines neuen Schuldverhältnisses gewollt ist, kann oft zweifelhaft sein und ist dann durch Auslegung zu ermitteln. Bloße Änderung ist stets die Hinausschiebung der Leistungszeit durch Stundung².

Eine Änderung des Schuldinhaltes durch einseitige Willenserklärung des Gläubigers oder des Schuldners kann kraft eines vertragsmäßigen oder gesetzlichen Gestaltungsrechtes vollzogen werden³.

¹ Eine Änderung liegt auch in dem Wechsel des Subjekts, wovon in § 180—181 zu handeln ist. Desgleichen in dem Eintritt oder dem Wegfall der Verbindung mit einem anderen Schuldverhältnis mit identischem Inhalt; oben § 176 V und unten § 182—183. — Keine Änderung des Schuldverhältnisses als solchen, aber für dieses von tiefgreifender Bedeutung ist eine Änderung in den Haftungsverhältnissen: der Wegfall der Haftung (z. B. durch Verjährung) oder ihre Wiederherstellung (z. B. durch Anerkenntnis), der Eintritt einer Beschränkung der Haftung oder die Umwandlung beschränkter Haftung in unbeschränkte (z. B. für den Erben), der Hinzutritt oder der Wegfall einer Sachhaftung oder einer Bürgenhaftung usw.

² So lange auf Grund der Stundung die Leistung verweigert werden kann, ist die Verjährung gehemmt; B.G.B. § 202.

³ So durch Ausübung eines Wahlrechtes, Bestimmungsrechtes, Fristsetzungsrechtes, Kündigungsrechtes usw.; auch der Rücktritt kann zu einer bloßen Veränderung des Schuldinhaltes führen.

III. Verschulden⁴. Von Rechts wegen treten Änderungen des Schuldinhaltes durch Verschulden des Schuldners ein. In allem Leistensollen ist zugleich die Verpflichtung enthalten, bis zu einer gewissen Grenze Willensfehler zu vermeiden, die den gehörigen Erfolg in Frage stellen⁵. Innerhalb dieser Grenze „haftet“ der Schuldner für Verschulden, er muß sein Verschulden „vertreten“, für dasselbe „einstehen“. Insoweit hat er daher die durch pflichtwidriges Handeln oder Unterlassen verursachten Nachteile zu tragen: er muß dem Gläubiger Schadensersatz leisten und erleidet unter Umständen eine Rechtseinbuße (z. B. Verwirkung der Draufgabe, des Rücktrittsrechts, des Anspruchs aus Teilleistungen). Voraussetzung dafür ist, daß ihm nach den Regeln über Verantwortlichkeit der Willensfehler zugerechnet werden kann⁶.

Was das Maß des vom Schuldner zu vertretenden Verschuldens angeht, so liefs das ältere deutsche Recht den Schuldner für jedes Verschulden haften. Im allgemeinen aber konnte der Schuldner sich stets durch seinen Unschuldseid von jedem Vorwurfe reinigen und damit den Beweis erbringen, daß ein Zufall („Unglück“) vorliege⁷. Doch wurde vielfach ein objektiver Maßstab angelegt, indem aus der Vergleichung des Verhaltens des Schuldners zu eignen und fremden Sachen auf Schuld oder Zufall geschlossen wurde: je nachdem von einem die Sachen des Gläubigers beim Schuldner schädigenden Ereignis die eignen Sachen des Schuldners trotz gleicher Gefahr verschont geblieben oder auch eigne Sachen des

⁴ Über das ältere deutsche Recht vgl. Stobbe, Zur Geschichte des deutschen Vertragsrechts S. 209 ff., D.P.R.³ III § 230; Hübner, Grundz.² S. 467 ff.; v. Schwerin, R.G.² S. 109. — Über das römische und gemeine Recht Hasse, Die Culpa des röm. R., 2. Aufl. 1838; Ihering, Das Schuldmoment im röm. Privatrecht, 1867 (Vermischte Schr. S. 155 ff.); Pernice, Labeo II; Windscheid § 265; Dernburg, Pand. II § 36 ff. — Über das heutige deut. R. die Komm. zu B.G.B. § 276 ff.; Cosack § 71; Matthiafs I § 83; Endemann § 111 ff.; Enneccerus § 196 ff., 266; Dernburg § 63 ff.; Crome § 157; Landsberg § 92 I; Kohler II § 9 ff.; Wendt, Arch. f. z. Pr. LXXXVII 422 ff.; Weyl, System der Verschuldensbegriffe im B.G.B., 1905; Brodmann, Arch. f. z. Pr. IC 327 f.; M. Rümelin, Das Verschulden im Straf- und Zivilrecht, 1909; F. Leonhard, Fahrlässigkeit und Unfähigkeit, in Festg. f. Enneccerus, 1913.

⁵ Vgl. H. Lehmann, Die Unterlassungspflicht S. 10 ff., 166 ff.

⁶ Die Verantwortlichkeit richtet sich nach gleichen Regeln, wie bei unerlaubten Handlungen, also heute nach B.G.B. § 827—828. Dagegen ist die Vorschrift des § 829 über Haftung ohne Verantwortlichkeit auf die Verletzung einer schuldrechtlichen Verpflichtung nicht anwendbar.

⁷ Sachsensp. III 5 § 3. Vgl. Stobbe, Vertragsr. S. 216, 218, 223 ff., 291.

Schuldners betroffen waren, galt der Schade als Folge mangelnder Sorgfalt des Schuldners oder als unverschuldetes Unglück⁸. Auch die Berufung auf Zufall befreite bei vielen Schuldverhältnissen den Schuldner nicht von der Ersatzpflicht; der Grund hierfür aber lag in der von der Schuldfrage unabhängigen Überwälzung der Gefahr auf den Schuldner⁹. Als das römische Recht eindrang, nach dem der Schuldner grundsätzlich nur für Verschulden haftete, diese Haftung aber bei den verschiedenen Arten der Schuldverhältnisse nach Graden des Verschuldens abgestuft war, wurden einzelne deutschrechtliche Sätze festgehalten¹⁰. Damit stand es im Zusammenhange, daß die Doktrin neben dem Begriff des *dolus* nicht bloß die beiden römischen Begriffe der *lata culpa* und *levis culpa* verwandte, sondern als dritten Grad die *culpa levissima* hinzufügte¹¹. Diese Dreiteilung der *culpa* ging in die älteren Gesetzbücher über¹². In neuerer Zeit aber erfolgte allgemein die Rückkehr zu dem römischen Schema, so daß nur Vorsatz, grobe Fahrlässigkeit und Fahrlässigkeit schlechthin unterschieden werden¹³.

⁸ L. Wisigoth. V 5 § 3, 5; l. Bajuv. XIV 2; Fries. Landr. II b. Richt-hofen S. 66; Jüt. Low II 114; Rsb. n. D. III 17 d. 17. Dazu c. 2 X de depos. III 16. Später leitete man aus dem objektiven Tatbestande oft nur eine Vermutung gegen oder für Anwendung gehöriger Sorgfalt her. Manche Quellen lassen den Mitverlust eigener Sachen schlechthin als Entschuldigung gelten, gestatten aber andernfalls den Beweis der Schuldlosigkeit durch Eid; Augsb. Stat. Art. 212, revid. Lüb. R. III 3, 1. Andere verlangen auch bei Mitverlust von eignem Gut noch einen Unschuldseid; Hamb. Stat. v. 1270 XII, 12, Magd. Fr. II 7 d. 1, Münch. Stadtr. Art. 92. Vielfach wird ausdrücklich als Grundsatz ausgesprochen, daß man fremde Sachen nicht besser als eigne zu bewahren braucht. Dagegen verlangt Schwabsp. (L.) c. 201 e u. 258 a vom Verwahrer, daß er die fremde Sache besser als das eigne Gut behüte. — Näheres b. Stobbe, Vertragsr. S. 217, 219 ff., 248, 257, 259, 291 ff.

⁹ Vgl. unten zu IV. S. 126.

¹⁰ So wurde die Haftung des Verwahrers im Falle unentgeltlicher Aufbewahrung auf *diligentia quam suis* ausgedehnt und hierbei an den alten Maßstab (oben Anm. 8) angeknüpft; Stobbe, Vertragsr. S. 221, 222 Anm. 10, 291. Ferner wurde in den Fällen, in denen der Schuldner nach deutschem Recht für Zufall haftete, eine strengere Haftung, als sie dem römischen Recht entsprach, festgehalten; Stobbe, Vertragsr. S. 229 ff., 238 ff.

¹¹ Denn eine Haftung für *culpa levissima* wurde vornehmlich da angenommen, wo das deutsche Recht für Zufall haften liefs; Stobbe, Vertragsr. S. 230, 238, D.P.R. § 230 II 1.

¹² So in die beiden ersten Württ. Landr. (vgl. Wächter II 384 ff.), das Solmsen Landr., das Bayr. L.R. IV, 1 § 20 und noch das Preuß. A.L.R. I, 3 § 17 ff., I, 5 § 277 ff.

¹³ So schon Code civ. a. 1137 mit a. 804; vgl. Crome, Die Grundlehren des französ. Obligationenrechts § 11 III. Österr. Gb. § 1294—1298 mit § 1324.

Nach dem B.G.B. hat der Schuldner regelmässig Vorsatz und jede Fahrlässigkeit zu vertreten¹⁴. Bei manchen Schuldverhältnissen aber haftet er nur für grobe Fahrlässigkeit¹⁵, bei anderen ausserdem nur, wenn er diejenige Sorgfalt ausser acht läßt, die er in eignen Angelegenheiten anzuwenden pflegt¹⁶. Durch Vertrag kann die Verantwortlichkeit des Schuldners beliebig gesteigert oder abgeschwächt werden. Nur eine Vereinbarung, durch die ihm im voraus die Haftung wegen Vorsatzes erlassen wird, ist nichtig¹⁷.

Sächs. Gb. § 121—122. Auch Schweiz. O.R., das aber in Art. 113 (jetzt 99) vorschreibt, daß die Haftung für Fahrlässigkeit je nach der Natur des Geschäfts mehr oder minder ausgedehnt sei und insbesondere milder beurteilt werde, wenn das Geschäft für den Schuldner keinerlei Vorteil bezweckt.

¹⁴ B.G.B. § 276¹. Über den Begriff des Vorsatzes vgl. Weyl, Verschuldensbegriffe S. 388 ff., Oertmann zu § 276 Bem. 1, Siber b. Planck⁴ zu § 276 Bem. 2a. In einigen Fällen knüpfen sich besondere Folgen für den Schuldinhalt an eine auf Schädigung des Gläubigers gerichtete böswillige Absicht (B.G.B. § 324¹, 615, 649); vgl. über „Absicht“ Weyl S. 59 ff., 412 ff., über „Böswilligkeit“ S. 62, 432 ff. In anderen Fällen (beim Verschweigen von Mängeln) hat „Arglist“ besondere Folgen; vgl. Weyl S. 54 ff., 438 ff. — Der Begriff der „Fahrlässigkeit“ wird bei dieser Gelegenheit vom B.G.B. definiert: „Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt ausser Acht läßt.“ Diese Begriffsbestimmung hat aber Allgemeingültigkeit. Ausführlich zergliedert sie unter Besprechung aller Meinungen Weyl S. 99—172. Vgl. ferner Siber a. a. O. Bem. 2b. Für den Handelsverkehr ist die anzuwendende Sorgfalt gesetzlich zur Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns, Geschäftsmanns, Frachtführers, Reeders, Schiffers gesteigert. Auch für den bürgerlichen Verkehr aber versteht es sich von selbst, daß jeder Beruf zu einer besonders gear teten Sorgfalt verpflichtet.

¹⁵ B.G.B. § 521 (Schenker), § 599 (Verleiher), § 680 (Geschäftsführer bei Abwendung dringender Gefahr), § 968 (Finder); ausserdem jeder Schuldner während des Gläubigerverzuges (§ 300¹). Ferner kraft unabdingbarer Gesetzesvorschrift der Versicherungsnehmer hinsichtlich der erst nach Eintritt des Versicherungsfalles zu erfüllenden Obliegenheiten; V.V.G. § 6²⁻³. Vgl. über den gesetzlich nicht definierten Begriff Weyl S. 38 ff., 271 ff.

¹⁶ B.G.B. § 690 (Verwahrer ohne Entgelt) und § 708 (Gesellschafter); ausserdem Ehegatten (§ 1559), Eltern bei Ausübung der elterlichen Gewalt (§ 1664, 1686), der Vorerbe (§ 1231). Von der Haftung für grobe Fahrlässigkeit ist er damit nicht befreit; B.G.B. § 277. Vgl. Weyl S. 283 ff.

¹⁷ B.G.B. § 276². Die Haftung für grobe Fahrlässigkeit, die überhaupt im B.G.B. keineswegs dem Vorsatz gleichgestellt wird, kann ausgeschlossen werden. Ebenso Sächs. Gb. § 123. Anders nach römischem Recht. Nach Schweiz. O.R. Art. 114 (jetzt 100) ist nicht nur der Verzicht auf die Haftung für rechtswidrige Absicht oder grobe Fahrlässigkeit, sondern nach billigem Ermessen des Richters dann, wenn der Verzichtende in einem Dienstverhältnisse zu dem anderen Teil steht oder die Verantwortlichkeit aus dem Betriebe eines obrigkeitlich konzessionierten Gewerbes folgt, auch der Verzicht auf die Haftung für leichtes Verschulden nichtig. — Gesetzliche Verbote der vertragsmässigen

Der Schuldner hat bei Erfüllung seiner Verbindlichkeit auch fremdes Verschulden dann zu vertreten, wenn es in den Bereich der Erweiterung seiner Wirkungssphäre durch die Kräfte Anderer fällt. Im älteren deutschen Recht ergab sich dies aus der allgemeinen Haftung kraft Haus- und Geschäftsherrschaft¹⁸. Mit dem römischen Recht, das eine Haftung für fremdes Verschulden grundsätzlich ablehnt, drang die Lehre ein, daß auch bei Erfüllung von Schuldverbindlichkeiten nur eignes Verschulden zu vertreten sei, der Schuldner also für Vertreter und Gehilfen nur hafte, wenn entweder schon deren Verwendung eine Pflichtverletzung ist oder dem Schuldner selbst ein Verschulden bei der Auswahl oder Überwachung zur Last fällt¹⁹. Demgegenüber stellte sich das französische Recht völlig auf den Boden der germanischen Rechtsanschauung²⁰. Auch in Deutschland aber wurde in neuerer Zeit das romanistische Dogma mit wachsender Energie bekämpft²¹ und hinsichtlich der Schuldnerfüllung endgültig besiegt. Mehr und mehr wurde mit der Wiederanerkennung der freien und unmittelbaren Stellvertretung dem Schuldner auch die Verantwortlichkeit für das rechtsgeschäftliche Verschulden seines Stellvertreters auferlegt²², darüber hinaus aber wenigstens bei manchen Schuldverhältnissen die Haftung des Schuldners auch für das Verschulden bloßer Gehilfen durchgesetzt²³. Das B.G.B. hat diese Entwicklung zum

Steigerung der Verantwortlichkeit begegnen namentlich zugunsten des Versicherungsnehmers; V.V.G. § 6³, 16³, 17², 18².

¹⁸ Meine Genossenschaftsth. S. 801. Von dieser Haftung, die Rechtsverletzungen aller Art umfaßte, ist bei den unerlaubten Handlungen zu reden (unten § 213).

¹⁹ Vgl. bes. Hasse, Culpa S. 408 ff.; Goldschmidt, Z. f. H.R. XVI 289 ff.; v. Wyfs, Haftung für fremde Culpa, 1867; Windscheid § 401 Anm. 5, § 410 Anm. 6; Dernburg, Pand. II § 38.

²⁰ Code civ. a. 1884 spricht eine allgemeine Haftung für das Verschulden von Haus- und Geschäftsangehörigen aus, ist aber, wie a. 1797, 1953 u. 1994 bestätigen, auf die Verletzung von Schuldverpflichtungen anwendbar.

²¹ Vgl. bes. Puchta, Vorles. zu § 302; Ubbelohde, Arch. f. prakt. Rechtswiss. VII 229 ff.; Z. f. d. g. H.R. VII 199 ff.; Baron, Arch. f. z. Pr. LII 55 ff.; Rang, Die Haftung des Schuldners für Dritte, Bonn 1886; Eck, Jahrb. f. D. XXXV 306 ff.; Verh. des XVII. Deut. Juristent. I 46 ff., 125 ff., 327 ff., II 80 ff., 284 ff.; Steinbach, Die Grundsätze des heut. R. über den Vermögensschaden, 1888, S. 36 ff.; Mataja, Das Recht des Schadensersatzes S. 38 ff., 72 ff.; Unger, Handeln auf eigne Gefahr, 2. Aufl. S. 53 ff.

²² Meine Genossenschaftsth. S. 801 Anm. 2.

²³ Beim Werkvertrage ist die Haftung im Preufs. A.L.R. I, 11 § 930 ausdrücklich bestimmt, aber auch von der gemeinrechtlichen Praxis angenommen (vgl. die bei Windscheid § 401 Anm. 5 angeführten Entsch., bes. R.Ger.

Abschluss gebracht²⁴. Der Schuldner haftet für das Verschulden seines gesetzlichen Vertreters²⁵ und der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient²⁶; er hat ihr Verschulden in gleichem Umfange zu vertreten wie eignes Verschulden²⁷.

XXXVII Nr. 36). Dem Frachtführer legte das A.D.H.G.B. Art. 401 eine unbedingte Haftung für seine Leute und andere Personen, deren er sich zum Transport bedient, auf. Auch das R.Haftpflichtges. § 1 u. 2 griff ein. — Das Schweiz. O.R. a. 101 (früher 115) läßt den Schuldner allgemein für den von Hilfspersonen (Hausgenossen, Arbeitern oder Angestellten) bei Erfüllung einer Schuldpflicht oder Ausübung eines Rechts aus einem Schuldverhältnis verursachten Schaden haften.

²⁴ B.G.B. § 278. Leider freilich nur für die Verletzung einer bestehenden Schuldverbindlichkeit. Für die Begründung eines Schuldverhältnisses durch unerlaubte Handlung gilt nicht § 278, sondern § 831. Auch für ein Verschulden bei Eingehung eines Schuldvertrages gilt § 278 nur, wenn sie Erfüllungshandlung ist. — Vgl. Rümelin, Die Gründe der Schadenszurechnung usw., 1896, S. 70 ff.; Nufsbaum, Haftung für Hilfspersonen, 1898; Hoffmann, Die Haftung des Schuldners für seine Gehilfen, 1902; Feder, Die Verantwortlichkeit für fremdes Verschulden nach dem B.G.B., 1902; Blau, Verantwortlichkeit für fremdes Verschulden nach dem B.G.B., 1902; Schneider, Jahrb. f. D. LIII 1 ff.; Brodmann ebd. LVIII 187 ff.; Heinsheimer, Z. f. d. P. u. ö. R. d. G. XL 115 ff.; Endemann § 116; Dernburg § 68; Kohler § 10; Enneccerus § 267; Oertmann zu § 278; Siber b. Planck⁴ zu § 278. Dazu über die sehr umstrittene Tragweite des § 278 für das Versicherungsrecht J. Gierke, Die Haftung des Versicherungsnehmers für fremdes Verschulden, Leipz. Zeitschr. III (1909) S. 721 ff. (mit weiteren Nachweisen).

²⁵ Nicht hierher gehört trotz B.G.B. § 26² die in B.G.B. § 31, 86 u. 89 angeordnete Haftung der Verbandspersonen für ihre Organe; sie ist auch bei Erfüllung von Verbindlichkeiten Haftung für eignes Verschulden.

²⁶ Sie können Stellvertreter oder bloße Gehilfen, Angestellte oder selbständige Hilfspersonen sein. Erforderlich ist, daß ihre Mitwirkung auf dem Willen des Schuldners oder seines Vertreters beruht. Die Haftung des Schuldners erstreckt sich nur auf solche Handlungen und Unterlassungen, die bei Erfüllung der Verbindlichkeit selbst begangen sind, nicht dagegen auf die bei Gelegenheit der Erfüllung verübten unerlaubten Handlungen, für die der Schuldner nur nach § 831 haftet. A. M. Rümelin S. 88, Feder S. 29 ff., 56 ff. Nur die Haftung des Frachtführers aus H.G.B. § 431 geht weiter; vgl. Denkschrift S. 261. Zur Erfüllung gehört jedoch der ganze Leistungsinhalt einschließlich der Vorbereitungshandlungen, der Übersendung und Ablieferung und der gehörigen Bewahrung der dem Schuldner anvertrauten Sachen. Vgl. Nufsbaum S. 74 ff., Enneccerus § 267 II 3, Endemann § 116 Z. 4 b, Dernburg § 68 III e, Planck zu § 278 Bem. 3, Oertmann Bem. 3 b, Schollmeyer Bem. 1 c, K. Schneider, Jahrb. f. D. LIII 1 ff.; R.Ger. LIX Nr. 8. Auch bei der Verletzung einer Unterlassungspflicht kann die Haftung eintreten; R.Ger. LXIII Nr. 32. — Immer ist § 278 nur bei Schädigung des Gläubigers anwendbar, während bei Schädigung eines Dritten nur die schwächere Haftung aus § 831 eintritt; Kohler § 11, Oertmann Bem. 3 c.

²⁷ Ist vom Schuldner nur grobe Fahrlässigkeit oder Verabsäumung der

Doch kann diese Haftung sogar für den Fall der vorsätzlichen Pflichtverletzung wegbedungen werden²⁸.

Auch ein Verschulden des Gläubigers kann, indem es Rechtsnachteile für ihn herbeiführt, den Schuldinhalt verändern²⁹. Hat zu einem Misserfolge sein Verschulden mitgewirkt, so kann nach den allgemeinen Regeln über Schadensersatz sein Ersatzanspruch gegen den Schuldner wegfallen oder sich mindern³⁰. Hierbei aber hat auch der Gläubiger das Verschulden von Vertretern und Gehilfen wie eigenes Verschulden zu vertreten³¹.

in eigenen Angelegenheiten angewandten Sorgfalt zu vertreten, so ist er auch nur für ein entsprechendes Verschulden der Hilfsperson verantwortlich; Planck³ Bem. 5 (abweichend 4. Aufl. Bem. 3), Schollmeyer Bem. 2, Endemann § 116 Anm. 6. Keineswegs fällt, wie Nufsbaum S. 38 ff. u. Oertmann 1. Aufl. Bem. 8 (anders 2. Aufl. Bem. 4 b β) für den Fall der Beschränkung der Haftung auf grobe Fahrlässigkeit auch Dernburg § 68 III f. meinen, hier die Haftung für fremdes Verschulden überhaupt weg. Das Maß der Sorgfalt, die in eigenen Angelegenheiten angewandt zu werden pflegt, bestimmt sich nach der Person des Schuldners; a. M. Oertmann³ Bem. 4 b β. Nur bei der Haftung für den gesetzlichen Vertreter ist dieser Maßstab unanwendbar. Hier ist daher auf die Person des Vertreters zu sehen; Feder S. 78 ff., Dernburg § 68 II d, Endemann Anm. 15, Rehbein zu § 241 ff. Erl. 91. Dagegen läßt Planck³, Bem. 5 (ebenso⁴ Bem. 3 a. E.), in diesem Falle den Schuldner für jede Fahrlässigkeit des Vertreters haften.

²⁸ B.G.B. § 278 S. 2. Anders zum Teil Schweiz. O.R. a. 115 (jetzt 101).

²⁹ Denn wenn durch sein Verschulden die Leistung ganz oder zum Teil unmöglich wird, liegt ein von ihm zu vertretender Umstand vor, treten also bei gegenseitigen Verträgen die Folgen des § 324 B.G.B. ein.

³⁰ Oben § 176 S. 80 ff.

³¹ B.G.B. § 254 Abs. 2 S. 2: „Die Vorschrift des § 278 findet entsprechende Anwendung.“ Es ist unzulässig, diese Verweisung auf Abs. 2 zu beschränken, wie dies Feder S. 51 ff. u. R.Ger. LV Nr. 82 S. 331, LXII Nr. 83 S. 350 wollen; vgl. dagegen Gottschalk a. a. O. S. 120, Fischer, Schade S. 66, Träger a. a. O. S. 341, Oertmann zu § 254 Bem. 5, Planck³ Bem. 5, J. Gierke a. a. O. S. 738 ff., R.Ger. LXII Nr. 27 S. 106 ff. Auch ist die Anwendung des § 278 nicht dadurch bedingt, daß es sich um die „Erfüllung einer Verbindlichkeit“ handelt. Vielmehr genügt die Verletzung der dem Gläubiger obliegenden „Diligenzpflicht“. Darum muß z. B. der Gläubiger, der sich einer Hilfsperson zur Entgegennahme der Leistung bedient, sich deren Verschulden insoweit anrechnen lassen, als er einen ihm vom Schuldner zu ersetzenden Schaden mitverursacht hat (bei Oertmann, Bem. 9 zu § 278, übersehen). Auch muß § 278 entsprechend Anwendung finden, wenn derjenige, der aus unerlaubter Handlung Gläubiger geworden ist, dem Schuldner gegenüber die Diligenzpflicht versäumt; R.Ger. LXII Nr. 33. Dagegen muß immer bereits ein Schuldverhältnis vorliegen. Deshalb ist im Falle der Schadensverursachung durch unerlaubte Handlung dem Geschädigten, der hierdurch erst Gläubiger wird, bei Anwendung des § 254 wegen Mitverursachung des Schadens fremdes Verschulden nicht nach Maßgabe des § 278, sondern nur nach Maßgabe des § 831 anzurechnen; vgl. unten § 212 Anm. 58.

IV. Zufall. Wird der Leistungserfolg durch einen Umstand, hinsichtlich dessen weder dem Schuldner noch dem Gläubiger ein von ihm zu vertretendes Verschulden zur Last fällt, vereitelt oder beeinträchtigt, so liegt im Rechtssinne ein Zufall vor³². Für Zufall wird der Regel nach nicht gehaftet. Der Schuldner braucht dem Gläubiger dafür, daß die Leistung unterbleibt oder nicht gehörig erfolgt, keinen Ersatz zu leisten. Der Gläubiger aber, der nicht empfängt, was er empfangen soll, wird dafür ganz oder zu einem entsprechenden Teil von der etwaigen Verpflichtung zu einer Gegenleistung befreit. Das Schuldverhältnis ist also ganz oder teilweise erledigt; den Nachteil erleidet, wer in seinem Rechte betroffen wird.

Anders jedoch verhält es sich insoweit, als aus einem besonderen Grunde der eine Teil dem anderen gegenüber die Gefahr trägt und daher für die nachteiligen Folgen eines Zufalles eintreten muß³³.

Insoweit der Schuldner die Gefahr trägt, wird er durch unverschuldeten Misserfolg nicht befreit, muß vielmehr für Nichterfüllung oder Mängel der Erfüllung Ersatz leisten oder sonstige Rechtsnachteile auf sich nehmen³⁴. Seine Schuld besteht also mit verändertem Inhalt fort. Der Schuldner kann eine Haftung für

³² Dies auch dann, wenn zwar ein Verschulden eines Teiles oder seines Vertreters oder Gehilfen vorliegt, dieses aber nicht das nach Gesetz oder Vertrag erforderliche Maß erreicht. Ebenso dann, wenn das Verschulden eines Dritten, für das kein Teil haftet, den Misserfolg verursacht hat.

³³ Von einer Tragung der Gefahr bei einem Schuldverhältnis kann man nur sprechen, wenn und soweit durch das Schuldverhältnis eine Abweichung von der Regel *casum sentit dominus* begründet wird. Darum liegt z. B. in dem deutschrechtlichen Satze, daß beim Kaufe die Gefahr bis zur Übergabe den Verkäufer trifft, keine schuldrechtliche Gefahrzuteilung. Denn bis dahin gehört die verkaufte Sache zum Vermögen des Verkäufers. Dagegen enthält der römischrechtliche Satz, daß die Gefahr mit der Perfektion des Kaufes auf den Käufer übergeht, eine schuldrechtliche Verschiebung der Gefahrtragung. Im französischen Recht ist der gleiche Rechtssatz keine Besonderheit, da zugleich das Eigentum übergeht. Nach heutigem deutschen Recht schließt der Übergang der Gefahr auf den Käufer dann eine schuldrechtliche Gefahrverschiebung ein, wenn er entweder infolge einer Übergabe der Sache vor ihrer Übereignung (z. B. nach B.G.B. § 446) oder infolge der Übergabe einer zu versendenden Sache an den Spediteur oder Frachtführer vor dem Übergange des Besitzes (B.G.B. § 447, oben Bd. II 548 Anm. 14) erfolgt. Ähnlich verhält es sich beim Werkvertrage (Anwendung der Regel *casum sentit dominus* in B.G.B. § 644 Abs. 1 S. 1 u. 3, Gefahrverschiebung ebda. S. 2 u. Abs. 2, sowie in § 645¹). Die Vorschriften über die Gefahr der Übermittlung von Geld in B.G.B. § 270 beruhen auf der Natur der Geldschuld als Bringschuld, enthalten aber in der Bestimmung, daß bei Erhöhung der Gefahr durch Veränderung des Wohnsitzes der Gläubiger die Gefahr trägt, eine Verschiebung der Gefahr; oben § 176 S. 99 Anm. 154.

³⁴ Z. B. die Entstehung eines Rücktrittsrechtes des Gläubigers.

den Erfolg stets rechtsgeschäftlich übernehmen. In manchen Fällen aber steht er von Rechts wegen für alle oder gewisse Zufälle ein. Das ältere deutsche Recht legte dem Schuldner in erheblichem Umfange eine von Verschulden unabhängige Haftung für unversehrte Rückgabe einer ihm anvertrauten fremden Sache auf⁸⁵. Allgemein mußte nach vielen Quellen der Schuldner für einen bei ihm begangenen Diebstahl eintreten⁸⁶. Bei Schuldverhältnissen aber, bei denen der Schuldner vom Besitz der anvertrauten Sache einseitig Vorteil zog oder für ihre Bewahrung Entgelt empfing, mußte er grundsätzlich überhaupt für Verlust oder Verschlechterung aufkommen⁸⁷. Nach der Rezeption wurden die deutschrechtlichen Anschauungen zurückgedrängt. Doch wirkten sie in der Lehre von der culpa levissima nach, die man benutzte, um in solchen Fällen, in denen eine Haftung für Zufall vom Rechtsbewußtsein gefordert wurde, eine nahezu ebenso strenge Haftung zu erzielen⁸⁸. Darüber hinaus erleichterten sie die Aufnahme und Fortbildung der römischen Bestimmungen, nach denen Schiffer, Gast- und Stallwirte für übernommene Sachen aus dem receptum bis zur Grenze der höheren Gewalt (vis major) hafteten⁸⁹. Eine

⁸⁵ Albrecht, Gewere S. 134 ff. Madai, Z. f. D. R. VIII 131 ff. Förster, ebenda IX 101 ff. Budde, ebenda S. 411 ff. Stobbe, Vertragsr. S. 213 ff. A. B. Schmidt, Die Grundsätze über den Schadensersatz in den Volksrechten (oben § 176 Anm. 43) S. 21 ff. Stobbe-Lehmann § 230 I. Heusler, Inst. II 263 ff. R. Hübner, Grundz.² § 77 I. v. Schwerin, R.G.² S. 109.

⁸⁶ Stobbe, Vertragsr. S. 215 ff., 246 ff., D.P.R. § 230 I 2. Die Haftung findet sich ausgesprochen für den Verwahrer, der keinen Lohn erhält, den Handwerker, den Hirten, den Fuhrmann, den Schiffer und den Dienstboten, während sie im übrigen nur für Verschulden eintreten. Bisweilen auch für den Gastwirt und den Kommissionär, die aber regelmäßig für jeden Zufall verantwortlich sind.

⁸⁷ So der Pfandgläubiger; oben Bd. II 958 ff. Der Entleiher; L. Fris. add. sap. X 1, L. Bajuv. XV 1, Sachsensp. III 5 § 4, Magdeb. R. v. 1305 Art. 88, Gosl. Stat. S. 82 Z. 26 ff., Hamb. R. v. 1270 XII 12, v. 1497 L 9, Lüb. R. b. Hach III 404 und noch revid. Lüb. R. III 2 § 1, Münch. Stadtr. Art. 93, Bayr. Landr. Art. 243; A. B. Schmidt a. a. O. S. 26 ff., Stobbe, Vertragsr. S. 234 ff.; vgl. v. Amira I 655 ff., II 798. Ebenso der Verwahrer, falls er Lohn erhält; L. Wisig. V 5 § 1, L. Bajuv. XIV 1 § 1, Ruprecht v. Freis, II 39, Hamb. R. v. 1292 G 23, v. 1497 L 8; Stobbe S. 227 ff. Desgleichen der Gastwirt; Stobbe S. 231. Auch der Verkaufskommissionär, falls er Bezahlung erhält; Hamb. R. a. a. O., Münchener Stadtr. Art. 41; Stobbe S. 233. — Milderungen traten, wie beim essenden Pfande, öfter auch sonst bei unverschuldetem Tod eines Tieres ein; Stobbe S. 236 ff.

⁸⁸ Oben S. 120 Anm. 11.

⁸⁹ Vgl. Goldschmidt, Z. f. H.R. III 58 ff., 331 ff.; Windscheid § 384

derartige Haftung trifft auch nach den neueren Gesetzbüchern den Gastwirt⁴⁰. Sie wurde ferner dem Frachtführer und dem Verfrachter auferlegt⁴¹ und entspringt auch im heutigen deutschen Recht, während sie im übrigen dem Frachtführer und dem Verfrachter abgenommen ist⁴², den Transportgeschäften der Unternehmer von Eisenbahnen, die dem öffentlichen Verkehr dienen⁴³, und der Postanstalten⁴⁴. Diese Haftung aber schließt, wie immer der vielumstrittene Begriff der höheren Gewalt bestimmt werden mag, unter allen Umständen eine Haftung für gemeinen Zufall ein⁴⁵. Eine Verantwortlichkeit für Zufall trägt ferner jeder Schuldner während seines Verzuges⁴⁶ und derjenige, der zur Herausgabe einer durch unerlaubte Handlung erlangten Sache verpflichtet ist⁴⁷. Sodann wird bei jeder Gattungsschuld dem Schuldner durch die wichtige Bestimmung, daß er, solange die Leistung aus der Gattung objektiv möglich ist, sein Unvermögen zur Leistung auch dann, wenn er es nicht verschuldet, zu vertreten hat, eine Gefahrtragung

und die dort angef. weitere Lit. — Dabei ist zu beachten, daß nach deutschem Recht der Gastwirt für Zufall jeder Art (oben Anm. 37), der Schiffer mindestens für Verlust durch Diebstahl (oben Anm. 36) haftete.

⁴⁰ Das Württ. L.R. II 3 § 15 und das Bayr. Landr. IV 13 § 10 verlangen noch culpa levissima. Das Öster. Gb. § 1316 begnügt sich mit der Auferlegung einer unbedingten Verantwortlichkeit für Gehilfen. Dagegen befreit nach Preufs. A.L.R. II, 8 § 447 den Gastwirt nur der Nachweis, daß äußere Gewalt und Zufälle, die weder vorherzusehen noch zu verhüten waren, den Schaden verursacht haben. Nur „höhere Gewalt“ (force majeure) schließt die Haftung aus nach Code civ. Art. 1954, Sächs. Gb. § 1285, Schweiz. O.R. Art. 486—487 (487—488), B.G.B. § 701. Vgl. unten § 204 VI.

⁴¹ Code de comm. Art. 98, 103—104; A.D.H.G.B. Art. 395 u. 607; Schweiz. O.R. Art. 457—458.

⁴² Zuerst im Binnenschiffrechts durch B.Sch.G. § 58, dann allgemein durch das neue H.G.B. § 429 u. 606. Ebenso neues Schweiz. O.R. a. 447—448.

⁴³ Bei dem Eisenbahnfrachtgeschäft nach der zwingenden Vorschrift des H.G.B. § 456 (nebst § 458) und im internationalen Verkehr nach Berner Vertr. Art. 30. Bei der Beförderung von Reisenden nach R.Haftpf.G. § 1, da die bis zur Grenze der höheren Gewalt reichende Haftung für Tötung und Körperverletzung im Betriebe vertragliche wie außervertragliche Schädigungen umfaßt. So schon der auf Personen- wie Sachschäden bezügliche § 25 des Preufs. Eisenbahnges. v. 10. Nov. 1838, der die Haftbefreiung bei „unabwendbarem Zufall“ eintreten läßt.

⁴⁴ Reichspostges. § 6 (wo als höhere Gewalt nur ein „Naturereignis“ anerkannt ist) und § 11 (bei Beschädigung von Reisenden).

⁴⁵ Ebenso setzt der Begriff des „unabwendbaren“ Zufalles voraus, daß es auch anderen Zufall gibt.

⁴⁶ B.G.B. § 287, 615. Vgl. unten S. 138 Anm. 100.

⁴⁷ B.G.B. § 848. Vgl. unten § 215 I 3 c.

aufgebürdet⁴⁸. Endlich tritt auch die Haftung für Sach- und Rechtsmängel in weitem Umfange unabhängig von Verschulden ein⁴⁹.

Insoweit der Gläubiger die Gefahr trägt, muß er die Leistungspflicht des Schuldners trotz der zufälligen Vereitelung oder Mangelhaftigkeit der Leistung als erfüllt gelten lassen, wird daher auch von seiner etwaigen Verpflichtung zur Gegenleistung nicht befreit. Der Gläubiger trägt stets die Gefahr, insoweit er sie rechtsgeschäftlich übernommen hat. Von Rechts wegen trägt er die Gefahr während seines Verzuges⁵⁰, sowie die Gefahr einer wegen seines Verzuges oder aus einem gleichgestellten Grunde hinterlegten Sache⁵¹. Zum Teil enthalten ferner die Rechtssätze, die den Übergang der Gefahr des zufälligen Unterganges und der zufälligen Verschlechterung einer verkauften Sache auf den Käufer und die beim Werkvertrage vom Besteller zu tragende Gefahr regeln, eine Gefahrverschiebung zu Lasten des Gläubigers⁵². Ebenso liegt eine gesetzliche Überwälzung der Gefahr auf den Gläubiger in den Vorschriften, nach denen bei Dienstverträgen im Falle einer zeitweiligen unverschuldeten Verhinderung des Dienstverpflichteten an der Dienstleistung der Dienstberechtigte verpflichtet bleibt, die bedungene Vergütung zu gewähren⁵³.

In weiterem Umfange haftet der Gläubiger für Zufall, wenn er nicht nur die Gefahr, daß er nicht empfängt, was er empfangen soll, sondern auch die mit der Leistung für den Schuldner verbundene Gefahr trägt. Nach deutschem Recht hatte der Gläubiger grundsätzlich den Schaden zu ersetzen, den ein in seinem Interesse tätiger Dienstverpflichteter oder Beauftragter bei Erfüllung seiner Verbindlichkeit durch Zufall erlitt⁵⁴. Reste dieser Anschauung erhielten sich gegenüber dem römischen Recht, dem jede Haftung

⁴⁸ B.G.B. § 279. Dies gilt vor allem auch bei Geldschulden.

⁴⁹ So bei Kauf, Tausch, Miete und Pacht, Werkvertrag usw.; anders bei Schenkung und Leihe.

⁵⁰ B.G.B. 300². Vgl. unten S. 141 Anm. 118—119.

⁵¹ B.G.B. § 379².

⁵² Vgl. oben S. 125 Anm. 33.

⁵³ B.G.B. § 616; H.G.B. § 63; Gew.O. § 133 c Abs. 2.

⁵⁴ Stobbe, Vertragsr. S. 285 ff., D.P.R. § 230 I 5, II 1 e. Besonders hat der Dienstherr dem Gesinde den bei Ausübung des Dienstes ohne Schuld erlittenen Vermögensschaden zu ersetzen; Sachsensp. III 6 § 3, Schwabensp. c 259, Magdeb. R. v. 1304 Art. 89, Bayr. Landr. 93. Ebenso schuldet der Lehnherr dem Vasallen, die Stadt ihrem Beamten oder Beauftragten Ersatz des im Dienst erlittenen Schadens; Stobbe, Vertragsr. S. 288 ff., D.P.R. a. a. O. Anm. 20 u. 21.

des Gläubigers für Leistungsgefahr fremd ist, in neueren Gesetzbüchern⁵⁵. Dagegen lehnt das heutige deutsche Recht die gesetzliche Haftung des Gläubigers für zufällige Schädigung des Schuldners grundsätzlich ab⁵⁶. Nur das Handelsgesellschaftsrecht kennt eine Ersatzpflicht der Gesellschaft gegenüber dem Gesellschafter, wenn dieser durch seine Geschäftsführung oder aus Gefahren, die mit ihr unmittelbar verbunden sind, Verluste erleidet⁵⁷. Außerdem liegt in der Vorschrift des B.G.B., daß bei Erfüllung der Vorlegungspflicht die Vorlegung der Sache auf Gefahr dessen erfolgt, der die Vorlegung verlangt, eine Belastung des Gläubigers mit der Leistungsgefahr⁵⁸. Im Übrigen hat der Gläubiger für einen zufälligen Schaden, den der Schuldner durch die Leistung oder infolge der Leistung erleidet, nur insoweit einzustehen, als er die Gefahr rechtsgeschäftlich übernommen hat.

V. Unmöglichwerden der Leistung⁵⁹. Die Ordnung der aus Schuldverhältnissen entspringenden Haftung für Verschulden und Zufall hat besondere Bedeutung für die Bestimmung der Folgen, die sich an eine nachträgliche Unmöglichkeit der geschuldeten Leistung knüpfen. Die für den Fall der ursprünglichen Unmöglichkeit erhebliche Unterscheidung zwischen objektiver und subjektiver Unmöglichkeit spielt hier keine Rolle. Vielmehr sind die Folgen dieselben, wenn die Leistung nachträglich überhaupt unmöglich wird und wenn nur nachträglich das Unvermögen des

⁵⁵ So namentlich in Code civ. Art. 2000: Le mandant doit aussi indemniser le mandataire des pertes, que celui-ci a essuyées à l'occasion de sa gestion, sans imprudence qui lui soit imputable. Teilweise auch in Preufs. L.R. I, 13 § 81, wonach dem Bevollmächtigten zufälliger Schade zu vergüten ist, wenn er aus einer Gefahr entsprang, die bei Befolgung einer bestimmten Weisung des Machtgebers unvermeidlich war. Auch in Österr. Gb. § 1015, wonach der zufällig geschädigte Mandatar wenigstens immer fordern kann, was ihm bei einem entgeltlichen Vertrage als Lohn nach höchster Schätzung gebührt hätte. Beim Gesellschaftsvertrage billigt das Sächs. Gb. § 1376 dem bei der Besorgung einer gemeinschaftlichen Angelegenheit durch Zufall geschädigten Gesellschafter Ersatz zu.

⁵⁶ Das B.G.B. kennt weder beim Auftrage, noch bei der Gesellschaft, noch beim Dienstvertrage eine Haftung des Gläubigers für Leistungsgefahr. Die Vorschrift des § 617 gehört nicht hierher; sie legt vielmehr dem Dienstberechtigten eine besondere Fürsorgepflicht auf. Auch das moderne Gewerbe-recht enthält keine einschlägige Bestimmung.

⁵⁷ H.G.B. § 110¹.

⁵⁸ B.G.B. § 811. Der Vorlegungspflichtige kann die Vorlegung verweigern, bis ihm der andere Teil wegen der Gefahr Sicherheit leistet.

⁵⁹ Vgl. die bereits oben § 177 S. 111 Anm. 5 mitangegebene Literatur.

Schuldners eintritt⁶⁰. Die unmöglich gewordene Leistung wird nicht mehr geschuldet. Im Übrigen kommt es darauf an, ob ein Teil und welcher den Umstand, der die Unmöglichkeit verursacht, zu vertreten hat. Zu vertreten aber hat den Umstand, wer entweder für ein ursächliches eignes oder fremdes Verschulden oder für den ursächlichen Zufall haftet. Die Beweislast trifft stets den Schuldner, der die Verantwortlichkeit ablehnen will⁶¹.

Hat der Schuldner seinerseits den Umstand nicht zu vertreten, so wird er von der Verpflichtung zur Leistung frei⁶². Insoweit erlischt also seine Schuld⁶³. Wenn er jedoch infolge desselben Umstandes einen Ersatz oder Ersatzanspruch für den geschuldeten Gegenstand erlangt, so muß er dem Gläubiger auf Verlangen das Empfangene herausgeben oder den Ersatzanspruch abtreten⁶⁴. Insoweit besteht dann also seine Schuld mit verändertem Inhalt fort⁶⁵. Handelt es sich um ein Schuldverhältnis aus einem gegenseitigen Vertrage, so fällt, wenn auch der Gläubiger den Umstand nicht zu vertreten hat, auch dessen Verpflichtung zur Gegenleistung ganz oder zum entsprechenden Teile weg⁶⁶. Insoweit erlischt also das Schuldverhältnis⁶⁷. Nur bleibt einerseits, wenn der Gläubiger ein vom Schuldner erlangtes Surrogat herausverlangt, auch seine Verpflichtung zur Gegenleistung bis zur Höhe des Wertes dieses Surrogats bestehen⁶⁸, andererseits, wenn

⁶⁰ B.G.B. § 275².

⁶¹ B.G.B. § 282.

⁶² B.G.B. § 275. Ist die Unmöglichkeit nur eine teilweise, so tritt nur Teilbefreiung ein. Dahin gehört auch eine nur zeitweilige Unmöglichkeit, die daher nur von rechtzeitiger Leistung entbindet.

⁶³ Hinsichtlich einer Nebenverpflichtung kann sie auch bei vollständiger Unmöglichkeit fortbestehen. So z. B. hinsichtlich der nach Treu und Glauben anzunehmenden Verpflichtung, dem Gläubiger unverzüglich von dem Eintritt der Unmöglichkeit Mitteilung zu machen; Titze a. a. O. S. 100 ff.

⁶⁴ B.G.B. § 281¹. So z. B., was er als Versicherungsbeitrag, Enteignungsentschädigung, Entschädigung seitens eines aus unerlaubter Handlung ersatzpflichtigen Dritten usw., aber auch, obschon Manche dies bestreiten, was er als Erlös aus einem die Leistung unmöglich machenden Verkaufe des geschuldeten Gegenstandes erlangt.

⁶⁵ Hinsichtlich einer Bedingung oder Befristung, des Maßes der zu vertretenden Sorgfalt usw. gilt also für die Herausgabe- oder Abtretungspflicht, was für die ursprüngliche Leistungspflicht galt.

⁶⁶ B.G.B. § 323¹. Die Minderung der Gegenleistung bei teilweiser Unmöglichkeit richtet sich nach den für die Minderung des Kaufpreises wegen Sachmängel geltenden Regeln.

⁶⁷ Mit dem oben Anm. 64 gemachten Vorbehalt.

⁶⁸ B.G.B. § 323².

der Gläubiger schon geleistet hat, ihm der Herausgabeanspruch wegen ungerechtfertigter Bereicherung vorbehalten⁶⁹. Hat dagegen der Gläubiger seinerseits den Umstand zu vertreten, so besteht dessen Verpflichtung zur Gegenleistung fort; der Schuldner muß sich jedoch auf die Gegenleistung dasjenige anrechnen lassen, was er infolge der Befreiung von der Leistung erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterläßt⁷⁰.

Hat der Schuldner den Umstand zu vertreten, so wird er nicht befreit. Vielmehr besteht immer seine Leistungspflicht mit verändertem Inhalte fort. Im allgemeinen schuldet er dem Gläubiger Ersatz des durch die Nichterfüllung entstehenden Schadens⁷¹. Doch muß der Gläubiger, wenn er ein vom Schuldner erlangtes Surrogat herausverlangt, sich dessen Wert auf die Entschädigung anrechnen lassen⁷². Bei einem gegenseitigen Vertrage kann der Gläubiger nach seiner Wahl Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder vom Vertrage zurücktreten, statt dessen aber auch, indem er die Rechte geltend macht, die ihm zuständen, wenn der Schuldner nicht verantwortlich wäre, das Schuldverhältnis für beiderseitig erledigt erklären⁷³.

⁶⁹ B.G.B. § 323³. Vgl. unten § 218 Anm. 17.

⁷⁰ B.G.B. 324¹. Den Anspruch aus § 281 (oben Anm. 64) hat der Gläubiger auch hier.

⁷¹ B.G.B. § 280¹. Bei teilweiser Unmöglichkeit kann der Gläubiger, falls die teilweise Erfüllung für ihn kein Interesse hat, unter Ablehnung des noch möglichen Teils der Leistung Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit verlangen. Es ist dies ein Fall der *facultas alternativa*. Macht er von ihr Gebrauch, so finden, obschon kein Rücktritt vorliegt, die allgemeinen Vorschriften über das Rücktrittsrecht (§ 346—356) entsprechende Anwendung.

⁷² B.G.B. § 281².

⁷³ B.G.B. § 325¹. Bei teilweiser Unmöglichkeit kann er Schadensersatz wegen teilweiser Nichterfüllung fordern oder, wenn nicht die Natur des Vertrages dies ausschließt, teilweise zurücktreten oder das Schuldverhältnis unter Minderung seiner Gegenleistung als teilweise erledigt behandeln; hat aber die Erfüllung hinsichtlich des noch möglichen Teils für ihn kein Interesse, so kann er außerdem unter Ablehnung dieses Teils Schadensersatz wegen vollständiger Nichterfüllung fordern oder vom ganzen Vertrage zurücktreten. Den Anspruch aus § 281 kann er, wenn er Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordert, gemäß § 281², wenn er nur Minderung seiner Gegenleistung verlangt, gemäß § 323², dagegen im Falle des Rücktritts überhaupt nicht geltend machen. — Überaus bestritten ist, worin der Schadensersatz wegen Nichterfüllung besteht. Bleibt der Gläubiger zur Gegenleistung verpflichtet, so daß er nur gegen deren Bewirkung Ersatz für die wegfallende Leistung fordern kann? Hierfür bes. Kisch, Jahrb. f. D. XLIV 68 ff., Planck³ Bem. 1 a zu § 325, v. Mayr,

Ist eine Leistung nicht rechtzeitig erfolgt, so ist damit zwar natürlich ihre Bewirkung zu rechter Zeit, regelmässig aber keineswegs die Leistung überhaupt unmöglich geworden. Nur wenn die Leistung ihrer Beschaffenheit nach schlechthin an eine bestimmte Zeitgrenze gebunden ist, wird sie durch Verzögerung ohne weiteres unmöglich⁷⁴. Bei jedem Schuldverhältnis aber kann der Gläubiger, sobald der Schuldner rechtskräftig verurteilt ist, die Möglichkeit der Leistung durch einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung befristen, indem er dem Schuldner zur Bewirkung der Leistung eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmt, daß er die Annahme der Leistung nach Ablauf der Frist ablehne. Soweit dann die Leistung nicht rechtzeitig bewirkt wird, tritt mit dem Ablaufe der Frist ihre Unmöglichkeit ein. Der Gläubiger kann dann nicht mehr Erfüllung, wohl aber Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern oder, wenn es sich um ein Schuldverhältnis aus einem gegenseitigen Vertrage handelt, die ihm alternativ zustehenden Rechte des Rücktritts oder der Auflösung des Vertrages

Verh. des XXVII. Deut. Juristent. II 167 ff., Oertmann zu § 325 Bem. 1 b und viele Andere. Oder wird der Gläubiger von der Gegenleistung befreit, so daß der Schadensersatz in der Differenz zwischen den Werten der wegfallenden beiderseitigen Leistungen besteht? Dies gilt unbedingt nur bei handelsrechtlichen Fixgeschäften nach H.G.B. § 376². Oder hat der Gläubiger die Wahl zwischen beiden Arten der Schadensberechnung? Hierfür überzeugend Kipp, Verh. des Deut. Juristent. a. a. O. II 249 ff.; mit gewissen Einschränkungen auch auf Grund der Ausführungen von Strohal, Neumann, Enneccerus, Leonhard u. A. der Beschluß des Juristentages; vgl. a. a. O. IV 112 ff., 627 ff.; jetzt auch Siber b. Planck⁴ Bem. 1 a; dazu R.Ger. L Nr. 25, LVIII Nr. 4, 45, LXI, Nr. 22. — Bei allen diesen Wahlrechten des Gläubigers handelt es sich um fakultative Ermächtigung. Wann und inwieweit aber die einmal getroffene Wahl bindend wird, ist im einzelnen sehr bestritten. Vgl. Kipp, Festgabe für Koch, S. 124 ff., Crome II 183 ff., Schollmeyer zu § 325 Bem. 5, Rehbein Bem. 20, Planck Bem. 3, Oertmann Bem. 2, R.Ger. LXI Nr. 22 u. 32.

⁷⁴ So z. B., wenn eine Lieferung zu einem bestimmten Fest oder einer bestimmten Aufführung, die Gewährung der Teilnahme an einer Vorstellung, die Mitwirkung bei einem einmaligen Vorgange geschuldet wird. — Keineswegs aber gehört dahin jedes Fixgeschäft. Ist auch bei einem solchen die verspätete Leistung nicht die ursprünglich geschuldete Leistung (oben § 176 S. 102), so kann doch der Gläubiger davon absehen und nachträgliche Erfüllung fordern. Beim handelsrechtlichen Fixkauf verliert er freilich das Recht, die Erfüllung zu fordern, wenn er nicht sofort dem Schuldner anzeigt, daß er auf Erfüllung bestehe; H.G.B. § 376¹. Allein die Leistung wird eben auch hier nicht schon durch die Verzögerung, sondern erst durch das als Ablehnung gedeutete Schweigen des Gläubigers unmöglich.

ausüben⁷⁵. Bei einem gegenseitigen Vertrage hat der Gläubiger die gleiche Befugnis, die Möglichkeit der Erfüllung zu befristen, schon dann, wenn der Schuldner mit der Leistung im Verzuge ist⁷⁶. Ist der gegenseitige Vertrag ein Fixgeschäft, so kann der Gläubiger, falls die Leistung nicht rechtzeitig erfolgt, ohne Fristsetzung sofort die Erfüllung unmöglich machen⁷⁷.

VI. Verzug. Jedes Schuldverhältnis ändert sich, sobald der Schuldner oder der Gläubiger in Verzug gerät. Die Regeln des heutigen Rechts über den Eintritt und die Folgen des Verzuges beruhen im wesentlichen auf dem römischen Recht, lassen aber erhebliche Einwirkungen des deutschen Rechts erkennen.

1. Schuldnerverzug⁷⁸. Verzug des Schuldners (Leistungs-

⁷⁵ B.G.B. § 283, 325². Wird die Leistung nur teilweise nicht bewirkt, so kann der Gläubiger auch hier, wenn die Teilerfüllung für ihn kein Interesse hat, die ganze Schuld als unerfüllt behandeln oder bei einem gegenseitigen Vertrage vollständig zurücktreten. — Befreiung des Schuldners tritt auch jetzt noch ein, wenn vor Ablauf der Frist die Leistung durch einen von ihm nicht zu vertretenden Umstand unmöglich wird.

⁷⁶ B.G.B. § 326. Vgl. unten S. 138 Anm. 104. — In der Streitfrage über die Wirkung der Fristsetzung, falls die Frist zu kurz bemessen ist, hat sich das R.Ger. dafür entschieden, daß die Fristsetzung nicht unwirksam ist, sondern eine angemessene Frist in Lauf setzt; Z.S. LXII Nr. 18.

⁷⁷ Nach bürgerlichem Recht durch ausdrückliche Erklärung, nach Handelsrecht durch Nichterklärung des Gegenteils; oben Anm. 74. Das Rücktrittsrecht hat er dann unabhängig von dem Vorliegen eines Verzuges, das Wahlrecht zwischen Rücktritt und Schadensersatz wegen Nichterfüllung nur, wenn der Schuldner in Verzug ist. B.G.B. § 361, H.G.B. § 376.

⁷⁸ Vgl. über das ältere deut. R. Platner, *Histor. Entw.* II 166 ff.; Stobbe, *Vertragsr.* S. 32 ff., 37 ff., D.P.R.³ § 229; R. Loening, *Der Vertragsbruch im deut. R.*, 1876; Sickel, *Die Bestrafung des Vertragsbruchs und analoger Rechtsverletzungen in Deutschland*, 1876; Planck, *Gerichtsv.* I 455 ff.; Brunner, *R.G.* II 447 ff., 520 ff., *Grundz.*⁶ S. 208 ff.; v. Amira, *Recht*³ S. 212 ff.; H. Mitteis, *Rechtsfolgen des Leistungsverzuges beim Kaufvertrag nach niederl. Quellen des M.A.*, 1913 (Beyerle VIII 2); Hübner, *Grundz.*² § 76 I; v. Schwerin, *R.G.*² S. 104 ff. Dazu über nord. R. v. Amira, *O.R.* I 407 ff., II 416 ff. — Über das röm. u. gem. R. Fr. Mommsen, *Die Lehre von der Mora*, 1855; Kniep, *Die Mora des Schuldners nach röm. u. heut. R.*, 2 Bde., 1871/72; Brinz, *Pand.* II § 271 ff.; Dernburg, *Pand.* II § 40 ff.; Windscheid-Kipp § 276 ff. — Über das heutige deut. R. die Kommentare zu B.G.B. § 284--290 und § 326; Paech, *Der Leistungsverzug*, Berlin 1902; H. de Claparède, *Beiträge zur Lehre vom Leistungsverzuge*, Genf 1903; Stammler S. 140 ff.; Matthiafs § 80 II; Endemann § 137 ff.; Cosack § 105; Dernburg § 71—73; Enneccerus § 274 ff.; Crome § 161 ff.; Landsberg § 124 I; Kohler II 85 ff.; Weyl a. a. O. S. 490 ff.; über Verzug bei Unterlassungspflichten H. Lehmann, *Die Unterlassungspflicht* S. 262 ff.

verzug, Erfüllungsverzug, mora solvendi) liegt vor, wenn die Leistung nicht rechtzeitig erfolgt⁷⁹ und der Schuldner für das Unterbleiben der Leistung verantwortlich ist. Die Verantwortlichkeit trifft den Schuldner, so lange nicht das Unterbleiben der Leistung Folge eines Umstandes ist, den er nicht zu vertreten hat⁸⁰. Inwieweit hiernach Verschulden erforderlich ist, richtet sich nach den allgemeinen Grundsätzen. Gegenüber dem römischen Recht, nach dem grundsätzlich die mora durch culpa bedingt war, hat sich unter dem Einfluß des deutschen Rechts frühzeitig und besonders im Handelsrecht die Auffassung durchgesetzt, daß zwar regelmäßig der Schuldner nur durch verschuldete Säumnis in Verzug gerät, jedoch in praktisch sehr wichtigen Fällen unabhängig von Verschulden für Verzug haftet⁸¹. Zu diesem Ergebnis führt auch die Fassung des B.G.B.⁸² — Voraussetzung des Eintritts des

⁷⁹ Erfolgt sie, so liegt auch dann, wenn sie mit Mängeln behaftet ist, kein Verzug vor. Andererseits gelten die Regeln vom Verzuge nicht, wenn die Leistung durch Versäumnis der Leistungszeit überhaupt unmöglich geworden ist; oben Anm. 74. Dagegen finden sie im Übrigen bei Fixgeschäften Anwendung; oben Anm. 77.

⁸⁰ B.G.B. § 285. Die Beweislast trifft den Schuldner; Paech S. 100 ff.

⁸¹ Vgl. die eingehende Untersuchung von E. Heymann, Das Verschulden bei Erfüllungsverzug, Marburg 1913 (aus Festgabe für Enneccerus). Nach deut. R. galt das Veranlassungsprinzip; der Schuldner kam an sich durch ungewollte wie gewollte Säumnis in Verzug und konnte sich nur meist durch den Nachweis echter Not entlasten. Vgl. Heymann S. 49 ff. Dazu v. Amira O.R. I 410 ff., 412 ff., II 436 ff., 442 ff. Auch H. Mitteis a. a. O. (oben Anm. 78) S. 30 ff., v. Schwerin, R.G.² S. 105. Im röm. R. gilt das Verschuldensprinzip; vgl. den Nachweis b. Heymann S. 15 ff. Über Durchbrechungen desselben in der mittelalterlichen Theorie und der späteren gemeinrechtl. Doktrin vgl. Heymann S. 71 ff. Als herrschende Meinung behauptete sich die Verschuldenslehre; vgl. Mommsen a. a. O. S. 13 ff., 56 ff., Dernburg, Pand. II § 40, Windscheid § 277; a. M. Puchta, Pand. § 269, Kniep I 326. So auch im Preuß. R.; Strieth, Arch. LXXXVIII 320. Ebenso Code civ. 1147—1148. Sächs. Gb. § 738. Vgl. jedoch über Ausnahmen Heymann S. 114 ff. — Kein Verschulden fordert das engl. R.; Heymann S. 140 ff. Für die gewöhnlichen Verzugsfolgen auch nicht das Schweiz. O.R. a. 119 (jetzt 104) u. 107 (122); anders für die verschärften Verzugsfolgen a. 118 (103) u. 121 (106).

⁸² Danach ist regelmäßig Verschulden, und zwar Verschulden, das den bei dem fraglichen Schuldverhältnis erheblichen Grad erreicht, erforderlich. Allein es genügt fremdes Verschulden nach Maßgabe des § 278. Und vor allem kommt bei jeder Gattungsschuld und namentlich jeder Geldschuld der Schuldner, wenn die Verzögerung auf seinem Unvermögen zu rechtzeitiger Leistung beruht, auch ohne Verschulden in Verzug, da dies ein von ihm schlechthin zu vertretender Umstand ist; vgl. Paech S. 97 ff., Planck zu

Verzuges ist stets Fälligkeit der Leistung⁸³. Außerdem aber bedarf es der Regel nach einer nach der Fälligkeit erfolgten Mahnung seitens des Gläubigers⁸⁴. Allein im Gegensatz zum römischen Recht ist auf Grund älterer deutschrechtlicher Anschauungen schon im gemeinen Recht der in die neuesten deutschen Gesetzbücher übergegangene und auch vom B.G.B. aufgenommene Satz durchgedrungen, daß eine Mahnung nicht erforderlich ist, wenn die Leistungszeit kalendermäßig bestimmt ist⁸⁵ oder sich im Gefolge einer die Fälligkeit herbeiführenden Kündigung kalendermäßig berechnen läßt⁸⁶. Dann tritt also der Verzug ohne weiteres ein, wenn die Leistung zur bestimmten Zeit nicht erfolgt⁸⁷. Außerdem bedarf es keiner Mahnung, wenn der Schuldner schon vor Eintritt der Fälligkeit bestimmt erklärt hat, nicht leisten zu wollen⁸⁸. Andererseits kommt bei einer Schuld aus einem Präsen-

§ 284 Bem. 7f., Endemann § 137 Anm. 17, Crome § 161 Anm. 8, Weyl a. a. O. S. 500, Heymann S. 155 ff., R.Ger. LXXV Nr. 80. A. M. Dernburg § 71 a. E. (Andere Entschuldigungsgründe sind der richtigen Meinung nach auch bei Gattungsschulden nicht ausgeschlossen.) Auch aus B.G.B. § 848 kann sich schuldloser Verzug ergeben. Ebenso aus rechtsgeschäftlicher Garantie.

⁸³ B.G.B. § 284¹. Paech S. 28 ff.

⁸⁴ B.G.B. § 284¹. Die in Verzug setzende Mahnung ist einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung; a. M. Eltzbacher, Handlungsfähigkeit I 192 ff. Ein Rechtsgeschäft ist sie nicht; Paech S. 50, Kipp, Festgabe a. a. O. S. 120 ff.; jetzt auch Planck Bem. 4 b zu § 284. Doch sind die Vorschriften über Rechtsgeschäfte entsprechend anzuwenden. Über die einzelnen Erfordernisse der gehörigen Mahnung vgl. bes. Paech S. 47—75, de Claparède S. 85 ff., Oertmann zu § 284 Bem. 2, Siber b. Planck⁴ zu § 284 Bem. 4.

⁸⁵ Der Satz galt im Recht des deutschen Mittelalters allgemein, falls die Schuld nicht etwa Holschuld war; Neumann, Wucher S. 115 ff., R. Loening S. 165 ff., Stobbe, D.P.R. § 229 Z. 2. Im gemeinen Recht wurde die Regel „dies interpellat pro homine“ seit den Glossatoren für römisch ausgegeben, aber auch, nachdem sie als unrömisch erkannt war, gewohnheitsrechtlich festgehalten; vgl. Mommsen S. 80 ff., Windscheid § 278 Anm. 4—5, Seuff. XXXIX Nr. 97, XLVII Nr. 16. Von den Gesetzbüchern folgen ihr Preuß. A.L.R. I, 11 § 828 ff., I, 16 § 20, Österr. Gb. § 1334, Sächs. Gb. § 736, Schweiz. O.R. Art. 117² (102), B.G.B. § 284². Abweichend nur Code civ. Art. 1139.

⁸⁶ B.G.B. § 284 Abs. 2 S. 2. Auf andere Fälle, in denen eine feste Frist mit unbestimmtem Anfangstermin bedungen ist, ist diese Bestimmung nicht auszudehnen; R.Ger. LX Nr. 18, Seuff. LXI Nr. 76.

⁸⁷ Dies gilt, während es gemeinrechtlich nur für den Fall einer vereinbarten festen Leistungszeit anerkannt war, nach B.G.B., wie auch nach Preuß. und Österr. R., auch bei gesetzlich oder richterlich bestimmtem Verfalltage. Vgl. Paech S. 77 ff.

⁸⁸ R.Ger. in Jurist. Wochenschr. 1902 S. 28 Nr. 23; Paech S. 81.

tationspapier, mag auch die Leistung kalendermäßig bestimmt sein, der Schuldner nur auf die Präsentation des Papiers, die zugleich als Mahnung gilt, in Verzug (vgl. oben Bd. II 128).

Die Wirkungen des Schuldnerverzuges bestehen in Veränderungen des Schuldinhaltes zum Nachteil des Schuldners.

Zunächst erweitert sich seine Schuld. Das älteste deutsche Recht behandelte den Verzug als strafbares Unrecht, als Vorenthaltung (Raub) dessen, was dem Gläubiger zukommt, und legte dem säumigen Schuldner feste Verzugsbußen auf⁸⁹. Als diese später bis auf einzelne Reste verschwanden⁹⁰, wurde die Lücke anfänglich nur durch die überaus gebräuchlichen besonderen Gedinge ausgefüllt, durch die sich der Gläubiger für den Verzugsfall den Ersatz seines Schadens oder eine Strafleistung sicherte⁹¹. Schon im Mittelalter aber entwickelte sich, besonders in den Stadtrechten, ein gesetzlicher Anspruch des Gläubigers auf Ersatz des Verzugschadens⁹². In neuerer Zeit drang allgemein der Grund-

⁸⁹ Vgl. R. Loening S. 19 ff., 33 ff., 53 ff., 56 ff., 62, 65 ff., 115 ff.; Sickel S. 7 ff.; Brunner, R.G. II 447 ff., 520 ff.; v. Amira, Recht³ S. 212; Mitteis a. a. O. S. 25 ff.; Heymann a. a. O. S. 45 ff.; über nord. R. v. Amira O.R. I 413 ff., II 455 ff. Die Höhe der Verzugsbusse, die als Sühne des erlittenen Unrechts erschien, war unabhängig vom Schuldbetrage. Nach l. Sal. tit. 50 u. 52 betrug sie 15 sol. — Schadensersatz und Verzugszinsen kennt nur, zweifellos vom röm. R. beeinflusst, die l. Wisig. V 4 c. 5, 6 c. 3; vgl. Loening S. 98 ff.

⁹⁰ Busse und Wette erhielten sich für den Fall der Nichterfüllung einer vor Gericht gelobten oder gerichtlich festgestellten Schuld; Sachsensp. I 53 § 1, II 11 § 1, III 43 § 2 a. E.; Planck I 141 ff., II 243. Ferner vielfach bei Grundzinsen; R. Loening S. 254 Anm. 11. Andere Fälle bei H. Mitteis S. 143 ff. Im Übrigen braucht der Schuldner nach der im deutschen Mittelalter überwiegend geltenden Regel wegen Verzuges weder Busse noch Schadensersatz zu leisten, bleibt vielmehr „ohne Wandel“; Stobbe, Vertragsr. S. 32, R. Loening S. 250 ff., 302 ff., 333 ff., 396 ff., Planck I 455 ff.

⁹¹ Stobbe, Vertragsr. S. 32 ff., 38 ff., Loening S. 254 Anm. 11, 305 ff., 385, H. Mitteis S. 167 ff., Hübner, Grundz.² S. 464. Über das oft dem Gläubiger eingeräumte Recht, Geld auf Schaden zu nehmen, Stobbe S. 40 ff., Juden im M.A. S. 114 ff., Loening S. 306 ff., Fockema-Andrae II 26. Vgl. auch oben § 176 S. 77 Anm. 60 über die Abrede, daß der Gläubiger die Höhe des Schadens durch sein schlichtes Wort bestimmen soll.

⁹² Altes Lüb. R. (Hach) II 188, System. Schöff. III 2, 90, Magdeb. Fr. II 2 d. 15, 17; R. Loening S. 314 ff., Stobbe, D.P.R. § 229 Anm. 9. — In einzelnen Fällen wurde dem Gläubiger ein nach der Höhe der geschuldeten Vergütung fixiertes Interesse, z. B. der Mietzins für ein halbes Jahr (Sachsensp. II 32 § 2—3) usw., zugesprochen; Stobbe, Vertragsr. S. 34 ff., Planck I 455.

satz durch, daß der Schuldner kraft Gesetzes verpflichtet ist, dem Gläubiger allen durch den Verzug entstehenden Schaden zu ersetzen⁹³. Doch kann auch heute der zu leistende Ersatz vertragsmäßig bestimmt und namentlich eine als Strafe zu bewirkende Leistung bedungen werden⁹⁴. Bei Geldschulden bürgerte sich, seitdem das kanonische Zinsverbot seine Kraft verlor, die gesetzliche Verpflichtung des Schuldners zur Zahlung von Verzugszinsen ein⁹⁵. Nach heutigem Recht hat der Schuldner während des Verzuges unabhängig von der Entstehung eines Schadens Verzugszinsen in Höhe des gesetzlichen Zinssatzes oder des etwa höheren bisherigen Zinssatzes zu entrichten⁹⁶, ohne daß der Gläubiger dadurch gehindert würde, einen weiteren Schaden geltend zu machen⁹⁷. Das Recht des Gläubigers auf Schadensersatz bleibt auch vorbehalten, wenn der Schuldner mit der Zahlung von Zinsen, von denen wegen des Verbotes des Zinseszinses Verzugszinsen nicht laufen, im Verzuge ist⁹⁸.

Eine weitere Wirkung des Verzuges besteht in einer Steigerung der Haftung des Schuldners für Mißerfolg. Der Schuldner hat während des Verzuges, auch wenn er bisher nur für schwereres

Ein Übergang von der festen Verzugsbusse zum Schadensersatz liegt auch im Rutscherzins; oben Bd. II 743 Anm. 21.

⁹³ So in Übereinstimmung mit dem gem. R. und den neueren Gesetzbüchern auch B.G.B. § 286¹.

⁹⁴ B.G.B. § 339, 342. Vgl. unten § 187 VI.

⁹⁵ Vereinzelt begegnen Verzugszinsen schon im Mittelalter (besonders früh in Island, vgl. v. Amira, O.R. II 465 ff.). Versagt werden sie noch im Solms. Landr. II 2 § 11--12 u. im II. Württ. Landr. (v. Wächter I 496). Zugelassen in Const. Saxon. II 30, Frankf. Ref. II, 11 § 15, 24 § 7. Dann allgemein bei Darlehen im R.D.A. v. 1600 § 139 und bei allen Geldforderungen in den späteren Partikularrechten.

⁹⁶ B.G.B. § 288¹. Daß die Verzugszinsen in Höhe des gesetzlichen Zinsfußes auch dann zu entrichten sind, wenn die Schuld unverzinslich oder niedriger verzinslich war, bestimmen auch die älteren Gesetze; vgl. Preufs. A.L.R. I, 11 § 831--832, Sächs. Gb. § 742, Schweiz. O.R. a. 119. Die Bestimmung, daß bisherige höhere Zinsen fortlaufen, findet sich bereits im Sächs. Gb. § 742, R.G. v. 14. Nov. 1867 § 3, Schweiz. O.R. a. 119 (104).

⁹⁷ B.G.B. § 288². Ebenso nach R.D.A. v. 1600 § 39, III. Württ. Landr. (v. Wächter I 496), Trier. Landr. XIV § 3, Sächs. Gb. § 742, Schweiz. O.R. Art. 121 (106). Anders nach Code civ. Art. 1153, Österr. Gb. § 1333 und bei Darlehen, falls nicht Vorsatz oder grobes Versehen des Schuldners vorliegt, nach Preufs. A.L.R. I 11 § 833--834. — Die Schadensersatzpflicht trifft auch den Schenker, der nach B.G.B. § 522 von Verzugszinsen befreit ist.

⁹⁸ B.G.B. § 289.

Verschulden einstand, jede Fahrlässigkeit zu vertreten⁹⁹. Er wird sogar darüber hinaus für Zufall haftbar und ist daher für eine während des Verzuges durch Zufall eintretende völlige oder teilweise Unmöglichkeit der Leistung verantwortlich, sofern er nicht nachweist, daß der Schaden auch bei rechtzeitiger Leistung eingetreten wäre¹⁰⁰. Muß er kraft seiner Haftung während des Verzuges für Untergang, Verlust oder Verschlechterung eines Gegenstandes Ersatz leisten, so hat er die Ersatzsumme von dem für die Wertbestimmung maßgebenden Zeitpunkt an zu verzinsen¹⁰¹.

Unter Umständen endlich knüpft sich an den Verzug für den Schuldner der Verlust des Rechtes auf Erfüllung. Der Regel nach freilich bleibt der Schuldner zur nachträglichen Erfüllung, wie verpflichtet, so berechtigt. Wenn aber infolge des Verzuges die geschuldete Leistung für den Gläubiger kein Interesse mehr hat, kann dieser die Erfüllung als unmöglich geworden behandeln und somit unter Ablehnung der verspäteten Leistung Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern¹⁰². Bei einem gegenseitigen Vertrage hat er im gleichen Falle die Wahl, ob er Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder vom Vertrage zurücktreten will¹⁰³. Hier kann er aber auch dann, wenn die verspätete Leistung an sich für ihn wertvoll bleibt, durch Setzung einer angemessenen Nachleistungsfrist die Erfüllung von einem bestimmten Zeitpunkt an ausschließen und sich damit das Wahlrecht zwischen Schadensersatz wegen Nichterfüllung und Rücktritt verschaffen¹⁰⁴.

Der Verzug des Schuldners wird beendet, wenn der Schuldner nachträglich die Leistung gehörig anbietet oder der Gläubiger ihm

⁹⁹ B.G.B. § 287 S. 1. Dies gilt auch für den Schenker.

¹⁰⁰ B.G.B. § 287 S. 2. Zugrunde liegt das röm. R.; vgl. l. 91 § 3 D. de V.O. 45, 1, Windscheid § 280, Dernburg, Pand. II § 41. Ähnlich Sächs. Gb. § 745; Schweiz. O.R. Art. 118 (103). Milder in Ansehung der Beweislast Preuss. A.L.R. I, 16 § 18 u. Öst. Gb. § 965. Über den Entschuldigungsbeweis nach dem B.G.B. vgl. Paech S. 144 ff., Dernburg § 72 II 2, Planck, Oertmann, Schollmeyer zu § 287.

¹⁰¹ B.G.B. § 290; Paech S. 131 ff.

¹⁰² B.G.B. § 286². Ein Rücktritt liegt darin nicht. Es sollen aber die für das Rücktrittsrecht geltenden Vorschriften der §§ 346—356 entsprechende Anwendung finden.

¹⁰³ B.G.B. § 326². Es gilt das oben S. 131 Anm. 73 Gesagte.

¹⁰⁴ B.G.B. § 326¹; oben S. 133 Anm. 76. Bei Fixgeschäften hat er das gleiche Wahlrecht sofort mit Eintritt des Verzuges; oben S. 133 Anm. 77.

nachträglich Stundung gewährt¹⁰⁵. Die Verzugsfolgen fallen dann für die Zukunft, aber auch nur für die Zukunft weg¹⁰⁶.

2. Gläubigerverzug¹⁰⁷. Verzug des Gläubigers (Annahmeverzug, *mora accipiendi*) tritt ein, wenn der Gläubiger die ihm angebotene Leistung nicht annimmt. Ein Verschulden des Gläubigers ist nicht erforderlich¹⁰⁸. Voraussetzung ist stets, daß der Schuldner berechtigt, imstande und bereit ist, die geschuldete Leistung zu bewirken¹⁰⁹. Die Leistungsbereitschaft des Schuldners

¹⁰⁵ Windscheid-Kipp § 281; Paech S. 179 ff.; Endemann 137 Z. 3; Dernburg § 73; Seuff. LI Nr. 94. Vgl. Sächs. Gb. § 753, 755. Das Leistungsangebot muß natürlich auch den Verzugsschaden umfassen. Als Stundung wirkt auch einseitige Zurücknahme der Mahnung; Kipp, Festgabe a. a. O. S. 123.

¹⁰⁶ Zur Aufhebung der Verzugsfolgen für die Vergangenheit bedarf es eines Erlassvertrages. Ob in der nachträglichen Annahme der Leistung ein solcher liegt, ist Auslegungsfrage. Eines besonderen Vorbehaltes der Rechte aus dem Verzuge, wie nach Sächs. Gb. § 754 u. Schweiz. O.R. Art. 129² (jetzt 114²), bedarf es nach geltendem deutschen Recht nicht.

¹⁰⁷ Über das ältere deutsche Recht P. Heuer, Der Annahmeverzug im älteren deut. Privatrecht, 1911 (Beyerle VI 1); vgl. ferner Planck II 243, v. Schwerin, R.G.² S. 106, sowie zum Teil Kohler, Jahrb. f. D. XVII 262 ff.; nord. R. b. v. Amira, O.R. I 476 ff., II 468 ff. — Über das röm. u. gem. R. Mommsen a. a. O. 284 ff.; Kohler a. a. O.; v. Schey, Begriff und Wesen der *Mora creditoris* im österr. u. gem. R., 1884; Brinz, Pand. II § 275; Windscheid § 345 ff. — Über das Preufs. R. Förster-Eccius I § 105 II, Dernburg II § 73. — Code civ. Art. 1257—1264. — Öst. Gb. § 1419. — Sächs. Gb. § 746—752. — Über das heut. deut. R. B.G.B. § 293—304 und die Komm.; Kohler, Arch. f. b. R. XIII 144 ff.; Munk, Wesen und Voraussetzungen der *Mora creditoris* im gem. R. und im B.G.B., 1898; Wentrup, Der Gläubigerverzug im B.G.B., 1900; Wolfenstein, *Mora accipiendi* des gem. R. und Gläubigerverzug des B.G.B., 1902; Rosenberg, Jahrb. f. D. XLIII 141 ff.; Hohenstein, Arch. f. b. R. XXV 69 ff.; Stammler S. 151 ff.; Matthiafs § 81; Cosack I § 106; Endemann, § 139 ff.; Enneccerus § 280 ff.; Dernburg § 74 ff.; Crome § 163 ff.; Landsberg § 74 ff.

¹⁰⁸ B.G.B. § 293. Für das gemeine Recht war viel Streit. Überwiegend forderte man Verschulden. So Windscheid § 345 Anm. 8, Dernburg § 43 Anm. 9, v. Schey S. 80. Dagegen trat mit Entschiedenheit namentlich Kohler, Jahrb. f. D. a. a. O. S. 265 ff., 409 ff., auf. Ausdrücklich ist im Preufs. A.L.R. I, 11 § 98, 102, 103, 939, 940 Verschulden des Gläubigers für unerläßlich erklärt. — Das ältere deut. R. ließ echte Not als Entschuldigungsgrund zu; P. Heuer S. 39 ff.

¹⁰⁹ B.G.B. § 297. Fälligkeit der Leistung ist nicht erforderlich; darf der Schuldner vorher leisten, so kann er auch den Gläubiger vorher in Verzug setzen, Leistungsunmöglichkeit schließt, auch wenn ihr Grund in der Person des Gläubigers liegt, den Eintritt des Verzuges aus; a. M. Kohler, Arch. f. b. R. XIII 258 ff.; vgl. gegen ihn Kisch, Nachträgl. Unmöglichkeit S. 80,

mufs sich der Regel nach in einem besonderen Angebot kundtun¹¹⁰. Das Angebot mufs grundsätzlich Realangebot sein; der Schuldner mufs die Leistung vollständig, in gehöriger Beschaffenheit, zu rechter Zeit und an rechtem Orte tatsächlich anbieten¹¹¹. Doch genügt ein wörtliches Angebot in zwei Fällen. Einmal, wenn der Gläubiger dem Schuldner schon erklärt hat, dafs er nicht annehmen werde¹¹². Sodann, wenn zur Bewirkung der Leistung eine Handlung des Gläubigers erforderlich ist, insbesondere, wenn der Gläubiger die geschuldete Sache abzuholen hat¹¹³. Ohne jedes Angebot kommt der Gläubiger in Verzug, wenn er eine von seiner Seite zur Bewirkung erforderliche Handlung, für welche die Zeit kalendermäfsig bestimmt ist, nicht rechtzeitig vornimmt¹¹⁴. Braucht der Schuldner nur gegen eine Gegenleistung zu leisten, so gerät der Gläubiger auch in Verzug, wenn er zwar zur Annahme bereit ist, aber die verlangte Gegenleistung nicht anbietet¹¹⁵. Andererseits

Dernburg § 75 I 2, Oertmann zu § 243 Bem. 2 b. Was zur Leistungsbereitschaft gehört, bestimmt sich nach dem konkreten Schuldinhalt; Rosenberg a. a. O. S. 162 ff.

¹¹⁰ Das Angebot ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung und als solche von der Leistungsbereitschaft, die damit dem Gläubiger angekündigt wird, zu unterscheiden. Vgl. Rosenberg S. 147 ff.

¹¹¹ B.G.B. § 294. Die Willenserklärung mufs also die Gestalt eines Realaktes haben, mit einem Bringen, Darreichen, Sicheinfinden zur Arbeit usw. verknüpft sein; doch hält das R.Ger. LXXXV Nr. 92 es für ausreichend, wenn der Zahlung anbietende Schuldner das Geld in der Tasche hat und dies dem Gläubiger gegenüber zum Ausdruck bringt. — Das Erfordernis eines Realangebots entspricht dem bisherigen Recht; nur das Sächs. Gb. § 748 behandelt das Ausreichen eines wörtlichen Angebots als Regel und fordert nur ausnahmsweise ein Realangebot, wenn eine bewegliche Sache zu bringen oder eine Handlung beim Gläubiger vorzunehmen ist. — Mit Unrecht bekämpft Rosenberg a. a. O. die Unterscheidung von Real- und Verbalangebot und will nur tatsächliche und wörtliche Leistungsbereitschaft unterscheiden. Die Willenserklärung selbst ist in beiden Fällen ungleich gestaltet.

¹¹² B.G.B. § 295. Ein Angebot bleibt aber unerläfslich. Es verhält sich anders, wie bei der Mahnung (oben Anm. 88). — Vgl. Sächs. Gb. § 748 a. E.

¹¹³ B.G.B. § 295. Ebenso z. B., wenn der Gläubiger eine Wahl oder eine Spezifikation vorzunehmen hat. Die Aufforderung zur Vornahme der erforderlichen Handlung steht dem Angebote gleich. — Vgl. Sächs. Gb. § 749; Seuff. XLI Nr. 263.

¹¹⁴ B.G.B. § 296. Gleichgestellt ist auch hier die infolge einer Kündigung eintretende Zeitbestimmung. Demgemäfs bringt bei Präsentationspapieren schon die Unterlassung rechtzeitiger Präsentation in Verzug; oben Bd. II 129.

¹¹⁵ B.G.B. § 298. So nicht nur bei gegenseitigen Verträgen, falls nicht Vorleistungspflicht besteht (dann gilt § 322²), sondern auch, wenn der Gläubiger sich auf Verlangen nicht bereit erklärt, Quittung zu erteilen, den Schuld-

bringt eine vorübergehende Verhinderung an der Annahme den Gläubiger dann nicht in Verzug, wenn die Leistungszeit nicht bestimmt ist oder der Schuldner vor der bestimmten Zeit leisten darf und der Schuldner nicht dem Gläubiger die Leistung eine angemessene Zeit vorher angekündigt hat¹¹⁶.

Die Wirkungen des Gläubigerverzuges bestehen in Veränderungen des Schuldinhaltes zum Nachteil des Gläubigers.

Erstens tritt während des Gläubigerverzuges eine Abschwächung der Verpflichtungen des Schuldners ein. Er schuldet keine besondere Sorgfalt mehr und haftet daher nur noch für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit¹¹⁷. Die Gefahr geht auf den Gläubiger über, so daß der Schuldner, wenn während des Gläubigerverzuges die Leistung durch Zufall ganz oder teilweise unmöglich wird, von der Leistungspflicht ganz oder teilweise befreit wird, ohne seinen etwaigen Anspruch auf eine Gegenleistung einzubüßen¹¹⁸; bei einer Gattungsschuld tritt die Befreiung des Schuldners ein, wenn er die zur Erfüllung bestimmte Sache ausgeschieden hat, der Gläubiger durch ihre Nichtannahme in Verzug geraten ist und während des Verzuges die Sache untergeht, abhanden kommt oder sich verschlechtert¹¹⁹. Handelt es sich um eine verzinsliche Geldschuld, so hört der Zinsenlauf auf¹²⁰. Ist der Schuldner zur Herausgabe oder zum Ersatz der Nutzungen

schein zurückzugeben oder irgend eine andere Zug um Zug geschuldete Gegenleistung (Aushändigung oder Vorlegung einer Urkunde, Ersatz von Auslagen usw.) zu bewirken. Vgl. Rosenberg S. 199. — Über das gem. R. Mommsen S. 145 ff., v. Schey S. 112, Kohler, Jahrb. a. a. O. S. 284. Sächs. Gb. § 747.

¹¹⁶ B.G.B. § 299.

¹¹⁷ B.G.B. § 300¹. Vgl. Preufs. A.L.R. I, 11 § 98, 112, 939. Sächs. Gb. § 750.

¹¹⁸ B.G.B. § 324². Dazu § 615 u. 644. Dies ist altgermanisches Recht; v. Amira O.R. II 471, Kohler, Jahrb. a. a. O. S. 388, Arch. a. a. O. S. 264 ff.

¹¹⁹ B.G.B. § 300². Wo ein wörtliches Angebot genügt, geht die Gefahr über, wenn die zu leistende Sache ausgeschieden und wörtlich angeboten ist; R.Ger. in Jur. Wochenschr. 1904 S. 286. Ist ein Angebot überhaupt nicht erforderlich, so geht die Gefahr schon über, wenn der Schuldner die Sache ausgeschieden hat und bereit hält; Titze, Unmöglichkeit S. 20, Rosenberg S. 278, Dernburg § 182 II 2 a; a. M. Schollmeyer zu 300 Bem. 2, Planck Bem. 3, Oertmann Bem. 3 d.

¹²⁰ B.G.B. § 301. So auch nach vielen mittelalterlichen Quellen; Kohler, Jahrb. a. a. O. S. 382 ff., Arch. a. a. O. S. 264 ff., v. Amira, O.R. II 471. Ebenso nach Sächs. Gb. § 750. Anders nach gemeinem Recht; Windscheid § 346 Anm. 7.

eines Gegenstandes verpflichtet, so beschränkt sich seine Verpflichtung auf die gezogenen Nutzungen¹²¹.

Zweitens erlangt der Schuldner das Recht, sich von der Verpflichtung zur Herausgabe einer Sache in anderer Weise, als durch Leistung an den Gläubiger, zu befreien. Im älteren deutschen wie im römischen Recht konnte er sich seiner Verbindlichkeit durch Preisgabe der Sache entledigen¹²²; doch mußte er nach deutschen Quellen vielfach dabei bestimmte Formen wahren, die seine Handlung zu einer Scheinerfüllung stempelten¹²³. Nach heutigem Recht kann er sich nur von der Verpflichtung zur Herausgabe eines Grundstückes durch Aufgeben des Besitzes befreien¹²⁴. Hat er bewegliche Sachen herauszugeben, so ist das Mittel, ohne Mitwirkung des Gläubigers der Verpflichtung ledig zu werden, die öffentliche Hinterlegung oder, wenn die Sache sich zur Hinterlegung nicht eignet, die Versteigerung und die Hinterlegung des Erlöses¹²⁵.

Drittens trifft den Gläubiger eine Ersatzpflicht; sie beschränkt sich aber auf die Mehraufwendungen, die der Schuldner für das erfolglose Angebot und für die Aufbewahrung und Erhaltung des geschuldeten Gegenstandes machen mußte¹²⁶.

¹²¹ B.G.B. § 302. Er haftet also nicht für die Nutzungen, die er hätte ziehen können; auch nicht, wenn er es absichtlich unterließ, Nutzungen zu ziehen. Vgl. Sächs. Gb. § 750.

¹²² Über das deut. R. Kohler, Jahrb. a. a. O. S. 292 ff., Z. f. d. g. H.R. XXXV 307, Arch. f. b. R. a. a. O. S. 201 ff.; Rosenberg S. 216 ff.; P. Heuer S. 67 ff. — Über das röm. R. Mommsen S. 308 ff., v. Schey S. 29 ff., Kohler, Jahrb. a. a. O. S. 287 ff., Arch. a. a. O. S. 201 ff., Rosenberg S. 213 ff.

¹²³ Gierke, Der Humor im Deut. R.² S. 49 ff., 52, 53—54.

¹²⁴ B.G.B. § 303. Doch muß eine Androhung vorausgehen, es sei denn, daß eine solche untunlich ist; die Androhung kann mit dem Angebot der Herausgabe verbunden werden; R.Ger. LXXIII Nr. 19. — Auf das Zubehör erstreckt sich das Preisgebungsrecht nicht; Dernburg § 76 III 1, Rehbein S. 146, Endemann § 140 Anm. 12, Planck Bem. 1. Damit wird es in vielen Fällen unpraktisch.

¹²⁵ B.G.B. § 372, 383; beim Handelskaufe außerdem der Selbsthilfeverkauf nach H.G.B. § 373. Vgl. unten § 179 III 2. — In Ausnahmefällen kann auch heute ein Preisgebungsrecht sich aus B.G.B. § 157 u. 242 ergeben; vgl. R.Ger. LX Nr. 37 (bei verkauften Kuxen).

¹²⁶ B.G.B. § 304; dazu die Sonderbestimmung für den Werkvertrag in § 642. — Einen Anspruch auf vollen Schadensersatz, wie nach älteren deut. Quellen (P. Heuer S. 63 ff.), Preuß. A.L.R. I, 11 § 102, 103, 940, Sächs. Gb. § 750, hat der Schuldner auf Grund des Annahmeverzuges nicht. Für das gemeine Recht war Streit; Mommsen S. 297, Kohler, Jahrb. a. a. O. S. 376 ff., Rosenberg S. 292 ff.

Der Gläubigerverzug endigt, wenn der Gläubiger nachträglich in gehöriger Weise und unter Angebot des geschuldeten Ersatzes seine Annahmehbereitschaft erklärt oder mit dem Schuldner eine Hinausschiebung der Leistung vereinbart¹²⁷.

Der wesentliche Unterschied des Gläubigerverzuges vom Schuldnerverzuge beruht darauf, daß er keine Pflichtverletzung enthält, weil eine Verpflichtung zur Annahme nicht besteht. Ist aber der Gläubiger zur Abnahme verpflichtet, wie das zum Beispiel beim Kauf und beim Werkvertrage der Fall ist, so ist er insoweit zugleich Schuldner und kann mit dem Annahmeverzug zugleich Leistungsverzug auf sich laden¹²⁸. Die Voraussetzungen und Wirkungen eines derartigen Abnahmeverzuges richten sich nach den für den Schuldnerverzug geltenden Regeln¹²⁹.

VII. Rechtshängigkeit. Bei manchen Schuldverhältnissen ändert sich der Schuldinhalt durch den Eintritt der Rechtshängigkeit. Dahin gehören zunächst Geldschulden. Eine Geldschuld hat der Schuldner, auch wenn er nicht im Verzuge ist, von dem Eintritt der Rechtshängigkeit oder der späteren Fälligkeit an zu verzinsen; diese sogenannten „Prozesszinsen“ haben die Höhe der Verzugszinsen und sind gleich diesen von Zinsen nicht zu entrichten¹³⁰. Sodann gehören dahin Schuldverhältnisse, kraft deren der Schuldner einen bestimmten Gegenstand herauszugeben (zurückzugeben oder zu übergeben) hat. Hier richten sich vom Eintritte der Rechtshängigkeit an die Ansprüche des Gläubigers auf Schadensersatz wegen Verschlechterung, Unterganges oder sonstiger Unmöglichkeit der Herausgabe und auf Herausgabe oder Vergütung von Nutzungen, sowie die Ersatzansprüche des Schuldners wegen Verwendungen nach den Regeln, die für das Verhältnis zwischen dem Eigentümer und dem Besitzer von der Rechtshängigkeit des Eigentumsanspruches an gelten¹³¹. Ist jedoch der Schuldner im Verzuge, so bleiben die dem Gläubiger günstigeren Verzugsfolgen unberührt. Auch kommen die Vorschriften über den

¹²⁷ Dernburg § 77; Rosenberg S. 296 ff.; Planck zu § 304 Bem. 3.

¹²⁸ Hieran kann nach B.G.B. § 433² und § 640¹ kein Zweifel sein. Im gemeinen Recht war darüber viel Streit. Auch heute noch bestreitet Kohler, Arch. a. a. O. S. 174 ff., 240 ff., eine wahre Abnahmepflicht. Ebenso Romeick, Zur Technik des B.G.B., I 56 ff. Vgl. gegen sie Dernburg § 74 I, Oertmann zu § 433 Bem. 3 b, Planck Bem. 7 b, Rosenberg S. 246 ff.

¹²⁹ Daher tritt im Gegensatz zu § 304 volle Schadensersatzpflicht ein.

¹³⁰ B.G.B. § 291.

¹³¹ B.G.B. § 292; oben Bd. II 511 Anm. 15 u. 16.

Eigentumsanspruch insoweit nicht zur Anwendung, als aus dem besonderen Schuldverhältnis sich zugunsten des Gläubigers ein Anderes ergibt.

§ 179. Beendigung der Schuldverhältnisse.

I. **Überhaupt.** Ein Schuldverhältnis endet, wenn das von ihm gesetzte rechtliche Sollen wegfällt, somit der Schuldner nichts mehr leisten und der Gläubiger nichts mehr bekommen soll¹.

Der Beendigung fähig ist jedes einzelne Schuldverhältnis; jede in einem besondern Anspruch wirksame Forderung und jede zu einer besonderen Leistung verpflichtende Schuld kann für sich erlöschen.

Bei zusammengesetzten Schuldverhältnissen aber treten zu den Beendigungsgründen der einzelnen Forderungen Beendigungsgründe hinzu, die das Schuldverhältnis als Ganzes treffen. Das Schuldverhältnis als Ganzes kann fortbestehen, wenn einzelne ihm entspringende Forderungen erlöschen. Es kann aber auch umgekehrt beendet werden und damit seine Wirkungskraft für die Zukunft einbüßen, während einzelne ihm entstammende Forderungen noch bestehen.

II. **Erfüllung**². Der normale Beendigungsgrund aller vorübergehenden Schuldverhältnisse ist die Erfüllung. Erfüllung liegt

¹ Keine Beendigung liegt im bloßen Wegfall der Haftung. Selbst die Versagung des Klagerechts läßt ein freilich unvollkommenes Schuldverhältnis bestehen. Wird die Geltendmachung der Forderung nur durch Gewährung eines Einrederechts ausgeschlossen, so tritt die Schwächung des Schuldverhältnisses überhaupt nur in die Erscheinung, falls der Schuldner sein Gegenrecht gebraucht. Durch ein vorübergehendes Einrederecht büßt die Forderung nur zeitweise ihre Kraft ein. Aber auch durch eine dauernde (peremptorische) Einrede wird sie nur gelähmt, nicht vernichtet. Doch wird in bestimmten Fällen eine derartige Forderung so behandelt, als wenn sie nicht mehr bestände; B.G.B. § 813¹, 886, 1169, 1254. Davon macht aber wieder, abgesehen vom Falle des § 886, die verjährte Forderung eine Ausnahme.

² Über älteres germanisches (nordisches) Recht v. Amira, O.R. I 433 ff., II 485 ff. — Über röm. u. gem. R. Brinz II § 290; Windscheid II § 342 ff.; Dernburg, Pand. II § 55 ff. Ferner unter Einbeziehung der neueren Gesetzbücher Gruchot, Die Lehre von der Zahlung der Geldschuld, 1871; Römer, Beiträge zur Lehre von der Erfüllung der Obl., 1877. Mit Rücksicht auf die Zahlung im Handel Goldschmidt, Handb. § 102 ff.; G. Cohn in Endemanns Handb. III 998 ff. — Über das geltende deut. R. Stammer S. 214 ff.; Endemann § 141; Cosack § 108; Matthiafs § 92; Crome § 182 ff.; Landsberg § 106; Dernburg § 113 ff.; Kohler II 1 § 70 ff.; Enneccerus § 283 ff.; Kretschmar, Die Erfüllung, T. I, 1906; Schöninger, Leistungsgeschäft, 1906, S. 86 ff.; Böhrer, Erfüllungswille, 1910; Komm. zu B.G.B. § 362—371.

vor, wenn die geschuldete Leistung an den Gläubiger bewirkt wird. Ein dauerndes Schuldverhältnis ist, da die geschuldete Leistung in einem kontinuierlichen oder wiederkehrenden Verhalten besteht, auf fortlaufende Erfüllung angelegt und geht daher, wie oben bereits gezeigt ist, durch Erfüllung nicht unter³. Jedes vorübergehende Schuldverhältnis aber erlischt durch Erfüllung. Denn es hat nunmehr sein Lebensziel erreicht, da der Gläubiger bekommen hat, was er bekommen sollte. Dies gilt auch für die einzelnen vorübergehenden Schuldverhältnisse, die einem dauernden Schuldverhältnis entspringen.

Erfüllung ist Leistung an den Gläubiger. Gleiche Wirkung hat die Leistung an den Vertreter des Gläubigers. Aber auch die Leistung an jeden Dritten wirkt als Erfüllung, wenn sie mit Einwilligung des Gläubigers erfolgt oder von diesem nachträglich genehmigt wird oder auf Grund einer Gesamtnachfolge anerkannt werden muß⁴. Durch Vertrag kann in den Schuldinhalt selbst die Erfüllbarkeit zu Händen eines dritten Leistungsempfängers aufgenommen werden⁵. In dem Umfange, in dem mit dem äußeren Schein der Berechtigung eine Legitimation zur Ausübung des Gläubigerrechts verknüpft ist, wirkt auch die Leistung an den Nichtberechtigten als Erfüllung⁶.

Zur Erfüllung verpflichtet ist der Schuldner. Allein nicht darauf kommt es an, daß der Schuldner leistet, was er leisten soll, sondern nur darauf, daß der Gläubiger bekommt, was er bekommen soll⁷. Hat der Gläubiger alles empfangen, was ihm ge-

³ Vgl. oben § 176 II 7 S. 87 ff. B.G.B. § 362¹ ist daher zu weit gefasst.

⁴ B.G.B. § 362². Vgl. Sächs. Gb. § 691.

⁵ Fall des „solutionis causa adjectus“ (Zahlstelle). Dann hat der Schuldner ein festes Recht auf Leistung an den Dritten. Vgl. Sächs. Gb. § 692. Doch erlischt dieses Recht nicht bloß durch Tod des Dritten, sondern auch, wenn der Gläubiger auf Grund des Eintritts von Umständen, infolge deren die Leistung an den Dritten seine Forderung gefährden würde, die Ermächtigung widerruft. Vgl. Preuß. A.L.R. I, 16 § 31 ff., wo zum Teil nur ausgesprochen wird, was auch heute aus dem Prinzip von Treu und Glauben folgt.

⁶ So kraft der Legitimation durch ein Wertpapier (oben Bd. II 119, 138 ff., 154, 172 ff.), durch das Grundbuch (ebd. S. 330), durch Sachbesitz (B.G.B. § 851), durch Erbschein (B.G.B. § 2363), sowie in den Fällen, in denen nach Abtretung einer Forderung noch an den bisherigen Gläubiger (B.G.B. § 407) oder bei unwirksamer Abtretung an den scheinbaren neuen Gläubiger (B.G.B. § 408) wirksam geleistet werden kann.

⁷ Dies entspricht dem germanischen Begriff der selbständigen Gläubigerschuld, die freilich ihr notwendiges Korrelat in einer Schuldnerschuld hat (oben § 174 S. 11 Anm. 9), allein in ihrem objektiven Gehalt von dieser unabhängig

bührt, so fällt das Leistensollen des Schuldners auch dann weg, wenn er nicht getan hat, was er tun sollte. Darum ist nur bei solchen Schuldverhältnissen, bei denen die Leistung durch die Individualität des Schuldners bestimmt ist, die Bewirkung der Leistung durch den Schuldner Erfordernis der Erfüllung⁸. Im übrigen liegt Erfüllung auch vor, wenn ein Dritter für den Schuldner leistet. Durch gehörige Leistung eines Dritten wird der Schuldner auch ohne und sogar gegen seinen Willen befreit, und der Gläubiger darf bei Gefahr des Annahmeverzuges die Leistung des Dritten, falls nicht etwa der Schuldner ihr widerspricht, nicht ablehnen⁹. Ebenso erlischt das Schuldverhältnis durch Erfüllung, sobald der Gläubiger das, was er bekommen soll, sich selbst im Wege der Zwangsvollstreckung oder der aufsergerichtlichen Befriedigung aus einem Haftungsobjekte verschafft¹⁰.

Die Erfüllung fordert Bewirkung der geschuldeten Leistung. Die Leistung muß in rechter Beschaffenheit am rechten Orte zu rechter Zeit erfolgen. Wenn der ursprüngliche Schuldinhalt sich verändert hat, so entscheidet natürlich der nunmehrige Schuldinhalt. Ist daher an Stelle der ursprünglichen Leistungspflicht eine Schadensersatzpflicht wegen Nichterfüllung getreten, so erlischt das Schuldverhältnis durch Bewirkung der Ersatzleistung.

Ein besonderer Erfüllungswille ist an sich nicht erforderlich. Bekommt der Gläubiger, was er bekommen soll, so ist die Leistung Erfüllung, mag nun der Leistende sie zum Zweck der Schuldtilgung bewirkt haben oder nicht¹¹. Allein in vielen

ist. Auch heute ist die Scheidung von Bekommensollen und Leistensollen im Schuldinhalt erforderlich; vgl. bes. Siber, *Jahrb. f. D. L.* 173 ff.

⁸ Vgl. oben § 175 S. 58 Anm. 14; B.G.B. § 267 nebst § 613, 664, 691, 713. Dazu Code civ. a. 1237, Sächs. Gb. § 690.

⁹ B.G.B. § 267. So auch nach german. R.; v. Amira II 491 (mit S. 68 ff.). Ebenso nach gem. R., Preufs. L.R. I, 16 § 49, Code civ. a. 1236. Anders Öst. Gb. § 1422—1423. — Dafs der Gläubiger die Leistung ablehnen darf, wenn der Schuldner widerspricht, ist auch im Preufs. L.R. I, 16 § 51 bestimmt. Es ergibt sich aber auch, wo das Gesetz schweigt, aus der Natur der Sache. Denn der Schuldner kann doch nicht auf Grund einer von ihm selbst veranlafsten Zurückweisung dem Gläubiger Verzugsfolgen aufbürden. Rechtsgeschäftliche Natur hat der Widerspruch des Schuldners, der ja, wenn der Gläubiger ihn unbeachtet läßt, die Erfüllungswirkung der Leistung des Dritten nicht abschneidet, nicht; Eltzbacher, *Handlungsfähigkeit* I 195.

¹⁰ Vgl. bes. Siber a. a. O. S. 88 ff.

¹¹ Meist wird der Zweck der Schuldtilgung (*animus solvendi*) unter die Begriffsmerkmale der Erfüllung aufgenommen. Vgl. z. B. v. Amira II 490 ff., Dernburg § 113 I 2, Crome § 182 Anm. 1, Enneccerus § 283 I 2. Da-

Fällen ist die Bestimmung zum Zwecke der Schuldtilgung unerläßlich, um eine Leistung überhaupt zur geschuldeten Leistung zu prägen¹². Ferner kann einer an sich zur Schuldtilgung geeigneten Leistung die Erfüllungswirkung dadurch entzogen werden, daß der Leistende ihr eine den Zweck der Schuldtilgung vereitelnde Erklärung beifügt¹³. Endlich entscheidet, wenn die bewirkte Leistung geeignet ist, von mehreren Schulden eine jede zu tilgen, ohne doch zur Tilgung aller auszureichen, die Bestimmung des Schuldners darüber, welche Schuld erfüllt wird¹⁴; in Ermangelung aber einer solchen greifen gesetzliche Bestimmungen Platz, die dem vermutlichen Willen des Schuldners Geltung zu verschaffen suchen¹⁵.

Die rechtliche Beschaffenheit der Erfüllungshandlung richtet sich nach dem Schuldinhalt und kann sehr

gegen namentlich Kretzschmar I 118 ff.; hinsichtlich der Unterlassungspflichten auch H. Lehmann S. 208 ff.; vgl. ferner Oertmann zu § 362 Bem. 4.

¹² So z. B. bei der Erfüllung durch Zahlung oder ein sonstiges Rechtsgeschäft, das auch etwas anderes als Tilgungsgeschäft sein könnte. Doch kann der Charakter als Tilgungsgeschäft aus den Umständen erhellen. Eine besondere Erklärung der Erfüllungsabsicht ist unentbehrlich, wenn ein Dritter leistet oder an einen Dritten geleistet wird (vgl. die Fassung von § 362²).

¹³ Dahin gehört auch eine Leistung unter Vorbehalt von Einwendungen gegen das Schuldverhältnis. Der Gläubiger braucht sie (abgesehen von dem Falle einer Verurteilung des Schuldners unter Vorbehalt von Einwendungen) nicht anzunehmen, da sie ihm infolge der Infragestellung der Erfüllungswirkung nicht verschafft, was er bekommen soll. A. M. Stölzel, Schulung für die ziv. Pr. II 97 ff.; Endemann § 141 Z. 2 d. Vgl. aber Liebknecht, Vorbehaltszahlung und Eventualaufrechnung, 1899, S. 66 ff.; Eccius b. Gruchot XLII 30 ff.; Dernburg § 113 IV; Crome § 182 Anm. 9—11; Enneccerus § 283 I 3; Schollmeyer zu § 362 Bem. 1; Oertmann Bem. 6.

¹⁴ B.G.B. § 366¹. Ebenso gem. R. (Seuff. LIV Nr. 146), Code civ. Art. 1253, Sächs. Gb. § 977. Dagegen verweisen das Preufs. A.L.R. I, 16 § 150 ff. und das Österr. Gb. § 1415 grundsätzlich auf das Übereinkommen der Beteiligten. Das einseitige Bestimmungsrecht des Schuldners kann durch vorgängige Vereinbarung über die Anrechnung einer künftigen Zahlung auf eine bestimmte Schuld beseitigt werden; R.Ger. LXVI Nr. 18. Es fällt überdies nach B.G.B. § 367 weg, wenn zugleich mit einer Hauptleistung Zinsen und Kosten geschuldet werden; dann kann der Gläubiger jede Bestimmung ablehnen, nach der nicht die Kosten vor den Zinsen und diese vor der Hauptleistung getilgt würden. Vgl. Code civ. Art. 1254, Sächs. Gb. § 977, auch Preufs. A.L.R. I, 16 § 153—154 u. Öst. Gb. 1415.

¹⁵ B.G.B. § 366². Es gilt zunächst die fällige Schuld, unter mehreren fälligen Schulden die minder sichere, unter mehreren gleich sicheren die für den Schuldner lästigere, unter mehreren gleich lästigen die ältere und bei gleichem Alter jede verhältnismäßig als getilgt. — Teilweise abweichende Bestimmungen in Preufs. A.L.R. I, 16 § 155—159, Code civ. Art. 1256, Öst. Gb. § 1416, Sächs. Gb. § 978—980.

verschiedenartig sein¹⁶. Es ist möglich, daß ein bloß tatsächliches Verhalten des Schuldners ausreicht¹⁷. Es ist aber auch möglich, daß rechtsgeschäftliches Handeln erforderlich ist¹⁸. Zur Erfüllung ist ferner bald nur eine einseitige Tätigkeit des Schuldners notwendig, bald eine Mitwirkung des Gläubigers unerläßlich¹⁹. Als Mitwirkung des Gläubigers kann wiederum ein bloß tatsächliches Verhalten genügen²⁰ oder ein rechtsgeschäftliches Handeln verlangt werden²¹. In vielen Fällen kommt so die Erfüllung nur durch einen Vertragsschluß zustande. Insbesondere ist, wenn die zu bewirkende Leistung in der Verschaffung von Eigentum oder begrenztem dinglichen Recht besteht, ein sachenrechtlicher Vertrag erforderlich²². Vertragsnatur hat daher auch immer die Erfüllung einer Geldschuld durch „Zahlung“²³.

¹⁶ Unrichtig ist die öfter (z. B. von Endemann § 141 Z. 2, P. Klein, Natur der causa solvendi, Bonn 1903, S. 45 ff., Lent, Anweisung, 1907, S. 7 ff., 30 ff.) verfochtene Meinung, daß die Erfüllung als solche stets ein Vertrag sei. Ebenso wenig ist die von Anderen (z. B. Manigk, Anwendungsgebiet S. 40 ff., Matthiafs § 92 II A, Rosenberg, Jahrb. f. D. XLII 211 ff.) verteidigte Ansicht haltbar, daß die Erfüllung mindestens stets rechtsgeschäftlichen Charakter trage. Vielmehr kommt es lediglich darauf an, daß die Handlung des Schuldners dem Gläubiger das verschafft, was er bekommen soll. Dieser Erfolg ist in vielen Fällen nur durch eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung des Schuldners und oft nur durch Vertragsschluß mit dem Gläubiger, nicht selten aber auch ohne jede rechtsgeschäftliche Handlung erreichbar; Breit, Geschäftsfähigkeit S. 227 ff., Stammler S. 221 ff., Dernburg § 113 II, Enneccerus § 283 I 1, Landsberg § 106 II, Crome § 182 Z. 2, Kretschmar I 94 ff. Daraus ergeben sich verschiedene Arten nicht sowohl der Erfüllung als der Erfüllungshandlungen; Oertmann zu § 362 Bem. 4 b γ.

¹⁷ So z. B. oft bei Dienstleistung oder Besorgung eines Auftrags; ebenso, wenn nur Besitz verschafft, eine Sache herausgegeben, zurückgegeben, vorgelegt werden soll; desgleichen bei Unterlassungen.

¹⁸ Dann und nur dann kommt es auf Geschäftsfähigkeit des Leistenden an.

¹⁹ Beiderlei Möglichkeit setzt B.G.B. § 295 voraus.

²⁰ So z. B. wenn die erforderliche Mitwirkung des Gläubigers nur in der Abnahme einer Sache behufs Erlangung des Besitzes oder in dem Abholen einer Sache oder in dem Sicheinfinden zu einer Schaustellung usw. besteht.

²¹ Dies ist der Fall, wenn zum Zwecke der Erfüllung ein vom Willen des Gläubigers abhängiger Rechtserwerb erforderlich ist. Hierzu ist Geschäftsfähigkeit des Gläubigers unerläßlich. Und zwar bedarf es grundsätzlich, da der Rechtserwerb behufs Aufhebung der Forderung stattfindet und somit eine Verfügung über die Forderung vorliegt, voller Geschäftsfähigkeit.

²² Desgleichen bedarf es einer Einigung, wenn die Abtretung einer Forderung oder die Befreiung von einer Verbindlichkeit geschuldet wird.

²³ Denn die Zahlung fordert Übereignung von Geld oder Geldzeichen; oben Bd. II 89, 93 ff., 97 ff.; Seuff. XLI Nr. 178.

Die Erfüllung kann aber auch, wie immer die Erfüllungshandlung beschlossen sein mag, den Gegenstand eines selbständigen Erfüllungsvertrages bilden²⁴. Ein solcher ist freilich nach geltendem Recht nicht schon darin zu finden, daß der Gläubiger eine ihm zum Zweck der Erfüllung angebotene Leistung als Erfüllung annimmt; vielmehr wird dadurch, wenn er hinterher die Leistung nicht als Erfüllung gelten lassen will, weil sie eine andere als die geschuldete Leistung oder unvollständig gewesen sei, nur die Beweislast zu seinen ungunsten verschoben²⁵. Anders aber verhält es sich, insoweit der Gläubiger die ihm angebotene Leistung als gehörige Erfüllung annimmt, somit seinen Willen erklärt, daß die Leistung als Erfüllung gelten soll. Damit ist ein Erfüllungsvertrag geschlossen, der aus sich selbst die Kraft schöpft, die Leistung zur Erfüllung zu stempeln. Ein solcher Vertrag kann wegen eines Willenmangels nichtig oder anfechtbar sein. Insoweit er aber in sich gültig ist, schließt er ein Zurückgreifen auf den Schuldinhalt aus. Alle etwaigen Abweichungen vom Schuldinhalt sind gutgeheissen. Dem älteren deutschen Recht durchaus geläufig, hat der Gedanke des selbständigen Erfüllungsvertrages neuerdings besonders im Handelsrecht seine Ausprägung gefunden²⁶. Er ist aber auch im bürgerlichen Recht nicht zu entbehren²⁷.

Wer eine Schuld erfüllt, hat ein Gegenrecht auf Quittung²⁸.

²⁴ Der durch Angebot und Annahme einer Leistung als Erfüllung geschlossene Erfüllungsvertrag ist scharf von dem Vertrage, durch den erfüllt wird, zu unterscheiden. Er kann geschlossen werden, wenn die Erfüllungshandlung selbst keinerlei Vertragsnatur aufweist, und kann fehlen, wenn die Erfüllungshandlung in Übereignung oder einem anderen Vertragsschlusse besteht.

²⁵ B.G.B. § 363; R.Ger. LXVI Nr. 65, LXX Nr. 9.

²⁶ Auf ihm beruhen vor allem die Wirkungen der kaufmännischen „Empfangnahme“, zu der beim Handelskaufe der Käufer verpflichtet ist; vgl. meine Grundz. des H.R. in der Enzykl. von Holtzendorff-Kohler III 95.

²⁷ In unzähligen Fällen liegt in der Annahme des Gläubigers, wenn ihr kein Vorbehalt zugefügt wird, eine Gutheissung von Abweichungen, die der Gläubiger nicht hätte zu dulden brauchen. Ohne weiteres wird dies z. B. anzunehmen sein, wenn der Gläubiger die Leistung am ungehörigen Orte oder zu ungehöriger Zeit annimmt. Eine Verpflichtung des Gläubigers zur rechtsgeschäftlichen Annahmeerklärung begründet das B.G.B. § 640² in gewissem Umfange beim Werkvertrage.

²⁸ Vgl. Cohn a. a. O. S. 1019 ff. Dilloo, Die Quittung im Recht und im Verkehr, Berlin 1895. R. Behrend, Beiträge zur Lehre von der Quittung, Leipzig 1896. G. Dryander, Die rechtliche Bedeutung der Quittung, Greifswald 1899. Hedemann, Jahrb. f. D. XLVIII 63 ff. Bülow ebd. LIX 1 ff. W. Lacmann, Arch. f. b. R. XXXI 45 ff.

Nach der gesetzlichen Regel des B.G.B. kann der Schuldner stets eine Quittung verlangen, die ihm der Gläubiger Zug um Zug gegen die Leistung zu erteilen hat²⁹. Die heutige Quittung ist ein schriftliches Empfangsbekennnis³⁰. Sie hat daher an sich nur die Kraft eines Beweismittels³¹. Dagegen war im germanischen wie romanischen Recht des Mittelalters die Quittung eine dispositive Urkunde, durch die der Gläubiger den Schuldner los und ledig erklärte und somit aus der Haftung entliefs³². Diese Natur hat

²⁹ B.G.B. § 368. Der Schuldner hat wegen seines Anspruchs auf Quittung ein Zurückbehaltungsrecht (oben § 176 S. 105), kann aber auch nachträglich auf die Erteilung klagen. — Das Recht des Schuldners auf Quittung ist im gemeinen Recht gewohnheitsrechtlich ausgebildet (vgl. R.Ger. XXXVIII Nr. 109 S. 435) und in den neueren Gesetzbüchern (vgl. Bayr. L.R. IV 21 c. 1 § 5, Preuß. A.L.R. I, 16 § 86 ff., Österr. Gb. § 1426, Sächs. Gb. § 983, Schweiz. O.R. a. 102, jetzt 88) anerkannt, jedoch nur bei Zahlungen (im Sächs. Gb. mit Ausnahme von Barzahlungen im Kleinhandel) gewährt; vgl. Gruchot a. a. O. S. 186 ff., Cohn a. a. O., Behrend a. a. O. S. 38 ff. Das B.G.B. spricht es dem Schuldner bei jeder Art von Schuld erfülltung unbedingt zu. Doch kann der Anspruch ausdrücklich oder stillschweigend wegbedungen sein; Ennecerus § 287 I 1, Planck⁴ zu § 368 Bem. 3. In vielen Fällen würde die Ausübung auch nach B.G.B. § 226 unzulässig sein; vgl. Dernburg § 115 Anm. 13, Oertmann Bem. 1 zu § 363, Kohler II 26. — Die Kosten hat, sofern sich nicht aus dem Rechtsverhältnis ein anderes ergibt, der Schuldner zu tragen und vorzuschiesen; doch treffen, wenn an Stelle des ursprünglichen Gläubigers mehrere Gläubiger getreten sind, die Mehrkosten die Gläubiger; B.G.B. § 369²; dazu über bisheriges Recht Behrend S. 51 ff.

³⁰ Zu einem solchen wurde die Quittung, wenn auch spät, nach der Rezeption herabgedrückt; Behrend S. 37 ff. Ebenso fassen sie die neueren Gesetzbücher auf. Ausdrücklich wird sie im B.G.B. § 368 so bezeichnet. Qualifizierte Schriftform kann der Schuldner verlangen, wenn er daran ein rechtliches Interesse hat (z. B. weil er einer löschungsfähigen Quittung zum Grundbuch bedarf).

³¹ So nach gemeinem Recht und allen Gesetzbüchern mit Einschluss des B.G.B.; vgl. Behrend S. 52 ff., 85 ff.; Bülow, Geständnisrecht S. 185 ff.; Dryander a. a. O. S. 18 ff.; Dernburg § 115 VII; Crome § 182 Anm. 70; Schollmeyer, Staudinger, Oertmann zu § 368.

³² Vgl. den eingehenden Nachweis bei Behrend S. 18 ff.; dazu Haltaus s. v. Quit; über nord. R. v. Amira I 487 ff., II 578 ff. Die Quittung hat daher meist die Form einer durch Empfangsbekennnis motivierten Entlasserklärung; der Gläubiger erklärt den Schuldner für befreit (z. B. auch aus Schuldgefangenschaft, Behrend S. 34 ff.), weil er empfangen hat. Aber auch Quittungen ohne Empfangsbekennnis kommen vor und haben befreiende Wirkung. Seltener begegnet umgekehrt ein Empfangsbekennnis ohne Quittung; regelmässig galt auch damit der Tilgungswille als erklärt; vgl. Behrend S. 22 ff., 36; v. Amira I 487, II 580. Über mündliche Quittung Behrend S. 35, v. Amira I 487.

die Quittung im Verkehr vielfach bewahrt³³. Auch heute wird daher durch das Geben und Nehmen der Quittung oft ein selbständiger Erfüllungsvertrag geschlossen³⁴. Darüber hinaus wird die Quittung nicht selten benutzt, um einen negativen Anerkennungsvertrag oder einen Erlassvertrag zum Abschluss zu bringen³⁵. Ob der Quittung eine derartige konstitutive Kraft beizumessen ist, läßt sich nur nach den Umständen des einzelnen Falles im Wege der Willensauslegung ermitteln³⁶. Eine weitere rechtliche Funktion hat auf Grund des deutschen Rechtes die Quittung dadurch gewonnen, daß im Verkehr die im voraus ausgestellte Quittung als Legitimationspapier verwendet wird und demgemäß ihr Überbringer als ermächtigt gilt, die Leistung zu empfangen, sofern nicht die dem Leistenden bekannten Umstände der Annahme einer solchen Ermächtigung entgegenstehen³⁷.

Ist über die Forderung ein Schuldschein ausgestellt, so hat der Schuldner außerdem nach altem und neuem deutschem Recht ein Gegenrecht auf Rückgabe des Schuldscheins³⁸. Auch

³³ Hierüber besteht Einigkeit; Behrend S. 74 ff.; Dryander S. 34 ff.; Stobbe-Lehmann III 195; Dernburg § 115 VIII. — Unhaltbar dagegen ist die seit der Schrift von O. Bähr, Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund, 1855 (3. Aufl. 1894 S. 225), vielfach verteidigte, auch für das heutige Recht von Dilloo a. a. O. S. 80 ff., Endemann § 141 Z. 3, Collatz, Jahrb. f. Dogm. XL 135 ff., Lacmann a. a. O. S. 71 ff., festgehaltene Meinung, daß die Quittung auch heute stets und ihrem Wesen nach ein dispositiver Akt, eine Schuldtilgungserklärung oder ein bindendes Anerkenntnis des Nichtbestandes der Schuld sei. Auf eine derartige Willenserklärung des Gläubigers hat der Schuldner keinen Anspruch. Auch die Ansicht von Planck³, Bem. 5e zu § 368, daß durch Geben und Nehmen der Quittung mindestens ein Beweisvertrag geschlossen werde, ist unannehmbar (dagegen auch Siber in 4. Aufl. Bem. 5). Ebenso die von Enneccerus § 297 III 3 b an die Stelle gesetzte Annahme eines bedingten pactum de non petendo.

³⁴ Diesen Charakter hatte regelmäßig im Mittelalter die mit Empfangsbekanntnis verbundene Quittung. Auch heute aber liegt ein Erfüllungsvertrag vor, wenn das Empfangsbekanntnis ernst gemeint, zugleich aber die Abgabe einer Entlassenerklärung gewollt ist.

³⁵ In diesen Fällen ist das Empfangsbekanntnis nicht ernst gemeint.

³⁶ Vgl. Behrend S. 86; Dernburg § 115 VIII; Planck⁴ Bem. 5. Über Generalquittung Behrend S. 87 ff.; über Decharge ebd. S. 88 ff.

³⁷ B.G.B. § 370. So schon im deutschen Mittelalter; Behrend S. 35. In beschränkterem Umfange nach Preufs. A.L.R. I, 13 § 130, jedoch allgemein im Handelsverkehr nach Preufs. A.L.R. II, 8 § 550 und A.D.H.G. Art. 296. Vgl. Behrend S. 94 ff.; Keyszner, Der Quittungsträger, Festg. f. Koch, 1903, S. 139 ff.

³⁸ So schon in fränkischer Zeit; vgl. Brunner, Grundz.⁶ S. 209, und über die Sitte, die Verpflichtung zur Rückgabe ausdrücklich in den Text der

die Rückgabe des Schuldscheins kann er Zug um Zug gegen die Leistung fordern³⁹. Für den Fall des Abhandenkommens des Schuldscheins gewährte das deutsche Recht schon seit der fränkischen Zeit dem erfüllenden Schuldner einen Anspruch auf Erteilung eines Todbriefes, durch den der Gläubiger die Schuld für erloschen und den Schuldschein für kraftlos erklärt⁴⁰. Hieran schlossen sich die neueren Gesetzbücher an⁴¹. Nach dem B.G.B. kann der Schuldner, wenn der Gläubiger behauptet, zur Rückgabe des Schuldscheins aufserstande zu sein, ein öffentlich beglaubigtes Anerkenntnis verlangen, daß die Schuld erloschen sei⁴². Dieses Anerkenntnis hat die Kraft einer dispositiven Urkunde⁴³.

cautio aufzunehmen, Forsch. S. 524 ff. Vgl. ferner Preufs. A.L.R. I, 16 § 125; Öst. Gb. § 1428; Sächs. Gb. § 981; Schweiz. O.R. Art. 102 (88); B.G.B. § 371 S. 1 und dazu Hedemann, Jahrb. f. D. XLVIII 63 ff. — Der Anspruch auf Rückgabe des Schuldscheins steht nur dem Schuldner, nicht gleich dem Quittungsanspruch jedem Leistenden zu; a. M. Hedemann a. a. O. S. 74 ff. Er geht nur gegen den Gläubiger, nicht gegen den dritten Besitzer; a. M. Hedemann S. 69 ff. — Mit der Rückgabe verband sich im alten Recht meist die Entkräftung (Zerreißung od. dgl.); Brunner, Forsch. S. 535 ff. Nach Schweiz. O.R. Art. 102 (88) kann der Schuldner nur Rückgabe oder Entkräftung fordern. Bei Teilleistung tritt an Stelle des Rechtes auf Rückgabe des Schuldscheins stets das Recht auf Teilentkräftung des Schuldscheins durch Vermerk auf demselben; Österr. Gb. § 1428, Schweiz. O.R. Art. 102 (88)².

³⁹ Er hat daher ein Zurückbehaltungsrecht, kraft dessen er die Leistung bis zur Rückgabe verweigern kann. Doch wird damit nicht etwa der gewöhnliche Schuldschein zum Einlösungspapier und folgeweise Wertpapier; vgl. oben Bd. II 118 Anm. 55. Denn da der Schuldschein nur Beweisurkunde ist, kann der Schuldner den ohne das Angebot der Rückgabe erhobenen Anspruch nicht als unbegründet zurückweisen, sondern nur eben seinerseits einen Anspruch auf Rückgabe einredeweise geltend machen. Leistet er, ohne den Schuldschein zurückzuverlangen, so hat er gehörig erfüllt, kann jedoch nachträglich auf Rückgabe des Schuldscheins klagen.

⁴⁰ Vgl. über die fränkische *epistola evacuatoria* Brunner, Forsch. S. 537 ff., Grundz. S. 209; Beispiele in Form. Andegav. 18, Marculf. II, 35. Über „Tötung“ des Schuldbriefes im deutschen Mittelalter Behrend a. a. O. S. 25; vgl. auch Rechtsb. n. Dist. III, 11 d. 4.

⁴¹ Preufs. A.L.R. I, 16 § 126—129 („Mortifikationsschein“). Schweiz. O.R. a. 105 (90): „Behauptet der Gläubiger, daß der Schuldschein abhanden gekommen sei, so kann der Schuldner bei der Zahlungsleistung fordern, daß der Gläubiger die Entkräftung des Schuldscheins und die Tilgung der Schuld in einer öffentlichen oder beglaubigten Urkunde erkläre“. Vgl. auch Öst. Gb. § 1428; Sächs. Gb. § 981.

⁴² B.G.B. § 371 S. 2. Nach richtiger Auffassung handelt es sich um ein Recht des Schuldners, nicht des Gläubigers. Der Gläubiger kann nicht auf Grund unbewiesener Behauptung den Schuldner nötigen, sich mit dem Tilgungsanerkenntnis zu begnügen. Vielmehr behält der Schuldner das Recht auf

III. Erfüllungssurrogate. Die Erfüllung kann durch eine ihr gleichgewichtete Leistung ersetzt werden.

1. Hingabe an Erfüllungsstatt⁴⁴. An Stelle der geschuldeten Leistung wirkt jede andere Leistung schuldtilgend, sobald sie der Gläubiger an Erfüllungsstatt annimmt⁴⁵. Während früher, als namentlich bei Geldschulden infolge der herrschenden Geldarmut der Leistungsgegenstand nicht selten unbeschaffbar war, vielfach dem Gläubiger die Verpflichtung oblag, bestimmte Sachen zu einer gesetzlichen Taxe oder zum Schätzwert an Zahlungsstatt zu nehmen⁴⁶, hängt heute die Annahme an Erfüllungsstatt vom freien Willen des Gläubigers ab⁴⁷. Die Schuldtilgung erfolgt also durch einen Vertrag, der sich vom Schuldnerfüllungsvertrag dadurch unterscheidet, daß die bewirkte Leistung hier nicht als Erfüllung, sondern als Ersatz der Erfüllung gelten soll⁴⁸. Ist

Rückgabe des Schuldscheins, wenn nicht der Gläubiger beweist, daß er auf Grund eines von ihm nicht zu vertretenden Umstandes zur Rückgabe außerstande ist. Vgl. bes. Hedemann a. a. O. S. 86 ff., Planck zu § 371 Bem. 2, Schollmeyer Bem. 2, Oertmann Bem. 3, Kipp b. Windscheid S. 407, Endemann § 141 Anm. 23, Enneccerus § 286 IV. A. M. Dernburg § 115 VI, Rehbein S. 285 Nr. 18. — Auf Wertpapiere ist § 371 unanwendbar oben Bd. II 118 Anm. 55, 141 Anm. 54.

⁴³ Seine Erteilung bringt also einen Schuldtilgungsvertrag (Erfüllungsvertrag oder negativen Anerkenntnisvertrag) zustande, vgl. Crome § 182 Z. 6. Daneben kann der Schuldner nicht, wie neben der Rückgabe des Schuldscheins, noch eine Quittung verlangen.

⁴⁴ Römer, die Leistung an Zahlungsstatt nach dem röm. u. gem. R., Tübingen 1866. G. Cohn b. Endemann III 1075 ff. W. Berndorff, die Annahme an Erfüllungsstatt, Berlin 1904. Stampe, Kausaprobem, 1907. Endemann I § 142. Cosack § 109. Crome § 187. Dernburg § 118. Enneccerus § 288. Komm. z. B.G.B. § 364—365.

⁴⁵ B.G.B. § 364¹. Vgl. Preufs. A.L.R. I, 16 § 235 ff.; Code civ. Art. 1243.

⁴⁶ Vgl. die bekannte Taxe in der l. Rib. 36, 11 u. l. Sax. 66; dazu Brunner, R.G. I² S. 321 ff. Recht des deut. M.A. b. Planitz, Vermögensvollstr. I 505. Nord. R. b. v. Amira I 478 ff. Gemeinrechtlich galt das beneficium dationis in solutum aus Nov. 4 c. 3 als rezipiert. Zweideutig noch Öst. Gb. § 1414. Dagegen wird im Preufs. A.L.R. I, 16 § 235 und im Code civ. Art. 1243 ausdrücklich jede Verpflichtung des Gläubigers verneint. Ebenso im Gegensatz zu älteren seerechtlichen Gewohnheiten im H.G.B. § 616¹.

⁴⁷ Eine Ausnahme gilt noch nach H.G.B. § 616²⁻⁴. Umgekehrt schliessen die gegen das Trucksystem gerichteten Bestimmungen der Gew.O. § 115—119 und die Vorschriften über Barzahlung der Beiträge bei Aktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung die Befreiung von gewissen Geldschulden durch Hingabe an Zahlungsstatt überhaupt aus; vgl. Berndorff a. a. O. S. 67 ff.

⁴⁸ Entscheidend dafür, ob Annahme als Erfüllung oder an Erfüllungs-

dieser Vertrag nichtig oder wird er erfolgreich angefochten, so ist das Schuldverhältnis nicht erloschen. Die an Erfüllungsstatt bewirkte Leistung kann persönlicher oder sachlicher Art sein. Besteht sie in der Hingabe einer Sache, einer Forderung gegen einen Dritten oder eines anderen Rechts, so muß nach altem wie neuem Recht der Schuldner für Rechts- und Sachmängel gleich einem Verkäufer Gewähr leisten⁴⁹. Eine besondere Rolle spielt die Tilgung von Geldschulden durch Hingabe von Wertpapieren an Zahlungsstatt⁵⁰.

Verschieden von der Hingabe an Zahlungsstatt ist die Leistung Erfüllungshalber⁵¹. Sie liegt vor, wenn eine andere als die geschuldete Leistung mit der Abrede bewirkt und angenommen wird, daß der Gläubiger zunächst aus dem Leistungsgegenstande Befriedigung suchen und im Falle des Erfolges die Schuld erloschen sein soll⁵². Hier bleibt die ursprüngliche Forderung bestehen, wird aber auflösend bedingt und bis zum etwaigen Ausfall der Bedingung in der Geltendmachung beschränkt⁵³. Eine nur erfüllungshalber bewirkte Leistung ist im Zweifel in der Übernahme

statt vorliegt, ist namentlich der Grad der Verschiedenheit zwischen der geschuldeten und der bewirkten Leistung; vgl. Benndorf S. 17 ff. und über die Bedeutung des Unterschiedes im Konkurse S. 19 ff. Doch kann beim Handelskauf nach H.G.B. § 378 auch dann, wenn eine andere als die bedungene Ware geliefert ist, durch ausdrückliche oder stillschweigende Genehmigung ein bloßer Erfüllungsvertrag zustande kommen.

⁴⁹ B.G.B. § 365 So auch nach älterem german. R.; v. Amira I 572 ff., II 481. Ebenso nach Preufs. A.L.R. I, 16 § 242, jedoch mit Vorbehalt eines Widerrufsrechts bei Eviktion binnen einem Jahre nach § 243. Damit wird jedoch der Vertrag keineswegs zu einem Kauf (anders Sächs. Gb. § 1414). Vgl. im einzelnen Benndorf S. 22 ff. 82 ff., Schollmeyer zu § 365 Bem. 2, Oertmann Bem. 2, Planck Bem. 1—2, Enneccerus § 288.

⁵⁰ Dagegen liegt Zahlung, nicht Hingabe an Zahlungsstatt vor, wenn Geldzeichen als Geld genommen werden; oben Bd. II 98, 99 Anm. 57, 102 Anm. 73.

⁵¹ Vgl. Cohn a. a. O. S. 1084 ff.; Benndorf a. a. O. S. 4 ff.; Crome § 187 II; Müller, Seuff. Bl. f. R.A. 1905 S. 553 ff.

⁵² So kann eine Sache oder ein Recht mit der Abrede, daß der Gläubiger sich durch den Verkauf befriedigen soll, hingegeben, eine Forderung gegen einen Dritten mit der Abrede, daß der Gläubiger durch die Einziehung Befriedigung suchen soll, abgetreten werden.

⁵³ Der Schuldner kann die geschuldete Leistung verweigern, solange die Bedingung schwebt; der Gläubiger haftet ihm für gehörige Sorgfalt bei der Verwertung des geleisteten Gegenstandes; insoweit der Gläubiger aus diesem erlangt, was er bekommen sollte, erlischt die ursprüngliche Schuld von Rechts wegen. Vgl. R.Ger. LXXVIII Nr. 29.

einer neuen Verbindlichkeit zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers zu finden⁵⁴. Ebenso in der zu solchem Zwecke erfolgten Begebung einer Anweisung, mag auch der Angewiesene die Anweisung bereits angenommen haben⁵⁵. Doch kann in beiden Fällen auch unmittelbare Schuldtilgung durch Leistung an Erfüllungsstatt vereinbart sein⁵⁶.

2. Hinterlegung⁵⁷. Bei Schuldverhältnissen, die sich auf Hingabe beweglicher Sachen richten, hat das deutsche Recht, seitdem das Recht des Schuldners, im Falle des Gläubigerverzuges sich durch Preisgabe der geschuldeten Sache zu befreien, weggefallen war, die öffentliche Hinterlegung als ein dem Schuldner zugebote stehendes Ersatzmittel der Erfüllung ausgebildet⁵⁸. Das B.G.B. regelt Voraussetzungen und Wirkungen der auf Schuldtilgung abzielenden Hinterlegung⁵⁹. Seine Bestimmungen werden aber durch die Landesgesetze über das Hinterlegungswesen ergänzt⁶⁰. Die

⁵⁴ B.G.B. § 364². Dies gilt namentlich auch, wenn der Schuldner (als Aussteller oder Akzeptant) eine Wechselverpflichtung übernimmt. So schon bisher überwiegend Theorie und Praxis; vgl. Grünhut, Wechselrecht II § 113 S. 298 ff. und die dort in Anm. 9 gegebenen Nachweise.

⁵⁵ B.G.B. § 788. „Anweisung ist keine Zahlung“. So auch bei der Begebung eines auf einen Dritten gezogenen Wechsels.

⁵⁶ Benndorff S. 39 ff.; Endemann § 142 Z. 2 a; für die Fälle der Wechselbegebung Grünhut a. a. O. S. 309 ff.

⁵⁷ Ulrich, Deposition behufs Befreiung des Schuldners, 1877. Kohler, Jahrb. f. D. XVII 304 ff., Arch. f. b. R. XIII 201 ff. Müller, Jahrb. f. D. XLI 411 ff. Rosenberg, ebd. XLIII 221 ff. Beer, Hinterlegung zum Zwecke der Schuldbefreiung, 1900. Kopf, Das Hinterlegungsverhältnis, 1903. Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte S. 442 ff. Stammler S. 233 ff. Endemann § 143. Cosack § 110. Dernburg § 121 ff. Matthiafs § 93 ff. Crome § 189 ff. Landsberg § 108. Enneccerus § 289 ff. Kohler § 71 ff. Komm. zu B.G.B. § 372—386 und E.G. Art. 144—146. — Dazu die Darstellungen des Landesprivatrechts; so Oertmann für Bayern § 45, Klofs f. Sachsen § 41, Dorner u. Seng f. Baden § 23, Wolf f. Hessen § 34, Böckel f. d. thür. St. § 32, Kisch f. Elsass-Lothringen § 45—46.

⁵⁸ Vgl. oben § 178 S. 142 Anm. 122—123, 125. Beispiele öffentlicher Hinterlegung im Mittelalter bei Fockema-Andrae II 20.

⁵⁹ B.G.B. § 372—386.

⁶⁰ Gemäß E.G. Art. 144—146. Meist gelten besondere Hinterlegungsordnungen. In Preußen wurde die Hinterl.O. v. 14. März 1879 durch A.G. a. 84 abgeändert, jüngst aber durch die Hinterl.O. v. 21. April 1913 ersetzt. Vgl. ferner Bad. Hinterl.O. v. 7. Juni 1884 (mit A.G. Art. 37), Bayr. v. 18. Dez. 1899, Meckl. v. 9. April 1899, Weimar. v. 29. Nov. 1899, Hamb. v. 14. Juli 1899, weitere bei Niedner, Bem. 8 zu E.G. Art. 145. In einigen Staaten enthalten die A.G. zum B.G.B. eingehende Vorschriften; so Württ. Art. 143—171, Anhalt. Art. 15—26. In Sachsen A.G. z. Fr.G.G. § 102 ff. mit A.V. § 63 ff. — Die landes-

Landesgesetze bestimmen namentlich die zu „öffentlichen Hinterlegungsstellen“ berufenen Behörden oder Anstalten⁶¹, ordnen das Verfahren in Hinterlegungssachen und normieren innerhalb des reichsrechtlichen Rahmens das durch die Hinterlegung begründete Rechtsverhältnis zwischen der Hinterlegungsstelle und den Beteiligten⁶².

Dieses Verhältnis gehört dem öffentlichen Rechte an. Es beruht nicht auf einem privatrechtlichen Verwahrungsvertrage⁶³, sondern auf einer in Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe vom Staate übernommenen Aufbewahrung⁶⁴. Die Hinterlegungsstelle ist kraft öffentlichen Rechts verpflichtet, zur Hinterlegung geeignete Sachen auf gehörigen Antrag unter den gesetzlich festgestellten Bedingungen in Verwahrung zu nehmen⁶⁵. Dadurch aber entsteht ein öffentlichrechtliches Schuldverhältnis, das inhaltlich dem Schuldverhältnis aus einem Verwahrungsvertrage entspricht. Der Staat (oder die Anstalt) wird verpflichtet, die hinterlegte Sache aufzu-

gesetzlichen Vorschriften gelten auch für die Hinterlegung zur Sicherheitsleistung nach B.G.B. § 372 ff.

⁶¹ Meist sind die Amtsgerichte, zum Teil aber daneben noch andere Gerichte oder Behörden (in Bayern die Königliche Bank) für zuständig erklärt. So jetzt auch in Preußen (mit den nach Hinterl.O. § 2² u. A.G. a. 85 zulässigen Ausnahmen), während hier früher der Regel nach die Bezirksregierungen zuständig waren. In Baden ist der Verwaltungshof berufen, in einigen thüringischen Staaten die Landeskreditkasse oder Landesrentenbank, in Elsass-Lothringen die Staatsdepositalverwaltung. Vgl. Niedner zu E.G. Art. 144 Bem. 2.

⁶² Während die Vorschriften über das Verfahren vielfach voneinander abweichen, stimmen die materiellrechtlichen Vorschriften in den Hauptpunkten überein.

⁶³ Einen solchen nimmt die herrschende Meinung an. So Planck zu § 372 Vorbem. 4, Hellwig a. a. O. S. 444 ff., Rosenberg a. a. O. S. 236, Dernburg § 123 II, Crome § 189 II, Enneccerus § 290 I, Kisch a. a. O. S. 252. Einen eigenartigen privatrechtlichen „Hinterlegungsvertrag“ konstruiert Beer a. a. O. S. 53 ff., dem Oertmann, Vorbem. 5, zustimmt.

⁶⁴ Richtig Endemann § 143 Z. 4 b und Kopf a. a. O.

⁶⁵ Diese Bedingungen sind insoweit, als die Gestaltung des Rechtsverhältnisses zwischen der Hinterlegungsstelle und den Beteiligten zugleich grundlegend für die Schicksale des Schuldverhältnisses zwischen den Beteiligten sind, im B.G.B. festgestellt. Daraus folgt aber keineswegs, daß jenes Rechtsverhältnis dem Privatrecht angehört. Es wird nur, weil es dem Privatrecht dient, vom Privatrecht her in die geeignete Form gewiesen. Auch zahlreiche andere Sätze des B.G.B. und mehr noch des E.G. greifen in das öffentliche Recht ein. — Hinsichtlich des Verfahrens bei der Annahme ist die Landesgesetzgebung durch die im E.G. Art. 145² getroffene Bestimmung beschränkt, daß die Hinterlegung nicht von einer gerichtlichen Anordnung abhängig gemacht werden kann.

bewahren und auf Verlangen zurückzugeben; handelt es sich um Geld, so erwirbt regelmässig der Staat das Eigentum und ist nur zur Rückerstattung des gleichen Betrages verpflichtet⁶⁶. Diese staatliche Verpflichtung besteht zunächst gegenüber dem Hinterleger. Darum ist auch der Schuldner, der zum Zwecke der Schuldtilgung hinterlegt hat, jederzeit zur Rücknahme befugt⁶⁷. Allein da er „für den Gläubiger“ hinterlegen muß, begründet er in ähnlicher Weise, wie durch Vertragsschluss zugunsten eines Dritten, zugleich ein Recht des Gläubigers gegen die Hinterlegungsstelle⁶⁸. Der Gläubiger kann der Hinterlegungsstelle die Annahme des ihm zgedachten Rechts erklären und von ihr die Herausgabe der hinterlegten Sache oder des hinterlegten Geldbetrages verlangen⁶⁹. Das Recht des Gläubigers gegenüber der Hinterlegungsstelle wird ein ausschließliches, sobald der Hinterlegungsstelle entweder seitens des Schuldners der Verzicht auf das Rücknahmerecht oder seitens des Gläubigers die Annahme erklärt oder von einem der Beteiligten ein rechtskräftiges Urteil, das die Rechtmässigkeit der Hinterlegung feststellt, vorgelegt wird⁷⁰. Doch erlischt das Recht des Gläubigers auf die hinterlegte Sache, wenn er sich binnen 30 Jahren nach Empfang der Anzeige von der Hinterlegung nicht bei der Hinterlegungsstelle meldet; dann tritt das Rücknahmerecht des Schuldners, selbst wenn es durch Verzicht ausgeschlossen war, wieder in Kraft⁷¹. Über die Art der Geltendmachung der den

⁶⁶ Durch E.G. Art. 145¹ ist die Landesgesetzgebung ermächtigt, bei der Hinterlegung von Geld und Wertpapieren das Verwahrungsverhältnis im Sinne des depositum irregulare auszugestalten. Dies haben fast alle Landesgesetze hinsichtlich des Geldes getan (zum Teil abweichend Bayr. Hinterl.O. § 8; vgl. Oertmann, Bayr. Landespriv. S. 189). Zugleich sind Bestimmungen über die Verzinsung der Gelddepots getroffen. Hinsichtlich der Wertpapiere haben es die Landesgesetze regelmässig bei der Form des depositum regulare belassen.

⁶⁷ B.G.B. § 376¹.

⁶⁸ Ein echter Vertrag zugunsten eines Dritten, wie Hellwig, Dernburg, Enneccerus, Crome, Oertmann a. a. O., Beer S. 56, Landsberg § 108 Anm. 2 u. A. annehmen, liegt nicht vor. Wohl aber ein entsprechendes öffentlichrechtliches Gebilde.

⁶⁹ Dafs bis dahin der Schuldner, wenn er nicht auf das Rücknahmerecht verzichtet hat, das von ihm begründete Recht des Gläubigers einseitig wieder aufheben kann, steht der Analogie mit der vertragsmässigen Begründung eines Rechtes des Gläubigers nicht entgegen, da auch bei dem Vertrage zugunsten eines Dritten dem Versprechensempfänger eine solche Befugnis zustehen kann; B.G.B. § 328²; Hellwig S. 447.

⁷⁰ B.G.B. § 376².

⁷¹ B.G.B. § 382. Ist keine Anzeige erfolgt, so treten diese Verschweigungswirkungen nicht ein. Auch nicht, wenn der Schuldner die Anzeige nicht zu

Beteiligten zustehenden Ansprüche und über die hierbei zu erbringenden Nachweise enthalten die Landesgesetze nähere Bestimmungen. Meist binden sie den Rückerstattungsanspruch an die Geltendmachung innerhalb einer gewissen Zeit, nach deren Ablauf ohne weiteres oder auf Grund eines Ausschlußverfahrens der hinterlegte Betrag dem Staate verfällt; doch dürfen sie hierbei die dem Gläubiger zur Ausübung seines Empfangsrechtes gewährte dreißigjährige Frist nicht verkürzen und müssen für die Ausübung des dem Schuldner nach Erlöschen des Gläubigerrechts zustehenden Rücknahmerechts eine Frist von mindestens einem Jahre einräumen⁷². Die Frage, ob und inwieweit die Ansprüche der Beteiligten gegen den Staat im Rechtswege verfolgbar sind, wird in den Landesgesetzen verschieden beantwortet⁷³. Die Haftung des Staats für das Verschulden seiner Beamten wird in Hinterlegungssachen meist anerkannt⁷⁴.

Das öffentlichrechtliche Verhältnis aus Hinterlegung nun aber tritt in den Dienst des Privatrechts. Der Schuldner kann es hervorrufen, um die Schuld zu tilgen. Dabei ist zu unterscheiden, ob die geschuldete Sache hinterlegungsfähig ist oder nicht. Hinterlegungsfähig sind Geld, Wertpapiere und andere Urkunden, sowie Kostbarkeiten⁷⁵. Das Landesrecht kann den Kreis der hinterlegungsfähigen Sachen erweitern⁷⁶.

erstatten brauchte, weil sie untunlich war; Hellwig S. 451, Müller a. a. O. S. 484, Planck³ Bem. 3; a. M. Dernburg § 123 VIII, Enneccerus § 290 Anm. 13, Rosenberg a. a. O. S. 235, Schollmeyer Bem. 2, Oertmann Bem. 2, Siber zu Planck⁴ Bem. 3.

⁷² E.G. Art. 145¹. Der Verfall tritt daher regelmäßig nach 31 Jahren ein. Vgl. Niedner zu Art. 145 Bem. 6 und 8c; Preufs. Hinterl.O. § 28.

⁷³ Meist ist der Rechtsweg ausgeschlossen. So nach ständiger Praxis in Preußen und jetzt nach Hinterl.O. § 3. Ferner nach Bayr. Hinterl.O. § 10, Hess. § 15—16, Meckl. § 9, Brem. § 21, Lüb. § 17. Dagegen halten Württ. A.G. Art. 158, Anhalt. Hinterl.O. § 25^a, Hamb. § 24 IV den Rechtsweg offen. Vgl. Endemann § 143 Anm. 49.

⁷⁴ So auch da, wo grundsätzlich die Haftung des Staates für den von seinen Beamten bei Ausübung der öffentlichen Gewalt zugefügten Schaden verneint wurde oder wird; vgl. Gierke, Verh. des XXVIII. Deut. J.T. I 127 Anm. 103, 128 Anm. 106. Jetzt verweist die Preufs. Hinterl.O. § 45 auf § 1 des Ges. v. 1. Aug. 1909.

⁷⁵ B.G.B. § 372. Das Landesrecht kann den Kreis dieser Sachen nicht verengern. Wird, wie dies vielfach geschieht, die Verpflichtung zur Annahme von Geld auf kassenmäßige Zahlungsmittel beschränkt, so kann damit nur die Annahme anderer Geldsorten als Gelddepot, nicht deren Annahme zur Aufbewahrung überhaupt ausgeschlossen werden. Vgl. Preufs. Hinterl.O. § 8.

⁷⁶ Auf solche Sachen finden dann nach E.G. Art. 146 die §§ 372—382

a. Ist die geschuldete Sache hinterlegungsfähig, so kann unmittelbar durch ihre Hinterlegung die Erfüllung ersetzt werden.

Das Recht zur Hinterlegung hat hier der Schuldner nicht nur stets, wenn der Gläubiger im Annahmeverzuge ist, sondern auch dann, wenn er aus einem anderen in der Person des Gläubigers liegenden Grunde oder wegen unverschuldeter eigener Ungewissheit über die Person des Gläubigers nicht oder nicht mit Sicherheit erfüllen kann⁷⁷. Die Rechtmäßigkeit der Hinterlegung hängt davon ab, daß der Schuldner für den Gläubiger hinterlegt und somit diesem den öffentlichrechtlichen Anspruch gegen die Hinterlegungsstelle verschafft. Braucht er aber nur gegen eine Leistung des Gläubigers zu erfüllen, so kann er das Empfangsrecht des Gläubigers von der Bewirkung der Gegenleistung abhängig machen⁷⁸. Nicht zur Rechtmäßigkeit, aber zur Ordnungsmäßigkeit der Hinterlegung gehört, daß der Schuldner bei der Hinterlegungsstelle des Leistungsortes hinterlegt und die Hinterlegung soweit dies nicht untunlich ist, unverzüglich dem Gläubiger anzeigt; verletzt er diese Verpflichtungen, so haftet er dem Gläubiger für Schadenersatz⁷⁹.

Die Wirkung der erfolgten Hinterlegung, die im Falle der Übersendung durch die Post auf die Zeit der Aufgabe zur Post zurückgezogen wird⁸⁰, ist entweder vorläufiger oder endgültiger Ersatz der Erfüllung durch Herstellung des Gläubigeranspruchs auf die hinterlegte Sache.

Als vorläufiger Erfüllungersatz wirkt die Hinterlegung, solange das Rücknahmerecht des Schuldners besteht. Der Schuldner kann die Leistung verweigern und den Gläubiger auf die hinterlegte Sache verweisen⁸¹. Der Gläubiger trägt die Gefahr der hinterlegten Sache. Auch hat der Schuldner während der Hinterlegung weder Zinsen zu zahlen, noch für nicht gezogene Nutzungen Ersatz zu leisten⁸². Andererseits ist die hinterlegte

B.G.B. Anwendung. — Bisher haben die Landesgesetze von dieser Ermächtigung nicht Gebrauch gemacht.

⁷⁷ B.G.B. § 372; Müller a. a. O. S. 430 ff.; Seuff. LX Nr. 205.

⁷⁸ B.G.B. § 373.

⁷⁹ B.G.B. § 374.

⁸⁰ B.G.B. § 375.

⁸¹ B.G.B. § 379¹ Der Schuldner ist also nicht, wie Entw. I § 276 bestimmen wollte, unter einer auflösenden Bedingung befreit (so Kohler, Arch. f. b. R. XIV 214), sondern hat eine Einrede.

⁸² B.G.B. § 379². Diese Wirkungen entsprechen denen des Annahmeverzuges, treten hier aber auch ohne Verzug ein.

Sache für den Gläubiger bereitgestellt. Der Gläubiger kann zugreifen und durch Annahmeerklärung gegenüber der Hinterlegungsstelle das Rücknahmerecht des Schuldners ausschließen. Schon vorher ist das Rücknahmerecht des Schuldners zugunsten des Gläubigers der Pfändung durch andere Gläubiger entzogen⁸³ und während des Konkurses des Schuldners auch für diesen selbst gesperrt⁸⁴. Allein solange das Rücknahmerecht besteht, ist die ganze Erfüllungswirkung nur vorläufig und wird daher, sobald die Rücknahme erfolgt, rückwärts hinfällig⁸⁵. Das Schuldverhältnis, das nicht erloschen, sondern nur gelähmt war, entfaltet seine ursprüngliche Kraft. Auch hinsichtlich der Gefahrtragung, der Zinsen und der Nutzungen ist es zu halten, als sei die Hinterlegung niemals erfolgt⁸⁶. Nun belasten auch die Kosten der Hinterlegung, die sonst den Gläubiger treffen, den Schuldner⁸⁷.

Als endgültiger Erfüllungersatz wirkt die Hinterlegung, sobald das Rücknahmerecht des Schuldners ausgeschlossen ist. Der Schuldner kann also der Hinterlegung von vornherein durch Verzicht auf das Rücknahmerecht endgültige Erfüllungskraft verleihen, ihr aber eine solche auch nachträglich jederzeit verschaffen. Der Gläubiger kann denselben Erfolg stets durch Annahmeerklärung herbeiführen. In jedem Falle gilt nunmehr die Schuld als durch die Hinterlegung getilgt. Der Schuldner wird daher in gleicher Weise befreit, als wenn er zur Zeit der Hinterlegung an den Gläubiger geleistet hätte⁸⁸. Nur zur Abgabe einer Erklärung, deren der Gläubiger etwa zum Nachweise seiner Empfangsberechtigung gegenüber der Hinterlegungsstelle bedarf, bleibt der Schuldner

⁸³ B.G.B. § 377¹. Nach B.G.B. § 400 mit § 413 ist anzunehmen, daß der Schuldner das Rücknahmerecht auch nicht abtreten kann; Kohler S. 182 ff., Planck³ Bem. 1, Oertmann Bem. 1, Enneccerus § 290 I 4; a. M. Hellwig S. 461 ff., Dernburg § 123 Anm. 12, Crome § 190 Anm. 18, Schollmeyer Bem. 1a, Siber b. Planck⁴ Bem. 1.

⁸⁴ B.G.B. § 377². Daß das Rücknahmerecht nicht in die Konkursmasse fällt, ergibt sich aus Konk.O. § 1⁴. Das B.G.B. § 377² entzieht aber während des Konkurses auch dem Schuldner die Befugnis zu seiner Ausübung. Dagegen kann der Schuldner auch jetzt auf das Rücknahmerecht verzichten (vgl. Kohler S. 224 ff., der aber unrichtig auch dem Konkursverwalter die Befugnis zum Verzicht gewährt). Ebenso wird das Recht des Gläubigers, sich durch Zugriff die hinterlegte Sache zu sichern, vom Konkurse nicht berührt; a. M. Hellwig S. 464 ff.

⁸⁵ B.G.B. § 379³.

⁸⁶ Die Folgen etwaigen Annahmeverzuges bleiben natürlich bestehen.

⁸⁷ B.G.B. § 381.

⁸⁸ B.G.B. § 378.

noch verpflichtet⁸⁹. Im übrigen hat der Gläubiger von ihm nichts mehr zu fordern. Seine Forderung ist erloschen. An ihre Stelle ist der ihm verschaffte öffentlichrechtliche Anspruch gegen die Hinterlegungsstelle getreten. Verwirkt er diesen Anspruch durch Verschweigung, so kann auch dadurch, daß der Schuldner das Rücknahmerecht zurückgewinnt, das ursprüngliche Schuldverhältnis nicht wieder ins Leben gerufen werden⁹⁰.

b. Ist die geschuldete Sache nicht hinterlegungsfähig, so muß die auf Schuldtilgung gerichtete Hinterlegung durch Umsatz der Sache in Geld vorbereitet werden. Das B.G.B. gibt daher dem Schuldner das Recht, die Sache zu verkaufen und den Erlös zu hinterlegen⁹¹. Dieses Recht hat der Schuldner stets im Falle des Gläubigerverzuges. Dagegen hat er es in den Fällen, die bei einem auf hinterlegungsfähige Sachen gerichteten Schuldverhältnis dem Gläubigerverzuge gleichgestellt sind, nur dann, wenn der Verderb der Sache zu besorgen oder ihre Aufbewahrung mit unverhältnismäßigen Kosten verbunden ist⁹².

Den Verkauf hat der Schuldner in der Form des Selbsthilfeverkaufes vorzunehmen. Diese Form ist vom Handelsrecht beim Handelskauf ausgebildet und vom bürgerlichen Recht übernommen. Sie fordert öffentliche Versteigerung am Leistungsorte oder, wenn dieser ungeeignet ist, an einem anderen geeigneten Orte. Die Versteigerung muß, um gegen den Gläubiger zu wirken, ihm vorher angedroht sein; nur wenn die Sache dem Verderb ausgesetzt und Gefahr im Verzuge ist oder wenn ein anderer

⁸⁹ B.G.B. § 380. So namentlich, wenn die Landesgesetze ein Anerkenntnis des Schuldners, daß der Gläubiger empfangsberechtigt sei, fordern oder mindestens für ausreichend erklären; Preuß. Hinterl.O. § 14, Bayr. § 24 usw. Im Falle des § 373 wird der Gläubiger, sobald er die Gegenleistung bewirkt hat, ein Anerkenntnis des Schuldners hierüber fordern können.

⁹⁰ Kohler S. 229; Hellwig S. 454; Dernburg § 123 VIII; Ennecerus § 290 Anm. 10; Schollmeyer zu § 382 Bem. 3; Oertmann Bem. 3. A. M. Planck³ Bem. 2 (dagegen jetzt Siber in 4. Aufl.), Hellmann, Kr.V.Schr. XLIV 122.

⁹¹ B.G.B. § 383—386. Vgl. dazu auch Martin Sohm, Der Selbsthilfeverkauf nach dem B.G.B. und dem H.G.B., Z. f. d. g. H.R. LIII 79 ff. — Diese Vorschriften gelten so gut, wie die der §§ 372—382, bei jeder auf Hingabe einer beweglichen Sache gerichteten Schuld. Somit nicht nur, wenn der Schuldner seine Sache übergeben soll, sondern auch, wenn er eine Sache des Gläubigers herauszugeben hat. In diesem Falle begründen sie zugleich Verfügungsmacht über eine fremde Sache. Vgl. M. Sohm S. 94 ff., 111 ff.; Beer S. 34 ff.; Crome § 211 Anm. 37; Oertmann zu § 383 Bem. 1^c.

⁹² B.G.B. § 383¹.

Umstand die Androhung untunlich macht, kann die Androhung unterbleiben. Von der erfolgten Versteigerung hat der Schuldner den Gläubiger, soweit dies nicht untunlich ist, unverzüglich zu benachrichtigen, widrigenfalls er für Schadensersatz haftet. An Stelle der Versteigerung ist bei Sachen mit Markt- oder Börsenpreis freihändiger Verkauf zum laufenden Preise durch einen zu solchen Verkäufen öffentlich ermächtigten Handelsmäkler oder durch eine zur öffentlichen Versteigerung befugte Person zulässig. Die Wirkung des gehörigen Selbsthilfeverkaufes ist lediglich Schaffung eines Geldbetrages, dessen öffentliche Hinterlegung als Ersatz der Erfüllung durch Leistung der geschuldeten Sache zu dienen vermag⁹³. Keineswegs daher tritt eine Umwandlung der Schuld in eine Geldschuld ein⁹⁴. Der Schuldner kann immer noch, wenn er dazu imstande ist, die geschuldete Sache leisten. Der Gläubiger kann vom Schuldner nicht die Herausgabe des Erlöses fordern. Hinterlegt der Schuldner den Erlös nicht, so wird er durch den Verkauf nicht von seiner ursprünglichen Verpflichtung befreit und muß auch die Kosten des Verkaufes tragen. Dasselbe aber gilt, wenn er die erfolgte Hinterlegung durch Ausübung seines Rücknahmerechts rückgängig macht⁹⁵. Der die Hinterlegung vorbereitende Selbsthilfeverkauf des bürgerlichen Rechts hat also eine durchaus andere rechtliche Natur, als der vom Handelsrecht beim Handelsverkaufe dem Verkäufer im Falle des Annahmeverzuges des Käufers gestattete Selbsthilfeverkauf⁹⁶. Dieser handelsrechtliche Selbsthilfeverkauf zielt auf Umwandlung der Warenschuld in eine Geldschuld; er hat nichts mit der Hinterlegung zu tun, ist auch zulässig, wenn die Ware hinterlegt werden könnte, und erfolgt von vornherein für Rechnung des säumigen Käufers⁹⁷.

⁹³ Vgl. Beer S. 15 ff.; M. Sohm S. 82, 107 ff., 113 ff.; Rosenberg S. 241 ff.; Müller S. 463; Endemann § 143 Anm. 15; Planck³ zu § 383 Bem. 1; Schollmeyer Bem. 1. — Teilweise abweichend R.Ger. LXIV Nr. 90.

⁹⁴ Eine solche nehmen Kohler S. 239 ff., Götte, D.J.Z. IV 399, Oertmann, zu § 383 Bem. 2^b, Siber, b. Planck⁴ Bem. 1 a α, an.

⁹⁵ B.G.B. § 386.

⁹⁶ H.G.B. § 373²⁻⁵. Vgl. M. Sohm S. 120 ff.

⁹⁷ Das Selbsthilfeverkaufsrecht hat der Verkäufer neben dem ihm vom H.G.B. § 373¹ gewährten Recht, die Ware auf Gefahr und Kosten des Käufers in einem öffentlichen Lagerhause oder sonst in sicherer Weise zu hinterlegen. Außerdem aber behält er nach H.G.B. § 374 die ihm nach bürgerlichem Recht wegen Annahmeverzuges des Käufers zustehenden Rechte, kann daher hinterlegungsfähige Ware oder den Erlös aus dem Selbsthilfeverkauf der Ware behufs Schuldtilgung bei einer öffentlichen Hinterlegungsstelle hinterlegen.

Wird der durch gehörigen Verkauf erzielte Erlös zum Zwecke der Schuldtilgung hinterlegt, so treten dieselben Wirkungen ein, wie sie die Hinterlegung der geschuldeten Sache selbst im Falle ihrer Hinterlegungsfähigkeit hervorruft. Der dem Gläubiger verschaffte Anspruch gegen die Hinterlegungsstelle gilt also, je nachdem das Rücknahmerecht des Schuldners besteht oder ausgeschlossen ist, als vorläufiger oder endgültiger Erfüllungersatz. Führt die Hinterlegung zur Schuldtilgung, so hat hier der Gläubiger außer den Hinterlegungskosten auch die Verkaufskosten zu tragen⁹⁸.

3. Aufrechnung⁹⁹. Die Erfüllung kann auch durch Aufrechnung (Kompensation) ersetzt werden. Aufrechnung ist Befriedigung des Gläubigers durch die der geschuldeten Leistung gleichwertete Aufhebung einer Gegenforderung des Schuldners.

Wenn zwei Personen einander Leistungen schulden, können sie durch Aufrechnungsvertrag die beiderseitigen Forderungen für aufgehoben erklären. Ein solcher Vertrag war von jeher zulässig und kann auch heute geschlossen werden¹⁰⁰. Damit wird

⁹⁸ B.G.B. § 386.

⁹⁹ Vgl. aus der überreichen Lit. besonders: Dernburg, Die Kompensation nach röm. R. mit Rücksicht auf die neueren Gesetzbücher, 2. Aufl. 1868 (zuerst 1854). Eisele, Die Kompensation nach röm. u. gem. R., 1876. Brinz, Pand. II § 149. Dernburg, Pand. II § 62 ff. Windscheid-Kipp § 348 ff. und die dortigen weiteren Literaturangaben. — Im Hinblick auf das Handelsrecht: G. Cohn a. a. O. III 1024 ff. — Zum geltenden Recht: Lippmann, Jahrb. f. D. XXXII 157 ff., XLIII 435 ff. Kohler, Z. f. Zivilproz. XX 1 ff., XXIV 1 ff., B.R. § 77 ff. Feder, Z. f. d. g. H.R. LIV 433 ff. F. Leonhard, Die Aufrechnung, Göttingen 1896; Arch. f. b. R. XXI 171 ff. Siber, Kompensation und Aufrechnung, 1899. Stölzel, Schulung für die zivilist. Praxis, II, 4. Aufl. 1906; Z. f. Zivilproz. XXIV 50 ff.; Arch. f. z. Pr. XCV 1 ff.; Jahrb. f. D. LX 467 ff. Eccius b. Gruchot XLII 15 ff. C. Liebknecht, Kompensationsvollzug und Kompensationsvorbringen nach gem. R., 1897; Vorbehaltszahlung und Eventualaufrechnung, 1899. Weismann, Z. f. Zivilproz. XXVI 1 ff. E. Weigelin, Das Recht zur Aufrechnung als Pfandrecht an der eignen Schuld, Hannover 1904; dazu Krückmann, Z. f. Zivilproz. XXIII 355 ff. — Lang, Das Aufrechnungsrecht, 1906. — Stammler S. 240 ff.; Matthiafs I § 95; Endemann § 144 ff.; Cosack § 111; Crome § 191 ff.; Dernburg § 124 ff.; Landsberg § 109; Enneccerus § 292 ff.; Komm. zu B.G.B. § 387—396.

¹⁰⁰ Vgl. über nord. R. v. Amira I 484, II 574. Über röm. u. gem. R. Dernburg, Kompens. § 71, Eisele S. 229 ff., Römer, Abh. I 92 ff., Siber S. 50, Windscheid § 351 Z. 2. Über heut. R. Kohler, Z. f. Zivilproz. XXIV 30 ff.; Siber S. 141 ff.; Weigelin S. 124 ff.; Kipp b. Windscheid S. 461; Stammler S. 241; Rehbein S. 329 ff.; Endemann § 146; Crome § 191 I 1; Landsberg § 109 IV; Enneccerus § 292 I; Planck, Vorbem. 1; Schollmeyer, Bem. 1^a; Oertmann, Vorbem. 2.

kein besonderes Recht ausgeübt, sondern nur eine gegenseitige Hingabe und Hinnahme an Erfüllungsstatt vollzogen¹⁰¹. Jeder Teil gewährt dem andern Teil anstatt der geschuldeten Leistung die Befreiung von einer Schuld und nimmt dafür die Befreiung von der eignen Schuld als Ersatz der ihm geschuldeten Leistung an¹⁰².

Anders verhält es sich bei der echten Aufrechnung, die der eine Teil auch wider den Willen des andern Teils durchsetzen kann. Sie ist ein eigenartiges Rechtsinstitut, das dem älteren deutschen Recht im allgemeinen fremd war¹⁰³, auch im römischen Recht sich nur allmählich entwickelt hat¹⁰⁴ und erst im modernen Recht zu voller Ausbildung gelangt ist¹⁰⁵. Die Aufrechnung wird durch einseitige Willenserklärung vollzogen¹⁰⁶. Sie setzt daher ein besonderes Auf-

¹⁰¹ Der Aufrechnungsvertrag wird daher hauptsächlich angewandt, wo ein Aufrechnungsrecht nicht besteht. Vgl. R.Ger. LXXII Nr. 89.

¹⁰² Meist wird der Aufrechnungsvertrag als gegenseitiger Erlafsvertrag bezeichnet; so Planck, Schollmeyer, Oertmann, Stammer, Ennecerus a. a. O. Der Erlafs aber ist hier nicht, wie sonst, abstrakter Vertrag, sondern entgeltliches Kausalgeschäft. Die schon für das gemeine Recht von Römer a. a. O., für das heutige Recht von Siber S. 144, Fr. Leonhard, Arch. f. b. R. XXI 178 u. Weigelin a. a. O. verteidigte Annahme zweier einseitiger Erlafsverträge wird regelmäfsig der Parteiabsicht widersprechen. Meist wird auch zum Unterschiede vom gewöhnlichen Erlafs Rückwirkung nach dem Vorbilde der gesetzlichen Aufrechnung gewollt sein; Kipp a. a. O. Doch entscheidet über den Vertragsinhalt in erster Linie überhaupt der Parteiwille; Rehbein a. a. O.

¹⁰³ Ihm stand schon der prozessrechtliche Grundsatz entgegen, daß der Kläger vor Erledigung der Klage auf eine Widerklage nicht zu antworten braucht; Sachsensp. III 12 § 1, Planck, Gerichtsv. I 389 ff., 801 ff. Nur in bestimmten Fällen hatte der Schuldner ein Aufrechnungsrecht; vgl. über „Verebnen“ im nord. R. v. Amira I 481 ff., II 574 ff. Regelmäfsig aber handelt es sich dabei nur um Kürzung der Forderung durch Anrechnung einer aus demselben Rechtsverhältnis entsprungenen Gegenforderung.

¹⁰⁴ Vgl. die oben Anm. 99 angef. Schriften von Dernburg, Eisele, Windscheid und Siber. Bis zuletzt war im röm. R. die Kompensation nur ein prozessrechtliches Institut.

¹⁰⁵ Im gemeinen Recht erfolgte die Ausbildung auf römischrechtlicher Grundlage. Doch wurde die Kompensation mehr und mehr vom Prozeß gelöst und als materiell-rechtliches Institut anerkannt. Die neueren Gesetzbücher behandeln sämtlich die Kompensation als eine besondere Schuldtilgungsart. Vgl. Preufs. A.L.R. I, 16 §§ 300—377; Code civ. Art. 1289—1299; Osterr. Gb. §§ 1438 bis 1443; Sächs. Gb. §§ 938—997; Schweiz. O.R. Art. 131—139 (120—126).

¹⁰⁶ Die ältere gemeinrechtliche Lehre nahm seit dem Glossator Martinus auf Grund des römischen Satzes „ipso jure compensatur“ an, daß die einander gegenüberstehenden Forderungen ohne darauf gerichtete Willenserklärung von Rechts wegen erlöschen. Ausdrücklich bestimmt dies Code civ. Art. 1290.

rechnungsrecht voraus, kraft dessen der Schuldner dem Gläubiger die Befreiung von einer Schuld als Erfüllungssurrogat aufdrängen und so gleichzeitig die eigne Forderung zur Befriedigung des Gläubigers und die fremde Forderung zur eignen Befriedigung verwenden kann¹⁰⁷. Ein derartiges Recht wird heute dem Schuldner in gewissem Umfange durch Rechtssatz gewährt. Durch Vertrag kann es in noch weiterem Umfange eingeräumt, aber auch eingeschränkt oder ausgeschlossen werden¹⁰⁸.

Auch im Preufs. A.L.R. I, 16 § 301 und im Öst. Gb. § 1438 gibt sich diese Auffassung kund. In neuerer Zeit dagegen drang im gemeinen Recht die Ansicht durch, daß die Aufrechnung durch eine einseitige Willenserklärung zustande komme; vgl. Seuff. LIV Nr. 82. Dies ist auch der Standpunkt des Sächs. Gb. § 992 und des Schweiz. O.R. Art. 138 (124). Das B.G.B. hat ihn in voller Klarheit durchgeführt.

¹⁰⁷ Das Aufrechnungsrecht ist nicht im ursprünglichen Schuldinhalt gegeben; die Aufrechnung ist nicht bloß eine besondere Art der Erfüllung, auch nicht, wie Kohler a. a. O. S. 2 ff., Lehrb. § 77, meint, eine Anweisung an den Gläubiger, an sich selbst zu zahlen. Vielmehr ist das Aufrechnungsrecht ein besonderes Gestaltungsrecht, das erst infolge des Zusammentreffens von Schuldner- und Gläubigerstellung gegenüber derselben Person unter bestimmten Voraussetzungen entsteht und als Hilfsrecht in den Schuldinhalt eintritt. Dieses Gestaltungsrecht aber schließt eine Zugriffsmacht auf die fremde Forderung ein. Vgl. oben § 176 S. 109—110. — Manche, wie Weigelin S. 39 ff. und Krückmann, konstruieren das Aufrechnungsrecht als ein Pfandrecht an der eignen Schuld, Andere, wie Fr. Leonhard a. a. O. S. 210 ff. und Oertmann, Vorbem. 4, wenigstens als ein dem Pfandrecht verwandtes Zwangsverwertungsrecht. Allein aus einem selbständigen Herrschaftsrecht an der fremden Forderung fließt die Zugriffsmacht nicht. Ein Pfandrecht an der eignen Schuld kann rechtsgeschäftlich oder durch Pfändung erworben werden, besteht dann aber unabhängig vom Aufrechnungsrecht und schließt andererseits dieses nicht aus; R.Ger. LVII Nr. 80 S. 363. Die Zugriffsmacht kraft Aufrechnungsrechtes kann nie für sich, sondern immer nur zusammen mit der gleichzeitig erlangten Macht, die eigne Forderung ohne Mitwirkung des Schuldners aufzuheben, ausgeübt werden. Hier wie dort handelt es sich um einen Ausfluß des einheitlichen Gestaltungsrechtes, das eben eine bestimmte Verfügungsmacht über beide Forderungen einschließt.

¹⁰⁸ Solche Verträge sind vom Aufrechnungsvertrage (oben Anm. 100) scharf zu unterscheiden; vgl. Weigelin S. 124 ff., Oertmann, Vorbem. 2 a. E. Sie sind nur insoweit unzulässig, als zwingende Rechtssätze einer Erweiterung des Aufrechnungsrechtes entgegenstehen. Daß die Wegbedingung des Aufrechnungsrechtes, wie nach bisherigem Recht (vgl. Preufs. A.L.R. I 16 § 372, Sächs. Gb. § 996, Schweiz. O.R. Art. 139, jetzt 126), auch nach B.G.B. möglich ist, folgt aus § 391² (unten Anm. 111); auch stillschweigende Wegbedingung ist möglich, Seuff. LXI Nr. 4; R.Ger. LXXI Nr. 48. Ob der Verzicht auch für den Konkursfall gemeint ist, ist Auslegungsfrage; R.Ger. LX Nr. 85. Gegenüber einer Forderung aus Betrug des anderen Teils ist nach R.Ger. LX Nr. 67 der Verzicht nicht bindend. — Besondere Abreden über Aufrechenbarkeit enthalten

Das Aufrechnungsrecht setzt nach der gesetzlichen Regel voraus, daß zwei Personen einander Leistungen schulden, die ihrem Gegenstand nach gleichartig sind¹⁰⁹. Unter dieser Voraussetzung tritt es für jeden Teil ein, sobald die eigne Schuld erfüllbar, die fremde fällig ist¹¹⁰. Verschiedenheit der Leistungs- oder Aufrechnungsorte steht der Aufrechnung nicht entgegen, der aufrechnende Teil muß nur dem andern Teil den Schaden ersetzen, den dieser dadurch erleidet, daß ihm der Empfang oder die Bewirkung der Leistung an einem bestimmten Orte entzogen wird; doch ist in der Vereinbarung, daß die Leistung zu einer bestimmten Zeit an einem bestimmten Orte erfolgen soll, im Zweifel eine vertragsmäßige Ausschliessung der Aufrechenbarkeit von Forderungen mit

der Skontrationsvertrag (Aufrechnung unter mehr als zwei Personen) und der Kontokorrentvertrag (Aufschub der Aufrechnung bis zum Rechnungsabschluss).

¹⁰⁹ B.G.B. § 387. Vgl. Preufs. A.L.R. I, 16 § 343 ff., Code civ. a. 1291, Öst. Gb. § 1438, Sächs. Gb. § 989, Schweiz. O.R. a. 131 (120). — Gleichartigkeit ist vorhanden, wenn jeder Teil in der Befreiung von der eignen Leistung einen vollen Ersatz dafür empfängt, daß er die fremde Leistung nicht bekommt. Dies ist vor allem regelmässig der Fall, wenn einander Geldforderungen oder Forderungen auf vertretbare Sachen gleicher Art entgegenstehen. Nach Code civ. a. 1291 und altem Schweiz. O.R. a. 131 (anders jetzt a. 120) sind überhaupt nur derartige Forderungen aufrechenbar. Als Regel gilt dies auch nach Preufs. A.L.R. I, 16 § 345 und Sächs. Gb. § 989; doch läßt jenes in § 371 auch bei fungiblen geldwerten Handlungen, dieses in § 997 bei Forderungen auf Leistung derselben Sache oder auf Handlungen ganz gleicher Art die Aufrechnung zu. Das B.G.B. gestattet grundsätzlich die Aufrechnung bei Forderungen jeder Art. — Entscheidend für die Gleichartigkeit ist nicht der ursprüngliche, sondern der gegenwärtige Schuldinhalt. Ist daher eine Forderung anderer Art in eine Geldforderung übergegangen, so ist sie gegen eine Geldforderung aufrechenbar. Demgemäß kann der Schuldner im Konkurse des Gläubigers mit jeder Forderung in Höhe des Geldbetrages, zu dem er sie liquidieren kann, aufrechnen; Konk.O. § 54¹ u. 4. — Konnexität der Forderungen (wie beim Zurückbehaltungsrecht) ist nicht erforderlich (vgl. indes V.V.G. § 78 und jetzt auch H.G.B. § 890, unten Anm. 117 und § 188 Anm. 83). Ebenso wenig (abweichend vom gem. R., Bayr. L.R. IV c. 15 § 1, Preufs. L.R. I, 16 § 359 ff., Code civ. a. 1291) Liquidität. Nur für die prozessuale Behandlung des Aufrechnungseinwandes kann der Mangel an Konnexität und Liquidität Bedeutung gewinnen; vgl. Z.Pr.O. § 145², 302.

¹¹⁰ B.G.B. § 387. Die anderen Gesetzbücher fordern Fälligkeit beider Forderungen; so Preufs. A.L.R. I, 16 § 343, Code civ. a. 1291, Öst. Gb. § 1439, Sächs. Gb. § 990, Schweiz. O.R. a. 131 (120). Doch beruht dies wohl nur auf ungenauer Ausdrucksweise. Denn sobald der Schuldner erfüllen darf, muß er auch dann, wenn der Gläubiger noch nicht fordern kann, seinerseits aufrechnen können. — Im Konkurse des Gläubigers kann der Schuldner auch mit betagten und bedingten Forderungen in demselben Umfange, in dem er sie bar liquidieren könnte, aufrechnen; Konk.O. § 54¹⁻³.

anderem Leistungsort zu finden¹¹¹. Sind die Forderungen dem Gegenstande nach gleichartig, so wird die Aufrechnung durch Ungleichheit ihres Umfanges nicht ausgeschlossen; der Schuldner kann nicht nur seine Schuld durch Aufrechnung mit einem entsprechenden Teil einer größeren Gegenforderung tilgen, sondern auch, obschon er zur Teilleistung nicht berechtigt wäre, einen Teil seiner Schuld durch Aufrechnung einer geringeren Gegenforderung abtragen^{111a}. Erfordernis jeder Aufrechnung ist, daß beide Forderungen rechtsbeständig sind¹¹². Steht einer Forderung eine Einrede entgegen, so kann zwar gegen sie, nicht aber mit ihr aufgerechnet werden; doch bleibt die Aufrechnung mit einer verjährten Forderung zulässig, wenn diese zu der Zeit, zu der sie gegen die andere Forderung aufgerechnet werden konnte, noch nicht verjährt war¹¹³.

Berechtigt zur Aufrechnung ist der Schuldner mit einer ihm gegen den Gläubiger zustehenden Forderung. Nur der Schuldner also, nicht jeder Dritte, der wirksam für ihn erfüllen könnte, kann aufrechnen. Doch kann, wer kraft eines Ablösungsrechtes in eigenem Interesse den Gläubiger befriedigen kann, ihn auch durch Aufrechnung befriedigen¹¹⁴. Der Schuldner kann ferner nur mit einer eignen, nicht mit einer fremden Forderung aufrechnen¹¹⁵. Auch muß ihm über die Forderung, mit der er auf-

¹¹¹ B.G.B. § 391. — Vgl. Preufs. A.L.R. I, 16 § 350—351; Code civ. Art. 1296; Sächs. Gb. § 990.

^{111a} Doch kann der Gläubiger, wenn er nur einen durch die Gegenforderung nicht gedeckten Teil seiner Forderung einklagt, den Schuldner, der aufrechnen will, auf den nicht eingeklagten Teil der Forderung verweisen; R.Ger. LVII Nr. 23, LXXX Nr. 87, ebenso für das bisherige Recht Preufs. O.Trib. LXXVII 225 ff., R.Ger. XIII Nr. 38, XII Nr. 75. A. M. R.O.H.G. XV 104 ff., R.Ger. VII Nr. 70, für das heut. R. O.L.G. Marienwerder Seuff. LIX Nr. 195. — Über Grenzen der Teilaufrechnung R.Ger. LXXIX Nr. 85.

¹¹² Somit ist, wenn eine Forderung nicht oder nicht mehr besteht, die Aufrechnung unwirksam und auch die andere Forderung nicht erloschen. Vgl. bes. Oertmann, Recht 1901 S. 447 ff., Bem. 4 zu § 387; Liebkecht S. 120 ff.; Weigelin S. 60; Enneccerus § 293 Anm. 2. A. M. Kohler S. 20; Stölzel, Schulung II 232 ff.; Fr. Leonhard a. a. O. S. 202 ff.

¹¹³ B.G.B. § 390. Wie nach bisherigem Recht; Seuff. XXXIX Nr. 203, XL Nr. 283, R.Ger. XII Nr. 62. Vgl. oben § 174 S. 47 Anm. 158.

¹¹⁴ B.G.B. § 268¹, 1142² 1224, 1249.

¹¹⁵ Vgl. R.Ger. XLII Nr. 75; Seuff. LIV Nr. 217. Bloße Zustimmung des Dritten genügt nicht; R.Ger. LXXXVII Nr. 87. — Auch der Bürge kann zwar mit einer eignen Forderung, nicht aber mit einer Forderung des Hauptschuldners aufrechnen; nur hat er, solange der Hauptschuldner aufrechnen kann, eine aufschiebende Einrede; B.G.B. § 770², unten § 206 Anm. 65. Der Schuldübernehmer kann nicht mit einer Forderung des bisherigen Schuldners

rechnen will, Verfügungsmacht zustehen¹¹⁶. Der Schuldner kann endlich nur mit einer Forderung aufrechnen, die sich gegen den Gläubiger richtet¹¹⁷. Schuldet er einer zur gesamten Hand berechtigten Personenmehrheit, so kann er auch nicht mit einer Forderung gegen einen einzelnen Teilhaber aufrechnen¹¹⁸. Doch wird der Schuldner gegen den Verlust einer begründeten Aussicht auf Aufrechnung durch einen Wechsel in der Person des Gläubigers geschützt. Darum kann er gegenüber einem Sondernachfolger des Gläubigers noch mit einer Forderung gegen den bisherigen Gläubiger aufrechnen, die Forderung müßte denn vom Schuldner erst nach Erlangung der Kenntnis vom Gläubigerwechsel erworben oder im Falle früheren Erwerbs erst nach diesem Zeitpunkt und später als die übergegangene Forderung fällig geworden sein¹¹⁹. In gleicher Weise kann der Schuldner gegenüber dem durch Beschlagnahme der Forderung in das Recht des Gläubigers eingerückten Drittgläubiger mit einer Forderung gegen den ursprünglichen Gläubiger aufrechnen, falls diese Forderung ihm schon zur Zeit der Beschlag-

aufrechnen; § 417¹ S. 2. Der Gesamtschuldner nicht mit der Forderung eines Mitschuldners; § 422².

¹¹⁶ Somit kann z. B. die Ehefrau mit einer zum Eingebrachten gehörigen Forderung nicht ohne Einwilligung des Mannes aufrechnen. Ist eine Forderung mit einem Nießbrauch belastet, so kann der Gläubiger nicht ohne Zustimmung des Nießbrauchers aufrechnen; oben Bd. I 693 Anm. 69. Der Gesellschafter als Schuldner kann nicht mit einem Anteil an der Gesellschaftsforderung aufrechnen; B.G.B. § 719¹. — Umgekehrt kann, wer über eine fremde Forderung verfügen kann, auch mit ihr aufrechnen. So der Testamentsvollstrecker. Aufrechnungsmacht ohne sonstige Verfügungsmacht gewährt B.G.B. § 1376 Nr. 2 dem Ehemann. Über das Aufrechnungsrecht des Forderungspfandgläubigers vgl. oben Bd. II 1015 Anm. 40.

¹¹⁷ Daher kann, wer eine Leistung an einen Dritten versprochen hat, nicht mit einer Forderung gegen den Versprechensempfänger aufrechnen; vgl. die ausdrückliche Anwendung dieses Grundsatzes in H.G.B. § 890, die aber seit der Nov. v. 1908 in gleicher Weise, wie im V.V.G. § 78, auf nicht konnexe Gegenforderungen beschränkt ist; unten § 188 Anm. 83. Ebenso kann, wer jedem von mehreren Gesamtgläubigern schuldet, dem einen gegenüber nicht mit einer Forderung gegen den anderen aufrechnen; B.G.B. § 429³. Vgl. auch Konk.O. § 55 Z. 1. — Das R.Ger. LXXX Nr. 7 versagt auch dem Schuldner einer Vorerbschaftsforderung die Aufrechnung mit einer ihm persönlich und nicht als Nachlassgläubiger zustehenden Forderung gegen den Vorerben.

¹¹⁸ B.G.B. § 719², 1442², 2040². Vgl. meine Genossenschaftsth. S. 544 ff.

¹¹⁹ B.G.B. § 406. Analog im Falle des § 575. Desgleichen im Falle der richterlichen Übertragung der Forderung gegen den Ersterer eines Grundstücks auf einen Gläubiger gemäß Z.V.G. § 118; R.Ger. LXXXIV Nr. 2. — Übereinstimmend schon die gemeinrechtliche Praxis; Seuff. II Nr. 279, VI Nr. 177, XII Nr. 18, XIII Nr. 91, XIV Nr. 22, XXXVI Nr. 126, XLI Nr. 97.

nahme zustand und entweder damals schon fällig war oder doch hinterher vor der beschlagnahmten Forderung oder gleichzeitig mit ihr fällig geworden ist¹²⁰.

Es gibt Forderungen, denen gegenüber die Aufrechnung unzulässig ist. Dahin gehört jede Forderung aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung; wer aus solchem Grunde schuldet, soll vor allem sein Unrecht wieder gut machen¹²¹. Ferner findet gegen eine Forderung, wenn und insoweit sie unpfändbar ist, Aufrechnung nicht statt; ist die Forderung, weil die geschuldete Leistung der Lebensnotdurft des Gläubigers dient, dem Zugriffe Dritter entzogen, so soll auch der Schuldner sich aus ihr nicht wegen einer Gegenforderung befriedigen, sondern sie real erfüllen¹²². Doch können Hilfsverbände gegen unpfändbare Forderungen auf Unterstützungsgelder stets die ihnen geschuldeten Beiträge aufrechnen¹²³.

¹²⁰ B.G.B. § 392. — Ebenso wird durch die konkursrechtliche Beschlagnahme die Aufrechnung, die nunmehr in erweitertem Umfange zulässig wird (oben Anm. 109—110), nur nach Maßgabe der in Konk.O. § 55 Z. 2 u. 3 getroffenen Bestimmungen beschränkt, die den Gedanken des § 392 in Anpassung an den Konkursfall und unter ergänzender Rücksichtnahme auf die konkursrechtliche Anfechtung durchführen; vgl. dazu R.Ger. LVIII Nr. 3, LXXIX Nr. 38.

¹²¹ B.G.B. § 393; bedenklich R.Ger. b. Seuff. LXIII Nr. 203. Vgl. Code civ. a. 1293 Nr. 1; Sächs. Gb. § 994; Schweiz. O.R. a. 132 (125) Z. 1; für das gem. R. Seuff. XLVIII Nr. 19.

¹²² B.G.B. § 394 S. 1. Darin liegt gegenüber dem bisherigen Recht, das nur die Aufrechnung gegen unpfändbare Alimentenforderungen verbot (Preufs. A.L.R. I, 16 § 366—367, Code civ. Art. 1293 Z. 3, Sächs. Gb. § 995) und im übrigen die Aufrechnung mit unpfändbaren Forderungen zuließ (R.Ger. XLI Nr. 11, Obst. L.G. Bayern Seuff. XLIII Nr. 107, XLVII Nr. 192, anders ebd. XXXIX Nr. 95) eine außerordentliche Erweiterung des Aufrechnungsverbots. Vor allem ist schlechthin die Aufrechnung gegen Forderungen auf Arbeits- oder Dienstlohn nach Maßgabe des R.Ges. v. 21. Juni 1869 (n. F. v. 29. März 1897) und der Z.P.O. § 850 Z. 1 ausgeschlossen. So auch Schweiz. O.R. a. 132 (125) Z. 2. Vgl. hierüber und über die vielfach streitigen Grenzen des Aufrechnungsverbots bes. Lotmar, Arbeitsvertrag I 395 ff.; Sigel der gewerbliche Arbeitsvertrag S. 43 ff.; Sinzheimer, Lohn und Aufrechnung, 1902; Wallroth Arch. f. b. R. XXIV 50 ff.; Oertmann, Bem. 4 zu § 394; dazu oben § 176 S. 107 Anm. 196. — Die Aufrechnung mit einer unpfändbaren Forderung ist an sich nicht verboten; Schollmeyer, Bem. 3, Weigelin S. 112; a. M. Sinzheimer S. 18 ff. Soweit es sich aber um Dienst- oder Arbeitslohn handelt, wird sie durch § 2² des Beschlagnahmegesetzes ausgeschlossen; Oertmann, Bem. 5. — Das Verbot des § 394 ist zwingendes Recht. Eine verbotswidrige Aufrechnung ist nichtig.

¹²³ Im B.G.B. § 394 S. 2 ist dies für die aus Kranken-, Hilfs- und Sterbekassen, insbesondere aus Knappschaftskassen und Kassen der Knappschaftsvereine, zu beziehenden Hebungen bestimmt, deren Unpfändbarkeit Z.Pr.O. § 850 Z. 4 ausspricht. Für eingeschriebene Hilfskassen gilt Gleiches; Hilfs-

Dazu treten landesgesetzliche Einschränkungen des Aufrechnungsverbots im Beamtenrecht¹²⁴ und im Gesinderecht¹²⁵. Weiter ist, soweit bei Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien, Gesellschaften mit beschränkter Haftung, eingetragenen Genossenschaften und Versicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit die Beitragsforderungen gegen die Mitglieder vinkuliert sind, auch die Aufrechnung gegen sie ausgeschlossen; solche Beitragsschulden sollen real erfüllt werden, damit das Körperschaftsvermögen den satzungsmäßigen Barbestand erreiche¹²⁶. Auf einem alten Privileg des Fiskus endlich, das auf Gemeinden und andere Kommunalverbände ausgedehnt ist, beruht es, daß gegen ihre Forderungen

kassenges. § 10. Ebenso für die Ansprüche aus öffentlichrechtlicher Kranken-Invaliden- und Unfallversicherung, gegen die aber noch bestimmte andere konnexe Forderungen aufgerechnet werden können; Kranken-V.G. § 56, Inval. V.G. § 55, Gew.U.V.G. § 96 (Land- u. Forstw.U.V.G. § 102, Bau-U.V.G. § 37, See-U.V.G. § 100); jetzt R.V.O. § 223, 622, 1324.

¹²⁴ Auf Grund des E.G. Art. 81 lassen manche Landesgesetze gegen die Ansprüche von Beamten, Geistlichen und öffentlichen Lehrern auf Besoldung, Wartegeld oder Ruhegehalt auch insoweit, als sie unpfändbar sind, die Aufrechnung mit Gegenforderungen aus dem Amts- oder Dienstverhältnis unbeschränkt zu. So Bayr. A.G. Art. 12, vgl. Oertmann, Bayr. L.P.R. § 46; Mecklenb. § 38 (Str. § 37); Oldenb. § 3 (Birkenf. § 5, Lüb. § 3); Braunsch. § 22; Meining. Art. 7; Altenb. § 31; Kob.-Goth. Art. 19; Sondersh. Art. 13. Nach Hess. A.G. Art. 35 gilt dies nur für Gegenforderungen aus vorsätzlicher Verletzung der Dienstpflicht. — Dagegen ist nach den A.G. für Weimar § 30, Reufs ä. L. § 31 u. Reufs j. L. § 26 die Aufrechnung stets nur gegen den pfändbaren Teil des Dienstehinkommens (Z.Pr.O. § 850²) zulässig. Gleiches gilt überall, wo (wie in Preußen) es an einer besonderen Gesetzesbestimmung fehlt.

¹²⁵ Nach manchen Landesgesetzen kann der Dienstherr gegen die Lohnforderung des Gesindes mit Entschädigungsforderungen aus Verletzung der Dienstpflicht unbeschränkt aufrechnen; so A.G. für Preußen Art. 14 § 1³, f. Waldeck Art. 11², Hess. Gesinde-O. Art. 22, Weimar § 42, Mein. a. 28, Reufs ä. L. § 26, Lüb. § 24. Nach Bayr. A.G. Art. 21, Lipp. Ges.G. § 11 u. Elsass-Lothr. § 8 nur bei vorsätzlicher oder grobfahrlässiger, nach Württ. Ges.O. Art. 16³ und Anhalt § 25 nur bei vorsätzlicher Pflichtverletzung. Nach Kob.-Goth. Ges.O. § 91 nur in Höhe eines Monatslohnes und innerhalb eines Monats.

¹²⁶ H.G.B. § 221, 320³; G. m. b. H.G. § 19; Genoss.-Ges. § 22; R.G. v. 12. Mai 1901 § 26. Diese Aufrechnungsverbote sind zwingendes Recht. Auch die Körperschaft kann infolge des Liberierungsverbotes mit der Beitragsforderung nicht aufrechnen. Somit ist auch vertragmäßige Aufrechnung nichtig. — Das R.Ger. LXXXV Nr. 76 erklärt bei der G. m. b. H. das zugunsten der Forderung auf Einzahlung der Stammeinlage bestehende Aufrechnungsverbot für eine der Forderung als solcher anklebende, ihren Wert steigernde Eigenschaft, auf die sich auch der Pfandgläubiger oder Zessionar berufen kann.

nur mit Forderungen, bei denen die Leistung an dieselbe Kasse zu erfolgen hat, aufgerechnet werden kann¹²⁷.

Die Ausübung des Aufrechnungsrechts erfolgt durch Erklärung gegenüber dem anderen Teil¹²⁸. Die Aufrechnungserklärung ist ein einseitiges empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft¹²⁹. Sie trägt weder Bedingung noch Befristung^{129 a}. Doch kann, wer den Bestand einer Forderung bestreitet, in wirksamer Weise die Aufrechnung für den Fall erklären, daß die Forderung besteht¹³⁰. Hat der eine oder der andere Teil mehrere zur Aufrechnung geeignete Forderungen, so kann der aufrechnende Teil zwar bestimmen, welche Forderungen gegeneinander aufgerechnet werden sollen, der andere Teil aber durch unverzüglichen Widerspruch diese Be-

¹²⁷ B.G.B. § 395. Vgl. oben Bd. I 477 Anm. 12; Preuß. A.L.R. I, 16 § 368—369. Das Aufrechnungsrecht des Staates oder der Gemeinde ist nicht beschränkt. Vertragmäßige Aufrechnung bleibt stets zulässig.

¹²⁸ B.G.B. § 388; oben Anm. 106. Die Erklärung kann außerhalb des Prozesses oder im Prozeß abgegeben werden. Im Falle des Konkurses ist sie gegenüber dem Konkursverwalter abzugeben.

¹²⁹ Dies gilt auch für die prozessuale Aufrechnungserklärung, die nicht mit Kohler a. a. O. S. 17 ff. u. Lehrb. § 79 als eine von der zivilistischen Aufrechnung verschiedene Rechtshandlung aufgefaßt werden kann, sondern nur gleichzeitig Prozeßhandlung ist und hierdurch möglicher Weise in ihrer Tragweite beschränkt wird. Vgl. Planck zu § 388 Bem. 2; Schollmeyer Bem. 2 a; Oertmann Bem. 1; Siber S. 112 ff.; Dernburg § 124 III; Endemann § 147 I b; Crome § 194 I; Enneccerus § 292 III 1; Leonhard S. 154.

^{129 a} B.G.B. 388 S. 2. Auch kann sie nicht im voraus vor Eintritt der Aufrechnungslage abgegeben werden; R.Ger. b. Seuff. LX Nr. 30.

¹³⁰ Darüber, daß trotz B.G.B. § 388 S. 2 eine „Eventualaufrechnung“ zulässig ist, herrscht in Theorie und Praxis nahezu Einigkeit. Als eine solche ist namentlich die prozessuale Aufrechnung gemeint. Die Zulässigkeit der Eventualaufrechnung wird von Manchen aus den Besonderheiten der prozessualen Aufrechnung (oben Anm. 129) hergeleitet und daher auf den Prozeß beschränkt. Von Anderen wird zutreffend (obschon wieder in verschiedener Weise) ausgeführt, daß eine wahre Bedingung hier überhaupt nicht vorliege, die Eventualaufrechnung also auch außerhalb des Prozesses statthaft sei. Der weitere Streit über die prozessualische Behandlung des Einwandes eventueller Aufrechnung, in dem die Praxis entgegen der Lehre Stölzels durchweg daran festhält, daß der Richter auch dann, wenn die Gegenforderung und ihre Aufrechenbarkeit feststeht, über den Bestand der bestrittenen Forderung zu entscheiden hat (R.Ger. XLII Nr. 75 u. 86, Seuff. LIII Nr. 55), gehört ins Prozeßrecht. — Vgl. bes. die oben S. 163 in Anm. 99 angef. Schriften von Stölzel, Eccius u. Liebknecht, sowie Kipp S. 443 ff., Leonhard S. 449 ff., Siber S. 118 ff., Mannsfeld, D.J.Z. 1898 S. 255 ff., Hellwig, Lehrb. des Zivilproz. I § 35.

stimmung entkräften; fehlt es an einer Bestimmung oder wird die Bestimmung hinfällig, so entscheiden gleiche gesetzliche Regeln, wie sie gelten, wenn der Schuldner bei der Erfüllung nicht bestimmt hat, welche von mehreren Forderungen erfüllt sein soll¹³¹.

Die Wirkung der Aufrechnung ist, daß die Forderungen, soweit sie sich decken, als in dem Zeitpunkte, in dem sie zur Aufrechnung geeignet einander gegenübergetreten sind, erloschen gelten¹³². Das Erlöschen tritt also nicht von Rechtswegen ein, sondern wird erst durch die Aufrechnungserklärung bewirkt¹³³. Vorher besteht nur für jeden Teil oder doch für einen Teil ein Aufrechnungsrecht, das den Bestand der Forderungen unberührt läßt^{133 a}. Denn es ist ein Gestaltungsrecht, das den Berechtigten in den Stand setzt, durch seine Willenserklärung zugleich die fremde und die eigne Forderung aufzuheben, das aber, wenn von ihm nicht Gebrauch gemacht wird, jeder Tilgungskraft entbehrt¹³⁴. Allein die Aufrechnungslage ist bereits ein rechtlich wirksamer Zustand¹³⁵.

¹³¹ B.G.B. § 396; oben S. 147. Über die vielfach streitigen Einzelfragen vgl. bes. Deichmann b. Gruchot XLII 257 ff.; v. Seeler, Arch. f. b. R. XV 104 ff.; J. Goldschmidt, ebd. S. 153 ff.; Sontag, ebd. XXI 10 ff.; Weigelin S. 146 ff.; Planck zu § 396; Oertmann zu § 396; Enneccerus § 295. Über bisheriges Recht R.Ger. XVII Nr. 34, Seuff. XXXV Nr. 112, XLIII Nr. 106, LI Nr. 18.

¹³² B.G.B. § 389. Ähnlich Schweiz. O.R. a. 138¹ S. 2, jetzt 124².

¹³³ Auch heute halten Manche an der alten Vorstellung der *compensatio ipso jure* (oben Anm. 106) in der Weise fest, daß sie die Forderungen bereits mit dem Eintritt der Aufrechnungslage unter der Rechtsbedingung der Aufrechnungserklärung erlöschen lassen und der Aufrechnungserklärung nur deklarative Bedeutung zuschreiben. So Dernburg § 127, Liebknecht, Vorbehaltszahlung S. 110, u. bes. Enneccerus § 294, während Endemann⁸ § 144 Anm. 19 und Oertmann²⁻³, Vorbem. 3, diese von ihnen in früheren Auflagen verteidigte Auffassung aufgegeben haben. Vgl. dagegen Feder a. a. O. S. 462 ff., Kipp S. 439, Fr. Leonhard a. a. O. S. 197 ff., Siber S. 131 ff., Planck, Vorbem. 2, Schollmeyer, Vorbem. 1 b.

^{133 a} Vgl. R.Ger. LXII Nr. 15 S. 62. Während nach gem. R. schon die Schuld, gegen die der Schuldner aufrechnen kann, als Nichtschuld gilt, ist dies nach B.G.B. anders. R.Ger. LXVI Nr. 62.

¹³⁴ Darum hat auch der Schuldner, der in Unkenntnis der Aufrechnungslage erfüllt, nur geleistet, was er schuldete, und kann keinen Bereicherungsanspruch geltend machen. Vgl. Crome § 193 Anm. 2, 6; Endemann § 144 Anm. 25; Fr. Leonhard S. 189; Siber S. 133; Planck³ zu § 389 Bem. 2; Kuhlenbeck (bei Staudinger) Bem. 1; Schollmeyer Bem. 2; Weigelin S. 174 ff. A. M. Hellwig, Anspruch S. 20; Kipp S. 441; Kohler, Z. f. Zivilproz. XX 18 ff.; Liebknecht S. 108 ff.; Oertmann Bem. 1; Enneccerus § 294 II²; jetzt auch Siber zu Planck⁴ Bem. 3.

¹³⁵ Vgl. Kohler, Z. f. Zivilproz. XXIV 34 ff. („Vinkulierungszustand“);

Denn eben dadurch, daß das Aufrechnungsrecht in den Schuldinhalt eingetreten ist, hat der Schuldinhalt eine Veränderung erfahren¹³⁶. Diese Veränderung besteht in einer Abschwächung der Forderungskraft. Darum knüpfen sich schon an das Vorhandensein der Aufrechnungslage bestimmte Rechtsfolgen¹³⁷. Und darum wird der Aufrechnung rückwirkende Kraft beigelegt, so daß sie die Forderungen dergestalt vernichtet, als wenn sie mit dem Eintritt der Aufrechnungslage durch Erfüllung erloschen wären¹³⁸. Die Aufrechnung stempelt also nachträglich für jede der Forderungen das Aufgewogensein durch die andere Forderung zum Erfüllungersatz.

IV. Vertragmäßige Aufhebung. Jedes Schuldverhältnis kann innerhalb der Grenzen der Vertragsfreiheit durch Vertrag zwischen Gläubiger und Schuldner aufgehoben werden¹³⁹.

Der nackte Schuldauhebungsvertrag heißt Erlaß¹⁴⁰. Durch

Weigelin, ebd. XXVI 35 ff. (verwandt mit dem Zustande der Anfechtbarkeit); Landsberg § 104 II 3; Oertmann, Vorbem. 3. Ferner Crome § 193, Endemann § 144 Z. 2 c, die aber in Annäherung an die Theorie der *compensatio ipso jure* von einem „Schwebezustand“ reden.

¹³⁶ Oben S. 165 Anm. 107. Diese Veränderung trifft der Regel nach beide einander gegenüberstehende Schuldverhältnisse; jedoch dann, wenn das Aufrechnungsrecht nur für einen Teil begründet ist, nur das eine von ihnen.

¹³⁷ So das Einrederecht des Bürgen (oben Anm. 115); die Erhaltung des Aufrechnungsrechts gegenüber dem Rechtsnachfolger (oben Anm. 119—120); der Schutz des Aufrechnungsrechts gegenüber dem Rücktritt und der Kündigung des anderen Teils nach B.G.B. § 357 und 554².

¹³⁸ Hiermit wird auch der Zinsenlauf, der Verfall einer Vertragsstrafe, der Eintritt des Verzuges von diesem Zeitpunkte an rückwärts hinfällig. Auch erklärt es sich aus der Rückwirkung, daß, wer gegenüber der Konkursmasse aufrechnet, sich am Konkurse nicht zu beteiligen braucht, sondern sich wegen seiner Forderung voll aus der Gegenforderung des Gemeinschuldners befriedigen kann; Konk.O. § 53. — Über die Rückwirkung nach gem. R. vgl. R.Ger. b. Seuff. LIV Nr. 82.

¹³⁹ Unzulässig ist kraft zwingender Rechtssätze z. B. die vertragmäßige Aufhebung der familienrechtlichen Unterhaltsverbindlichkeiten für die Zukunft (B.G.B. § 1614¹) oder der dem Befreiungsverbot unterliegenden Beitragsschulden bei Aktiengesellschaften (H.G.B. § 221), Gesellschaften mit beschränkter Haftung (G.m.b.H.G. § 19 u. 25) und eingetragenen Genossenschaften (Gen.G. § 22²). Nur beschränkt zulässig ist die vertragmäßige Aufhebung der Unterhaltsansprüche des unehelichen Kindes (B.G.B. § 1714) und gewisser Ersatzansprüche der Aktiengesellschaft (H.G.B. § 205).

¹⁴⁰ Vgl. über röm. u. gem. R.: Windscheid § 357. Altmann, der Erlaßvertrag, I, Geschichtliche Grundlagen, Leipzig 1891. Meißels, Z. f. d. P. u. ö. R. d. G. XVIII 700 ff., XIX 1 ff. — Über das alte nord. Recht v. Amira I 485 ff., II 577 ff. — Zum heutigen R.: Hartmann, Arch. f. z. Pr. LXXXV 1 ff. Cohn b. Gruchot XLVII 221 ff. Endemann § 149.

einseitigen Verzicht des Gläubigers wird nach heutigem deutschen Recht die Forderung nicht aufgehoben¹⁴¹. Vielmehr kommt der Erlafs nur durch Vertrag zustande. Der Gläubiger muß das Aufgeben seiner Forderung, der Schuldner die Annahme seiner Befreiung erklären. Ein solcher Vertrag bedarf keiner besonderen Form¹⁴². Er kann insbesondere auch durch Geben und Nehmen einer Quittung geschlossen werden¹⁴³. Der Erlafs bewirkt unmittelbar das Erlöschen des Schuldverhältnisses¹⁴⁴. Diese Wirkung tritt unabhängig vom Rechtsgrunde des Erlasses ein. Der Erlafs kann unentgeltlich oder entgeltlich, in Schenkungsabsicht oder zu einem anderen Zweck vorgenommen werden. Er selbst aber ist ein abstrakter Vertrag, der aus sich heraus eine Vermögensverschiebung hervorbringt¹⁴⁵. Ist die Willenseinigung über das Er-

Cosack § 113. Matthiafs § 97. Dernburg § 130. Landsberg § 110. Enneccerus § 297. Komm. zu B.G.B. § 397.

¹⁴¹ Nach älterem deut. R. war einseitiger Verzicht auf eine Forderung möglich. Vgl. für das nord. R. v. Amira I 486, II 578. An dieser Anschauung, die auch heute dem Rechtsbewußtsein entsprechen dürfte, hielt die ältere gemeinrechtliche Praxis vielfach fest; vgl. v. Savigny, Syst. IV 128 ff., Unger II § 94 Anm. 28, Meifsels a. a. O. XVIII 717. Auch das Österr. Gb. § 1444 fordert keine Annahme; Meifsels a. a. O. XIX 1 ff. Dagegen verlangt das Preufs. A.L.R. I, 16 § 388 die Annahme und macht nur bei der gerichtlichen Entsagung eine Ausnahme (§ 392). In der neueren gemeinrechtlichen Lehre drang allgemein die Ansicht durch, daß einseitiger Verzicht die Forderung nicht aufhebe. Ausdrücklich bestimmt dies das Sächs. Gb. § 998. Das gleiche folgt aus B.G.B. § 397¹; R.Ger. LXXII Nr. 38.

¹⁴² Der formfreie Erlafsvertrag ist eine gemeinrechtliche Bildung. Man hielt sich an das Vorbild der römischen *acceptilatio*, ohne deren Form aufzunehmen oder die deutschrechtlichen Formen (ausdrückliche mündliche Erklärung mit Handreichung oder Erlafsbrief) festzuhalten. Das Preufs. A.L.R. I, 16 § 381 fordert mindestens ausdrückliche Erklärung; im übrigen gelten die allgemeinen Vorschriften über Form der Verträge. Dagegen bestimmt das Schweiz. O.R. Art. 140 (115), daß es zur gänzlichen oder teilweisen Aufhebung einer Forderung einer besonderen Form auch dann nicht bedarf, wenn zur Eingehung der Verbindlichkeit eine Form erforderlich oder gewählt war.

¹⁴³ Vgl. oben Anm. 35. Im älteren deut. R. stand dafür die Form der Quittung ohne Empfangsbekanntnis zugebote; oben Anm. 32. — Auch die Rückgabe des Schuldscheins kann Erlafs bedeuten; vgl. Preufs. A.L.R. I, 16 § 389—391, Code civ. Art. 1282—1283. Ebenso die Vernichtung des Schuldscheins im Beisein des Schuldners.

¹⁴⁴ B.G.B. § 397¹. Der Abschluß eines bloßen *pactum de non petendo* im römischen Sinne, durch das die Forderung nicht aufgehoben, sondern nur eine Einrede gegen sie begründet wird, ist nicht ausgeschlossen.

¹⁴⁵ Darum ist schenkweise gewährter Erlafs Handgeschenk und nicht an die Form des Schenkungsversprechens gebunden.

löschen der Schuld in sich rechtsbeständig, so erlischt die Schuld auch dann, wenn es an einem zureichenden rechtlichen Grunde dafür fehlt¹⁴⁶. Doch ist der Erlass nicht notwendig abstrakt. Denn da er eine Bedingung verträgt, kann er auch von dem Dasein oder Eintritt eines bestimmten rechtlichen Grundes abhängig gemacht werden¹⁴⁷.

Gleiche Wirkung mit dem Erlass kann ein negativer Anerkennungsvertrag haben¹⁴⁸. Wenn der Gläubiger durch Vertrag mit dem Schuldner anerkennt, daß ein Schuldverhältnis nicht bestehe, so braucht darin nur die bindende Feststellung zu liegen, daß das Schuldverhältnis nicht entstanden oder bereits erloschen ist. Allein ein derartiger Vertrag ist auch geeignet, ein bestehendes Schuldverhältnis zu zerstören. Aus welchem Grunde die Aufhebung des Schuldverhältnisses in dem Kleide der Anerkennung seines Nichtbestandes auftritt, ob etwa subjektive Ungewißheit über den Bestand waltet oder bewußt der wirkliche Tatbestand verhüllt wird, ist für die Wirkung des negativen Anerkennungsvertrages bedeutungslos: er ist abstrakter Natur und trägt die Kraft eines Erlassvertrages in sich¹⁴⁹. An eine Form ist auch er nicht gebunden¹⁵⁰.

Die Aufhebung eines Schuldverhältnisses kann auch durch kausalen Vertrag erfolgen. Der Erlass ist, wie schon bemerkt

¹⁴⁶ Der Gläubiger kann jedoch, insoweit der Schuldner durch die erlangte Befreiung ungerechtfertigt bereichert ist, gemäß B.G.B. § 812 ff. die Herausgabe seiner Leistung, somit die Wiederherstellung seiner Forderung verlangen („Kondiktion des Erlasses“).

¹⁴⁷ So namentlich bei gegenseitigem Erlass; vgl. oben S. 104 Anm. 102.

¹⁴⁸ B.G.B. § 397². Vgl. Endemann § 149 Z. 1 b; Crome § 195 II; Dernburg § 130 III; Enneccerus § 297 II.

¹⁴⁹ Doch kann wegen eines Mangels im Rechtsgrunde auch das Anerkenntnis nach den Vorschriften über den Bereicherungsanspruch kondiziert werden, wie dies in § 812² ausdrücklich vorgesehen ist. So insbesondere, wenn es nur den Nichtbestand der Schuld feststellen sollte, die Annahme des Nichtbestandes aber auf einem Irrtum beruhte. Doch folgt, wenn der Gläubiger den Bestand der Forderung nachgewiesen hat, nicht schon aus der Form des Anerkenntnisses, wie Planck³ zu § 397 Bem. 5 meint, die Irrtümlichkeit seiner Leistung. Vielmehr muß der Gläubiger auch seinen Irrtum beweisen, da das Anerkenntnis eben auch für den Willen, eine bestehende Schuld zu erlassen, geeignetes Ausdrucksmittel ist. Vgl. Schollmeyer Bem. 2, Oertmann Bem. 7, Enneccerus § 397 II 2 b, jetzt auch Siber b. Planck⁴ Bem. 5.

¹⁵⁰ Im Gegensatze zum positiven Schuldanerkenntnis (§ 781). Der negative Anerkennungsvertrag kann daher auch stillschweigend geschlossen werden. So auch durch Geben und Nehmen einer Quittung (oben S. 151 Anm. 35) oder Kraftloserklärung des Schuldscheins (oben S. 153 Anm. 43).

wurde, der Ausgestaltung zum Kausalgeschäft fähig. Vom Erlaß, der sich unmittelbar auf Schuldauflösung richtet, ist bei den auf Vertrag beruhenden Schuldverhältnissen der auf Auflösung des Vertrages selbst gerichtete Vertrag zu unterscheiden, der mittelbar schuldzerstörend wirkt¹⁵¹. Ein kausaler Schuldauflösungsvertrag liegt auch vor, wenn ein Schuldverhältnis dadurch aufgehoben werden soll, daß ein zu seinem Ersatz bestimmtes neues Schuldverhältnis begründet wird. Als ein besonderes Rechtsinstitut, wie es die römische Novation war¹⁵², ist solche Schuldneuerung im heutigen deutschen Recht nicht mehr anerkannt¹⁵³. Auch ist ihre praktische Bedeutung durch die auf deutschrechtlicher Grundlage entwickelte Veränderlichkeit der Schuldverhältnisse sehr zusammengeschrumpft¹⁵⁴. Wo sie aber vorkommt, ist die Aufhebungswirkung des Vertrages von der rechtswirksamen Begründung des neuen Schuldverhältnisses abhängig¹⁵⁵.

¹⁵¹ Vgl. J. Demelius, Zur Lehre von der Aufhebung der Schuldverhältnisse, Erlangen 1902; Oertmann, Vorbem. 3b zu § 362 ff. — Über den Auflösungsvertrag im nord. R. v. Amira II 581 ff.

¹⁵² Vgl. über röm. u. gem. R. Windscheid § 353 ff. und die dort angeführte umfangreiche Literatur; R. Merkel, Der römischrechtliche Begriff der novatio und dessen Anwendbarkeit im heut. gem. R., Straßburg 1892; v. Blume, Novation, Delegation und Schuldübernahme, Göttingen 1895; Enneccerus § 298 I. — Auch das Preuß. A.L.R. I, 16 § 454 ff., Code civ. a. 1271 ff., Öst. Gb. § 1376 ff., Sächs. Gb. § 1001 ff., Schweiz. O.R. a. 142—143 (stark verändert jetzt a. 116—117) widmen der Novation noch besondere Bestimmungen.

¹⁵³ Das B.G.B. erwähnt sie nicht; vgl. Motive II 78 ff. Dazu Berndorff a. a. O. S. 45 ff.; Stammler S. 231 ff.; Kipp b. Windscheid S. 472 ff.; Endemann § 142 Z. 2b; Crome § 188; Dernburg § 119—120; Enneccerus § 298 II—III; Oertmann, Vorbem. 3a.

¹⁵⁴ Die römische Verwendung der Novation, um einen Personenwechsel zu erzielen, ist durch die Ausbildung der Übertragbarkeit von Forderung und Schuld überflüssig geworden. Aber auch die Novation zwecks Umschaffung des Schuldinhaltes ist infolge der heutigen Abänderlichkeit des Schuldinhaltes meist entbehrlich; oben § 178 II S. 118. Eine Novation kann aber kraft eines darauf gerichteten Parteiwillens stets vorgenommen werden; R.Ger. b. Seuff. LXII Nr. 202.

¹⁵⁵ Dies gilt auch dann, wenn, wie dies für die römische Novation begriffswesentlich war, an Stelle der bisherigen Schuld eine abstrakte Schuld (z. B. eine Wechselschuld) gesetzt wird. Dagegen entsteht in diesem Falle die neue Schuld unabhängig von der Aufhebungswirkung des Neuerungsvertrages und kann nur, wenn die alte Schuld nicht bestand oder nicht erlosch, nach den Vorschriften über ungerechtfertigte Bereicherung kondiziert werden. Ist der Neuerungsvertrag auch in Ansehung der zum Ersatz bestimmten neuen Schuld kausal angelegt, so hindert der Mangel der Aufhebungswirkung auch die Entstehung der neuen Schuld; so im Falle des B.G.B. § 607², vgl. R.Ger. LXII

V. **Aufhebung durch einseitiges Rechtsgeschäft.** Im allgemeinen kann durch einseitige Willenserklärung eines Teils ein Schuldverhältnis nicht aus der Welt geschafft werden. Der Schuldner kann sich nicht einseitig ledig erklären, aber auch der Gläubiger kann nicht einseitig verzichten. Anders verhält es sich, wenn kraft Vereinbarung oder Rechtssatzes einem Teil ein besonderes Gestaltungsrecht zusteht, vermöge dessen er durch einseitige Willenserklärung das Erlöschen des Schuldverhältnisses bewirken kann. Als solche Gestaltungsrechte können sich, von dem schon besprochenen Aufrechnungsrecht abgesehen, das Kündigungsrecht und das Rücktrittsrecht erweisen. Doch bewirkt die Kündigung nur, wenn sie Kündigung ohne Kündigungsfrist ist, unmittelbar die Aufhebung, sonst nur die Befristung eines dauernden Schuldverhältnisses¹⁵⁶. Und der Rücktritt von einem Vertrage führt nur unter Umständen die Beendigung, vielfach dagegen nur eine Veränderung des Schuldverhältnisses herbei¹⁵⁷.

VI. **Beendigung durch objektive Tatbestände.** Schuldverhältnisse können auch durch Verwirklichung vom Willen unabhängiger Tatbestände erlöschen.

Ein allgemeiner Beendigungsgrund dieser Art ist die Vereinigung von Forderung und Schuld in derselben Person¹⁵⁸. Damit erlischt das Schuldverhältnis, weil Niemand sein eigener Schuldner sein kann¹⁵⁹. Doch wirkt die Vereinigung nur insoweit

Nr. 15. — Die Begründung einer neuen Verbindlichkeit an Erfüllungsstatt (oben S. 155 Anm. 56) darf nicht, wie jetzt Enneccerus a. a. O. Anm. 16 will, mit der Schuldneuerung identifiziert werden. Vielmehr greifen hier die Grundsätze über die Wirkungen der Annahme als Erfüllung ein.

¹⁵⁶ Oben § 176 S. 118 Anm. 112—125.

¹⁵⁷ Unten § 184 IV 2.

¹⁵⁸ Vgl. Windscheid § 352 und die dort angef. Schriften über röm. u. gem. R.; E. Mosler, Zur Lehre von der Konfusion nach gem. röm. R. und dem Recht des B.G.B., 1897; Schwedler, Das Erlöschen der Schuldverhältnisse durch Vereinigung von Recht und Pflicht nach bürgerl. R., 1897; E. Sachs, Die Wirkungen der Konfusion nach röm. R. und dem R. des B.G.B., 1898, S. 32 ff., 73 ff.; P. Kretschmar, Die Theorie der Konfusion, 1899; Endemann § 189 Z. 2; Matthiafs § 98; Cosack I § 113; Crome § 196 I; Dernburg § 132; Landsberg § 110 Z. 6; Enneccerus § 299. — Preuss. A.L.R. I, 16 § 476 ff.; Code civ. Art. 1300—1301; Öster. Gb. § 1445; Sächs. Gb. § 1008; Schweiz. O.R. Art. 144 (118). Im B.G.B. ist der § 291 des Entw. I als selbstverständlich gestrichen.

¹⁵⁹ Eine Befriedigung des Gläubigers ist nicht erfolgt. Doch wird z. B. in B.G.B. § 1164², 1173¹ und 1176 der Untergang durch Vereinigung der Befriedigung gleichgestellt.

schuldzerstörend, als sie die volle Identität des Subjektes von Forderung und Schuld herbeiführt. Darum erlischt das Schuldverhältnis durch die Vereinigung nicht, wenn entweder die selbständige Schuld eines Anderen als des Gläubigers fortbesteht¹⁶⁰ oder die Forderung der selbständigen Mitherrschaft eines Anderen als des Gläubigers unterworfen ist¹⁶¹. Ferner tritt auch beim vollen Wegfall der Subjektsverschiedenheit anstatt des Erlöschens des Schuldverhältnisses insoweit nur dessen Ruhen ein, als der objektive Schuldbestand infolge seiner Verkörperung in einem Wertpapier oder seiner Einfügung in den Rahmen einer dinglichen Schuld in Kraft bleibt¹⁶². Endlich wird mit dem Wegfall einer nur vorübergehenden Vereinigung deren schuldzerstörende Wirkung rückwärts hinfällig¹⁶³; insbesondere büßt die Vereinigung durch Erbgang ihre Wirksamkeit wieder ein, wenn und soweit eine Sonderung zwischen der Erbschaft und dem Vermögen des Erblassers eintritt¹⁶⁴.

Forderungen, die auflösend bedingt oder betagt sind, erlöschen von Rechts wegen mit Eintritt der Bedingung oder des Endtermins.

Ist die Forderung oder die Schuld höchstpersönlicher Art, so

¹⁶⁰ So bei der Vereinigung der Forderung mit der Schuld eines von mehreren Gesamtschuldern; B.G.B. § 425². Ebenso wenig erlischt durch die Vereinigung der Forderung mit der Bürgschaftsschuld die Hauptschuld.

¹⁶¹ So im Falle der Belastung der Forderung mit einem Nießbrauch oder Pfandrecht; oben Bd. II. 692 Anm. 65, 1013 Anm. 32. Ebenso, wenn die Forderung dem Gläubiger zur gesamten Hand mit Anderen zusteht. Dagegen erlischt die Forderung durch Vereinigung mit der Schuld in der Person eines Gesamtgläubigers, weil jeder Gesamtgläubiger die volle Herrschaft hat; B.G.B. § 429². — Selbstverständlich darf auch, wenn das Vermächtnis einer dem Erblasser gegen den Erben zustehenden Forderung sein Ziel erreichen soll, die Vereinigung durch den Erbfall dem Vermächtnisnehmer gegenüber nicht schuldzerstörend wirken; das B.G.B. § 2175 bestimmt dies in Form einer Fiktion.

¹⁶² Oben § 175 S. 62 Anm. 31—32. — Das neue Schweiz. O.R. hat in a. 118³ einen besonderen Vorbehalt zugunsten der Vorschriften über das Grundpfandrecht und die Wertpapiere eingefügt.

¹⁶³ Das Preufs. A.L.R. I, 16 § 479—481 spricht auch hier nur von einem „Ruhen“ der Schuld, das Sächs. Gb. § 1008 und das Schweiz. O.R. a. 144 (148)² von einem Wiederaufleben.

¹⁶⁴ Absolut in den Fällen des B.G.B. § 1976 und 2143, relativ in den Fällen des § 1991² und 2377. Das B.G.B. operiert hier überall mit der Fiktion, daß die durch die Vereinigung erloschenen Rechte als nicht erloschen gelten. Näher ist davon im Erbrecht zu handeln.

erlischt das Schuldverhältnis mit dem Tode des Gläubigers oder des Schuldners¹⁶⁵.

Auch durch Eintritt der Unmöglichkeit der Leistung kann das Schuldverhältnis erlöschen¹⁶⁶.

Dritter Titel.

Rechtsnachfolge in Schuldverhältnisse.

§ 180. Rechtsnachfolge in Forderungen¹.

I. Überhaupt. Im heutigen Recht ist auf Grund des deutschen Schuldbegriffes die Auffassung durchgedrungen, daß eine Forderung ihr Subjekt wechseln und somit Gegenstand einer Rechtsnachfolge sein kann².

Von selbst erstreckt sich jede Gesamtnachfolge in ein Vermögen auf die in ihm enthaltenen Forderungen. Die Forderungen gehen daher vor allem, soweit sie nicht mit dem Tode erlöschen, auf den Erben über. Die grundsätzliche Vererblichkeit der Forderungen war im deutschen Recht seit alter Zeit anerkannt³.

¹⁶⁵ Die Unvererblichkeit kann auf ausdrücklicher oder aus der Natur der Leistung zu entnehmender Parteiabrede oder auf gesetzlicher Bestimmung (vgl. z. B. B.G.B. § 520, 673, 727, 759¹, 847, 1300, 1615) beruhen. Bisweilen begründet der Tod nur ein Kündigungsrecht (B.G.B. § 569, 605 Z. 3). Vgl. Windscheid-Kipp § 359; Endemann § 196 II; Dernburg § 131.

¹⁶⁶ Vgl. oben § 178 V S. 125 ff.

¹ Über das ältere deut. R.: Stobbe, Z. f. d. g. H. R. XI 397 ff.; Deut. Privatr. III § 177, b. Lehmann § 226. Brunner, Forsch. S. 602 ff. (Z. f. H. R. XXII 522 ff.); Grundzüge S. 210 ff. Fockema-Andreae II 21 ff. G. Buch, Die Übertragbarkeit der Forderungen im deut. mittelalt. R., Unters. z. D. St. u. R.G. CXVIII, 1912. Gál, Z. f. R. G. XLVI 602 ff. Buch ebd. XLVII 429 ff. Hübner, Grundz.² § 78 I. v. Schwerin, R.G.² S. 106. Nord. R. b. v. Amira, O.R. I 58 ff., II 78 ff. — Über das röm. u. gem. R.: Mühlenbruch, Die Lehre von der Cession der Forderungsrechte, 3. Aufl. 1836 (1. 1817); Neubearbeitung von A. Schmidt 1863/66. Windscheid § 329—336. Brinz² II § 289 ff. Dernburg, Pand. II § 48—52. Ryck, Schuldv. S. 485 ff. — Über Landesrechte: Dernburg, Preufs. P.R. II 181 ff.; Förster-Eccius I § 99. Hasenöhr, Öst. O.R. II § 71 ff. Zachariae-Crome II § 294. Baumeister, Hamb. P.R. I § 42. Heimbach § 236. — Über das heutige deut. R.: Stammler S. 180 ff. Cosack I⁶ § 116. Matthiafs § 100. Endemann § 150 ff. Dernburg § 133 ff. (⁴ 134 ff.) Ennecerus § 301 ff. Crome § 197 ff. Landsberg § 111. Kohler § 60 ff. Affolter, Arch. f. b. R. XIII 296 ff. Komm. zu B.G.B. § 398 ff.

² Oben § 175 II 4 S. 59 ff.

³ Sachsensp. I, 6 § 4, 9 § 1—3, III, 31 § 1 u. 3. Daß häufig in den Urkunden die Leistung an die Erben besonders versprochen wird, erklärt

Sie galt auch im römischen Recht. Das römische Recht aber vermied hierbei den Bruch mit seinem streng persönlichen Schuld-begriff durch die Ausgestaltung des Gedankens der Universal-sukzession im Sinne der Fortsetzung der erblasserischen Persönlich-keit. Dagegen brachte das deutsche Recht, da es die Erbfolge als Nachfolge in eine objektive Vermögenseinheit behandelte, mit ihrer Erstreckung auf Forderungen den Gedanken zum Ausdruck, daß die Forderungen übertragbare Vermögensbestandteile seien. Darum wurden die Forderungen nur insoweit, als sie Bestandteile des Nachlasses waren, und in den Fällen einer Spaltung der Erb-folge nach Vermögensmassen nur mit derjenigen Vermögensmasse, als deren Bestandteile sie erschienen, vererbt⁴. Andererseits aber wurde überall, wo sich außerhalb des Erbrechts eine Gesamtnach-folge in ein Sondervermögen ausbildete, damit zugleich eine Rechts-nachfolge in die zum Sondervermögen gehörigen Forderungen an-erkannt⁵. Im heutigen Recht hat die deutschrechtliche Auffassung gesiegt. Der Begriff der Gesamtnachfolge hat nicht mehr die ihm vom römischen Recht zugewiesene Funktion, die Rechtsnachfolge in Forderungen zu ermöglichen, sondern gliedert nur die Rechtsnach-folge in Forderungen einer einheitlichen Vermögensnachfolge ein. Die Forderungen gehen auf den Erben über, weil und soweit sie Bestandteile des Vermögens sind, das „als Ganzes“ übergeht. Eben-so aber wird in allen anderen Fällen der Gesamtnachfolge der Übergang der Forderungen durch ihre gegenständliche Eigenschaft als Vermögensbestandteile bedingt und begrenzt.

Hiermit ist zugleich die Möglichkeit einer S o n d e r n a c h f o l g e in Forderungen gesetzt. Das römische Recht konnte sie trotz der Vererblichkeit der Obligation verneinen, weil eben nur sein Begriff der Universal-sukzession imstande war, einem persönlichen Bande den Fortbestand im Wechsel der Subjekte zu verschaffen. Sind

sich aus dem Vorkommen unvererblicher Forderungen; die Vererblichkeit wird damit gegen Zweifel gesichert. So wird ja auch unzählige Male bei der Übertragung des Eigentums die Übereignung zugleich an die Erben ausgesprochen, weil es eben auch unvererbliches Eigentum gab. — Über den Umfang der Vererblichkeit vgl. auch Buch, Übertragbarkeit S. 22 ff.

⁴ Es ist bezeichnend, daß nach Sachsensp. I, 9 § 2 der Vasall, der einem Anderen sein Lehn aufzulassen gelobt hat, im Falle des Todes des Versprechens-empfängers vor der Auflassung an dessen Lehnerben zu erfüllen verpflichtet ist, dagegen, falls kein Lehnerbe da ist, an den rechten Erben nach seiner Wahl auflassen oder das als Entgelt Empfangene herausgeben kann; nur die Forderung auf Rückerstattung also gehört zum Allodialnachlaß.

⁵ Vgl. oben Bd. II 65 Anm. 75—76.

dagegen Forderungen einmal als Vermögensbestandteile anerkannt, die mit dem Vermögen übergehen, so können sie auch als selbständige Vermögensgegenstände ausgeschieden werden, die für sich der Übertragung zugänglich sind. Demgemäß hat das deutsche Recht in der Tat die Sondernachfolge in Forderungen ausgebildet und dem modernen Rechte überliefert. Eine Forderung kann durch Rechtsgeschäft, durch einen unmittelbar darauf gerichteten Rechtsatz oder durch richterliche Verfügung übertragen werden.

II. Übertragung durch Rechtsgeschäft. Die rechtsgeschäftliche Übertragung einer Forderung erfolgt durch Vertrag zwischen dem bisherigen und dem neuen Gläubiger.

1. Geschichte. Das deutsche Recht sah stets die rechtsgeschäftliche Übertragung einer Forderung als möglich an. Allein es forderte ursprünglich zu ihrer Wirksamkeit die Zustimmung des Schuldners⁶. Der Schuldner konnte die Leistung jedem Dritten verweigern, sofern er nicht versprochen hatte, auch an ihn zu leisten. Die Mitwirkung des Schuldners liefs sich auch nicht durch einseitige Übertragung des Rechtes zur Geltendmachung der Forderung umgehen⁷. Erst seitdem und insoweit die freie Stellvertretung im Prozeß zulässig wurde, bot sich in der Prozeßvollmacht ein Mittel dar, die Forderung einem Anderen zuzuwenden⁸. Mit Zustimmung des Schuldners aber war die Forderung übertragbar.

⁶ Dies hat Brunner, Forsch. S. 602, 653, überzeugend nachgewiesen. A. M. früher Stobbe, Z. f. H. R. XI 398 ff, Gareis, ebd. XXI 379 ff. Stobbe hat später sich zu Brunners Meinung bekehrt; D.P.R.³ III § 226 Anm. 2 u. 4. Vgl. auch für das niederl. R. Fockema-Andrae II 21; für das nord. v. Amira I 59 ff., II 80 ff. Wenn neuerdings Buch a. a. O. S. 115 ff. wieder bestreitet, daß das Erfordernis der Zustimmung des Schuldners Ausfluß eines ursprünglichen allgemeinen Rechtsprinzips gewesen sei, so haben ihm Gál, Hübner und v. Schwerin a. a. O. mit Recht widersprochen. Allein die herrschende Meinung geht darin fehl, daß sie die Bindung der Übertragung an Zustimmung des Schuldners zur „Unübertragbarkeit“ stempelt. Stimmt der Schuldner zu, so geht eben die Forderung vollständig mit unverändertem objektivem Gehalt über. Durchaus zutreffend führt daher Buch aus, daß schon ihrem ursprünglichen Wesen nach die Forderung grundsätzlich nicht unübertragbar, sondern übertragbar war.

⁷ Brunner, Forsch. S. 599 ff., 640 ff.

⁸ Vgl. über die Verwendung dieses Mittels im engl. R. Brunner, Forsch. S. 603, Pollock and Maitland² II 226 ff., Heymann b. Holtzendorff-Kohler⁷ II 333. Über nord. R. v. Amira I 59, II 79. Auch im mittelalterlichen deutschen Recht findet sich die Benutzung der Prozeßvollmacht, um einem Anderen ein Klagerecht „zu Gewinn und zu Verlust“ zu geben; Urk. v. 1362 b. Loersch u. Schroeder¹ Nr. 214; Augsb. Stadtbucheintrag bei Chr. Meyer S. 234 II 1; Syst. Schöffennr. III 2 c. 131. Vgl. Buch a. a. O. S. 111.

Der Gläubiger konnte die Forderung wirksam an einen Anderen abtreten, wenn der Schuldner zugegen war und seine Einwilligung erklärte oder ausdrücklich die Schuld dem neuen Gläubiger gelobte⁹. Darin lag keine Novation; vielmehr wechselte damit die Person des Gläubigers, während die Schuld dieselbe blieb¹⁰. Nun konnte aber die Zustimmung des Schuldners auch im voraus erfolgen. Dies geschah frühzeitig namentlich in der Weise, daß der Schuldner dem Gläubiger von vornherein versprach, auch an einen Dritten, den der Gläubiger benannte oder zu benennen sich vorbehielt, zu leisten. Denn ein derartiges Versprechen enthielt, da aus ihm der Dritte in eigenem Namen fordern konnte, ohne sein Verhältnis zum Versprechensempfänger aufzudecken, zugleich die Ermächtigung zur einseitigen Übertragung der Forderung¹¹. Als dann die hieraus entsprungenen Order- und Inhaberklauseln in die Schuldbriefe aufgenommen und derartige Urkunden durch Verknüpfung des Rechts mit dem Papier zu Wertpapieren ausgestaltet wurden, entwickelte sich die freie, aber durch Urkundenbegebung bedingte Übertragbarkeit der so verbrieften Forderungen¹². Von selbst verstand es sich ferner, daß Forderungen, die mit einem Grundstücke verbunden waren, ohne Mitwirkung des Schuldners zusammen mit dem Grundstück übertragen werden konnten¹³. Vielfach wurde auch bei Forderungen, die bereits urteilsmäßig festgestellt oder in einer mit Urteilskraft ausgestatteten Urkunde verbrieft oder pfandrechlich gesichert waren, die einseitige Übertragung durch den Gläubiger als zulässig angesehen¹⁴. Schliesslich liefs man in den letzten Jahrhunderten des Mittelalters mehr und mehr das Erfordernis der Zustimmung des Schuldners überhaupt fallen¹⁵.

⁹ Kl. Kaiserr. II 38: welchem manne ein man schuldig ist, wil er die schulde yeman geben, daz es veste sy, der sal sie geben mit des schuldigen willen, daz sy der schuldig dem antheisze werde, dem er sie heiszet geben; geschiet dez nit, so ist die gift von der schulde unstete. Wiener Stadtr. Art. 19: daz dem chlager das gelt geschafft sei ze des gegenwart, der das gelt gelten schol, und dar auch er im dasselb gut hab lüben ze geben.

¹⁰ Dies ergibt sich unzweifelhaft aus der Ausdrucksweise der Quellen, nach denen die Schuld „gegeben“ oder „verschafft“ wird und der Schuldner dem neuen Gläubiger die alte Schuld gelobt. Vgl. auch Buch a. a. O. S. 106 ff.

¹¹ Brunner, Forsch. S. 546 ff., 653 ff., 660.

¹² Vgl. oben Bd. II 142 ff., 156 ff.

¹³ Vgl. oben Bd. II 86; Buch a. a. O. S. 39 ff.

¹⁴ Brunner, Forsch. S. 603.

¹⁵ Vgl. die Nachweise bei Stobbe III § 226 Anm. 6 und dazu weitere Belege b. Buch S. 118 ff. Dazu über das nord.R. v. Amira I 60, II 84; über das niederl. Fockema-Andreae II 21 ff.

Die Forderungen erschienen nunmehr, insoweit nicht ihr Inhalt den Gläubigerwechsel ausschloss, von Hause aus als Verkehrsgegenstände, über die der Gläubiger einseitig verfügen konnte¹⁶.

Im Gegensatz zum deutschen Recht schloß das römische Recht jede Sondernachfolge in Forderungen grundsätzlich aus. Selbst mit Zustimmung des Schuldners war nach römischer Auffassung eine Übertragung der Forderung nicht denkbar; es mußte, um einen ähnlichen Erfolg zu erzielen, im Wege der Novation die alte Obligation aufgehoben und durch eine gleichinhaltliche neue Obligation mit anderem Gläubiger ersetzt werden¹⁷. Als Surrogat dagegen wurde, seitdem das Verkehrsbedürfnis eine Abhilfe unvermeidlich machte, das *mandatum agendi* benutzt, kraft dessen der Gläubiger den, dem er die Forderung zuwenden wollte, zum *procurator in rem suam* bestellte. Im Laufe der Zeit wurde dieses Mandat, das ursprünglich alle Schwächen des gewöhnlichen Mandats teilte, zur Zession des klassischen Rechts umgebildet. Dem Zessionar wurde mittels Gewährung einer *actio utilis* ein vom Leben des Zedenten unabhängiges und unwiderrufliches Recht verschafft und dem Zedenten wurde von dem Augenblicke an, in dem der Zessionar dem Schuldner die Zession kundgemacht hatte, die Verfügung über die Forderung entzogen. Die Zession erschien nunmehr als Übertragung eines selbständigen Rechtes zur Ausübung der Forderung. Allein hierüber hinaus ist das römische Recht bis zuletzt nicht gegangen. Auch im Justinianischen Recht bleibt die zedierte Forderung Forderung des Zedenten¹⁸.

Mit der Rezeption wurde das römische Zessionsrecht in Deutschland heimisch. Damit kam die auf Anerkennung des einseitigen Verfügungsrechtes des Gläubigers über die Forderung gerichtete Bewegung zum Abschluss. Allein das innere Wesen der Zession wurde auf Grund des deutschen Schuldbegriffes umgebildet. Wenn auch in der Theorie immer wieder Versuche unternommen wurden, den römischen Zessionsbegriff durchzuführen, so waren doch die deutschrechtlichen Vorstellungen zu tief eingewurzelt,

¹⁶ In einer von Stobbe a. a. O. mitgeteilten ungedruckten Breslauer Urk. v. 1423 heißt es, der Gläubiger habe sich der Forderung „geeusert“, sie dem Erwerber „abgetreten und mittenander entreumet und im genczlichen zugeeignet, also das er dormite tun und lassen sal von im und eyne idermanne ungehindert“.

¹⁷ Karlowa, Röm. R.G. II 739 ff.

¹⁸ Vgl. über die Geschichte der römischen Zession bes. Mühlenbruch, a. a. O. S. 188 ff.; Schmid a. a. O. I 194 ff.; Eisele, die *actio utilis* des Zessionars, 1887; v. Salpius, Novation und Delegation S. 394 ff.

um der romanistischen Konstruktion zu erliegen. Im Leben und überwiegend auch in der Lehre siegte daher die Auffassung, daß die Zession Übertragung der Forderung selbst, Abtretung des Gläubigerrechts, Übereignung eines unkörperlichen Vermögensgegenstandes sei¹⁹. In diesem Sinne regelten sämtliche große Gesetzbücher die „Abtretung“ oder „Übertragung“ der Forderungen²⁰. Auch im gemeinen Recht aber wurde schliesslich die gewohnheitsrechtliche Ausgestaltung der Zession zur Forderungsübertragung fast allgemein anerkannt²¹. Selbstverständlich steht das B.G.B. auf demselben Boden²².

2. Erfordernisse. Erforderlich und ausreichend zur Übertragung einer Forderung ist ein wirksamer Abtretungsvertrag. Die allgemeinen Regeln des Vertragsrechts finden Anwendung. Doch gelten infolge der eigenartigen Natur des Abtretungsvertrages mancherlei Besonderheiten.

a. Vertragsschließende Personen können nur ein Gläubiger, der die Abtretung erklärt, und ein Anderer, der die Abtretung annimmt, sein. Der Vertrag ist nur wirksam, wenn der Abtretende der wirkliche Gläubiger ist oder über die Forderung des wirklichen Gläubigers verfügen kann. Ein Schutz dessen, der in gutem Glauben sich eine Forderung vom bloß scheinbaren Gläubiger abtreten läßt, findet nicht statt²³. Anders verhält es sich nur, insoweit bei Wertpapieren und Hypothekenforderungen die sachenrechtlichen Vorschriften über den Erwerb vom Scheinberechtigten ins Schuldrecht eingreifen²⁴.

¹⁹ Vgl. über die Geschichte des *usus modernus* Kuntze, Die Obligation und die Singularsukzession des röm. und heut. Rechts, 1856, S. 18 ff.; Bähr in Jahrb. f. D. I 402 ff.; Windscheid § 329 Anm. 10; Buch a. a. O. S. 132 ff. (dazu über die Umbildung der Zession im mittelalterlichen Italien S. 73 ff.).

²⁰ Bayr. Landr. II 3 § 8 Nr. 8 (und ist der „in römischen Rechten gemachte Unterschied zwischen dem *Dominio vel Exercitio Juris*, dann des *Actione directa vel utili*, nach teutsch- und Landüblichen Rechten als eine unnöthige Subtilität aufgehoben“). Preufs. A.L.R. I, 11 § 376, 377, 393. Code civ. Art. 1689. Österr. Gb. § 1392, 1394. Sächs. Gb. § 968. Schweiz. O.R. Art. 183 (164¹).

²¹ R.Ger. IV Nr. 32; Seuff. VII Nr. 301, XIII Nr. 246, XXXII Nr. 127, XLVII Nr. 266, XLVIII Nr. 20 u. 177; Beseler, D.P.R. § 106; Stobbe-Lehmann § 226 Z. 1; Windscheid § 329; Dernburg, Pand. II § 48.

²² B.G.B. § 398 S. 2.

²³ Darum erwirbt auch im Falle mehrmaliger Abtretung derselben Forderung der spätere Erwerber niemals die Forderung. B.G.B. § 408 schützt nur den Schuldner. Vgl. unten zu 3 e S. 196.

²⁴ Oben Bd. II 134 ff., 146, 166 ff., 880 ff.

b. Geeigneter Gegenstand eines Abtretungsvertrages ist jede Forderung, die nicht aus einem besonderen Grunde unübertragbar ist²⁵.

Der Abtretung unterliegen, da sie auf Sondernachfolge abzielt, nur die einzelnen Forderungen als selbständige Vermögensgegenstände. Doch kann ein Abtretungsvertrag sich auf einen Inbegriff von Forderungen richten, so daß es möglich ist, durch einen einzigen Vertrag sämtliche aus einem zusammengesetzten Schuldverhältnis entspringenden Forderungen zu übertragen²⁶, ja auch die generelle Abtretung aller zu einem Handelsgeschäft oder zu einem sonstigen Betriebe gehörigen Forderungen zu vollziehen²⁷. Auf der anderen Seite können einzelne Forderungen, soweit sie sich zu selbständigen Vermögensgegenständen eignen, aus einem Schuldverhältnis gelöst und für sich übertragen werden. Dies gilt auch von Forderungen aus gegenseitigen Verträgen, die somit abgetreten werden können, ohne daß der Erwerber zugleich die auf Gegenleistung gerichtete Schuld übernimmt²⁸. Es gilt ebenso von Nebenforderungen²⁹, sie müßten denn untrennbar mit der Hauptforderung verbunden sein³⁰. Es gilt endlich auch, falls die

²⁵ Davon unten zu 4 S. 198 ff.

²⁶ Durch Verbindung mit Schuldübernahme kann auf diesem Wege auch bei gegenseitigen Schuldverhältnissen ein Eintritt in das Schuldverhältnis im Ganzen erfolgen.

²⁷ Die Generalabtretung erstreckt sich auch auf Forderungen, deren Bestand den Beteiligten oder einem von ihnen nicht speziell bekannt war. Durch Verbindung mit Schuldübernahme wird ein der Gesamtnachfolge ähnlicher Erfolg erzielt.

²⁸ Der Schuldner wird dadurch nicht beeinträchtigt, da ihm nicht nur der bisherige Gläubiger als Schuldner verpflichtet bleibt, sondern er auch dem neuen Gläubiger alle gegen dessen Vorgänger begründeten Einwendungen einschließlic der Einrede des nicht erfüllten Vertrages entgegensetzen kann. Vgl. Preufs. O. Trib. XII 10, R.O.H.G. XII 77, R.Ger. VI Nr. 116, XIII Nr. 7, XV Nr. 74, Dernburg § 136 (137) III, Oertmann zu § 399 Bem. 2, Siber b. Planck⁴ zu § 399 Bem. 1 b; Sächs. Gb. § 965.

²⁹ So z. B. Zinsforderungen, Ersatzforderungen, wohl auch der Anspruch auf die Vertragsstrafe (der nach preufs. R. vor der Verwirkung als für sich unübertragbar galt); vgl. Dernburg § 100 (101) III 4, Schollmeyer zu § 399 Bem. 1, Oertmann Bem. 1 g β.

³⁰ Solche Nebenforderungen gehen mit der Forderung über, können aber nicht für sich übertragen werden. Dahin gehören z. B. Ansprüche auf Rechnungslegung oder Auskunfterteilung. Ebenso der richtigen Meinung nach die Bürgschaftsforderung; vgl. R.Ger. XV Nr. 66, Preufs. O.Tr. XXXVIII 37, LXXXII 135, Kremer, Mitbürgschaft S. 16, Reichel, Schuldmitübernahme S. 458 ff., Dernburg § 137 (138) VII, Planck zu § 399 Bem. 1, Oertmann

Forderung teilbar ist, von Forderungsteilen, die durch Abzweigung verselbständigt und als besondere Forderungen abgetreten werden können⁸¹.

Gegenstand der Abtretung kann nur eine rechtsbeständige Forderung sein⁸². Doch kann eine Forderung für den Fall, daß sie in Zukunft rechtlichen Bestand gewinnt, im voraus abgetreten werden. Zweifellos ist die Abtretung einer bedingten oder betagten Forderung wirksam. Aber auch die Abtretung einer nur möglichen künftigen Forderung ist als wirksam anzusehen⁸³. Nur muß, da es sonst dem Gegenstande des Vertrages an der erforderlichen Bestimmtheit fehlen würde, die Forderung mindestens durch Bezeichnung ihres Entstehungsgrundes konkretisiert sein⁸⁴.

c. Den Inhalt des Abtretungsvertrages bildet die Willenseinigung darüber, daß die Forderung aus dem Vermögen des Gläubigers in das Vermögen des Erwerbers übergehen soll.

Erforderlich ist also eine unmittelbar auf Übertragung des Rechtes an der Forderung gerichtete Willenseinigung, die sich als dinglicher Vertrag bezeichnen läßt. Im Sinne des deutschen Rechtes, das die Forderung als unkörperliche Sache und die Vollherrschaft an ihr als Eigentum vorstellte, erschien die Abtretung als vertragsmäßige Übereignung⁸⁵. Aber auch im Sinne des B.G.B. ist, wenschon die Worte „Sache“ und „Eigentum“ dabei nicht mehr als technische Ausdrücke verwandt werden sollen, die Abtretung ein die Vollherrschaft an einem Gegenstande über-

Bem. 1 g β; a. M. Seuff. LIII Nr. 149, Leske S. 165, Siber bei Planck⁴ zu § 401 Bem. 1^c. — Gleiches gilt für dingliche Haftungsrechte (oben Bd. II 881, 992), das Zurückbehaltungsrecht und andere unselbständige Hilfsrechte (z. B. Wahlrechte, Kündigungsrechte usw.).

⁸¹ Vgl. Dernburg § 137 (138) V; Oertmann zu § 399 Bem. 3.

⁸² Mangel von Haftung ist kein Hindernis; Schreiber, Sch. u. H. I 163 ff.

⁸³ R.Ger. LV Nr. 83; O.L.G. Braunsch. b. Seuff. LIX Nr. 179; Planck zu § 399 Bem. 4e; Staudinger zu § 398 Bem. 1a α; v. Tuhr, D.J.Z. IX 426 ff.; Enneccerus § 302 Anm. 11. Dagegen Eccius, D.J.Z. IX 53 ff., Gruchot XLVIII 456 ff.; Rehbein S. 382; Kipp b. Windscheid II 392. — Ist die künftige Forderung abtretbar, so ist sie auch pfändbar; R.Ger. LXXXII Nr. 51.

⁸⁴ Oertmann, zu § 399 Bem. 1 g γ, verlangt, daß ein Teil des konkreten Tatbestandes, der die Forderung hervorrufen kann, bereits verwirklicht sei. Allein die erforderliche Bestimmtheit kann auch vorliegen, wenn der Eintritt des Rechtsgrundes, aus dem die Forderung entstehen kann, nur vorausgesehen wird. Warum sollte nicht Jemand im voraus für den Fall, daß ihm ein beabsichtigter Kauf gelingt, die Forderung daraus abtreten?

⁸⁵ Vgl. oben S. 183 Anm. 16. Durchgeführt im Preuß. A.L.R. I, 11 § 393.

leitender Vertrag, der dem sachenrechtlichen Übereignungsvertrage entspricht³⁶. Hier wie im Sachenrecht ist der dingliche Vertrag, durch den über den Vermögensgegenstand als solchen verfügt wird, scharf von dem Rechtsgrunde zu unterscheiden, auf dem die Verfügung beruht³⁷. Der Abtretungsvertrag kann geschlossen werden, um eine gesetzliche Verpflichtung zur Abtretung zu erfüllen³⁸. Er kann der Erfüllung einer durch Verfügung von Todes wegen auferlegten Verpflichtung dienen³⁹. Insbesondere aber bildet er das Mittel zur Erfüllung einer vertragsmäßig übernommenen Abtretungspflicht. In diesem Falle ist das Verpflichtungsgeschäft äußerlich oft eng mit dem Abtretungsvertrage verflochten, stellt sich jedoch rechtlich als ein selbständiger Schuldvertrag dar, der je nach seinem Inhalte Kauf, Tausch, Schenkung, Vereinbarung der Hingabe an Erfüllungsstatt usw. sein kann.

Die Willenseinigung über den Forderungsübergang ist zur Wirksamkeit des Abtretungsvertrages erforderlich, aber auch ausreichend: der dingliche Vertrag ist hier wie im Sachenrecht ein abstrakter Vertrag. Ist also der dingliche Vertrag in sich rechtsbeständig, so überträgt er die Forderung, wenn es auch an einem Rechtsgrunde fehlt oder die Beteiligten über den Rechtsgrund nicht einig sind oder der angenommene Rechtsgrund hinfällig ist⁴⁰. Doch kann die Abtretung, da sie Bedingungen verträgt, auch kausal gestaltet werden⁴¹.

³⁶ Streng genommen müßte man von einem „gegenständlichen“ oder „gegenstandsrechtlichen“ Vertrage sprechen. Das Wort „dinglich“ läßt sich aber, wenn es im weiteren Sinne genommen wird, ohne Schaden dafür einsetzen.

³⁷ Dies versäumte die ältere Theorie. So auch noch das Preuß. A.L.R. I, 11 § 376 ff. Dagegen führte die neuere gemeinrechtliche Lehre die Unterscheidung durch.

³⁸ So z. B. in den Fällen des B.G.B. § 255, 281¹, 346, des H.G.B. § 61, 113. Die Abtretung der Forderung auf Grund gesetzlicher Verpflichtung ist von der Übertragung kraft Gesetzes (unten zu III S. 206 ff.) durchaus zu unterscheiden, vgl. B.G.B. § 1251 a. E.

³⁹ Die unmittelbare Übertragung einer Forderung durch Verfügung von Todeswegen ist nach B.G.B. nicht mehr möglich.

⁴⁰ Entw. I § 294² sprach dies ausdrücklich aus und wurde nur als selbstverständlich gestrichen. Einen Ausgleich für unbegründeten Rechtsverlust gewähren die Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung oder je nach den Umständen auch aus unerlaubter Handlung. — Dafs der Abtretungsvertrag als solcher sittenwidrig sein kann und dann nichtig ist, nimmt das R.Ger. LXXXI Nr. 40 an; vgl. indessen ebd. Nr. 36.

⁴¹ Wie die Fahrnisübereignung (oben Bd. II 547 Anm. 9). Vgl. dazu Crome, Die Abfindungscession, in Festg. f. Krüger, 1911, S. 199 ff. — Nach

d. Einer Form ist im Gegensatz zu den dinglichen Verträgen des Sachenrechts die Abtretung nicht bedürftig^{41a}. Die Willenseinigung braucht weder in besonderer Form erklärt, noch durch sinnfällige Übergabe oder Kundmachung ergänzt zu werden. Doch gelten nicht nur Ausnahmen für bestimmte Gattungen von Forderungen, sondern es kommt auch allgemein gewissen verkehrsüblichen Formen eine rechtliche Bedeutung zu.

α. Eine Beurkundung der Abtretung ist bei hypothekarisch gesicherten Forderungen erforderlich⁴². Im übrigen kann die Abtretung mündlich und selbst stillschweigend erfolgen⁴³. Der bisherige Gläubiger muß nur auf Verlangen dem neuen Gläubiger eine öffentlich beglaubigte Abtretungsurkunde ausstellen, deren Kosten dieser zu tragen und vorzuschiefen hat⁴⁴. Allein obschon der neue Gläubiger die Forderung ohne alle Anwendung der Schriftform erwirbt, hängt doch seine Legitimation zur Geltendmachung der erworbenen Forderung von einer schriftlichen Erklärung des bisherigen Gläubigers ab. Denn der Schuldner ist dem neuen Gläubiger gegenüber zur Leistung nur verpflichtet, wenn entweder dieser ihm eine vom bisherigen Gläubiger ausgestellte Abtretungsurkunde aushändigt oder der bisherige Gläubiger ihm die Abtretung schriftlich angezeigt hat. Auch kann er eine Kündigung oder Mahnung des neuen Gläubigers, wenn sie ohne Vorlegung einer Abtretungsurkunde erfolgt und ihm nicht etwa der bisherige Gläubiger die Abtretung schon schriftlich angezeigt hat, durch unverzügliche Zurückweisung entkräften⁴⁵. An noch

Preufs. R. war stets die Wirksamkeit der Zession von der Gültigkeit ihres Titels abhängig; R.Ger. XII Nr. 61, XXVIII Nr. 63.

^{41a} Dagegen fordert das neue Schweiz. O. R. a. 165 schriftliche Form und läßt nur die Verpflichtung zum Abschluß des Abtretungsvertrages formlos begründen (anders der frühere a. 184). Das Preufs. A.L.R. I, 11 § 394 band wenigstens die Abtretung jeder verbrieften Forderung an Schriftform.

⁴² Vgl. oben Bd. II 881 Anm. 14 mit S. 869, 891 ff., 897.

⁴³ Aus der Formfreiheit folgt, daß, wenn die Abtretung schriftlich geschieht, die Erfordernisse der Schriftform nicht erfüllt zu sein brauchen. Darum ist nach heutigem Recht jedenfalls eine Blankoabtretung zulässig. Wird der Empfänger ermächtigt, die Blankourkunde mit dem Namen eines Anderen auszufüllen oder zur Ausfüllung weiterzugeben, so wirkt, wenn dies geschieht, der Abtretungsvertrag als Vertrag zugunsten eines Dritten. Mit der gehörigen Ausfüllung ist eine schriftliche Abtretungserklärung vorhanden. Vgl. Dernburg § 135 (136) III, Rehbein II 380 Z. 6, Enneccerus § 302 I 5, Oertmann, Vorbem. 9, Siber b. Planck⁴ zu § 398 Bem. 3.

⁴⁴ B.G.B. § 403.

⁴⁵ B.G.B. § 410. — Einen Anspruch auf Aushändigung der Urkunde hat

strengere Erfordernisse ist die Legitimation des neuen Gläubigers gebunden, wenn es sich um den übertragbaren Teil des Dienst- einkommens, Wartegeldes oder Ruhegehalts einer Militärperson, eines Beamten, eines Geistlichen oder eines Lehrers an einer öffentlichen Unterrichtsanstalt handelt; denn die Abtretung einer solchen Forderung gilt als der auszahlenden Kasse nicht bekannt, bis sie durch Aushändigung einer öffentlich beglaubigten Abtretungs- urkunde benachrichtigt ist⁴⁶.

β. Die Übergabe der Schuldurkunde ist zur Abtretung jeder in einem Wertpapier verbrieften Forderung unerläßlich⁴⁷. Im übrigen ist auch bei verbrieften Forderungen die Übergabe der Schuldurkunde zur Abtretung nicht erforderlich. Doch ist der Besitz eines über die Forderung ausgestellten Schuldscheins, da der Schuldner nur gegen dessen Rückgabe zu leisten braucht, für die Geltendmachung der Forderung durch den neuen Gläubiger bedeutungsvoll⁴⁸. Da zugleich mit der Forderung das Eigentum an dem Schuldschein übergeht, kann der Erwerber die Herausgabe des Schuldscheins von jedem Besitzer verlangen⁴⁹. Überdies aber ist der bisherige Gläubiger aus dem Abtretungsvertrage schuldrechtlich zur Auslieferung der in seinem Besitze befindlichen Beweisurkunden über die Forderung, sowie zur Erteilung der zur Geltendmachung der Forderung nötigen Auskunft verpflichtet⁵⁰.

γ. Eine Kundmachung der Abtretung an den Schuldner ist zum Eintritte der Rechtsänderung nicht erforderlich. Nach römischem Recht wurde die Zession erst dadurch voll wirksam, daß der Zessionar dem Schuldner durch eine Anzeige (Denun- tiation) die Übernahme der Gläubigerrolle erklärte⁵¹. Dagegen

der Schuldner nicht (Rsp. d. O.L.G. VII 297, R.Ger. LVI Nr. 76), sondern nur eine verzögerliche Einrede. Man wird aber trotzdem, obwohl dies meist be- stritten wird, nach Analogie des § 273³ bei genügender Sicherheitsleistung des Gläubigers die Einrede versagen müssen; Enneccerus § 304 Anm. 16.

⁴⁶ B.G.B. § 411. Bis dahin kann also die Kasse noch an den bisherigen Gläubiger zahlen, selbst wenn sie von der Abtretung anderweit Kenntnis er- langt hat. Sie kann aber wirksam schon vorher an den Erwerber zahlen, da dieser bereits Gläubiger ist.

⁴⁷ Vgl. oben Bd. II 117, 136, 147, 169, 891, 892.

⁴⁸ Vgl. oben § 179 S. 151 ff. Anm. 38—43.

⁴⁹ B.G.B. § 952; oben Bd. II 104.

⁵⁰ B.G.B. § 402; unten zu 3 f S. 196.

⁵¹ Vgl. bes. Windscheid § 331 Anm. 8. Ob die Denuntiation als eine Art Besitzergreifung zu deuten ist, wie Windscheid annimmt, kann hier dahingestellt bleiben. Daß aber erst durch sie die Zession sich vollendete, ist nicht wohl bestreitbar.

drang im gemeinen Recht mit der Umbildung der Zession zur Forderungsübertragung die Auffassung durch, daß die Sondernachfolge in die Forderung durch die Abtretung zustande komme und die Anzeige an den Schuldner nur ein Mittel sei, den Schuldner von der eingetretenen Rechtsänderung in Kenntnis zu setzen und die Möglichkeit gutgläubiger Leistung an den bisherigen Gläubiger abzuschneiden⁵². Diese Auffassung ging in die neueren Gesetzbücher über⁵³. Damit büßte zugleich die Anzeige durch den Zessionar ihre Besonderheit ein; es wurde ihr nicht nur die Anzeige durch den Zedenten, sondern jede andere Art der Kenntniserlangung des Schuldners gleichgestellt. Das B.G.B. hebt die Anzeige durch den neuen Gläubiger überhaupt nicht mehr besonders hervor. Es legt nur der Anzeige durch den bisherigen Gläubiger, falls sie in Schriftform erfolgt, die schon erwähnte Kraft bei, die Schriftform der Abtretungserklärung zu ersetzen⁵⁴.

Darüber hinaus aber stattet das B.G.B. die Kundmachung der Abtretung durch den Gläubiger an den Schuldner mit einer selbständigen Wirkung aus⁵⁵. Denn sobald der Gläubiger dem Schuldner (mündlich oder schriftlich) anzeigt, daß er die Forderung abgetreten habe, muß er dem Schuldner gegenüber die angezeigte Abtretung gegen sich gelten lassen, auch wenn sie nicht erfolgt oder nicht wirksam ist. Die Anzeige schafft also zugunsten des Schuldners demjenigen, den sie unrichtig als neuen Gläubiger bezeichnet, eine unbedingte Legitimation als Gläubiger⁵⁶. Diese Legitimation wird durch Widerruf nur getilgt, wenn ihr Träger

⁵² Vgl. R.Ger. IV Nr. 32; Seuff. XLVII Nr. 266, XLVIII Nr. 20 u. 177; Bähr, Jahrb. f. D. I 407, 414 ff.; Dernburg, Pand. II § 48; Stobbe § 226 Anm. 11—12.

⁵³ So in das Preuss. A.L.R., vgl. R.Ger. IV Nr. 85; das Öst. Gb. § 1395; das Sächs. Gb. § 962 u. 972; das Schweiz. O.R. a. 187 (167). Anders Code civ. Art. 1690: Le cessionnaire n'est saisi à l'égard des tiers que par la signification du transport faite au débiteur; vgl. R.Ger. XI Nr. 78, XXIX Nr. 72.

⁵⁴ Vgl. oben S. 188.

⁵⁵ B.G.B. § 409. Vgl. Hachenburg, Vortr.² S. 239 ff.; Dernburg § 141 (142) II; Endemann § 152 Z. 2c; Crome § 199; Enneccerus § 304 II 1; Wellspacher, Das Vertrauen auf äußere Tatbestände, Wien 1906, S. 70 ff. Planck, Schollmeyer, Kuhlenbeck, Oertmann zu § 409.

⁵⁶ Der Schuldner kann an ihn leisten oder sonst wirksam mit ihm als Gläubiger verhandeln, wenn er auch weiß, daß die Abtretung nicht erfolgt oder unwirksam ist. Er kann ihm aber auch unter Berufung darauf, daß er nicht Gläubiger ist, die Leistung verweigern; R.Ger. LIII 416. Und er kann stets wirksam auch an den wirklichen Gläubiger, somit an den Anzeigenden, leisten.

zustimmt⁵⁷. Der Anzeige gleich steht die Erteilung einer Abtretungsurkunde, sobald diese von dem in ihr bezeichneten neuen Gläubiger dem Schuldner vorgelegt wird⁵⁸. Somit erscheint die durch Anzeige oder Urkundenerteilung vollzogene Kundmachung der Abtretung als eine konstitutive Willenserklärung, die in gewissem Umfange wie eine Abtretung wirkt. Sie ist ein selbständiges, einseitiges, empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft⁵⁹. Die Vornahme dieses Rechtsgeschäftes aber kann, wie die Abtretung selbst, stets nur durch den wirklichen Gläubiger erfolgen⁶⁰. Auf einer Erweiterung der Kundmachungswirkungen beruht die handelsrechtliche Vorschrift, nach der im Falle der Übertragung eines Handelsgeschäftes unter Lebenden sämtlichen Schuldnern gegenüber alle Geschäftsforderungen als auf den Erwerber übergegangen gelten, sobald dieser mit Einwilligung des bisherigen Geschäftsinhabers oder seiner Erben das Geschäft unter der bisherigen Firma fortführt⁶¹.

⁵⁷ Somit wirkt die Anzeige auch zugunsten des angeblichen Erwerbers der Forderung. Dies gilt nicht nur für die schriftliche Anzeige, die dem Schuldner das Recht zur Bestreitung der Legitimation mangels Aushändigung oder Vorlegung einer Abtretungsurkunde entzieht, sondern auch für die bloß mündliche Anzeige, die immerhin bis zur Bestreitung der Legitimation durch den Schuldner die Möglichkeit zur Ausübung der Forderung verschafft. Natürlich kann der Anzeigende die Zustimmung zum Widerruf der Anzeige verlangen, wenn die für den Gegner geschaffene Rechtslage materiell ungerechtfertigt ist (B.G.B. § 812).

⁵⁸ Mit der Vorlegung ist die Abtretungserklärung des Gläubigers dem Schuldner zugegangen.

⁵⁹ Manche, wie Oertmann u. Enneccerus a. a. O., bestreiten ihre rechtsgeschäftliche Natur. Doch wollen auch sie die Grundsätze über Rechtsgeschäfte, insbesondere über Nichtigkeit und Anfechtbarkeit, entsprechend anwenden. — Abweichend Hellwig, Rechtskraft S. 384 ff., Wellspacher S. 92 ff.; unterscheidend Siber b. Planck⁴ Bem. 1 c.

⁶⁰ Wenn daher der Gläubiger, nachdem er die Forderung bereits abgetreten hat, die Abtretung an einen Anderen anzeigt, so kann der Schuldner, dem die Abtretung unbekannt war, nur den im Falle mehrmaliger Abtretung durch § 408 gewährten Schutz für sich anrufen, nicht aber auf Grund des § 407 die unbedingte Wirksamkeit der Anzeige als Abtretungserklärung für sich beanspruchen. Vgl. Hellwig, Rechtskraft S. 387; Kühlenbeck Bem. 3; Oertmann Bem. 5; jetzt auch Enneccerus § 304 II 1 f und Siber b. Planck⁴ Bem. 4. A. M. Planck⁸ Bem. 5; Schollmeyer Bem. 2 b; Endemann § 152 Anm. 40; Enneccerus in früheren Aufl.

⁶¹ H.G.B. § 25. Hier wirkt einerseits die bewilligte Fortführung der Firma als eine generelle Kundmachung der Forderungsabtretung an alle Geschäftsschuldner; nur durch eine gegenteilige Eintragung im Handelsregister oder besondere Mitteilung wird diese Wirkung ausgeschlossen. Andererseits tritt die

3. Wirkungen. Die Abtretung der Forderung bewirkt eine Änderung ihres Subjektes ohne Änderung ihres Inhaltes. Diese Wirkung wird jedoch im Verhältnis zum Schuldner durch Schutzvorschriften zugunsten des redlichen Verkehrs teils gelähmt, teils erweitert. Außerdem erzeugt der Abtretungsvertrag bestimmte schuldrechtliche Verpflichtungen des bisherigen Gläubigers gegenüber dem neuen Gläubiger.

a. Der Wechsel in der Person des Gläubigers vollzieht sich unmittelbar mit der Abtretung. Im Verhältnis der Vertragschließenden zueinander tritt mit dem Augenblicke, in dem der Vertrag Kraft erlangt, eine Vermögensverschiebung ein. Die Forderung scheidet aus dem Vermögen des Abtretenden aus und geht in das Vermögen des Erwerbers über; sie ist nunmehr der Verfügung des bisherigen Gläubigers und dem Zugriff seiner Gläubiger entzogen, dagegen der Verfügung des neuen Gläubigers und dem Zugriff seiner Gläubiger unterworfen. Aber auch im Verhältnis zum Schuldner tritt sofort der neue Gläubiger an die Stelle des bisherigen Gläubigers, so daß dieser nicht mehr fordern, jener wirksam empfangen kann. Nur hängt die Verpflichtung des Schuldners, an den neuen Gläubiger zu leisten, noch von dem Hinzutritt der gehörigen Legitimation desselben ab⁶². Und der Schuldner kann noch wirksam an den bisherigen Gläubiger leisten, bis dessen Legitimation als Gläubiger ihm gegenüber erloschen ist⁶³.

b. Die Forderung geht in vollem Umfange über⁶⁴. Der Übergang erstreckt sich auch auf Nebenrechte und Vorzugsrechte. Nebenrechte, die mit der Forderung untrennbar verbunden sind, teilen, wenn sie überhaupt fortbestehen, notwendig das Schicksal der Forderung; so Hypotheken, Pfandrechte und Rechte aus Bürg-

Wirkung nicht nur für, sondern auch gegen die Schuldner ein. Soweit daher eine Forderung gleichwohl nicht abgetreten ist, behält ihre wahre Zuständigkeit nur für das Verhältnis zwischen dem Veräußerer und dem Erwerber Bedeutung.

⁶² Vgl. dazu oben S. 188 ff. Anm. 45—46, 48.

⁶³ Vgl. unten zu d S. 194 ff.

⁶⁴ Die römischrechtliche Einschränkung des Rechtes des Käufers einer Forderung durch die *lex Anastasiana*, nach der die zedierte Forderung nur bis zum Betrage des vereinbarten Kaufpreises geltend gemacht werden darf, ging zwar in das gemeine Recht (vgl. R.Ger. XIV Nr. 58) und manche Partikularrechte über, wurde aber vielfach abgeschwächt und durch die meisten Landesgesetze, sowie für den Handelsverkehr allgemein durch H.G.B. Art. 299 völlig beseitigt; Näheres b. Stobbe-Lehmann § 226 Z. 7. Das B.G.B. hat mit den letzten Resten aufgeräumt.

schaft⁶⁵; desgleichen die unselbständigen Gestaltungsrechte und sonstigen Hilfsrechte⁶⁶. Auch Nebenrechte aber, die verselbständigt und für sich übertragen werden können, gehen im Zweifel mit der Forderung über⁶⁷. Zu den Vorzugsrechten, die mit der Forderung übergehen, gehören namentlich die für den Fall der Zwangsvollstreckung oder des Konkurses begründeten Vorrechte⁶⁸.

c. Die Forderung geht andererseits mit allen ihr anhaftenden Mängeln und Schwächen über. Der Schuldner kann daher dem Gläubiger die Einwendungen entgegensetzen, die zur Zeit der Abtretung gegen den bisherigen Gläubiger begründet waren⁶⁹. Dies gilt sowohl für Einwendungen, die sich gegen den Bestand der Forderung richten, wie für Einreden, die dauernd oder vorübergehend ein Recht zur Verweigerung der Leistung gewähren.

Die Verengerung dieses Einwendungsrechts ist eine Haupt-eigentümlichkeit der für den Verkehr mit Wertpapieren und Hypothekenforderungen ausgebildeten besonderen Übertragungsarten⁷⁰. Allgemein ist, wenn der Schuldner eine Urkunde über die Schuld

⁶⁵ B.G.B. § 401¹. Gleiches gilt für Rechte aus Vormerkung, für Ansprüche auf Sicherheitsleistung, auch, soweit die Bedingungen für den Übergang erfüllt sind, für Zurückbehaltungsrechte. Alle diese Rechte können entweder überhaupt nicht von der Übertragung ausgenommen werden (so die Hypothek nach B.G.B. § 1153²) oder erlöschen, wenn dies geschieht (so das Pfandrecht nach § 1250; aber auch das Recht aus Bürgschaft; a. M. Enneccerus § 303 III 1b, richtig Oertmann zu § 401 Bem. 1).

⁶⁶ So z. B. Wahlrechte, Kündigungsrechte, Fristsetzungsrechte, regelmäßig auch Rücktrittsrechte, Anfechtungsrechte usw.; Ansprüche auf Auskunft oder Rechnungslegung (oben S. 185 Anm. 30).

⁶⁷ So z. B. Ansprüche auf Vertragsstrafen, Zinsen, Früchte, Schadensersatz usw. Doch bezieht sich die Regel nicht auf schon verfallene Vertragszinsen, während schon aufgelaufene Verzugszinsen im Zweifel mitergreifen werden; vgl. R.Ger. b. Seuff. XXXVI Nr. 272, Sächs. Gb. § 969. Der Anspruch auf eine schon verwirkte Vertragsstrafe ist im Zweifel mitübertragen; Enneccerus § 303 III 1d; a. M. Oertmann zu § 401 Bem. 1, zum Teil auch Planck Bem. 1, Schollmeyer S. 367. — Nicht zu den Nebenrechten, die ohne weiteres mit der Forderung übergehen, gehören Rechte aus vertragsmäßiger Gewährleistung für die Forderung; R.Ger. LX Nr. 89, Seuff. LX Nr. 167. — Natürlich können alle Rechte, die nur im Zweifel mitübergehen, auch vorbehalten, und Rechte, die im Zweifel vorbehalten sind, mitübertragen werden.

⁶⁸ B.G.B. § 401².

⁶⁹ B.G.B. § 404. Es genügt, wenn die Einwendung in jenem Zeitpunkt „begründet“ war, mag auch eine Bedingung ihrer Wirksamkeit erst später eingetreten sein; Seuff. LIX Nr. 117, R.Ger. LXXII Nr. 52 S. 215. — Vgl. Sächs. Gb. § 975; Schweiz. O.R. a. 189 (169).

⁷⁰ Vgl. oben Bd. II 125 ff., 147 ff., 170, 883 ff., 889.

ausgestellt hat, der gutgläubige Erwerber der Forderung, falls deren Abtretung unter Vorlegung der Urkunde erfolgte, gegen den Einwand des Schuldners geschützt, daß das Schuldverhältnis nur zum Schein eingegangen oder anerkannt worden sei⁷¹.

Eine Erweiterung des Einwendungsrechtes zugunsten des gutgläubigen Schuldners liegt in den schon erwähnten Bestimmungen über sein Recht zur Aufrechnung mit einer ihm gegen den bisherigen Gläubiger zustehenden Forderung⁷².

Selbstverständlich hat der Schuldner gegen den neuen Gläubiger auch alle in dessen Person begründete Einwendungen. Dazu gehört auch die Berufung auf die Nichtigkeit des Abtretungsvertrages. Demgemäß kann ihm auch der Einwand nicht versagt werden, daß die Abtretung nur zum Schein erfolgt sei⁷³. Keine Scheinabtretung aber ist die fiduziarische Abtretung zu Sicherungszwecken oder behufs Einziehung der Forderung⁷⁴.

d. Der bisherige Gläubiger bleibt noch nach der Abtretung der Forderung zugunsten des Schuldners als Gläubiger legitimiert, bis der Schuldner von der Abtretung Kenntnis erlangt hat⁷⁵. Der neue Gläubiger muß daher eine inzwischen vom

⁷¹ B.G.B. § 405; ebenso Schweiz. O.R. a. 189² mit Verweisung auf a. 16² (jetzt 18²). Da durch das Scheingeschäft nach B.G.B. § 117 eine Forderung nicht entstanden ist, wirkt hier die Abtretung als Begründung einer Forderung zu Lasten des scheinbaren Schuldners, der mit der Ausstellung der Urkunde die Macht zu einer derartigen Verfügung über seine Rechtssphäre in die Hand des scheinbaren Gläubigers gelegt hat. Insoweit steht also jede Schuldurkunde einem skripturrechtlichen Wertpapier gleich; vgl. oben Bd. II 125. Nach Analogie des Wertpapierrechtes muß die Vorschrift des § 405 auch, wenn der erste Erwerber die Scheinnatur der Forderung kannte oder kennen mußte, einem späteren redlichen Erwerber zugute kommen. Desgleichen kann umgekehrt, wenn der erste Erwerber in gutem Glauben war, einem späteren Erwerber die Kenntnis des ursprünglichen Mangels, da dieser ja geheilt war, nicht mehr schaden; Eck S. 396, Kisch, Z. f. d. P. u. ö. R. d. G. XXIX 539, Planck Bem. 5, Oertmann Bem. 3, Enneccerus § 303 Anm. 4; a. M. Schollmeyer Bem. 3, Kuhlenbeck b. Staudinger Bem. 3, Crome § 200 Anm. 33, Dernburg § 140 Anm. 2 (141 Anm. 3), Wellspacher a. a. O. S. 66, Rechtspr. d. O.L.G. VIII 444.

⁷² B.G.B. § 406, oben § 179 S. 168 Anm. 119.

⁷³ Motive II 129 ff.; Oertmann zu § 404 Bem. 5. — Abweichend Seuff. XLIV Nr. 17, LI Nr. 102, R.Ger. XXV Nr. 43 und sonst, jedoch nur in Fällen, in denen der Einwand der Simulation gegen eine ernsthaft gemeinte fiduziarische Abtretung erhoben wurde.

⁷⁴ R.Ger. XXIV Nr. 30; oben Bd. II 1020. Über die Wirkungen einer derartigen Abtretung vgl. unten zu 5 S. 203 ff.

⁷⁵ B.G.B. § 407. Eocius b. Gruchot L 489 ff. Hachenburg, Votr.²

Schuldner an den bisherigen Gläubiger bewirkte Leistung und jedes inzwischen zwischen beiden in Ansehung der Forderung vorgenommene Rechtsgeschäft gegen sich gelten lassen⁷⁶. Der Schuldner wird befreit oder erlangt eine ihm vorteilhafte Änderung des Schuldinhalts, während der neue Gläubiger einen entsprechenden Rechtsverlust erleidet⁷⁷. Dagegen kann der bisherige Gläubiger durch Rechtsgeschäft mit dem Schuldner die Rechtslage des neuen Gläubigers nicht mehr verbessern⁷⁸. In gleicher Weise wirkt das in einem erst nach der Abtretung zwischen dem Schuldner und dem bisherigen Gläubiger anhängig gewordenen Rechtsstreite ergangene rechtskräftige Urteil über die Forderung gegen den neuen Gläubiger, sofern nicht der Schuldner beim Eintritt der Rechtshängigkeit die Abtretung kannte⁷⁹.

S. 202 ff. Hellwig, Rechtskraft S. 390 ff. Fr. Sobernheim, Ein Beispiel für die Anwendung der materiell-rechtlichen Vorschriften zugunsten des guten Glaubens (§ 407 B.G.B.), Borna-Leipzig 1906. Wellspacher a. a. O. S. 70 ff. — Kennenmüssen steht hier der Kenntnis keineswegs gleich. Erforderlich ist sichere Kenntnis, die aus einer einfachen Mitteilung des neuen Gläubigers noch nicht folgt; R.Ger. LXI Nr. 60.

⁷⁶ So z. B. einen Erfüllungsvertrag, Vergleich oder Erlass, eine Stundung, Aufrechnung oder Kündigung, auch, obschon es kein Rechtsgeschäft ist, ein in Annahmeverzug setzendes Leistungsangebot.

⁷⁷ Manche folgern aus der Fassung des § 407 („gegen sich gelten lassen“), daß die Wirksamkeit der Leistung oder des Rechtsgeschäfts nur insoweit eintrete, als der Schuldner sie geltend macht. Der Schuldner könne also nach seiner Wahl auch die an den bisherigen Gläubiger bewirkte Leistung auf Grund des § 812 zurückfordern und an den neuen Gläubiger leisten. So Hellwig, Verträge S. 297; Regelsberger, Jahrb. f. D. XLVII 366 ff.; Cosack § 116 I 3 a β; Kohler, Lehrb. II 1 S. 169 ff., 539 ff.; Enneccerus § 304 Anm. 2; Engelmann b. Dernburg⁴ § 140 Anm. 3. Allein dies widerspricht der allgemeinen Struktur der Vorschriften zum Schutz des guten Glaubens. Der Schuldner kann wirksam an den wahren Gläubiger leisten; hat er aber einmal an den legitimierten Scheingläubiger geleistet, so ist die Forderung durch gehörige Erfüllung erloschen und kann auch von ihm selbst nicht als fortbestehend behandelt werden. Ebenso verhält es sich bei jedem mit dem bisherigen Gläubiger vorgenommenen Rechtsgeschäft. Vgl. Planck zu § 407 Bem. 1; Endemann § 152 Anm. 21—22; Oertmann Bem. 1c; Sobernheim a. a. O. S. 11 ff., 30 ff.

⁷⁸ Daher kann er z. B. nicht mehr für ihn Sicherungsrechte erwerben, eine gegen ihn laufende Verjährung unterbrechen, eine Erhöhung des Zinssatzes vereinbaren, durch Mahnung Schuldnerverzug begründen usw. Vgl. R.Ger. LII Nr. 50; Dernburg § 139 (140) Anm. 2; Eck S. 397; Sobernheim S. 6 ff., 46 ff., 77 ff.; Siber b. Planck⁴ Bem. 1b. A. M. Eccius, D.J.Z. VIII 208 ff., Oertmann Bem. 7.

⁷⁹ B.G.B. § 407². Auch die Prozeßlegitimation des bisherigen Gläubigers

e. Im Falle einer mehrmaligen Abtretung derselben Forderung kann derjenige, dem die schon abgetretene Forderung abgetreten wurde, die Forderung nicht erwerben⁸⁰. Allein die Schutzvorschriften zugunsten des gutgläubigen Schuldners finden entsprechende Anwendung⁸¹. Wenn daher der Schuldner, ohne von der früheren Abtretung Kenntnis erlangt zu haben, an den späteren Erwerber leistet oder sich mit ihm auf ein Rechtsgeschäft oder einen Rechtsstreit über die Forderung einläßt, so muß der frühere Erwerber dies gegen sich gelten lassen. Hier verschafft also die Abtretung durch einen Nichtgläubiger, der aber auf Grund seiner bisherigen Gläubigerstellung dem Schuldner gegenüber noch als Gläubiger legitimiert war, dem bloßen Scheingläubiger auf Kosten des wahren Gläubigers die Legitimation als Gläubiger gegenüber dem Schuldner. Die gleiche Legitimation eines Nichtgläubigers tritt ein, wenn eine bereits abgetretene Forderung durch gerichtlichen Beschluß einem Dritten überwiesen wird oder wenn der bisherige Gläubiger ihren gesetzlichen Übergang auf einen Dritten diesem gegenüber als erfolgt anerkennt.

f. Die schuldrechtlichen Verpflichtungen, die der Abtretungsvertrag als solcher erzeugt, erschöpfen sich in der Beihilfe, die der bisherige Gläubiger dem neuen Gläubiger durch Auskunfterteilung, Aushändigung der Beweisurkunden und gehörige Beurkundung der Abtretung zu leisten hat, um ihm die Ausübung des übertragenen Rechtes zu erleichtern⁸². Im übrigen bestimmt

gilt nur zugunsten, nicht zum Nachteil des gutgläubigen Schuldners. Vgl. Näheres b. Hellwig, Rechtskraft S. 400 ff.; Rehbein II 404 ff.; Planck Bem. 2; Schollmeyer Bem. 2; Oertmann Bem. 2; Endemann I § 152 Anm. 23; Enneccerus § 304 I 2; Sobernheim a. a. O. S. 81 ff. — Die Anzeige der früher erfolgten Abtretung nach ergangenem Urteil entzieht dem Schuldner von nun an den Schutz des § 407²; R.Ger. LXXXIV Nr. 50.

⁸⁰ Oben S. 184 Anm. 23. — Nach Schweiz. O.R. a. 186 (jetzt wegen a. 165¹ gestrichen) ging die Abtretung vor, für welche die ältere schriftliche Beurkundung vorliegt.

⁸¹ B.G.B. § 408. Vgl. Sächs. Gb. § 973; Schweiz. O.R. Art. 187 (167). — Nicht anwendbar ist jedoch die das Aufrechnungsrecht erweiternde Vorschrift des § 406 B.G.B. (bestritten; vgl. Siber bei Planck⁴ Bem. 1 b).

⁸² B.G.B. § 402—403 und dazu oben S. 188 Anm. 44 u. S. 189 Anm. 50. Vgl. Sächs. Gb. § 970; Schweiz. O.R. a. 191 (170²). — Diese Ansprüche stehen bei wiederholter Abtretung auch den späteren Erwerbern unmittelbar gegen den ersten Abtretenden zu. A. M. Planck³ zu § 402 Bem. 1 f, Oertmann, Bem. 4. Vgl. aber jetzt Siber b. Planck⁴ Bem. 1 f, Rehbein II 392, Schollmeyer Bem. 4, Dernburg § 142 (143) I 1 u. bes. Enneccerus § 305 Z. 3, der zutreffend betont, daß es sich um Hilfsrechte handelt, die mit der Forderung ohne weiteres übergehen.

sich das Rechtsverhältnis zwischen dem Abtretenden und dem Erwerber nach dem Rechtsgrunde der Abtretung. Insbesondere kann eine Verpflichtung des Abtretenden, für den rechtlichen Bestand der Forderung oder darüber hinaus für ihre Realisierbarkeit Gewähr zu leisten, nur aus dem zugrundeliegenden Kausalgeschäft hergeleitet werden⁸³. Weitere Verpflichtungen gegenüber dem neuen Gläubiger kann der bisherige Gläubiger dadurch auf sich laden, daß er vermöge seiner fortdauernden Legitimation als Gläubiger etwas empfängt, was dem Erwerber gebührt, oder dessen Forderung auf andere Weise beeinträchtigt; als Verpflichtungsgründe können dabei namentlich Geschäftsführung ohne Auftrag, unerlaubte Handlung oder ungerechtfertigte Bereicherung in Betracht kommen⁸⁴.

⁸³ Ist dieses ein Verkauf, so haftet der Abtretende als Verkäufer für den rechtlichen Bestand der Forderung, während er für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners nur auf Grund eines besonderen Versprechens einzustehen hat; B.G.B. § 437—438. Gleiches gilt, wenn ein anderes entgeltliches Veräußerungsgeschäft zugrunde liegt; § 445. Im Falle der Schenkung haftet der Abtretende auch für den Bestand der Forderung regelmässig nicht; § 523. — Die ältere gemeinrechtliche Lehre stellte allgemein den Grundsatz auf, daß der Zedent für die Verität, nicht für die Bonität der Forderung hafte; erst seit der Schrift von Schliemann, Die Haftung des Zedenten, 1848, wurde dieser Satz als unzutreffende Verallgemeinerung dessen, was die Quellen für den Forderungskauf bestimmen, aufgegeben. An das gemeine Recht schlossen sich hinsichtlich der entgeltlichen Zession der Code civ. a. 1693—1695 und das Schweiz. O.R. a. 192 (171) an, während das Preufs. A.L.R. I, 11 § 420 u. das Österr. Gb. § 1397 dem Zedenten der Regel nach auch eine Haftung für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners auferlegen. Das Sächs. Gb. § 971 verweist auf das zugrunde liegende Rechtsgeschäft, fügt aber ausdrücklich hinzu, daß im Zweifel der abtretende Gläubiger nicht für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners haftet. Soweit auf Grund des Gesetzes oder besonderer Übernahme eine Haftung für Zahlungsfähigkeit eintritt, erstreckt sie sich im Zweifel nur auf die Zahlungsfähigkeit zur Zeit der Abtretung; Code civ. a. 1695, B.G.B. § 438. Manche Gesetze bestimmen überdies ausdrücklich, daß der Zedent immer nur bis zum Betrage der empfangenen Valuta haftet; Preufs. A.L.R. I, 11 § 420, Öst. Gb. § 1397, Code civ. a. 1694, Schweiz. O.R. a. 194 (173¹).

⁸⁴ Ist der Erwerber der Forderung dadurch geschädigt, daß der bisherige Gläubiger die Forderung noch einmal abgetreten und der Schuldner sich in gutem Glauben mit dem scheinbaren Erwerber eingelassen hat, so kann er sich auch an den letzteren halten und mindestens von ihm das Empfangene als ungerechtfertigte Bereicherung herausverlangen. Abweichend bestimmt das Sächs. Gb. § 973, daß, wenn der zweite Zessionar die Forderung in redlichem Glauben erhoben hat, der erste Zessionar nichts von ihm herausfordern, sondern sich nur an den Zedenten halten kann. Eine solche Ausnahmebestimmung ist dem B.G.B. fremd.

4. **Einschränkungen der Übertragbarkeit.** Nach heutigem Recht gilt die freie Übertragbarkeit der Forderungen als Regel⁸⁵. Allein ein Wesensmerkmal der Forderungen ist sie nicht. Vielmehr gibt es zahlreiche Forderungen, die unübertragbar oder nur beschränkt übertragbar sind.

a. Unübertragbar sind Forderungen, deren Übertragung gesetzlich verboten ist.

Von besonderer Wichtigkeit ist das allgemeine Verbot der Übertragung unpfändbarer Forderungen⁸⁶. Insoweit eine Forderung, weil die geschuldete Leistung der Lebensnotdurft des Gläubigers dient, dem Zugriff Dritter entzogen ist, wird sie auch vor der Trennung von der Person des Gläubigers durch dessen eigne rechtsgeschäftliche Verfügung geschützt. Dabei handelt es sich um eine im öffentlichen Interesse errichtete Schranke der Vertragsfreiheit. Die Abtretung ist daher nichtig. Hieran kann auch die Zustimmung des Schuldners nichts ändern⁸⁷.

Daneben begegnen spezielle Übertragungsverbote. So sind die Ansprüche auf Ersatzleistung wegen eines immateriellen Schadens

⁸⁵ Das römische Verbot der Zession rechtshängiger Forderungen, das schon durch viele Partikularrechte beseitigt war und auch in der gemeinrechtlichen Praxis vielfach nicht durchgeführt oder beschränkt wurde, ist bereits durch die Z.Pr.O. § 263 (jetzt 265) allgemein aufgehoben; vgl. Stobbe-Lehmann § 226 Anm. 48—50, Dernburg § 136 (137) IV, Hellwig, Rechtskraft S. 153 ff., Lippmann, Jahrb. f. D. XLV 391 ff. — Auch das römische Verbot der Zession an einen potentior mit seinen deutschrechtlichen Ausstrahlungen (vgl. oben Bd. I 441 Anm. 27) ist seit lange veraltet und heute völlig beseitigt; vgl. Windscheid-Kipp § 336 Z. 2 a, Stobbe-Lehmann § 226 Z. 6 a.

⁸⁶ B.G.B. § 400. Im bisherigen Recht war ein derartiger allgemeiner Satz nicht anerkannt; R.Ger. IV Nr. 42, Seuff. XXXVIII Nr. 17. Darum findet sich in manchen älteren Reichsgesetzen die Unübertragbarkeit neben der Unpfändbarkeit besonders ausgesprochen. So im R.G. v. 21. Juli 1869 § 2, im Reichsbeamtenenges. § 6, im Reichsmilitärwesenges. § 45, im Hilfskassenges. § 45. Ebenso aber in R.V.O. § 119 u. 1325 u. Angest.V.G. § 93, weil hier die Übertragung ausnahmsweise mit Genehmigung des Reichsversicherungsamtes (oder Rentenausschusses) in Fällen, in denen die Pfändung unzulässig ist, stattfinden kann; vgl. auch Angest.V.G. § 371. Die Übertragbarkeit der Ansprüche der Beamten, Geistlichen, öffentlichen Lehrer und ihrer Hinterbliebenen auf Besoldung, Wartegeld, Ruhegehalt, Witwen- und Waisengeld kann nach E.G. Art. 81 landesrechtlich in weiterem Umfange, als sich schon aus Z.Pr.O. § 850 ergibt, beschränkt werden. — Darüber, daß umgekehrt unübertragbare Forderungen der Regel nach auch unpfändbar sind, vgl. oben Bd. II 1008.

⁸⁷ Für den Arbeits- und Dienstlohn ist dies im R.G. v. 21. Juni 1869 § 2 besonders ausgesprochen.

nicht übertragbar, bevor sie durch Vertrag anerkannt oder rechtshängig geworden sind⁸⁸. Sodann können die Ansprüche auf Entschädigung für unschuldig erlittene Strafe oder Untersuchungshaft nicht übertragen werden, bevor ihre richterliche Feststellung erfolgt ist⁸⁹. Unbedingt sind ferner gewisse vermögensrechtliche Ansprüche aus familienrechtlichen Verhältnissen der Übertragung entzogen⁹⁰. Auch kann aus Gründen des öffentlichen Rechts ein Verbot der Übertragung selbst ohne ausdrückliche Bestimmung anzunehmen sein⁹¹. In allen solchen Fällen handelt es sich um zwingendes Recht, so daß die verbotswidrige Abtretung nichtig ist und auch durch Zustimmung des Schuldners nicht wirksam werden kann.

b. Unübertragbar sind Forderungen, die wegen der Beschaffenheit der geschuldeten Leistung an die Person des Gläubigers gebunden sind. Dies ist der Fall, wenn die Leistung an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger nicht ohne Veränderung ihres Inhaltes erfolgen kann⁹². Nach besonderer gesetzlicher Bestimmung gehören dahin im Zweifel die Ansprüche auf Dienste und auf Ausführung eines Auftrages⁹³, mangels anderer Vereinbarung das Vorkaufsrecht⁹⁴ und normalerweise alle gegenseitigen Ansprüche der Gesellschafter aus dem Gesellschaftsvertrage mit Ausnahme fälliger Ersatzansprüche und der Gewinn- und Auseinandersetzungsansprüche⁹⁵. Aber auch bei vielen anderen Schuld-

⁸⁸ B.G.B. § 847, § 1300².

⁸⁹ R.G. v. 20. Mai 1898 § 5⁴, v. 14. Juli 1904 § 6⁴. — Gleiches muß für die Ansprüche auf Buße wegen Verletzung eines Persönlichkeitsrechts gelten.

⁹⁰ So die Ansprüche des Ehemanns auf Beitragsleistungen der Frau nach B.G.B. § 1427, 1585; der Anspruch der Tochter auf Aussteuer nach § 1623.

⁹¹ So hat das R.Ger. den Darlehnsanspruch der öffentlichen Pfandleiher für unübertragbar erklärt; D.J.Z. IX 745.

⁹² B.G.B. § 399. Vgl. Sächs. Gb. § 966. — Was Gerhard Beseler, Arch. f. z. Pr. CX 114 ff., hiergegen einwendet, ist nicht zutreffend. Die „abgeschwächte Zession“, die auch hier zulässig sein soll, ist nicht Abtretung der Forderung, sondern nur Übertragung des Rechtes zu ihrer Ausübung; vgl. unten S. 203 Anm. 112.

⁹³ B.G.B. § 613, 664². Es handelt sich um eine bloße Auslegungsregel. Die Übertragbarkeit kann vereinbart oder nach den Umständen als vereinbart anzunehmen sein.

⁹⁴ B.G.B. § 514. Die Vorschrift gibt sich ausdrücklich als nachgiebigen Rechtssatz.

⁹⁵ B.G.B. § 717. Der Rechtssatz entspricht dem personenrechtlichen Wesen der Gesellschaft. Doch ist er als nachgiebig anzusehen; vgl. Jörges, Z. f. H.R. LI 75 ff., Staub, Exkurs zu § 122 Anm. 29. A.M. Sohm, Der

verhältnissen ergibt sich kraft der allgemeinen Regel oft aus der Natur der bedungenen Leistung die Unübertragbarkeit der Forderung. So z. B. bei Forderungen auf Herstellung eines Werkes⁹⁶, auf Vornahme eines Vertragsschlusses⁹⁷, auf Gewährung von Unterhalt⁹⁸, auf eine Unterlassung⁹⁹. Da in solchen Fällen der Schuldinhalt durch die Individualität des Gläubigers bestimmt wird, der Gläubiger aber den Schuldinhalt nicht ohne Mitwirkung des Schuldners ändern kann, ist die Abtretung der Forderung durch den Gläubiger nichtig. Dagegen kann eine Abtretung unter Mitwirkung des Schuldners zustande kommen, wenn damit eben gleichzeitig eine Änderung des Schuldinhalts vereinbart wird, ohne die Identität der Schuld aufzuheben. Ist jedoch die geschuldete Leistung

Gegenstand S. 71. Allein wenn das B.G.B. § 40 sogar bei rechtsfähigen Vereinen die Festsetzung der Übertragbarkeit der Mitgliedschaft durch die Satzung zulässt, so ist nicht einzusehen, warum nicht eine Gesellschaft (oder ein nicht rechtsfähiger Verein) mit übertragbarer Teilhaberschaft errichtet werden können soll. Dann aber sind die einzelnen Ansprüche jedenfalls zusammen mit der Teilhaberschaft übertragbar.

⁹⁶ Z. B. auf Anfertigung eines Porträts, Erteilung von Unterricht, ärztliche Behandlung. Nach H.G.B. § 664 ist bei dem Frachtgeschäft zur Beförderung von Reisenden zur See das Recht des Reisenden, wenn er im Überfahrtsvertrage genannt ist, unübertragbar.

⁹⁷ So ist unstreitig der Anspruch auf Darlehnsempfang aus einem Vorvertrage unübertragbar. Bestritten ist, ob nicht der bloße Anspruch auf Auszahlung der Darlehnsvaluta abgetreten werden kann. Dafür die herrschende Lehre und die überwiegende Praxis; vgl. Planck³ Bem. 1, Schollmeyer Bem. 3, Stobbe-Lehmann Anm. 44, Dernburg³ § 137 Anm. 14, Enneccerus § 302 III 1, Regelsberger, Jahrb. f. D. LII 417 ff., R.Ger. XXXVIII Nr. 83, LXVIII Nr. 86, Gruchot LIII 415 und andere Erkenntnisse. Nur wird meist zugegeben, daß bei einem Darlehn für einen bestimmten Zweck (z. B. Baugelder) eine Abtretung des Anspruchs unzulässig ist, die das Geld dem Zweck entfremden würde, Regelsberger a. a. O. S. 419 ff., R.Ger. XXXVIII Nr. 83, Rspr. d. O.L.G. XVI 378. Allein die ganze Lehre ist verfehlt. Denn ein von dem Anspruch auf Darlehnsempfang trennbarer Anspruch auf Summenzahlung existiert gar nicht; vgl. Oertmann Bem. 1 a ε, Seuff. XIX Nr. 35, R.Ger. XXXII Nr. 90. Überdies würde aus der Übertragbarkeit des Anspruchs auch dessen Pfändbarkeit folgen, was praktisch höchst bedenkliche Folgen hätte; vgl. Siber b. Planck⁴ Bem. 1 c. — Auch bei sonstigen Vorverträgen ist zwar nicht unbedingt (wie Rehbein S. 387 ff. u. Oertmann in 1. Aufl. meinen), wohl aber regelmäßig die Abtretung der Forderung auf Vertragsschluß unzulässig; vgl. Schollmeyer a. a. O., Oertmann Bem. 1 a δ.

⁹⁸ So bei Ansprüchen aus Verpfändungsverträgen, Altenteilsverträgen usw. — Hinsichtlich der gesetzlichen Unterhaltsansprüche greift das Pfändungsverbot der Z.Pr.O. § 856 Z. 2 durch.

⁹⁹ H. Lehmann, Die Unterlassungspflicht S. 312 ff.

dergestalt an die Individualität des Gläubigers gebunden, daß sie, wenn sie dieselbe bleiben soll, nur gerade an ihn erfolgen kann, so ist die Abtretung der Forderung überhaupt undenkbar¹⁰⁰.

Möglich ist, daß sich aus der Beschaffenheit der geschuldeten Leistung nur eine Beschränkung der Übertragbarkeit der Forderung ergibt. So kann, wenn ein persönliches Tun oder ein Unterlassen zum Vorteil eines bestimmten Grundstücks oder Geschäfts gereicht, die Übertragung der darauf gerichteten Forderung zusammen mit dem Grundstück oder Geschäft zulässig, im übrigen aber ausgeschlossen sein¹⁰¹.

c. Unübertragbar sind Forderungen, deren Abtretung durch Vereinbarung mit dem Schuldner ausgeschlossen ist¹⁰². Der alte Streit, ob das *pactum de non cedendo* nur unter den Parteien oder auch gegen Dritte wirke, ist im Anschluß an die überwiegende Praxis des gemeinen und preussischen Rechts zugunsten seiner dinglichen Kraft entschieden¹⁰³. Während also eine körperliche Sache nicht durch Rechtsgeschäft außer Verkehr gesetzt werden kann, kann durch Rechtsgeschäft eine unveräußerliche Forderung geschaffen oder eine veräußerliche Forderung in eine unveräußerliche verwandelt werden. Hier handelt es sich eben um einen Vermögensgegenstand, dessen Gestaltung und Umgestaltung dem Parteiwillen anheimgegeben ist. Die gewillkürte Unübertragbarkeit ist somit eine Eigenschaft der Forderung und ein Hinderungsgrund ihrer Abtretung. Die Abtretung ist daher nicht bloß, wie Manche annehmen, relativ unwirksam, sondern nichtig. Doch kann die Unübertragbarkeit durch Vereinbarung

¹⁰⁰ So verhält es sich z. B. bei der Forderung auf Bestellung einer persönlichen Dienstbarkeit, auf Befreiung von einer Verbindlichkeit (Seuff. XXXVIII Nr. 224), auf ärztliche Behandlung, auf Herstellung eines Porträts. Vgl. meine Abh. über Schuldnachf. u. Haft. S. 49 u. 57.

¹⁰¹ Mit dem Grundstück übertragbar wird z. B. regelmäßig die Forderung auf Bestellung einer Grunddienstbarkeit sein. Mit dem Geschäft übertragbar die Forderung auf Unterlassung eines Konkurrenzbetriebes; vgl. H. L e h m a n n a. a. O. S. 312 ff. Auch Ansprüche auf Dienstleistung und auf Ausführung eines Auftrages sind oft nach der Natur des Schuldverhältnisses mit einem Betriebe dergestalt verbunden, daß sie mit ihm übertragen werden können. — Beschränkt übertragbar sind auch die für sich unübertragbaren Neben- und Hilfsrechte, da sie mit der Forderung übergehen; oben S. 185 Anm. 30, S. 193 Anm. 65-66.

¹⁰² B.G.B. § 399 Halbs. 2.

¹⁰³ Vgl. für das gem. R. Windscheid § 335 Anm. 5; Seuff. XXXVI Nr. 271, XXXIX Nr. 96, XL Nr. 192, R.Ger. XXXI Nr. 32. Für das preuss. R. R.Ger. XXXVIII Nr. 83. — Anders für das französ. R. R.Ger. XXVII Nr. 86. Auch Entw. I § 295² wollte gegenteilig bestimmen.

mit dem Schuldner wieder beseitigt werden, erlangt somit durch dessen Zustimmung Wirksamkeit¹⁰⁴. Überdies kann der Schuldner, wenn er über die Schuld eine Urkunde ausgestellt hat, aus der die vereinbarte Unübertragbarkeit nicht erhellt, und die Forderung unter Vorlegung dieser Urkunde abgetreten ist, sich dem gutgläubigen Erwerber gegenüber auf die Unübertragbarkeit nicht berufen¹⁰⁵. Auch ist, sofern nicht die geschuldete Leistung ihrer Beschaffenheit nach vom Gläubiger in Person empfangen werden muß, dem Gläubiger die Erteilung einer Vollmacht zur Geltendmachung der Forderung unverwehrt¹⁰⁶. Demgemäß ist, insoweit der geschuldete Gegenstand der Pfändung unterliegt, die Forderung auch pfändbar, kann jedoch infolge der Pfändung immer nur zur Einziehung überwiesen werden¹⁰⁷.

Wie die vertragmäßige Ausschließung, so ist eine vertragmäßige Beschränkung der Übertragbarkeit einer Forderung zulässig. So kann vereinbart werden, daß die Forderung nur zusammen mit einer Sache oder einem Betriebe abgetreten werden kann. Ebenso ist eine Abrede wirksam, nach der das Recht jedes späteren Erwerbers bestimmten Einschränkungen unterliegen soll¹⁰⁸.

¹⁰⁴ Nur Unwirksamkeit gegenüber dem Schuldner nehmen Rehbein S. 388, Oertmann Bem. 1 b, Wünschmann b. Gruchot LIV 222 ff. u. A. an. Vgl. dagegen Brückmann b. Seuffert Bl. f. R.A. 1906 S. 437 ff., Raape, Veräußerungsverbot S. 171 ff., Staudinger Bem. 4, Siber b. Planck⁴ Bem. 2 u. 3, sowie bes. R.Ger. LXXV Nr. 34 S. 145. Demgemäß führt das R.Ger. a. a. O. S. 143 ff. mit Recht aus, daß ein an der noch im Vermögen des Gläubigers befindlichen Forderung erworbenes Pfändungspfandrecht durch nachträgliche Genehmigung einer früheren Abtretung nicht wieder beseitigt werden kann.

¹⁰⁵ B.G.B. § 405. Ebenso neues Schweiz. O.R. a. 164²; dazu Oser Bem. 3 d.

¹⁰⁶ Eine derartige Vollmacht kann auch in einer als Abtretung unwirksamen Erklärung zu finden sein; Dernburg § 137 (138) I. — Auch die Ermächtigung eines Dritten, den unabtretbaren Anspruch für den Gläubiger, aber in eigenem Namen und auf eigene Gefahr und Kosten geltend zu machen, ist zulässig; R.Ger. LXXIII Nr. 80.

¹⁰⁷ Z.Pr.O. § 851². Die Bestimmung bezieht sich dem Wortlaut nach auch auf die nach dem ersten Halbsatz des § 399 B.G.B. unübertragbaren Forderungen. Allein sie ist hier unanwendbar. Meist wird ja der geschuldete Gegenstand hier nicht pfändbar sein. Aber auch wenn er pfändbar ist, kann, falls die Leistung nicht ohne Veränderung ihres Inhalts an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger erfolgen kann, dem Schuldner die Leistung an den Pfändungspfandgläubiger, die ja eine andere als die geschuldete Leistung wäre, nicht aufgenötigt werden.

¹⁰⁸ Vgl. Seuff. LIX Nr. 220 (Vereinbarung, daß die Forderung immer nur auf Antrag und gegen Quittung des ursprünglichen Gläubigers eingezogen werden darf).

5. Beschränkte Übertragung. Die Abtretung ist translative Übertragung. Sie überträgt das Vollrecht an der Forderung. Gleichwohl kann sie beschränkt erfolgen, da sie Bedingung oder Befristung verträgt. Wird eine Forderung unter einer aufschiebenden Bedingung oder Befristung abgetreten, so geht auf den Erwerber nur ein anwartschaftliches Recht über; der Abtretende bleibt Gläubiger, mit dem Eintritt der Bedingung oder Frist aber tritt der neue Gläubiger ohne weiteres an seine Stelle¹⁰⁹. Erfolgt die Abtretung unter einer auflösenden Bedingung oder Befristung, so verbleibt dem Abtretenden ein anwartschaftliches Recht; der Erwerber wird Gläubiger, hört aber ohne weiteres auf, Gläubiger zu sein, wenn mit dem Eintritt der Bedingung oder Frist die Forderung an den Abtretenden zurückfällt¹¹⁰.

Im Gegensatze zur Abtretung ist die Belastung einer Forderung mit einem Nießbrauch oder Pfandrecht konstitutive Übertragung. Sie zweigt von dem Vollrecht an der Forderung ein begrenztes Recht an der Forderung ab. Hiervon war schon im Sachenrecht die Rede¹¹¹.

Wird nur das Recht zur Ausübung einer Forderung übertragen, so liegt eine Übertragung der Forderung überhaupt nicht vor. Eine Veränderung der Gläubigerschaft tritt nicht ein; der Ausübungsbefugte kann nur als Vertreter des Gläubigers fordern¹¹².

Möglich aber ist eine fiduziarische Abtretung¹¹³. Sie

¹⁰⁹ Zugunsten des Schuldners greifen die Schutzvorschriften des § 409 wie des § 407 Platz.

¹¹⁰ Zugunsten des Schuldners ist hier nicht nur § 409, sondern auch § 408 entsprechend anzuwenden.

¹¹¹ Oben Bd. II 690 ff., 1013 ff.

¹¹² Auch wenn die Form der Abtretung gewählt, aber lediglich Bevollmächtigung gewollt ist, kann mangels einer auf Forderungsübergang gerichteten Willenseinigung die Forderung nicht übergehen. Der Bevollmächtigte ist damit freilich ermächtigt, in eigenem Namen zu fordern. Allein der Schuldner kann, auch wenn gemäß § 409 durch Anzeige oder Urkunde eine Gläubigerlegitimation hergestellt ist, sich darauf berufen, daß in Wahrheit die Forderung nicht abgetreten ist. Vgl. R.Ger. LII Nr. 57. Doch verlangt die Praxis meist ein eignes Interesse des Schuldners an der Aufdeckung der wirklichen Rechtslage; R.Ger. XXV Nr. 37, Seuff. XLIV Nr. 17. — Wenn umgekehrt der Gläubiger die Forderung abtritt, sich aber die Gläubigerstellung nach außen vorbehält, so bedeutet dies auch nur, daß er fremdes Recht in eigenem Namen auszuüben befugt sein soll. Der Schuldner kann sich ihm gegenüber darauf berufen, daß er nicht mehr Gläubiger, sondern nur noch Vertreter des Gläubigers ist. Doch verlangt die Praxis auch hier ein eignes Interesse des Schuldners; R.Ger. XL Nr. 58 S. 220 ff.

¹¹³ Vgl. Dernburg § 135 (136) IV; Endemann § 151 Z. 2b; Enneccerus

überträgt die Forderung selbst, überträgt sie jedoch nur zu einem beschränkten Zwecke. So z. B. zum Zwecke der Sicherung des Erwerbers. Oder aber lediglich zum Zwecke der Einziehung oder sonstigen Geltendmachung der Forderung für den Abtretenden. Dann geht das Vollrecht an der Forderung über, darf aber vom Erwerber nur nach Maßgabe seiner Stellung als Treuhänder ausgeübt werden. Die Verpflichtung des neuen Gläubigers gegen den bisherigen Gläubiger, sein Recht getreulich zu gebrauchen, beruht auf dem Kausalgeschäft und kommt nach außen nicht in Betracht^{113a}. Allein die Beschränkung des Gläubigerrechts gewinnt insoweit dingliche Wirksamkeit, als die Abtretung durch den Wegfall ihres Grundes oder durch den Bruch der Treupflicht auflösend bedingt wird. Die Beifügung einer derartigen Bedingung kann stillschweigend erfolgen und ist regelmässig als erfolgt anzusehen¹¹⁴. Dann fällt mit dem Eintritt der Bedingung die Forderung an den früheren Gläubiger zurück. Somit kann nunmehr der Schuldner dem Treuhänder die Leistung verweigern¹¹⁵. Und

§ 303 IV; Planck zu § 398 Bem. 1^b; Kühlenbeck Bem. 5; Schollmeyer Bem. 4; Oertmann Vorbem. 3^b; Müller b. Seuffert Bl. f. R.A. 1907 S. 96 ff.; dazu oben Bd. II 151 ff., 1030 ff. — A.M. Stammler S. 196, der die fiduziarische Abtretung nach dem B.G.B. für unzulässig hält. Abweichend auch Schöniger, Arch. f. z. Pr. XCVI 163 ff., bes. 195 ff., der die Abtretung zu Inkassozwecken immer nur als verdeckte Vollmacht (oben Anm. 112) gelten läßt. Ähnlich Wienstein b. Gruchot XLVIII 485 ff., D.J.Z. X 833 ff. — Weitere Literaturnachweise und eingehende Erörterung der einzelnen Streitfragen bei Siber b. Planck⁴ S. 550—553.

^{113a} R.Ger. XXIV Nr. 30.

¹¹⁴ Dies ist hier wie bei fiduziarischen Übereignungen mit A. Schultze, Jahrb. f. D. XLIII 21 ff., anzunehmen; vgl. oben Bd. II 152 Anm. 53. Denn eine so beschränkte Abtretung entspricht dem Zweck des Geschäfts. Auch Oertmann a. a. O. gibt die Möglichkeit einer stillschweigend beigefügten auflösenden Bedingung zu, scheint aber nur in Ausnahmefällen die Verwirklichung dieser Möglichkeit anerkennen zu wollen. Vgl. auch Schöny, Arch. f. b. R. XXXV 305 ff., 309; Siber a. a. O. S. 551.

¹¹⁵ Hierdurch rechtfertigen sich sachlich die gerichtlichen Entscheidungen, nach denen im Falle der fiduziarischen Abtretung zu Inkassozwecken der Schuldner sich dem Zessionar gegenüber darauf berufen kann, daß der Zedent den Einziehungsauftrag inzwischen widerrufen hat oder daß der Zessionar mißbräuchlich gegen den Willen des Zedenten Ansprüche geltend macht; R.Ger. XXXIX Nr. 41, LIII Nr. 164, D.J.Z. VIII 273, Rspr. d. O.L.G. IX 30, XX 124, zustimmend Dernburg Anm. 13, Enneccerus Anm. 17, Kühlenbeck a. a. O., Staub, D.J.Z. VIII 389. Doch ist die Begründung, die nur mit der Einrede der Arglist operiert, unzureichend und insofern die Polemik von Oertmann a. a. O. u. Siber S. 551 gerechtfertigt. Auf die Einrede der

die Forderung ist der Verfügung des Treuhänders und dem Zugriff seiner Gläubiger entzogen¹¹⁶.

6. Übertragung anderer Rechte. Nach dem B.G.B. finden die Vorschriften über die Übertragung von Forderungen auf die Übertragung anderer Rechte insoweit entsprechende Anwendung, als nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt¹¹⁷. Doch sind die meisten dieser Vorschriften, da sie eine Beziehung zwischen Gläubiger und Schuldner voraussetzen, auf absolute Rechte überhaupt nicht anwendbar. So gilt denn auch für Sachenrechte ein durchaus abweichendes System von Rechtssätzen. Dagegen ist die Übertragung der übertragbaren Persönlichkeitsrechte, soweit sie nicht verliengenschaftet sind, in der Hauptsache nur durch die Verweisung auf das Schuldrecht geregelt. Hieraus ist namentlich für Urheber- und Erfinderrechte und die aus ihnen abgeleiteten Tochterrechte zu entnehmen, daß ihre Abtretung durch abstrakten dinglichen Vertrag erfolgt, der an eine Form nicht gebunden ist¹¹⁸. Gleiches gilt für die Übertragung übertragbarer Mitgliedschafts-

Arglist muß freilich zurückgegriffen werden, wenn die Abtretung als solche nicht hinfällig wird; so z. B. wenn sie an einen vermögenslosen Zessionar erfolgt ist, um die Bezahlung der Prozesskosten nicht zu riskieren; vgl. R.Ger. LXXXI Nr. 40. — Dagegen, daß ihm selbst aus dem Wegfall der Gläubigerstellung des Zessionars Nachteile erwachsen, ist der Schuldner hinreichend durch B.G.B. § 408 u. 409 geschützt; vgl. oben Anm. 110.

¹¹⁶ Hieraus ergibt sich von selbst das Widerspruchsrecht des Zedenten gegen die Pfändung der Forderung und sein Aussonderungsrecht im Konkurse des Zessionars. Die herrschende Meinung gelangt mit sehr verschiedener Begründung (teils mit Hilfe der Rechtssätze über ungerechtfertigte Bereicherung, teils auf Grund der Vorstellung einer nur „formellen Gläubigerschaft“) zu dem gleichen Ergebnisse; R.Ger. XXXI Nr. 94 u. b. Bolze X Nr. 884; Dernburg a. a. O.; Schollmeyer Bem. 4; Jäger Komm. zu K.O. § 43 Bem. 38 ff.; vgl. oben Bd. II 152 Anm. 45.

¹¹⁷ B.G.B. § 413.

¹¹⁸ Gemäß B.G.B. § 398. Entsprechend anwendbar sind auch § 402 u. 403. Unanwendbar dagegen sind alle Schutzvorschriften zugunsten des redlichen Verkehrs. Ein Ersatz durch eine die Wirkungen des Rechtsüberganges gegen Dritte bedingende Publizitätsform besteht nur für Patentrechte nach Patentges. § 19² und für Zeichenrechte nach Warenzeichenges. § 7¹. — Eine gesetzliche Beschränkung der Übertragbarkeit gilt für Vorbenutzungsrechte aus dem Erfinderrecht nach Patentges. § 5¹ und für Zeichenrechte nach Warenzeichenges. § 7², mangels anderer Vereinbarung auch für das Verlagsrecht nach Verlagsges. § 28. Vertragsmäßig kann die Übertragbarkeit von Tochterrechten bei deren Begründung ausgeschlossen oder beschränkt werden, was für das Verlagsrecht in § 28 cit. ausdrücklich anerkannt ist.

rechte¹¹⁹ und Teilhaberrechte¹²⁰. Bei den typischen Gattungen solcher Rechte aber greifen gesetzliche Sonderbestimmungen abändernd und ergänzend ein¹²¹. Voll durchführbar ist die analoge Anwendung des Zessionsrechtes auf die Abtretung übertragbarer einzelner Ansprüche sachenrechtlicher oder personenrechtlicher Art¹²². Denn sie sind, wenn sich auch in ihnen unmittelbar ein absolutes Recht auswirkt, gegen einen bestimmten Verpflichteten gerichtet. Auch auf die Übertragung von Gestaltungsrechten sind die Vorschriften über Forderungsrechte entsprechend anzuwenden; nur sind diese Rechte meist entweder wegen ihrer Unselbständigkeit nicht für sich oder wegen ihrer höchstpersönlichen Natur überhaupt nicht übertragbar¹²³.

III. Gesetzliche Übertragung. In vielen Fällen geht eine Forderung unmittelbar kraft Rechtssatzes auf einen Anderen über¹²⁴. Doch tritt keineswegs ohne weiteres ein solcher Übergang überall da ein, wo ein Gläubiger kraft Rechtssatzes verpflichtet ist, seine Forderung zu übertragen¹²⁵.

¹¹⁹ So für die Mitgliedschaft in einem rechtsfähigen Verein, wenn sie nach der Satzung gemäß B.G.B. § 40 für übertragbar erklärt ist. Doch kann die Satzung Abweichendes für Form und Wirkungen der Übertragung bestimmen.

¹²⁰ So bei Gesellschaften und nicht rechtsfähigen Vereinen mit übertragbarer Teilhaberschaft.

¹²¹ So bei der Mitgliedschaft in einer Aktiengesellschaft H.G.B. § 222 bis 223; bei der Mitgliedschaft in einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung Ges. § 15—17; bei genossenschaftlichen Geschäftsguthaben Genossenschaftsges. § 76; bei der Teilhaberschaft an einer Erbengemeinschaft B.G.B. § 2033; bei Schiffsparten H.G.B. § 503—504.

¹²² So bei dinglichen Ansprüchen; vgl. B.G.B. § 870, 931, 986², oben Bd. II 239, 346 Anm. 191, 549. Desgleichen, soweit die Abtretung zulässig ist, bei einzelnen Ansprüchen aus der Mitgliedschaft gegen eine Körperschaft.

¹²³ Vgl. Seckel, Gestaltungsrechte S. 220 ff. Über unselbständige Gestaltungsrechte, die nur mit der Forderung übertragbar sind, vgl. oben S. 193 Anm. 66. Überhaupt unübertragbar sind z. B. das Widerrufsrecht des Schenkers und die familienrechtlichen Anfechtungsrechte. Selbständig übertragbar kann nach Seckel unter Umständen das Rücktrittsrecht und in beschränkter Weise das Anfechtungsrecht sein (S. 222 ff.). Das Vorkaufsrecht und das Wiederkaufsrecht, die Seckel außerdem anführt, sind keine bloßen Gestaltungsrechte.

¹²⁴ Eine Zusammenstellung solcher Fälle für das ältere deutsche Recht findet sich bei Stobbe-Lehmann § 226 Z. 9. Dabei sind aber sehr ungleichartige Erscheinungen durcheinandergeworfen. Über das gemeine Recht vgl. Windscheid-Kipp § 332 Z. 3.

¹²⁵ Für das gemeine Recht wurde öfter eine allgemeine Regel dieses Inhaltes behauptet und auch in der Praxis anerkannt; man sprach dabei von einer fingierten Zession. Überwiegend indessen erklärten sich Theorie und

1. Die Fälle der gesetzlichen Übertragung einer Forderung sind unter sich nicht gleichartig.

Auf Grund freiwilliger Befriedigung des Gläubigers erwirbt die Forderung ein Nichtschuldner, wenn ihm ein Ablösungsrecht zusteht. Ein derartiges Ablösungsrecht hat heute, sobald der Gläubiger die Zwangsvollstreckung in einen dem Schuldner gehörigen Gegenstand betreibt, ein Jeder, der Gefahr läuft, durch die Zwangsvollstreckung ein Recht an dem Gegenstande oder auch nur den Besitz zu verlieren¹²⁶. Dazu kommen die besonderen Ablösungsrechte, die gegenüber dinglichen Haftungsrechten begründet sind und bei Hypotheken und Fahrnispfandrechten ein Recht auf Forderungserwerb einschließen¹²⁷. Die Befriedigung des Gläubigers, die auch durch Hinterlegung oder Aufrechnung erfolgen kann, bewirkt hier nicht das Erlöschen der Schuld, sondern befreit nur einen dem Gläubiger haftenden Gegenstand von dessen Zugriff. Die Forderung aber geht zum Entgelt für das Opfer, das der Befriedigende zur Wahrung seiner Interessen bringen mußte, von Rechtswegen auf diesen über.

In anderen Fällen tritt der Übergang der Forderung auf den, der den Gläubiger befriedigt, zur Sicherung eines ihm ohnehin zustehenden Ersatzanspruches gegen den Schuldner ein. So erwirbt durch Befriedigung des Gläubigers der Gesamtschuldner in Höhe seines Ausgleichungsanspruches die Forderung gegen den Mitschuldner, der Bürge die Forderung gegen den Hauptschuldner, der subsidiär Unterhaltspflichtige die Forderung gegen den näher Verpflichteten¹²⁸. Hier erfolgt die Befriedigung zwar durch einen Schuldner, dessen Schuld sie tilgt. Allein sie erfolgt zum Vorteil eines anderen Schuldners, der zugleich oder zunächst zu leisten gehabt hätte und deshalb nicht befreit wird, sondern nur den Gläubiger tauscht. Zur Verstärkung eines Ersatzanspruches dient auch der gesetzliche Übergang der Forderungen aus dem Spedi-

Praxis dagegen. Vgl. Windscheid-Kipp a. a. O. Anm. 12. Für das Recht des B.G.B. ist ein Streit ausgeschlossen; vgl. oben S. 187 Anm. 38.

¹²⁶ B.B.G. § 268; über das Recht aus dem Besitz oben Bd. II 266 Anm. 90. — Ist das gefährdete Recht nicht mit Besitz verbunden, so muß es ein dingliches sein; Obst. L.G. f. Bayern Seuff. LXVIII Nr. 6.

¹²⁷ Oben Bd. II 874, 881, 985.

¹²⁸ B.G.B. § 426, 774, 1607, 1709. — Hierauf beruht auch der Erstattungsanspruch des unterstützenden öffentlichen Armenverbandes gegen den Unterhaltspflichtigen; vgl. unten § 216 Anm. 10.

tions- oder Frachtverträge auf den späteren Spediteur oder Frachtführer, der den Vormann befriedigt¹²⁹.

Endlich gibt es Fälle, in denen auf den Schuldner behufs Schadloshaltung für seine Leistung eine gleichinhaltliche Forderung des Gläubigers gegen einen Dritten von Rechts wegen übergeht. Insbesondere erwirbt regelmäßig der Versicherer, wenn er dem Versicherungsnehmer einen Schaden vergütet, kraft Gesetzes die Forderung des Versicherten auf Schadensersatz gegen einen Dritten, der den Schaden verursacht hat¹³⁰. Auch nach den Arbeiterversicherungsgesetzen geht die Forderung des Versicherten gegen einen schadensersatzpflichtigen Dritten auf den kraft öffentlichen Rechts zur Entschädigung verpflichteten Versicherungsträger von Rechts wegen über¹³¹.

Auf die Übertragung einer Forderung kraft Gesetzes finden die Vorschriften über die rechtsgeschäftliche Abtretung entsprechende Anwendung¹³². Die Rolle der Abtretungsurkunde spielt hier eine die Anerkennung des eingetretenen Über-

¹²⁹ H.G.B. § 411², 441², ³. — Kein Fall des gesetzlichen Forderungsüberganges, sondern ein Ausfluß der Wirksamkeit des Versprechens zugunsten eines Dritten liegt in dem Eintritt des Empfängers in die Rechte aus dem Frachtverträge nach H.G.B. § 435; vgl. meine Grundz. des H.R. Enzykl. III 109, auch Hellwig, Vertr. S. 478, K. Lehmann, H.R.² § 201, 3. Dagegen nehmen Goldschmidt, Handb. I 479 ff., Stobbe § 226 Z. 10 c hier eine „cessio ficta“ an.

¹³⁰ So bei jeder Schadensversicherung nach V.V.G. § 67 (jedoch gegen einen durch Hausgemeinschaft verbundenen Familienangehörigen nur im Falle vorsätzlicher Schadenszufügung). Bei der Seeversicherung nach H.G.B. § 804. — Der Forderungsübergang tritt erst mit der Leistung des Versicherers ein. Doch wird dieser, wenn der Versicherungsnehmer seinen Anspruch gegen den Dritten oder ein zu dessen Sicherung dienendes Recht aufgibt, nach V.V.G. § 67 von seiner Ersatzpflicht insoweit frei, als er aus dem Anspruch oder dem Recht hätte Ersatz erlangen können.

¹³¹ So nach sämtlichen bisherigen Einzelgesetzen; vgl. Rosin, Arbeiterversicherungsr. I 544 ff., II 1043 ff. Ebenso jetzt nach R.V.O. § 1542, 1544, Angest.V.G. § 91. — Der Zeitpunkt des Forderungsüberganges, der früher bei den Krankenkassen erst mit der Leistung an den Versicherten eintrat, fiel im übrigen und fällt heute allgemein mit dem Zeitpunkt der Entstehung der Leistungspflicht zusammen. Dies ist nicht erst der Augenblick der Rentenfeststellung (so R.Ger. LV Nr. 85), sondern schon der Augenblick, in dem der Anspruch des Versicherten gegen den Versicherungsträger begründet ist; R.Ger. LX Nr. 59 u. 60. Trotzdem ist, wie das R.Ger. richtig annimmt, die Forderung des Versicherten gegen den Schadensersatzpflichtigen zunächst in dessen Person entstanden und geht eben nur sofort auf den Versicherungsträger über, so daß § 412 B.G.B. Anwendung findet.

¹³² B.G.B. § 412. Unanwendbar sind nur § 398 u. 405.

ganges der Forderung aussprechende Urkunde. Der neue Gläubiger kann die Ausstellung einer solchen Anerkennungsurkunde in öffentlich beglaubigter Form verlangen, der Schuldner braucht, wenn ihm der Übergang nicht schriftlich angezeigt ist, nur gegen Aushändigung einer Anerkennungsurkunde zu leisten. Die Forderung geht mit allen Nebenrechten und Vorzugsrechten über, bleibt aber auch allen gegen sie begründeten Einwendungen ausgesetzt. Eingeschränkt wird das Recht des neuen Gläubigers in den vom B.G.B. geregelten Fällen durch den stets wiederkehrenden Zusatz, daß der Übergang nicht zum Nachteil des bisherigen Gläubigers geltend gemacht werden kann¹³³. Die Vorschriften zum Schutz des gutgläubigen Schuldners finden Anwendung, wenn er von dem Übergange der Forderung keine Kenntnis hat¹³⁴. Soweit eine Forderung unübertragbar ist, kann sie auch, wenn nicht das Gegenteil besonders bestimmt ist, kraft Gesetzes nicht übergehen.

IV. Übertragung durch richterliche Verfügung. Ist an einer übertragbaren Geldforderung im Wege der Zwangsvollstreckung ein Pfändungspfandrecht begründet, so kann der Pfändungspfandgläubiger gerichtliche Überweisung der Forderung an Zahlungs Statt zum Nennwert verlangen. Mit der Zustellung des Überweisungsbeschlusses an den Drittschuldner geht die Forderung auf den Pfändungspfandgläubiger über¹³⁵. Der Gläubigerwechsel gilt demgemäß von dem Augenblick an, in dem er eingetreten ist, als dem Schuldner bekannt. Ein Schutz des guten Glaubens an die Berechtigung des bisherigen Gläubigers findet nicht statt. Ist aber der Überweisungsbeschluss zu Unrecht ergangen, so gilt er im Verhältnis zum Drittschuldner als rechtsbeständig, bis er aufgehoben und die Aufhebung dem Drittschuldner angezeigt ist¹³⁶. Auch kann, wenn die überwiesene Forderung deshalb nicht übergegangen ist, weil sie bereits einem Anderen abgetreten war, der Schuldner, wenn er dem Überweisungsbeschluss

¹³³ B.G.B. § 268, 426, 774, 1143, 1150, 1225, 1250, 1607, 1709. Ebenso V.V.G. § 67.

¹³⁴ So auch in den Fällen, in denen die Forderung mit der Entstehung übergeht; R.Ger. LX Nr. 59 u. 60.

¹³⁵ Z.P.O. § 835. Die Überweisung ersetzt die zur Legitimation des neuen Gläubigers gegenüber dem Schuldner im Falle der rechtsgeschäftlichen Abtretung erforderlichen Erklärungen des bisherigen Gläubigers (urkundliche Abtretung oder schriftliche Anzeige); Z.P.O. § 836¹.

¹³⁶ Z.P.O. § 836².

Folge gibt, sich auf die Unkenntnis der früheren Abtretung berufen¹³⁷. Dem bisherigen Gläubiger gegenüber erlangt der Pfändungspfandgläubiger durch die Überweisung der Forderung ein Recht auf Auskunfterteilung und auf Herausgabe der Schuldurkunden¹³⁸.

§ 181. Rechtsnachfolge in Schulden¹.

I. Überhaupt. Gleich der Forderung kann nach der im heutigen Recht durchgedrungenen deutschrechtlichen Auffassung eine Schuld ihr Subjekt wechseln, ohne ihre Identität einzubüßen². Damit vollzieht sich eine Rechtsnachfolge in die Schuld; denn obschon es sich um Nachfolge in eine Pflicht, nicht in ein Recht

¹³⁷ B.G.B. § 408², vgl. oben zu II 3e. Dagegen ist er nicht geschützt, wenn er an jemanden leistet, dem der Gläubiger die Forderung, die durch rechtswirksame Überweisung auf den Pfändungsgläubiger übergegangen war, hinterher abgetreten hat.

¹³⁸ Z.P.O. § 836³.

¹ B. Delbrück, Die Übernahme fremder Schulden nach gem. u. preufs. R., 1853; Die Übernahme fremder Schulden nach lüb. u. hamb. R., Z. f. D.R. XV 125 ff. (1855). Beseler, D.P.R.⁴ S. 474 ff. Stobbe, D.P.R. III § 181, Stobbe-Lehmann § 228. R. Hübner, Grundz. § 79. v. Schwerin, R.G.² S. 106. Buch, Übertragbarkeit der Forderung S. 64 ff., 104 ff. Über altnord. R. v. Amira I 599, II 378 ff. — Bähr, Jahrb. f. D. VI 170 ff. Gürgens, ebd. VIII 221 ff. Unger, Schuldübernahme 1889. Regelsberger in Endemanns Handb. des H.R. II 532 ff.; Jahrb. f. D. XXXIX 463 ff. W. v. Blume, Novation, Delegation und Schuldübertragung, 1895, S. 86 ff., Jahrb. f. D. XXXIX 390 ff., XL 109 ff. Kipp, ebd. XXXVI 336 ff. W. Fluhme, Die Theorien der Passiv-Sukzession, Erlangen 1896. K. Adler, Arch. f. b. R. III 1 ff. Windscheid-Kipp § 338 ff. — Förster-Eccius, Preufs. P.R. I § 102. Dernburg, Preufs. P.R. II 152 ff. — R. Horn, Schuldübernahme, eine Studie nach österr. u. deut. Zivilrecht, Wien 1902. — Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte S. 159 ff.; Rechtskraft S. 309 ff. Stämmeler a. a. O. S. 206 ff. Darstellungen des bürg. R. von Cosack § 119; Matthiafs § 101; Dernburg § 155 ff. (⁴ 156 ff.); Endemann § 153; Landsberg § 112; Crome § 202 ff.; Kohler § 63; Enneccerus § 308 ff. Komm. zu B.G.B. § 414—419 (besonders eingehend jetzt Siber b. Planck⁴). Strohal, Schuldübernahme, Jahrb. f. D. LVII (1910) S. 213 ff. Meine Abh. über Schuldnachfolge und Haftung, in Festschr. f. v. Martitz, 1911, S. 33 ff. Hellmann, Krit. V.Schr. XLIX 488 ff. Knoke, Jahrb. f. D. LX 407 ff. Lippmann, Beiträge zur Theorie der Schuldübernahme des B.G.B., Arch. f. z. Pr. CVII (1911) S. 1 ff. Strohal, Schuldpflicht und Haftung, S.A. aus Festg. f. Binding, 1914. Dazu Hellmann, Krit. V.Schr. LIII (1915) S. 28 ff. — Speziell über Schuldmitübernahme: Salinger, Arch. f. b. R. XXVIII 81 ff. Martinus b. Gruchot XLIX 180 ff. Westerkamp, Bürgschaft und Schuldbeitritt, 1908. Reichel, Die Schuldmitübernahme, 1909.

² Oben § 175 II 4 S. 60.

handelt, so liegt doch eben auch hierin eine Nachfolge in ein Rechtsverhältnis, die unter den allgemeinen Begriff der „Rechtsnachfolge“ fällt³.

Die Schuldnachfolge ist entweder translativ (befreiend) oder kumulativ (vervielfältigend). Sie ist translativ, wenn der neue Schuldner an die Stelle des bisherigen Schuldners tritt. Dagegen ist sie kumulativ, wenn zu dem bisherigen Schuldner ein neuer Schuldner hinzutritt. Im letzteren Falle vervielfältigt sich die Schuld. Allein es ist inhaltlich dieselbe Schuld, die Schuld des Einen bleibt und Schuld des Anderen wird. Beide Schuldverpflichtungen gehen auf dieselbe Leistung, die nur einmal bewirkt werden soll, und ergänzen so einander zu einem einheitlichen Gesamtschuldverhältnis. Darum erscheint auch hier in entsprechender Weise, wie der Eintritt in die Gläubigerstellung sich im Falle der Vergemeinschaftung einer Forderung, die von nun an jedem Mitberechtigten ein konkurrierendes Recht auf die ganze Leistung gewähren soll, als eine vervielfältigende Aktivsukzession darstellt, der Eintritt in die Schuldnerstellung als eine vervielfältigende Passivsukzession⁴.

Sehr ungleich gestaltet sich bei den einzelnen Fällen der

³ Darum ist im Falle des Schuldüberganges während des Prozesses Z.P.O. § 325 anwendbar. Vgl. bes. Hellwig, Rechtskraft S. 319 ff.; auch Seuffert zu Z.P.O. § 325 Bem. 1^a, Schollmeyer zu B.G.B. § 414 Bem. 4, Dernburg⁴ § 158 Anm. 6, Enneccerus § 308, meine Schrift über Schuldnachfolge und Haftung S. 33. — A. M. Gaupp-Stein zu § 325 Bem. 15, Fischer, Jahrb. f. D. XL 174, Crome, B.R. § 202 Anm. 4, v. Schwerin, Über den Begriff der Rechtsnachfolge S. 69, Reichel, Schuldmitübernahme S. 534 ff., Strohal, Schuldübernahme S. 395 ff.

⁴ Vgl. bes. Hellwig, Vertr. S. 176 ff., Rechtskraft S. 314, 319 ff. (mit S. 246), sowie meine Schrift über Schuldnachfolge u. Haftung S. 34 ff.; auch Oertmann, Vorbem. 2, Knoke a. a. O. S. 419 und mit eingehender Begründung Siber b. Planck⁴ Vorbem. 2a α . Doch verwerfen den Begriff der vervielfältigenden Schuldnachfolge nicht nur die Gegner des Begriffs der Schuldnachfolge überhaupt (wie z. B. Romeik, Zur Technik des B.G.B. III 88, Strohal, Schuldübernahme S. 234 ff., Schuldpflicht S. 68 ff.), sondern auch manche Anhänger der herrschenden Lehre; so Planck³, Vorbem. 2, Staudinger, Vorbem. 1b, Lippmann a. a. O. S. 66 ff., Schollmeyer, Vorbem. 3, Goldmann u. Lilienthal² I § 122 Anm. 3, Crome S. 350, Reichel a. a. O. S. 535. — Dagegen ist keine Rechtsnachfolge in die Schuld gegeben, wenn ein Bürge oder sonstiger Garantieschuldner hinzutritt. Denn seine Schuld ist nicht die Urschuld, sondern eine neue Schuld mit anderem Inhalt. Demgemäß wird man umgekehrt, wenn bei dem bisherigen Schuldner nur eine Bürgschaftschuld zurückbleibt, nicht kumulative, sondern translative Nachfolge annehmen müssen.

Schuldnachfolge die Verschiebung der Haftungsverhältnisse⁵. Während das Zugriffsrecht aus der Haftung den Schicksalen der Forderung folgt, ist die passive Seite des Haftungsverhältnisses untrennbar mit dem haftenden Gegenstande verbunden und geht daher mit der Schuld nur insoweit über, als zugleich der Haftungsgegenstand übergeht. Die persönliche Haftung des heutigen Rechtes ist überhaupt unübertragbar, da sie Haftung des Schuldners mit seinem ganzen jeweiligen Vermögen ist, eine an die Stelle tretende persönliche Haftung eines Anderen also, weil sie Haftung mit einem anderen Vermögen ist, sich stets als neue Haftung darstellt. Auch mit dem Übergange des ganzen Vermögens kann die bisherige persönliche Haftung sich nur in der Umwandlung zur reinen Vermögenshaftung fortsetzen, während eine etwa hinzutretende Haftung des Nachfolgers mit dem eignen Vermögen neue Haftung ist. Dagegen findet, wenn ein haftender einzelner Vermögensgegenstand oder ein haftendes Sondervermögen sein Subjekt wechselt, infolge der Forthaftung desselben eine Haftungsnachfolge statt. Sie kann sich mit Schuldnachfolge verbinden, aber auch ohne solche eintreten. Somit sind bei der Schuldnachfolge die verschiedensten Haftungsänderungen möglich. Es kann bisherige Haftung wegfallen oder neue Haftung begründet werden, Haftungsschwächung oder Haftungsverstärkung eintreten. Diese Verschiedenheiten sind für die Voraussetzungen und Wirkungen der einzelnen Arten von Schuldnachfolge bedeutungsvoll. Dagegen berühren sie das Wesen der Schuldnachfolge als solcher nicht, weil die Identität der Schuld nur vom Schuldinhalt abhängt, die das Schuldverhältnis ergänzenden Haftungsverhältnisse aber nicht zum Schuldinhalte gehören⁶.

Eine Schuldnachfolge verknüpft sich von Rechts wegen mit

⁵ Näher dargelegt in Schuldnachfolge u. Haftung S. 42 ff.

⁶ Schuldnachfolge u. Haftung S. 47 ff. Seitdem auch Knoke a. a. O. S. 411 ff., Buch a. a. O. S. 67 ff.; im Ergebnis auch Siber, Vorbem. 1 b § S. 591. Darum steht es dem Begriff der translativen Schuldnachfolge nicht entgegen, wenn die bisherige Haftung vollständig durch neue Haftung ersetzt wird. Translative Schuldnachfolge aber liegt auch vor, wenn der neue Schuldner beschränkter als der befreite Schuldner haftet oder wenn der bisherige Schuldner zwar noch haftet, aber nicht mehr schuldet (Schuldn. u. Haft. S. 48 Anm. 1). Kumulative Schuldnachfolge ist auch vorhanden, wenn der hinzutretende Mitschuldner nur beschränkt haftet oder die Haftung des bisherigen Alleinschuldners sich abschwächt. Wird nur Haftung übernommen oder mitübernommen, so findet überhaupt eine Schuldnachfolge nicht statt (a. a. O. S. 48 Anm. 2). Umgekehrt ist Schuldnachfolge auch in unvollkommene Verbindlichkeiten, obschon für sie nicht gehaftet wird, möglich.

jeder Gesamtnachfolge. Der Eintritt des Erben in die Schulden des Erblassers war nach römischem Recht der einzige Fall der Passivsukzession; für die Schulden wie für die Forderungen griff das Prinzip der Universalsukzession durch, deren Ausgestaltung als Persönlichkeitsnachfolge die Möglichkeit schuf, den Übergang durchzuführen, ohne den persönlichen Obligationsbegriff preiszugeben⁷. Das deutsche Recht dagegen, dem die Erbfolge Nachfolge in eine objektive Vermögenseinheit war, liefs die Schulden auf den Erben übergehen, weil und soweit sie als Passivbestandteile des vererbten Vermögens erschienen. Von hier aus gelangte es dazu, einerseits auch auferhalb des Erbrechts jede Vermögensnachfolge grundsätzlich auf die Schulden zu erstrecken, andererseits innerhalb und auferhalb des Erbrechts die mit der Nachfolge in ein Sondervermögen verknüpfte Schuldennachfolge auf die zu dem Sondervermögen gehörigen Schulden zu beschränken. Die deutschrechtliche Auffassung hat sich behauptet. Auch im heutigen Rechte ist die Gesamtnachfolge Vermögensnachfolge und als solche stets zugleich Rechtsnachfolge in die dem Vermögen zugehörigen Schulden⁸. Doch bestehen dabei tiefgreifende Unterschiede. Insbesondere ist die Schuldennachfolge bald translativ⁹, bald kumulativ¹⁰. Überdies aber sind die Haftungsverhältnisse

⁷ Schuldn. u. Haftung S. 45 u. die dort angef. Schrift von Saleilles. An der römischen Fiktion will Sohm, Der Gegenstand S. 42 ff., für das heutige R. festhalten, steht aber wohl damit allein.

⁸ Vgl. oben Bd. II 69 Anm. 90, Schuldn. u. Haft. S. 35 ff.; Hellwig, Rechtskraft S. 310 ff. — Anders Sohm, Der Gegenstand S. 41 ff. Nur die Erbfolge sei, weil immer noch Persönlichkeitsnachfolge (oben Anm. 7), auch heute Schuldennachfolge. Bei sonstiger Gesamtnachfolge finde niemals Schuldennachfolge statt. Das ist folgerichtig, aber rein römisch gedacht. Dagegen hält Strohal, von seinem Standpunkte aus inkonsequent, an dem Begriff der Gesamtnachfolge als einer auf die Schulden erstreckten Vermögensnachfolge fest (a. a. O. S. 264 ff.), ohne zu erkennen, daß auch bei der Erbfolge eine Haftungsänderung eintritt (Schuldn. u. Haft. S. 45).

⁹ So bei der Erbfolge und der Verbandsnachfolge, sowie bei der Nachfolge in ein Lehns-, Stammgut- oder Fideikommissvermögen.

¹⁰ So bei der Nachfolge in einen veräußerten Erbanteil (anders nur nach B.G.B. § 2036, 2037 bei der Rückübertragung eines Anteils auf Grund der Ausübung des Vorkaufsrechtes der Miterben); Strohal, Erbrecht⁸ II 368 ff. Ferner bei der Vergemeinschaftung der Schulden durch Eintritt der ehelichen Gütergemeinschaft, da die zur Gesamtgutsverbindlichkeit gewordene Schuld zugleich Sonderschuld des Ehegatten bleibt, dessen Alleinschuld sie bisher war. Desgleichen bei dem Eintritt in eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts (unten § 209 Anm. 130), eine offene Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft (H.G.B. § 130, 173). Ebenso bei der Übernahme des Vermögens einer

mannigfach ungleich geregelt¹¹. Darum ist von dem Übergange der Schulden kraft Gesamtnachfolge bei den einzelnen Arten der Gesamtnachfolge zu reden.

Eine von Rechts wegen eintretende Schuldennachfolge verknüpft sich ferner mit bloßer Vermögensübernahme. Es handelt sich hier um Fälle, in denen die deutschrechtliche Auffassung des Vermögens als objektiver Einheit sich nicht voll durchgesetzt hat und darum eine Gesamtnachfolge in das Vermögen nicht stattfindet, sondern der Erwerb des Vermögens im Ganzen durch Sondernachfolge in die einzelnen Vermögensgegenstände vollzogen werden muß. Die deutschrechtliche Auffassung aber der Schulden als Passivbestandteile des Vermögens ist allgemein durchgedrungen. Darum tritt auch in diesen Fällen eine Gesamtnachfolge in die dem Vermögen zugehörigen Schulden ein. Diese Schuldennachfolge ist stets kumulativ, bürdet aber dem neuen Vermögensherrn bald ausschließlich eine aus der persönlichen Haftung des bisherigen Vermögensherrn abgeleitete Haftung mit dem übernommenen Vermögen, bald zugleich eine neue persönliche Haftung auf. Auf sie ist am Schluss zurückzukommen (unter V.).

Auch mit der Sondernachfolge in einen einzelnen Vermögensgegenstand kann sich von Rechts wegen eine Schuld nachfolge verknüpfen. Dies war im deutschen Recht seit alter Zeit überall da der Fall, wo eine Schuld mit einer bestimmten körperlichen oder unkörperlichen Sache verbunden wurde¹². Auch dem heutigen Recht sind derartige Verhältnisse bekannt¹³. Hier erscheint die Schuld nachfolge als Folge des Überganges von Eigentum oder sonstigem Recht oder auch schon von Besitz und nimmt je nach Art und Grad der Schuldverdinglichung ungleiche Gestalt an; insbesondere ist sie bald translativ, bald kumulativ und ruft neben der selbstverständlichen Forthaftung mit dem als Schuldträger behandelten Gegenstande in manchen Fällen eine neue persönliche Haftung an Stelle oder neben einer Haftung des alten Schuldners hervor¹⁴.

Handelsgesellschaft durch einen von zwei Gesellschaftern im Falle des § 142 H.G.B. Endlich auch bei dem Eintritt des Mannes in die ihn als „Gesamtschuldner“ verhaftenden Schulden der Frau, die auf den Nutzungen des Eingebachten lasten; Schuldn. u. Haft. S. 36 Anm. 4.

¹¹ Vgl. oben Bd. II 67 ff.; Übersicht in Schuldn. u. Haft. S. 45—47.

¹² Vgl. Stöbbe-Lehmann § 223 I.

¹³ Schuldn. u. Haft. S. 37 u. 47.

¹⁴ Rein translativ ist die Nachfolge des neuen Grundeigentümers in die dingliche Schuld, oben Bd. II 724 ff., 853. Desgleichen der Eintritt des neuen

Ist aber einmal die Schuld als ein mit einem Vermögen oder Vermögensgegenstände übertragbares Rechtsverhältnis anerkannt, so ist auch die Möglichkeit gegeben, auf rechtsgeschäftlichem Wege eine Sondernachfolge in die Schuld für sich herbeizuführen. Mit dem römischen Obligationsbegriff war dies unvereinbar; sollte ein Schuldnerwechsel erzielt werden, so konnte das römische Recht dafür nur die Novation zugebete stellen, durch die die bisherige Schuld aufgehoben und eine neue Schuld begründet wurde¹⁵. Für das deutsche Recht dagegen bestand kein Hindernis, ein Rechtsgeschäft zuzulassen, durch das die Schuld als dieselbe Schuld von einem Anderen gelobt und so mit oder ohne Befreiung des bisherigen Schuldners in ein anderes Vermögen verpflanzt wurde. In der Tat entwickelte sich schon im Mittelalter die Vorstellung einer durch rechtsgeschäftliche Schuldübernahme bewirkten unmittelbaren Sondernachfolge in die Schuld¹⁶. Sie erhielt sich auch nach der Rezeption und setzte sich endlich dem römischen Recht gegenüber durch. Allerdings suchte man bis in die neuere Zeit mit dem Begriff der Novation auszukommen, den auch manche Gesetzbücher ausschließlich anerkannten¹⁷. Allein schon im preussischen Landrecht und im österreichischen Gesetzbuch kam der Gedanke der Sondernachfolge in Schuld zu

Eigentümers in die gesetzliche Verpflichtung zum Ersatz von Verwendungen gegen den Nießbraucher (B.G.B. § 1049) oder den herausgabepflichtigen Besitzer (§ 994 ff.). Translativ, aber mit Fortbestand einer bürgschaftsähnlichen Haftung des bisherigen Schuldners, wirkt der Eintritt des liegenschaftsrechtlichen Sondernachfolgers in die Verpflichtungen aus Miete oder Pacht (B.G.B. § 571 ff.). Ebenso der mit der Erlangung des Pfandbesitzes erfolgende Eintritt des neuen Pfandgläubigers in das pfandrechtliche Schuldverhältnis; oben Bd. II 993. Translativ, aber unter Festhaltung einer subsidiären und zeitlich begrenzten Haftung des bisherigen Schuldners, ist der Übergang der Beitragsschuld mit der Aktie; H.G.B. § 220. Kumulativ ist die mit dem Erwerbe einer Schiffspart verbundene Nachfolge in die Verbindlichkeiten aus der Reederei bis zur Veräußerungsanzeige; H.G.B. § 504, 507². Desgleichen der mit der Veräußerung des Geschäftsanteils einer G. m. b. H. eintretende Übergang der mitgliedschaftlichen Beitragspflichten bis zur Anmeldung des Erwerbes; G. m. b. H. G. § 16², Reichel a. a. O. S. 123 ff. Ebenso der Eintritt des Erwerbers einer versicherten Sache in die Pflichten aus dem Versicherungsvertrage hinsichtlich der laufenden Prämie; V.V.G. § 69² („als Gesamtschuldner“), Reichel S. 125 ff.

¹⁵ Mittels delegatio oder expromissio; vgl. Salpius, Novation und Delegation, 1864.

¹⁶ Stobbe-Lehmann § 228 Anm. 2; Hübner S. 276; Buch a. a. O. S. 104 ff.

¹⁷ Bayr. L.R. IV a 15 § 5—6. Code civ. a. 1271, 1274 ff. Sächs. Gb. § 1003. Altes Schweiz. O.R. a. 142 Z. 2.

deutlichem Ausdruck¹⁸. Er gelangte sodann im gemeinen Recht zu fast unbestrittener Herrschaft¹⁹. So liegt er denn auch den Vorschriften des B.G.B. über Schuldübernahme offensichtlich zugrunde²⁰. Ebenso hat das neue schweizerische Obligationenrecht den rechtsgeschäftlichen Schuldnerwechsel im Sinne der Schuldnachfolge geregelt²¹. Doch blieb in Theorie und Praxis vieles unsicher. Das Verhältnis zwischen translativer und kumulativer Schuldübernahme, zwischen Schuldübernahme und Erfüllungsübernahme und zwischen den Übernahmeverträgen und den Verträgen zugunsten Dritter wurde ungleich aufgefaßt, die den drei Beteiligten beim Übertragungsgeschäft zufallende Rolle verschieden konstruiert, die eintretende Haftungsverschiebung nicht genügend beachtet. Das B.G.B. hat schärfere Scheidung, aber kaum volle Klarheit gebracht. Auch heute daher waltet in manchen grundsätzlichen Fragen lebhafter Streit. Darüber jedoch, daß nach heutigem deutschen Recht die Schuldübernahme Sondernachfolge in die Schuld ist, ist die überwiegend herrschende Meinung einig. Ihr festes Fundament ist durch den Widerspruch Einzelner und namentlich auch durch den neuesten wuchtigen Angriff Strohal's nicht erschüttert²².

¹⁸ Preuß. A.L.R. I, 14 § 339 ff. u. dazu O.Trib. XIX 192; I, 16 § 264—267. Öst. Gb. § 1407 (anders als § 1345) u. dazu A. Menzel, Zur Lehre von der Schuldübernahme, Wien 1884, Unger a. a. O. S. 10 ff., Gürgens a. a. O. S. 239, R. Horn a. a. O. S. 4 ff., Krainz-Pfaff-Ehrenzweig II § 335.

¹⁹ Bahnbrechend wirkte die oben Anm. 1 angef. Schrift von Delbrück, wenn auch seine Konstruktion des Vorganges nicht durchdrang. Für die Schuldnachfolge traten namentlich Beseler a. a. O., Gürgens a. a. O. S. 221 ff., Unger a. a. O., Regelsberger b. Endemann II 532 ff., Windscheid § 338 ein; vgl. auch R.Ger. I Nr. 142, XXXIII Nr. 39. Ablehnend verhielt sich Bähr a. a. O.

²⁰ In Entw. I trug sogar der Tit. IV die Überschrift: „Sondernachfolge in Forderung und Schuld“; vgl. Motive II 142 ff. Auch jetzt aber spricht § 414 B.G.B. den Grundsatz der Sondernachfolge als Rechtssatz aus. — Möglich bleibt natürlich auch heute Aufhebung einer Schuld durch Neubegründung einer Schuld eines Anderen; eine solche Schuldneuerung aber ist keine Schuldübernahme im Sinne des B.G.B. Vgl. gegen die gegenteilige Ansicht von Strohal, Schuldübern. S. 371 ff., Schuldpflicht S. 150 ff., 159 ff., die Ausführungen von Knoke S. 441 ff., Siber, Vorbem. 1 b α.

²¹ Art. 175—180. Im übrigen weicht das neue schweiz. R. stark vom deut. R. ab, indem es den Schuldübergang lediglich durch Vertrag zwischen dem Schuldübernehmer und dem Gläubiger zustande kommen läßt, dagegen dem Vertrage zwischen den beiden Schuldner stets nur die Kraft einer Erfüllungsübernahme beilegt.

²² Aus romanistischem Gedankenkreise heraus haben Sohm, Der Gegen-

Als *Schuldübernahme* bezeichnen wir heute nur das unmittelbar auf Sondernachfolge in eine Schuld gerichtete Rechtsgeschäft. Zur Schuldübernahme ist stets die Mitwirkung des Gläubigers erforderlich, da die Individualität des Schuldners für den Schuldinhalt niemals unerheblich ist²³; gerade deshalb ist auch die unmittelbare Sondernachfolge in eine Schuld auf anderem als rechtsgeschäftlichem Wege ausgeschlossen²⁴. Die Schuldübernahme kann translativ oder kumulativ sein. Nur die translative Schuldübernahme ist im B.G.B. geregelt und führt den technischen Namen „Schuldübernahme“ (von ihr unter II.). Schuldübernahme aber ist auch die damit keineswegs aus der Welt geschaffte kumulative Schuldübernahme, die wir „Schuldmitübernahme“ nennen können (von ihr unter III.).

Streng zu scheiden von ihr haben wir die *Schulderfüllungsübernahme*. Sie begründet keine Sondernachfolge in die Schuld, sondern nur ein auf Befreiung von der Schuld gerichtetes neues Schuldverhältnis zwischen dem Übernehmer und dem Schuldner. Es ist aber möglich, daß aus ihr nach den Regeln über Verträge zugunsten Dritter auch der Gläubiger ein Recht gegen den Übernehmer erlangt. (Davon unter IV.)

II. *Schuldübernahme*. Schuldübernahme ist die rechtsgeschäftliche Ersetzung des bisherigen Schuldners durch einen neuen Schuldner. Sie ist bei jeder Schuld möglich, sofern nur

stand S. 25 Anm. 5, und Romeick, Zur Technik des B.G.B. III 86 ff., die Möglichkeit einer Schuldübernahme ohne Begründung einer neuen Schuld bestritten. Dagegen hat Strohal unter Zuhilfenahme der germanistischen Lehre von Schuld und Haftung in seiner eingehenden Abhandlung über Schuldübernahme (1910) die Auffassung der Schuldübernahme als Sukzession bekämpft und in der Abhandlung über Schuldpflicht und Haftung (1914) seine Ansicht ausführlich verteidigt. Sein Aufbau aber steht und fällt mit der irrigen Annahme, daß die Haftung Wesensbestandteil der Schuld und darum Haftungsübernahme notwendig Eingehung einer neuen Schuld sei. Vgl. gegen ihn meine Abh. über Schuldnachfolge und Haftung, sowie Hellmann a. a. O., Knoke a. a. O., Siber, Vorbem. 1 b β, Enneccerus § 308 Anm. 7.

²³ Oben § 175 II 2 S. 57. Schulden sind darum niemals, wie der Regel nach Forderungen, einseitig übertragbar. Dies steht der Annahme einer Sondernachfolge in die Schuld so wenig entgegen, wie bei Forderungen, die ausnahmsweise nur mit Zustimmung des Schuldners übertragbar sind (vgl. oben § 180 S. 200 u. 202), der Begriff der Sondernachfolge hinfällig wird. Vgl. Schuldnachf. u. Haft. S. 51 ff.

²⁴ Wo Schuldübergang kraft Gesetzes eintritt, ist er stets Folge eines Überganges von Aktivvermögen und insofern mittelbar. Auch unmittelbare Schuldübertragung durch richterliche Verfügung gibt es nicht.

dieselbe trotz der mit dem Schuldnerwechsel verbundenen Änderung als dieselbe Schuld fortbestehen kann²⁵. Dagegen ist sie ausgeschlossen, wenn die Schuld ihrem Inhalt gemäß unlöslich mit der Persönlichkeit des Schuldners verknüpft ist und darum, sobald sie dem Schuldner abgenommen wird, notwendig erlischt²⁶.

1. Zustandekommen. Die Schuldübernahme erfolgt durch Vertrag. Erforderlich und ausreichend ist die Willenseinigung darüber, daß die Schuld übergehen soll. Der Vertrag ist also in demselben Sinne, wie die Forderungsabtretung, dinglicher Natur; er richtet sich unmittelbar auf eine gegenständliche Vermögensverschiebung, durch die ein Passivbestandteil aus dem Vermögen des bisherigen Schuldners ausgeschieden und dem Vermögen des Übernehmers einverleibt wird. Somit ist der Vertrag in seinem Kern ein Verfügungsgeschäft²⁷. Doch schließt er von selbst ein Verpflichtungsgeschäft ein, weil der Übernehmer mit der Aneignung der Schuld zugleich erklärt, für dieselbe haften zu wollen²⁸. Der Vertrag ist ferner gleich der Forderungsabtretung abstrakt; er ist unabhängig von seinem Rechtsgrunde und dem mit ihm etwa verflochtenen Schuldvertrage wirksam²⁹. Doch verträgt er Bedingung

²⁵ Da eine Mitwirkung des Gläubigers, in der die Zustimmung zur Änderung liegt, stets erforderlich ist, bedarf es hier keiner gesetzlichen Einschränkungen der Übertragbarkeit, während eine vertragsmäßige Einschränkung sinnlos wäre.

²⁶ Vgl. Schuldnachf. u. Haft. S. 52 Anm. 2. Bei solchen höchstpersönlichen Verbindlichkeiten ist nur eine Schuldneuerung denkbar. Dies gilt insbesondere für alle Unterlassungspflichten, sofern sie nicht mit einem Vermögen oder Vermögensgegenstand verknüpft sind und mit diesem übertragen werden. A. M. zum Teil Lehmann, Unterlassungspflicht S. 311.

²⁷ Ob im B.G.B. der technische Ausdruck „Verfügung“ sich auch auf die Schuldübertragung und das Wort „Gegenstand“ auch auf die Schuld erstreckt, ist dafür unerheblich. Verneint man dies mit Sohm, so bleiben wegen der inneren Verwandtschaft die Vorschriften des B.G.B. über Verfügungsgeschäfte gleichwohl entsprechend anwendbar.

²⁸ Da nach heutiger gesetzlicher Regel gewollte Schuld ohne weiteres persönliche Haftung begründet, tritt eine solche als mitgewollte Folge des Schuldnerwerdens ohne besondere Verpflichtungserklärung ein. Haftungsgrund ist also das Schuldnerwerden, nicht, wie Strohal, Schuldübern. S. 385 ff., meint, ein selbständiges Verpflichtungsgeschäft. Möglich ist ja auch, daß der neue Schuldner nur beschränkt oder überhaupt nicht haften soll. Dazu aber bedarf es einer besonderen Abrede.

²⁹ Planck³, Vorbem. 1; Crome § 202 Z. 3; Oertmann, Vorbem. 5; Westerkamp a. a. O. S. 204 ff.; Enneccerus § 309 I. Gegen die abweichenden Ausführungen von Reichel S. 174 ff. vgl. Schuldnachf. u. Haft. S. 58 Anm. 5, Siber b. Planck⁴ Vorbem. 1d. — Der Charakter der über-

und Befristung und kann darum auch kausal gestaltet werden³⁰. Der Vertrag ist endlich formfrei; er bedarf selbst dann keiner besonderen Form, wenn eine solche für die Begründung der Urschuld notwendig war³¹.

Der Vertragsschluss ist auf zweierlei Weise möglich. Er kann in der Form des Gläubigervertrages oder des Schuldnervertrages erfolgen.

a. Gläubigervertrag. Es ist möglich, daß der Vertrag zwischen dem Schuldübernehmer und dem Gläubiger geschlossen wird³². Der Übernehmer erklärt, daß er die Schuld dem Schuldner abnehme und sich selbst auflade, der Gläubiger akzeptiert und erklärt damit, daß er den bisherigen Schuldner befreie und an dessen Stelle den Übernehmer als Schuldner annehme³³. Einer Mitwirkung

nommenen Schuld selbst wird davon nicht berührt. Sie kann abstrakt oder kausal sein und ändert ihren Charakter durch die Abtretung nicht; vgl. Schuldn. u. Haft. S. 49 Anm. 3 mit S. 58 Anm. 5.

³⁰ Schuldnachf. u. Haft. a. a. O.; Planck³ zu § 414 Bem. 1 u. § 415 Bem. 1; Crome a. a. O. Anm. 13. — Auch die Übernahme einer künftigen Schuld ist gleich der Abtretung einer künftigen Forderung (oben § 180 S. 186 Anm. 33—34) möglich; Planck zu § 414 Bem. 3, Schollmeyer Bem. 5, Enneccerus § 308 I 2; a. M. Reichel S. 354 ff.

³¹ So die herrschende Meinung; vgl. Reichel S. 198 ff., Siber b. Planck⁴ Vorbem. 1 e. Ebenso aber, obschon es mit der Novationstheorie schwer vereinbar ist, Strohal a. a. O. S. 393 ff. Davon ist auch nicht, wie Strohal a. a. O. S. 263 ff. u. Schuldpflicht S. 144 ff., sowie Siber a. a. O. wollen, eine Ausnahme hinsichtlich der Formvorschrift des § 313 B.G.B. zu machen. Vgl. dagegen Schuldn. u. Haft. S. 50 Anm. 3, Hellwig, Vertr. S. 174 ff., Planck³ zu § 415 Bem. 7, Kipp S. 405, Knoke S. 460.

³² B.G.B. § 414. So schon für das gem. R. Gürgens S. 221, Regelsberger, Arch. f. z. Pr. LXVII 24, Windscheid § 338 Anm. 3^a. — Obschon die Schuldübernahme durch Schuldnervertrag der geschichtliche Ausgangspunkt der Entwicklung gewesen ist und auch heute im Leben den Regelfall bildet, will Strohal, Schuldübernahme S. 233 ff., den Gläubigervertrag als Normalfall behandeln und zum Angelpunkte der juristischen Konstruktion machen. Vgl. dagegen Schuldn. u. Haft. S. 53. Wenn jetzt das Schweiz. O.R. überhaupt nur den Gläubigervertrag anerkennt, so tritt die Gewaltbarkeit dieses Verfahrens darin zutage, daß es, obschon es dem bisherigen Schuldner jede konstitutive Mitwirkung abschneidet, doch dessen mit Ermächtigung des Übernehmers erfolgte Mitteilung an den Gläubiger als Vertragsantrag des Übernehmers gelten läßt (a. 176) und ihm die Befugnis verleiht, dem Gläubiger für die Annahme des Antrags eine Frist zu setzen (a. 177).

³³ Die Wirkung tritt nicht ein, wenn der Vertrag nichtig ist oder erfolgreich angefochten wird. Im Falle des B.G.B. § 123 Abs. 2 S. 2 ist die Anfechtung auch gegenüber dem befreiten Schuldner möglich. Unter Umständen kann ihm gegenüber auch ein Bereicherungsanspruch des Gläubigers begründet

des Schuldners bedarf es hierzu so wenig, wie zu seiner Befreiung durch Erfüllung. Jeder Dritte kann durch Vertrag mit dem Gläubiger dem Schuldner ohne und selbst wider dessen Willen die Schuld entwinden⁸⁴.

b. Schuldnervertrag. Der Vertrag kann auch zwischen dem Schuldübernehmer und dem Schuldner geschlossen werden⁸⁵. Dann aber hängt seine Wirksamkeit von der Zustimmung des Gläubigers ab. Hat der Gläubiger seine Einwilligung erteilt, so ist der Vertrag sofort wirksam⁸⁶. Andernfalls bleibt seine Wirksamkeit in der Schwebe, bis der Gläubiger ihn entweder genehmigt oder die Genehmigung verweigert. Inzwischen sind die Beteiligten einander gebunden, können aber, wenn sie einig werden, den Vertrag ändern oder wieder aufheben⁸⁷. Mit der Genehmigung wird der Vertrag endgültig wirksam⁸⁸. Die Genehmigung kann auch

sein. Dagegen wird durch Wiederaufhebung des Vertrages die einmal eingetretene Befreiung nicht hinfällig. Vgl. Planck zu § 414 Bem. 1, Oertmann Bem. 1, Enneccerus § 309 Anm. 3. — Eigenartige Bestimmungen hat das Schweiz. O.R. a. 180.

⁸⁴ Über die hiergegen sprechenden Bedenken, die nur zum Teil durch B.G.B. § 516² behoben werden, vgl. Schuldnachf. u. Haft. S. 53. — Das innere Rechtsverhältnis zwischen dem alten und dem neuen Schuldner richtet sich, wenn ein Vertrag zwischen beiden Schuldnern zugrunde liegt, nach diesem. Andernfalls kann der Übernehmer gegen den befreiten Schuldner einen Anspruch aus auftragloser Geschäftsführung haben.

⁸⁵ B.G.B. § 415. Dies ist die Form des Vertragsschlusses, an der in Theorie und Praxis der Begriff der Schuldübernahme entwickelt wurde, die auch heute am häufigsten begegnet und die daher bei der Betrachtung des Wesens des Übernahmevertrages in den Vordergrund zu stellen ist.

⁸⁶ Der § 415 spricht nur von nachträglicher „Genehmigung“. Zweifellos aber macht auch vorherige oder gleichzeitige „Einwilligung“ den Vertrag wirksam; vgl. Planck Bem. 3, Endemann § 153 Anm. 13 a. E., Crome § 202 Anm. 25, Dernburg § 156 (157) V, Kipp S. 405, Oertmann Bem. 2 (anders 2 Aufl.), R.Ger. LX Nr. 100. Ebenso jetzt Enneccerus § 308 Anm. 4—5, der aber mit Recht eine zugrunde liegende Mitteilung seitens eines Teils an den Gläubiger verlangt; so auch R.Ger. in Jur.W.Sch. 1906 S. 303, Siber b. Planck⁴ Bem. 3. Dagegen bedarf es nicht, wie Schollmeyer Bem. 3 meint, eines vorherigen Einverständnisses beider Teile.

⁸⁷ Der Vertrag wirkt also nicht zugunsten des Gläubigers. Die früher vielfach übliche Behandlung aller Schuldübernahmeverträge als Verträge zugunsten eines Dritten (vgl. Gareis, Vertr. zugunsten Dritter § 72) ist damit für die translative Schuldübernahme ausgeschlossen.

⁸⁸ Die Genehmigung, die als einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung jedem Teil gegenüber erklärt werden kann und unwiderruflich ist, wirkt zurück. Somit stellt sich z. B. eine inzwischen an den bisherigen Schuldner erfolgte Kündigung oder Mahnung als unwirksam heraus. Dagegen bleiben

stillschweigend erfolgen³⁹. Sie ist aber erst möglich, wenn einer der Vertragschließenden die Schuldübernahme dem Gläubiger mitgeteilt hat⁴⁰. Wird die Genehmigung verweigert, so gilt die Schuldübernahme als nicht erfolgt⁴¹. Um den Schwebezustand zu beenden, kann jeder der Beteiligten dem Gläubiger eine Frist zur Erklärung setzen, mit deren Ablauf die Genehmigung, falls sie nicht vorher erklärt ist, als verweigert gilt⁴².

Der rechtliche Vorgang bei der Schuldübertragung durch Schuldnervertrag ist heftig umstritten. Im Sinne der deutschrechtlichen Entwicklung und der im B.G.B. enthaltenen positiven Bestimmungen ist allein die Auffassung berechtigt, daß der Schuldübergang sich hier durch die Willenseinigung der beiden Schuldner vollzieht. Die Schuld geht über, weil die Erklärung des alten Schuldners, sie aus dem eignen Vermögen auszuschneiden, und die des neuen Schuldners, sie in sein Vermögen herüberzunehmen, sich zu einem gegenstandsrechtlichen Vertrage zusammenschließen.

die Folgen eines ohne Mahnung eingetretenen Verzuges für den Übernehmer bestehen. Vgl. Schollmeyer Bem. 1, Cosack § 117 I 3, Planck³ Bem. 2. Zum Teil abweichend Strohal a. a. O. S. 446 ff., Siber b. Planck⁴ Bem. 2.

³⁹ Insbesondere liegt sie regelmässig in der Erhebung der Klage gegen den Übernehmer (R.Ger. XIX Nr. 48, XXXIII Nr. 39), der Mahnung, der Kündigung, der vorbehaltlosen Annahme einer Teilzahlung. Vgl. Siber a. a. O. — Das Schweiz. O.R. a. 176³, das nur den Gläubigervertrag kennt, stellt in solchen Fällen eine Vermutung für Annahme des Vertragsantrages auf.

⁴⁰ Die Mitteilung ist Kundmachung des bis dahin internen Vertrages an den Gläubiger. Sie wird durch anderweite Kenntniserlangung nicht ersetzt. Eine Willenserklärung ist sie nicht; vgl. Eitzbacher, Handlungsfähigkeit I 204 ff. Schon dadurch wird die Ansicht, daß sie Vertragsantrag sei (vgl. unten Anm. 47), widerlegt. Diese Ansicht scheidet aber auch daran, daß die Mitteilung nach § 415 der bindenden Kraft einer Offerte entbehrt, da die Beteiligten den Vertrag „bis zur Genehmigung“ aufheben können; daß ihre Wirkung ohne besondere Fristsetzung nie erlischt; daß sie von jedem der Beteiligten ausgehen kann; daß die Genehmigung auch wirksam ist, wenn sie gegenüber demjenigen Beteiligten erklärt wird, der garnicht mitgeteilt hat.

⁴¹ Über die Folgen vgl. Schollmeyer Bem. 1 c, Planck Bem. 4.

⁴² Die Frist braucht nicht angemessen zu sein; a. M. Romeick a. a. O. I 49 ff. Im Falle ungleicher Fristsetzung gilt die zuerst gesetzte Frist; Goldmann u. Lilienthal S. 452, Oertmann Bem. 4. Dagegen soll nach Romeick I 54 die angemessenere, nach Planck Bem. 5, Staudinger Bem. 7, Crome § 202 Anm. 33, Enneccerus § 308 Anm. 7, Strohal S. 468 die kürzere, nach Hellwig S. 169, Endemann § 153 Anm. 14, Dernburg § 156 Anm. 3 (157 Anm. 4) die längere Frist, falls sie vom Übernehmer gesetzt ist, gelten. — Das Schweiz. O.R. a. 177 kennt natürlich nur eine Fristsetzung für die Annahme des Vertragsantrages des Übernehmers, ermächtigt aber zu einer solchen trotzdem auch den bisherigen Schuldner; oben S. 219 Anm. 32.

Allein indem die Vertragsschließenden sich über die Verschiebung der Vermögenslast einigen, verfügen sie zugleich über fremdes Recht. Denn sie muten dem Gläubiger zwar nicht den Verlust, wohl aber eine Änderung seiner Forderung zu. Darum ist zur Wirksamkeit der Übertragung in gleicher Weise, wie bei jeder Verfügung über fremdes Recht, die Zustimmung des in seinem Rechte Betroffenen erforderlich. Dieser Konstruktion des Vorganges entspricht die sogenannte „Verfügungstheorie“, die schon für das gemeine Recht ausgebildet wurde⁴³, bei der Abfassung des B.G.B. als Richtschnur diente⁴⁴ und von der herrschenden Meinung festgehalten wird⁴⁵. Sie ist durch die gegen sie gerichteten heftigen Angriffe nicht erschüttert⁴⁶. Alle von ihren Gegnern unternommenen Versuche, dem Gläubiger die Rolle eines Vertragsteils zuzuweisen, verkennen das Wesen der Schuldnachfolge und müssen zu künst-

⁴³ Vorbereitet von Delbrück a.a.O. durch seine Lehre von der Veräußerung der „Schuld“ ohne Berührung der „Obligation“, wurde sie von Beseler a. a. O. („Anerkennung“ durch den Gläubiger, Gürgens a. a. O. S. 216 ff., Unger a. a. O. S. 12, Regelsberger b. Endemann II 532 ff., Windscheid § 338 u. A. durchgeführt, auch vom R.Ger. mehreren Entscheidungen (bes. XXXIII Nr. 39 S. 188 ff.) zugrunde gelegt.

⁴⁴ Vgl. Motive II 143 ff., die von einem „Veräußerungsvertrage“ reden, u. die Fassung des § 415 B.G.B.

⁴⁵ Vgl. bes. Regelsberger, Jahrb. f. D. XXXIX 470 ff., Planck, Bem. 1 (mit Einschränkungen auch Siber in 4. Aufl. Bem. 1 a γ), Schollmeyer Bem. 4, Staudinger Bem. 2 c, Oertmann Bem. 1, Kipp b. Windscheid S. 403 ff., Horn a. a. O. S. 3 ff., 66 ff., Matthiafs § 101 II D, Endemann § 153 Anm. 13, Crome § 202, 3 b, Cosack § 117 I 1 a α, Enneccerus § 308 IV, Lippmann a. a. O. S. 57 ff., im wesentlichen auch Dernburg § 156 (157) III.

⁴⁶ Bekämpft wird sie besonders von Hellwig a. a. O. S. 160 ff., v. Blume, Jahrb. f. D. XXXIX 401, und sehr eingehend von Strohal a. a. O. S. 421 ff. Ihre Einwendungen werden hinfällig, wenn beachtet wird, daß allerdings nicht, wie Manche meinen, ein einfacher Anwendungsfall der in § 185 B.G.B. geregelten Verfügung eines Nichtberechtigten, sondern ein durchaus eigenartiges Verfügungsgeschäft vorliegt. Die Verfügung ist ein unselbständiger Bestandteil des auf Schuldübergang gerichteten Vertrages und nur als Mittel für diesen Zweck gewollt; sie wird nicht einseitig vom Schuldner, sondern gemeinschaftlich von ihm und dem Übernehmer, der ja seine Schuldnerschaft in die Forderung einschieben will, getroffen; sie sinnt dem Gläubiger kein Rechtsoffer an, sondern nur eine Rechtsänderung, die er, wenn sie ihm nachteilig scheint, ablehnen kann, nach der Meinung der Vertragsschließenden aber als ihm unschädlich oder gar vorteilhaft gutheissen soll. Nur das dem § 185 zugrunde liegende allgemeine Prinzip ist hier heranzuziehen, während die für selbständige Verfügungsgeschäfte über fremdes Recht geltenden Einzelsätze keineswegs ohne weiteres anwendbar sind. Vgl. meine Abh. über Schuldnachf. u. Haft. S. 54 Anm. 1, auch Siber b. Planck⁴ Bem. 1 a γ.

licher Umdeutung der Gesetzesbestimmungen greifen. Dies gilt von den sogenannten „Angebotstheorien“, die eine Ergänzung des zwischen den Schuldnern geschlossenen Vertrages durch einen Vertragsschluss mit dem Gläubiger annehmen, indem sie die Mitteilung an den Gläubiger als einen Vertragsantrag — sei es nun als Kollektivofferte oder sei es als einseitige Offerte des Übernehmers, die der alte Schuldner nur als dessen Vertreter vornehmen kann — und die Genehmigung des Gläubigers als Annahme dieses Antrags konstruieren⁴⁷. Es gilt in noch höherem Maße von der „Vertretungstheorie“, die den Schuldnervertrag zu einem bloßen Unterfalle des Vertrages zwischen dem Übernehmer und dem Gläubiger herabsetzt, indem sie dem bisherigen Schuldner die Funktion eines vollmachtlosen Vertreters des Gläubigers andichtet⁴⁸.

⁴⁷ Diese Theorie ist von Kipp, Jahrb. f. D. XXXVI 344 ff., entwickelt, aber für das B.G.B. aufgegeben. Durchgeführt ist sie von L. Seuffert bei Bekker u. Fischer XI 44, besonders aber von v. Blume a. a. O. S. 390 ff. u. Hellwig a. a. O. S. 161 ff. Sie ist nach dem oben S. 221 Anm. 40 über das Wesen der Mitteilung Gesagten mit dem B.G.B. unvereinbar. Vgl. gegen sie Regelsberger a. a. O. S. 470 ff., Planck Bem. 1 a α, Schollmeyer Bem. 4, Oertmann Bem. 1, Endemann § 153 Anm. 13, Crome § 202, 3 b, Horn S. 166 ff., Enneccerus a. a. O. S. 248, sowie auch die ausführliche Darlegung von Strohal S. 433 ff. — Wenn Dernburg § 156 (157) III u. Enneccerus § 308 II 3 mindestens in der Mitteilung des Übernehmers zugleich einen Antrag an den Gläubiger finden, die Schuldübernahme nach § 414 zustande zu bringen, so tragen auch sie in die bloße Mitteilung willkürlich einen ihr fremden Inhalt hinein. Allein zweifellos kann der Übernehmer jederzeit mit oder nach der Mitteilung einen solchen Antrag stellen und der Gläubiger, indem er ihn annimmt, mit jenem gemäß § 414 kontrahieren, anstatt die Übertragung durch den Schuldner zu genehmigen. Vgl. Schuldnachf. u. Haft. S. 56 Anm. 3 u. dazu Siber b. Planck⁴ Bem. 1 c. — Das Schweiz. O.R. hat die reine Angebotstheorie aufgenommen, folgerichtig aber den Schuldnervertrag ganz gestrichen; oben S. 219 Anm. 32.

⁴⁸ Diese Theorie, der schon v. Blume a. a. O. sich nähert, hat in voller Reinheit Strohal a. a. O. S. 439 ff., 460 ff. durchgeführt. Sie ist in der Tat, wenn die Sondernachfolge in die Schuld geleugnet wird, die allein folgerichtige Konstruktion. Denn wenn die Schuldübernahme sich lediglich aus einem Verpflichtungsgeschäft eines Neuschuldners und einem Verfügungsgeschäft des Gläubigers zusammensetzt, so ist der Vertragsschluss zwischen beiden nicht nur ein möglicher, sondern der notwendige Weg; der zu befreiende Schuldner kann in seiner Eigenschaft als Schuldner dabei überhaupt nicht tätig werden. Allein die ganze Konstruktion gründet sich auf eine Fiktion und muß zu weiteren Fiktionen greifen, um die einzelnen Wirkungen zu erklären. Vgl. gegen sie Schuldn. u. Haft. S. 57, Enneccerus § 208 Anm. 24, Siber b. Planck⁴ Bem. 1 a β.

Nach richtiger Auffassung wohnt also die Schuldübertragungskraft dem Schuldnervertrage inne. Die Genehmigung des Gläubigers ist nicht Bestandteil, sondern Bedingung des Vertrages. Der Gläubiger erklärt damit zugleich den bisherigen Schuldner für befreit und den neuen Schuldner für verpflichtet, aber er vollzieht nicht eine besondere Schuldnerentlassung und Schuldnerannahme, sondern erklärt die Folgen des von ihm gutgeheißenen Schuldnerwechsels als eingetreten. Darum eben werden Befreiung und Verpflichtung auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses zurückgezogen. Immer kann jedoch die Genehmigung den Schuldnerwechsel mit seiner befreienden Wirkung nur so, wie er vereinbart ist, mithin im Falle aufschiebend bedingter Schuldübernahme erst vom Eintritt der Bedingung an, im Falle auflösend bedingter Schuldübernahme bis zum Eintritt der Bedingung in Kraft setzen⁴⁹. Andererseits hängt von der Genehmigung nur die Wirksamkeit der Schuldübertragung als solcher, nicht die Wirksamkeit eines mit ihr verbundenen Schuldnerfüllungsvertrages ab⁵⁰.

Besondere Regeln gelten für den auf eine Hypothekenschuld gerichteten Schuldübernahmevertrag zwischen dem Erwerber und dem Veräußerer eines Grundstücks. In diesem praktisch überaus wichtigen Falle ist mit Rücksicht auf die enge Zusammengehörigkeit der persönlichen Schuld mit der von Rechts wegen übergehenden dinglichen Schuld die Schuldübertragung dadurch erleichtert, daß die Genehmigung des Gläubigers als erteilt gilt, wenn er sie nicht binnen sechs Monaten nach Empfang einer gehörigen (der Eintragung des Eigentumsüberganges im Grundbuch nachfolgenden, schriftlichen, einen Hinweis auf die Folgen des Schweigens enthaltenden) Mitteilung des Veräußerers diesem gegenüber verweigert hat⁵¹.

⁴⁹ Die Vertragschließenden können daher auch, indem sie die Schuldübernahme durch Bewirkung einer Gegenleistung bedingen, die Wirksamkeit der Genehmigung vor Bewirkung der Gegenleistung ausschließen. Haben sie vereinbart, daß die Mitteilung an den Gläubiger nicht vor Erfüllung der Verpflichtungen des Übernehmers an den Schuldner erfolgen soll, so wird darin im Zweifel eine auch für den Fall der verfrühten Mitteilung wirksame Bedingtheit durch Gegenleistung zu finden sein. Hiermit erledigen sich manche von Hellwig und v. Blume gegen die Verfügungstheorie erhobene praktische Bedenken. Vgl. Schollmeyer Bem. 4, Enneccerus § 308 Anm. 17, Schuldn. u. Haft. S. 56 Anm. 1.

⁵⁰ Hierauf beruht die Bestimmung des § 415³, vgl. unten Anm. 76.

⁵¹ B.G.B. § 416; oben Bd. II 879; dazu seitdem Brettner b. Gruchot XLII 740 ff., Oertmann³ zu § 416, Siber b. Planck⁴ zu § 416, Rehbein

2. Wirkungen. Die befreiende Schuldübernahme bewirkt Sondernachfolge in die Schuld. Das Subjekt wechselt, die Schuld aber bleibt dieselbe.

Die Schuld geht daher in vollem Umfange, also mit Nebenverpflichtungen, wie Zinspflicht, Vertragsstrafe usw., über⁵². Dagegen bedarf es, damit für die Schuld begründete besondere Haftungsverhältnisse übergehen, einer Mitwirkung des Haftenden. Denn eine übernommene besondere Haftung erfährt dadurch, daß an Stelle der Haftung des Urschuldners die neue Haftung des Neuschuldners tritt, trotz der Identität des Schuldinhalts eine wesentliche Veränderung⁵³. In diesem Sinne bestimmt das B.G.B.,

S. 425 ff., Kohler § 63 IV—V, Strohal a. a. O. S. 472 ff., Enneccerus § 310 I; R.Ger. LXIII Nr. 12, LXXX Nr. 22, Seuff. LXVIII Nr. 33. — Unzweifelhaft kann auch hier die Schuldübernahme gemäß § 414 durch Gläubigervertrag zustande kommen. Man wird aber auch annehmen müssen, daß die Schuldübernahme, wenn die besonderen Voraussetzungen, unter denen das Schweigen des Gläubigers als Genehmigung gilt, nicht erfüllt sind, doch durch positive Genehmigungserklärung des Gläubigers gemäß § 415 wirksam werden kann. Daher einerseits auf bloße Mitteilung des Erwerbers, andererseits auf eine nicht schriftliche oder den Hinweis auf die Folgen des Schweigens nicht enthaltende Mitteilung des Veräußerers. Auch eine verfrühte Mitteilung kann eine nach § 415 wirksame Genehmigung auslösen; nur wird mangels anderer Abrede stets die Schuldübernahme durch den Eigentumserwerb bedingt sein und daher erst mit diesem in Kraft treten. Dies alles ist freilich bestritten. Allein dem Gedanken des § 416 entspricht nur eine Auslegung, nach der dessen Sondervorschriften das Zusammenbleiben von dinglicher und persönlicher Schuld befördern, nicht aber erschweren. — Über Anwendung des § 415 bei Grundstücken, für die das Grundbuch noch nicht angelegt ist, vgl. R.Ger. LXXV Nr. 81. — Dem § 416 des B.G.B. verwandte Sondervorschriften enthält jetzt auch das Schweiz. Z.G.B. a. 832—834; die Befreiung des früheren Schuldners tritt ein, wenn nicht der Gläubiger ihm gegenüber in Jahresfrist schriftlich erklärt, ihn beibehalten zu wollen; die Mitteilung, von der an die Jahresfrist läuft, erfolgt durch den Grundbuchverwalter. Offenbar ist hier die im O.R. abgelehnte Schuldübernahme durch Schuldnervertrag anerkannt.

⁵² Nur solche Nebenverpflichtungen, die in der Person des befreiten Schuldners wurzeln, erlöschen; vgl. Siber bei Planck⁴ zu § 418 Bem. 1. Schweiz. O.R. a. 178¹: „Die Nebenrechte werden vom Schuldnerwechsel, soweit sie nicht mit der Person des bisherigen Schuldners untrennbar verknüpft sind, nicht berührt.“

⁵³ Der neue Schuldner kann ja zahlungsunfähig sein; die Zustimmung des Gläubigers, der dies vielleicht nicht weiß oder im Vertrauen auf den Bürgen oder das Pfand nicht beachtet, gewährt dem Bürgen oder Pfandeaner gegen die dadurch gesteigerte Tragweite seiner Haftung keinen ausreichenden Schutz. In zweiter Linie kommt auch der von Strohal a. a. O. S. 346 ff. allein betonte Verlust der etwaigen Anwartschaft auf den Eintritt in die Forderung des Gläubigers gegen den Urschuldner in Betracht. — Ist die Schuldnachfolge

dafs die für die Schuld bestellten Bürgschaften, Pfandrechte und Hypotheken nur in Kraft bleiben, wenn der Bürge oder der, dem der verhaftete Gegenstand zurzeit gehört, in die Schuldübernahme einwilligt⁵⁴. Dasselbe ist für gesetzliche Bürgschaften und Pfandrechte anzunehmen⁵⁵. Die Einwilligung ist formfrei und kann daher auch stillschweigend erfolgen; in dem Abschluss des Schuldübernahmevertrages durch den Schuldner ist dessen Einwilligung in die Forthaftung eines ihm selbst gehörigen Pfandes ohne weiteres enthalten⁵⁶. Erfolgt die Einwilligung, so ist die Veränderung der Haftung gutgeheissen und vollzieht sich ohne ein neues Verpflichtungsgeschäft, wie es erforderlich wäre, um die gleiche Haftung für eine neue Schuld zu begründen⁵⁷. Erfolgt sie nicht, so erlöschen Bürgschaften und Pfandrechte, während die Hypothek auf den Eigentümer übergeht⁵⁸. Aus dem Fehlen einer Haftungsnachfolge

als solche nicht zugleich Haftungsnachfolge, so liegt darin, dafs der Fortbestand besonderer Haftungsverhältnisse nicht ohne weiteres eintritt, keineswegs, wie die Meisten annehmen (so Enneccerus § 309 III, Goldmann u. Lilienthal 123 IV, Oertmann zu § 418 Bem. 2, Knoke S. 433 ff.), eine Durchbrechung des Sukzessionsprinzipes. Und die daraus von Strohal hergeleiteten Argumente gegen die Sondernachfolge in Schuld sind hinfällig. Vgl. Schuldn. u. Haft. S. 58 ff. — Bei der Forderungsübertragung verhält es sich selbstverständlich nach § 401¹ B.G.B. anders, weil sie zugleich Sukzession in das Haftungsrecht bewirkt.

⁵⁴ B.G.B. § 418¹. Der Einwilligung ist rechtzeitige Genehmigung gleichzustellen; Enneccerus § 309 Anm. 8, Oertmann Bem. 3, Schuldn. u. Haft. S. 59 Anm. 3. A. M. Planck, Bem. 1 (4. Aufl. Bem. 2), Schollmeyer Bem. 2a, Crome § 203 Anm. 18; Strohal S. 350 Anm. 164. — Vgl. Schweiz. O.R. a. 178² (es fordert „Zustimmung“ des Verpfänders oder des Bürgen).

⁵⁵ Die herrschende Meinung verneint dies; vgl. Planck Bem. 4, Oertmann Bem. 4, Knoke S. 436 ff.; für gesetzliche Pfandrechte auch Strohal S. 361 ff. Vgl. aber Enneccerus § 309 Anm. 7, Schuldn. u. Haft. S. 59 Anm. 2, Hellmann, Kr.V.Schr. XLIX 520; für gesetzliche Bürgschaften auch Strohal a. a. O. S. 354 ff., Schuldpflicht S. 129 ff.

⁵⁶ Vgl. Oertmann Bem. 3, Goldmann u. Lilienthal § 123 IV 2b, Siber b. Planck⁴ Bem. 3. Anders bei Schuldübernahme durch Gläubigervertrag; Strohal, Schuldübern. S. 348 ff. — Ist der Übernehmer zugleich Pfandeigner, so liegt in der Übernahmeerklärung stets die Einwilligung in die Forthaftung; Strohal S. 350. — Das Schweiz. O.R. a. 178² fordert von vornherein nur für „von Dritten bestellte Pfänder“ die Zustimmung des Verpfänders zur Forthaftung.

⁵⁷ Also ohne neue Verbürgung, die Schriftform fordern würde, und ohne neue Verpfändung. So auch Strohal S. 350 ff., der dies von seinem Standpunkte aus kaum zu erklären vermag. Vgl. Schuldn. u. Haft. S. 60 Anm. 1, Knoke S. 438 ff.

⁵⁸ B.G.B. § 418¹ S. 1 u. 2. Bei der Hypothek wird es angesehen, als

ergiebt sich auch, daß der Gläubiger ein mit der Forderung verbundenes Konkursvorrecht im Konkurse über das Vermögen des neuen Schuldners nicht geltend machen kann⁵⁹.

Andererseits geht die Schuld mit allen ihr anhaftenden Mängeln über. Darum kann der neue Schuldner dem Gläubiger gegenüber sich aller Einwendungen bedienen, die sich aus dem Rechtsverhältnis zwischen dem Gläubiger und dem bisherigen Schuldner ergeben⁶⁰. Es versteht sich von selbst, daß der neue Schuldner außerdem Einwendungen erheben kann, die sich auf sein eignes Verhältnis zum Gläubiger gründen⁶¹. Dagegen kann er, weil die Schuldübernahme abstraktes Vermögensverschiebungsgeschäft ist, aus dem ihr zugrunde liegenden Rechtsverhältnis zwischen ihm und dem alten Schuldner Einwendungen dem Gläubiger gegenüber nicht herleiten⁶².

habe der Gläubiger auf sie verzichtet; sie wird also nach § 1168 B.G.B. zur Eigentümergrundschuld.

⁵⁹ B.G.B. § 418². Anders wie nach § 401² bei der Forderungsübertragung, bei der ja das Haftungsrecht übergeht. — Dies ist keineswegs, wie Strohal S. 339 ff. ausführt, unvereinbar mit der Sukzessionstheorie. Die Konkursvorrechte beruhen auf Haftungsmodalitäten, die an das verhaftete Vermögen gebunden sind; Schuld n. u. Haft. S. 60 Anm. 5. Vgl. auch Knoke S. 429 ff., Siber b. Planck⁴ Bem. 6.

⁶⁰ B.G.B. § 417¹. Entscheidend ist dabei der Zeitpunkt des Schuldüberganges, also auch in den Fällen des § 415 u. § 416 der Zeitpunkt des Übernahmevertrages, nicht der Genehmigung; vgl. oben S. 220 Anm. 38, Planck³ Bem. 1, Schollmeyer Bem. 1a, Enneccerus § 309 Anm. 4, Staudinger Bem. 5; a. M. Dernburg § 157 (158) Anm. 2, Oertmann Bem. 1, Strohal S. 447, Siber b. Planck⁴ Bem. 1. Doch kann er natürlich mit einer Forderung des Urschuldners nicht aufrechnen. Außerdem sind ihm alle Einwendungen zu versagen, die nicht dem Schuldverhältnis entsprangen, sondern dem früheren Schuldner persönlich gegen den Gläubiger zustanden. Dies ist im Schweiz. O.R. a. 179² ausdrücklich bestimmt, aber auch aus § 417¹ B.G.B. zu folgern. — Über die vielfach streitige Abgrenzung, bei der es namentlich auch darauf ankommt, ob die übernommene Schuld selbst kausal oder abstrakt ist (oben S. 218 Anm. 29), vgl. bes. Strohal S. 319 ff., Siber Bem. 1a—c S. 609—610. Dabei ist stets zu beachten, daß durch Parteiabrede der Kreis der zulässigen Einwendungen sowohl verengert wie erweitert werden kann.

⁶¹ Er kann daher auch mit einer eigenen Forderung aufrechnen. Auch kann er natürlich geltend machen, daß er wegen der Ungültigkeit des Übernahmevertrages überhaupt nicht Schuldner geworden oder wegen Nichteintritts einer aufschiebenden Bedingung oder Frist noch nicht oder wegen Eintritts einer auflösenden Bedingung oder Frist nicht mehr Schuldner sei. Vgl. Strohal S. 335 ff.

⁶² B.G.B. § 417²; ebenso Schweiz. O.R. a. 179³. Vgl. oben S. 218, Strohal S. 313 ff., Siber b. Planck⁴ Bem. 3. Ist jedoch das Bestehen des

III. **Schuldmitübernahme.** Eine Schuldmitübernahme (kumulative oder verstärkende Schuldübernahme) liegt vor, wenn ein neuer Schuldner die Schuld auf sich nimmt, ohne daß der alte Schuldner ausscheidet⁶³.

1. **Zustandekommen.** Gleich der Schuldübernahme erfolgt die Schuldmitübernahme durch abstrakten dinglichen Vertrag. Die Willenseinigung richtet sich hier darauf, daß der Übernehmer in das bestehende Schuldverhältnis als Mitschuldner eintreten, somit die Schuld als dieselbe Schuld sich vervielfältigen und sowohl bei dem alten Schuldner verbleiben, wie auf den neuen Schuldner übergehen soll. Ein Vertrag mit solchem Inhalte ist in seinem Kern dem befreienden Schuldübernahmevertrage wesensgleich. Auch er ist unabhängig von seinem Rechtsgrunde wirksam⁶⁴. Auch er zieht als Folge des Eintrittes des Übernehmers in das Schuldverhältnis eine Verpflichtung desselben gegen den Gläubiger nach sich, ist aber, da er Schuld nicht begründen, sondern vergemeinschaften will, an sich nicht Verpflichtungsgeschäft, sondern Verfügungsgeschäft⁶⁵. Auch er bedarf keiner besonderen Form. Insbesondere ist die Erklärung der Schuldmitübernahme an die für das Bürgschaftsversprechen und das abstrakte Schuldversprechen

Rechtsgrundes zur Bedingung des Schuldüberganges gemacht (oben S. 219 Anm. 30, S. 224 Anm. 49), so kann sich der Übernehmer darauf gemäß dem in der vor. Anm. Gesagten nach Bedingungsrecht berufen.

⁶³ Vgl. oben S. 211 Anm. 4. Die kumulative Schuldübernahme wurde früher allgemein als eine Art der Schuldübernahme betrachtet und ist auch heute demselben Gattungsbegriff zu unterstellen. Vgl. Hellwig, Vertr. S. 176 ff., Rechtskraft S. 314; Dernburg § 155 (156) I u. III; Oertmann Vorbem. 2; Reichel S. 3 ff.; Schuldn. u. Haft. S. 38, 49 ff.; auch R.Ger. LIX Nr. 66, LXIV Nr. 79, Gruchot L 947, Seuff. LXIII Nr. 219. Sie wird am besten mit Reichel als „Schuldmitübernahme“ bezeichnet; Schuldn. u. Haft. S. 38 Anm. 2. Gegen die Subsumtion unter den Gattungsbegriff der Schuldübernahme erklären sich Westerkamp S. 17 ff., Enneccerus § 308 III 2, Siber, Vorbem. 2a, die deshalb den von Westerkamp vorgeschlagenen Namen „Schuldbeitritt“ vorziehen.

⁶⁴ Es gilt das oben S. 218 ff. Anm. 29—30 Gesagte. Demgemäß kann auch hier die Wirksamkeit kausal bedingt werden; Schuldn. u. Haft. S. 58 Anm. 5. Auch hier kann die mitübernommene Schuld selbst kausal oder abstrakt sein und bleibt dies nach der Mitübernahme. Und auch hier ist es möglich, dem Kausalverhältnis in Bedingungsform Wirksamkeit zu verschaffen. (Willkürlich jedoch ist die vom R.Ger. XXXIII Nr. 39 S. 192 u. 193 aufgestellte Vermutung gegen die abstrakte Wirkung.)

⁶⁵ Oben S. 218 Anm. 27—28; Siber b. Planck⁴ Vorbem. 2a S. 595. A. M. Planck³ Vorbem. 2a, Endemann § 153 Anm. 3, Crome § 202, 1, Schollmeyer, Vorbem. 3, auch wohl Kipp zu Windscheid § 338 Zus. 3.

vorgeschriebene Schriftform nicht gebunden. Denn der Schuldübernahmevertrag ist wesensverschieden vom Bürgschaftsvertrage, durch den auch dann, wenn der Bürge sich als Selbstschuldner verpflichtet, eine neue akzessorische Schuld begründet wird. Und er gleicht noch weniger dem abstrakten Schuldvertrage, der eine selbständige Schuld ins Leben ruft⁶⁶.

Der Schuldmitübernahmevertrag kann gleich dem Schuldübernahmevertrage in doppelter Weise, entweder zwischen dem Übernehmer und dem Gläubiger oder zwischen dem Übernehmer und dem Schuldner, geschlossen werden. Im ersten Falle bedarf es einer Mitwirkung des Schuldners nicht, da in dessen Recht nicht eingegriffen wird. Dagegen ist im zweiten Fall die Zustimmung des Gläubigers erforderlich⁶⁷. Denn mit dem Eintritt

⁶⁶ Für die Formfreiheit erklärt sich die herrschende Lehre. Vgl. Cosack § 159 II; Rehbein S. 415; Dernburg³ § 155 Anm. 4 (einschränkend Engelman in 4. Aufl. § 156 Anm. 4); Kipp S. 406; Enneccerus § 417 I; Oertmann Vorbem. 6; Staub, D.J.Z. VIII 19; Josef ebd. 422 ff.; Silbermann b. Seuff. Bl. f. R.A. LXVIII 365 ff., LXXIV 46 ff.; Martinius b. Gruchot XLIX 181 ff.; Westerkamp S. 537 ff.; Reichel S. 193 ff.; Siber b. Planck⁴ Vorbem. 2 a β. Dagegen verlangen Manche, wie früher Planck, Vorbem. 2 a, u. Kohler, B.R. § 54 Anm. 3, die Bürgschaftsform, während Andere, wie Birkenbihl, Recht 1903 S. 286, Hellbach, ebd. S. 335, das Erfordernis der Schriftform aus § 780 B.G.B. herleiten. Die Praxis forderte ursprünglich überwiegend Schriftform. So R.Ger. LI Nr. 26 (weil die Rechtslage der bei einer selbstschuldnerischen Bürgschaft gleichartig sei); Rspr. d. O.L.G. VI 449, IX 284, Seuff. LIX Nr. 224, LXII Nr. 178. Mehr und mehr aber hat sie diesen Standpunkt aufgegeben. Insbesondere hat das R.Ger. schon in der Entsch. v. 1904 Z.S. LIX Nr. 66 anerkannt, daß bei echter kumulativer Schuldübernahme die Schriftform nicht erforderlich sein würde, jedoch noch den unhaltbaren Satz aufgestellt, daß im Zweifel die kumulative Schuldübernahme nichts als Bürgschaft sei. Entschiedener für Formfreiheit erklärt es sich seit 1906; vgl. Gruch. L 947, LIII 416 ff., Z.S. LXIV Nr. 79, LXXVIII Nr. 9, Seuff. LXIII Nr. 219. Ebenso schon früher Rspr. d. O.L.R. IV 52, VIII 84. — Ob Schuldübernahme oder Verbürgung vorliegt, ist Auslegungsfrage. Erhellet die Parteiabsicht, daß der Übernehmer in erster Linie zur Erfüllung berufen sein soll, oder hat dieser gar gleichzeitig die Erfüllung anstatt des Schuldners versprochen, so spricht die Vermutung für Schuldmitübernahme. Oft wird eine solche nur vereinbart, weil die Zustimmung des Gläubigers zu einer befreienden Schuldübernahme nicht zu erwarten ist. Innere Gründe, warum, wenn nun einmal die befreiende Schuldübernahme formfrei ist, die schwächer belastende Schuldmitübernahme an eine Form gebunden sein soll, sind nicht erfindlich. Wohl aber sprechen innere Gründe für die Formbeschwerung der Bürgschaft.

⁶⁷ Schuldn. u. Haft. S. 52; Westerkamp S. 224; Siber b. Planck⁴ Vorbem. 2 a α S. 595; R.Ger. b. Gruch. LII 1208. A. M. Schollmeyer Vorbem. 3,

eines Mitschuldners wird ihm eine Änderung des Schuldverhältnisses angesonnen, die auch die ursprüngliche Schuld ergreift und ihm keineswegs bloß Vorteil bringt⁶⁸. Die Vereinbarung enthält also, obschon sie das Haftungsrecht des Gläubigers nur verstärkt, doch eine Verfügung über seine Forderung⁶⁹.

2. Wirkungen. Die Schuldmitübernahme bewirkt eine vielfältigende Sondernachfolge in die Schuld, die dadurch zur Gesamtschuld des alten und des neuen Schuldners wird⁷⁰. Sollen nachträglich die Wirkungen der befreienden Schuldübernahme eintreten, so bedarf es dazu entweder eines selbständigen neuen Schuldübernahmevertrages oder eines zwischen dem Gläubiger und dem alten Schuldner geschlossenen besonderen Erlafsvertrages⁷¹.

IV. Schuld erfüllungsübernahme. Erfüllungübernahme ist der Vertrag, durch den sich Jemand einem Schuldner gegenüber verpflichtet, ihn von seiner Schuld zu befreien⁷². Der Vertrag ist ein Schuldvertrag. Er kann selbständig oder in Verbindung mit einem

Oertmann Vorbem. 3, Enneccerus § 308 Anm. 11, Cosack § 119 I 1 b α, Staudinger Vorbem. 3, Reichel S. 147 ff., Strohal Schuldpflicht S. 125.

⁶⁸ So muß er sich die Aufrechnung durch den neuen Mitschuldner gefallen lassen (B.G.B. § 422), gerät durch Verzug ihm gegenüber auch dem alten Schuldner gegenüber in Verzug (B.G.B. § 424) und kann die Leistung durch den Mitschuldner auch dann, wenn es sich um eine persönliche Leistung handelt, nicht ablehnen. Vgl. Schuldn. u. Haft. S. 52 Anm. 3; auch Hellwig, Vertr. S. 162, 166, 200.

⁶⁹ Man wird daher auf die Genehmigung des Gläubigers die Vorschriften des § 415 entsprechend anzuwenden haben. Auch hier wird die Genehmigungslage erst durch Mitteilung seitens des einen oder anderen Vertragschließenden geschaffen; auch hier kann die Genehmigung stillschweigend erfolgen (vgl. R.Ger. XXXIII Nr. 39 S. 191 ff.); auch hier können die Beteiligten bis zur Genehmigung den Vertrag wieder aufheben, wirkt aber die erteilte Genehmigung auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses zurück.

⁷⁰ Unten § 182. Eine Haftungsnachfolge findet auch hier nicht statt. Die aus der Gesamtschuldnerschaft folgende Haftung des Schuldmitübernehmers ist neue Haftung. Eine Bürgschafts- oder Sachhaftung für die Schuld des alten Schuldners besteht fort, erstreckt sich aber ohne besondere Bewilligung des Haftenden nicht auf die Schuld des als Gesamtschuldner hinzutretenden Übernehmers, was nach B.G.B. § 425 in Verbindung mit §§ 767, 771, 1198, 1210 erheblich werden kann. Vgl. Schuldn. u. Haft. S. 60.

⁷¹ Ein derartiger Erlafsvertrag ist nach B.G.B. § 423 möglich.

⁷² Diese Bezeichnung gebrauchte Entw. I § 318. v. Blume, Jahrb. f. D. XXXIX 403 ff., spricht von „interner Schuldübernahme“. Das Schweiz. O.R. a. 175 läßt aus dem Versprechen, eine „Schuld zu übernehmen“, die Verpflichtung zur Befreiung von der Schuld entspringen, die der „Übernehmer“ entweder durch Befriedigung des Gläubigers oder durch Schuldübernahmevertrag mit dem Gläubiger erfüllen kann.

Schuldübernahmeverträge geschlossen werden. Erfolgt eine trans-lative Schuldübernahme durch Vertrag zwischen Schuldner und Übernehmer, so ist im Zweifel anzunehmen, daß eine Erfüllungsübernahme zugrunde liegt⁷³. Auch mit einer kumulativen Schuldübernahme kann sich eine Erfüllungsübernahme verflechten.

1. Das Schuldverhältnis zwischen dem Schuldner und dem Übernehmer bestimmt sich nach dem Vertragsinhalte. Regelmäßig geht das Versprechen des Übernehmers dahin, den Schuldner auf irgend eine Weise zu befreien⁷⁴. Er erfüllt daher seine Verpflichtung nicht nur durch Erfüllung oder sonstige Tilgung der Schuld, sondern auch durch befreiende Schuldübernahme. Somit wird eine selbständige Erfüllungsübernahme durch Schuldübernahmevertrag mit dem Gläubiger erledigt. Die einem Schuldübernahmevertrage mit dem Schuldner zugrunde liegende Erfüllungsübernahme ist erledigt, sobald die Schuldübernahme durch Genehmigung des Gläubigers wirksam wird⁷⁵. Kommt aber eine Befreiung des Schuldners durch Schuldübernahme nicht zustande, so muß ihn der Übernehmer durch Befriedigung des Gläubigers befreien. Demgemäß ist im Falle der Schuldübernahme durch Schuldnervertrag, solange die Genehmigung des Gläubigers nicht erteilt oder sobald sie verweigert ist, der Übernehmer im Zweifel aus Erfüllungsübernahme dem Schuldner gegenüber verpflichtet, den Gläubiger rechtzeitig zu befriedigen⁷⁶. Durch bloße Schuldmitübernahme wird, da sie den Schuldner nicht befreit, die Verpflichtung aus Erfüllungsübernahme nicht erfüllt. Verbindet sich daher mit der kumulativen Schuldübernahme durch Schuldnervertrag eine Erfüllungsübernahme, so bleibt trotz Genehmigung

⁷³ So nach B.G.B. § 415³. Aber nur im Zweifel! Man darf daher nicht mit Landsberg § 112 Z. 3 die Schuldübernahme lediglich als Durchführung einer Erfüllungsübernahme betrachten. Dem Schweiz. O.R. a. 177 freilich liegt diese Auffassung zugrunde.

⁷⁴ Verspricht er nur, für die Nichtinanspruchnahme des Schuldners einzustehen, so liegt keine Erfüllungsübernahme vor.

⁷⁵ Im Falle des § 416 hat der Übernehmer ein Recht darauf, daß der Schuldner durch die erforderliche gehörige Mitteilung an den Gläubiger zum Zustandekommen der Schuldübernahme mitwirke, ihn auch von der erfolgten Erteilung oder Verweigerung der Genehmigung benachrichtige (Abs. 3). Im Falle des § 415 braucht er kein Recht auf Mitteilung, da er selbst mitteilen kann; den Anspruch auf Benachrichtigung hat er nach Treu und Glauben auch hier.

⁷⁶ B.G.B. § 415³ (auch im Falle des § 416 anwendbar). Solange die Wirksamkeit der Schuldübernahme in der Schwebe ist, wird diese Verpflichtung nur insoweit aktuell, als die Schuld vor Beendigung des Schwebezustandes fällig ist oder wird, und kommt mit der Genehmigung wieder in Wegfall.

des Gläubigers der Übernehmer dem Schuldner gegenüber zur Befriedigung des Gläubigers verpflichtet⁷⁷. Möglich ist auch eine Erfüllungsübernahme, kraft deren der Übernehmer sich zur Befreiung des Schuldners nicht in beliebiger, sondern in bestimmter Weise verpflichtet. Insbesondere kann das Versprechen des Übernehmers dahin gehen, zum Zwecke der Tilgung der Schuld die Leistung an den Gläubiger zu bewirken. Dann genügt der Übernehmer seiner Verpflichtung gegen den Schuldner überhaupt nur durch Leistung an den Gläubiger, nicht durch Herbeiführung sonstiger Befreiung⁷⁸.

2. Im Verhältnis zum Gläubiger läßt die Erfüllungsübernahme das bestehende Schuldverhältnis völlig unberührt. Sie kann aber, wenn dies von den Beteiligten gewollt ist, dem Gläubiger ein neues selbständiges Recht verschaffen, vom Übernehmer Befriedigung zu fordern. Im Zweifel freilich ist nicht anzunehmen, daß der Gläubiger ein eignes Recht erwerben soll⁷⁹. Auch ist ja insoweit, als das Versprechen sich auf Befreiung des Schuldners richtet, der Schuldinhalt gar nicht auf eine gleichinhaltliche Forderung des Gläubigers angelegt⁸⁰. Allein insoweit, als die Erfüllungsübernahme ein Versprechen der Leistung an den Gläubiger enthält, kann eine unmittelbare Wirksamkeit des Versprechens zugunsten des Gläubigers nicht nur ausdrücklich vereinbart sein, sondern auch aus den Umständen als gewollt erhellen⁸¹. Dann erwirbt der Gläubiger das für ihn ausbedungene Recht nach den Regeln über

⁷⁷ Doch genügt er seiner Verpflichtung auch, wenn er die Befreiung des alten Schuldners von der Mitschuld erwirkt; oben S. 230 Anm. 71.

⁷⁸ Vgl. Hellwig, Vertr. S. 193 ff., 201 ff. Hellwig will den „Vertrag auf Leistung an den Drittgläubiger“ von der „Erfüllungsübernahme“ (S. 189 ff.) unterscheiden. Ebenso Reichel (S. 149 ff., 310 ff.). Allein auf Befreiung zielt auch dieser Vertrag, und daß die Befreiung schlechthin durch Erfüllung erfolgen soll, stempelt ihn erst recht zu einer Spielart der Erfüllungsübernahme.

⁷⁹ B.G.B. § 329.

⁸⁰ Hellwig a. a. O. S. 192 ff.; Kipp S. 406; Reichel S. 153 ff.

⁸¹ Dies wird namentlich bei einem schlechthin auf Leistung an den Gläubiger gerichteten Vertrage vorkommen. Hellwig a. a. O. S. 195 ff., 201, dem Kipp S. 407 zustimmt, will hier sogar im Zweifel ein eigenes Recht des Gläubigers als gewollt annehmen, wenn dem Versprechenden der Zweck der Leistung kundgemacht ist. Dies geht zu weit und steht in Widerspruch mit B.G.B. § 329. Möglich ist auch bei einem Vertrage, der in erster Linie oder nebenbei auf Schuldübernahme abzielt, die Ausbedingung eines eigenen Rechtes des Gläubigers auf Bewirkung der Leistung durch den Übernehmer, das eintreten soll, bis die Schuldübernahme zustande kommt oder wenn sie scheitert. Vgl. R.Ger. in D.J.Z. XII 482.

Verträge zugunsten Dritter. Das so erworbene Recht des Gläubigers, die Leistung vom Versprechenden zu fordern, ist an sich unabhängig von der zugrunde liegenden Schuld des Versprechensempfängers⁸². Sobald aber dessen Schuld auf den Versprechenden übergegangen ist, wird die besondere Forderung des Gläubigers aus dem zu seinen Gunsten abgegebenen Versprechen durch die nunmehr sich gegen den Übernehmer kehrende Forderung aus dem alten Schuldverhältnis verdrängt⁸³.

V. Schuld nachfolge kraft Vermögensübernahme. Die deutschrechtliche Anschauung, daß die Schulden Passivbestandteile des Vermögens sind, hat mit der Vermehrung der Fälle der Gesamtnachfolge sich in weitem Umfange durchgesetzt⁸⁴. Im preussischen Recht führte sie dazu, auch die vertragsmäßige Vermögensübernahme als Gesamtnachfolge zu behandeln⁸⁵. Allein sie liefs sich auch da nicht ausrotten, wo der Eintritt in eine Vermögensherrschaft nicht als Gesamtnachfolge anerkannt wurde. Unter ihrem Einflufs suchte man auch im gemeinen Recht bei vertragsmäßiger Vermögensübernahme nach Möglichkeit eine gleichzeitige Schuld nachfolge ins Werk zu setzen, wufste dies aber nur dadurch zu erreichen, daß man eine generelle Schuldübernahme mit unmittelbarer Wirkung für sämtliche Gläubiger unterstellte⁸⁶.

⁸² Darum kann der Übernehmer dem Gläubiger zwar Einwendungen aus dem Schuldvertrage (B.G.B. § 334), nicht aber Einwendungen aus dem Rechtsverhältnis zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner entgegensetzen. Er kann sich nicht einmal auf das Nichtbestehen der vorausgesetzten Schuld berufen. Doch können ihm solche Einwendungen vorbehalten sein und sind als vorbehalten anzunehmen, wenn das Recht des Gläubigers nur mangels Schuldübernahme eintreten soll. Vgl. Hellwig S. 197 ff.

⁸³ Dies gilt bei translativer wie bei kumulativer Schuldübernahme. Indem der Gläubiger die Schuld nachfolge akzeptiert, gibt er sein von der Schuld unabhängiges Recht auf. Dafür gewinnt er nun ein von dem Schuldvertrage unabhängiges Recht.

⁸⁴ Vgl. oben S. 213 ff.

⁸⁵ So bei dem Verpfändungs-(Vitalizien-)vertrage Anh. 19 zu Preufs. A.L.R. I, 11 § 646; vgl. dazu Delbrück, Die Übernahme fremder Schulden S. 86 ff. Ebenso nach der Praxis bei der Schenkung eines ganzen Vermögens; Strieth. Arch. LII 259, LXIII 165, XCVII 218, R.O.H.G. XIII 383, Förster-Eccius I § 102 Anm. 15. Desgleichen beim Erbschaftskaufe, Preufs. A.L.R. I, 11 § 454 ff., 462 ff. — Beim Erbschaftskaufe auch Bayr. L.R. IV, 4 § 7 Nr. 9—10 u. Öst. Gb. § 1278, 1282.

⁸⁶ Vgl. R.Ger. XVII Nr. 22 S. 100. So namentlich bei der Schenkung des ganzen Vermögens; ältere Praxis b. Delbrück a. a. O. S. 84 ff.; Seuff. XXIV Nr. 115; vgl. aber dazu ebd. XXXVI Nr. 36, XLII Nr. 292. Ferner beim Erbschaftskaufe; Delbrück S. 81 ff., Seuff. XLIV Nr. 14. Auch bei der Über-

Ebenso drangen im Handelsrecht in der viel erörterten Streitfrage über die Schicksale der Geschäftsschulden bei der Übernahme eines Handelsgeschäfts mehr und mehr Ansichten durch, die den Übergang der Geschäftsschulden auf den Geschäftsnachfolger durch Abwandlung der gewöhnlichen Regeln über Schuldübernahme begünstigten⁸⁷. Dagegen wurde nur vereinzelt der Satz verfochten, daß auch ohne vertragsmäßige Schuldübernahme die Vermögensübernahme eine Passivsukzession nach sich ziehen müsse⁸⁸. Erst das neue deutsche Recht hat der deutschrechtlichen Auffassung den vollen Sieg gebracht, indem es allgemein den Grundsatz durchführt, daß die Schulden von Rechts wegen dem Vermögen folgen⁸⁹.

1. Übernahme des ganzen Vermögens. Nach § 419 B.G.B. tritt, wer durch Vertrag das Vermögen eines Anderen im Ganzen übernimmt, mit Rechtsnotwendigkeit in dessen Schulden

nahme einer Erbschaft durch einen Miterben; R.Ger. XLIII Nr. 47. Allgemein bei der bäuerlichen Gutsübernahme; Seuff. XXVIII Nr. 128, XXII Nr. 57, R.Ger. XVI Nr. 27.

⁸⁷ Vgl. Delbrück S. 93 ff.; Regelsberger, Z. f. H.R. XIV 1 ff.; Simon, ebd. XXIV 91 ff.; Ladenburg, ebd. XXX 90 ff.; Behrend, Z. f. Gesetzg. u. Rechtspf. IV 429 ff., Lehrb. § 37; K. Adler, Arch. f. b. R. III 1 ff.; Cosack, H.R. § 14; v. Canstein, H.R. I 204 ff.; Stobbe-Lehmann § 228 Anm. 17. Freilich wurde die in der älteren Praxis vorherrschende Ansicht, daß in der Übernahme des Geschäftes im Ganzen überhaupt oder doch bei Mitübernahme der Firma die Übernahme der Geschäftsschulden stillschweigend enthalten sei, wieder zurückgedrängt; vgl. R.O.H.G. I Nr. 8, II Nr. 16, III Nr. 70, IV Nr. 41, XII Nr. 55, R.Ger. I Nr. 95, II Nr. 16, Seuff. XLVIII Nr. 47, LIII Nr. 167 (Wien). Allgemein aber wurde, falls Übernahme der Passiva erfolgt ist, schon auf Grund handelsüblicher Bekanntmachung dieser Übernahme allen Gläubigern ein unmittelbares Klagerecht gegen den Geschäftsnachfolger gewährt; R.O.H.G. III Nr. 38 u. 75, IV Nr. 2, XV Nr. 66, XVI Nr. 66, R.Ger. XVII Nr. 22, XXXVIII Nr. 45, Seuff. XLVIII Nr. 100. Und das Reichsgericht knüpfte im Gegensatz zum R.O.H.G. diese Folge auch an die Fortführung der Firma; II Nr. 16, XVII Nr. 22. Doch immer nur unter der Voraussetzung vertragsmäßiger Übernahme der Passiva; R.Ger. XXXVIII Nr. 45, Seuff. XLV Nr. 181.

⁸⁸ So allgemein von Delbrück S. 37 ff., der zwar von stillschweigender Übernahme spricht, aber diese nur als Mittel für die Konstruktion einer von Rechts wegen eintretenden Passivsukzession betrachten will. Ferner von Blume, Novation S. 136 ff. Bei der Schenkung des ganzen Vermögens anscheinend auch von der Erlanger Juristenfakultät b. Seuff. XXIV Nr. 115. Desgleichen bei der Übernahme eines Handelsgeschäftes mit der Firma von denen, die hier einen Eintritt in die Schulden für rechtsnotwendig erklärten; so mit manchen Älteren Thöl, Praxis des Handelsrechts I 1 ff.; dagegen R.Ger. XXV Nr. 1.

⁸⁹ Das neue Schweiz. O.R. hat diesen Schritt nicht getan; es trifft in a. 181 nur Sonderbestimmungen für den Fall, daß jemand „ein Vermögen oder ein Geschäft mit Aktiven und Passiven übernimmt“.

ein⁹⁰. Diese Schuldnachfolge vollzieht sich unmittelbar mit dem Abschluss des Übertragungsvertrages⁹¹, jedoch kraft zwingenden Rechtssatzes unabhängig vom Parteiwillen⁹².

Voraussetzung der gesetzlichen Schuldnachfolge im Sinne des § 419 ist vertragsmäßige Übernahme des Gesamtvermögens einer Person. Sie knüpft sich daher insbesondere an jeden Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, dem anderen Teil sein gegenwärtiges Vermögen zu übertragen⁹³. Dies gilt insbesondere auch bei der rechtsgeschäftlichen Übertragung des Vermögens einer — sei es fortbestehenden, sei es aufgelösten — Verbandsperson⁹⁴. Zweifellos fällt unter § 419 auch die Ver-

⁹⁰ Über § 419 vgl. meine Abh. über Schuldn. u. Haft. S. 61 ff. Ferner Hellwig, Vertr. S. 397 ff., Rechtskr. S. 313 ff.; Westerkamp S. 255 ff.; Reichel S. 93 ff.; Strohal, Schuldübern. S. 256, 270 ff., 381 ff.; Komm. zu § 419, bes. Planck, Schollmeyer, Staudinger, Oertmann; Dernburg⁴ § 159 (³ § 158); Endemann § 153, 5; Crome § 205; Cosack § 119 I 1 b β; Enneccerus § 310 II.

⁹¹ B.G.B. § 419¹. Ist der Vertrag nichtig, so erfolgt kein Schuldenübergang. Dernburg § 159 II; R.Ger. LXXVI Nr. 1.

⁹² B.G.B. § 419²; Schuldnachf. u. Haft. S. 62 Anm. 3. Es ist somit ungenau, wenn das B.G.B. den § 419 mit unter die Überschrift „Schuldübernahme“ stellt. Darum kommt es auch nicht darauf an, ob die Vertragschließenden das Bewußtsein haben, daß Vermögensübernahme vorliegt; R.Ger. LXXXV Nr. 31.

⁹³ Somit z. B. an den Verpfändungsvertrag, die Hingabe des Vermögens gegen Leibrente, den Verkauf desselben gegen einen festen Preis, die Schenkung des Vermögens. Ob unentgeltlicher oder entgeltlicher Erwerb vorliegt, ist unerheblich. Es macht daher auch keinen Unterschied, wenn ein bedingener Kaufpreis bereits bezahlt ist; R.Ger. LXIX Nr. 64 S. 288, D.J.Z. XIII 1169. Auch auf die Zuwendung des Vermögens an eine Stiftung durch Rechtsgeschäft unter Lebenden ist § 419 — wenn man dessen Vertragsnatur bestreitet, mindestens entsprechend — anzuwenden; Hellwig, Rechtskr. S. 314—315, Reichel S. 96. — Dagegen lehnt das R.Ger. XLVIII Nr. 55 die Anwendung des § 419 auf den Übergang eines Gemeindevermögens durch Eingemeindung auch dann ab, wenn darüber ein Vertrag geschlossen ist, da dies kein privatrechtlicher Vertrag sei. In Wahrheit ist hier eine öffentlichrechtlich geregelte Gesamtnachfolge anzunehmen.

⁹⁴ Schuldn. u. Haft. S. 65 ff. So bei der Veräußerung des Vermögens einer Aktiengesellschaft an eine andere Aktiengesellschaft; R.Ger. LXIX Nr. 64, LXXI Nr. 95. Ebenso im Falle des H.G.B. § 303 (mit den zugunsten der Gläubiger in § 297 u. 301 getroffenen Kautelen; vgl. Schuldn. u. Haft. S. 66 Anm. 1). — Dagegen ist natürlich für Heranziehung des § 419 kein Raum, wenn kraft gesetzlicher Bestimmung auf Grund rechtsgeschäftlicher Vermögensübertragung Gesamtnachfolge eintritt, wie in den Fällen des H.G.B. § 304 u. 306; a. a. O. Anm. 2 (die im Falle des § 81 G.m.b.H.G. eintretende Gesamtnachfolge beruht überhaupt nicht auf rechtsgeschäftlicher Übertragung).

äußerung des Bruchteils eines Vermögens⁹⁵. Die gesetzliche Schuldnachfolge wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß in einem auf Übertragung des Vermögens im Ganzen gerichteten Verträge einzelne Vermögensgegenstände ausgenommen werden⁹⁶. Andererseits aber tritt sie auch ein, wenn die vertragsmäßige Übernahme sich nur auf einzelne Vermögensgegenstände erstreckt, tatsächlich aber die Überführung des Vermögens im Ganzen oder doch in seinem wesentlichen Bestande bewirkt⁹⁷.

Die Wirkung des Wechsels der Vermögensherrschaft ist kumulative Gesamtnachfolge in die Schulden des bisherigen Vermögensherrn⁹⁸. Dieselbe ergreift mit einem Schlage dessen sämtliche in dem entscheidenden Zeitpunkt vorhandenen Schulden, soweit sie als Passiva und nicht nur als persönliche Verpflichtungen erscheinen⁹⁹. Der neue Vermögensherr wird Schuldner, keineswegs etwa bloß Hafter für fremde

⁹⁵ Planck, Bem. 5 (4. Aufl. Bem. 4); Oertmann Bem. 6a; Dernburg § 159 II; Reichel S. 96; Seuff. LX Nr. 3, Warneyer IV 52. Entw. I § 319^a hatte dies ausdrücklich bestimmt.

⁹⁶ Planck, Bem. 4 (4. Aufl. Bem. 1); Oertmann Bem. 6a; Dernburg § 159 Anm. 5; Protok. S. 428; R.Ger. VII Nr. 85, XXIV Nr. 52, LXIX Nr. 64; Seuff. LX Nr. 3. Anders, wenn für den Bestand des Vermögens erhebliche Gegenstände ausgeschlossen sind; R.Ger. LXXX Nr. 60.

⁹⁷ Schuldn. u. Haft. S. 66 ff.; Rehbein zu § 414—419 Erl. 30; Planck Bem. 1; Oertmann Bem. 1b. So nicht nur, wenn sämtliche einzelne Gegenstände übertragen werden, sondern auch bei der Übernahme eines einzelnen Gegenstandes, der das Vermögen bildet. Dies wird z. B. häufig im Anschluß an die geschichtliche Entwicklung bei Gutsübernahmeverträgen anzunehmen sein, wenn außer dem Hof kein erhebliches Aktivvermögen vorhanden ist; Schuldn. u. Haft. S. 66 Anm. 5. Darum steht auch die Vornahme der Vermögensübertragung durch zeitlich getrennte Verträge der Anwendung des § 419 nicht entgegen; R.Ger. LXV Nr. 46 S. 171. Und wenn ein zur Vermögensübertragung verpflichtender Vertrag wegen Formmangels nach § 311 nichtig ist, aber gleichwohl erfüllt wird, tritt die Schuldnachfolge auf Grund der tatsächlichen Vermögensübertragung ein; R.Ger. LXIX Nr. 96 S. 420, LXXVI Nr. 1, LXXXII Nr. 60 S. 277. Der für den Schuldübergang entscheidende Zeitpunkt kann hier freilich nicht der des nichtigen Vertragsschlusses sein, wie anscheinend das R.Ger. LXXVI Nr. 1 annimmt; vielmehr wird der Beginn der tatsächlichen Überleitung des Vermögens entscheiden; Schuldn. u. Haft. S. 67 Anm. 3.

⁹⁸ Da aber keine Gesamtnachfolge in das Aktivvermögen eintritt, bleiben Schuldverhältnisse zwischen dem Übertragenden und dem Übernehmer bestehen; der Übernehmer kann sich aus dem Vermögen befriedigen und wegen des Ausfalles an einen Bürgen des Übertragenden halten; R.Ger. LXXXII Nr. 60 S. 178.

⁹⁹ Gleichgültig ist, ob die einzelne Schuld den Beteiligten oder einem derselben unbekannt ist; O.L.G. Darmst. D.J.Z. IX 114. Auch betagte und bedingte Schulden sind einbegriffen; R.Ger. LXIX Nr. 96.

Schuld¹⁰⁰. Die Gläubiger können daher von ihm die geschuldete Leistung verlangen¹⁰¹. Zugleich aber bleibt der bisherige Vermögensherr Schuldner und kann von den Gläubigern ebenfalls unmittelbar auf Leistung in Anspruch genommen werden¹⁰².

Die gesetzliche Schuldnachfolge aus § 419 läßt die Haftung des bisherigen Vermögensherrn unberührt, ruft aber eine von dieser abgezweigte neue Haftung des Vermögensübernehmers hervor, die als bloße Vermögenshaftung ausgestaltet ist¹⁰³. Sie beschränkt sich auf den Bestand des übernommenen Vermögens und die dem Übernehmer aus dem Vertrage zustehenden Ansprüche. Die Beschränkung der Haftung ist im Gegensatz zur Beschränkung der Erbenhaftung an besondere Voraussetzungen nicht gebunden, bedarf aber gleich dieser der Geltendmachung im Wege der Einrede und unterliegt in dieser Hinsicht der entsprechenden Anwendung der Vorschriften, die in den Fällen gelten, in denen der Erbe die Abzugseinrede erheben kann¹⁰⁴.

¹⁰⁰ Schuldn. u. Haft. S. 62; Reichel S. 94. — Im Gegensatz hierzu bewirkt die Belastung des Vermögens mit einem Nießbrauch nicht Schuldnachfolge, sondern nur Haftung des Nießbrauchers mit dem seiner Nutzung unterworfenen Vermögen für fremde Schuld. Nur in die Verpflichtungen zur Entrichtung von Zinsen und anderen bei ordnungsmäßiger Verwaltung aus den Einkünften zu bestreitenden wiederkehrenden Leistungen findet, weil sie speziell die Nutzungen belasten, diese aber dem Nießbraucher kraft eigenen Rechts gebühren, eine kumulative Schuldnachfolge statt. Vgl. oben Bd. II 697 ff. und näher (unter Berücksichtigung der seither erschienenen Literatur) Schuldn. u. Haft. S. 70—72; dazu oben § 174 S. 51 Anm. 174.

¹⁰¹ Nicht bloß, wie vom Nießbraucher, Duldung der Zwangsvollstreckung. Zweifellos kann auch das Forderungsrecht gegen den Übernehmer durch Vereinbarung zwischen den Vertragschließenden nicht ausgeschlossen oder beschränkt werden, obschon § 419³ dies nur von der „Haftung des Übernehmers“ sagt.

¹⁰² Schuldn. u. Haft. S. 63. v. Schwerin, Rechtsnachf. S. 67 ff., nimmt freilich an, daß der Veräußerer nur noch forthaft, nicht mehr fortschulde. Allein wenn das Gesetz in § 419 nur von „Fortdauer der Haftung“ spricht und den alten Vermögensherrn zweimal den „bisherigen Schuldner“ (anstatt „bisherigen Alleinschuldner“) nennt, so ist das offenbar nur ungenaue Ausdrucksweise. Vgl. auch Reichel S. 94, Siber b. Planck⁴ Bem. 2.

¹⁰³ B.G.B. § 419²; oben § 174 S. 35, 38. — Dagegen begründet die kumulative Schuldnachfolge des Vermögensnießbrauchers in die Zinsverpflichtungen usw. (oben Anm. 100) eine persönliche Haftung; vgl. über ihren Umfang Schuldn. u. Haft. S. 71 Anm. 4 u. S. 72 Anm. 1.

¹⁰⁴ Gemäß der Verweisung des § 419³ auf die §§ 1990—1991. Auch die prozessrechtlichen Vorschriften über die Geltendmachung der Haftungsbeschränkung des Erben in Z.P.O. § 780¹ (Erfordernis des Vorbehalts im Urteil), § 781 (Erfordernis der Erhebung von Einwendungen gegen die Zwangs-

Es versteht sich von selbst, daß bei jeder Vermögensübernahme eine besondere Schuldübernahme unter Mitwirkung des Gläubigers möglich bleibt. Durch eine solche kann einerseits dem Übernehmer persönliche Haftung neben oder anstatt der Haftung des Urschuldners auferlegt werden, andererseits eine Befreiung des Veräußerers von Schuld und Haftung zustande kommen¹⁰⁵. Umgekehrt kann durch Vertrag mit dem Gläubiger der Übergang einer bestimmten Schuld auf den Übernehmer nebst der daraus folgenden Haftung wegbedungen werden.

Im inneren Verhältnis des Veräußerers und des Erwerbers zueinander entscheidet lediglich der schuldrechtliche Vertrag darüber, inwieweit dieser jenem zur Schuldbefreiung verpflichtet ist¹⁰⁶.

2. Übernahme eines Sondervermögens. Die für die Vermögensübernahme geltenden Vorschriften des § 419 B.G.B. sind auf die Übernahme eines Sondervermögens entsprechend anzuwenden. Ausdrücklich sind sie nur auf den Erbschafts Kauf und die sonstige Übernahme einer Erbschaft im Ganzen unter Anpassung an die hier obwaltenden besonderen Verhältnisse übertragen¹⁰⁷. Allein ihre entsprechende Anwendung muß überall gefordert werden,

vollstreckung) und § 785 (Erledigung solcher Einwendungen) sind nach Z.P.O. § 786 entsprechend anzuwenden. Die Beweislast hinsichtlich der Unzulänglichkeit des Vermögens trifft den Übernehmer. Eine Verteilungspflicht hat er nicht; er kann, da nur die Haftung, nicht die Schuld beschränkt ist (oben S. 48 Anm. 162), den zuerst kommenden Gläubiger voll befriedigen. — Vgl. Planck Bem. 2, Schollmeyer Bem. 3, Oertmann Bem. 3 u. 4, Crome § 205, 6, Rosenberg, Beweislast S. 137.

¹⁰⁵ Schuldn. u. Haft. S. 64 Anm. 2—4. Willigt der Gläubiger in die Befreiung des Veräußerers, so ist im Zweifel, obschon nicht notwendig, seine Einwilligung durch Übernahme persönlicher Haftung seitens des Erwerbers bedingt. Durch § 419³ wird natürlich die befreiende Wirkung einer mit dem Vermögensübertragungsvertrage verbundenen translativen Schuldübernahme in Form des § 415, falls sie der Gläubiger nach erfolgter Mitteilung genehmigt, nicht ausgeschlossen.

¹⁰⁶ Gesetzliche Auslegungsregeln, wie sie für das innere Verhältnis zwischen dem Besteller eines Vermögensniefsbrauches und dem Niefsbraucher in den §§ 1087 u. 1088³ aufgestellt sind (oben Bd. II 698 Anm. 88), fehlen. Im Zweifel ist generelle Erfüllungsübernahme anzunehmen, so daß der Erwerber die Last allein zu tragen hat und § 426 B.G.B. unanwendbar ist.

¹⁰⁷ B.G.B. § 2382—2385. Vgl. Schuldn. u. Haft. S. 67—68, Strohal, Erb.³ II 423 ff., Planck zu § 2382 ff., Reichel S. 100 ff. Hier ist durch § 2378—2379 auch das innere Verhältnis im Sinne einer generellen Erfüllungsübernahme dispositiv geregelt. — Nicht hierher gehört der Schuldenübergang bei der Übertragung eines Erbteils, weil er aus der hier überhaupt anerkannten Gesamtnachfolge entspringt; oben S. 213 Anm. 10.

wo ein Sondervermögen vertragsmäßig übernommen wird, ohne daß Gesamtnachfolge eintritt¹⁰⁸. Denn der ihnen zugrunde liegende deutschrechtliche Gedanke greift in allen Fällen, in denen die Zugehörigkeit bestimmter Schulden zu einem Vermögen irgendwie rechtlich ausgeprägt ist, nicht nur gleichfalls durch, sondern verlangt hier wegen der gesteigerten Vergegenständlichung solcher Schulden als Vermögenslasten noch dringlicher seine Verwirklichung¹⁰⁹.

Somit gehen stets, wenn ein Sondervermögen als solches im Ganzen übernommen wird, die Sondervermögensschulden kraft zwingenden Rechtssatzes auf den neuen Vermögensherrn über. Seine Haftung aber beschränkt sich auf den Bestand des Sondervermögens und die ihm aus dem Vertrage zustehenden Ansprüche. Schuld und Haftung des bisherigen Vermögensherrn bleiben unberührt.

Bei den einzelnen Arten von Sondervermögen wird sich je nach dem Mafse ihrer Verselbständigung die entsprechende Anwendung von § 419 ungleich gestalten. Handelt es sich um ein Gesellschaftsvermögen oder das Vermögen eines nicht rechtsfähigen Vereins, so treten ähnliche Verhältnisse ein, wie bei der Übernahme des Vermögens einer Verbandsperson, falls keine Gesamtnachfolge stattfindet¹¹⁰. Gleiches gilt, wenn ein unselbständiges Zweckver-

¹⁰⁸ Schuldn. u. Haft. S. 68 ff., auch schon Vereine ohne Rechtsfähigkeit S. 49 Anm. 92; Hellwig, Vertr. S. 397; Oertmann zu § 419 Bem. 6 d. Dagegen Planck³ zu § 419 Bem. 3 (früher Bem. 2 a. E. mit der später gestrichenen Begründung, daß es sich um eine „singuläre“ Vorschrift handle), während Siber in der 4. Aufl. Bem. 4 auf die Erörterung bei den Einzelvorschriften über Sondervermögen verweist); Goldmann u. Lilienthal S. 104 Anm. 45; Enneccerus § 310 Anm. 14; Fischer u. Henle Bem. 2; Reichel S. 96 ff. (wegen des „beschwerlichen Charakters“ der in § 419 verordneten Rechtsfolge, obschon de lege ferenda die Ausdehnung zu empfehlen sei).

¹⁰⁹ Näher dargelegt in Schuldn. u. Haft. S. 68—69. — Aus denselben Gründen sind die den Vermögensniefsbrauch betreffenden Bestimmungen der §§ 1085—1088, wie nach § 1080 auf den Niefsbrauch an einer Erbschaft (über den Niefsbrauch an einem Erbteil vgl. Schuldnachf. u. Haft. S. 72 Anm. 3), auf den rechtsgeschäftlich bestellten Niefsbrauch an jedem anderen Sondervermögen entsprechend anzuwenden; vgl. oben Bd. II 698—699; a. M. Planck Vorbem. 3 zu § 1085, Biermann Bem. 3 zu § 1085, Reichel S. 107, Wolff, Sachenr.² § 123 Anm. 7.

¹¹⁰ Hier will auch Reichel S. 96 den § 419 anwenden. — Dagegen ist die mit dem Eintritt eines neuen Teilhabers verbundene Mitübernahme der Gesellschafts- oder Vereinsschulden nicht nach § 419 zu konstruieren, weil sie vielmehr auf Gesamtnachfolge beruht; Schuldn. u. Haft. S. 70 Anm. 4, oben S. 213 Anm. 10.

mögen auf rechtsgeschäftlichem Wege übertragen wird¹¹¹. Bei der vertragsmäßigen Übertragung einer besonderen ehelichen Gütermasse kommt die verschiedenartige Regelung der Schuld- und Haftungsverhältnisse in Betracht¹¹².

Den wichtigsten Fall, in dem die entsprechende Anwendung des § 419 geboten ist, bildet die Übertragung eines Handelsgeschäftes unter Lebenden¹¹³. Für diesen Fall trifft freilich das Handelsgesetzbuch in § 25 besondere Bestimmungen, die unter gewissen Voraussetzungen dem neuen Geschäftsherrn eine persönliche Haftung auferlegen. Allein dadurch werden die Vorschriften des B.G.B. nur ergänzt, nicht beseitigt. Somit bleibt insoweit, als § 25 nicht Platz greift, § 419 anwendbar¹¹⁴. Er ist unmittelbar anwendbar, wenn sich das Geschäftsvermögen mit dem Gesamtvermögen des Kaufmanns deckt¹¹⁵. Er ist aber auch, wie bei anderen Sondervermögen, entsprechend anwendbar, wenn das Geschäftsvermögen nur einen Teil des Gesamtvermögens des Kaufmanns bildet¹¹⁶. Gerade

¹¹¹ Über die Natur der durch unselbständige Stiftung oder gesetzliche Bestimmung gebundenen Vermögensmassen als Sondervermögen vgl. oben Bd. II 58 Anm. 49. Hier kann die Anwendung von § 419 z. B. Bedeutung gewinnen, wenn die Übertragung auf eine selbständige Stiftung oder die Verschmelzung mit einem Körperschaftsvermögen erfolgt.

¹¹² So z. B. wenn die Ehegatten gemeinschaftlich ihr Gesamtgut unter Lebenden übertragen oder ein Ehegatte sein Vorbehaltsgut im Ganzen veräußert.

¹¹³ Schuld u. Haft. S. 107 Anm. 32; Schuldachf. u. Haft. S. 72 ff.; Grundz. des H.R. in Enzykl.⁷ III 23. Zustimmend Buch, Schuld u. Haft. S. 46 ff.

¹¹⁴ Dies wird seit den Entsch. des R.Ger. v. 1908 u. 1909 Z.S. LXIX Nr. 96 S. 250 ff. u. LXXI Nr. 95 S. 377 ff. allgemein anerkannt. Vgl. Pisko in Ehrenbergs Handb. II 1 S. 249. Vorher herrschte anscheinend durchweg die Meinung, daß durch die Sondervorschriften des H.G.B. die Vorschrift des § 419 B.G.B. ersetzt sei; vgl. z. B. Staub zu § 25 ff., Düringer u. Hachenburg I² S. 249 ff., H. Lehmann, H.R. § 25, 3, Oertmann zu § 419 Bem. 2a.

¹¹⁵ So in den vom R.Ger. a. a. O. entschiedenen Fällen, in denen es sich um die Übernahme des Vermögens einer Aktiengesellschaft handelte. Aber auch bei der Übernahme eines Einzelgeschäfts, wenn es an Privatvermögen fehlt, oder des Geschäfts einer offenen Handelsgesellschaft, wenn sämtliche Gesellschafter sonstiges Vermögen nicht haben.

¹¹⁶ Wer die Anwendbarkeit des § 419 auf Sondervermögen überhaupt verneint (oben Anm. 108), muß sie natürlich auch hier verneinen. Ebenso aber, wer dem Handelsvermögen die Eigenschaft eines Sondervermögens abstreitet, wie dies mit sehr unzureichenden Gründen Pisko a. a. O. tut. Dagegen würden die Ausführungen von M. Wolff in der mir gewidmeten Berliner Festgabe v. 1910 II 120 ff. auch dann, wenn sie zutreffend wären, der Anwendung des § 419 nur in dem von ihm als möglich gesetzten seltenen Falle entgegenstehen, daß das „Geschäft“ als Unternehmen ohne das zugehörige „Handelsvermögen“ veräußert würde; vgl. Schuldachf. u. Haft. S. 73 Anm. 4.

hier ist es ein besonders dringendes Postulat des Rechtsbewußtseins, daß die Geschäftsgläubiger sich wegen der Geschäftsschulden unbedingt an das Geschäftsvermögen in der Hand jedes Geschäftsnachfolgers halten und nicht durch dessen Veräußerung ohne die Passiva willkürlich ihres Zugriffsrechtes beraubt werden können¹¹⁷.

Der Geschäftsnachfolger tritt also von Rechts wegen neben dem bisherigen Geschäftsinhaber in sämtliche Geschäftsschulden ein und haftet für sie mit dem erworbenen Vermögen, ohne daß er durch Vertrag diese Haftung wegbedingen könnte¹¹⁸. Diese gesetzliche Schuldnachfolge aus § 419 B.G.B. wird im H.G.B. § 25 als selbstverständlich vorausgesetzt; die handelsrechtlichen Sonderbestimmungen sprechen nur von dem Hinzutritt persönlicher Haftung¹¹⁹. Eine persönliche Haftung läßt der Erwerber auf sich, wenn er das Handelsgeschäft unter der bisherigen Firma mit oder ohne Zusatz fortführt¹²⁰; er kann sie aber durch gehörig kundgemachte Vereinbarung ausschließen oder einschränken¹²¹. Davon

¹¹⁷ Das Anfechtungsrecht, auf das man sie vertröstet, bietet ihnen höchstens im Falle unentgeltlicher Veräußerung einen überdies unvollkommenen Ersatz. Im Falle entgeltlicher Veräußerung verweist man sie auf das vom Schuldner empfangene Äquivalent. Aber dieser kann inzwischen mit dem Kaufpreise verschwunden oder zahlungsunfähig geworden sein. Wenn ein französ. Ges. v. 17. März 1909 durch besondere Mafsregeln den Erlös aus der Veräußerung dem Geschäftsgläubiger als Befriedigungsfonds zu sichern sucht (vgl. Pisko a. a. O. S. 248), so zeigt sich darin eben, wie unerträglich der Mangel eines gesetzlichen Schuldenüberganges im französ. R. geworden war. Unser Recht kennt derartige Sicherungsmafsregeln nicht. Um so unbilliger ist es, die Geschäftsgläubiger, während das Geschäftsvermögen, auf dessen Haftung sie vertraut haben, in seiner realen Einheit fortbesteht, lediglich an den Veräußerer zu weisen. Vgl. Schuld. u. Haft. S. 75.

¹¹⁸ Daran kann auch eine Kundmachung durch das Handelsregister oder eine Mitteilung an die einzelnen Gläubiger nichts ändern; nur wenn ein Gläubiger die Vereinbarung, nach der die Schuld nicht übergehen soll, genehmigt, verliert er sein Zugriffsrecht auf das Geschäftsvermögen.

¹¹⁹ Der Wortlaut des § 25 steht solcher Deutung nicht entgegen, dient vielmehr zu ihrer Unterstützung, da nie von dem Übergange der Schulden oder von dem Forderungsrecht des Gläubigers gegen den Übernehmer (wie in § 419), sondern immer nur von „Haftung“ die Rede ist. Auch verweist § 27, der den Übergang der Schulden auf den Erben gleichfalls voraussetzt, ohne ihn zu erwähnen, auf § 25.

¹²⁰ H.G.B. § 25¹ S. 1. Auf Minderkaufleute ist diese Vorschrift nicht anwendbar, da ihr Name keine Firma ist; Seuff. LIX Nr. 237, Pisko a. a. O. S. 255 Anm. 24—25. Um so wichtiger ist hier der Eintritt der beschränkten Haftung nach § 419.

¹²¹ H.G.B. § 25². Die Kundmachung muß unverzüglich erfolgen; Seuff. LIX Nr. 108; Pisko S. 250 Anm. 44.

wird dann seine unabdingbare Vermögenshaftung nicht berührt¹²². Führt er die Firma nicht fort, so haftet er für die Geschäftsschulden nur dann persönlich, wenn ein besonderer Verpflichtungsgrund vorliegt; als solcher aber gilt nicht nur eine nach den Regeln des bürgerlichen Rechts vollzogene Schuldübernahme, sondern schon eine in handelsüblicher Weise erfolgte Bekanntmachung der Übernahme der Geschäftsverbindlichkeiten¹²³. Wieder jedoch tritt die Vermögenshaftung des Erwerbers kraft gesetzlicher Schuldnachfolge ohne und selbst wider seinen Willen ein¹²⁴. Die Haftung des Veräußerers gegenüber den Gläubigern wird an sich so wenig durch den Eintritt der persönlichen Haftung des Erwerbers, wie durch den Eintritt der Vermögenshaftung desselben berührt¹²⁵. Doch läuft, falls der Erwerber kraft Fortführung der Firma oder kraft handelsüblicher Bekanntmachung persönlich haftbar geworden ist, zugunsten des Veräußerers eine abgekürzte handelsrechtliche Verjährung¹²⁶. Im inneren Verhältnis zwischen dem Veräußerer und dem Erwerber richtet sich die Schuldenlast auch hier lediglich nach der zwischen ihnen getroffenen Vereinbarung¹²⁷.

Ein Fall der Geschäftsübernahme unter Lebenden liegt auch

¹²² Sie tritt also gemäß § 419³ B.G.B. auch ein, wenn die Nichtübernahme aller oder gewisser Schulden in das Handelsregister eingetragen oder dem einzelnen Gläubiger vom Erwerber oder Veräußerer mitgeteilt ist.

¹²³ H.G.B. § 25³. Die handelsübliche Bekanntmachung muß vom Erwerber ausgehen, verhaftet ihn aber unabhängig davon, ob er die Schuld vertragsmäßig übernommen hat, allen Gläubigern. Dagegen fordert die gewöhnliche Schuldübernahme Vertragsschluß des Erwerbers mit dem einzelnen Gläubiger gemäß B.G.B. § 414 oder Genehmigung des zwischen dem Erwerber und dem Veräußerer geschlossenen Vertrages durch den einzelnen Gläubiger gemäß B.G.B. § 415.

¹²⁴ Somit auch zugunsten von Gläubigern, denen mitgeteilt ist, daß die generelle Schuldübernahme sich auf ihre Forderung nicht erstrecke, oder denen gegenüber die spezielle Schuldübernahme nicht stattgefunden hat.

¹²⁵ Zu seiner Enthftung durch rechtsgeschäftliche Befreiung bedarf es also in jedem Falle einer Willenserklärung des einzelnen Gläubigers (Vornahme oder Genehmigung eines befreienden Schuldübernahmevertrages oder Erlaßvertrag mit dem Veräußerer). Vgl. R.Ger. LXXVI Nr. 3.

¹²⁶ H.G.B. § 26. Soweit dagegen nur die beschränkte Haftung aus § 419 eintritt, richtet sich die Verjährung nach bürgerlichem Rechte.

¹²⁷ Vgl. oben S. 238 Anm. 106. Im Zweifel ist die Übernahme eines Handelsgeschäftes im Ganzen als Erfüllungsübernahme hinsichtlich aller Geschäftsschulden zu deuten; Schuldn. u. Haft. S. 77 Anm. 2; dazu auch R.Ger. LXXXIV Nr. 53. Allein es kann, mag persönliche Haftung des Erwerbers eintreten oder nicht, vereinbart werden, daß alle oder gewisse Geschäftsschulden nach wie vor dem Veräußerer zur Last fallen sollen.

vor, wenn jemand als Handelsgesellschafter (persönlich haftender Gesellschafter oder Kommanditist) in das Geschäft eines Einzelkaufmanns eintritt. Hier haftet nach B.G.B. § 28 die neu errichtete Gesellschaft auch dann, wenn sie die Firma nicht fortführt, von Rechts wegen für die Geschäftsverbindlichkeiten des Einzelkaufmanns¹²⁸. Auch diese Haftung aber kann durch gehörig kundgemachte Vereinbarung ausgeschlossen oder beschränkt werden¹²⁹. Geschieht dies, so entfällt wieder nur die Vollhaftung der neuen Gesellschaft, während nach der zwingenden Vorschrift des § 419 das auf sie übertragene Geschäftsvermögen dem Zugriffe der bisherigen Geschäftsgläubiger unterworfen bleibt. Die Gesellschaft haftet für die auf sie übergegangenen Geschäftsverbindlichkeiten nur mit dem übernommenen Vermögen¹³⁰.

Wenn umgekehrt ein Handelsgesellschafter das bisherige Gesellschaftsgeschäft als Einzelkaufmann übernimmt, so liegt darin an sich eine gewöhnliche Geschäftsveräußerung, auf die der § 25 des H.G.B., ergänzend aber der § 419 B.G.B. anwendbar ist. Jedoch ist für die Anwendung dieser Vorschriften kein Raum, falls einer von zwei Gesellschaftern das Gesellschaftsgeschäft gemäß § 142 H.G.B. mit „Aktiven und Passiven“ übernimmt. Denn hier tritt nach der in der Praxis durchgedrungenen Meinung kraft Anwachsung des Anteils des ausgeschiedenen anderen Gesellschafters Gesamtnachfolge des Übernehmers in das Vermögen der erloschenen Gesellschaft ein¹³¹.

Die Vorschriften des § 25 H.G.B. sind entsprechend anzuwenden, wenn ein Handelsgeschäft auf Grund eines Nießbrauchs über-

¹²⁸ Dies bedeutet Haftung der Gesellschaft mit ihrem ganzen Vermögen und zugleich persönliche unbeschränkte Haftung des offenen Gesellschafters und persönliche beschränkte Haftung des Kommanditisten.

¹²⁹ H.G.B. § 28². In gleicher Weise, wie nach § 25² die Haftung aus Fortführung der Firma. — Anders, als nach H.G.B. § 130, 173 die persönliche Haftung aus dem Eintritt in eine bestehende Gesellschaft, weil sie aus Gesamtnachfolge fließt.

¹³⁰ Nicht mit späterem Erwerb oder mit der Einlage eines hinzugetretenen Gesellschafters oder im Falle der Gesellschaftsbildung durch Verschmelzung mehrerer Geschäftsvermögen mit dem anderen Geschäftsvermögen. (Anders im letztgedachten Falle nach Schweiz. O.R. a. 182.) — Daneben besteht natürlich die persönliche Haftung des früheren Geschäftsinhabers bis zu seiner Befreiung durch die Gläubiger fort, während eine persönliche Haftung der übrigen Gesellschafter nicht eintritt. — Im inneren Verhältnis zwischen dem bisherigen Geschäftsinhaber und der Gesellschaft entscheidet die Vereinbarung; im Zweifel ist auch hier Erfüllungsübernahme anzunehmen.

¹³¹ Näheres darüber in Schuldn. u. Haft. S. 78—79.

nommen wird. Dann sind sie zwar nicht aus § 419, wohl aber aus den §§ 1086—1088 B.G.B. zu ergänzen¹⁸².

Schließlich finden nach § 27 H.G.B. die Vorschriften des § 25 auch entsprechende Anwendung, wenn ein Handelsgeschäft durch Erb g a n g übergeht und vom Erben fortgeführt wird. Der Erbe wird also für die Geschäftsverbindlichkeiten persönlich haftbar, wenn er entweder die Firma fortführt oder die Übernahme der Geschäftsschulden in handelsüblicher Weise bekannt macht. Doch tritt trotz anfänglicher Fortführung der Firma die aus ihr entspringende unbeschränkte Haftung nicht ein, wenn der Erbe innerhalb einer ihm zur Überlegung gewährten dreimonatigen Frist die Fortführung des Geschäftes überhaupt einstellt¹⁸³. Hier werden die handelsrechtlichen Bestimmungen nicht durch § 419, sondern durch die erbrechtlichen Regeln des B.G.B. ergänzt, nach denen der Übergang der Geschäftsschulden auf den Erben kraft Gesamtnachfolge von Rechts wegen eintritt, die Haftung aber für sie, weil sie Nachlassverbindlichkeiten sind, auf den Nachlass beschränkt sein kann. Es versteht sich von selbst, daß die schwächere Erbenhaftung in Kraft bleibt, wenn die verschärfte Haftung kraft handelsrechtlicher Geschäftsübernahme nicht eintritt. Unmöglich kann daher in § 27 H.G.B. von etwas anderem die Rede sein, als von Haftungszuwachs¹⁸⁴.

¹⁸² Oben S. 237 Anm. 100 u. S. 239 Anm. 109. Der Nießbraucher kann also zwar die persönliche Haftung kraft Fortführung der Firma, nicht aber die Vermögenshaftung für die fremden Geschäftsschulden und ebensowenig die persönliche Haftung für die auf ihn notwendig mitübergehenden Geschäftsverbindlichkeiten zu den die Einkünfte belastenden wiederkehrenden Leistungen ausschließen. In beiderlei Hinsicht gelten die zwingenden Vorschriften des B.G.B. auch dann, wenn der Geschäftsnießbraucher sich der Firma des Geschäftsherrn nicht bedient. Vgl. Schuldn. u. Haft. S. 79 (mit Nachweisen über abweichende Meinungen).

¹⁸³ H.G.B. § 27². Die Übertragung des Geschäftes mit der Firma auf einen Dritten befreit ihn nicht; R.Ger. LVI Nr. 50; a. M. Düringer u. Hachenburg zu § 27 Anm. 11, Pisko S. 257 Anm. 35. Ebensowenig das bloße nachträgliche Aufgeben der Firma; so auch Düringer u. Hachenburg a. a. O.; a. M. Bolte, Z. f. H.R. LI 447, Stegemann, Die Vererbung eines Handelsgeschäfts, 1903, S. 113, Pisko S. 257. Dagegen kann der Erbe trotz Fortführung der Firma durch einseitige Erklärung die persönliche Haftung ablehnen, wenn er dies unverzüglich in der durch § 25² vorgeschriebenen Weise kundmacht; Staub Anm. 11—12 u. 18, Bolte a. a. O. S. 463, Stegemann a. a. O. S. 119, Pisko S. 258; a. M. Düringer u. Hachenburg Anm. 6, K. Lehmann, H.R.² S. 120.

¹⁸⁴ Vgl. Schuldn. u. Haft. S. 80.

Vierter Titel.

Schuldrechtliche Gemeinschaft.

§ 182. Schuldgemeinschaft¹.

I. **Überhaupt.** Bei einem Schuldverhältnis können die Stelle des Schuldners mehrere Personen gleichzeitig einnehmen. Dann erscheinen sie als Mitschuldner. Es besteht eine Schuldgemeinschaft. Diese Gemeinschaft kann sehr ungleich ausgestaltet sein. Je nachdem die Mitschuldner zur Leistung ein jeder zu einem Anteil oder ein jeder auf das Ganze oder alle in ihrer Verbundenheit verpflichtet sind, liegt eine Gemeinschaft nach Anteilsprinzip, nach Solidarprinzip oder nach Gesamthandsprinzip vor. Es ist aber auch möglich, daß sich mehrere dieser Prinzipien kombinieren. Die Struktur der Gemeinschaft wirkt immer zugleich gestaltend auf das Schuldverhältnis als solches ein. Von ihr hängt es ab, inwieweit das Schuldverhältnis, obschon es ein einheitliches Rechtsverhältnis bleibt, in besondere Schuldverhältnisse zerfällt, aus denen es sich zusammensetzt.

¹ Über das ältere deut. R.: Stobbe, Vertragsrecht S. 138 ff., D.P.R. III³ § 221 II; Bluntschli, Zürch. Staats- u. Rechtsgesch.² II 228 ff., 238 ff., 307 ff.; Platner, Die Bürgschaft S. 114 ff.; Beseler, D.P.R. § 115 II; Mein Genossenschaftsr. II 383 ff., 770 ff., 957 ff., sowie Schuld und Haftung S. 109 ff.; Heusler, Inst. II 258 ff.; Hübner, Grundz. § 81; v. Schwerin, R.G.² S. 103 ff. Nord. R. bei v. Amira, O.R. I § 24—26, II § 19—21. Niederländ. bei Fockema-Andrae II 16 ff. — Über das röm. u. gem. R. bes.: Keller, Über Litiskontestation und Urteil, 1827, S. 446 ff.; Ribbentrop, Zur Lehre von den Korrealobligationen, 1831; v. Savigny, O.R. I § 26—27; Kuntze, Die Obl. § 30 ff.; Fitting, Die Natur der Korrealobligationen, 1859; Baron, Die Gesamtrechtsverhältnisse im r. R., 1864, S. 205 ff.; Brinz, Zur Lehre von der Korrealobligation, 1873, Kr. V.Schr. XVI 1 ff.; Czylarz, Z. f. d. P. u. ö. R. d. G. III 59 ff.; Unger, Passive Korrealität und Solidarität im röm. u. heut. R. (S.A. aus Jahrb. f. D. XXII 207 ff., XXIII 106 ff.); Mitteis, Die Individualisierung der Obligation, 1886, S. 49 ff., Z. f. d. P. u. ö. R. d. G. XIV 419 ff.; Eisele, Arch. f. z. Pr. LXXVII 374 ff., LXXXIV 295 ff.; Binder, Die Korrealobligationen, 1899; Windscheid-Kipp II § 292 ff. — Über das preuß. R. Dernburg II § 47 ff.; Förster-Eccius I § 63. — Über das französ. R. Zachariae-Crome II § 278. — Über das österr. R. Hasenöhr, Das österr. O.R. I 84 ff. — Über das heutige deutsche Recht: Binder a. a. O. S. 569 ff.; Hruza, Sächs. Arch. V 401 ff.; Lippmann, Arch. f. z. Pr. CXI 135 ff.; Last, Anspruchskonkurrenz u. Gesamtschuldverhältnisse, 1908; Stammler S. 247 ff.; Lehrb. des b. R. von Endemann § 154, Dernburg § 160 ff. (* 161 ff.), Cosack § 118—119, Crome § 139, 206 ff., Kohler II 1 § 52 ff.; Landsberg § 113 ff., Matthiafs § 102, Enneccerus § 311 ff.; Komm. zu B.G.B. § 420 ff. von Planck, Schollmeyer, Staudinger, Oertmann.

Keine Schuldgemeinschaft liegt vor, wenn es entweder an einem einheitlichen Schuldverhältnisse oder an der Gleichheit des Schuldinhaltes fehlt. Darum sind einerseits mehrere Personen, die zwar dasselbe schulden, aber kraft verschiedener, durch keine Zweckgemeinschaft verbundener Schuldgründe verpflichtet sind, keine Mitschuldner. Vielmehr bestehen in diesem Falle getrennte Schuldverhältnisse, die nur eine sogenannte „unechte“ Gesamtschuld hervorrufen², weil die Wirksamkeit der einzelnen Schuldverhältnisse dadurch beeinflusst wird, daß sie auf dieselbe Leistung gerichtet sind³. Andererseits aber erscheinen auch bei einem einheitlichen Schuldverhältnis mehrere Passivbeteiligte dann nicht als Mitschuldner, wenn sie nicht dasselbe schulden. Darum wird zwar eine Schuldgemeinschaft dadurch nicht ausgeschlossen, daß von mehreren Schuldnern der eine unbedingt und der andere bedingt oder der eine abstrakt und der andere kausal zu derselben Leistung verpflichtet ist⁴. Wohl aber fehlt es an einer Schuldgemeinschaft,

² Vgl. Eisele, Arch. f. z. Pr. LXXVII 478; Binder a. a. O. S. 536; Enneccerus § 313 II 3; Oertmann, Vorbem. 5c zu § 420 ff., auch Vorteilsausgleichung S. 123 ff., 293 ff.; Klingmüller, Jahrb. f. D. LXIV 31 ff.; Siber b. Planck⁴ zu § 421 Bem. 1b; R.Ger. LXI Nr. 11, LXVII Nr. 36, LXX Nr. 104, LXXXII Nr. 92. So z. B. bei der gleichinhaltlichen Schuld des Versicherers und des Brandstifters, des Diebes und des fahrlässigen Verwahrers, des Unterhaltspflichtigen und des nach B.G.B. § 843⁴ Schadensersatzpflichtigen (Oertmann in der mir gewidmeten Festgabe von 1911 S. 1 ff.). Doch kann auch aus verschiedenen Schuldgründen, wie aus Vertrag und Delikt, aus gesonderten Verträgen (z. B. bei Doppelversicherung nach V.V.G. § 59, H.G.B. § 787), aus schuldhafter und schuldloser Schadensverursachung, eine echte Gesamtschuld mehrerer Schuldner entspringen, wenn die Einheit des Leistungszwecks die Schuldverhältnisse verbindet; vgl. Enneccerus § 313 Anm. 10, Klingmüller S. 62 ff., Siber a. a. O., R.Ger. LXXVII Nr. 80 S. 323, LXXXII Nr. 95. Die Abgrenzung ist unsicher und bestritten. Verfehlt aber ist es, wenn Dernburg § 160 (161) V, Reichel, Schuldmitübernahme S. 50 ff., Last a. a. O. 39 ff. die ganze Unterscheidung verwerfen. Auch darf man nicht eine „unvollkommene“ Gesamtschuld, die immerhin Gesamtschuld wäre, annehmen, wie Crome § 206 II 3, der übrigens auch Fälle echter Gesamtschuld (wie z. B. aus Vermögensübernahme) dahin rechnet.

³ Die Vorschriften des B.G.B. über Gesamtschulden sind hier grundsätzlich unanwendbar. Aber die Erfüllung der einen Schuld wird, weil der Gläubiger die Leistung nur einmal bekommen soll, auch für die andere Schuld bedeutungsvoll. Doch entzieht sie keineswegs stets dem Gläubiger die andere Forderung; vielmehr bleibt diese, soweit § 255 B.G.B. anwendbar ist, unberührt, da sie auf Verlangen abgetreten werden muß (oben § 176 S. 85 Anm. 87), und geht in anderen Fällen von Rechts wegen über (oben § 180 S. 208 Anm. 130—131).

⁴ R.Ger. LXX Nr. 104 S. 110, LXXVII Nr. 80 S. 323; anders LXVIII Nr. 36 S. 130.

wenn bei einem Schuldverhältnis von mehreren Schuldnern verschiedenartige Leistungen zu bewirken sind, die sich zu einer Gesamtleistung zusammenfügen sollen⁵.

Der Begriff der Schuldgemeinschaft wird durch Haftungsgemeinschaft weder bedingt noch notwendig hervorgerufen. Darum ist einerseits eine Schuldgemeinschaft möglich, bei der der eine Mitschuldner unbeschränkt und der andere beschränkt oder überhaupt nicht haftet⁶. Andererseits aber begründet bei Verschiedenheit des Schuldinhalts die Haftungsgemeinschaft keineswegs eine Schuldgemeinschaft, so daß insbesondere im Verhältnis zueinander der Hauptschuldner und der Bürge oder irgend ein anderer Garantieschuldner nicht Mitschuldner sind⁷.

II. Geschichtliche Entwicklung.

1. Älteres deutsches Recht. Im deutschen Recht gab es sowohl Schuldgemeinschaften, wie Haftungsgemeinschaften mannigfacher Art. Die durchgehende Trennung von Schuld und Haftung bewirkte vielfach eine ungleiche Ordnung beider Verhältnisse.

a. Schuldgemeinschaften nach Anteilen. Schuldverhältnisse, bei denen von dem, was der Gläubiger bekommen soll, ein jeder von mehreren Mitschuldnern nur einen Teil leisten soll, entstehen rechtsgeschäftlich, wenn Mehrere die Schuld „slecht“ oder ein jeder „enen del“ geloben⁸. Sie treten aber auch infolge gesetzlicher Schuldverteilung ein, wie sie am frühesten bei der Wergeldschuld begegnet.

Der anteiligen Schuld entspricht anteilige Haftung. Die Mitschuldner haften nur „nach anzahl“, so daß der Gläubiger sich an jeden nur wegen seines Schuldanteils halten kann und jeder,

⁵ So z. B., wenn sich mehrere Schauspieler oder Musiker zu einer gemeinsamen Aufführung oder mehrere Arbeiter zur Gruppenarbeit verpflichtet haben.

⁶ Vgl. für die Gesamtschuld des heut. Rs. unten Anm. 68.

⁷ Im gemeinen Recht sprach man von „akzessorischer Korrealität“, und auch heute nehmen Viele eine akzessorische „Gesamtschuld“ an. Allein die Bürgschaftsschuld richtet sich nicht auf dieselbe Leistung wie die Hauptschuld; oben S. 51 ff. Von selbst versteht sich, daß kein Mitschuldner ist, wer überhaupt nicht schuldet, sondern nur haftet, wie der Eigentümer der Pfandsache. Aber auch, wo die Haftung sich mit dinglicher Schuld verbindet, gelten der dingliche und der persönliche Schuldner nicht als Mitschuldner; vielmehr führt das B.G.B. die Analogie der Bürgschaft durch; oben Bd. II 883 Anm. 23.

⁸ Stobbe, Vertragsr. S. 138 ff.; v. Amira I § 24, II § 19; Fockema-Andreae II 16; Schuld u. Haftung S. 110.

sobald er „sin del gheldet“, ledig wird⁹. Doch kommt auch eine den Schuldanteil überschießende Haftung vor¹⁰.

b. Schuldgemeinschaften zur gesamten Hand. Ungleich häufiger begegnen Schuldverhältnisse, bei denen mehrere Schuldner die Leistung zusammen bewirken sollen. Sie ergeben sich aus jeder Gemeinschaft zur gesamten Hand, sobald die Gemeiner in ihrer Verbundenheit etwas schulden, wie z. B. bei Erbschaftsschulden von Miterben, bei Gesellschaftsschulden und bei ehelichen Gemeinschaftsschulden. Sie entstehen aber auch durch besondere rechtsgeschäftliche Begründung, wenn die Leistung mit gesamer Hand versprochen und so eine Gemeinschaft lediglich behufs Anknüpfung der Schuld hergestellt wird¹¹. Hier trifft die Schuld die verbundenen Schuldner insgesamt: sie sollen gemeinschaftlich leisten. Soweit sie aber gemeinschaftliche Mittel nicht besitzen oder diese nicht ausreichen, sollen die Schuldner ein jeder zu seinem Teil die Leistung aus eignen Mitteln aufbringen und sind daher zugleich ein jeder insonderheit nach Anteilen schuldig¹².

⁹ Sachsensp. III 9 § 2 bei Homeyer Anm. 11; Rsb. n. Dist. III 12 d. 8; revid. Lüb. R. III. 5 a. 3.

¹⁰ So vielfach bei geteilter Wergeldschuld und sonstiger gesetzlicher Schuldverteilung; vgl. Stadtr. v. Groningen v. 1425 a. 74 (Schuld u. Haft. S. 110 Anm. 43). — Andererseits ist anteilige Haftung für einheitliche Schuld möglich, wie sie z. B., solange der Bürge nicht schuldet, bei Mitverbürgung nach Anteilen eintritt; Rsb. n. Dist. III 12 d. 8 u. 11; Wiener Stadtrechtsb. a. 60; vgl. auch v. Amira I 171, 176.

¹¹ Haltaus s. v. „Gesamte Hand“. Duncker, Gesamteigentum § 3. Stobbe, Vertragsr. S. 147 ff., D.P.R.³ III 201. Beseler § 115 II. Mein Genossenschaftsr. II 957, Genossenschaftsth. S. 359 Anm. 1, Schuld u. Haft. S. 111. — Dabei war ursprünglich die sinnbildliche Vereinigung der Hände bei dem gemeinsamen Gelöbnis erforderlich, um die Gemeinschaft zu begründen. Denn diese Gemeinschaft war an sich personenrechtlicher Natur. Lange legte man bei mündlichem Versprechen noch auf gemeinsame Erklärung Gewicht. Bei urkundlicher Verpflichtung trat dann die Erklärung in derselben Urkunde an die Stelle. Immer heißt es von den Schuldnern, daß sie conjuncta manu, pari manu, mit gesamer hand (Rsb. n. Dist. III 12 d. 4), „mit gesamtir hand und ungesondert“ (Blume v. Magdeb. II 2, 94), to samene (Sachsensp. III 9 § 2 Anm. 11, III 85 § 1), ene samende hand, unverscheidenlich mit gesambter hand, samt und sonders usw. geloben. Auch der Ausdruck in solidum findet sich, aber in gleicher Bedeutung (daher auch: „in solidum sen conjuncta manu“, vgl. Stobbe, Vertragsr. S. 147).

¹² Diese Vorstellung liegt offenbar den Sachsenpiegelstellen zugrunde; vgl. III, 85 § 1: al sin sie it plichtig to lestene, die wile it unvergulden is, unde nicht ir jewelk al, mer manlik also vele also ime geboret. Ebenso Hamburger Stadtr. v. 1270 VII, 8: es soll „malk also vele, also eme to boren mach“,

Dagegen ist dem deutschen Recht die Vorstellung, daß ein jeder für sich die ganze Leistung schulde oder schulden könne, ursprünglich fremd¹³. Darum versteht sich, wenn einer der Mitschuldner mehr geleistet hat, als seinem Schuldanteil entspricht, ein Ausgleichungsanspruch gegen die durch ihn befreiten Mitschuldner von selbst: er hat eben geleistet, was nicht er, sondern der andere leisten sollte¹⁴. Auch kann der Gläubiger durch Erlassvertrag mit einem Mitschuldner, wenn er nicht zu dessen Händen über die ganze Schuld verfügt, die in der Gesamtschuld enthaltene Teilschuld aufheben¹⁵. Wenn jedoch ein Mitschuldner stirbt, so wächst nach ursprünglichem Gesamthandsrecht sein Schuldanteil den Genossen an¹⁶.

Der Schuldgemeinschaft zur gesamten Hand entspricht insoweit eine Haftungsgemeinschaft zur gesamten Hand, als der Gläubiger sich an ein Gemeinschaftsvermögen halten kann. Allein neben dieser das gemeinschaftliche Vermögen belastenden Gesamthaftung kann den Gemeiner als Einzelnen eine Sonder-

zahlen. Vgl. Rsb. n. D. III, 12, d. 9: sie sollen „dy schult gelden . . . glich mit enander“; d. 11: sy sullin daz mit enander geben.

¹³ Die Ausdrücke, die in den Quellen gebraucht werden, um die auf das Ganze gehende Verpflichtung des einzelnen Mitschuldners zu bezeichnen, deuten immer nur auf Haftung, nicht auf Schuld. So heißt es, daß keiner „ledig“ sei, bevor alles bezahlt ist (Sachsensp. III, 9 § 2 Anm. 11); daß jeder besonders für die ganze Schuld „antworten“ muß (Wiener Stadtr. Art. 60); daß der Gläubiger jeden „beklagen“ und mit Gericht „begripen“ kann (Soester Skrae c. 52), gegen jeden „fordern“ kann (Grimm, W. III 267 § 64); daß bei gemeinsamer Verpflichtung zum Einlager keiner, wenn er seinen Anteil bezahlt hat, vor Zahlung der ganzen Schuld das Einlager verlassen darf (Urk. v. 1269 b. Niesert, Beiträge II 262).

¹⁴ Stobbe, Vertragsr. S. 171 ff. Vgl. Sachsensp. III 85 § 1, wonach jeden der Schuldner von Gerichts halber zur Bezahlung seines Anteils nicht nur „die, deme it dar gelovet is“, sondern auch „die it mit ime gelovede, of he it vor ine vergulden hevet“, zwingen kann; Bremer R. v. 1303 ord. 127; Augsb. Stadtr. art. 181 § 1 S. 215. Auch für einen den Schuldanteil übersteigenden Schaden aus der Haftung kann der Leistende Teilersatz verlangen; Brünner Schöffenb. c. 131.

¹⁵ Hamburger R. v. 1270 VII, 8; Lüb. R. b. Hach III 333. Dagegen nimmt das Augsb. Stadtr. in einem Zusatz zu Art. 181 (b. Meyer S. 216) als Regel an, daß Stundung oder Ledigung, die einem Mitschuldner ohne der anderen Wort und Willen gewährt wird, zugunsten aller wirkt.

¹⁶ Blume v. Magdeb. II 2, 96, Rsb. n. Dist. III 12 d. 9 (denne dy gesampten hand erbet or eyner uf den anderen, aber nicht uf sine erben). Dagegen vererbt nach Rsb. n. Dist. a. a. O. d. 10 der zum Alleinschuldner gewordene Letztlebende die Schuld auf seine Erben.

haftung mit seinem Vermögen oder auch mit seiner Person treffen¹⁷. Liegt eine rechtsgeschäftliche Verpflichtung zu gesamter Hand vor, so wird stets, da es an einem gemeinschaftlichen Haftungsobjekte fehlt, eine derartige Sonderhaftung übernommen. Gerade darauf zielt das Geloben mit gesamter Hand ab¹⁸. Die Gelobenden wollen „samt und sonders“ haften, sie wollen „Alle für Einen und einer für Alle“ eintreten. Es gibt aber zwei Formen der Haftungsgemeinschaft. Entweder soll der Gläubiger zunächst jeden Mithaftenden nur wegen seines Anteils angreifen dürfen und nur wegen des Ausfalls den Zugriff gegen die übrigen Mithaftenden haben¹⁹. Oder es soll der Gläubiger von vornherein sich an jeden einzelnen Mithaftenden wegen der ganzen Schuld halten können²⁰. Beide

¹⁷ So bei der Gesellschaft und insbesondere frühzeitig bei der Handelsgesellschaft (Lüb. R. b. Hach IV, 7, F. G. A. Schmidt, Handesgesellschaften in den deut. Stadtrechtsquellen des M.A., Unters. z. d. St. u. R.G. Heft XV S. 66, 68); bei Miterben, wenn sie vor Bezahlung der Schulden geteilt haben (Stobbe § 221 Anm. 8); bei ehelicher Schuldengemeinschaft in mannigfacher Art.

¹⁸ Darum wird immer eine haftungsgeschäftliche Form gewählt und das Sinnbild oder die Formel für die gesamte Hand auf das Haftungsverhältnis abgestellt. Besonders bezeichnend sind die Fälle, in denen sich die Mithaftenden zu gemeinsamem Einlager verpflichten; Urk. v. 1269 b. Niesert a. a. O., Urk. v. 1292 b. Stobbe, Vertragsr. S. 155, Urk. v. 1330 ebd. S. 194, Urk. v. 1268 u. 1333 b. Loersch-Schröder-Perels Nr. 136 u. 192, Brünner Schöffenb. c. 131.

¹⁹ Vgl. Stobbe, Vertragsr. S. 161 ff.; Fockema-Andreae S. 17 ff.; auch v. Amira I 177 ff., II 207 ff. Dieses System setzen offenbar die Sachsenpiegelstellen voraus. Streng durchgeführt ist es im Bamberger Stadtr. Art. 233 u. 234, Bremer R. v. 1303 ord. 127, v. 1433 ord. 80, Lüneburger Stadtr. Art. 68 (b. Kraut S. 71), Haderer Landr. II, 4, Solmser Landr. Tit. 16 usw. Vgl. ferner Schöffenurt. des 15. Jahrh. b. Stobbe S. 163 ff., Keurboek v. Arnhem Art. 69 b. Fockema-Andreae S. 18. Dazu Schwabensp. c. 6. Dasselbe System unter Erstreckung auf die dingliche Schuld liegt der Einzinserei zugrunde; vgl. oben Bd. II 730. — Dafs alle „samt und sonders“ oder „einer für alle“ haften, kann auch bei blofs subsidiärer Ganzhaftung gesagt werden; doch findet sich dafür in niederländischen Quellen die Formel „gesamenderhandt ende niet elck voor al“; Fockema-Andreae II 17.

²⁰ Stobbe S. 157 ff.; Fockema-Andreae II 16 ff.; auch v. Amira I 182 ff., II 212 ff. Vgl. Augsb. Stadtr. Art. 181 b. Meyer S. 215; Soester Skrae c. 52 (so hevet dey cleghere dey macht, dat hey beclagen mach, wilkeren hey wil, unde wilkeren hey beghripet mit gherichte, deme mach hey volghen also ein recht is); Wiener Stadtr. Art. 60; Wurster Landr. VIII, 20 § 2; revid. Lüb. R. III, 5 Art. 2; auch Goslaer Forstr. § 64 b. Grimm, W. III 267, jedoch mit dem Vorbehalt, „so forder dat neyn hat edder frevel mede en sy“. In niederländischen Quellen heifst es bei prinzipaler Ganzhaftung: „gesamenderhandt ende elck voor al“. — Seit der Bekanntschaft mit dem römischen Recht begegnet in den Urkunden Verzicht auf das beneficium divisionis; Stobbe S. 158.

Formen der Haftungsgemeinschaft aber können sich nicht nur mit einer Schuldgemeinschaft verknüpfen, sondern auch selbständig begründet sein. Insbesondere nehmen in dem unendlich häufigen Fall, daß Mehrere sich mit gesamter Hand verbürgen, ursprünglich die Mitbürgen keine gemeinschaftliche Schuld, sondern nur eine gemeinschaftliche Haftung für fremde Schuld auf sich. Ebenso kann der Bürge mit dem gleichfalls haftenden Schuldner in Haftungsgemeinschaft stehen, ohne Mitschuldner zu werden²¹.

c. Genossenschaftliche Schuldgemeinschaft. Die genossenschaftliche Schuld wurde ursprünglich als eine Gesamtschuld aufgefaßt, die alle Genossen zugleich in ihrer genossenschaftlichen Einheit und in ihrer Vielheit belastete, jedoch insoweit, als sie die Genossen als Einzelne traf, von ihnen gleich der Gemeinschaftsschuld zu gesamter Hand nur nach Anteilen aufzubringen war²². Darüber hinaus bestanden Haftungsverhältnisse Aller für Einen und Eines für Alle²³. Mit der Entwicklung des Körperschaftsbegriffs bildete sich der Begriff der reinen Körperschaftsschuld aus²⁴. Allein eine sei es anteilige sei es solidarische Haftung der Mitglieder für die Körperschaftsschuld blieb auch ferner in erheblichem Umfange anerkannt und spielte im mittelalterlichen Rechtsleben eine wichtige Rolle²⁵.

d. Solidarische Schuldgemeinschaft. Wie sich gezeigt hat, war dem deutschen Recht das Prinzip der solidarischen Schuld ursprünglich fremd; der deutsche Schuldbegriff schloß die Vorstellung aus, daß eine Leistung, die doch nur einmal von allen Mitschuldnern gemeinschaftlich oder geteilt bewirkt werden soll, von jedem ganz geschuldet werde. Dagegen war dem deutschen Recht das Prinzip der solidarischen Haftung von je geläufig; daß der Gläubiger wegen der ganzen Schuld sich an die Person oder das Vermögen eines jeden von mehreren Haftenden von vornherein oder doch subsidiär halten kann, war mit dem Haftungsbegriff durchaus vereinbar. Doch hat vielleicht das Bestreben nach der

²¹ Auch hier geloben Schuldner und Bürge „zu gesamter Hand“. So auch bei gemeinsamem Einlagerversprechen. Vgl. z. B. Urk. v. 1292 b. Stobbe S. 155, wo der Schuldner und zwei Bürgen „juncta mann“ für den Fall der Nichtzahlung in Wesel einzureiten versprechen.

²² Vgl. mein Genossenschaftsr. II 383 ff., 391 ff.

²³ Genossenschaftsr. II 383 ff., 386 ff., 404 ff.

²⁴ Genossenschaftsr. II 768 ff.

²⁵ Genossenschaftsr. II 770 ff., und über die Stellungnahme der mittelalterlichen Jurisprudenz hierzu III 214, 378 ff., 449 ff., 730 ff.

Verbindung von Schuld und Haftung schon im Mittelalter eine Änderung im Sinne der Erstreckung des Solidarprinzips auf die Schuld vorbereitet, die der Aufnahme des römischen Rechts die Wege ebnete²⁶.

2. Seit der Rezeption. Mit dem römischen Recht drangen stark abweichende Anschauungen über Mitschuldverhältnisse ein.

Das römische Recht, das einerseits keine Gemeinschaft zu gesamter Hand kannte, andererseits die Schuld mit der Haftung verschmolz, stellte für die Obligationen mit Schuldnermehrheit nur die beiden Grundtypen der geteilten Obligation und der solidarischen Obligation zugebote. Die Zerlegung der Schuld in Teile galt als Regel und trat auch in Fällen ein, in denen dem deutschen Recht eine Gesamtschuld als selbstverständlich erschien²⁷. Hier bestehen mehrere durchaus getrennte Obligationen, die nur dadurch zusammenhängen, daß der Leistungsgegenstand einer jeden durch die Bezugnahme auf dasselbe Ganze bestimmt wird. Möglich aber war eine Solidarschuld, die ungeteilt jeden von mehreren Schuldnern ergriff. Ein derartiges Verhältnis konnte rechtsgeschäftlich geschaffen werden und trat in gewissen Fällen kraft Rechtssatzes ein²⁸. Dann ist jeder Schuldner für sich auf das Ganze (in solidum) obligiert; er ist nicht nur für die ganze Leistung haftbar, sondern schuldet auch die ganze Leistung. Das Solidarprinzip wird abgeschwächt, nicht aufgehoben, wenn in einzelnen Fällen einem Schuldner eine Einrede gewährt wird, durch die seine Verpflichtung auf das Ganze einen subsidiären Charakter empfängt, sei es nun, daß er kraft des *beneficium excussionis* überhaupt erst hinter einem anderen Schuldner haftet²⁹, sei es, daß er kraft des *beneficium divisionis* über einen auf ihn fallenden Anteil hinaus nur subsidiär aufzukommen braucht³⁰. Auch die solidarische Obligation erschöpft sich in gesonderten Verpflichtungen der einzelnen Mitschuldner. Eine Schuldnergemeinschaft besteht bei ihr nicht. Sie begründet an sich zwischen den Mitschuldnern keinen Ausgleichungsanspruch wegen einer überlastenden Leistung; nur aus einem vom Mitschuldnerverhältnis unabhängigen besonderen Verpflichtungsgrunde kann der leistende Schuldner gegen die anderen Schuldner einen Regressanspruch und behufs Durchführung desselben gegen den Gläubiger einen Anspruch

²⁶ Vgl. Schuld u. Haftung S. 114.

²⁷ So vor allem schon nach den XII Tafeln unter Miterben.

²⁸ Vgl. die Aufzählung der Fälle bei Windscheid § 297 und § 298 a. E.

²⁹ Windscheid § 293 Anm. 5, 7—8, § 298 Anm. 9.

³⁰ Windscheid § 293 Anm. 6, 9—10, § 298 Anm. 10—11.

auf Klagenzession haben³¹. Allein ein innerer Zusammenhang der Sonderverpflichtungen ergibt sich von der objektiven Seite her aus der Identität des Leistungsgegenstandes. Dieser Zusammenhang kann ein engerer oder ein loserer sein. Mit Rücksicht hierauf unterscheidet das römische Recht zwischen der Korrealobligation, bei der eine volle Schicksalsgemeinschaft der einzelnen Verpflichtungen besteht, und der schlichten Solidarobligation, bei der nur die Erfüllung der einen Verpflichtung für die andere wirkt³². Über das eigentliche Wesen dieses Gegensatzes entbrannte in der gemeinrechtlichen Doktrin unendlicher Streit. In neuerer Zeit wurde überwiegend angenommen, daß bei der Korrealobligation nur eine einzige Obligation mit mehreren Subjekten vorliege, dagegen bei der bloßen Solidarobligation mehrere Obligationen mit identischem Inhalt begründet seien³³. Doch blieb diese Lehre niemals unangefochten³⁴.

Durch das römische Recht wurden die deutschrechtlichen Anschauungen in den Hintergrund gedrängt, aber niemals völlig überwunden. Selbst im gemeinen Recht blieben sie zum Teil lebendig und wirkten namentlich auf die ältere Praxis ein. In den Partikularrechten führten sie zu mancherlei Abwandlungen des gemeinen Rechts. Die großen Gesetzbücher legten sie in

³¹ Windscheid § 294 (dort auch Anm. 2 über abweichende Meinungen) und § 298 Anm. 12—13; Seuff. I Nr. 331, XXII Nr. 237, XLIII Nr. 100, XLIX Nr. 81, LII Nr. 7.

³² Vgl. die oben in Anm. 1 angeführte romanistische Literatur. Korrealobligationen sind vor allem die durch einheitliches Rechtsgeschäft begründeten Verpflichtungen Mehrerer auf dieselbe Leistung, bloße Solidarschulden die auf Ersatz desselben Schadens gerichteten Verbindlichkeiten aus schuldhaftem Verhalten. In anderen Fällen der Mithaftung tritt bald Korrealschuld, bald bloße Solidarschuld ein. Im einzelnen ist die Abgrenzung vielfach streitig. Neuerdings hat sogar Binder, Korrealobl. S. 330 ff. behauptet, daß die ganze Unterscheidung in die Quellen nur hineingetragen sei. Vgl. dagegen Hruza, Krit. V.Schr. XLII 174 ff., 193 ff.

³³ Dies ist die seit Keller und Ribbentropp herrschende Meinung. Dafür besonders Windscheid und die von ihm in § 293 Anm. 1 Angeführten; auch Enneccerus § 313 I.

³⁴ Zusammenstellung der abweichenden Ansichten bei Windscheid § 293 Anm. 1. Viele nehmen auch bei der Korrealobligation eine Mehrheit von Obligationen an, Manche aber verbinden damit die Vorstellung einer objektiven Einheit des Rechtsverhältnisses (so Kuntze und Dernburg). Brinz faßte zuletzt auch die bloße Solidarobligation als einheitliche Obligation auf. Andere, wie namentlich Fitting, konstruieren die Korrealschuld als Alternativobligation mit zunächst unbestimmtem, erst durch Wahl des Gläubigers bestimmtem Schuldner.

ziemlich übereinstimmender Weise zugrunde. An die Stelle der Schuldteilung wurde in vielen Fällen, in denen das deutsche Rechtsbewußtsein eine Schuldgemeinschaft forderte, wieder die Gesamtschuld gesetzt³⁵. Auch bei der vertragsmäßigen Eingehung einer Schuld durch Mehrere machte sich die Neigung bemerklich, die Gesamtschuld zur Regel zu erheben³⁶. Die Sonderung von Schuld und Haftung blieb insofern bedeutungsvoll, als die Unterschiede der Haftungsart bei Schuldgemeinschaften zur Geltung kommen³⁷. Auf die Struktur der Gesamtschuld wirkte, obschon ihre Auffassung als Solidarschuld durchdrang, der Gedanke der Verpflichtung zu gesamter Hand maßgebend ein³⁸. Der römisch-

³⁵ So für Miterben im Preufs. L.R. I, 17 § 127 ff. u. Öst. Gb. § 550. Für die Gesellschaft in manchen älteren Partikularrechten; vgl. mein Genossenschaftsr. III 819 Anm. 194, insbes. Lüneb. Reform. II 23, wo es heißt, es hafte jeder Gesellschafter „für sich selbst, gleich als hette er mit einer unverscheidenen gesammten Hand dafür gelobet“, u. Dinkelsbühler Stadtr. v. 1738 tit. 13 § 5 („alle in solidum und unverscheidenlich verbunden“); ebenso im Preufs. L.R. I, 17 § 239. Allgemein mehr und mehr für die Handelsgesellschaft; Biener, Wechselrechtl. Abh. S. 350 ff.; Endemann, Studien I 394 ff., 397 ff.; so auch unter ausdrücklicher Ablehnung für andere Gesellschaften Code civ. Art. 1862 bis 1863, Öst. Gb. § 1203, Sächs. Gb. § 1378; H.G.B. Art. 112. Desgleichen für Ehegatten im Bereiche der ehelichen Schuldgemeinschaft; meine Genossenschaftsth. S. 397 ff. — Außerdem wurden in Fortbildung des römischen Rechts Beamte, Vormünder und Geschäftsführer für eine gemeinschaftlich zu führende Verwaltung als Gesamtschuldner haftbar gemacht und meist überhaupt Verpflichtungen Mehrerer zum Ersatz eines gemeinsam verschuldeten Schadens für Gesamtschulden erklärt; Stobbe § 221 Anm. 30—34.

³⁶ Eine Vermutung dafür stellte das Preufs. L.R. I, 5 § 424—425 auf. Ebenso bei Handelsgeschäften H.G.B. Art. 280. Anders Code civ. Art. 1202, Öst. Gb. § 889, Sächs. Gb. § 663, Schweiz. O.R. Art. 162 (jetzt 143). Allgemein aber wurde eine Gesamtschuld als gewollt angenommen, wenn Ausdrücke wie „zur ungeteilten Hand“, „samt und sonders“, „Einer für Alle und Alle für Einen“ gebraucht sind; vgl. Öst. Gb. § 891, Sächs. Gb. § 1021. Die Möglichkeit einer stillschweigenden Übernahme einer Korrealverpflichtung wurde auch für das gemeine Recht angenommen; R.Ger. XV Nr. 36. Ohne weiteres ließ man meist Mitbürgen als Gesamtschuldner haften; Preufs. L.R. I, 14 § 374, Öst. Gb. § 1359, Sächs. Gb. § 1458. Auch die Unterzeichnung desselben Schuldscheins wurde regelmäÙig als Übernahme einer Solidarverpflichtung gedeutet; Seuff. XXIV Nr. 108. Eine besondere Ausbildung erfuhr die Solidarhaftung aus Skripturobligation im Wechselrecht; W.O. Art. 81.

³⁷ So bei der Erbengemeinschaft, den Handelsgesellschaften, der Reederei, den ehelichen Schuldgemeinschaften. — Das Zürch. Gb. § 936 mit § 935 u. 948 hielt als Regel die deutschrechtliche Form einer Gesamtschuld mit prinzipaler Teilhaftung und subsidiärer Solidarhaftung fest.

³⁸ In der älteren Doktrin macht sich oft die Vorstellung einer subjektiven Verbundenheit der Korreal Schuldner bemerklich. Neuerdings suchte Baron

rechtliche Unterschied zwischen Korrealobligation und schlichter Solidarobligation, der auch in der gemeinrechtlichen Praxis nie recht lebendig wurde, verschwand in den Gesetzbüchern³⁹. Allgemein setzte sich die deutschrechtliche Vorstellung einer Schuldgemeinschaft im Verhältnis der Gesamtschuldner zu einander durch⁴⁰. Neben der solidarischen Gesamtschuld wurde mit der Fortdauer oder Neubildung von Vermögensgemeinschaften zu gesamter Hand eine echte Gemeinschaftsschuld zu gesamter Hand erhalten oder wiederbelebt⁴¹. Auch die genossenschaftlichen Gesamtverbindlichkeiten starben nicht aus⁴², kommen aber heute nur als Körperschaftsschulden mit dahinterstehenden Garantieschulden der Mitglieder vor⁴³.

a. a. O. § 19 die Korrealschuld als einheitliche Verpflichtung der Schuldnergesamtheit mit daraus entspringenden Einzelverpflichtungen zu konstruieren. Insbesondere aber führt Unger schon die römische Korrealobligation auf Zusammenfassung der Subjekte zur kollektiven Einheit zurück (a. a. O. S. 6, 17 ff., 28 ff., 30 ff.) und vindiziert geradezu dem römischen Recht das Prinzip einer Schuldgemeinschaft zu gesamter Hand (S. 20), obschon er die energischere Ausgestaltung der subjektiven Verbundenheit im deutschen Recht anerkennt (S. 45 ff., 70—71). Das Preufs. L.R. spricht von „gemeinschaftlich Verpflichteten“ (I, 6 § 30) und „gemeinsamer Verbindlichkeit“ (I, 14 § 379), das Österr. Gb. § 1347 von der „Gemeinschaft“ der Mitschuldner.

³⁹ Das Preufs. L.R. spricht in allen Fällen von „gemeinschaftlich Verpflichteten“, die „einer für alle und alle für einen haften“; I, 5 § 430 ff., I, 6 § 29 ff. Das Österr. Gb. § 891 ff. handelt unter der Überschrift „Korrealität“ von „Mitschuldnern zur ungeteilten Hand“, die „einer für alle und alle für einen haften“. Der Code civ. Art. 1197 ff. regelt die „obligations solidaires“ und in Art. 1200 ff. „la solidarité de la part de débiteur“ im Sinne der Korrealobligation; bestritten ist, ob darunter auch die Haftung Mehrerer aus gemeinsamem Delikt fällt (verneint vom R.Ger. XXIII Nr. 73, vgl. aber XIX Nr. 74); Manche nehmen hier eine solidarité imparfaite an (dagegen Zachariae-Crome II § 278 Anm. 4). Das Schweiz. O.R. Art. 162 ff. (jetzt 143 ff.) spricht ebenfalls von „Solidarität“ und „Solidarschulden“. Das Sächs. Gb. § 1019 ff. braucht zuerst als technischen Ausdruck das Wort „Gesamtschuldverhältnisse“.

⁴⁰ Alle Gesetzbücher kennen daher eine von Rechts wegen eintretende Beitrags- und Ausgleichungspflicht. Vgl. Preufs. L.R. I, 5 § 436, 443 ff., I, 6 § 33—35; Code civ. Art. 1213—1216; Öst. Gb. § 896, 1359; Sächs. Gb. § 1036; Schweiz. O.R. Art. 168 (jetzt 148—149). Auch im gemeinen Recht neigte die ältere Praxis zur Verallgemeinerung des Regressanspruches oder mindestens des beneficium cedendarum actionum.

⁴¹ So vor allem bei den Handelsgesellschaften und der Reederei, nach vielen Partikularrechten aber auch bei der ehelichen Gütergemeinschaft und im preufs. u. österr. R. bei der Erbengemeinschaft; vgl. meine Genossenschaftsth. S. 361, 397 ff., 521 ff.

⁴² Vgl. meine Genossenschaftsth. S. 209 Anm. 3, 317, 338 Anm. 1.

⁴³ Auch bei den eingetragenen Genossenschaften mit unbeschränkter oder

Das bürgerliche Gesetzbuch knüpft an diese Entwicklung an. Nach ihm haben wir im heutigen Recht Anteilsschuld, Gesamtschuld und Gemeinschaftsschuld (Schuldgemeinschaft zu gesamter Hand) zu unterscheiden.

III. Anteilsschuld. Wenn Mehrere eine Leistung schulden, so ist auch heute, falls die Leistung teilbar ist, im Zweifel jeder Schuldner nur zu einem Teile und zwar zu einem gleichen Teile verpflichtet⁴⁴. Diese Regel wird jedoch durch die Ausnahmen, die sie erfährt, in Wahrheit zur Ausnahme verkehrt. Denn sie gilt nicht, wenn die mehreren Schuldner sich durch Vertrag gemeinschaftlich zu der Leistung verpflichtet haben; dann tritt vielmehr eine bloße Anteilsschuld nur kraft besonderer Vereinbarung ein⁴⁵. Bei den meisten Mitschuldverhältnissen aber, die auf andere Weise als durch Vertrag begründet sind, wird die Anwendung der Regel dadurch ausgeschlossen, daß kraft zwingenden Rechtssatzes eine Gesamtschuld entsteht.

Liegt eine Anteilsschuld vor, so löst die Schuldgemeinschaft sich von Hause aus in gesonderte Schuldverhältnisse auf. An sich fällt die anteilige Mitschuld unter den Begriff der Gemeinschaft nach Bruchteilen; die Bruchteile aber setzen sich sofort von Rechtswegen in selbständige Teilschulden von entsprechender Größe um. Doch bleibt ein Zusammenhang zwischen den Teilschuldverhältnissen möglich. Insoweit bilden sie dann ein zusammengesetztes Schuldverhältnis, für das eine Schuldgemeinschaft fortbesteht. So kann, wenn auf Grund eines gegenseitigen Vertrages Mehrere nach Anteilen zugleich Mitgläubiger und Mitschuldner sind, der Schuldner die Teilleistung an einen von ihnen bis zur Bewirkung der ganzen Gegenleistung verweigern⁴⁶. Ferner kann ein Rücktrittsrecht nur von allen Teilschuldnern oder gegen alle Teilschuldner ausgeübt werden⁴⁷. Auch können Teilschuldner als Streitgenossen verklagt werden⁴⁸.

IV. Gesamtschuld. Eine Gesamtschuld besteht notwendig,

beschränkter Haftpflicht besteht zwischen der Genossenschaft und den Genossen nur Haftungsgemeinschaft, nicht Schuldgemeinschaft. Denn die Genossen schulden nicht dasselbe wie die Genossenschaft.

⁴⁴ B.G.B. § 420. Über teilbare und unteilbare Leistungen oben § 176 II 6 S. 86.

⁴⁵ B.G.B. § 427. Die Vermutung für Gleichheit der Teile gilt dann auch hier.

⁴⁶ B.G.B. § 320 Abs. 1 S. 2.

⁴⁷ B.G.B. § 356.

⁴⁸ Z.Pr.O. § 59.

wenn Mehrere eine unteilbare Leistung schulden⁴⁹; sie bleibt Gesamtschuld, wenn auch infolge einer Änderung des Schuldinhaltes eine teilbare Leistung an die Stelle tritt⁵⁰. Eine Gesamtschuld aber liegt in der weitaus überwiegenden Mehrzahl der Fälle auch vor, wenn Mehrere eine von Hause aus teilbare Leistung schulden. Immer kann sie rechtsgeschäftlich begründet werden. Im Zweifel entsteht sie, wenn sich Mehrere durch Vertrag gemeinschaftlich verpflichten⁵¹ oder für dieselbe Schuld verbürgen⁵². Auch entspringt sie aus Schuldmitübernahme⁵³. Kraft Gesetzes tritt eine Gesamtschuld ein, wenn Mehrere zum Schadensersatz verpflichtet sind, weil sie einen durch unerlaubte Handlung entstandenen Schaden

⁴⁹ B.G.B. § 431. Nach röm. R. trat wegen bloßer Unteilbarkeit der Leistung eine besondere Art schwächerer Solidarität (Windscheid § 299), nach preuß. R. bloße Gemeinschaftsschuld ein. — Bei Unterlassungspflichten ist eine Gesamtschuld überhaupt undenkbar; jeder von mehreren zu gleicher Unterlassung Verpflichteten schuldet eine besondere Leistung, alle Leistungen aber sollen zu einem Gesamterfolge zusammenwirken; für Pflichtverletzung der anderen hat jeder nur einzustehen, sofern er auch die fremde Unterlassung versprochen hat, aus eigener Pflichtwidrigkeit dagegen haftet er für das ganze Interesse; vgl. H. Lehmann, Unterlassungspflicht S. 313 ff. Das Verhältnis entspricht also dem oben in Anm. 5 bezeichneten Typus.

⁵⁰ Das Gegenteil wollte mit der im gemeinen Recht überwiegenden Meinung (vgl. Windscheid § 299 Anm. 7, der aber selbst Fortdauer der Solidarität annimmt) Entw. I § 341 bestimmen. Über dessen Streichung vgl. Protok. der 2. Lesung II 895 ff. — Gesamtschuld bleibt somit namentlich die Verpflichtung zu einer Ersatzleistung in Geld. Aber auch in anderen Fällen ist der Grundsatz anzuwenden. A. M. Rehbein II 468, Kipp b. Windscheid S. 233 ff., Oertmann zu § 431 Bem. 2. Vgl. aber Planck Bem. 2, Schollmeyer Bem. 2, Staudinger Bem. 2, Komm. der R.G.R. Bem. 2, Dernburg⁴ § 161 Anm. 15—16, Enneccerus § 319 Anm. 6.

⁵¹ B.G.B. § 427. Die Regel ist zweifellos auf gemeinsames einseitiges Versprechen, soweit es verpflichtet, zu erstrecken. Doch kann einerseits Abweichendes nicht nur ausdrücklich vereinbart sein, sondern auch aus den Umständen als gewollt erhellen. Andererseits ist auch bei sukzessiven Vertragsschlüssen eine Gesamtschuld als gewollt anzunehmen, wenn eine Leistung, die nur einmal erfolgen soll, von einem Anderen im Anschluß an die bisherige Schuld noch einmal versprochen wird. Insbesondere gehört dahin die nachträgliche Mitunterzeichnung einer Schuldurkunde. Bei Wechseln gilt W.O. Art. 81 (oben Anm. 36) weiter. — Eine eigenartig geregelte Gesamtschuld entsteht nach V.V.G. § 59—60 u. H.G.B. § 787—789 aus Doppelversicherung auch dann, wenn die Versicherungsverträge ohne Beziehung aufeinander geschlossen sind, mangels positiver Gesetzesbestimmung also nur eine unechte Solidarschuld anzunehmen wäre (oben S. 246 Anm. 2).

⁵² B.G.B. § 759. Dies gilt auch bei sukzessiver Bürgschaftsübernahme. Ebenso bei gesetzlicher Mitbürgschaft.

⁵³ Oben § 181 III 2 S. 230.

gemeinsam verursacht oder nebeneinander zu verantworten haben⁵⁴ oder weil sie infolge Verletzung einer gemeinschaftlichen Amtspflicht für den dadurch entstandenen Schaden haften⁵⁵. Desgleichen haften Mehrere, die im Namen eines nicht rechtsfähigen Vereins rechtsgeschäftlich handeln, kraft Gesetzes als Gesamtschuldner⁵⁶. Eine gesetzliche Gesamtschuld entspringt ferner aus der Reallast für die Eigentümer von Grundstücksteilen⁵⁷, aus der aktienrechtlichen Beitragspflicht für die Miteigentümer einer Aktie⁵⁸, aus dem Erwerbe in der Zwangsversteigerung für den Meistbietenden und den Ersteher⁵⁹. Weitere gesetzliche Gesamtschuldverhältnisse ergeben sich aus der Vermögensübernahme⁶⁰, sowie aus der ehemännlichen und elterlichen Nutznießung⁶¹. Endlich verbinden sich mit den Schuldgemeinschaften zur gesamten Hand aus ehelicher Gütergemeinschaft, Erbengemeinschaft und Handelsgesellschaft gesetzliche Gesamtschuldverhältnisse⁶².

Die Gesamtschuld ist ein zusammengesetztes Schuldverhältnis. Die Möglichkeit, eine einzige Schuld mit mehreren Subjekten anzunehmen, ist für das Recht des B.G.B. ausgeschlossen⁶³. Viel-

⁵⁴ B.G.B. § 830, 840. Zu § 830 auch H.G.B. § 202, 203, 267², 269², 273³, sowie die Bestimmungen, nach denen mehrere zu einer Buße Verurteilte als Gesamtschuldner haften (Str.G.B. § 231³, Lit. Urh.Ges. § 40, Kunst U.G. § 36, Patentges. § 37, Gebrauchsmusterges. § 11, Warenzeichenges. § 18, U.W.Ges. § 26). Zu § 840 auch H.G.B. § 78², Gew.O. § 125. — Die Gesamtschuld tritt auch in den Fällen der Haftung ohne Verschulden ein. Sie wird ferner dadurch nicht ausgeschlossen, daß einer der Schuldner zugleich oder lediglich aus Verletzung einer Vertragspflicht haftet; R.Ger. LXI Nr. 15, LXXX Nr. 95. Vgl. oben S. 246 Anm. 2.

⁵⁵ Ausdrücklich bestimmt ist dies für Mitvormünder usw. (B.G.B. § 1833²), für Mittestamentsvollstrecker (B.G.B. § 1219²) und vielfach für die Mitträger einer kollektiven oder kollegialen Organstellung von Verbandspersonen (B.G.B. § 42², 53, 86, 88, 89; H.G.B. § 204, 209¹, 241², 249², 306⁶, 334⁴; Genossenschaftsges. § 34, 41, 90; G.m.b.H.G. § 43, 44, 52, 71, 73).

⁵⁶ B.G.B. § 54; H.G.B. § 206¹; G.m.b.H.G. § 11².

⁵⁷ B.G.B. § 1108²; oben Bd. II 729 Anm. 62.

⁵⁸ H.G.B. § 225².

⁵⁹ Zw.V.G. § 814.

⁶⁰ Oben § 181 V S. 236 ff.

⁶¹ B.G.B. § 1388, 1654.

⁶² B.G.B. § 1459², 1480, 1530², 2058; H.G.B. § 128; vgl. unten zu VI. — Von der dinglichen Gesamtschuld kraft Belastung mehrerer Grundstücke mit einer Reallast oder einem Grundpfandrecht war oben Bd. II 729 ff., 935 ff. die Rede.

⁶³ Hierüber herrscht beinahe Einigkeit. Auch diejenigen, die bei der gemeinrechtlichen Korrealobligation an der Theorie der *una obligatio* fest-

mehr besteht für jeden Gesamtschuldner eine gesonderte Schuld, kraft deren er dem Gläubiger zur Bewirkung der ganzen Leistung verpflichtet ist. Insoweit befindet sich jeder Gesamtschuldner für sich in selbständiger Schuldnerstellung. Allein die gesonderten Einzelschuldverhältnisse richten sich auf ein einheitliches Ziel, da der Gläubiger die Leistung nur einmal zu fordern berechtigt ist. Darum stehen sie miteinander in einem inneren Zusammenhange. Sie dürfen nicht als eine bloße Vielheit von Obligationen aufgefaßt werden⁶⁴. Vielmehr bilden sie im Bereiche ihrer rechtlichen Zusammengehörigkeit ein einheitliches Schuldverhältnis, das eben „Gesamtschuldverhältnis“ heißt⁶⁵. Insofern sind die Gesamtschuldner zu einer Schuldgemeinschaft verbunden; sie befinden sich als Mitschuldner in einer gemeinschaftlichen Schuldnerstellung. Die Einheit des Gesamtschuldverhältnisses wird im Verhältnis zum Gläubiger nur in einzelnen Beziehungen wirksam. Dagegen erscheint sie im Verhältnis der Gesamtschuldner zueinander als das beherrschende Prinzip.

Die Einzelschuldverhältnisse haben als besondere Schuldverhältnisse ihr selbständiges Dasein und sind ungleicher Ausgestaltung und ungleicher Rechtsschicksale fähig. Sie müssen freilich, da sie auf dieselbe Leistung gerichtet sein müssen, ihrem Hauptinhalte nach übereinstimmen. Allein sie können ungleich

halten, stimmen zu. Wenn Kühlenbeck b. Staudinger², Vorbem. zu § 420 S. 317 ff., auf die germanische Vorstellung einer einheitlichen Schuld mit Mehrheit der Haftungen zurückgreifen will, so erkennt er doch selbst bei der Gesamtschuld des B.G.B. eine Mehrheit von Schuldverhältnissen an und fordert nur daneben Beachtung der Fälle, in denen eine einheitliche subjektiv-alternative Schuld mit mehrfacher Haftung gewollt ist; a. a. O. S. 321, 223 ff. u. zu § 421 S. 331. Dagegen verteidigt v. Schwerin, Schuld u. Haft. S. 30, auch für die heutige Gesamtschuld die Auffassung, daß nur eine Schuld mit mehreren Haftungen vorliege, verlegt aber dabei den Schuldbegriff lediglich in das Bekommensollen (oben S. 11 Anm. 9). So auch Strohal, Schuldübernahme S. 300 ff. In der Tat kann es nicht zweifelhaft sein, daß nach dem B.G.B. § 421 jeder Gesamtschuldner die ganze Leistung „schuldet“, nicht bloß für sie haftet.

⁶⁴ Dies tut z. B. Crome § 139, wenn er nur eine wirtschaftliche Gesamtfigur anerkennt. Ähnlich Binder S. 569, Endemann § 154 Anm. 18, Reichel, Schuldmitübernahme S. 28 ff.

⁶⁵ Vgl. bes. Stammler S. 247 ff.; im wesentlichen auch Oertmann zu § 421 Bem. 1, Enneccerus § 313 II 3, Buch, Schuld u. Haftung S. 30 Anm. 3. Das B.G.B. gebraucht in § 423 den Ausdruck „das ganze Schuldverhältnis“. Vgl. über zusammengesetzte Schuldverhältnisse überhaupt oben § 175 I S. 52, § 176 II 8 S. 96.

bedingt, befristet oder örtlich bestimmt sein⁶⁶; sie können ungleiche Nebenverpflichtungen oder Ersatzverpflichtungen in sich aufnehmen⁶⁷; es kann für sie in ungleicher Weise haftet werden⁶⁸. Jeder Einzelschuld entspricht eine selbständige Forderung des Gläubigers; er kann die Leistung nach Belieben von jedem der Schuldner ganz oder zu einem Teil fordern und wenn ein Schuldner in Konkurs fällt; die Forderung zu ihrem vollen Betrage als Konkursforderung anmelden; und er büßt, bis er bekommen hat, was er bekommen soll, durch die Geltendmachung der Forderung gegen den einen Schuldner seine Forderungen gegen die anderen Schuldner keineswegs ein⁶⁹. Durch Rechtsgeschäft mit dem Gläubiger kann die Einzelschuld für sich aufgehoben oder verändert werden⁷⁰. Jede Einzelschuld kann für sich auf ein anderes Subjekt übergehen und auch durch Schuldübernahme übertragen werden⁷¹. Treten in der Person eines Gesamtschuldners schuldändernde oder schuldzerstörende Tatsachen ein, die nicht nach gesetzlicher oder rechtsgeschäftlicher Bestimmung das Gesamtschuldverhältnis ergreifen, so wirken sie im Verhältnis zum Gläubiger nur für und wider den einzelnen Gesamtschuldner⁷². So berührt

⁶⁶ Dies wollte Entw. I § 322¹ ausdrücklich bestimmen. Es wurde als selbstverständlich gestrichen.

⁶⁷ So, wenn nur einer der Gesamtschuldner für Verschulden einzustehen, Verzugsfolgen zu tragen, eingetretene Unmöglichkeit zu verantworten hat oder etwa neben dem Schadensersatz Schmerzensgeld schuldet (R.Ger. LXXXII Nr. 95). Insoweit wird er dann durch Bewirkung der ganzen Leistung seitens eines Mitschuldners dem Gläubiger gegenüber nicht befreit.

⁶⁸ So infolge der beschränkten Haftung des Vermögensübernehmers neben der Vollhaftung des Urschuldners. So auch, wenn an Stelle eines Gesamtschuldners dessen Erbe tritt, der nur beschränkt haftet. Ebenso, wenn für eine Gesellschaftsschuld neben dem persönlich haftenden Gesellschafter der Kommanditist bis zur Höhe seiner Einlage oder für einen gemeinschaftlich verursachten Schaden einer der Gesamtschuldner als Kraftfahrzeughalter nur bis zur Grenze des Höchstbetrages haftet. Überdies kann stets ungleiche Haftung vereinbart werden. Möglich ist auch, daß die Schuld eines Gesamtschuldners überhaupt haftungslos ist; so, wenn die Haftung für sie infolge Verjährung wegfällt, während die Mitschuldner forthaften.

⁶⁹ B.G.B. § 421; Konk.O. § 68.

⁷⁰ Dies ergibt sich für den Erlaß aus B.G.B. § 423. Ebenso kann Stundung nur einem der Schuldner gewährt werden, ein mit ihm geschlossener Vergleich nur für ihn wirken sollen.

⁷¹ Schuldübernahme durch Schuldnervertrag wird regelmäßig nur für die Einzelschuld wirken. Aber auch Schuldübernahme durch Vertrag mit dem Gläubiger kann hinsichtlich einer Einzelschuld erfolgen.

⁷² B.G.B. § 425. — Auch wenn die Schuld eines Gesamtschuldners nichtig ist oder erfolgreich angefochten oder unwirksam wird, bleibt davon regelmäßig

regelmäßig eine von ihm oder an ihn ergangene Kündigung nur die Fälligkeit oder Dauer seiner Sonderschuld⁷³. Nur für seine Sonderschuld wirkt sein Verschulden⁷⁴, sein Verzug⁷⁵ oder sein Unvermögen⁷⁶. Jede Sonderschuld unterliegt für sich der Verjährung⁷⁷. Durch Vereinigung mit der Forderung erlischt nur die davon betroffene Sonderschuld⁷⁸. Das rechtskräftige Urteil wirkt nur für oder wider den Gesamtschuldner, für oder wider den es ergeht⁷⁹.

Das Gesamtschuldverhältnis wird im Verhältnis zum Gläubiger insoweit als einheitliches Schuldverhältnis wirksam, als sich der rechtliche Zusammenhang der Einzelschuldverhältnisse geltend macht. Der Gläubiger kann die Leistung von allen Mitschuldern insgesamt fordern; im Prozeß erscheinen sie dann als Streitgenossen⁸⁰. Er kann über die Forderung gegen Alle in einheitlicher Weise verfügen; es ist anzunehmen, daß er die Abtretung

die Schuld der Mitschuldner unberührt; dies wollte §. 322² Entw. I. ausdrücklich bestimmen, wurde aber, weil selbstverständlich, gestrichen. Natürlich kann jedoch im Einzelfalle nach der Parteiabsicht die Gültigkeit der Verpflichtung des einen von der Gültigkeit der Verpflichtung des anderen abhängig sein.

⁷³ Dies galt auch nach gemeinem Recht.

⁷⁴ Dagegen hatte nach gemeinem Recht das Verschulden eines Korrealschuldners Gesamtwirkung (a. M. Windscheid § 295 Anm. 13). Ebenso nach Code civ. a. 1205. Mit dem B.G.B. übereinstimmend Preufs. L.R. I, 5 § 438 Sächs. Gb. § 1316, Schweiz. O.R. a. 165 (146).

⁷⁵ Dies nahm auch für das gemeine Recht die herrschende Meinung wegen l. 32 § 4 D. 22, 1 an (abweichend Dernburg, Pand. II § 73 Anm. 6).

⁷⁶ Nur er also wird befreit oder, soweit er sein Unvermögen zu vertreten hat, ersatzpflichtig. Dagegen wirkt objektive Unmöglichkeit für alle Gesamtschuldner, während die Frage, ob Ersatz zu leisten ist, sich für die einzelnen Gesamtschuldner je nach der Verschuldenslage ungleich entscheiden kann.

⁷⁷ Darum wirkt auch Unterbrechung oder Hemmung der Verjährung nur gegen den Gesamtschuldner, dem gegenüber die Voraussetzungen erfüllt sind. Ebenso nach Sächs. Gb. § 1035, W.O. Art. 80. — Anders nach gem. R. (Windscheid § 295 Anm. 11), Preufs. L.R. I, 5 § 440, Code civ. a. 1206, Schweiz. O.R. a. 155 (136).

⁷⁸ So auch nach gem. R.; l. 71 pr. D. 46, 1. — Beerbt ein Gesamtschuldner den anderen, so ist er aus doppeltem Schuldgrunde dasselbe schuldig (oben § 176 S. 103 Anm. 168); vgl. O.L.G. Stuttg. im Recht 1905 S. 471.

⁷⁹ So auch nach Preufs. L.R. I, 5 § 437, Sächs. Gb. § 1032. Dagegen hatte nach klassischem römischem Recht die Litiskontestation bei Korrealobligationen Gesamtwirkung. Im gem. R. wirkte wenigstens die rechtskräftige Verneinung des Bestandes der Obligation zugunsten aller Korreal Schuldner; Windscheid § 295 Anm. 8.

⁸⁰ Z.Pr.O. § 59.

der Forderung überhaupt nur einheitlich vollziehen kann⁸¹. Schuldändernde oder schuldzerstörende Tatsachen rein objektiver Natur wirken notwendig für das Gesamtschuldverhältnis⁸². Treten Tatsachen, die an sich nur subjektiv wirken, gleichmäßig in der Person aller Mitschuldner ein, so haben sie Gesamtwirkung⁸³. Gewisse Tatsachen aber bewirken auch dann, wenn sie nur in der Person eines Gesamtschuldners eintreten, eine Abänderung oder Aufhebung des Gesamtschuldverhältnisses. Vor allem wirkt die Erfüllung durch einen Mitschuldner stets zugleich für die übrigen Mitschuldner⁸⁴. Das gleiche gilt vom Ersatz der Erfüllung durch Leistung an Erfüllungsort, durch Hinterlegung oder durch vollzogene Aufrechnung⁸⁵. Sodann kann durch Erlafsvertrag des Gläubigers mit einem Gesamtschuldner das Gesamtschuldverhältnis ganz oder teilweise aufgehoben werden⁸⁶. Weiter treten, wenn ein Mitschuldner

⁸¹ Meist wird die Möglichkeit der gesonderten Abtretung der Forderung gegen einen Gesamtschuldner angenommen; so für das gem. R. Obst. L.G. f. Bayern b. Seuff. XXXVI Nr. 24, für das preuß. R. R.Ger. XXXII Nr. 77, für das heut. R. Kipp b. Windscheid S. 244, Binder S. 591, Kühlenbeck zu § 425 Bem. 2i, Reichel S. 459 ff., 512, Oertmann Bem. 1h, Siber b. Planck⁴ zu § 398 Bem. 4a, R.Ger. Jur. W.Schr. 1905 S. 428 ff., Recht 1908 Nr. 1519. Allein der Gläubiger kann die zusammengehörigen Schuldverhältnisse nicht willkürlich auseinanderreißen. Zum mindesten würde doch eine Leistung des debitor cessus an ihn selbst auch ferner genau so gut wie die gleiche Leistung seitens eines Mitschuldners die Schuld tilgen, ebenso aber die Leistung eines anderen Mitschuldners an den Zessionar schuldtilgend wirken. Die Abtretung der Forderung nur gegen einen der Mitschuldner käme also auf Konstituierung einer Gesamtgläubigerschaft hinsichtlich des ganzen Schuldverhältnisses hinaus.

⁸² So Unmöglichkeit der Leistung (vorbehaltlich etwaiger ungleicher Verantwortlichkeit, oben Anm. 76). Ferner Bewirkung der Leistung durch einen Dritten; erfolgt sie kraft eines Ablösungsrechts, so geht die Forderung gegen alle Gesamtschuldner, nicht etwa bloß die Forderung gegen den angegriffenen Schuldner, gemäß § 268³ auf den Leistenden über.

⁸³ So Kündigung an Alle oder von Allen, Mahnung Aller, gleichmäßiges Verschulden Aller usw. Ist die Leistungszeit kalendermäßig bestimmt, so bildet der gleichzeitige Eintritt des Verzuges Aller die Regel.

⁸⁴ B.G.B. § 422 Abs. 1 S. 1. Die Wirkung ist stets Verlust der Forderung seitens des Gläubigers, keineswegs aber notwendig Erlöschen der Forderung, die vielmehr insoweit bestehen bleibt, als sie nach § 426² auf den Erfüllenden übergeht.

⁸⁵ B.G.B. § 422 Abs. 1 S. 2. Zur Aufrechnung befugt ist aber nach § 422² jeder Mitschuldner nur mit eigener Forderung; oben § 179 S. 167 Anm. 115.

⁸⁶ B.G.B. § 423. Voraussetzung der Gesamtwirkung ist die hierauf gerichtete Parteiabsicht, die des Nachweises bedarf, aber aus vorbehaltloser Quittung und Rückgabe des Schuldscheins erhellen kann. Was für den Erlafs gilt, gilt auch für den negativen Anerkennungsvertrag, die Stundung, die

den Gläubiger in Annahmeverzug setzt, die Wirkungen des Gläubigerverzuges zugunsten sämtlicher Schuldner ein⁸⁷. Endlich kann eine weitergehende Schuldgemeinschaft vertragsmäßig hergestellt werden oder sich aus dem Zweck des Gesamtschuldverhältnisses im Einzelfalle ergeben⁸⁸. Es ist daher insbesondere möglich, daß auch die Verantwortlichkeit für Verzug oder Verschulden eines Schuldners sämtliche Schuldner trifft⁸⁹.

Im Verhältnis der Gesamtschuldner zueinander greift die Einheit des Gesamtschuldverhältnisses grundsätzlich durch. Der gesetzlichen Regel nach entspringt unmittelbar aus dem Gesamtschuldverhältnis eine innere Schuldgemeinschaft zu gleichen An-

Genehmigung einer Schuldübernahme (oben Anm. 71). Desgleichen für die Schuldneuerung; vgl. gegen Dernburg § 162 (163) II 3, der ihr stets Gesamtwirkung zuschreibt, Enneccerus § 317 II 2b, Schollmeyer zu § 422 Bem. 2, Siber b. Planck⁴ zu § 423 Bem. 4. Ebenso für den Vergleich, insoweit er einen Erlaß enthält; Schollmeyer zu § 422 Bem. 3, Enneccerus § 317 II 2a; mit Einschränkungen Planck Bem. 2, Oertmann Bem. 5b. — Die Gesamtwirkung erklärt sich daraus, daß infolge der Einheit des Gesamtschuldverhältnisses der Gläubiger über die Forderung gegen Alle einheitlich verfügen, jeder Mitträger der Schuldgemeinschaft aber für diese, wie erfüllen, so eine Befreiungserklärung akzeptieren kann. Die Annahme eines Vertrages zugunsten Dritter, wie sie das R.Ger. XI Nr. 24 für möglich hält, ist abwegig.

⁸⁷ B.G.B. § 424. Ebenso muß die Beendigung des Verzuges durch nachträgliche Erklärung der Annahmebereitschaft gegenüber einem Gesamtschuldner, auch wenn dies ein anderer ist als der, der das Angebot gemacht hatte, allen gegenüber wirken; Rosenberg, Jahrb. f. D. XLIII 297, Oertmann¹ zu § 424. Doch lassen Manche die Erklärung der Annahmebereitschaft grundsätzlich überhaupt nur dem Erklärungsempfänger gegenüber wirken; so Dernburg § 162 (163) II 8, Planck³ Bem. 1, Kühlenbeck Bem. 3. Nach Anderen wirkt die Erklärung gegenüber dem Anbietenden objektiv, die Erklärung gegenüber einem anderen Mitschuldner überhaupt nicht; Rehbein S. 453, Hellmann, Krit. V.Schr. XLI 247, Mayring b. Staudinger¹ Bem. 3. Die Meisten erkennen die Gesamtwirkung der Verzugsbereinigung an, falls sie dem Anbietenden gegenüber erfolgt, legen aber auch der gegenüber einem anderen Gesamtschuldner abgegebenen Erklärung der Annahmebereitschaft subjektive Einzelwirkung bei; so Schollmeyer Bem. 3, Oertmann seit 2. Aufl. Bem. 2, Enneccerus § 316 III, Reichel S. 469 ff.

⁸⁸ B.G.B. § 425¹: „soweit sich nicht aus dem Schuldverhältnisse ein Anderes ergibt.“ Vgl. bes. Binder S. 573 ff., Enneccerus § 316 IV, Oertmann zu § 425 Bem. 2, Planck⁴ Bem. 2.

⁸⁹ Dies nimmt z. B. das R.Ger. LXXXV Nr. 64 bei Rechtsanwälten, die sich zu gemeinsamer Berufsausübung verbunden haben, hinsichtlich der ihnen erteilten Aufträge als stillschweigend bedungen an. — Ebenso kann Gesamtwirkung jeder Kündigung vereinbart werden. Dagegen kann der Parteiwille die Wirkungen der Verjährung und des Urteils nicht erweitern.

teilen⁹⁰. Jeder Gesamtschuldner ist also den anderen Gesamtschuldnern gegenüber verpflichtet, zur Bewirkung der Leistung in gleichem Verhältnis mitzuhelfen und beizutragen⁹¹. Hat er mehr geleistet, als auf seinen Teil fällt, so steht ihm ein Ausgleichungsanspruch gegen die Mitschuldner zu⁹². Soweit aber von einem Mitschuldner der auf ihn entfallende Betrag nicht erlangt werden kann, ist der Ausfall von den übrigen zur Ausgleichung verpflichteten Schuldnern nach Anteilen zu tragen. Zur Sicherung des Ausgleichungsanspruches geht auf den Gesamtschuldner, der den Gläubiger befriedigt, dessen Forderung gegen die übrigen Schuldner in Höhe des Ausgleichungsanspruches von Rechts wegen über⁹³. Die gesetzliche Regel gilt aber nur, soweit nicht ein

⁹⁰ B.G.B. § 426. Die Schuldgemeinschaft besteht auch bei Gesamthaftung aus gemeinsamer Schadensverursachung (z. B. beim Zusammenstoß von Wagen zweier Straßenbahngesellschaften, R.Ger. LXI Nr. 19, oder von zwei Kraftfahrzeugen, wenn auch der eine Schuldner lediglich aus unerlaubter Handlung, der andere aus dem Beförderungsvertrage haftet, R.Ger. LXXXII Nr. 95). Sie fällt auch nicht, wie Entw. I § 338 bestimmen wollte, bei vorsätzlicher Schädigung weg. — An der inneren Schuldgemeinschaft bleibt auch beteiligt, wer vom Gläubiger ohne Zustimmung der Mitschuldner durch Erlass oder Genehmigung einer Schuldübernahme befreit oder aus einem anderen nur für ihn wirkenden Grunde (z. B. rechtskräftiger Klagabweisung) dem Gläubiger gegenüber ausgeschieden ist; R.Ger. LXIX Nr. 97.

⁹¹ R.Ger. LXXIX Nr. 69 S. 290, LXXXI Nr. 91 S. 418. Bei Verzug mit dieser Pflicht schuldet er Schadensersatz aus Nichterfüllung gemäß § 286 (R.Ger. LXXIX Nr. 69 a. a. O.), nicht bloß (wie Planck Bem. 1a u. Rspr. d. O.L.G. VIII 53 annehmen) wegen Versäumnis der Ausgleichspflicht.

⁹² Das Rückgriffsrecht entsteht nicht erst, wenn seine Leistung seinen ganzen Schuldenteil übersteigt (so Oertmann zu § 426 Bem. 1, Enneccerus § 318 Anm. 12, Reichel S. 556), sondern schon auf Grund jeder Teilleistung, zu der die Mitschuldner nicht gebührend beigetragen haben; R.O.H.G. XXIV Nr. 28, Dernburg § 163 (164) Anm. 6, Goldmann u. Lilienthal S. 162, Crome § 207 Anm. 52, Schollmeyer Bem. 3b, Planck⁴ Bem. 1a. Auch für das, was er als Entgelt für eine objektiv wirkende Befreiung aufgewendet hat, kann jeder Mitschuldner Ausgleichung verlangen.

⁹³ B.G.B. § 426²; oben § 180 III. Der Vorteil für ihn liegt namentlich in dem Mitübergang von Pfandrechten oder Rechten aus Bürgschaft, Konkursvorrechten usw. Doch kann er den Übergang, soweit der Gläubiger noch Gläubiger bleibt, nicht zu dessen Nachteil geltend machen, muß also im Falle nicht voller Befriedigung des Gläubigers der Restforderung desselben den Vorrang lassen (vgl. dazu schon R.Ger. XIV Nr. 39). Im übrigen gewinnt hier die innere Schuldgemeinschaft Macht auch über die äußeren Schicksale der Forderung. Insoweit der Gesamtschuldner nur geleistet hat, was er nach Schuldgemeinschaftsrecht zu leisten hatte, geht die Forderung unter und kann daher auch nicht etwa freiwillig an den Leistenden abgetreten werden. Insoweit aber in unerledigten Ansprüchen aus der Schuldgemeinschaft ein Rest

anderes bestimmt ist. Möglich ist, daß kraft Vertrages oder kraft der besonderen Natur des Schuldverhältnisses eine innere Schuldgemeinschaft zu ungleichen Anteilen besteht⁹⁴. Dann sind die Vorschriften über Beitragspflicht, Ausgleichungsanspruch und Forderungsübergang entsprechend anzuwenden. Möglich aber ist auch, daß kraft Vertrages oder kraft der besonderen Natur des Schuldverhältnisses im inneren Verhältnis einer der Gesamtschuldner die Schuld allein zu tragen hat⁹⁵. Dann besteht keine innere Schuldgemeinschaft. Vielmehr erscheint nach innen die ganze Schuld für den einen Gesamtschuldner als eigene Schuld, für den anderen als ihn verhaftende fremde Schuld. Daraus ergibt sich die Verpflichtung jenes gegen diesen, die Leistung an den Gläubiger allein zu bewirken, dem anderen Gesamtschuldner aber für das, was er leisten mußte, Ersatz zu gewähren. Es ist anzunehmen, daß hier die Forderung, falls der im inneren Verhältnis nur Mithaftende den Gläubiger befriedigt hat, auf ihn von Rechts wegen

des einheitlichen Gesamtschuldverhältnisses fortbesteht, zieht dieser die für den Gläubiger erledigte Forderung an sich. Die Forderung paßt sich daher genau dem Ausgleichungsanspruch an und verschmilzt mit diesem. Demgemäß verpflichtet sie auch mehrere Mitschuldner nicht mehr als Gesamtschuldner (so Hruza a. a. O. S. 47), sondern nach ihren Schuldanteilen (natürlich mit Einschluß der etwa für einen Ausfall erforderlichen Nachschüsse). Vgl. Kipp b. Windscheid S. 225, Planck Bem. 3, Schollmeyer Bem. 4, Oertmann Bem. 4d, Dernburg § 163 (164) VI, Schulz, Rückgriff u. Weitergriff S. 77 ff., Reichel S. 565 ff.

⁹⁴ So z. B. unter Gesellschaftern mit ungleicher Beteiligung; unter Mitbürgen mit ungleicher Beschränkung des Höchstbetrages der Haftungssumme, R.Ger. LXXXI Nr. 91; unter mehreren Versicherern im Falle der Doppelversicherung kraft gesetzlicher Verteilung der Ausgleichspflicht nach dem Maßstabe der Versicherungssumme gemäß V.V.G. § 59² u. H.G.B. § 787². Ferner unter Umständen bei jeder Gesamthaftung aus gemeinsamer Schadensverursachung infolge entsprechender Anwendung des § 254 B.G.B., wie sie in der neueren Praxis durchgedrungen ist (R.Ger. LXXV Nr. 61 S. 256 und weitere Entsch. unten § 212 Anm. 48) und im Kraftfz.G. § 17 gesetzlich vorgeschrieben wird; vgl. Oertmann Bem. 2f, Enneccerus § 318 Anm. 8.

⁹⁵ So kraft Vertrages meist der Vermögensübernehmer (oben § 181 S. 238 Anm. 106) und oft der Schuldmitübernehmer (ebd. S. 230 Anm. 70, Reichel S. 551 ff.). Doch kann eine Schuldmitübernahme auch in dem Sinne gemeint sein, daß der Übernehmer im inneren Verhältnis einem Bürgen gleichstehen soll. Kraft gesetzlicher Vorschrift bei deliktischer Gesamtschuld in den Fällen der §§ 840²⁻³, 841 u. 1833² nur der unmittelbarere Schadensverursacher; unten § 212 Anm. 46—47. Aus entsprechender Anwendung des § 254 (oben Anm. 94) kann sich auch in anderen Fällen bei Gesamthaftung für Schadensersatz die alleinige Verpflichtung eines der Gesamtschuldner im inneren Verhältnis ergeben.

im vollen Betrage zur Sicherung seines Rückgriffsrechtes übergeht, während sie, falls der eigentliche Schuldträger geleistet hat, ganz erlischt⁹⁶.

V. Gemeinschaftsschuld. Eine echte Gemeinschaftsschuld entspringt jeder Vermögensgemeinschaft zu gesamter Hand, wenn und soweit eine Schuld als Passivbestandteil des gemeinschaftlichen Vermögens erscheint⁹⁷. Gemeinschaftsschulden sind daher bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts die Gesellschaftsschulden und bei den nicht rechtsfähigen Vereinen die Vereinsschulden⁹⁸, bei der ehelichen Gütergemeinschaft und bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft die Gesamtgutsverbindlichkeiten⁹⁹, bei der Erbengemeinschaft die Nachlassverbindlichkeiten¹⁰⁰, bei der offenen Handelsgesellschaft und der Kommanditgesellschaft die Geschäftsschulden¹⁰¹, bei der Reederei die Reedereischulden¹⁰².

Die Gemeinschaftsschuld ist dem Gläubiger gegenüber eine einheitliche Schuld, deren Subjekt die Gemeiner in ihrer Verbundenheit sind. Der Gläubiger kann die Leistung nur von Allen insgesamt fordern. Er muß seine Forderung gegen sämtliche Schuldgenossen oder ihren Vertreter einheitlich geltend machen¹⁰³. Die Gemeinschaftsschuld kann nur einheitliche Rechtsschicksale haben¹⁰⁴. Eine Haftung für sie findet nur mit dem Gemeinschaftsvermögen statt¹⁰⁵.

⁹⁶ Dies ergibt sich aus entsprechender Anwendung des § 426 und wird durch die Vorschriften des § 774 über die Rechte des Bürgen gestützt.

⁹⁷ Die Notwendigkeit, die Gemeinschaftsschuld von der Gesamtschuld zu unterscheiden, wird in der Lit. über das B.G.B. überwiegend anerkannt; vgl. Cosack § 119 a. E., Matthiafs § 102 IV, Endemann § 154 Anm. 3, Schollmeyer Vorbem. 2c, Oertmann Vorbem. 5b, Planck⁴ Vorbem. 1c, bes. aber Enneccerus § 312 III. — Abweichend Crome § 139, 2.

⁹⁸ Meine Schrift über Vereine ohne Rechtsfähigkeit² S. 35 ff.

⁹⁹ Meine Genossenschaftsth. S. 397 ff.

¹⁰⁰ Strohal, Erbrecht³ II 336 ff.

¹⁰¹ Meine Genossenschaftsth. S. 521 ff., 550 ff.

¹⁰² Meine Grundz. des H.R. in Enzykl.⁷ II 119.

¹⁰³ Bei den Handelsgesellschaften muß er sich an die Gesellschaft unter ihrer Firma halten; bei dem nicht rechtsfähigen Verein kann er den Verein unter dem Vereinsnamen belangen; wegen der Gesamtgutsverbindlichkeiten braucht er der Regel nach nur den Ehemann oder den überlebenden Ehegatten als Repräsentanten der Gemeinschaft in Anspruch zu nehmen.

¹⁰⁴ Auch die im B.G.B. § 425 aufgeführten Tatsachen können, wenn sie in der Person eines Gemeiners eintreten, nur entweder für und wider Alle insgesamt wirken oder die Gemeinschaftsschuld überhaupt unberührt lassen.

¹⁰⁵ Die Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung in das Gemeinschafts-

Mit der Gemeinschaftschuld aber können sich Sonderschulden verknüpfen. Möglich freilich ist eine reine Gemeinschaftsschuld¹⁰⁶. Regelmäßig aber besteht ein zusammengesetztes Schuldverhältnis, bei dem die Schuldgemeinschaft zur gesamten Hand durch zugehörige Sonderschuldverhältnisse ergänzt wird. Diese Sonderschuldverhältnisse sind in den einzelnen Fällen sehr ungleichartig gestaltet. Es ist möglich, daß nur einer der Gemeiner zugleich Sonderschuldner ist¹⁰⁷. Es ist aber auch möglich, daß alle Gemeiner zugleich Sonderschuldner sind. Dann kann die Sonderschuld als Anteilsschuld der einzelnen Gemeiner ausgestaltet sein¹⁰⁸. Meist aber verpflichtet sie alle Gemeiner als Gesamtschuld¹⁰⁹. Soweit die Sonderschuld reicht, kann der Gläubiger die Forderung gegen den Gemeiner als Einzelnen geltend machen. Sehr verschieden jedoch kann die Haftung für die Sonderschuld bestimmt sein¹¹⁰.

Mannigfach ungleich ist auch bei den Gemeinschaftsschulden

vermögen sind je nach der Struktur der Gemeinschaft ungleich bestimmt; Z.Pr.O. § 735, 736, 740—745, H.G.B. § 124², 763.

¹⁰⁶ Sie besteht z. B. für die Miterben bis zur Teilung des Nachlasses, soweit nicht ein Miterbe unbeschränkt haftet; B.G.B. § 2059. Ferner für die Reederei in den Fällen einer auf das Schiffsvermögen beschränkten Haftung; H.G.B. § 763.

¹⁰⁷ So der Ehemann bei Gesamtgutsverbindlichkeiten, für welche die Ehefrau persönlich nicht haftet, und der überlebende Ehegatte bei Gesamtgutsverbindlichkeiten der fortgesetzten Gütergemeinschaft; B.G.B. § 1459¹, 1489. Ebenso der unbeschränkt haftende Miterbe vor der Erbteilung; § 2059¹.

¹⁰⁸ So stets bei der Reederei; H.G.B. § 507. Ebenso bei Miterben nach der Erbteilung in den Fällen der §§ 2060—2061 B.G.B. Möglicherweise auch bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts und dem nicht rechtsfähigen Verein; Vereine ohne Rechtsfähigkeit² S. 38.

¹⁰⁹ So sind die Handelsgesellschafter wegen aller Gemeinschaftsschulden notwendig zugleich Gesamtschuldner; H.G.B. § 128. Ebenso hinsichtlich der meisten Gemeinschaftsschulden die Gesellschafter einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts und die Mitglieder eines nicht rechtsfähigen Vereins; Vereine ohne Rechtsf. a. a. O. Als Gesamtschuldner haften ferner die Ehegatten für Gesamtgutsverbindlichkeiten, falls die Ehefrau persönliche Schuldnerin ist, sowie im Falle verfrühter Teilung des Gesamtguts; B.G.B. § 1459, 1480, 1530. Auch die Miterben haften nach der gesetzlichen Regel für die Nachlassverbindlichkeiten als Gesamtschuldner; B.G.B. § 2058.

¹¹⁰ Eine Beschränkung der Haftung kann bei der Handelsgesellschaft für den Kommanditisten, bei der ehelichen Schuldgemeinschaft für einen Ehegatten gemäß B.G.B. § 1480, bei der Erbengemeinschaft für alle oder einzelne Miterben begründet sein. Bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts und bei dem nicht rechtsfähigen Verein ist die Ausbedingung beschränkter Haftung möglich; Vereine ohne Rechtsf. S. 39 ff.

das innere Schuldverhältnis gestaltet. Auch hier kann im Verhältnis der Schuldgenossen zueinander Schuldgemeinschaft nach gleichen oder nach ungleichen Anteilen oder Alleinschuld eines von ihnen begründet sein. Die innere Schuldverteilung aber braucht sich mit den äußeren Schuld- und Haftungsverhältnissen keineswegs zu decken¹¹¹. Über die Beschaffenheit und die Wirkungen des inneren Schuldverhältnisses entscheiden bei den einzelnen Gemeinschaften zur gesamten Hand besondere Regeln, die nur aus der eigenartigen Struktur einer jeden von ihnen begriffen werden können.

§ 183. Forderungsgemeinschaft¹.

I. Überhaupt. Wenn bei einem Schuldverhältnisse die Forderung mehreren Gläubigern zusteht, liegt eine Forderungsgemeinschaft vor. Jenachdem die Mitgläubiger ein jeder zu einem Teil oder ein jeder auf das Ganze oder nur alle zusammen berechtigt sind, wird die Forderungsgemeinschaft vom Anteilsprinzip, vom Solidarprinzip oder vom Gesamthandsprinzip beherrscht.

Keine Forderungsgemeinschaft besteht, wenn es entweder an der Einheit des Schuldverhältnisses oder an einer Gläubigermehrheit fehlt. Darum sind einerseits mehrere Gläubiger, denen getrennte Forderungen gleichen Inhalts gegen denselben Schuldner zustehen, auch dann keine Mitgläubiger, wenn die einem jeden von ihnen geschuldete Leistung durch eine von allen gemeinschaftlich zu empfangende Gesamtleistung bewirkt werden soll². Andererseits sind der Gläubiger und der an der Forderung kraft Nießbrauchs oder Pfandrechts Beteiligte auch insoweit, als

¹¹¹ Vgl. meine Genossenschaftsth. S. 404 ff., 521 ff.; B.G.B. § 735, 1463 ff., 1475², 1481, 1499, 1535 ff., 2063².

¹ Über das ältere deut. R. Stobbe-Lehmann § 221 B; mein Genossenschaftsr. II 381 ff., 957; Hübner, Grundz. § 80; v. Schwerin, R.G.² S. 103. Nord. R. bei v. Amira O.R. I § 13—14, II § 10. — Über das röm. u. gem. R. die oben S. 245 Anm. 1 zu § 182 angeführten Schriften. — Über das heutige deut. R. bes. Binder § 34; Matthiafs § 102 IIB u. III; Endemann § 155; Dernburg § 164—166 (* 165—167); Crome § 206, 208, 209 II; Enneccerus § 311 ff.; Planck, Schollmeyer, Kuhlenbeck (bei Staudinger), Oertmann u. A. zu B.G.B. § 420, 428—430, 432. Cosack⁶ handelt von allen Formen der Forderungsgemeinschaft im „Gemeinschaftsrecht“ Bd. II B. V (bes. § 276, 285, 291, 291^a).

² So z. B. die Teilnehmer an einer Theateraufführung, einem Konzert, einer Vorlesung, einer Vergnügungsfahrt. Anders, wenn der Vertrag mit dem Unternehmer von den Teilnehmern gemeinschaftlich, von einer Gesellschaft oder einem Verein geschlossen ist.

das Gläubigerrecht von ihnen nur gemeinschaftlich ausgeübt oder die Leistung an sie nur gemeinschaftlich bewirkt werden kann, keine Mitgläubiger; denn die Rechtsmacht über die Forderung ist zwischen ihnen nicht zu gleichartigen, sondern zu ungleichartigen Befugnisinbegriffen geteilt; das Gläubigerrecht als solches steht nach wie vor nur dem Gläubiger, dem Nießbraucher oder Pfandgläubiger aber steht nur ein aus jenem abgeleitetes Tochterrecht mit besonderem Inhalt zu³. Auch das aus dem Versprechen der Leistung an einen Dritten entspringende doppelte Forderungsrecht des Dritten und des Versprechensempfängers begründet keine Mitgläubigerschaft, da die Forderung des Dritten, der allein als Gläubiger bekommen soll, und die Forderung des Versprechensempfängers, die nur auf Leistung an den Dritten geht, einen durchaus ungleichartigen Inhalt haben⁴.

II. Geschichtliche Entwicklung.

1. Älteres deutsches Recht. Nach deutschem Recht konnten mehrere Gläubiger bei einem Schuldverhältnisse nach Anteilen, zu gesamter Hand oder genossenschaftlich berechtigt sein.

a. Stand eine Forderung Mehreren nach Anteilen zu, so zerfiel sie in Teilforderungen; jeder Mitgläubiger konnte die Forderung auf den Teil, den er bekommen sollte, selbständig gegen den Schuldner geltend machen⁵.

b. Eine Forderungsgemeinschaft zu gesamter Hand ergab sich aus jeder Vermögensgemeinschaft zu gesamter Hand

³ Oben Bd. II 690 ff., 1007, 1013 ff. Freilich besteht zwischen ihnen hinsichtlich der Forderung eine Rechtsgemeinschaft, die im Anwendungsgebiet der §§ 1077 u. 1281 als Gemeinschaft zur gesamten Hand ausgestaltet ist; sie ist aber so wenig Forderungsgemeinschaft, wie die Gesamthandsgemeinschaft zwischen Eigentümer und Fahrnispfandgläubiger im Falle des § 1206 Eigentumsgemeinschaft.

⁴ Hellwig, Verträge S. 313, nimmt Gesamtgläubigerschaft an; Kipp b. Windscheid § 287 Nr. 5 mindestens ein ähnliches Verhältnis. Vgl. dagegen Stammler S. 170 ff., Hellmann, Krit. V.Schr. XLI 236, Binder, Korrealobl. S. 474, Endemann § 127 Anm. 26, Schollmeyer, Vorbem. 3 zu § 420, Planck zu § 335 Bem. 1a, Oertmann Bem. 2. — v. Jhering, Jahrb. f. D. XXIV 143, sieht darin einen Fall aktiver Solidarität. Allein es fehlt überhaupt trotz der scheinbaren Identität des Inhalts an gleichinhaltlichen Forderungen; dieselbe Leistung an sich oder an einen Anderen verlangen zu können, ist nicht dasselbe.

⁵ Vgl. Wassersleben I 190 ff.; Fockema-Andrae II 16; v. Amira II 97 ff., 108 ff. So wohl seit alter Zeit da, wo das Wergeld unter den Blutsfreunden nach festem Verhältnis geteilt wurde, der einzelne Wergeldsberechtigte.

(Erbengemeinschaft, ehelicher oder fortgesetzter Gütergemeinschaft, Gesellschaft) hinsichtlich der zum gemeinschaftlichen Vermögen gehörigen Forderungen. Sie konnte aber auch rechtsgeschäftlich begründet werden, indem der Schuldner dieselbe Leistung Mehreren ungeteilt gelobte⁶. Hier stand das Gläubigerrecht den Gemeinern in ihrer Verbundenheit zu; sie sollten zusammen das Ganze bekommen. Auch zur Geltendmachung der Forderung waren an sich nur Alle insgesamt befugt⁷. Allein kraft Rechtssatzes oder kraft Vereinbarung war vielfach ein einzelner Gesamthänder berufen, als Repräsentant der Gemeinschaft einheitlich für Alle zu fordern⁸. Bei dem Gelöbnis an Mehrere scheint dieses Recht nicht selten vom Schuldner jedem Mitgläubiger eingeräumt worden zu sein. Schwerlich aber waltete dabei die Vorstellung, daß jeder Mitgläubiger für sich auf das Ganze berechtigt sei⁹. Vielmehr konnte nur eben jeder die Allen zustehende Forderung geltend machen¹⁰. Jedenfalls mußte er, was er empfing, mit den Mitgläubigern teilen¹¹. Anders verhielt es sich, wenn dem Gläubiger, der das Ganze bekommen sollte, nur ein Treuhänder zur Seite trat, an den überhaupt oder in bestimmten Fällen der Schuldner zu leisten gelobte¹².

c. Genossenschaftliche Gesamtforderungen, wie sie in reicher Fülle dem alten Genossenschaftsrecht entsprangen, wurden ursprünglich als gemeinschaftliche Forderungen Aller vorgestellt, wobei die mannigfachsten Kombinationen von einheitlichem Forderungsrecht der Gesamtheit und vielheitlichen Teilforderungsrechten der einzelnen Genossen möglich waren¹³. Seit der Aus-

⁶ Sachsensp. III 85 § 2; Hamb. Stat. v. 1270 VII 8; Wassersleben I 401 ff. c. 46. Über Bestellung von Leibrenten für Ehegatten oder auch Andere zu Gesamthandsrecht Stobbe, Beitr. S. 34 ff.

⁷ v. Amira I 102 ff., 104 ff., II 110 ff., 114.

⁸ Vgl. die eingehenden Nachweise bei v. Amira I 98 ff., II 110 ff. (in Island findet sich Ermittlung des Vertreters durch das Los, ebd. S. 113).

⁹ Dies meint Stobbe, D.P.R.⁹ § 221 B.

¹⁰ Vgl. Sachsensp. a. a. O.: untvan dat gelovede mer lüde, svar man jeneme leitet, deme man gelden şal, oder mit sinen minnen maket, dar hevet man in allen geleitet, den man't gelovet hadde. Hamb. Stat. a. a. O. Dazu mein Genossenschaftsr. II 382—383, 957 Anm. 57.

¹¹ System. Schöffentr. V 13, 14.

¹² Nachweisungen über dieses häufig vorkommende Verhältnis bei Behrend, Stendaler Urteilsbuch S. 64 ff. Eine Gläubigergemeinschaft besteht hier nicht, aber es tritt neben das Forderungsrecht des Gläubigers ein Forderungsrecht zu treuer Hand. Von einem solutionis causa adjectus unterscheidet sich der Treuhänder dadurch, daß er nicht bloß empfangen, sondern auch fordern kann.

¹³ Mein Genossenschaftsr. II 381—382.

bildung des Körperschaftsbegriffs erhielt sich die Möglichkeit einer genossenschaftlichen Forderungsgemeinschaft zwischen einer Verbandsperson und ihren Mitgliedern.

2. Seit der Rezeption. Mit dem römischen Recht drang die Auffassung ein, daß im Falle einer Gläubigermehrheit die Forderung entweder geteilt sein oder jedem Gläubiger ganz zustehen müsse. Der Zerfall der Forderung in gesonderte Teilforderungen galt als Regel und verdrängte die deutschrechtliche Forderungsgemeinschaft aus ihren wichtigsten Positionen¹⁴. Im übrigen wurde an die Stelle der Mitgläubigerschaft zur gesamten Hand die solidarische Mitgläubigerschaft gesetzt. Die Theorie der Solidarforderungen wurde in enger Verbindung mit der Theorie der Solidarschulden ausgebaut. Demgemäß unterschied man auch hier zwischen Korrealobligation und schlichter Solidarobligation¹⁵. Doch gewann in der Anwendung auf die Forderung nur der Begriff der Korrealobligation wirkliches Leben, während der Begriff der einfachen aktiven Solidarobligation ohne praktische Bedeutung blieb¹⁶.

Die deutschrechtlichen Anschauungen behaupteten insoweit ihre Herrschaft, als Vermögensgemeinschaften zur gesamten Hand fortbestanden oder wiedererstanden. So zum Teil im Familien- und Erbrecht¹⁷, vor allem aber im Handelsgesellschaftsrecht¹⁸. Auch sonst wirkte der Gedanke der deutschen Forderungsgemeinschaft auf die Ausgestaltung der aktiven Korrealobligation ein¹⁹. Grundsätzlich aber schlossen sich auch die Gesetzbücher

¹⁴ So vor allem unter Miterben und unter Gesellschaftern.

¹⁵ Ganz wie auf der Schuldnerseite; die herrschende Meinung führte den Unterschied auch hier auf den Gegensatz zwischen Einheit der Obligation und Vielheit von Obligationen zurück; oben § 182 S. 253 Anm. 32—34.

¹⁶ Windscheid § 298 Anm. 1 weiß nur den Fall der l. 14 D. 9, 4 anzuführen. Andere erkennen auch diesen Fall nicht an. So Jhering, der aber bei Verträgen zugunsten Dritter eine schlichte Solidargläubigerschaft annimmt; oben Anm. 4.

¹⁷ Nur als Forderungen zur gesamten Hand konnten die zum ehelichen Gesamtgut oder zum Gesamtgut einer fortgesetzten Gütergemeinschaft gehörigen Forderungen behandelt werden. Ebenso aber, wo das Partikularrecht dem römischen Prinzip der von Rechts wegen eintretenden Teilung der Forderungen unter Miterben widerstand, die Nachlassforderungen bis zur Erbschaftsteilung.

¹⁸ Doch wufste das alte H.G.B. a. 269 bei der Gelegenheitsgesellschaft die Gesellschaftsforderung, um sie dem Verfall in Teilforderungen zu entziehen, nur als „solidarische“ Berechtigung zu konstruieren.

¹⁹ Besonders deutlich tritt dies in dem die damalige gemeinrechtliche Lehre widerspiegelnden Bayr. L.R. IV, 1 § 22 hervor: melden sich mehrere

an das gemeine Recht an und regelten daher die Mitgläubigerschaft unter Ignorierung der gesamten Hand im Sinne der aktiven Korrealität²⁰. Nur das Preussische Landrecht führte grundsätzlich bei aller Mitgläubigerschaft das Gesamthandsprinzip durch; es unterstellte die Mitgläubigerschaft dem Begriff eines gemeinschaftlichen Eigentums an der Forderung und sprach als Regel aus, daß die Mitgläubiger ihr gemeinschaftliches Recht nur gemeinschaftlich ausüben können²¹; doch schädigte es leider den Erfolg seiner gesunden deutschrechtlichen Grundauffassung dadurch, daß es versäumte, für gehörige Organisation der Gläubigergemeinschaft behufs einheitlicher Geltendmachung der Forderung zu sorgen²².

Das Bürgerliche Gesetzbuch schließt sich insoweit an das gemeine Recht an, als es neben der Mitgläubigerschaft nach Anteilen eine nach dem Muster der aktiven Korrealität geformte Gesamtgläubigerschaft festhält. Allein es führt nicht nur in die Gesamtgläubigerschaft den Gedanken der Forderungsgemeinschaft ein, sondern kennt auch die Forderungsgemeinschaft zur gesamten Hand und drängt zu ihren Gunsten die übrigen Formen der Mitgläubigerschaft in einen engen Bereich zurück²³.

Gläubiger zugleich, so soll der Schuldner jedem „seinen Teil“ leisten; ein *pactum de non petendo* oder *compromissum* mit einem Gläubiger macht den Schuldner allen Gläubigern gegenüber ledig (wie nach dem Sachsensp., oben Anm. 10); der Regress wegen seines Anteils steht jedem *correus* zu.

²⁰ Bayr. L.R. IV, 1 § 22. Code civ. a. 1197—1199. Öst. Gb. § 892 ff. Sächs. Gb. § 1019 ff. Schweiz. O.R. a. 169—170 u. 79¹ (anders jetzt infolge des Nebeneinanderstehens des a. 150 u. des geänderten a. 70¹; vgl. Oser zu a. 70 Bem. 1).

²¹ Preufs. A.L.R. I, 5 § 450 ff.; dazu I, 13 § 210, I, 14 § 63 ff., I, 17 § 151. Abweichend in der Richtung der Anteilsberechtigung I, 16 § 303, 308 u. 459, in der Richtung der Solidarberechtigung I, 16 § 460. Im Verhältnis der Berechtigten zueinander gelten nach I, 5 § 453 die Regeln des Tit. I, 17 über gemeinschaftliches Eigentum (also Anteilsprinzip).

²² Vereinzelt steht die Bestimmung des § 66 I 14. Die Praxis suchte durch Herausbildung und Stärkung des Sonderrechtes jedes Teilhabers zu helfen; vgl. zuletzt R.Ger. XX Nr. 70.

²³ Daß auch genossenschaftliche Gesamtforderungen im heutigen Recht vorkommen können, ist nicht zu bezweifeln. So können Berechtigungen von juristischen Personen zugunsten ihrer Mitglieder, wie sie den Inhalt von Gemeindeservituten (oben Bd. II 637 ff.) oder von Gemeindereallastberechtigungen (ebd. S. 715 Anm. 59) bilden, auch als Forderungsrechte begründet sein. Man denke ferner an den Fall, daß ein rechtsfähiger Verein eine an seine Mitglieder zu bewirkende Leistung der oben in Anm. 2 bezeichneten Art ausbedingt. Doch wird hier heute regelmäßig dem Schuldner gegenüber das

III. Mitgläubigerschaft nach Anteilen. Haben mehrere Personen auf Grund eines Schuldverhältnisses eine teilbare Leistung zu fordern, so ist im Zweifel jeder Gläubiger nur zu einem Anteil und zwar zu einem gleichen Anteil berechtigt²⁴. Die Forderung zerfällt also von selbst in selbständige Teilforderungen. Damit löst sich die entstandene Gemeinschaft nach Bruchteilen sofort wieder auf. Doch kann eine Gemeinschaft insoweit fortbestehen, als zwischen den Teilforderungen in gleicher Weise, wie zwischen Teilschulden, ein rechtswirksamer Zusammenhang erhalten bleibt²⁵.

IV. Gesamtgläubigerschaft. Eine Gesamtgläubigerschaft liegt vor, wenn Mehrere eine Leistung in der Weise zu fordern berechtigt sind, daß Jeder die ganze Leistung fordern kann, der Schuldner aber die Leistung nur einmal zu bewirken verpflichtet ist²⁶. Dieses Rechtsverhältnis kann rechtsgeschäftlich begründet werden, tritt aber, mag die Leistung teilbar oder unteilbar sein, auch bei gemeinschaftlichem Vertragsschluss nur kraft besonderer Vereinbarung ein. Außerdem kann es auf Rechtssatz beruhen, was jedoch nur ganz vereinzelt begegnet²⁷.

Hier wie im Falle der Gesamtschuld besteht ein zusammengesetztes Schuldverhältnis. Jeder Gesamtgläubiger für sich ist Subjekt eines besonderen Forderungsrechtes gegen den Schuldner. Die Forderungsrechte der einzelnen Gläubiger sind selbständige Rechte, die in ihrem Bestande voneinander unabhängig und ungleicher Ausgestaltung fähig sind²⁸. Allein diese Forderungsrechte

Mitglied als ein aus einem Versprechen zugunsten eines Dritten Berechtigter erscheinen, während das genossenschaftliche Sonderrechtsverhältnis nur nach innen wirksam wird.

²⁴ B.G.B. § 420. Diese Regel wird hier nicht, wie bei einer Mehrheit von Schuldnern, durch eine Ausnahme für den Fall des gemeinschaftlichen Vertragsschlusses durchbrochen.

²⁵ Die Bestimmung des § 320 Abs. 1 S. 2 für gegenseitige Verträge ergreift auch die Mitgläubigerschaft (oben § 182 S. 256 Anm. 46). Ein Rücktrittsrecht kann auch hier nur von allen und gegen alle ausgeübt werden; B.G.B. § 356. Die Teilgläubiger können als Streitgenossen klagen; Z.Pr.O. § 59.

²⁶ B.G.B. § 428.

²⁷ So im Falle des § 2151^b B.G.B. — In den von Dernburg § 164 II c hierher gerechneten Fällen der §§ 525² und 2194 liegt jedenfalls keine Gesamtgläubigerschaft vor, weil keiner von denen, die auf Vollziehung der Auflage klagen können, etwas bekommen soll und somit Gläubiger ist.

²⁸ Wie bei der Gesamtschuldnerschaft, so kann auch bei der Gesamtgläubigerschaft das eine Einzelschuldverhältnis bedingt oder befristet, das andere unbedingt oder unbefristet oder jedes ungleich bedingt oder befristet sein. Ungültigkeit des einen berührt auch hier nicht den Bestand des anderen.

richten sich, weil sie von Hause aus denselben Leistungsinhalt haben, auf ein identisches Ziel und sind im Bereiche des hiermit gesetzten Zusammenhanges zu einem Gesamtforderungsrechte verbunden, dem eine Gemeinschaft der Gläubiger entspricht.

Die jedem Gesamtgläubiger zustehende Einzelforderung geht auf die ganze Leistung. Jeder Gläubiger kann daher nach Belieben die Leistung vom Schuldner ganz oder teilweise fordern. Aber auch der Schuldner kann nach Belieben die ganze Leistung an jeden der Gläubiger bewirken²⁹. Hieran ändert im Gegensatz zum bisherigen Recht, nach dem durch Prävention eines Gläubigers das Recht der übrigen Gläubiger ausgeschlossen wurde³⁰, nach B.G.B. auch die Erhebung der Klage seitens eines Gläubigers nichts; vielmehr kann bis zur Erledigung der Schuld immer noch ein anderer Gläubiger ebenfalls klagen und der Schuldner an einen anderen Gläubiger leisten³¹. Als ein dem einzelnen Gläubiger für sich zustehendes Recht kann jede Forderung ihre besonderen Rechtsschicksale haben. Der Gläubiger kann über sie verfügen, sie übertragen oder auf sie verzichten, ohne daß davon die übrigen Forderungen berührt werden. Kündigt er oder wird ihm gekündigt, setzt er den Schuldner in Verzug, wird die Leistung an ihn unmöglich, verjährt sein Anspruch oder wird die gegen ihn laufende Verjährung gehemmt oder unterbrochen, ergeht für oder wider ihn ein rechtskräftiges Urteil, so treten die Wirkungen nur hinsichtlich seiner Einzelforderung ein³².

Auch inhaltlich kann eine Verschiedenheit eintreten, indem z. B. infolge eines nur einem Gläubiger gegenüber vorliegenden Schuldnerverzuges diesem Ansprüche erwachsen können, die den anderen Gläubigern nicht zustehen. Jeder Gläubiger hat endlich auch ein eignes Zugriffsrecht, nicht bloß, wie v. Schwerin, Schuld u. Haft. S. 30, annimmt, die Befugnis zur Ausübung einer einzigen gemeinsamen Zugriffsmacht; es kann sogar einem Gläubiger infolge der Verjährung seines Anspruchs die Zugriffsmacht fehlen, während sie den anderen Gläubigern zusteht.

²⁹ Eine Teilleistung braucht kein Gläubiger anzunehmen; nimmt er sie an, so wirkt auch sie als Leistung an alle.

³⁰ Vgl. für das gem. R. Windscheid § 296 Anm. 1—2, Dernburg, Pand. II § 74 Z. 1. Ferner Bayr. L.R. IV 1 § 22 Nr. 1; Code civ. a. 1198; Öst. Gb. § 892; Sächs. Gb. § 1023; Schweiz. O.R. a. 170² (150³).

³¹ B.G.B. § 428 S. 2. Ist der Schuldner mehrmals rechtskräftig verurteilt, so schützt ihn vor mehrmaliger Leistung § 767 Z.Pr.O. Doch wird auf sein Verlangen ihm im Urteil das Recht vorzubehalten sein, nach seinem Belieben auch an einen anderen Gläubiger zu leisten; Hellwig, Lehrb. III 115 Anm. 73, Siber b. Planck⁴ Bem. 1.

³² B.G.B. § 429³ mit der Verweisung auf § 425 und einem Zusatz bezüglich der Übertragung einer Forderung.

Allein im Bereiche ihrer Zusammengehörigkeit verbinden sich die Einzelforderungen zu einer einheitlichen Gesamtforderung gegen den Schuldner. Die Gläubiger können daher stets die Leistung auch gemeinschaftlich fordern oder empfangen³³. Sie können ebenso über ihre Forderungen gemeinschaftlich verfügen, sie in einheitlicher Weise auf einen Dritten übertragen oder durch Vertrag mit dem Schuldner abändern oder aufheben. Insoweit eine Verfügung über die Forderungen überhaupt nur einheitlich getroffen werden kann, ist ein derartiges Zusammenwirken unerlässlich³⁴. Tatbestände rein objektiver Natur wirken notwendig für alle Forderungen³⁵. Viele Tatbestände aber haben auch dann, wenn sie nur in der Person eines Gläubigers eintreten, eine schuldändernde oder schuldzerstörende Gesamtwirkung. Vor allem wird durch Erfüllung an einen Gläubiger der Schuldner allen Gläubigern gegenüber befreit³⁶. Der Erfüllung steht auch hier die Hingabe an Erfüllungsstatt, die vollzogene Aufrechnung und die Hinterlegung gleich³⁷. Jeder Gläubiger kann aber auch durch Erlass die Gesamtforderung zerstören oder ermäßigen³⁸. Der Verzug

³³ Im Prozeß sind sie Streitgenossen. — Natürlich kann auch ein Vertreter für alle fordern oder empfangen, und dieser Vertreter kann einer der Gläubiger sein.

³⁴ So z. B. zur Ausübung eines Wahlrechts oder eines Rücktrittsrechts. Doch kann der einzelne Gläubiger zur Ausübung für alle ermächtigt sein. Man darf aber nicht, wie Hellwig, Anspruch S. 197 Anm. 24, und für das Wahlrecht auch Schollmeyer zu § 429 Bem. 3, eine derartige Ermächtigung jedes Gläubigers ohne weiteres als gewollt unterstellen. Vgl. Planck zu § 356 Bem. 1 u. § 429 Bem. 11, Oertmann zu § 428 Bem. 2c.

³⁵ So z. B. objektive Unmöglichkeit. Hat aber einer der Gläubiger ihren Eintritt zu verantworten, so erlangt daraus der Schuldner Rechte nur gegen ihn.

³⁶ B.G.B. § 429³ mit § 422¹ S. 1. Doch kann der Schuldner einem anderen Gläubiger noch zum Ersatz von Verzugsschaden (oben Anm. 28) oder zum Kostenersatz (z. B. von Prozeßkosten) verpflichtet bleiben.

³⁷ B.G.B. § 429³ mit § 422¹ S. 2. Ein Recht, aufzurechnen, hat der Schuldner jedem Gläubiger gegenüber nur mit einer gegen ihn gerichteten Forderung. Kann er die Hinterlegung noch zurücknehmen, so ist er zwar noch nicht befreit, kann sich aber einredeweise bereits jedem Gläubiger gegenüber auf sie berufen; Dernburg § 165 II 3, Crome § 208 Anm. 14, Rehbein II 465, Enneccerus § 317 Anm. 6; Last a. a. O. S. 173 ff.; a. M. Planck zu § 429 Bem. 1, Schollmeyer Bem. 1a, Oertmann Bem. 2 a β.

³⁸ B.G.B. § 429³ mit § 423. Diese Verfügungsmacht über das Recht der Mitgläubiger, die dem Sachsenspiegel und dem Bayr. L.R. entspricht (oben Anm. 10 u. 19), dagegen vom Code civ. a. 1198² u. Sächs. Gb. § 1030 verneint wird, erklärt sich nur aus der Gläubigergemeinschaft. Für Schuldneuerung, Vergleich usw. ist hier gleiches wie bei der Gesamtschuld anzunehmen (oben § 181 S. 263 Anm. 86). Auch durch Vornahme oder Genehmigung einer translativen

eines Gläubigers wirkt gegen alle Gläubiger³⁹. Vereinigen sich Forderung und Schuld in der Person eines Gläubigers, so erlischt die Gesamtforderung⁴⁰. Endlich kann auch Tatbeständen, die nach der gesetzlichen Regel nur die Einzelforderung berühren, vertragsmäßig Gesamtwirkung beigelegt sein⁴¹.

Im Verhältnis zueinander sind mangels anderer Bestimmung die Gesamtgläubiger zu gleichen Anteilen berechtigt⁴². Es besteht also unmittelbar kraft der Gesamtgläubigerschaft eine innere Forderungsgemeinschaft⁴³. Aus ihr ergibt sich, daß jeder Mitgläubiger den anderen Mitgläubigern für eine einseitige Verfügung, durch die ihr Recht verkürzt wird, verantwortlich ist⁴⁴, das aber, was er empfängt, zur Ausgleichung zu bringen hat⁴⁵. Möglich ist jedoch nicht nur, daß die Gesamtgläubiger zu ungleichen Anteilen berechtigt sind, sondern auch, daß es an einer Forderungsgemeinschaft überhaupt fehlt⁴⁶.

Schuldübernahme kann ein Gläubiger den Schuldner allen Gläubigern gegenüber befreien; Planck Bem. 3 (in 4. Aufl. Bem. 2); a. M. Binder S. 592 ff., Schollmeyer Bem. 2^a, Rehbein II 466 ff., Oertmann Bem. 2 a γ.

³⁹ B.G.B. § 429¹ (gegensätzlich zu § 425²).

⁴⁰ B.G.B. § 429² (gegensätzlich zu § 425²). Dies gilt auch, wenn ein Gläubiger seine Forderung an den Schuldner abtritt; Stammer S. 261, Kühlenbeck Bem. 7, Oertmann Bem. 1 b. — Nach gem. R. u. Sächs. Gb. § 1033 wirkte die Vereinigung nur subjektiv.

⁴¹ So z. B. der Kündigung (doch ist nicht mit Hellwig, Anspruch S. 197, ohne weiteres ein Kündigungsrecht jedes Gläubigers für alle als vereinbart anzusehen), der Mahnung und dem Schuldnerverzuge.

⁴² B.G.B. § 430.

⁴³ Dies entspricht dem deut. R. und der älteren gemeinrechtlichen Lehre, auch dem Bayr. L.R. (oben Anm. 19) und selbstverständlich dem Preuß. L.R. (oben Anm. 21). Dagegen ist das Prinzip nicht nur dem röm. R. fremd (Windscheid § 294), sondern wird auch vom Öst. Gb. § 895 und vom Sächs. Gb. § 1036 ausdrücklich abgelehnt.

⁴⁴ So z. B., wenn er erläßt oder stundet; wenn er translative Schuldübernahme vereinbart oder genehmigt und der neue Schuldner entweder nicht allen Gläubigern gegenüber die Schuld übernimmt oder nicht leistet; wenn er unzureichenden Ersatz an Erfüllungsstatt annimmt; wenn er eingetretenen Annahmeverzug oder Unmöglichkeit der Leistung verschuldet; wenn er die Forderung abtritt und sein Rechtsnachfolger der auf ihn übergegangenen Ausgleichungspflicht nicht genügt.

⁴⁵ Empfangen hat er auch, wenn er aufgerechnet hat oder die Forderung durch Vereinigung in seiner Person erloschen ist. Auch wenn er weniger als seinen Anteil erhalten hat, muß er das Empfangene mit den Mitgläubigern teilen; Crome S. 391, Schollmeyer Bem. 2 a, Siber b. Planck⁴ Bem. 1; a. M. Oertmann Bem. 2.

⁴⁶ So nach gesetzlicher Vorschrift im Zweifel im Falle des § 2153³ B.G.B.

V. Mitgläubigerschaft zur gesamten Hand. Sie begegnet im heutigen deutschen Recht in doppelter Gestalt, je nachdem das gemeinschaftliche Gläubigerrecht sich in einer Mehrheit von Forderungsrechten oder nur in einem einheitlichen Forderungsrecht auswirkt⁴⁷.

1. Mitgläubigerschaft zur gesamten Hand mit mehrfachem Forderungsrecht. Dieses Verhältnis tritt nach der gesetzlichen Regel ein, wenn Mehrere eine unteilbare Leistung zu fordern haben und nicht kraft rechtsgeschäftlicher oder gesetzlicher Bestimmung Gesamtgläubigerschaft besteht⁴⁸. Vertragsmäßig kann es auch begründet werden, wenn die Leistung teilbar ist. Beruht es lediglich auf der Unteilbarkeit der Leistung, so geht es, wenn infolge einer Änderung des Schuldinhaltes an die Stelle der unteilbaren Leistung eine teilbare Leistung tritt, in eine Mitgläubigerschaft nach Anteilen über⁴⁹.

Hier steht das Gläubigerrecht als solches den Mitgläubigern als ungeteiltes Gesamtrecht zu. Denn der Schuldner kann nur an alle gemeinschaftlich leisten und ist nur zu einer Leistung an alle verpflichtet. Mithin bilden das Subjekt des „Bekommensollens“, das die Gläubigerstellung verschafft, die Gläubiger zu gesamter Hand. Nur eine Leistung an alle insgesamt ist die rechte Leistung⁵⁰. Der Schuldner wird nur durch eine solche Leistung

Ebenso aber, wenn die Form der Gesamtgläubigerschaft nur gewählt ist, um einen *solutionis causa adjectus* mit selbständigem Forderungsrecht auszustatten; ein derartiger Gesamtgläubiger hat die Stellung des deutschen Treuhandgläubigers (oben Anm. 12) und muß alles Empfangene herausgeben.

⁴⁷ Crome § 139 Z. 2 (vgl. § 209 Anm. 13) leugnet in beiden Fällen jede Gemeinschaftlichkeit des Gläubigerrechts und erkennt nur Forderungsrechte der einzelnen Mitgläubiger auf das Ganze oder auf einen Teil an. Ebenso die grundsätzlichen Gegner der gesamten Hand, wie Joerges a. a. O. S. 179 ff. Anm. 132^a, 211, 216, Binder, Die Rechtsstellung des Erben III 6 ff.

⁴⁸ B.G.B. § 432. Ebenso das neue Schweiz. O.R. a. 70¹. Dagegen wurde im gemeinen Recht modifizierte Solidarität angenommen; Windscheid § 299. Das Sächs. Gb. § 1037 liefs stets Gesamtgläubigerschaft eintreten. Ebenso das alte Schweiz. O.R. a. 79¹.

⁴⁹ Fischer-Henle zu § 432 Bem. 2, Kuhlenbeck Bem. 5, Oertmann Bem. 2, Kipp b. Windscheid S. 236, Crome § 139 Anm. 14. So, wenn die Forderung in eine Forderung auf Geldersatz übergeht. Doch kann das Gegenteil vereinbart sein.

⁵⁰ Die Leistung zu Händen eines Gläubigers ist aber nicht nur dann, wenn derselbe zur Empfangnahme für alle ermächtigt ist, sondern auch dann, wenn sie ihrer Beschaffenheit nach allen zugute kommt, Leistung an alle. Ein in Entw. I § 339 enthaltener ausdrücklicher Hinweis hierauf ist als selbstverständlich gestrichen. Vgl. Planck zu § 432 Bem. 1, Kuhlenbeck Bem. 2,

befreit. Er muß daher auch eine Leistung an die Gläubiger insgesamt anbieten, um Gläubigerverzug hervorzurufen. Hat er aber gehörig angeboten, so treten die Verzugsfolgen zum Nachteil aller Gläubiger ein, wenn auch nur ein Gläubiger hinsichtlich der gemeinschaftlichen Annahme in Verzug gerät⁵¹. Die Gläubiger können nur die Leistung an alle fordern. Sie haben ein hierauf gerichtetes gemeinschaftliches Forderungsrecht, über das sie in einheitlicher Weise verfügen und das sie im Prozeß als Streitgenossen geltend machen können.

Allein gleichzeitig steht jedem Gläubiger ein eignes Forderungsrecht zu. Jeder Gläubiger kann als Einzelner die Leistung an alle fordern. Wird eine Sache geschuldet, so kann er auch deren Hinterlegung für alle oder, falls sie nicht hinterlegungsfähig ist, deren Ablieferung an einen gerichtlich zu bestellenden Verwahrer verlangen und auf diese Weise auch dann, wenn die anderen Gläubiger zur gemeinschaftlichen Annahme nicht bereit sind, die Sachleistung vom Schuldner erzwingen⁵². Damit ist ihm nun freilich ein gesondertes Gläubigerrecht nicht verliehen. Denn für sich soll er nichts bekommen und auf Leistung an sich selbst kann er nicht klagen. Sein Anspruch geht lediglich auf Befriedigung des gemeinschaftlichen Gläubigerrechts durch Leistung an alle und für alle und erlischt mit der Erreichung dieses Zieles. Allein trotzdem erscheint sein Einzelrecht als ein für sich be-

Oertmann Bem. 1b, Kipp S. 234 b α. Eine derartige Leistung ist z. B. die Herstellung eines den Gläubigern gemeinschaftlichen Werkes, die Reparatur eines Hauses, die Räumung einer Wohnung. Desgleichen jede Unterlassung, ausgenommen die Duldung; zum Teil abweichend H. Lehmann, Unterlassungspflicht S. 317 ff., der hier stets eine Mehrheit getrennter Obligationen annimmt.

⁵¹ Doch ist dies sehr bestritten. Dagegen z. B. Dernburg § 166 II 5, Matthiass § 102 III C, Kühlenbeck Bem. 4, Oertmann Bem. 3. Richtig Cosack § 291 II 2 d, Endemann § 155 Anm. 17, Schollmeyer Bem. 4 a γ, Goldmann u. Lilienthal S. 159 ff., Crome § 209 II 1 b β, Planck³ u. ⁴ Bem. 2 (anders in 1. u. 2. Aufl.). — Wird eine Sache geschuldet, so kann nunmehr der Schuldner das Hinterlegungsrecht ausüben, muß aber, um befreit zu werden, für alle hinterlegen.

⁵² B.G.B. § 432¹ S. 2. Hierbei wird vorausgesetzt, daß die Herausgabe einer Sache eine unteilbare Leistung ist (oben § 176 S. 86 Anm. 91); a. M. Schollmeyer Bem. 3. Das gleiche Recht muß aber der Schuldner auch bei einer teilbaren Leistung haben, wenn bedungen ist, daß er nur an alle Gläubiger gemeinschaftlich leisten darf. Die Hinterlegung muß hier unter Verzicht auf das Rücknahmerecht erfolgen; Schollmeyer a. a. O., Oertmann Bem. 1 a. Die Bestellung des Verwahrers richtet sich nach Fr.G.G. § 165.

stehendes Forderungsrecht⁵³. Es ist besonderer Rechtsschicksale fähig, von denen die Rechte der Mitgläubiger nicht berührt werden⁵⁴. Und wenn die Mitgläubigerschaft zur gesamten Hand in Mitgläubigerschaft nach Anteilen übergeht, so nimmt sie ohne weiteres die Teilgläubigerschaft in sich auf und verwandelt sich in ein vollkommen selbständiges Forderungsrecht auf eine Teilleistung⁵⁵.

Das innere Gemeinschaftsverhältnis zwischen den Mitgläubigern kann von verschiedener Beschaffenheit sein. Soweit aber zwischen ihnen nicht ein besonderes Rechtsband geschlungen ist, entbehrt das dem Schuldner gegenüber bestehende Gesamthandsverhältnis der inneren Wirksamkeit. Es ist zwar nicht, wie vielfach angenommen wird, eine Gemeinschaft nach Bruchteilen, allein einer solchen verwandt, so daß einzelne Vorschriften über die Gemeinschaft nach Bruchteilen entsprechende Anwendung finden können⁵⁶.

2. Mitgläubigerschaft zur gesamten Hand mit einheitlichem Forderungsrecht. Dieses Verhältnis besteht notwendig, sobald eine Forderung zu einem gemeinschaftlichen Vermögen gehört, das mehreren Personen zu gesamter Hand zusteht. Es tritt ferner bei gewissen einzelnen Forderungsrechten

⁵³ Das B.G.B. beruft zweifellos nicht, wie es ja gekonnt hätte, den Mitgläubiger nur als Vertreter der Gemeinschaft zur Geltendmachung des gemeinschaftlichen Rechts, sondern gewährt ihm als Einzelnem ein eignes Recht zur Geltendmachung. Und es legt ihm dieses Einzelrecht nicht, wie dies (im Anschluß an das preuß. R.) möglich gewesen wäre, als ein aus der Gemeinschaft entspringendes Sonderrecht, sondern als ein von der Gemeinschaft unabhängiges freies Individualrecht bei. Im Sinne des B.G.B. ist es daher unvermeidlich, jedem Mitgläubiger für sich ein wirkliches Forderungsrecht zuzuschreiben. Auch der Wortlaut des § 432 läßt keine andere Konstruktion zu.

⁵⁴ B.G.B. § 432²: „Im übrigen wirkt eine Tatsache, die nur in der Person eines Gläubigers eintritt, nicht für und gegen die übrigen Gläubiger.“ Dies gilt z. B. für Übertragung, Kündigung, Erlass, Verjährung, rechtskräftiges Urteil. Dagegen ist Erfüllung (oder Ersatz der Erfüllung) nur des Einzelforderungsrechtes überhaupt nicht möglich; sie ist entweder Gesamterfüllung oder, weil sie nicht dem Forderungsinhalt entspricht, gar keine Erfüllung. — Über die je nach den Umständen ungleichen Wirkungen des Eintrittes der Unmöglichkeit der Leistung vgl. Kipp S. 235, Schollmeyer Bem. 6.

⁵⁵ Oben S. 277 Anm. 49.

⁵⁶ Vgl. v. Tuhr, Allg. T. I 89, Enneccerus § 319 II B 7. — Eine echte Gemeinschaft nach Bruchteilen nehmen z. B. Schollmeyer zu § 432 Bem. 5, Oertmann Bem. 5, Cosack § 285 I 2 a α, Hübner § 80 II 2 an; vgl. dagegen unten § 219 Anm. 12.

kraft gesetzlicher Vorschrift ein⁵⁷. Außerdem kann es stets rechtsgeschäftlich begründet werden⁵⁸.

Hier entspricht dem gemeinschaftlichen Gläubigerrecht lediglich ein gemeinschaftliches Forderungsrecht. Selbständige Forderungsrechte der einzelnen Teilhaber sind daneben nicht vorhanden. Doch kann hinsichtlich der Geltendmachung der gemeinschaftlichen Forderung dem Gesamtrecht ein Einzelrecht zur Seite treten.

An sich können nur alle Teilhaber gemeinschaftlich das Forderungsrecht ausüben. So verhält es sich nach der gesetzlichen Regel bei der nach bürgerlichem Recht zu beurteilenden Gesellschaftsforderung⁵⁹, bei der zu einem ehelichen Gesamtgut gehörenden Forderung zwischen Auflösung und Auseinandersetzung der Gemeinschaft⁶⁰, bei einem gemeinschaftlichen Wiederkaufsrecht oder Vorkaufsrecht⁶¹.

Das Prinzip des ungeteilten Gesamtrechts bleibt unberührt, wenn das gemeinschaftliche Forderungsrecht durch einen Vertreter der Gesamtheit ausgeübt werden kann, mag nun ein Dritter oder ein Teilhaber oder eine Mehrheit von Teilhabern oder jeder Teilhaber durch Vollmacht oder durch Rechtssatz ermächtigt sein, für die Gemeinschaft zu handeln. Somit wird auch durch die Einrichtung einer ständigen Repräsentation, wie sie für jede Gesellschaft vertragsmäßig geschaffen werden kann, für den nicht rechtsfähigen Verein unentbehrlich ist, für die Handelsgesellschaft und die Reederei schon kraft Rechtssatzes eintritt, die Forderungsgemeinschaft in keiner Weise gespalten⁶².

Dagegen zweigt sich vom Gesamtrecht ein Einzelrecht ab, wenn ein Teilhaber in eigenem Namen über die gemeinschaftliche Forderung verfügen und somit auch sie dem Schuldner gegenüber geltend machen kann, wie dies bei den zu einem ehelichen

⁵⁷ B.G.B. § 502, 513.

⁵⁸ Ein Versprechen an Mehrere kann in der Weise abgegeben werden, daß sie nur gemeinschaftlich fordern dürfen. Auch ein Vermächtnis an Mehrere kann so gemeint sein.

⁵⁹ B.G.B. § 709¹, 719.

⁶⁰ B.G.B. § 1472, 1497², 1546¹, 1549.

⁶¹ B.G.B. § 502, 513. Fällt das Recht eines Mitberechtigten weg oder wird es nicht ausgeübt, so konzentriert sich die gesamte Hand bei den übrigen Mitberechtigten. (Anders nach § 356 beim Rücktrittsrecht, das, wenn einer es nicht mitausübt, für alle erlischt; es ist aber kein Forderungsrecht.)

⁶² Meine Genossenschaftsth. S. 359 Anm. 3, 543 ff.; Vereine ohne Rechtsfähigkeit S. 35 Anm. 54^a.

Gesamtgut gehörenden Forderungen während des Bestandes der Gemeinschaft der Fall ist⁶³. Allein dieses Einzelrecht ist kein zweites Forderungsrecht, sondern ein Recht an der einheitlichen Forderung, die der Zuständigkeit nach gemeinschaftlich bleibt⁶⁴.

Ein Einzelrecht jedes Teilhabers besteht in Ansehung der gemeinschaftlichen Forderungen von Miterben. Die Forderung steht den Miterben zu gesamter Hand zu, so daß der Schuldner nur an alle gemeinschaftlich leisten kann und nur zur Leistung an alle verpflichtet ist. Allein jeder Miterbe kann die Leistung an alle und, wenn eine Sache zu leisten ist, ihre Hinterlegung für alle oder ihre Ablieferung an einen gerichtlich zu bestellenden Verwahrer fordern⁶⁵. Er hat also einen gleichinhaltlichen Anspruch, wie der einzelne Mitgläubiger bei einer wegen Unteilbarkeit der Leistung gemeinschaftlichen Forderung. Trotzdem liegt ein durchaus anders geartetes Verhältnis vor⁶⁶. Denn der Einzelanspruch des Miterben ist keineswegs Ausfluß eines selbständigen Forderungsrechtes⁶⁷. Ein besonderes Forderungsrecht jedes Miterben neben dem einheitlichen Forderungsrecht der Gesamtheit der Miterben besteht nicht und wäre mit der ganzen Struktur der Erbengemeinschaft unvereinbar⁶⁸. Vielmehr ist der Einzelanspruch des Miterben lediglich Ausfluß eines aus der Forderungsgemein-

⁶³ Infolge des Verfügungsrechtes des Ehemannes (B.G.B. § 1443) oder des überlebenden Ehegatten (§ 1487). Zur Geltendmachung gegen den Schuldner kann auch die Ehefrau aus eigenem Recht befugt sein (§ 1449), z. B. wenn der Ehemann die Forderung ohne ihre Zustimmung schenkweise abgetreten hat.

⁶⁴ Dies ergibt sich aus § 1442. So tritt ja auch durch das aus der ehemännlichen Verwaltung und Nutznießung fließende Recht des Mannes an einer Forderung der Frau keine Vervielfältigung des Forderungsrechtes, sondern nur die Abspaltung eines Rechtes an der Forderung ein. Wie bei Forderungsnießbrauch und Forderungspfandrecht (oben S. 269 Anm. 3).

⁶⁵ B.G.B. § 2039.

⁶⁶ Ein ähnlicher Anspruch, wie ihn § 432¹ gewährt, begegnet ja auch, wo überhaupt keine Mitgläubigerschaft vorliegt. So bei der Gemeinschaft zwischen dem Gläubiger und dem Nießbraucher oder Pfandberechtigten nach B.G.B. § 1079 u. 1281 (oben Anm. 3). Ferner als dinglicher Anspruch aus dem Miteigentumsanteil infolge der eigenartigen Struktur der in die Gemeinschaft nach Bruchteilen eingeführten Verwaltungsgemeinschaft zu gesamter Hand; § 1011, oben Bd. II 384 Anm. 38.

⁶⁷ Der Anspruch ist an die Miterbenstellung gebunden und kein Gegenstand gesonderter Übertragung oder sonstiger Verfügung. Er entbehrt der Fähigkeit, sich zu einem Teilforderungsrecht zu entfalten. Bestimmungen, wie sie § 432² trifft, finden sich hier nicht und wären sinnlos.

⁶⁸ Gemäß B.G.B. § 2033².

schaft entspringenden Sonderrechts an der Forderung. Es handelt sich nur um die Verteilung von Gesamtrecht und Sonderrecht innerhalb einer Gemeinschaft zu gesamter Hand.

Zweites Kapitel.

Schuldverhältnisse aus Rechtsgeschäften.

Erster Titel.

Schuldverhältnisse aus Rechtsgeschäften überhaupt.

§ 184. Der Schuldvertrag.

I. Begriff und Wesen des Schuldvertrages. Wir haben gesehen, daß zur Begründung eines Schuldverhältnisses durch Rechtsgeschäft unter Lebenden der Regel nach ein Vertrag erforderlich ist. Wir haben ferner gesehen, daß der Vertrag an sich ein Schuldverhältnis von beliebigem Inhalt zu schaffen vermag, daß aber seine schuldbegründende Kraft an den der Vertragsfreiheit gezogenen allgemeinen und besonderen Grenzen eine unübersteigliche Schranke findet¹.

Ein schuldbegründender Vertrag ist ein Schuldvertrag. Dieser Begriff deckt sich keineswegs mit dem des schuldrechtlichen Vertrages überhaupt. Schuldrechtliche Verträge sind auch solche, ein Schuldverhältnis ändernde oder aufhebende Verträge, die eine schuldrechtliche Verpflichtung nicht oder nur mittelbar erzeugen². Sie haben Gestaltungskraft, aber keine Verpflichtungskraft; sie gehören zu den Verfügungsgeschäften und ähneln den dinglichen Verträgen. Dagegen sind die Schuldverträge Verpflichtungsgeschäfte und bilden als solche die unmittelbare Quelle von Schuldverhältnissen.

¹ Oben § 177 II.

² So der Stundungsvertrag (oben § 178 S. 118 Anm. 2), der Abtretungsvertrag (§ 180 II S. 186 ff.), der Schuldübernahmevertrag (§ 181 II S. 218 ff.) und der Schuldmitübernahmevertrag (§ 181 III S. 228 ff.); ferner der Erfüllungsvertrag (§ 179 S. 149 ff. Anm. 24—27, 34), die Hingabe an Erfüllungsstatt (ebd. S. 153 Anm. 48), der Aufrechnungsvertrag (ebd. S. 163 ff. Anm. 100—103), der Erlaßvertrag und der negative Anerkennungsvertrag (ebd. S. 173 ff. Anm. 140—150). — Ein den Schuldinhalt ändernder Vertrag ist aber insoweit Schuldvertrag, als er eine neue Verpflichtung begründet. Schuldvertrag ist der zur Abtretung der Forderung verpflichtende Vertrag (oben § 180 II 2 c S. 187) und die Schuldübernahme (oben § 181 IV S. 230). Schuldvertrag ist auch die Schuldneuerung (oben § 179 S. 176 Anm. 155).

Der Kern jedes Schuldvertrages ist ein Versprechen. Auf der bindenden Kraft des Versprechens beruht nach deutscher Auffassung die Verpflichtungskraft der Schuldverträge; das Versprechen erscheint als Verpflichtungsgrund³. Der Grundtypus des deutschen Schuldvertrages ist daher das vom Schuldner angebotene und vom Gläubiger angenommene Versprechen. Diese Auffassung erhielt sich auch nach der Rezeption. Die römische Stipulation, die den Gedanken spiegelt, daß die Verpflichtung des Schuldners aus seiner Unterwerfung unter die an ihn gestellte Anforderung des Gläubigers entspringt, wurde bei uns nicht heimisch. Vielmehr blieb stets eine Vorstellungsweise lebendig, nach der bei der Schuld begründung die aktive Rolle der Schuldner spielt, während dem Gläubiger eine mehr passive Rolle zufällt⁴. Dies schließt natürlich nicht aus, daß im einzelnen Falle die Aufforderung zum Versprechen als Angebot vorangehen und das Versprechen als Annahme nachfolgen kann⁵.

II. Zustandekommen des Schuldvertrages. Ein Schuldvertrag kommt, wie jeder Vertrag, dadurch zustande, daß die Beteiligten rechtswirksame Willenserklärungen abgeben, die eine Willenseinigung enthalten⁶. Einer besonderen Form bedürfen die Willenserklärungen nach heutigem Recht nur in Ausnahmefällen⁷. Die Erfordernisse der Willenseinigung richten sich nach den allgemeinen Grundsätzen für Verträge⁸. Doch gewinnen nur

³ Vgl. bes. Siegel, Das Versprechen als Verpflichtungsgrund im heut. R., 1873.

⁴ Vgl. A. Schmidt, Der prinzipielle Unterschied zwischen dem röm. u. germ. R. I (1853) S. 251 ff., bes. S. 256; Kuntze, Inhaberpapiere S. 353; Siegel a. a. O. S. 1 ff.; Beseler § 107 S. 477. Die deutschrechtliche Auffassung beherrschte namentlich die Naturrechtslehrer (Siegel S. 5). Sie liegt aber auch den neueren Gesetzbüchern zugrunde; vgl. Preufs. A.L.R. I, 5 § 79; Öst. Gb. § 861. Nur im Code civ. Art. 1108 schimmert der römische Gedanke durch („le consentement de la partie, qui s'oblige“).

⁵ Siegel S. 10. Wenn Stobbe § 168 Anm. 4 (bei Lehmann § 214 Anm. 5) durch den Hinweis hierauf (besonders Wechselakzept) die Ansicht, daß der germanische Schuldvertrag seinem Grundgedanken nach gegebenes und genommenes Versprechen ist, widerlegen zu können glaubt, so ist dies schwer begreiflich.

⁶ Oben Bd. I 284.

⁷ Davon unten in § 186.

⁸ Also jetzt nach B.G.B. § 145—157 in Verbindung mit den Vorschriften über Geschäftsfähigkeit (§ 106—115), Willenserklärung (§ 116—144), Nebenbestimmungen (§ 158—163), Vertretung (§ 164—181) und Einwilligung und Genehmigung (§ 182—185).

bei Schuldverträgen die Regeln über Antrag und Annahme volle praktische Bedeutung⁹. Von ihnen ist hier noch zu reden, weil sie in ihrem Kern deutschrechtlichen Ursprungs sind.

Dem deutschen Recht entstammt vor allem die bindende Kraft des Antrags. Sie beruht auf dem germanischen Gedanken der Unverbrüchlichkeit des gegebenen Wortes („Gebundenheit ans Wort“). Man unterschied bei jedem Versprechen von dem „Leistensollen“ des Versprochenen das „Haltensollen“ des Versprechens¹⁰. Nun hat, wer ein gehöriges Vertragsangebot macht, zwar noch keine Leistung versprochen, aber er hat ein Versprechen hingestellt, das er bis zur Erledigung seines Antrags stehen lassen soll. Er muß daher Wort halten; er kann sein Wort nicht willkürlich zurücknehmen, muß vielmehr, wenn er nicht etwa von einem ihm zustehenden Reuerecht Gebrauch macht, sein einmal gegebenes Wort gegen sich gelten lassen¹¹. Dem römischen Recht war die bindende Kraft der Offerte fremd. Sie wurde daher auch im gemeinen Recht nicht anerkannt¹². In den großen Gesetzbüchern aber brach sich die deutsche Auffassung wieder Bahn¹³. Durch das Handelsgesetzbuch wurde sie bei dem Abschluß von Handelsgeschäften in das gemeine Recht zurückgeführt¹⁴. Das B.G.B. hat die handelsrechtlichen Vorschriften mit einzelnen Abweichungen verallgemeinert¹⁵. Somit ist im heutigen

⁹ Vgl. oben Bd. I 284 Anm. 6.

¹⁰ Vgl. darüber Siegel S. 26 ff., Puntchart S. 74 ff., meine Schrift über Schuld u. Haftung S. 120 ff., Hübner, Grundz.² S. 44. Die Einwendungen von Stobbe, Reuerecht und Vertragsschluß nach älterem deut. Recht, Leipzig 1876, I 7 ff., II 31 ff., hat Puntchart widerlegt. Auch in Sachsensp. I 7 ist offenbar die Unterscheidung ausgedrückt („die sal't gelden“ und „dat sal he stede halden“).

¹¹ Siegel a. a. O. S. 41 ff., 53 ff.; R. Loening, Vertragsbruch S. 130 ff.; Gengler S. 436; Hübner a. a. O. S. 454 ff.

¹² Windscheid § 307; Regelsberger, Zivilrechtliche Erörter. I, 1868, § 9 ff. — Vereinzelt hat man freilich versucht, die bindende Kraft der Offerte aus dem röm. R. herzuleiten; so Köppen, Jahrb. f. D. XI 139 ff., 338 b ff.

¹³ Preuß. A.L.R. I, 5 § 91 ff.; Öst. Gb. § 862; Schweiz. O.R. Art. 3 ff. — Dagegen ist im französ. R. die bindende Kraft der Offerte nicht anerkannt; Zachariae-Crome II § 323 Z. 1. Auch das Sächs. Gb. § 816 steht grundsätzlich auf dem römischen Standpunkt (vgl. aber unten Anm. 19).

¹⁴ H.G.B. Art. 318—323. Dazu bes. Regelsberger in Endemanns Handb. II 423 ff. Vgl. auch Sohm, Z. f. H.R. XVII 16 ff.

¹⁵ B.G.B. § 146—156. Dazu Cosack⁶ I § 59^a; Endemann I § 68 ff.; Matthiafs I § 50; Dernburg I § 129; Crome I § 89; Landsberg § 59 ff.; Enneccerus I § 152 ff.; Kohler I § 244; Biermann I § 47; Leonhard, Allg. T. § 71 ff.; v. Tuhr, Allg. T. II § 62; Komm. von Planck, Hölder,

Rechte grundsätzlich der Vertragsantrag bindend. Er ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, die einen der Verfügung des Antragenden entzogenen Teilbestand eines Vertragsverhältnisses schafft¹⁶. Der Antragende hat sich durch seine Willenserklärung der Macht über das Wollen oder Nichtwollen des Vertrages entäußert und muß abwarten, ob sein Antrag hinfällig oder durch Annahme zum Vertrage ergänzt wird.

1. Antrag. Der Antrag zu einem Schuldvertrage muß, um als Antrag zu wirken, so bestimmt und vollständig sein, daß er den wesentlichen Inhalt des Vertrages ergibt und durch einfaches Jawort des anderen Teiles zum Vertrage ergänzt werden kann¹⁷. Er ist wirksam, sobald er dem anderen Teil zugegangen ist. Geht vor ihm oder gleichzeitig mit ihm dem anderen Teil ein Widerruf zu, so ist der Antrag nicht gestellt.

Der Antrag bleibt wirksam bis er erlischt. Er erlischt nach der gesetzlichen Regel nur, wenn er entweder abgelehnt oder nicht rechtzeitig angenommen wird. Die Ablehnung ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, die wirksam wird, wenn sie dem Antragenden zugeht¹⁸. Die Annahmefrist kann vom

Riezler (bei Staudinger), Oertmann u. A. zum B.G.B. § 145 ff.; Staub, Exkurs zu H.G.B. § 361; Düringer u. Hachenburg II² 132 ff.; Löhe, Das Vertragsangebot nach dem B.G.B., 1899; Koehler, Die Vertragsschließung unter Abwesenden nach dem B.G.B., 1901; Wedemeyer, Der Abschluss des obligatorischen Vertrages durch Erfüllungs- und Aneignungshandlungen, 1904.

¹⁶ Der Antrag ist, weil nur als Bestandteil eines Rechtsgeschäftes gewollt, für sich noch kein Rechtsgeschäft; Hölder Vorbem. 2 zu § 104, Endemann § 68 Anm. 6. Schon deshalb ist es unzulässig, seine bindende Kraft mit Stobbe, Z. f. R.G. XIV 257 ff., D.P.R.³ § 214 Anm. 22, daraus zu erklären, daß er bereits eine aufschiebend bedingte Verpflichtung zur Leistung begründe.

¹⁷ Die erforderliche Bestimmtheit des Antrags kann sich aber aus stillschweigender Bezugnahme auf Vorverhandlungen, auf Geschäftsverbindung, auf das Verkehrsübliche usw. ergeben; auch kann der Antrag selbst durch schlüssiges Handeln (z. B. unbestellte Zusendung) erklärt werden. Kein Antrag dagegen, sondern eine bloße Aufforderung zu Anträgen liegt in der Zusendung von Preislisten, Verzeichnissen oder Proben, in öffentlichen Ankündigungen, Inseraten und Schaustellungen, in dem Anerbieten von Geschäftsbesorgungen bestimmter Gattung usw. Vgl. altes H.G.B. Art. 337, dessen Fassung aber zu weit war; Seuff. XXXIX Nr. 294. — Das neue Schweiz. O.R. a. 7²⁻³ bestimmt, daß die Versendung von Tarifen, Preislisten u. dgl. an sich keinen Antrag bedeutet, dagegen die Auslage von Waren mit Angabe des Preises in der Regel als Antrag gilt.

¹⁸ Sie wird durch vorher oder gleichzeitig eintreffenden Widerruf hinfällig. Ist sie aber einmal wirksam geworden, so ist ihr Widerruf, auch wenn er noch

Antragenden beliebig bestimmt werden¹⁹. Hat er keine Frist bestimmt, so kann der einem Anwesenden gemachte Antrag (einschließlich des durch Fernsprecher von Person zu Person gestellten Antrags) nur sofort²⁰, der einem Abwesenden gestellte Antrag aber nur bis zu dem Zeitpunkt angenommen werden, in dem der Antragende den Eingang der Antwort unter regelmäßigen Umständen erwarten muß²¹. Geht dem Antragenden eine Annahmeerklärung nicht rechtzeitig zu, so ist der Antrag erloschen²². Dies gilt auch dann, wenn nachträglich eine Annahmeerklärung eintrifft, die recht-

innerhalb der Annahmefrist erfolgt, ein neuer Antrag, der annahmebedürftig ist und abgelehnt werden kann. A. M. anscheinend R.Ger. b. Seuff. XLVIII Nr. 10.

¹⁹ B.G.B. § 148. Wie Preufs. L.R. I, 5 § 91, Öst. Gb. § 816, Schweiz. O.R. a. 3. Die Fristsetzung kann die Zeitdauer der Gebundenheit über das gesetzliche Maß hinaus verlängern und bei Anträgen an Anwesende überhaupt nur in dieser Bedeutung vorkommen (unten Anm. 20). Bei dem Antrag an einen Abwesenden aber kann sie die Zeitdauer der Gebundenheit auch verkürzen; R.Ger. L 191. — Durch die Gewährung einer Bedenkzeit wird auch nach Sächs. Gb. § 816 der Antrag unwiderruflich. Für das gemeine Recht ist dies nicht anzunehmen; die Versuche, hier einen Verzicht auf den Widerruf als möglich und wirksam zu konstruieren (z. B. Windscheid § 307 Anm. 6—7, Regelsberger, Erört. S. 70 ff.), scheitern an dem Prinzip der Unverbindlichkeit der einseitigen Erklärung.

²⁰ B.G.B. § 147¹. Vgl. Preufs. L.R. I, 5 § 94, Öst. Gb. § 862, H.G.B. Art. 318, Schweiz. O.R. a. 4 (im neuen O.R. mit gleichem Zusatz betr. Telephon, wie § 147 B.G.B.). Aus welchen Gründen die sofortige Annahme unterbleibt, ist gleichgültig. Auch eine durch vorübergehende Unterbrechung der Fernsprechverbindung verzögerte Annahme ist verspätet; a. M. Dernburg § 129 Anm. 12, Düringer-Hachenburg II² 136, Oertmann Bem. 2a. Es ist aber § 149 B.G.B. entsprechend anzuwenden; Planck Bem. 2, Enneccerus § 152 Anm. 14, v. Tuhr II 463; a. M. Biermann I § 47 Anm. 20. — Ein persönlich übergebener schriftlicher Antrag ist kein Antrag an einen Anwesenden; R.Ger. LXXXIII Nr. 22.

²¹ B.G.B. § 127². Ebenso altes H.G.B. a. 319¹; Schweiz. O.R. a. 5¹ (jetzt 5¹⁻²). Das Preufs. L.R. I, 5 § 95—101 hat kasuistische Bestimmungen, die die Wartefrist zum Teil erheblich verlängern. Nach dem Öst. Gb. § 862 beträgt die Wartefrist an demselben Orte 24 Stunden, bei Ortsverschiedenheit den zur zweimaligen Beantwortung nötigen Zeitraum.

²² Es macht keinen Unterschied, ob keine oder eine verspätete Annahmeerklärung eintrifft. Vgl. R.Ger. XXVI Nr. 3, Seuff. XLIV Nr. 12, XLVII Nr. 217, LIV Nr. 39. Auch bei gewillkürter Annahmefrist muß die Antwort, wenn nicht etwa ein Anderes bestimmt ist, innerhalb der Frist zugehen, nicht bloß abgesandt werden; R.Ger. XLIII 80, LIII 59, LVI 262. Der Antrag erlischt von selbst; es bedarf keiner Rücknahme desselben. Auch hat der Antragende keine Verpflichtung, den anderen Teil von dem Nichtzustandekommen des Vertrages zu benachrichtigen (anders Preufs. A.L.R. I, 5 § 103—105).

zeitig abgesandt war, so daß sie bei regelmäßiger Beförderung dem Antragenden rechtzeitig zugegangen sein würde. Muß aber der Antragende bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt dies erkennen, so hat er unverzüglich nach dem Empfange, sofern er es nicht schon getan hat, die Verspätung dem Annehmenden anzuzeigen. Verzögert er die Absendung der Anzeige, so gilt die Annahme als nicht verspätet, mithin der Antrag als nicht erloschen²³. Durch Widerruf erlischt der Antrag nicht²⁴. Doch kann der Antragende durch besondere Bestimmung die Gebundenheit an den Antrag ausschließen oder beschränken²⁵. Dann erlischt der Antrag durch Widerruf, bleibt aber annahmefähig, bis der Widerruf erfolgt²⁶. Auch durch Tod oder Eintritt der Geschäftsunfähigkeit des Antragenden erlischt der Antrag nicht, es müßte denn ein anderer Wille des Antragenden erklärt oder anzunehmen sein²⁷.

2. Annahme. Die Annahme des Antrages erfolgt durch einseitige Willenserklärung des Antragsempfängers. Zur Wirksamkeit der Annahmeerklärung ist erforderlich, daß sie stattfindet, bevor der Antrag erloschen ist, und inhaltlich vollständig mit dem Antrage übereinstimmt. Eine verspätete Annahme bringt den Ver-

²³ B.G.B. § 149. Der Vertrag ist also zustande gekommen. Ebenso nach H.G.B. Art. 319^a u. neuem Schweiz. O.R. a. 5^a. Dagegen ist nach Preufs. L.R. I, 5 § 105 und altem Schweiz. O.R. a. 5^a der Vertrag nicht zustande gekommen, der Antragende aber zum Schadensersatz (Ersatz des negativen Vertragsinteresses) verpflichtet.

²⁴ Der Vertrag kommt also durch Annahme des widerrufenen Antrags in der Annahmefrist zustande.

²⁵ B.G.B. § 145. Vgl. Schweiz. O.R. a. 6 (7¹). Die völlige Ausschließung der Gebundenheit liegt in Klauseln, wie „ohne Obligo“, „ohne Verbindlichkeit“, „freibleibend“ usw. Die Ausschließung kann auch stillschweigend erfolgen.

²⁶ Düringer-Hachenburg II² 135; Planck⁴ zu § 145 Bem. 5; Oertmann Bem. 3b. Freilich kann sich der Antragende auch die Zurückweisung der Annahme vorbehalten. Dann aber stellt er überhaupt keinen Antrag. Dies ist im Zweifel nicht anzunehmen. A. M. Dernburg § 129 Anm. 7, Riezler Bem. 5, Staub S. 1138, Enneccerus § 152 III 1, v. Tuhr II 468.

²⁷ B.G.B. § 153. Vgl. H.G.B. a. 297. Ebenso Preufs. L.R. I, 5 § 106—108 u. Sächs. Gb. § 818, die das Gleiche für den Fall des Todes oder des Eintritts der Geschäftsunfähigkeit des Antragsempfängers bestimmen. Das gilt, obschon Entw. I § 89, der dies ebenfalls festsetzte, gestrichen ist, auch nach dem B.G.B.; denn das Erlöschen des Antrags aus einem anderen Grunde, als Ablehnung oder Nichtannahme, ist die Ausnahme, die besonders begründet sein muß. — Nach röm. und gem. Recht erlischt der Antrag mit dem Tode des einen wie des anderen Teils; Windscheid § 307 Anm. 9—12, Seuff. XIV Nr. 15, XXXI Nr. 22.

trag nicht zustande, gilt aber als Antrag in Annahmeform²⁸. Eine Annahme unter Erweiterungen, Einschränkungen oder sonstigen Änderungen gilt als Ablehnung, verbunden mit einem neuen Antrage²⁹.

Regelmäßig ist die Annahmeerklärung empfangsbedürftig. Sie ist also erst vollzogen, wenn sie dem Antragenden zugegangen und nicht vorher oder gleichzeitig widerrufen ist³⁰.

Allein unter Umständen ist sie nicht empfangsbedürftig, bringt also den Vertrag zustande, ohne daß sie dem Antragenden gegenüber erklärt zu werden braucht. Dies ist zunächst der Fall, wenn eine solche Erklärung nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist oder der Antragende auf sie verzichtet hat³¹. Hier kann die Annahme nicht nur durch schlüssige Handlungen erfolgen³², sondern unter Umständen auch durch bloßes Schweigen erklärt werden³³. Ein zweiter Fall liegt vor, wenn ein Vertrag gerichtlich oder notariell beurkundet wird, ohne daß beide Teile

²⁸ B.G.B. § 150¹. Anders nur im Falle des § 149 (oben Anm. 23).

²⁹ B.G.B. § 150². Vgl. Preufs. L.R. I, 5 § 84—85; H.G.B. Art. 322. Dahin gehört auch die Annahme eines bedingten Antrages unter Ablehnung der Bedingung.

³⁰ B.G.B. § 130—132; vgl. unten Anm. 38 u. 41. — Vgl. Schweiz. O.R. a. 7 (9).

³¹ B.G.B. § 151 S. 1. So z. B., wenn mit dem Antrage sofortige Leistung verlangt oder die Übersendung der zum Kauf oder als Geschenk angebotenen oder zu bearbeitenden oder zu transportierenden Sache verbunden wird.

³² So z. B. durch Übersendung bestellter Ware oder sonstige Erfüllungshandlung oder durch Verfügung über unbestellt empfangene Gegenstände.

³³ An sich ist Schweigen auch in den Fällen, in denen die Annahme nicht empfangsbedürftig ist, Ablehnung; Seuff. XLIII Nr. 203. Auch eine Verpflichtung, die Ablehnung mitzuteilen, besteht nicht; so insbesondere nicht im Falle unbestellter Zusendung. Und auch wenn eine derartige Verpflichtung nach der Verkehrssitte (z. B. infolge von Geschäftsverbindung) oder kraft gesetzlicher Vorschrift (wie nach B.G.B. § 663 auf Grund öffentlicher Bestellung oder des Sicherbietens zur Besorgung gewisser Geschäfte) begründet ist, folgt daraus noch nicht, daß die Nichtablehnung Annahme ist, sondern nur, daß die Nichtanzeige der Ablehnung zum Schadensersatz verpflichtet. Allein das bloße Schweigen wird jedenfalls dann als Annahme zu deuten sein, wenn auf Grund eines Vorvertrages oder einer gesetzlichen Verpflichtung zum Vertragschluss (oben § 177 II 3 S. 116 ff.) eine Annahmepflicht besteht. Ferner gilt nach Handelsrecht in den Fällen des H.G.B. § 362 das Schweigen eines Kaufmanns unbedingt als Annahme (dies sogar dann, wenn er von dem ihm zugegangenen ablehnungsbedürftigen Antrage gar nicht Kenntnis genommen hat, R.Ger. LIV Nr. 50). Endlich kann auch sonst nach Treu und Glauben gemäß der Verkehrssitte das bloße Schweigen als Annahme erscheinen (z. B. bei Gasthofbestellung).

gleichzeitig anwesend sind. Hier ist, falls nichts anderes bestimmt ist, die Annahme mit ihrer Beurkundung vollzogen³⁴. In beiden Fällen bestimmt sich der Zeitpunkt, in dem der Antrag erlischt, nicht nach den hier unpassenden gesetzlichen Fristbestimmungen, sondern lediglich nach dem aus dem Antrage oder den Umständen zu entnehmenden Willen des Antragenden³⁵.

3. Zeitpunkt des Zustandekommens. Der Vertrag kommt in dem Augenblick zustande, in dem ein wirksamer Antrag und eine wirksame Annahme sich zur Willenseinigung zusammenschließen. In der viel erörterten Streitfrage über den Zeitpunkt des Vertragsschlusses unter Abwesenden hat somit die Empfangstheorie gesiegt³⁶. Unterlegen ist die Vernehmungstheorie, die den Vertrag erst zustande kommen läßt, wenn die Annahmeerklärung zur Kenntnis des Antragenden gelangt ist³⁷. Der Empfang der Annahmeerklärung genügt³⁸. Unterlegen aber ist auch die Äußerungstheorie, nach der das bloße Abgeben der Annahmeerklärung oder doch ihre Absendung den Vertrag zustande bringt³⁹. Nur in den Fällen, in denen die Annahmeerklärung überhaupt nicht empfangsbedürftig ist, genügt die bloße Äußerung des Annahmewillens⁴⁰. Im übrigen muß die Annahmeerklärung dem Antragen-

³⁴ B.G.B. § 152 mit § 128.

³⁵ B.G.B. § 151 S. 2, § 152 S. 2. Es liegt also immer ausdrückliche oder stillschweigende Fristsetzung (oben S. 286 Anm. 19) vor.

³⁶ Für diese erklärte sich mit der überwiegenden Meinung auch das R.Ger. XXIII Nr. 34. — Die sehr umfangreiche Literatur ist nachgewiesen bei Thöl § 237 Anm. 21, Windscheid § 306 Anm. * u. Stobbe-Lehmann § 214 Anm. 8. Hervorzuheben: Köppen, Jahrb. f. D. XI 139 ff.; Schott, Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden, 1873; Kühn, Jahrb. f. D. XVI 1 ff.; Marsson, Die Natur der Vertragsofferte, 1879; Kohler, Arch. f. b. R. I 283 ff.; Maas, Der Vertragsschluss auf elektrischem Wege, 1889; Regelsberger und Sohm in den oben Anm. 12 u. 14 angef. Schriften.

³⁷ Dafür z. B. die Entsch. b. Seuff. I Nr. 194, III Nr. 19, 310, V Nr. 116, VIII Nr. 24; von den Schriftstellern z. B. Regelsberger, der mit Unrecht auch im Sächs. Gb. § 815 und im H.G.B. Art. 319—320 die Vernehmungstheorie anerkannt findet, und Marsson a. a. O.; ausdrücklich Dresdner Entw. Art. 45 u. Bayr. Entw. II, 1 Art. 8.

³⁸ So auch nach Preufs. L.R. I, 5 § 105, Öst. Gb. § 862, Sächs. Gb. § 815, H.G.B. Art. 319—320, Schweiz. O.R. Art. 3.

³⁹ Dafür Seuff. II Nr. 160, VII Nr. 16, XVI Nr. 203. Für die reine Äußerungstheorie z. B. Thöl § 237 Anm. 21—24. Die Absendungstheorie fanden Manche im H.G.B. Art. 321 anerkannt, indem sie annahmen, daß der Vertrag mit der Absendung der Annahmeerklärung unter einer auflösenden Bedingung zustande komme.

⁴⁰ Oben Anm. 31—35. Ferner kommt nach der Sonderbestimmung der Binding, Handbuch. II. 3. III: Gierke, Deutsches Privatrecht. III. 19

den zugegangen sein⁴¹. Mit dem Augenblicke des Vertragsschlusses aber fällt nach dem B.G.B. der Zeitpunkt zusammen, in dem die Wirkungen des Vertrages eintreten. Die im bisherigen Recht vielfach angenommene Unterscheidung zwischen Abschluss und Perfektion des Vertrages ist verworfen. Insbesondere ist das im preussischen Landrecht und im alten Handelsgesetzbuch der Äußerungstheorie gemachte Zugeständnis, nach dem die Wirkungen des Vertrages auf den Zeitpunkt zurückbezogen werden, in dem der Annehmende sich der Annahmeerklärung entäußert hat⁴², in das geltende Recht nicht übernommen⁴³.

4. Versteigerung⁴⁴. Das Verhältnis zwischen Antrag und

W.O. Art. 21⁴, nach der die einmal erfolgte Annahme eines Wechsels nicht zurückgenommen werden kann, das Wechselakzept schon mit der Niederschrift zustande.

⁴¹ So auch nach den oben in Anm. 38 angeführten Gesetzen. Für das gemeine Recht nehmen z. B. Schott a. a. O., Maas a. a. O., Dernburg, Pand. II § 11, Stobbe³ § 21⁴ IV 1 dasselbe an. Dagegen lehrt Windscheid § 306, daß vom Zugehen der Annahmeerklärung nur ihre etwaige verpflichtende, nicht ihre berechtigende Wirkung abhängt, daß daher bei einem gegenseitigen Vertrage zwar der Annehmende erst, wenn seine Erklärung an den Antragenden gelangt, der Antragende aber schon, wenn die Annahme erklärt ist, verpflichtet werde. Damit würde die Einheit des Vertrages zerrissen!

⁴² Preufs. L.R. I, 5 § 102 mit § 80. A.D.H.G.B. Art. 321. Ebenso Schweiz. O.R. Art. 8¹ (jetzt 10²).

⁴³ Auch in den Fällen, in denen die Annahmeerklärung nicht empfangsbedürftig ist, fallen nach B.G.B. § 151 der Zeitpunkt des Vertragsschlusses und der Zeitpunkt des Eintrittes der Vertragswirkungen zusammen. Ist durch eine Erfüllungshandlung der Vertrag zustande gekommen, so ist ein Widerruf der Annahme nicht mehr zulässig; wenn H. Lehmann bei Stobbe § 214 Anm. 34 das Gegenteil annimmt und z. B. meint, der Antragsempfänger könne durch Absendung bestellter Ware zwar den Vertrag perfizieren und damit die Gefahr dem Antragsteller aufladen, gleichwohl aber die Annahme bis zur Ankunft der Ware noch rückgängig machen, so widerspricht dies dem Gesetz und auch der Billigkeit. Anders verhält es sich freilich, wenn man mit Planck, Bem. 4b zu § 151, Biermann § 47, 3a annimmt, die Annahme sei überhaupt erst durch die Ankunft der Ware vollzogen, so daß der Absender die Transportgefahr tragen würde. Dies ist indes unhaltbar; vgl. Ennecerus § 153 I 2a, Oertmann Bem. 3b, v. Tuhr II 478 Anm. 138. — Erfolgt die Annahme durch bloßes Schweigen, so kommt der Vertrag erst mit dem Ablaufe der Erklärungsfrist zustande (so ausdrücklich Schweiz. OR. a. 5³, jetzt a. 6); eine Zurückziehung der Wirkungen auf den Zeitpunkt des Empfanges des Antrags, wie nach Schweiz. O.R. Art. 8² (10²), findet nicht statt.

⁴⁴ Kindervater, Jahrb. f. D. VIII 1 ff., 356 ff. v. Jhering, ebd. S. 166 ff., 376 ff. Unger, ebd. VIII 134 ff. Reuling, ebd. X 355 ff. Regelsberger, Zivilrechtl. Erört. I 162 ff. Siegel a. a. O. S. 82 ff. Thöl § 245. Wind-

Annahme empfängt eigenartige Ausgestaltungen, wenn der Vertragschluss im Wege der Versteigerung erfolgt. Der Versteigerer erklärt, daß er in einem bestimmten Termin einen Vertrag mit demjenigen unter den Anwesenden schließen wolle, der das ihm günstigste Gebot abgeben, z. B. für eine zu verkaufende oder zu vermietende Sache den höchsten Preis bieten oder für eine zu übertragende Lieferung oder Arbeitsleistung den geringsten Entgelt fordern werde. Er kann diese Erklärung durch die Kundmachung von Versteigerungsbedingungen in beliebiger Weise näher bestimmen und begrenzen.

Die juristische Konstruktion der Versteigerung hat zahlreiche Streitfragen hervorgerufen. Das Institut hat sich im deutschen Rechtsleben unter der Einwirkung der deutschrechtlichen Anschauungen über die Gebundenheit ans Wort entwickelt. Vom Standpunkt des römischen Rechtes aus wurde der Vorgang oft in sehr künstlicher Weise ausgedeutet, um trotz Ablehnung der bindenden Kraft der Offerte dem Verkehrsbedürfnis gerecht zu werden⁴⁵.

Im Zweifel kommt bei der Versteigerung der Vertrag erst durch den Zuschlag zustande⁴⁶. Die Erklärung des Versteigerers ist also noch kein Antrag, sondern eine Aufforderung zu Anträgen. Jedes einzelne Gebot ist ein bindender und annahmefähiger Antrag. Dieser Antrag erlischt aber, sobald ein Übergebot abgegeben oder die Versteigerung ohne Erteilung des Zuschlags geschlossen wird⁴⁷.

scheid § 308 Z. 2. Stobbe-Lehmann III § 215. — Dernburg, B.R. II § 82. v. Tuhr § 62 VII. Komm. zu B.G.B. § 156.

⁴⁵ Das röm. R. kannte zwar Versteigerungen, aber keine besonderen Rechtssätze für sie; die Versteigerung war nur Vorbereitung für gewöhnliche Vertragsschlüsse.

⁴⁶ B.G.B. § 156. So auch bisher nach der überwiegenden Meinung; v. Jhering a. a. O. S. 167 ff., 381 ff., Regelsberger S. 170 ff., Siegel S. 84, Thöl a. a. O., Stobbe a. a. O. litt. b, Windscheid Anm. 16; Seuff. XXIV Nr. 22.

⁴⁷ B.G.B. § 156 S. 2. — Daß der Bieter durch das Übergebot frei werde, wurde (obschon mit sehr verschiedener Begründung) auch für das gemeine Recht angenommen; vgl. Regelsberger S. 175 ff., Thöl Anm. 11—16, Windscheid Anm. 17—18, Stobbe Anm. 11. A. M. Jhering S. 170, der dem Versteigerer ein Wahlrecht zwischen den Bietern geben wollte. Ähnlich Reuling S. 361 ff. Doch muß das Übergebot, um zu wirken, gültig sein; Planck zu § 156, Enneccerus § 152 Anm. 11; a. M. Dernburg § 82 II 3, Oertmann zu § 156 Bem. 2b, v. Tuhr S. 462 Anm. 213. — Auch das Erlöschen des Gebots durch Ablauf des Termins ohne Zuschlag entspricht dem gemeinen Recht; Thöl Anm. 17, Stobbe Anm. 14, Seuff. VI Nr. 183.

Doch kann die Zeitdauer der Antragskraft verlängert werden. Dies ist z. B. der Fall, wenn der Versteigerer sich die Wahl unter den drei günstigsten Geboten vorbehalten hat⁴⁸. Der Zuschlag ist die Annahmeerklärung und hängt daher vom freien Willensentschluss des Versteigerers ab⁴⁹. Ein Recht auf den Zuschlag hat der Meistbietende oder Mindestfordernde nicht⁵⁰. Er hat nicht einmal einen Anspruch darauf, daß ihm kein Anderer vorgezogen werde⁵¹.

Es ist aber auch möglich, daß der Vertrag schon durch das Gebot zustande kommen soll⁵². Dies ist der Fall, wenn die Erklärung des Versteigerers als bindender Vertragsantrag an Alle, die sich in dem Termin einfinden werden, gemeint ist. Dann ist jedes Gebot eine wirksame Annahmeerklärung und bringt den Vertrag zustande. Nur wenn der Versteigerer seinen Antrag durch Setzung eines Mindestpreises (oder Höchstentgeltes) eingeschränkt hat, ist ein ungünstigeres Gebot unwirksam⁵³. Allein der Vertrag ist unter einer auflösenden Bedingung geschlossen⁵⁴. Er wird hinfällig, wenn ein Anderer ein Übergebot abgibt. Ein Zuschlag ist hier überflüssig⁵⁵. Erfolgt er, so bedeutet er nur die Feststellung, daß der zuletzt geschlossene Vertrag unbedingt geworden ist.

Die Wirksamkeit eines im Wege der Versteigerung ge-

⁴⁸ Ebenso kann durch die Versteigerungsbedingungen die Frist für die Erteilung des Zuschlages erstreckt werden; Seuff. XI Nr. 134, 219.

⁴⁹ Empfangsbedürftig ist der Zuschlag nicht; er kann daher auch wirksam erfolgen, wenn sich der Bieter vorher entfernt hat; Hölder u. Planck zu § 156, v. Tuhr S. 492 Anm. 214—216.

⁵⁰ Vgl. für das gem. R. Jhering S. 171, 177, 328 ff., Reuling S. 357 ff., Stobbe Anm. 13; Seuff. VIII Nr. 38, XX Nr. 24.

⁵¹ Regelsberger S. 182. A. M. Stobbe Anm. 12 (jedoch nur, wo das Meistgebot, nicht, wo die Mindestforderung entscheidet).

⁵² Diese Ausgestaltung der Versteigerung ist zweifellos trotz B.G.B. § 156 auch heute möglich. Das Sächs. Gb. § 819 erhob sie zur gesetzlichen Regel. Für das gemeine Recht wurde sie von Puchta, Pand. § 252, u. Kinder-vater S. 4 ff. stets, von Unger S. 135 ff. für den Fall des Ausgebots mit einem Mindestpreise als im Zweifel gewollt angenommen. Unter den Gegnern bestritt Jhering überhaupt ihre gemeinrechtliche Möglichkeit (wegen Unwirksamkeit der Offerte an eine persona incerta). Im übrigen war man einig, daß sie vorkommen könne; Windscheid Anm. 11, Stobbe litt. a.

⁵³ Mangels einer derartigen Einschränkung des Antrags bringt auch das ungünstigste Gebot den Vertrag zustande, wenn es das beste bleibt; a. M. Thöl § 245 III; vgl. gegen ihn Stobbe Anm. 7.

⁵⁴ Sächs. Gb. § 819. Windscheid Anm. 12 nimmt eine aufschiebende Bedingung an.

⁵⁵ Seuff. XX Nr. 214. Stobbe Anm. 6. Windscheid Anm. 14.

schlossenen Vertrages wird dadurch nicht in Frage gestellt, daß auf das Ergebnis ein Winkelvertrag Einfluß gehabt hat, indem ein Bietungslustiger durch Zusage eines Vorteils vom Mitbieten oder vom Höherbieten abgehalten ist⁵⁶. Solche Verträge können aber unsittlich sein und sind dann nichtig⁵⁷. Zum Teil ist allgemein Jeder, der bei einer öffentlichen Versteigerung einen Anderen durch Versprechen oder Leistung eines Vorteils vom Bieten abhält, mit öffentlicher Strafe bedroht⁵⁸. Insoweit Jemand durch eine derartige Verabredung vorsätzlich in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise dem Versteigerer oder einem Dritten (z. B. einem Realgläubiger) einen Schaden zufügt, ist er auch zum Schadensersatz verpflichtet⁵⁹.

III. Wirkung des Schuldvertrages. Der Schuldvertrag begründet ein Schuldverhältnis mit dem sich aus der Vereinbarung und den ergänzenden Gesetzesvorschriften ergebenden Inhalt⁶⁰. Das gegebene und genommene Versprechen soll nunmehr nicht

⁵⁶ Obst. L.G. f. Bayern b. Seuff. XXXVII Nr. 200; Dernburg § 82 III.

⁵⁷ Doch sind sie nicht schon an sich, sondern nur insoweit unsittlich, als sie nach Lage des Falles einen unsittlichen Zweck (Erlangung eines unbilligen Vorteils zum Schaden des Versteigerers oder eines anderen Beteiligten) verfolgen. Vgl. Seuff. XII Nr. 16, XVII Nr. 201, XXXI Nr. 321, XXXIII Nr. 115, XLIII Nr. 10, 102, LVI Nr. 2, R.Ger. XVIII Nr. 44, D.J.Z. XII 481; Lotmar, Unmoralische Verträge S. 179; Dernburg § 82 III; strengerer Meinung Kohler, Arch. f. b. R. V 225.

⁵⁸ Preufs. V. v. 14. Juli 1797 u. Str.G.B. v. 1851 § 270; Code pénal Art. 412. Man ist heute einig, daß diese Strafgesetze durch das R.Str.G.B. nicht aufgehoben sind; R.Ger. in Str.S. X Nr. 70, Z.S. XVIII Nr. 44, XX Nr. 56, XXVI Nr. 60. Dagegen streitet man, ob der Vertrag, falls er nicht zugleich unsittlich ist, nichtig ist. Für die Nichtigkeit R.Ger. XX Nr. 56, XXXII Nr. 64, LI Nr. 91. Abweichend R.Ger. b. Seuff. XLIII Nr. 9 und Erk. der Ver. Z.S. v. 17. März 1905 LX Nr. 61. Hier wird ausgeführt, daß trotz B.G.B. § 134 der Vertrag wegen des Verstosses gegen das Preufs. Str.G.B. § 270 allein nicht nichtig sei, weil das Strafgesetz nicht den Vertrag selbst, sondern nur das Verhalten des einen Vertragsteils (des vom Bieten Abhaltenden) verbiete. Anders sei freilich die Ver. v. 1797 gemeint. Allein diese Unterscheidung ist höchst bedenklich; auch dem Str.G.B. v. 1851 liegt die damals herrschende Auffassung zugrunde, daß Winkelverträge an sich verwerflich seien. Ist aber der Vertrag als solcher gesetzlich verboten, so tritt nach B.G.B. § 134 die Nichtigkeit ein, da sicherlich „sich nicht aus dem Gesetze ein Anderes ergibt“.

⁵⁹ B.G.B. § 826; Dernburg § 82 III. Vgl. für das gemeine Recht Seuff. XLII Nr. 211 (actio doli); für das Preufs. Recht R.Ger. XXVI Nr. 60, XXXII Nr. 65. Die in der Ver. v. 1797 Nr. 3 getroffene Bestimmung, nach der das auf Grund des Vertrages Gewonnene dem Geschädigten herausgegeben werden muß, ist unmittelbar nicht mehr anwendbar.

⁶⁰ Oben § 177 S. 111 ff.

bloß gehalten, sondern erfüllt werden. Der Versprechende wird Schuldner; der Versprechensempfänger wird Gläubiger.

Jenachdem der Schuldvertrag einseitig oder zweiseitig ist, erzeugt er nur für den einen Teil oder für jeden Teil eine Leistungspflicht.

Unter den zweiseitigen Schuldverträgen nehmen die gegenseitigen Verträge eine besondere Stellung ein⁶¹. Ein gegenseitiger (synallagmatischer) Vertrag ist ein Schuldvertrag, der sich auf Leistungsaustausch richtet; jeder Vertragsteil verspricht eine Leistung; soll aber für diese in der Leistung des anderen Teils einen Ausgleich empfangen; die Leistung eines jeden ist „Gegenleistung“ für die Leistung des anderen⁶². Diese Beschaffenheit des Schuldvertrages bewirkt Besonderheiten des von ihm begründeten Schuldverhältnisses. Sie beruhen auf der gewollten Abhängigkeit der Leistungspflicht des einen von der Leistungspflicht des anderen.

Das Wesen dieser Abhängigkeit aber wurde im deutschen und im römischen Recht ungleich aufgefaßt. Im deutschen Recht überwog die Vorstellung, daß die beiderseitigen Leistungspflichten Bestandteile eines einheitlichen Schuldverhältnisses, daß sie daher innerlich zusammengehörig und durcheinander bedingt seien⁶³.

⁶¹ Über das gem. R. Windscheid § 321 und die dort angef. Schriften. Über das preufs. R. Dernburg, Preufs. P.R. II § 45–46. Zum geltenden R.: Kisch in der oben § 177 S. 111 Anm. 5 angef. Schr. S. 1 ff.; Kraher, Gegenseitiger Vertrag, 1904; Oertmann, Entgeltliche Geschäfte, 1912; Adler, Die Leistungsverweigerung nach § 320 B.G.B. in Festschr. f. Zitelmann, 1913; Stammler S. 84 ff.; Cosack § 86 II; Endemann § 125; Matthiass § 86; Crome § 168 ff.; Dernburg § 91 ff.; Landsberg § 121 ff.; Enneccerüs § 256 ff.; Düringer-Hachenburg II² 153 ff.; Planck, Schollmeyer, Oertmann, Kuhlenbeck (bei Staudinger) zu B.G.B. § 320–327.

⁶² Kein gegenseitiger, obschon ein zweiseitiger Vertrag liegt daher vor, wenn für den einen Teil nur möglicherweise eine Verpflichtung entsteht (Fälle der römischen *actio contraria*, heute z. B. der Auftrag), oder wenn zwar von vornherein beiderseitige Verpflichtungen begründet sind, sie aber sich nicht wie Leistung und Gegenleistung verhalten (so heute z. B. die Leihe, ferner die Schenkung mit Auflage). Über die Nichtzugehörigkeit des Gesellschaftsvertrages vgl. unten § 209 Anm. 5–7.

⁶³ Ursprünglich waren im deutschen Recht die gegenseitigen Verträge überhaupt Realverträge, aus denen erst auf Grund des Empfanges der Leistung des anderen Teils gehaftet wurde (unten § 186 Anm. 38); immer blieb der Anspruch auf Leistung durch Angebot der Gegenleistung bedingt; jedem Teil stand, so lange von keiner Seite erfüllt war, ein Reuerecht zu, kraft dessen er das gegebene Versprechen gegen Rückgabe des genommenen Versprechens zurücknehmen konnte (unten S. 302 Anm. 100); nach manchen Quellen konnte

Das römische Recht dagegen zerlegte grundsätzlich das Schuldverhältnis in zwei einseitige, einander selbständig gegenüberstehende Schuldverpflichtungen und brachte nur von außen her ihren Zusammenhang in gewissem Umfange zur Geltung⁶⁴. Nach der Rezeption drang im gemeinen Recht die römische Auffassung durch, wenn sie auch harte Kämpfe mit der deutschen Auffassung zu bestehen hatte⁶⁵. Die großen Gesetzbücher aber huldigten überwiegend der deutschen Auffassung⁶⁶. Das B.G.B. nimmt einen vermittelnden Standpunkt ein; es hat mit dem römischen Prinzip nicht völlig gebrochen, jedoch dem deutschen Prinzip wichtige Zugeständnisse gemacht. Man wird sagen müssen, daß im heutigen Recht das Schuldverhältnis aus einem gegenseitigen Vertrage sich als ein zusammengesetztes Schuldverhältnis darstellt. Jede der beiden Leistungspflichten für sich bildet den Inhalt eines selbständigen Schuldverhältnisses, die beiderseitigen Schuldverhältnisse aber schliessen sich zum Ganzen eines einheitlichen Schuldverhältnisses zusammen⁶⁷.

Die Abhängigkeit der beiderseitigen Leistungspflichten voneinander offenbart sich von vornherein darin, daß sie der Entstehung nach durcheinander bedingt sind⁶⁸. Diese sogenannte „genetische“ Abhängigkeit jedoch, die eine notwendige Folge der Einheit des zugrunde liegenden Schuldvertrages ist, hat für die Beschaffenheit der einmal entstandenen Leistungspflichten keine Bedeutung.

Die Abhängigkeit der beiderseitigen Leistungspflichten von-

auch der Teil, der erfüllt hatte, wegen Nichterfüllung seitens des anderen Teiles zurücktreten (unten S. 299 Anm. 84).

⁶⁴ Bezeichnend hierfür sind die Doppelnamen „*emptio venditio*“ und „*locatio conductio*“ und die entsprechenden selbständigen Klagen (*actio empti* und *venditi*, *locati* und *conducti*); die Klage jedes Teils stützt sich nicht auf das ganze Vertragsverhältnis, sondern auf die aus ihm entspringende Obligation des Gegners; nur in der als *exceptio doli* aufgefaßten *exceptio non adimpleti contractus* kommt, wenn der Kläger seinerseits nicht geleistet hat, der Zusammenhang der Leistungspflichten zur Erscheinung.

⁶⁵ Vgl. unten S. 296 Anm. 70—71.

⁶⁶ Am entschiedensten das Preufs. A.L.R. und der Code civ.; vgl. unten S. 296 Anm. 69; S. 299 Anm. 84.

⁶⁷ Crome § 168 nimmt nur eine „wirtschaftliche Verbindung“ der beiden selbständigen Schuldverhältnisse an. Wenn aber die Verbindung rechtliche Wirkungen hat, ist sie auch rechtlicher Natur.

⁶⁸ Die Nichtigkeit oder Unwirksamkeit des Versprechens des einen macht auch das Versprechen des anderen nichtig oder unwirksam; B.G.B. § 139, 142¹, 108 ff., 177 ff., 182 ff.

einander tritt aber auch in Ansehung des Schuldinhaltes zutage (sogenannte „funktionelle“ Abhängigkeit). Sie bewirkt Einschränkungen des Verpflichtetseins, die den Schuldverhältnissen aus gegenseitigen Verträgen eine besondere Eigenart verleihen.

Zunächst ist die Geltendmachung der Forderung durch die Abhängigkeit von der Gegenforderung beschränkt. Im Zweifel sind die Leistungen Zug um Zug zu bewirken. Daraus ergibt sich nach der deutschen Auffassung, daß jeder Teil Leistung nur gegen Leistung schuldet. Mithin kann jeder Teil die Leistung des anderen Teils nur fordern, wenn er seinerseits die Gegenleistung bereits bewirkt hat oder gehörig anbietet. Eine Klage auf Leistung schlechthin ist unbegründet. Dies ist der Standpunkt des preussischen Landrechts und anderer neuerer Gesetzbücher⁶⁹. Dagegen schuldet nach römischer Auffassung jeder Teil die Leistung unbedingte und hat nur ein Gegenrecht auf spätestens gleichzeitige Leistung des anderen Teils. Mithin kann jeder Teil seine Forderung ohne Rücksicht auf die eigne Leistungspflicht geltend machen, der andere Teil aber kann, wenn ihm noch nicht geleistet ist, mittels der Einrede des nicht erfüllten Vertrages die Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung verweigern. Auf diesem Standpunkt verharrete das gemeine Recht⁷⁰, obschon es an Versuchen, der deutschrechtlichen Auffassung Eingang zu verschaffen, nicht fehlte⁷¹. Das B.G.B. hat sich der römischen Auffassung ange-

⁶⁹ Preuss. A.L.R. I, 5 § 271 ff. Ebenso Österr. Gb. § 1052, Schweiz. O.R. Art. 95 (82), auch Hess. Entw. Art. 147, Bayr. Art. 107, Dresdn. Art. 153. — Grundsätzlich sieht auch das Sächs. Gb. § 859 die Forderung als durch Erfüllung oder Erfüllungsbereitschaft bedingt an; allein es bestimmt trotzdem in § 860, daß der Kläger in der Klage sich nicht auf Erfüllung oder Erfüllungsbereitschaft zu beziehen braucht, sondern abwarten kann, ob der Beklagte eine hierauf gerichtete Einrede entgegensetzt.

⁷⁰ Vgl. bes. André, Einrede des nicht erfüllten Vertrages, 1890; Puchta, Jahrb. des gem. R. V 94 ff.; Bekker ebd. S. 116 ff.; Dernburg, Kompensation² S. 63 ff.; Bernhöft, Jahrb. f. D. XIV 184 ff.; Regelsberger ebd. XL 249 ff.; Ryck, Schuldv. S. 315 ff.; Windscheid § 321 Anm. 2.

⁷¹ In der älteren gemeinrechtlichen Theorie wurde vielfach angenommen, daß die *exceptio non adimpleti contractus* keine wahre Einrede, sondern Verneinung des Klagegrundes, somit die Forderung ohne Behauptung vorheriger oder Angebot gleichzeitiger eigener Leistung an sich unbegründet sei. So noch Glück XIX 229 ff., Lang, Über die Einrede des nicht erfüllten Vertrages, 1829, später besonders Keller, Jahrb. des gem. R. IV 337 ff. (1860) u. A. (Windscheid § 331 Anm. 2). Diese Versuche mußten scheitern, weil sie sich auf die römischen Quellen stützten, in denen die gegenteilige Auffassung unverkennbar herrscht.

schlossen, jedoch die Einrede des nicht erfüllten Vertrages weiter ausgebaut. Jeder Teil kann also seine Forderung unabhängig von eigener Leistung oder Leistungsbereitschaft geltend machen; er kann auf Leistung schlechthin klagen und erzielt dann, wenn ihm keine Einrede entgegengesetzt wird — somit auch im Versäumnisverfahren — die Verurteilung des anderen Teils zur Leistung. Allein der andere Teil hat das Recht, ihm die Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung zu verweigern, und erzielt, wenn er dies Recht im Wege der Einrede geltend macht, zwar nicht die Abweisung des Klägers, aber die Beschränkung der Verurteilung auf Leistung Zug um Zug⁷². Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages bringt also ein die Leistungspflicht einschränkendes Gegenrecht zum Ausdruck⁷³. Jedoch ist sie dadurch ausgezeichnet, daß, wenn der Kläger bereits erfüllt zu haben behauptet, ihn die Beweislast trifft⁷⁴. Diese Einrede hat der Leistungspflichtige bis zur vollständigen und gehörigen Bewirkung der Gegenleistung⁷⁵. Er kann sie jedoch im Falle schon erfolgter Teilerfüllung des anderen Teils dann nicht geltend machen, wenn die Verweigerung der Leistung nach den Umständen, insbesondere wegen verhältnismäßiger Geringfügigkeit des Rückstandes, wider Treu und Glauben verstieß⁷⁶. Und ihn trifft im Falle erfolgter ungehöriger Erfüllung dann die Beweislast, wenn er die Leistung des anderen Teils als Erfüllung angenommen hat⁷⁷. — Abweichend gestalten sich die

⁷² B.G.B. § 322¹. Dies auch dann, wenn er selbst im Annahmeverzuge ist; R.Ger. b. Seuff. LIX Nr. 149. Annahmeverzug nach der Verurteilung aber berechtigt nach § 274² den Gläubiger, seinen Anspruch im Wege der Zwangsvollstreckung auch ohne eigne Leistung zu verfolgen.

⁷³ B.G.B. § 320¹. Über die Einheitlichkeit dieses Gegenrechts bei einer an Mehrere zu bewirkenden Leistung oben § 182 S. 256 Anm. 46 u. § 183 S. 274 Anm. 25. Ein bloßes Zurückbehaltungsrecht ist das Gegenrecht nicht, kann daher auch nicht durch Sicherheitsleistung beseitigt werden. Doch gehört die Einrede zu denjenigen verzögerlichen Einreden, die nach § 202² die Verjährung der Forderung nicht hemmen, worin die Selbständigkeit der beiderseitigen Forderungen sich deutlich offenbart.

⁷⁴ Der § 360 des Entw. I, der dies ausdrücklich bestimmen wollte, ist als selbstverständlich gestrichen. Vgl. Dernburg § 93 III 2, Oertmann zu § 320 Bem. 2.

⁷⁵ Im gemeinen Recht stellte man der *exceptio non impleti contractus* die *exceptio non rite adimpleti contractus* zur Seite; vgl. aber Windscheid § 321 Anm. 5.

⁷⁶ B.G.B. § 320²; Dernburg § 94, Oertmann Bem. 8, Siber b. Planck⁴ Bem. 4.

⁷⁷ Vgl. oben § 179 S. 149 Anm. 25.

Verhältnisse, wenn nach dem besonderen Schuldinhalt der eine Teil vorzuleisten hat⁷⁸. Dann kann der Vorleistungspflichtige die ihm geschuldete Leistung erst fordern, nachdem er selbst geleistet hat⁷⁹, und kann, wenn der andere Teil fordert, die Einrede des nicht erfüllten Vertrages nicht erheben⁸⁰. Allein einerseits kann er, falls der andere Teil im Annahmeverzuge ist, auch ohne vorgängige eigne Leistung auf Leistung gegen Empfang der Gegenleistung klagen⁸¹. Andererseits steht auch ihm gegen die Forderung des anderen Teils dann ein Leistungsverweigerungsrecht zu, wenn sein Anspruch auf Gegenleistung durch den nachträglichen Eintritt einer wesentlichen Verschlechterung in den Vermögensverhältnissen des anderen Teils gefährdet wird; nur genügt zur Erledigung dieser Einrede nicht blofs die Bewirkung der Gegenleistung, sondern schon, wie beim gewöhnlichen Zurückbehaltungsrecht, deren Sicherstellung⁸².

Darüber hinaus wird in Ansehung der Erfüllung der Schuld das Recht jedes Teiles durch die Abhängigkeit von dem Rechte des anderen Teiles eingeschränkt. In dieser Richtung sind gegenüber dem römischen und gemeinen Recht in der neueren Rechtsentwicklung zwei Grundsätze deutscher Herkunft durchgedrungen. Erstens der Grundsatz, dafs, wenn infolge eines Zufalles die Leistung des einen Teils unmöglich wird, auch die Verpflichtung des anderen Teiles zur Gegenleistung wegfällt⁸³. Zweitens der Grundsatz, dafs

⁷⁸ Sei es auf Grund besonderer Vereinbarung, sei es nach gesetzlicher Regel (z. B. B.G.B. § 551 und § 614).

⁷⁹ Die Behauptung der Vorleistung gehört hier zum Klagegrunde; Hellwig, Anspruch S. 376, Lehrbuch I 372; Planck³ zu § 322 Bem. 2; Kühlenbeck Bem. 2; Düringer-Hachenburg S. 163 Anm. 249. — A. M. Schollmeyer Bem. 2, Matthiafs § 86 II B 3 c, Langheinken, Anspruch S. 96 ff., nach denen es sich auch hier nur um eine Einrede handelt. Desgleichen, jedoch mit Einschränkungen, Oertmann zu § 320 Bem. 1, Siber b. Planck⁴ zu § 320 Bem. 1 b.

⁸⁰ B.G.B. § 320¹.

⁸¹ B.G.B. § 322². Die Behauptung des Annahmeverzuges gehört hier zum Klagegrunde.

⁸² B.G.B. § 321. Über das Verhältnis dieser Bestimmung zu der Lehre von der *clausula rebus sic stantibus* vgl. unten S. 306 Anm. 116. — Ein Klagerecht auf Leistung Zug um Zug oder auf Sicherheitsleistung ist damit dem Vorleistungspflichtigen nicht gewährt; R.Ger. LIII Nr. 18, Seuff. LVIII Nr. 164, LIX Nr. 54, LXIII Nr. 55, Planck³ Bem. 4 (4. Aufl. Bem. b), Dernburg § 93 Anm. 11, Oertmann² Bem. 3 b und d. A. M. jetzt Oertmann³ Bem. 4 b, Düringer u. Hachenburg S. 165 ff. Bem. 250.

⁸³ Dem röm. R. war, wie insbesondere die Regel „*periculum est emptoris*“ zeigt, ein derartiger Grundsatz fremd. Im deutschen Recht liegt er der ab-

wenn der eine Teil die Leistung nicht rechtzeitig bewirkt, der andere Teil den vereinbarten Leistungsaustausch ablehnen und vom Vertrage zurücktreten kann⁸⁴. Beide Grundsätze sind im B.G.B. zu voller Anerkennung gelangt. Denn auf ihnen beruhen die schon erwähnten Vorschriften über die besonderen Wirkungen, die sich bei gegenseitigen Verträgen an den Eintritt der Unmöglichkeit einer Leistung und an den Leistungsverzug knüpfen⁸⁵. Hiernach verliert einerseits, wer selbst ganz oder teilweise nicht zu erfüllen vermag, auch ganz oder teilweise das Recht, Erfüllung zu verlangen⁸⁶. Andererseits kann, wer die ihm gebührende Erfüllung nicht empfängt, sich auch von der Verpflichtung lossagen, seinerseits zu erfüllen⁸⁷. Indem so die beiderseitigen Leistungspflichten

weichenden Regel über die Tragung der Gefahr beim Kauf und bei anderen gegenseitigen Verträgen zugrunde. In allgemeiner Fassung spricht ihn das Preufs. L.R. I, 5 § 364 aus. Ebenso Sächs. Gb. § 1013.

⁸⁴ Nach röm. und gem. R. kann der andere Teil grundsätzlich nur Erfüllung und Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung verlangen. Dagegen war im älteren deutschen Recht ein Rücktrittsrecht wegen Nichterfüllung des anderen Teils vielfach anerkannt; insbesondere ist beim Kauf, wie H. Mitteis, Rechtsfolgen des Leistungsverzuges beim Kaufvertrag nach niederländischen Quellen des M.A. (Beyerle VIII 2) S. 72 ff., nachgewiesen hat, das Rücktrittsrecht wegen Leistungsverzuges schon im Mittelalter ausgebildet; unten § 192 Anm. 114. Das Preufs. L.R. I, 5 § 393—394 hält an dem römischen Grundsatz fest, gewährt aber in besonderen Fällen ein Rücktrittsrecht wegen Nichterfüllung (I, 5 § 397 ff., I, 11 § 229 ff., 938, 1001). Ebenso Öst. Gb. § 919, Sächs. Gb. § 864 (anders nach § 865 bei Fixgeschäften). Demgegenüber ist die grundsätzliche Anerkennung eines Rücktrittsrechts wegen Nichterfüllung im Code civ. a. 1184 ausgesprochen; vgl. Crome, Grundlehren II § 16. Ebenso im Schweiz. O.R. a. 122—124 (107—109). Vor allem aber wurden für das deut. R. die Bestimmungen des alten H.G.B. a. 354—359 über den Handelskauf vorbildlich, die bei Leistungsverzug dem anderen Teil das dreifache Wahlrecht gewähren, auf Erfüllung zu bestehen, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu fordern oder vom Vertrage zurückzutreten.

⁸⁵ B.G.B. § 323—327, H.G.B. § 375—376; dazu die den einzelnen Arten von Schuldverträgen (z. B. Kauf, Tausch, Miete, Werkvertrag, Verlagsvertrag) angepaßten Sonderbestimmungen. Vgl. oben § 178 S. 130 ff. Anm. 66—70, 73, 75—77, S. 138 Anm. 103—104. Auf die Ausgestaltung im einzelnen wirken zugleich die allgemeinen Grundsätze über den Einfluß von Verschulden und Zufall, über die je nach dem Schuldinhalt ungleiche Bedeutung der Leistungszeit (besonders hinsichtlich der Frage, ob Nachfrist zu gewähren ist) und über die Bedeutung einer Teilerfüllung maßgebend ein.

⁸⁶ Anders nur, wenn der andere Teil für den Eintritt der Unmöglichkeit verantwortlich ist. Ist er selbst dafür verantwortlich, so muß er überdies Schadensersatz leisten.

⁸⁷ So stets, wenn er ein ihm zustehendes Rücktrittsrecht ausübt. Aber auch, wenn er das ihm auf Grund des Verzuges oder sonstiger Verantwort-

ihrem rechtlichen Bestande nach in einen inneren Zusammenhang miteinander gesetzt sind, bewährt sich auch im geltenden deutschen Recht das Schuldverhältnis aus dem gegenseitigen Vertrage als ein einheitliches Gesamtverhältnis.

IV. Wegfall des Schuldvertrages.

1. **Überhaupt.** Jeder Schuldvertrag hört insoweit zu wirken auf, als das von ihm begründete Schuldverhältnis durch Erfüllung, Zeitablauf oder auf andere Weise erlischt. Er hat sein Ziel erreicht und ist damit erledigt. Andererseits aber wird das Schuldverhältnis in seinem Bestande betroffen, wenn der Schuldvertrag selbst wegfällt.

a. **Arten des Wegfalls.** Der Wegfall des Schuldvertrages kann einen sehr verschiedenen Sinn haben.

α. **Nichtigkeit.** Ein Schuldvertrag kann als nichtig behandelt werden. Dann stellt sich seine schuldbegründende Kraft als bloßer Schein heraus. Ein vertragsmäßiges Schuldverhältnis ist niemals entstanden. Freilich können trotzdem aus Anlaß des Vertragsschlusses mancherlei Schuldverhältnisse begründet sein. Aber ihre Quelle ist nicht der Vertrag, sondern die Verantwortlichkeit für außervertragliche Schadensverursachung⁸⁸ oder die ungerechtfertigte Bereicherung.

β. **Aufhebung.** Ein Schuldvertrag kann von einem bestimmten Zeitpunkte an aufgehoben werden. Dann büßt er seine Wirkungskraft für die Zukunft ein. Dagegen bleibt seine bisherige Wirkungskraft ungeschwächt. Die dem Vertrage gemäß bewirkten Leistungen behalten ihre Erfüllungswirkung. Aber auch einzelne unerledigte Schuldverhältnisse können auf Grund des Vertrages fortbestehen. So bewahrt der behufs Wegfalles eines dauernden Schuldverhältnisses aufgehobene Schuldvertrag hinsichtlich der schon entstandenen Einzelschuldverhältnisse regelmässig seine volle Wirkungskraft, während er neue derartige Schuldverhältnisse nicht mehr hervorzubringen vermag⁸⁹.

γ. **Auflösung.** Ein Schuldvertrag kann rückwärts aufgelöst werden. Dann wird er nicht bloß für die Zukunft, sondern auch für die Vergangenheit entkräftet. Auch die schon bewirkten

lichkeit des anderen Teils gewährte Recht ausübt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu fordern, kann er nach richtiger Ansicht seine eigne Verpflichtung, zu erfüllen, als erloschen behandeln; oben § 178 S. 131 Anm. 73.

⁸⁸ So auch in den Fällen des B.G.B. § 122, 179, 307.

⁸⁹ Oben § 176 II 7 S. 187 ff.

Leistungen verlieren ihre Erfüllungswirkung. Allein die Rechtsbeständigkeit des Vertragsschlusses wird nicht in Frage gestellt. Möglich ist freilich, daß trotzdem dieselbe Rechtslage eintreten soll, wie wenn der Vertrag niemals geschlossen wäre. Möglich ist aber auch, daß der Schuldvertrag eine auf Rückgängigmachung des von ihm selbst Bewirkten gerichtete Wirkungskraft behält.

b. Eintritt des Wegfalls. Jede Art der Entkräftung eines Schuldvertrages kann von Rechts wegen eintreten oder vereinbart werden oder kraft einseitiger Willenserklärung erfolgen.

a. Von Rechtswegen kann ein Schuldvertrag nichtig sein oder mit dem Eintritt einer ihm gesetzten Endfrist oder auflösenden Bedingung für die Zukunft wegfallen⁹⁰ oder auch infolge des Eintritts einer mit rückwirkender Kraft ausgestatteten auflösenden Bedingung der rückwärts gerichteten Auflösung verfallen⁹¹.

β. Durch Vertrag kann ein Schuldvertrag in beliebigem Umfange entkräftet (annulliert, aufgehoben oder aufgelöst) werden.

γ. Durch einseitige Willenserklärung kann ein Vertragsteil auf Grund eines ihm vertragsmäßig oder gesetzlich zustehenden Gestaltungsrechtes den Schuldvertrag entkräften. Als Mittel der Vernichtung des Schuldvertrages dient die Anfechtung⁹², als Mittel der Aufhebung die Kündigung mit oder ohne Kündigungsfrist⁹³, als Mittel der Auflösung der Rücktritt. Verschiedene Bedeutung hat in der Anwendung auf Schuldverträge die als „Widerruf“ bezeichnete Erklärung⁹⁴. Hier ist nur noch vom Rücktritt zu handeln, weil er zu einem besonderen Institut des Schuldvertragsrechtes ausgebildet ist.

⁹⁰ B.G.B. § 158², 163.

⁹¹ B.G.B. § 159.

⁹² B.G.B. § 142.

⁹³ Oben § 176 S. 91 ff.

⁹⁴ Der Widerruf des Vertragsschlusses in den Fällen des B.G.B. § 109, 178, 1397, 1830 wirkt vernichtend, der Widerruf des Auftrages (§ 671) und der Anweisung (§ 790) aufhebend, der Widerruf der Schenkung (§ 530—534, 1584) und des Darlehnsversprechens (§ 610) nach Art des Rücktritts auflösend. — Der Widerruf von Antrag, Annahme, Zustimmung usw. (§ 130, 183, 1405, 1887) bringt niemals Verträge, sondern nur einseitige Willenserklärungen, die zum Vertragsschluss erforderlich sein können, in Wegfall. Der Widerruf der Auslobung (§ 658) hebt ein einseitiges Versprechen auf. Der Widerruf von eingeräumter Vertretungsmacht (§ 27, 168, 17), der Stiftungswiderruf (§ 81) und der Testamentswiderruf (§ 2253 ff., 2270 ff.) gehören überhaupt nicht dem Schuldrecht an.

2. Rücktritt⁹⁵.

a. Geschichte. Im älteren deutschen Rechte erschien der Rücktritt vom Verträge als Zurücknahme des gegebenen und genommenen Versprechens. Indem man sich von seinem Worte lossagte, zerrifs oder zerbrach man den geschlossenen Vertrag⁹⁶. Eine Zurücknahme des Versprechens war trotz des Zustandekommens des Vertrages insoweit zulässig, als das Erfüllensollen nicht durch das Haltensollen gewährleistet war⁹⁷. Das Haltensollen aber konnte für einen oder jeden Vertragsteil durch ein ihm zustehendes Reuerecht ausgeschlossen sein. Der Vertrag bleibt hier rechtsbeständig und erfüllbar, solange das Versprechen aufrecht steht⁹⁸. Er wird aber entkräftet, sobald das Reuerecht ausgeübt wird⁹⁹. Allgemein war ursprünglich bei gegenseitigen Verträgen ein Reuerecht insoweit anerkannt, als nicht entweder das Versprechen in rechtsförmlicher Weise besonders befestigt oder bereits von einer Seite geleistet war¹⁰⁰. Immer war ferner der vertrags-

⁹⁵ Über das ältere deut. R.: Siegel, Das Versprechen S. 26 ff., Der Handschlag und Eid, Wien 1894, S. 70 ff.; Puntschart, Treugelöbniß S. 77 ff.; v. Amira, O.R. I 324 ff., II 581 ff. — Über röm. u. gem. R.: Glück XVI 239 ff. Unterholzner II § 429 ff. Wendt, Die Reuverträge, 1879. Windscheid § 223. — Über das heut. deut. R.: Stammler S. 88 ff. Cosack I § 112. Endemann I § 148. Dernburg II § 107 ff. Crome II § 174 ff. Matthiafs I § 90. Landsberg § 122. Kohler II § 66. Enneccerus I § 262 ff. Kipp b. Windscheid S. 345 ff., sowie in Festg. f. Koch (1903) S. 110 ff. Kisch, Unmöglichkeit S. 134 ff. Littmann, Das gesetzliche Rücktrittsrecht, 1902. Seckel, Gestaltungsrecht S. 222 ff. Oertmann, Bl. f. R.A. LXIX 65 ff. M. Lesser, Das Rücktrittsrecht bei positiven Vertragsverletzungen, Breslau 1906. Komm. zu B.G.B. § 346—361.

⁹⁶ v. Amira II 581 ff.

⁹⁷ Über diese Unterscheidung vgl. oben S. 284 Anm. 10.

⁹⁸ Gegen die Meinung von Stobbe, Reurecht S. 212, Sohm, Eheschließung S. 29 Anm. 14, Hofmann, Die Entstehungsgründe der Obligation, 1874, S. 22, ein durch freie Rücktrittserklärung löslicher Vertrag sei noch gar kein Vertrag, sondern nur Vorbereitung eines Vertrages, vgl. v. Amira I 335 Anm. 5 und bes. Puntschart S. 77 ff. (Anm. 2). Wenn Puntschart seinerseits ausführt, ein solcher Vertrag bestehe, sei aber noch nicht „wirksam“, so ist dagegen zu sagen, daß der Vertrag durchaus nicht als unwirksam bezeichnet werden darf, weil er bereits „Schuld“, wenn auch Schuld ohne Haftung, begründet. Vgl. meine Schrift über Schuld u. Haftung S. 353.

⁹⁹ Darum wird er nach der Ausdrucksweise der Quellen erst mit dem Wegfall des Reuerechts stet und fest, unwandelbar, unverrückbar, unwiderlich usw. und erlangt damit „Kraft und Macht“; vgl. Puntschart S. 77, meine Schr. über Schuld u. Haftung S. 354 ff. Anm. 78—84.

¹⁰⁰ Vgl. Siegel, Versprechen S. 28 ff., Handschlag S. 71; v. Amira I 283 ff., 292, 324 ff., 555, II 346, 582 ff.; Schuld und Haftung S. 84, 353 ff. Bis

mäßige Vorbehalt eines Rücktrittsrechtes möglich; insbesondere wurde häufig die Zulässigkeit des Rücktritts gegen Reuegeld vereinbart und zum Teil sogar im Zweifel das Haftgeld als vereinbartes Reuegeld gedeutet¹⁰¹. In vielen Fällen endlich konnte der Rücktritt aus bestimmten Gründen erklärt werden¹⁰². Nach der Rezeption konnten die Sätze des römischen Rechtes über das Rücktrittsrecht bei den nicht von der Form entbundenen gegenseitigen Verträgen¹⁰³ infolge der Anerkennung der Formfreiheit aller Verträge sich nicht einbürgern. Reste des deutschen Reuerechts bei gegenseitigen Verträgen erhielten sich nur vereinzelt oder tauchten bei der Einführung neuer Vertragsformen in den Partikularrechten wieder auf¹⁰⁴. So wurde im gemeinen Recht, dem die großen Gesetzbücher sich anschlossen, das Rücktrittsrecht hauptsächlich nur als Ausfluß gewisser im römischen Rechte beim Kaufe ausgebildeter Nebenverträge (*pactum displicentiae*, in diem addictio, *lex commissoria*) anerkannt und behandelt¹⁰⁵. Daneben erblickte man in der *actio redhibitoria* die Ausübung eines gesetzlichen Rücktrittsrechtes, das sich ausführlicher Regelung er-

dahin kann jeder Teil nach seinem Belieben und unentgeltlich, indem er das gegebene Wort unter gleichzeitiger Rückgabe des empfangenen Wortes zurücknimmt, das Reuerecht ausüben. Die Befestigung (Bestätigung, Bekräftigung) des Versprechens vor Empfang einer Gegenleistung erfolgt durch rechtsförmliches Haftungsgeschäft (unten § 186 I), insbesondere durch Arrhalvertrag (Haftgeld, Gottespfennig, Litkauf usw.); Schuld u. Haftung S. 354 ff. Doch kann nach manchen Quellen die Bindung noch während einer kurzen Frist durch Rückgabe oder Rückforderung des Haftgeldes rückgängig gemacht werden; so nach altem Lüb. R. b. Hach S. 207 u. revid. Lüb. R. III, 6, b, bevor die Parteien auseinandergehen (*antequam pedem mutaverit*), nach anderen Quellen, bevor das Haftgeld eine Nacht hindurch behalten ist; Schuld u. Haft. S. 356 Anm. 85—86; vgl. Siegel, Verspr. S. 32, Stobbe, Z. f. R.G. XIII 227 ff. Im übrigen bleibt nach der Bestätigung nur Rücktritt gegen Reubulße oder aus bestimmten Gründen zulässig.

¹⁰¹ Schuld und Haftung S. 357 ff. Vgl. Goldschmidt, Z. f. H.R. I 391 ff.; Stobbe, Z. f. R.G. XIII S. 251 ff., D.P.R. III³ § 218 III; Siegel, Verspr. S. 33 ff.; nord. R. b. v. Amira I 335 ff., 344 ff.

¹⁰² Über das Rücktrittsrecht wegen Nichterfüllung seitens des anderen Teils oben S. 299 Anm. 84. — Über besondere Rücktrittsgründe im nord. R. v. Amira I 568 ff., 591 ff., 652, II 698 ff., 783 ff.

¹⁰³ Vgl. über dieses viel umstrittene römische Reuerecht Windscheid § 321 Anm. 11 u. die dort angef. Schriften.

¹⁰⁴ Siegel, Versprechen S. 36 ff.; Schuld u. Haftung S. 372.

¹⁰⁵ Windscheid § 323 und die andere in Anm. 95 angef. gemeinrechtl. Lit.; Preuss. L.R. I, 11 § 272 ff., 332 ff.; Öst. Gb. § 919, 1083 ff.; Sächs. Gb. § 864 ff., 1107 ff., 1436.

freute. Andere Fälle des gesetzlichen Rücktrittsrechtes traten im Handelsrecht hinzu, das namentlich dem Rücktrittsrecht wegen Nichterfüllung Bahn brach¹⁰⁶. Als ein eigenartiger und überall gleichmäßiger Vorgang wurde der Rücktritt nicht aufgefaßt. Vielmehr unterstellte man ihn soweit möglich der Lehre von den Bedingungen¹⁰⁷ und grenzte ihn im übrigen nur unvollkommen gegen die sonstigen Arten des Wegfalles von Schuldverträgen ab¹⁰⁸. Dagegen hat das B.G.B. den Rücktritt zu einem besonderen Rechtsinstitut erhoben und eingehende Vorschriften über das vertragsmäßige Rücktrittsrecht aufgestellt, die auf das vom heutigen Recht in weitem Umfange gewährte gesetzliche Rücktrittsrecht größtenteils entsprechende Anwendung finden¹⁰⁹.

b. Rücktrittsrecht. Der Rücktritt setzt ein Rücktrittsrecht voraus.

Das Rücktrittsrecht kann auf vertragsmäßigem Vorbehalt beruhen. Der Vertrag kann einem oder jedem Vertragsteil ein Rücktrittsrecht gewähren. Das Rücktrittsrecht kann in beliebiger Weise eingeschränkt werden. Es ist möglich, daß der Rücktritt nur gegen Zahlung eines Reugeldes (oder gegen eine andere Vergütung) zulässig sein soll; eine besondere Ausbildung haben die Verträge mit Vorbehalt des Rücktritts gegen Reugeld als handelsrechtliche Prämiengeschäfte erfahren¹¹⁰. Es ist ferner möglich, daß der Rücktritt nur aus bestimmten Gründen gestattet sein soll. So kann ein Rücktrittsrecht für den Fall einer Veränderung der Umstände vereinbart werden. Insbesondere aber wird häufig ein Rücktrittsrecht für den Fall vorbehalten, daß der

¹⁰⁶ Oben S. 299 Anm. 84.

¹⁰⁷ So die herrschende (von Wendt a. a. O. S. 42 ff. freilich bekämpfte) gemeinrechtliche Ansicht; Windscheid Anm. 5. Ferner Preuss. A.L.R. I, 11 § 332, 272—274, Code civ. Art. 1184, Öst. Gb. § 1083—1085, Sächs. Gb. § 1107—1110, 1111—1117, 1436.

¹⁰⁸ Namentlich wurde die auf die Zukunft gerichtete einseitige Aufhebung eines dauernden Schuldverhältnisses (z. B. beim Gesellschaftsvertrage und beim Dienstvertrage) vielfach als Fall des Rücktritts behandelt.

¹⁰⁹ B.G.B. § 346—361. Verweisungen auf entsprechende Anwendung der §§ 346—356 in § 327 und Verlagsges. § 37; nur auf die §§ 346—348, 350—354 u. 356 in § 467 (Wandlung). — Nach B.G.B. § 280² und § 286² sind die §§ 346—356 auch in den dort behandelten Fällen entsprechend anzuwenden, obschon hier kein Rücktritt erfolgt, sondern unter Ablehnung der Erfüllung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt wird.

¹¹⁰ Meine Grundz. des H.R. in Enzykl.⁶ I 988 u. die dort u. Enzykl.⁷ III 97 angef. Lit.

andere Teil seine Verbindlichkeit nicht erfüllt¹¹¹. Ein derartiger Vorbehalt ist auch in der Abrede zu finden, daß der Schuldner im Falle der Nichterfüllung seiner Rechte aus dem Vertrage verlustig sein soll (Verwirkungsklausel)¹¹². Ist ein gegenseitiger Vertrag als Fixgeschäft geschlossen, so ist im Zweifel anzunehmen, daß der andere Teil zum Rücktritt berechtigt sein soll, wenn die Leistung nicht rechtzeitig erfolgt¹¹³.

Unabhängig von besonderer Vereinbarung besteht auch vielfach ein gesetzliches Rücktrittsrecht. Ein gesetzliches Rücktrittsrecht, das nach Belieben, aber nur gegen eine Vergütung ausgeübt werden kann, begegnet bei den Frachtverträgen des See- und Binnenschiffrechts¹¹⁴. In bestimmten Fällen ist ferner bei manchen Verträgen ein Rücktrittsrecht wegen veränderter Umstände anerkannt¹¹⁵; im allgemeinen aber ist ein derartiges Rücktrittsrecht nicht gegeben¹¹⁶. Allgemein dagegen erwächst bei gegen-

¹¹¹ Verschulden ist im Zweifel nicht erforderlich. Die Beweislast, daß erfüllt sei, trifft, wenn das Rücktrittsrecht ausgeübt wird, den zur Erfüllung Verpflichteten, es sei denn, daß es sich um eine Unterlassungspflicht handelt; B.G.B. § 358.

¹¹² B.G.B. § 360. — Beschränkungen der Vertragsfreiheit bei Abzahlungsgeschäften enthält das R.Ges. v. 5. Mai 1894.

¹¹³ B.G.B. § 361. Nach der Fassung des Gesetzes handelt es sich hier um ein vertragsmäßiges Rücktrittsrecht, während das Rücktrittsrecht beim handelsrechtlichen Fixkauf nach H.G.B. § 376 ein gesetzliches ist.

¹¹⁴ Das Rücktrittsrecht des Befrachters gegen „Fautfracht“ (eine Form des Reugeldes) und je nach den Umständen weitere Entschädigung nach H.G.B. § 580—589, sowie das entsprechende Rücktrittsrecht des Reisenden nach H.G.B. § 667 und des Absenders nach B.Sch.G. § 36, 38, 39. Beliebiger Rücktritt gegen ein Abstandsgeld (Ristorno) wird auch dem Versicherten bei der Seeversicherung durch H.G.B. § 894 ermöglicht.

¹¹⁵ So das Widerrufsrecht beim Darlehensversprechen (und sonstiger Kreditzusage) nach B.G.B. § 610 und bei der Schenkung nach § 530 ff., falls man sie überhaupt als Rücktrittsrechte gelten läßt. Ferner die Rücktrittsrechte beim Verlagsvertrage nach Verlagsges. § 35 u. 36 (auch wohl § 17) und bei den Frachtgeschäften des Schiffrechts nach H.G.B. § 629 ff., 634 ff., 669 ff., B.Sch.G. § 71. Auch die Rücktrittsrechte bei Miete und Pacht nach Konk.O. § 20, sowie das des Versicherten wegen Zahlungsunfähigkeit des Versicherers bei der Seeversicherung nach H.G.B. § 898. — Nicht hierher gehören die Kündigungsrechte wegen veränderter Umstände, wie sie z. B. aus B.G.B. § 605 Z. 1, 626, 723, Verlagsges. § 18, Konk.O. § 19, 22 folgen.

¹¹⁶ In der älteren gemeinrechtlichen Theorie und Praxis neigte man auf Grund der Lehre, daß jedem Vertrage die „clausula rebus sic stantibus“ innewohne, zur Gewährung eines mehr oder minder ausgedehnten generellen Rücktrittsrechtes wegen unvorhergesehener Veränderung der Umstände. Vgl. Stammler S. 89 ff., bes. aber L. Pfaff, Die Klausel rebus sic stantibus in

seitigen Verträgen aus Nichterfüllung des anderen Teils ein Rücktrittsrecht, das jedoch je nach dem Grunde der Nichterfüllung einerseits und der Natur des Vertrages andererseits bald ohne weiteres, bald erst nach Ablauf einer für die Erfüllung gesetzten Nachfrist eintritt und bald Verzug oder sonstiges Verschulden des anderen Teils voraussetzt, bald unabhängig von jedem Verschulden begründet ist¹¹⁷. Als eine besondere Art des gesetzlichen Rück-

der Doktrin und in der österr. Gesetzgebung, 1898, auch Fritze, Arch. f. b. R. XVII 20 ff. Grundsätzliche Bestimmungen dieser Art nebst manchen daraus abgeleiteten Einzelbestimmungen trafen das Bayr. L.R. IV c. 15 § 12, das Preuß. A.L.R. I, 5 § 378 u. das Österr. Gb. § 936 (zunächst für Vorverträge); vgl. Pfaff S. 79 ff., 86 ff., 96 ff. Im gemeinen Recht aber wurde die Klausellehre bei privatrechtlichen Schuldverträgen wieder aufgegeben; nur bei der Kreditzusage drang sie von neuem durch, vgl. Regelsberger, Jahrb. f. D. XL 473 ff. Das Sächs. Gb. § 864 verwarf sie ausdrücklich. Auch dem B.G.B. ist ein allgemeines gesetzliches Rücktrittsrecht wegen veränderter Umstände fremd; R.Ger. L Nr. 59 S. 257 ff., LX Nr. 13; a. M. Stahl, Die sogenannte *Clausula rebus sic stantibus* im B.G.B., 1909. Doch kommt dem Grundgedanken der Klausellehre die oben S. 298 Anm. 82 erwähnte generelle Gewährung eines Leistungsverweigerungsrechtes an den aus einem gegenseitigen Vertrage Vorleistungspflichtigen wegen Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des anderen Teils entgegen. Überdies kann nach B.G.B. § 157 in Fällen, in denen die Aufrechthaltung des Vertrages trotz veränderter Umstände wider Treu und Glauben verstieße, ein Rücktrittsrecht als vereinbart anzunehmen sein; Dernburg § 111 (4 112) III; Seuff. LXII Nr. 107. Vgl. über die Bedeutung und das Anwendungsgebiet der Klausellehre im Privatrecht auch Erich Kaufmann, Das Wesen des Völkerrechts und die *clausula rebus sic stantibus*, 1911, S. 69 ff. u. 205 ff. — Bei völkerrechtlichen Verträgen hat die Lehre von der Immanenz der Klausel ihre Herrschaft behauptet. Den von Bruno Schmidt, Die völkerrechtliche *clausula rebus sic stantibus*, Leipz. 1907, unternommenen Versuch, sie auch hier als unhaltbar zu erweisen, hat Kaufmann in der angeführten Schrift als verfehlt dargetan. Aber auch alle sonstigen Abschwächungsversuche lehnt Kaufmann mit Recht ab und leitet in überzeugender Weise die Allgemeingültigkeit der Klausel aus dem Wesen des Völkerrechts und dessen Grundverschiedenheit vom Privatrecht her.

¹¹⁷ B.G.B. § 325, 326, 636; H.G.B. § 376; Verlagsges. § 30—32; dazu oben S. 299 Anm. 84—85. Verwandt ist das Rücktrittsrecht bei einer Schenkung mit Auflage aus B.G.B. § 527. Ferner das Rücktrittsrecht des Versicherers wegen Verletzung der Anzeigepflicht aus V.V.G. § 16—21 u. 161—163, H.G.B. § 808—811. — Über das angebliche Rücktrittsrecht bei positiver Vertragsverletzung, das von Vielen verteidigt und vom R.Ger. bei Sukzessivlieferungsgeschäften gewährt wird, hier aber in Wahrheit vielmehr ein Kündigungsrecht ist, vgl. oben § 176 S. 94. Bei anderen als dauernden Schuldverhältnissen wird in der Entsch. des R.Ger. LXIII Nr. 27 ein derartiges Rücktrittsrecht ausdrücklich abgelehnt. Willkürlich ist die Annahme von M. Lesser a. a. O. § 14, aus B.G.B. § 325 u. 326 sei die allgemeine Regel zu erschließen, daß ein Rücktrittsrecht stets

trittsrechts erscheint das Wandelungsrecht wegen fehlerhafter Erfüllung, das beim Kaufe und bei anderen auf Lieferung einer Sache gerichteten Verträgen begründet ist, wenn ein vom anderen Teil zu vertretender Sachmangel vorliegt¹¹⁸.

c. **Ausübung.** Der Rücktritt erfolgt durch einseitige Willenserklärung gegenüber dem anderen Teil¹¹⁹. Sind auf der einen oder anderen Seite Mehrere beteiligt, so kann das Rücktrittsrecht nur ungeteilt von allen und gegen alle ausgeübt werden¹²⁰. Die Ausübung muß innerhalb der etwa vereinbarten oder der vom anderen Teil bestimmten angemessenen Frist erfolgen, widrigenfalls das Rücktrittsrecht erlischt¹²¹. Ist der Rücktritt nur gegen Zahlung eines Reugeldes zulässig, so ist er unwirksam, wenn nicht vorher oder gleichzeitig das Reugeld entrichtet wird und der andere Teil die Erklärung unverzüglich aus diesem Grunde zurückweist, kann jedoch noch durch unverzüglich nach der Zurückweisung erfolgte Entrichtung des Reugelds in Wirksamkeit erhalten werden¹²².

d. **Wirkungen.** Der Rücktritt hebt die durch den Schuldvertrag begründete Verpflichtung, das Versprochene zu leisten, auf, begründet aber, soweit schon etwas geleistet ist, unter den Vertragsparteien die Verpflichtung, einander die empfangenen Leistungen zurückzugewähren¹²³. Unrichtig ist die Meinung, daß das alte Schuldverhältnis an sich bestehen bleibe und der Rücktritt nur Gegenverpflichtungen bezüglich der schon bewirkten Leistungen, Einreden bezüglich der noch geschuldeten Leistungen erzeuge¹²⁴. Vielmehr macht der Rücktritt das Schuldversprechen hinfällig, so daß die schon bewirkten Leistungen ihre Erfüllungskraft verlieren

begründet sei, wenn der andere Teil schuldhaft den Vertragszweck gefährdet oder vereitelt.

¹¹⁸ B.G.B. § 462 ff., 487 ff., 493, 634. Die Eigenart dieses Rücktrittsrechts liegt darin, daß es nach dem B.G.B. kein einseitiges Gestaltungsrecht, sondern ein Anspruch gegen den anderen Teil ist. Darum sind auch die Vorschriften über das gewöhnliche Rücktrittsrecht nur zum Teil entsprechend anwendbar; oben S. 304 Anm. 109.

¹¹⁹ B.G.B. § 349. Anders bei der Wandlung (vor. Anm.).

¹²⁰ B.G.B. § 356; vgl. oben § 182 S. 256 Anm. 47, § 183 S. 273 Anm. 25.

¹²¹ B.G.B. § 355. Eine gesetzliche Befristung besteht nicht. Ebensowenig, außer beim Wandlungsanspruch, eine Verjährung.

¹²² B.G.B. § 359.

¹²³ B.G.B. § 346.

¹²⁴ So Dernburg § 107 (108), Matthiafs § 90 III, Crome § 174 Z. 4, auch wohl Endemann § 148 Z. 2. Entw. I § 427¹ wollte freilich das Verhältnis in dieser Weise regeln.

und die noch nicht bewirkten Leistungen nicht mehr geschuldet werden. Unrichtig aber ist auch die Meinung, daß das gesamte Schuldverhältnis mit rückwirkender Kraft aufgelöst werde und nur eine neue selbständige Verpflichtung zur Rückgewähr des Empfangenen wegen Wegfalles des Grundes der Leistung entstehe¹²⁵. Vielmehr behält der Schuldvertrag eine auf Rückgängigmachung seiner bisherigen Wirkungen gerichtete Wirkungskraft. Der Rücktritt bewirkt also nur dann, wenn noch nichts geleistet ist, die Beendigung des gesamten Schuldverhältnisses. Insoweit dagegen schon etwas geleistet ist, bewirkt er nur eine Veränderung des bisherigen Schuldverhältnisses, das nach wie vor aus dem Schuldvertrage entspringt¹²⁶. Immer bleiben die Wirkungen des Rücktritts auf das Schuldverhältnis beschränkt; dingliche Wirkungen in Ansehung der durch die einzelnen Erfüllungsakte eingetretenen Vermögensverschiebungen kann der Rücktritt nur haben, soweit ihm durch Vertrag die Kraft einer auflösenden Bedingung für die betreffenden Verfügungsgeschäfte beigelegt ist¹²⁷.

Die Verpflichtung zur Rückgewähr erstreckt sich auf alle empfangenen Leistungen; für Leistungen, die nicht in Natur zurückgewährt werden können, wie für Dienste oder Überlassung einer Sachbenutzung, ist ihr Wert zu vergüten oder, wenn im Vertrage eine Gegenleistung in Geld bestimmt ist, diese zu entrichten¹²⁸. Die Rückgewähr hat so zu erfolgen, daß nach Möglichkeit der Zustand hergestellt wird, der bestehen würde, wenn nicht geleistet wäre; hinsichtlich der Verpflichtung zum Schadensersatz und zur Herausgabe oder Vergütung von Nutzungen, sowie hinsichtlich der Gegenansprüche wegen Verwendungen steht der Rückgewährpflichtige vom Empfange der Leistung an einem herausgabe-

¹²⁵ So bes. Oertmann, Bl. f. R.A. LXIX 65 ff., sowie zu § 346 Vorbem. 2. Ferner Planck, Vorbem. 1, Schollmeyer, Bem. 2, Kuhlenbeck b. Staudinger Vorbem. III 1, Cosack § 112, Kohler § 66 I, Kisch a. a. O. S. 134 ff., Enneccerus § 262 II; auch R.Ger. L Nr. 59 S. 266 ff. — Dabei führen Manche (wie Oertmann, Schollmeyer, Siber b. Planck⁴ Vorbem. 1^b) lediglich den Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung durch, während Andere (wie Planck³, Enneccerus, Kuhlenbeck) eine abweichende gesetzliche Regelung der neuen Schuldverpflichtungen anerkennen.

¹²⁶ Vgl. Hellwig, Anspruch S. 21 ff.; Kipp b. Windscheid S. 347; Seckel, Gestaltungsrechte S. 222.

¹²⁷ Dies ist möglich, aber im Zweifel nicht anzunehmen; R.Ger. LIV Nr. 87; Oertmann, Vorbem. 4; Enneccerus § 262 III. — Dazu Siber b. Planck⁴ Vorbem. 1 a.

¹²⁸ B.G.B. § 346 S. 2.

pflichtigen Besitzer gleich, gegen den der Eigentumsanspruch rechtshängig geworden ist; eine Geldsumme ist vom Empfange an zu verzinsen¹²⁹. Doch tritt bei gesetzlichen Rücktrittsrechten, falls der Rücktritt auf Grund eines vom anderen Teil nicht zu vertretenden Umstandes erfolgt, für diesen eine Ermäßigung der Rückgewährpflicht auf den Umfang der ungerechtfertigten Bereicherung ein¹³⁰. Bei manchen gesetzlichen Rücktrittsrechten gelten überhaupt abweichende Regeln¹³¹. Die beiderseitigen Verpflichtungen aus dem Rücktritt sind Zug um Zug zu erfüllen¹³².

e. Wegfall des Rücktrittsrechts. Das Rücktrittsrecht fällt weg, wenn der Berechtigte zur Rückgewähr des empfangenen Gegenstandes auf Grund eines Umstandes, den er zu vertreten hat, nicht imstande ist. Zufälligen Untergang hat er nicht zu vertreten¹³³. Dagegen verliert er das Rücktrittsrecht, wenn er Untergang, wesentliche Verschlechterung oder sonstige Unmöglichkeit der Herausgabe verschuldet hat oder für den, der die Schuld trägt, verantwortlich ist¹³⁴; wenn er die Sache durch Verarbeitung oder Umbildung in eine Sache anderer Art umgestaltet hat¹³⁵; wenn er den Gegenstand oder einen erheblichen Teil desselben veräußert oder belastet oder durch Zwangsvollstreckung eingebüßt hat und der dritte Erwerber für die Unmöglichkeit der Herausgabe verantwortlich ist¹³⁶. Der Rücktritt wird ferner unwirksam,

¹²⁹ B.G.B. § 347. Wäre Grund der Verpflichtung nicht der Vertrag, sondern der Wegfall der causa, so wäre nur ein Bereicherungsanspruch gerechtfertigt.

¹³⁰ B.G.B. § 327 S. 2; Verlagsges. § 37. Damit wird die Natur des Anspruchs nicht verändert; vgl. unten § 218 Anm. 16.

¹³¹ So bei der Schenkung im Falle des B.G.B. § 527, bei dem Verlagsvertrage im Falle des § 35 Verlagsges., besonders aber in den Fällen des See- und Binnenschiffsrechts (oben Anm. 114—115).

¹³² B.G.B. § 348. Dabei sind die Vorschriften über die Einrede des nicht erfüllten Vertrages entsprechend anzuwenden.

¹³³ B.G.B. § 350. Ebenso wenig zufällige Verschlechterung. Er kann also seine Leistung zurückfordern, während er selbst nichts oder nur Minderwertiges zurückzugewähren braucht.

¹³⁴ B.G.B. § 351 (mit Verweisung auf § 278). Vgl. Seuff. LXII Nr. 33; R.Ger. LIV Nr. 61 S. 223 ff., LVI Nr. 68, Nr. 71 (Anwendbarkeit von § 254), LIX Nr. 29 S. 299 ff.

¹³⁵ B.G.B. § 352. Modifikation bei der Wandelung in § 467.

¹³⁶ B.G.B. § 353. Liegt ein Verschulden des Erwerbers an dem Untergang oder der Verschlechterung nicht vor, so bleibt der Rücktritt zulässig, falls nicht etwa die Verfügung des Rücktrittsberechtigten selbst ein kausales Verschulden einschließt oder einen Verzicht auf das Rücktrittsrecht darstellt. Vgl. Siber b. Planck⁴ zu § 353.

wenn der Berechtigte mit der Rückgewähr des Gegenstandes oder eines erheblichen Teiles desselben in Verzug kommt und nicht vor Ablauf einer ihm vom anderen Teil gesetzten angemessenen Frist die Rückgewähr bewirkt¹⁸⁷. Der Rücktritt wegen Nichterfüllung der Verbindlichkeit des anderen Teils ist auch unwirksam, wenn der andere Teil sich durch Aufrechnung befreien konnte und unverzüglich nach dem Rücktritt die Aufrechnung erklärt¹⁸⁸.

§ 185. Das einseitige Schuldversprechen.

I. **Überhaupt.** Infolge der Auffassung des Versprechens als Verpflichtungsgrund gewann der deutsche Schuldvertrag vielfach eine Gestalt, bei der gegenüber der Erklärung des Schuldners die Mitwirkung des Gläubigers stark in den Hintergrund trat. Einem rechtsförmlichen Versprechen konnte formlose Annahme folgen. Dann fiel nur die Verpflichtungshandlung des Schuldners in die Sinne. Der Schuldner konnte seinen Verpflichtungswillen in eine Urkunde hineinlegen, durch deren Begebung der Schuldvertrag zustande kam. Dann fand nur die Verpflichtungserklärung des Schuldners in der Schrift ihre dauernde Verkörperung. Das Versprechen konnte wirksam einer noch unbestimmten Person angeboten werden; man konnte eine Leistung an den, der ein Grundstück erwerben, eine Urkunde vorzeigen oder eine Leistung vollbringen werde, an Jedermann aus einem bestimmten Kreise, ja auch an ein zurzeit noch nicht vorhandenes Rechtssubjekt mit der Wirkung versprechen, daß die Schuldverpflichtung entstand, sobald ein berufener Versprechensempfänger das ihm zugedachte Recht an sich nahm. Dann spielte vollends gegenüber der Verpflichtungserklärung des Schuldners, die den Schuldgrund in selbständiger Haltung geformt und hingestellt hatte, die Versprechensannahme, die durch bloße Zugriffs- oder Aneignungshandlung vollzogen werden konnte, eine unscheinbare Rolle.

In solchen Fällen näherte sich das Schuldgedinge einem einseitigen Schuldversprechen an. Gleichwohl ist die in neuerer Zeit mehrfach verfochtene Meinung, daß im deutschen Recht neben dem Schuldvertrage das einseitige Schuldversprechen als besondere Schuldbegründungsart anerkannt worden sei¹,

¹⁸⁷ B.G.B. § 354; vgl. R.Ger. L Nr. 39.

¹⁸⁸ B.G.B. § 357.

¹ So besonders Siegel, Das Versprechen als Verpflichtungsgrund (oben § 184 S. 283 Anm. 3), dem hierin Stobbe, D.P.R. § 219, beipflichtet. Desgleichen Hübner, Grundz.² § 73 I, der aber nur die „Gebundenheit ans Wort“ bei

schwerlich haltbar. Denn die Vorstellung, daß aus einem Schuldversprechen dem Versprechensempfänger ohne sein Wissen und Wollen eine Forderung erwachsen könne, scheint dem deutschen Rechte fremd geblieben zu sein². Immer vielmehr bedurfte es zum Erwerbe der Forderung einer Annahmehandlung, die sich mit dem Versprechensangebot zum Schuldvertrage zusammenschloß. So überwiegend die schuldschöpferische Kraft in das Versprechen verlegt werden mochte, so konnte doch das Versprechen das Schuldverhältnis nur dem objektiven Bestande nach fertig stellen. Und so sehr sich die Annahme verstecken mochte, so konnte doch ohne eine Mitwirkung des anderen Teils, in der sich eine Erklärung des Gläubigerwillens finden liefs, ein vollendetes Schuldverhältnis nicht entstehen.

Nach der Rezeption wurde auf Grund des römischen Rechtes, das grundsätzlich nur den Vertrag als schuldbegründendes Rechtsgeschäft anerkennt, allgemein gelehrt, daß an sich jedes Schuldversprechen erst durch Annahme Verpflichtungskraft erlange³. Ausnahmen von dieser Regel mußte man freilich zugestehen, da im römischen Recht der pollicitatio zum gemeinen Besten und im römischen und kanonischen Recht dem votum für einen frommen Zweck einseitige Verpflichtungskraft beigelegt war⁴. Allein man erblickte darin singuläre Gesetzesvorschriften, die das Prinzip nur bestätigten⁵. Auch verloren diese Ausnahmen im

einer Auslobung und überhaupt beim Vertragsantrage anführt, indem er den Begriff der Schuld auf das bloße „Haltensollen“ ausdehnt.

² Das Gegenteil folgt nicht aus den von Stobbe a. a. O. Anm. 2 angeführten Urkunden, die über den Forderungserwerb nichts sagen. Vgl. auch B. v. Lüdinghausen-Wolff, Die bindende Kraft des einseitigen Versprechens im heutigen gemeinen Privatrecht, Frankf. a. d. O. 1889, S. 32 ff. — Was das nordische Recht betrifft, so glaubt v. Amira im westnordischen Recht die Auslobung als schuldbegründendes einseitiges Versprechen anerkannt zu finden, erklärt dies aber für den einzigen Fall; O.R. II § 40.

³ Vgl. v. Lüdinghausen-Wolff a. a. O. S. 38 ff.; Siegel S. 6 Anm. 11. Auch die Naturrechtslehrer hielten, von ganz vereinzelt Ausnahmen abgesehen, daran fest, daß erst das angenommene Versprechen zur Erfüllung verpflichte; vgl. z. B. Thomasius, Inst. (1688) II c. 6 § 12, Gundling, Jus naturae ac gentium² (1728) c. 11 § 12—13, Daries, Inst. jurispr. univ.⁷ (1776) § 405 ff., Röder, Grundzüge des Naturrechts (1846) § 100.

⁴ Dig. 50, 12 de pollicitationibus; c. 8 X 3, 39. Näheres bei Unterholzner II § 575, Regelsberger, Streifzüge (1862) S. 17 ff., Brinz, Pand.¹ S. 1092 ff., Windscheid § 304 Z. 1 u. 2.

⁵ Die Naturrechtslehrer (oben Anm. 3) heben ausdrücklich hervor, daß die Verpflichtungskraft der pollicitatio dem Naturrecht fremd sei.

Laufe der Zeit ihre praktische Bedeutung. Die großen Gesetzbücher hielten, so sehr sie im Anschluß an deutschrechtliche Anschauungen die Kraft des Versprechens steigerten, doch durchweg am Vertragsgedanken fest⁶.

In neuerer Zeit aber kam in der deutschen Rechtswissenschaft eine Strömung auf, die neben dem Schuldvertrage dem einseitigen Schuldversprechen eine ebenbürtige Stellung zu erobern suchte. Sie machte sich zunächst bei der Konstruktion der Auslobung im Sinne eines bindenden einseitigen Versprechens bemerklich⁷. Ihren kräftigsten Impuls aber empfing sie durch die seit Kuntze in der Lehre von den Inhaber- und Orderpapieren vordringende Kreationstheorie⁸. Vertieft und verbreitert wurde sie, als Siegel die germanistische Forschung in ihren Dienst stellte⁹. Indem er überzeugend nachwies, daß die deutschrechtliche Auffassung des Versprechens als Verpflichtungsgrund auch im modernen Recht lebendig sei, fand er auch Gehör für die keineswegs schlüssigen Folgerungen, die er daraus zugunsten der Begründung von Schuldverhältnissen durch ein nicht angenommenes Versprechen zog¹⁰. Man entdeckte nun immer neue Fälle der einseitigen Schuld-schöpfung und zog dabei vielfach Erscheinungen heran, die nur gewaltsam dem Begriff des einseitigen Schuldversprechens unterstellt werden können¹¹.

⁶ Preufs. A.L.R. I, 5 § 4—6, 78 ff., I, 11 § 1058; Code civ. Art. 932, 1101 ff.; Öst. Gb. § 861; Sächs. Gb. § 770.

⁷ Vgl. unten zu II S. 318 ff.

⁸ Oben Bd. II 109 ff.

⁹ In der Schrift über das Versprechen als Verpflichtungsgrund (1873); oben § 184 S. 283 Anm. 3.

¹⁰ So namentlich bei Hofmann, Die Entstehungsgründe der Obligation, Wien 1874; Unger, Z. f. d. P. u. ö. R. d. G. I 357 ff.; Stobbe § 171, Stobbe-Lehmann § 219; Dernburg, Pand. II § 9.

¹¹ Von den bei Siegel und Stobbe behandelten Fällen kommt außer der Auslobung und den wertpapiermäßigen Versprechen nur noch das nicht angenommene Schenkungsversprechen (Siegel S. 14 Anm. 15, Stobbe-Lehmann § 219 Anm. 25) als einseitiges schuldbegründendes Rechtsgeschäft in Betracht. Daß dieses aber dem geltenden Recht fremd ist, können sie nicht leugnen. Außerdem würden noch die von Unger a. a. O. S. 373 ff. (vgl. auch Isay, Jahrb. f. D. XXXVI 460) hinzugefügten Verpflichtungen aus einseitigen Beitragszeichnungen für einen bestimmten Zweck hierher gehören. Sie schweben aber völlig in der Luft. Fehlerhaft dagegen ist die Einbeziehung der Gebundenheit ans Wort, der Wirksamkeit der Verträge zugunsten Dritter und der Haftung aus verkehrswidrigem Verhalten bei Vertragsverhandlungen; vgl. unten S. 214 ff. Anm. 15—20. Wenn Siegel S. 75 ff. auch das hinkende Geschäft

Die neue Lehre stieß auf heftigen Widerstand¹². In der Tat nimmt unser Rechtsbewusstsein Anstoß daran, daß im rechtsgeschäftlichen Verkehr Jemand ohne sein Wissen und Wollen aus fremdem Versprechen ein Forderungsrecht erwerben soll. So sehr es uns einleuchtet, daß die Verfügung von Todes wegen dem Bedachten unmittelbar ein Forderungsrecht verschafft, so wenig erscheint es uns als angemessen, daß durch einseitiges Rechtsgeschäft unter Lebenden einem Anderen ein Forderungsrecht aufgedrängt werden kann. Die Berufung auf das deutsche Recht scheint einen derartigen Bruch mit dem Vertragsgedanken keineswegs zu rechtfertigen. Vielmehr liefert gerade das deutsche Recht die Mittel, den Rahmen des Schuldvertrages so zu erweitern, daß er die Fälle des angeblichen einseitigen Schuldversprechens einzuschließen vermag. Die bindende Kraft des Antrags, die Wirksamkeit des Angebots an eine noch unbestimmte Person, die Anerkennung der Verträge zugunsten Dritter, die Verselbständigung des durch das Versprechen geschaffenen objektiven Schuldbestandes, die Möglichkeit, ein annahmefähiges Versprechen in urkundlicher Verkörperung dem Verkehre darzubieten oder in öffentlicher Erklärung für Jedermann bereit zu stellen, die Vollziehbarkeit der Annahme durch Zugriff, — das sind die deutschrechtlichen Bausteine für eine Konstruktion des Schuldvertrages, die es unnötig macht, das Versprechen als einseitigen Verpflichtungsakt aus dem Zusammenhange zu reißen. Ergänzend greifen freilich auch hier für den Fall, daß ein Schuldvertrag nicht zustande kommt, Rechtsätze deutscher Herkunft ein, nach denen nicht bloß aus verschuldeter, sondern auch aus unverschuldeter Verursachung für den Schaden gehaftet wird, den der in seinem berechtigten Vertrauen auf den Forderungserwerb getäuschte Versprechensempfänger erleidet. Allein das hieraus entspringende Schuldverhältnis ent-

ins Treffen führt, obschon dasselbe entweder überhaupt nicht oder als Vertrag wirksam wird, so hat dem auch Unger S. 366 ff. widersprochen. Ganz verfehlt ist es, wenn Stobbe § 219 Anm. 3 die Fälle, in denen eine einseitige Verzichtserklärung ausreicht, heranzieht, während doch der Verzicht weder ein Versprechen ist, noch eine Schuld begründet; oben Bd. I 285.

¹² Gegen Siegel erklärten sich: Gareis, Zeitschr. f. deut. Gesetzg. VIII 1 ff.; Behrend, ebd. S. 187 ff., 306 ff.; Pernice, Z. f. d. g. H.R. XX 288 ff.; Gerber § 159 Anm. 2 (anders Cosack in 17. Aufl. § 194); v. Lüdinghausen-Wolff a. a. O. S. 46 ff. Vgl. ferner ferner über die Gegner der Kreationstheorie in der Lehre von den Wertpapieren oben Bd. II 108 Anm. 17 und über die Gegner der einseitigen Verpflichtung aus der Auslobung unten Anm. 43—44.

behrt überhaupt der rechtsgeschäftlichen Grundlage, kann daher so wenig aus einseitigem Versprechen wie aus Vertragsschluss hergeleitet werden¹³.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hält denn auch grundsätzlich an dem Vertragsgedanken fest. Es fordert ausdrücklich zur Begründung eines Schuldverhältnisses durch Rechtsgeschäft einen Vertrag. Allein indem es durch den Zusatz „soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt“ auf Ausnahmen hindeutet, legt es die Annahme nahe, daß ausnahmsweise in gewissen Fällen die Schulderschöpfung durch einseitiges Versprechen anerkannt ist¹⁴. Es fragt sich daher, inwieweit diese Annahme zutrifft.

Auszuscheiden ist dabei von vornherein die Lehre von der Gebundenheit ans Wort¹⁵. Denn diese Gebundenheit wird zwar durch das Versprechen bewirkt, ist aber kein Schuldverhältnis¹⁶.

Auszuscheiden ist ferner die Lehre von dem Versprechen der Leistung an einen Dritten¹⁷. Denn aus einem solchen

¹³ Dies gilt, wie oben Bd. II 111—112 zu zeigen versucht ist, auch für die Verpflichtung aus einem abhanden gekommenen Wertpapier. Und es gilt auch dann, wenn diese Verpflichtung, wie nach B.G.B. § 794, nicht auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses, sondern auf Erfüllung geht. Wenn Oertmann, Vorbem. 5c zu § 793, hierfür jede Analogie im B.G.B. vermißt, so ist schon a. a. O. Anm. 35 auf die auch im B.G.B. § 179 anerkannte Möglichkeit hingewiesen, vom Vertreter ohne Vertretungsmacht Erfüllung zu verlangen, ob schon mit ihm sicherlich ein Vertrag nicht zustande gekommen ist. Übrigens kann nicht bloß die Vertragstheorie, sondern auch die Emissionstheorie (oben Bd. II 110) die Haftung aus dem abhanden gekommenen Wertpapier nicht auf Rechtsgeschäft gründen.

¹⁴ B.G.B. § 305. Dem Wortlaute nach wäre freilich der Vorbehalt schon motiviert, wenn als Ausnahmen nur die Begründung der Vermächtnisforderung durch einseitiges Rechtsgeschäft von Todes wegen und, da „ein Vertrag zwischen den Beteiligten“ gefordert wird, die vertragsmäßige Begründung der Forderung eines Dritten anzuerkennen wären.

¹⁵ Sie wird von Siegel S. 53 ff., 69 ff., 82 ff. einbezogen. Ihm folgen Unger S. 363 ff., Stobbe § 219 I, Cosack b. Gerber § 194, Dernburg, Pand. II § 9, Hübner § 73 II u. A. Vgl. dagegen Oertmann, Vorbem. 1e zu § 305, Enneccerus § 250 II 2.

¹⁶ Oben § 184 II S. 284 ff. Was das bindende Versprechensangebot hervorbringt, ist immer nur das Substrat eines Schuldverhältnisses. Zur Begründung des Schuldverhältnisses aus dem Versprechen ist Annahme unerlässlich. Daß unter Umständen die Annahme nicht empfangsbedürftig ist und sogar durch bloßes Schweigen erfolgen kann (oben § 184 S. 288 Anm. 31—33), ändert hierin nichts, darf daher nicht mit Stobbe-Lehmann § 219 III für die Verpflichtungskraft des einseitigen Versprechens verwertet werden.

¹⁷ Eine einseitige Schulderschöpfung durch „Schuldversprechen zu fremden Händen“ nimmt Siegel S. 142 ff. an. Ebenso Cosack b. Gerber § 194. Des-

Versprechen kann zwar der Dritte ohne eignes Zutun, immer aber nur kraft eines vom Versprechensempfänger durch Annahme des Versprechens zustande gebrachten Vertrages ein Forderungsrecht erwerben¹⁸.

Auszuscheiden ist auch die Lehre von der Haftung aus verkehrswidrigem Verhalten bei Vertragsverhandlungen. Denn wenn im Falle des Nichtzustandekommens eines Vertrages der Teil, der in seinem berechtigten Vertrauen auf dessen Zustandekommen getäuscht ist, von dem anderen Teil Schadensersatz verlangen kann, so wird dieses Schuldverhältnis zwar einseitig, aber nicht durch Rechtsgeschäft begründet¹⁹. Nur unter diesen Gesichtspunkt fällt namentlich auch die auf unverzügliche Anzeige etwaiger Ablehnung gerichtete „Verpflichtung“, die nach B.G.B. § 663 den Auftragsempfänger trifft, wenn er sich öffentlich oder dem Antragsteller gegenüber zur Geschäftsbesorgung erboten hat. Mit Unrecht nehmen daher Manche hier ein Schuldverhältnis aus einseitigem Versprechen an²⁰:

gleichen für das B.G.B. Stammer S. 173; früher auch Matthiafs § 87 II B, der aber in der 5. Aufl. diese Ansicht aufgegeben hat (Anm. 3). Vgl. dagegen Unger a. a. O. S. 373 ff., Gareis, Verträge z. G. Dr. S. 245, Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte S. 256, Schollmeyer, Bem. 2 zu § 328, Enneccerus § 258 II 3, Oertmann, Bem. 2 zu § 328.

¹⁸ B.G.B. § 328. Hier wird unzweideutig der Forderungserwerb des Dritten als Vertragswirkung gekennzeichnet.

¹⁹ Vgl. oben Anm. 13, sowie § 177 S. 113 Anm. 10, § 184 S. 300 Anm. 88. Wenn früher in den Fällen der sog. culpa in contrahendo bisweilen die Herleitung einer Ersatzpflicht aus einem stillschweigenden Garantieverprechen unternommen wurde, so hat der hauptsächlichste Verteidiger dieser Konstruktion, Windscheid, später ausdrücklich erklärt, daß er sie aufgebe.

²⁰ So Landsberg § 150 Z. 2; Kohler § 160 V; wohl auch H. Lehmann b. Stobbe S. 181. In dem Erbieten soll ein Versprechen enthalten sein, eine etwaige Ablehnung sofort anzuzeigen. Allein dies ist eine reine Fiktion. Auch trifft ja dieselbe „Verpflichtung“ nach § 663 den, der zur Besorgung gewisser Geschäfte öffentlich bestellt ist. Ferner entspricht dieser „Verpflichtung“ kein Anspruch des anderen Teils auf Erfüllung, sondern nur ein Anspruch auf Schadensersatz (Ersatz des negativen Vertragsinteresses) aus schuldhafter Verletzung. Weiter ist nicht einzusehen, warum nicht auch die durch H.G.B. § 362 dem Kaufmann auferlegte Antwortspflicht („so ist er verpflichtet, unverzüglich zu antworten“) auf ein Versprechen zu gründen wäre, während hier das Schweigen als Annahme gilt und somit für ein besonderes Schuldverhältnis aus einseitigem Versprechen gar kein Raum bleibt. Schliesslich würde übrigens aus dem in der Aufforderung zu Offerten enthaltenen Versprechen ein Schuldverhältnis immer erst mit dem Empfange einer Offerte entspringen, in der Offerte aber die Annahme des Antwortversprechens zu finden sein, so daß eine Vertragsobligation vorläge. — In Wahrheit ist die in § 663 B.G.B.

Ernstlich in Frage dagegen kommt die Begründung eines Schuldverhältnisses durch einseitiges Versprechen in der Lehre von den Wertpapieren. Nach der herrschenden Meinung hat das B.G.B. durch seine Bestimmungen über Schuldverschreibungen auf den Inhaber außer Zweifel gestellt, daß die Verpflichtung des Ausstellers eines Inhaberpapiers durch ein einseitiges Schuldversprechen begründet wird²¹. Ihr gegenüber haben wir im Sachenrecht nachzuweisen gesucht, daß das B.G.B. keineswegs zum Bruch mit der Vertragstheorie zwingt, daß aber die im Sinne des Wertpapiergedankens ausgebaute Vertragstheorie der Kreationstheorie vorzuziehen ist²². Um so weniger ist bei Order- und Rektapapieren die Annahme einseitiger Schuld schöpfung gerechtfertigt²³.

ausgesprochene „Verpflichtung“ nur die der Sachlage angepaßte allgemeine Verpflichtung zu dem von Treu und Glauben geforderten Verhalten im geschäftlichen Verkehr. Ein Schuldverhältnis entsteht erst aus ihrer Verletzung.

²¹ Vgl. oben Bd. II 109 Anm. 19, S. 162 Anm. 39 und dazu noch Langen, Arch. f. b. R. XXVII 161 ff., XXX 7 ff., Endemann, Bürg. R. § 196 Z. 3a, Crome § 310 Z. 1c, Landsberg § 149, Kohler § 161 ff., Kipp S. 243, H. Lehmann b. Stobbe § 219 Anm. 35, Enneccerus⁹⁻¹¹ § 428, Planck zu § 793 Bem. 2, Staudinger Bem. II, Oertmann³ Vorbem. 5. — Dagegen neben den oben Bd. II 108 Anm. 17 u. S. 162 Anm. 39 angeführten Schriften Jacobi, Das Wertpapier als Legitimationsmittel, München 1906 (Verteidigung der in der Schrift über die Wertpapiere entwickelten Ansichten), Cordes, Begriff und Arten der Wertpapiere, Kiel 1898, S. 47, 51, Eck, Vortr. I 589 ff., Hübner, Grundz.² § 88 III 1, H. Meyer, Publizitätsprinzip, 1909, S. 94 ff., jetzt auch Cosack, B.R.⁶ II § 256 II.

²² Oben Bd. II 111 ff. — Den Kernpunkt des Streites bildet übrigens gar nicht die Frage, ob das Schuldverhältnis durch einseitiges Versprechen oder Vertrag (angenommenes Versprechen) begründet wird, sondern die Frage, ob das Versprechen schon mit der Ausstellung oder erst mit der Weggabe der Urkunde abgegeben ist. Müßte man auch im Sinne der reinen Kreationstheorie aus B.G.B. § 794 das erstere folgern, so bliebe doch, da nach dem B.G.B. zweifellos ein Schuldverhältnis erst entsteht, wenn ein Anderer das Eigentum an der Urkunde erworben hat, die Konstruktion des Vorganges als eines Vertragsschlusses möglich und sachgemäß. Mit dem Versprechen ist dann eben auch das Versprechensangebot schlechthin dem Papier anvertraut; es geht daher Jedem zu, an den das Papier gelangt, und wird durch die Eigentumserwerbshandlung angenommen.

²³ Oben Bd. II 145 ff., 134. Weder das Leistungsversprechen, das der Aussteller einer solchen Urkunde abgibt, noch das Garantieverprechen des Ausstellers eines gezogenen Wechsels, des Indossanten oder des Wechselbürgen begründet, bevor es angenommen ist, ein Schuldverhältnis. — Anders verhält es sich mit dem Leistungsversprechen des Akzeptanten eines gezogenen Wechsels (W.O. Art. 23). Allein dieses Versprechen ist ja seinem Begriff nach selbst schon „Annahme“; es setzt eine Aufforderung, skripturgemäß zu ver-

Vielfach wird ferner behauptet, daß nach dem B.G.B. das Stiftungsgeschäft unter Lebenden die Begründung eines Schuldverhältnisses durch einseitiges Versprechen einschliesse²⁴. Hier aber handelt es sich keinesfalls um ein selbständiges Schuldversprechen obligationenrechtlicher Art²⁵. Vielmehr steht in Frage, wie das mit einem personenrechtlichen Schöpfungsakte verbundene Vermögenszuwendungsgeschäft wirkt, wenn das bewidmete Rechtssubjekt zur Existenz gelangt²⁶.

Fast einzig endlich ist man darüber, daß das B.G.B. durch positive Rechtssätze die Auslobung zum einseitigen Schuld-

sprechen, voraus und perfiziert somit die zum Vertragsschluss erforderliche Willenseinigung (oben § 184 S. 283 Anm. 5). Schon hieran scheidet die Konstruktion desselben als einseitiger Schulderschöpfung, wie sie Siegel S. 136 ff., Grawein, Die Perfektion des Akzepts, S. 118 ff., Stobbe² § 171 Anm. 24, H. O. Lehmann, W.R. § 63, u. A. durchführen. Der Einwand, daß für das Wechselakzept die Vertragstheorie nicht passe, weil es auch verpflichtet, wenn es mit Einschränkungen erklärt wird (W.O. Art. 22), schlägt nicht durch; der Wechselverkehr findet eben in der wechselfähigen Aufforderung zum Akzept zugleich die im voraus erklärte Annahme des in einem solche Falle mit der Ablehnung verbundenen neuen Antrags (B.G.B. § 150²). Daß die Annahmeerklärung trotz ihres Versprechensinhaltes nach W.O. Art. 21⁴ nicht empfangsbedürftig ist (oben Bd. II 124 Anm. 6), spricht nicht gegen, sondern für die Vertragstheorie. Nicht anders verhält es sich mit der Annahme einer Anweisung des bürgerlichen Rechts nach B.G.B. § 784, in der Viele gleichfalls eine einseitige Schulderschöpfung finden; vgl. unten § 210 Anm. 66.

²⁴ So Dernburg § 79 Ia, Enneccerus § 250 II 2, Kohler § 160 IV, Kühlenbeck b. Staudinger Vorbem. I zu § 305, Planck Bem. 1, Oertmann Vorbem. I b β a. — Dagegen verweisen Endemann § 47 Anm. 16, Crome § 144 Z. 1 b auf die Analogie der letztwilligen Verfügung. Diese ist jedenfalls heranzuziehen, um es zu erklären, daß nach B.G.B. § 81², obschon vor der durch die staatliche Genehmigung bedingten Entstehung der Stiftung ein Versprechensempfänger nicht vorhanden ist, nach der Einreichung des Genehmigungsgesuches zwar noch der Stifter, nicht aber mehr sein Erbe widerrufen kann.

²⁵ Aus einem nicht dem Stiftungsgeschäft einverleibten Schuldversprechen entsteht, auch wenn es zugunsten einer künftigen Stiftung abgegeben ist, eine Verpflichtung erst durch Annahme seitens eines etwaigen Versprechensempfängers, die einen Vertrag zugunsten eines Dritten zustande bringt, oder seitens der Stiftung selbst.

²⁶ Oben Bd. I 651 ff. Die Stiftung erlangt nach B.G.B. § 82 mit ihrer Entstehung ein Forderungsrecht auf Übertragung des ihr zugesicherten Vermögens als ein ihr angeborenes Recht, weil die stifterische Willenstat sich nicht bloß auf ihr Dasein, sondern zugleich auf ihre Ausstattung mit Vermögen richtet. Darum gehen auch solche ihr zugedachten Rechte, zu deren Übertragung es keiner besonderen Übertragungshandlung bedarf, mangels anderer Bestimmung unmittelbar auf sie über, ohne daß ein Forderungserwerb dazwischentrete.

versprechen gestempelt hat. Dies ist in der Tat der Fall. Darum ist die Auslobung hier noch zu besprechen.

Vorher sei nur bemerkt, daß auf das einseitige Schuldversprechen, für das im B.G.B. allgemeine Grundsätze nicht aufgestellt sind, die Vorschriften über den Schuldvertrag entsprechende Anwendung finden müssen²⁷. Damit verliert die konstruktive Frage, in welchem Umfange das einseitige Schuldversprechen anzuerkennen ist, viel an praktischer Bedeutung. Unter allen Umständen ist für den Bau des Schuldrechts das einseitige Schuldversprechen neben dem Schuldvertrage kein selbständiger Grundpfeiler.

II. Auslobung²⁸. Die Auslobung ist das öffentlich kundgemachte Versprechen einer Belohnung für die Vornahme einer Handlung durch eine nicht individuell bestimmte Person.

Daß aus einem derartigen Versprechen eine Verpflichtung entspringe, im Falle der Vornahme der Handlung die Belohnung zu entrichten, unterlag im deutschen Recht keinem Zweifel²⁹. Im römischen Recht war ein klagbarer Anspruch aus der Auslobung nicht anerkannt³⁰. Gleichwohl behauptete sich nach der Rezeption

²⁷ Entw. I § 343 wollte dies ausdrücklich bestimmen. Die Bestimmung wurde als selbstverständlich gestrichen.

²⁸ Jhering, Jahrb. f. D. IV (1861) 93 ff., VII (1865) 377 ff. Schütze, Jahrb. d. gem. R. V (1862) 33 ff. Regelsberger, Zivilr. Erört. I (1868) 196 ff. Tzschirner, De indole ac natura promissionis popularis „Auslobung“ quam vocant, Berolini 1869. A. W. Oertel, Die Lehre von der Auslobung, Leipzig 1905. v. Mayr, Die Auslobung, Wien 1905. — Siegel a. a. O. S. 91 ff. Unger a. a. O. S. 369 ff. Beseler, D.P.R. § 107. Stobbe III § 171, Stobbe-Lehmann § 219 II 1. Dernburg, Pand. II § 9. Windscheid § 308 Z. 1. Crome, Die partiarischen Rechtsgeschäfte (1897) S. 510 ff. — Über das preuß. R. Dernburg II § 12. Förster-Eccius I § 77. — Über das Recht des B.G.B. Elster, Arch. f. b. R. XVIII 125 ff. Kohler, ebd. XXV 1 ff. Fischer, Die Auslobung, Göttingen 1899. Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldv. § 11. Endemann § 177. Cosack § 153. Matthiafs § 136. Ennecerus § 379. Dernburg II 2 § 335 ff. Crome § 279. Landsberg § 150. Kipp b. Windscheid S. 261 ff. Komm. zu B.G.B. § 657—661.

²⁹ Beispiel einer Auslobung in einer friesischen Urkunde b. Loersch u. Schroeder^{2 u. 3} Nr. 295; dazu His, Strafr. der Friesen S. 204 ff. Über Auslobungen in deutschen Dichtungen Hübner § 73 I 1. Über das nord. R. v. Amira II 383 ff. Daß das Versprechen sich an eine unbestimmte Person richtete, war ja auch sonst kein Grund, ihm die bindende Kraft zu versagen.

³⁰ Das Vorkommen von Auslobungen im Altertum ist vielfach bezeugt; vgl. bes. Tzschirner S. 8 ff. Allein ein klagbares Forderungsrecht aus der Auslobung ist in den römischen Quellen nicht nachweisbar und mußte an der Unzulässigkeit des Vertragsschlusses mit einer persona incerta scheitern. Vgl. v. Vangerow, Pand. III § 603 Nr. 1; v. Savigny, O. R. II 90; v. Jhering,

die deutschrechtliche Anschauung, so daß die Verbindlichkeit der Auslobung auf ein gemeines Gewohnheitsrecht gestützt werden konnte³¹. An dieses Gewohnheitsrecht schlossen sich die neueren Gesetzbücher an³².

Die Erfordernisse der Auslobung ergeben sich aus ihrem Begriff. Das Versprechen muß natürlich die allgemeinen Voraussetzungen einer wirksamen Willenserklärung erfüllen³³. Es muß durch öffentliche Bekanntmachung einem weiteren oder engeren Kreise nicht individuell bestimmter Personen zugänglich gemacht sein³⁴ und sich an eine unbestimmte oder doch nur gattungsmäßig bestimmte Person richten³⁵. Die versprochene Leistung muß in der Entrichtung einer Belohnung, somit in der Verschaffung eines geldwerten Vorteils bestehen. Die zu belohnende Leistung muß sich als Vornahme einer Handlung darstellen³⁶. Der Regel nach wird die Herbeiführung eines Erfolges, also eine Werkleistung, verlangt³⁷. Eine besondere Art der Auslobung für eine Werk-

Jahrb. IV 93, VII 380; Siegel S. 92; Oertel S. 13—18. A. M. Tzschirner S. 90, Windscheid § 308 Anm. 3.

³¹ Eingehend dargestellt ist die Entwicklung bei Tzschirner S. 30—68. Vereinzelt blieb der Widerspruch von Savigny a. a. O., der auch für das gemeine Recht die Klagbarkeit der Auslobung bestritt.

³² Preuß. A.L.R. I, 11 § 988 ff. Sächs. Gb. § 771. Neues Schweiz. O.R. a. 8 (das alte O.R. enthielt keine Bestimmung). — Der Code civ. u. das Öst. Gb. schweigen. Doch erkennt auch hier die Praxis die Auslobung als verbindlich an; Zachariae-Crome § 323 Anm. 2; Hasenöhrl II § 57; Krainz-Pfaff-Ehrenzweig § 313 II.

³³ Daher ist eine nicht ernstlich gemeinte Auslobung, wie sie bei prahlerischen Ankündigungen vorkommt, nach B.G.B. § 118 unverbindlich, wenn sie in der Erwartung erfolgt ist, daß Niemand sie ernst nehmen werde. Ebenso ist die Auslobung nichtig, wenn sie gegen die guten Sitten verstößt, indem sie z. B. eine Belohnung für eine unsittliche Handlung verheißt. Über Anfechtung eingehend Planck zu § 657 Bem. 2a.

³⁴ Im übrigen ist eine besondere Form nicht vorgeschrieben; die Bekanntmachung kann durch die Presse, durch Anschlag, durch Rundschreiben, durch Ausruf, durch Mitteilung in einer Versammlung usw. erfolgen.

³⁵ Mangels anderer Bestimmung wirkt es für Jedermann. Die Auslobung kann aber den Kreis der berufenen Personen begrenzen (z. B. auf Mitglieder eines Verbandes, Abonnenten einer Zeitung, Personen von bestimmtem Alter oder Geschlecht) oder bestimmte Personen (z. B. die Preisrichter) ausschließen.

³⁶ Keine Auslobung ist daher z. B. die Veranstaltung einer Schönheitskonkurrenz oder das Versprechen einer Belohnung für den die Zahl 100 000 vollmachenden Stadtbürger.

³⁷ Hierauf weist B.G.B. § 657 ausdrücklich hin. Doch geht Kohler a. a. O. S. 6 zu weit, wenn er schlechthin eine Handlung verlangt, die auch den Inhalt eines Werkvertrages bilden könnte.

leistung ist das Preisausschreiben, das zur Bewerbung um die Belohnung durch Lösung irgendeiner (besonders einer wissenschaftlichen, künstlerischen oder technischen) Aufgabe auffordert, die Belohnung aber nicht für jede der Auslobung entsprechende Leistung, sondern für diejenige Leistung, die sich als die beste herausstellen wird, verspricht³⁸. Unerheblich ist, ob die vorzunehmende Handlung ein eignes oder ein fremdes, ein privates oder ein öffentliches, ein materielles oder ein ideelles Interesse befriedigen soll³⁹. Wenn dagegen die Absicht des Versprechenden überhaupt nicht auf Beförderung des herbeizuführenden Erfolges, sondern auf Bewährung der Richtigkeit der eignen Behauptung, daß die Herbeiführung des Erfolges nicht gelingen könne, gerichtet und somit die angebliche Belohnung in Wahrheit als Strafleistung gemeint ist, so liegt keine Auslobung, sondern eine Wette vor⁴⁰. Für die Vornahme der Handlung kann in der Auslobung eine Frist bestimmt sein; erforderlich ist eine Fristbestimmung bei jedem Preisausschreiben⁴¹.

Ihrer Wirkungskraft nach war die Auslobung im bisherigen Recht als Antrag zum Vertragsschluss aufzufassen. Aller-

³⁸ Das Preisausschreiben zielt also auf einen Wettbewerb ab, bei dem nicht ein absoluter, sondern ein relativer Erfolg maßgebend sein soll; v. Mayr a. a. O. S. 97 ff.

³⁹ Darum fällt einerseits das Versprechen einer Belohnung für die Wiedererschaffung einer abhanden gekommenen Sache oder für eine dem Auslobenden erwünschte Mitteilung, andererseits das Versprechen einer Belohnung für die Aufspürung eines Verbrechers (auch wenn es von einer staatlichen Behörde ausgeht) oder für die Entdeckung eines Heilmittels unter den Begriff der Auslobung. Ebenso kann das Preisausschreiben eigennützig oder gemeinnützig sein. — Das Preufs. A.L.R. I, 11 § 988 gestattet nur die Aussetzung öffentlicher Belohnungen „auf nützliche Geistesarbeiten oder gemeinnützige körperliche Fähigkeiten(?) oder Unternehmungen“.

⁴⁰ So verhält es sich meist, wenn Jemand dem eine Belohnung verspricht, der ihm einen Fehler seiner Ware oder seines Werkes nachweist; vgl. bes. Regelsberger a. a. O. S. 205 ff., Dernburg § 335 Anm. 6; über andere Ansichten Schütze a. a. O. S. 46 ff., Oertel S. 52 ff., Windscheid Anm. 9, v. Mayr S. 23 ff. Anders natürlich, wenn der Nachweis von Fehlern, die man zu verbessern wünscht, wie Druckfehlern, Rechenfehlern in einer Logarithmentafel, belohnt werden soll). Ebenso war das bekannte öffentliche Versprechen des Kaplans Dasbach, das zu der Klage des Grafen Hoensbroek führte, keine Auslobung (Heinsheimer, D.J.Z. IX 623 ff.), vielmehr ein Wettangebot (Kohler a. a. O. S. 1 ff.). Die Einwendungen von Oertmann, Vorbem. 5, Planck, Vorbem. III 3, Enneccerus § 379 Anm. 5 schlagen nicht durch. Unrichtig ist jedenfalls die Behauptung von Oertmann, daß das Wettversprechen notwendig gegenseitig sein müsse; auch die halbe Wette ist Wette.

⁴¹ B.G.B. § 666¹ (Voraussetzung der Gültigkeit).

dings wurde von den Vorkämpfern des einseitigen Schuldversprechens gerade für die Auslobung eine von der Annahme unabhängige Verpflichtungskraft in Anspruch genommen⁴². Das Übergewicht aber behauptete die Vertragslehre⁴³, deren Anhänger nur darüber nicht einig waren, worin eine wirksame Annahme zu finden sei⁴⁴. In der Tat entspricht den Anschauungen und Bedürfnissen des Lebens am meisten die Behandlung der Auslobung als eines öffentlich hingestellten Versprechens, dessen Annahme durch Vornahme der Handlung im Hinblick auf die versprochene Belohnung, dann jedoch, wenn die Vornahme der Handlung ohne Rücksicht auf das Versprechen stattgefunden hat, durch nachträgliche Erklärung des Gläubigerwillens erfolgt⁴⁵. Das B.G.B. aber

⁴² Vgl. die bei Oertel S. 34 angeführten Schriften; bes. Puchta § 259, Brinz¹ S. 1549, Kuntze b. Holzschuher III 297 ff. (1864), Siegel, Unger, Hofmann, Stobbe, Beseler, Dernburg a. a. O., Oertel § 8. Frühzeitig berief man sich auf die Analogie der römischen pollicitatio, bei der aber im Gegensatz zur Auslobung das Versprechen unbedingt und zugunsten einer persona certa lautet.

⁴³ Vgl. die bei Oertel S. 32—33 angeführten Schriften, bes. Schütze S. 66 ff., Regelsberger S. 201 ff., Tzschirner § 9, Windscheid Anm. 3; neuerdings auch v. Mayr S. 108 ff.

⁴⁴ Die herrschende Meinung kennt nur eine Annahme durch Tätigwerden; meist fordert man Tätigwerden auf Grund der Auslobung, läßt aber bald nur die Vornahme der Handlung (so Jhering IV 97, VII 177, Schütze S. 54), bald schon den Beginn der Ausführung (so Unterholzner I 53, Sintenis II § 98) als Annahme wirken; von Anderen wird in der Vornahme der Handlung auch dann, wenn sie ohne Rücksicht auf die Auslobung erfolgte, die Annahme gefunden (so Kohler, Jahrb. f. D. XVII 323, Leonhard, Irrtum S. 127). Umgekehrt verlangen Manche stets Annahme durch eine dem Auslobenden gegenüber abgegebene Willenserklärung, die nach der einen Ansicht (z. B. Tzschirner S. 115 ff.) schon vor der Leistung, nach der anderen Ansicht (z. B. Exner, Krit. V.Schr. XI 348) erst nach vollbrachter Leistung möglich ist, nach einer dritten Ansicht (Schott, Der obl. Vertrag unter Abwesenden S. 140) durch „Übermittlung des Tätigkeitsresultates an den Auslobenden“ erfolgen muß. Mit der hier vertretenen Meinung (vgl. die folgende Anm.) stimmen Regelsberger S. 211 ff. und Windscheid Anm. 5 (seit der 5. Aufl.) überein.

⁴⁵ Meine Schrift über den Entw. S. 227. Daß die Vornahme der Handlung zum Forderungserwerb unerläßlich sein soll, folgt aus dem Inhalt des Versprechens. Ist die Handlung auf Grund des Versprechens vorgenommen, so liegt darin gemäß B.G.B. § 151 eine nicht empfangsbedürftige Annahmeerklärung. Eine Handlung, die ohne Rücksicht auf das Versprechen vorgenommen ist, als dessen Annahme zu deuten, ist unmöglich. Dem Handelnden ein ungewolltes Forderungsrecht aufzudrängen, fehlt jeder Grund. Wohl aber ist es gerechtfertigt, ihm den nachträglichen Forderungserwerb durch Annahmeerklärung, die natürlich in jeder Erhebung des Anspruchs liegt, offen zu halten.

stattet die Auslobung mit der Kraft eines einseitigen Schuldversprechens aus, das für den Fall des Eintrittes der gesetzten Bedingung verpflichtet, ohne daß irgendeine rechtsgeschäftliche Mitwirkung des Gläubigers erforderlich wäre⁴⁶. Denn der bloße Tatbestand der Vornahme der Handlung soll das Forderungsrecht auf die versprochene Belohnung auch für den begründen, der nicht mit Rücksicht auf die Auslobung gehandelt und somit in keiner Weise eine Annahme vollzogen hat⁴⁷.

Trotzdem ist nach dem B.G.B. die Auslobung bis zur Vornahme der Handlung widerruflich⁴⁸. Während früher die Zulassung des Widerrufs als Kennzeichen der Vertragstheorie galt⁴⁹, aus der Theorie des einseitigen Schuldversprechens dagegen die Unwiderruflichkeit der Auslobung gefolgert wurde⁵⁰, ist im Sinne

⁴⁶ So Elster a. a. O. S. 170 ff.; Endemann, Cosack, Crome, Enneccerus, Matthiafs, Landsberg, Dernburg, Kipp a. a. O. (oben S. 318 Anm. 28); Planck, Vorbem. III 1, Staudinger, Vorbem. 2, Oertmann, Vorbem. 1, Hoeningner, Gemischte Vertr. S. 232; auch v. Mayr S. 135 (trotz grundsätzlicher Verteidigung der Vertragstheorie). Dagegen halten Fischer a. a. O. S. 26 ff. und Kohler, Arch. f. b. R. XXV 5 ff., auch gegenüber dem B.G.B. die Vertragskonstruktion aufrecht.

⁴⁷ B.G.B. § 657. Die Meinung von Fischer a. a. O., daß mit der Vornahme der Handlung nur die bedingte Offerte unbedingt werde, ist mit dem Wortlaut des § 657 unvereinbar. Wenn aber Kohler a. a. O. auch hier einen Werkvertrag zustande kommen läßt, weil die „objektive Leistung“ als Annahmewirke, so verflüchtigt er mit der Ausschaltung der Willenseinigung den Vertragsbegriff. Eine derartige Konstruktion ist um so weniger durchführbar, als offenbar nach § 657 der Auslobende, wenn nicht sein gegenseitiger Wille erhellt, auch dem verpflichtet wird, der zurzeit der Auslobung die Leistung schon vollbracht hatte; vgl. Oertmann zu § 657 Bem. 4, Dernburg § 335 II 4, Crome § 279 Anm. 21; auch Planck Bem. 2 d, der aber die Vorschriften über die Auslobung nur entsprechend anwenden will.

⁴⁸ B.G.B. § 658¹. Ebenso Sächs. Gb. § 771. Anders Preufs. A.L.R. I, 11 § 989.

⁴⁹ Vgl. Oertel S. 69 ff., v. Mayr S. 36 ff. Natürlich führten die Meinungsverschiedenheiten über den Zeitpunkt der Annahme (oben Anm. 44) zu ungleicher Befristung des Widerrufsrechtes. — Übrigens muß auch vom Standpunkte der Vertragstheorie aus die Unwiderruflichkeit der Auslobung insoweit behauptet werden, als dem Versprechensangebot die Kraft eines bindenden Antrages zukommt; eine bindende Offerte aber liegt im Zweifel vor, sobald eine bestimmte Person sich der Offerte bemächtigt und sie durch Willensmanifestation (Erklärung oder Tätigwerden) für sich fest gemacht hat; meine Schrift über den Entw. S. 227—228.

⁵⁰ So von Kuntze S. 299, Siegel S. 92, Unger S. 371, Dernburg, Pand. II 24, Hasenöhr I II 14, Oertel S. 76 ff. Doch gab es auch Anhänger dieser Theorie, die den Widerruf zuließen; Oertel S. 69.

des B.G.B. die Auslobung grundsätzlich ein zwar sofort verpflichtendes, aber bis zum Eintritt der Bedingung nicht bindendes Schuldversprechen⁵¹. Die Wirksamkeit des Widerrufs hängt davon ab, daß er in gleicher Weise wie die Auslobung bekannt gemacht oder dem, der die Belohnung erwerben will, besonders mitgeteilt wird. Im Falle gehöriger Bekanntmachung aber wirkt der Widerruf auch gegen den, der von ihm keine Kenntnis erlangt hat. Jeder Ersatzanspruch dessen, der im Vertrauen auf die Auslobung vor dem Wirksamwerden des Widerrufs bereits Mühe und Kosten aufgewandt hat, ist ausgeschlossen⁵². Doch kann in der Auslobung selbst auf die Widerruflichkeit des Versprechens verzichtet werden; und ein derartiger Verzicht liegt im Zweifel in der Bestimmung einer Frist für die Vornahme der Handlung, ist also namentlich mangels anderer Erklärung bei jedem Preisausschreiben anzunehmen⁵³.

Besondere Regeln gelten für den Forderungserwerb, wenn mehrere Beteiligte für denselben in Betracht kommen. Haben Mehrere ein jeder für sich eine der Auslobung entsprechende Handlung vorgenommen, so hat, wenn nicht etwa das Versprechen auf Belohnung eines jeden gerichtet war, ein Forderungsrecht auf die Belohnung ausschließlich der erworben, der die Handlung zuerst vorgenommen hat⁵⁴; im Falle gleichzeitiger Vornahme der

⁵¹ Man erklärt dies aus einem stillschweigenden Rücktrittsvorbehalt. Aus dem Versprechen entspringt also ein Erfüllensollen ohne Haltensollen.

⁵² Motive III 522; Elster S. 178; Oertmann zu § 658 Bem. 4; Kipp S. 261; Enneccerus § 379 II. Höchstens aus § 826 B.G.B. läßt sich in krassen Fällen ein Ersatzanspruch herleiten. — Dieses unbillige Ergebnis wurde in der gemeinrechtlichen Theorie fast allgemein abgelehnt; vielmehr gewährte man, wenn man auch den Widerruf als wirksam anerkannte, dem geschädigten anderen Teil einen freilich sehr ungleich begründeten und bald auf das negative Interesse, bald nur auf Ersatz der Aufwendungen gestellten Ersatzanspruch; vgl. Jhering IV 104, Schütze S. 67 ff., Regelsberger S. 222 ff., Schott S. 145, Exner S. 360, Tzschirner S. 99, 102, Windscheid Anm. 7; Näheres bei Oertel S. 70—73. Das Schweiz. O.G. a. 8² bestimmt jetzt: „Tritt er zurück, bevor die Leistung erfolgt ist, so hat er Denjenigen, die auf Grund der Auskündigung in guten Treuen Aufwendungen gemacht haben, hierfür bis höchstens zum Betrage der ausgesetzten Belohnung Ersatz zu leisten, sofern er nicht beweist, daß ihnen die Leistung doch nicht gelungen wäre.“

⁵³ B.G.B. § 658² mit § 661¹.

⁵⁴ B.G.B. § 659¹. Unabhängig davon, ob er das Recht erwerben wollte und ob oder wann er einen Anspruch erhebt! Auch wenn er ausdrücklich auf die Belohnung verzichtet, kann aus der Vornahme der Handlung durch einen Anderen ein Forderungsrecht nicht mehr erwachsen.

Handlung ist zwar ein jeder von ihnen forderungsberechtigt, es gebührt aber jedem von ihnen nur ein gleicher Teil der Belohnung oder, wenn die Belohnung nicht geteilt werden kann oder soll, dem von ihnen, für den das Los entscheidet, die ganze Belohnung⁵⁵. Haben dagegen Mehrere zusammengewirkt, um den der Auslobung entsprechenden Erfolg herbeizuführen, so erwerben sie ein gemeinschaftliches Forderungsrecht auf die Belohnung zu verhältnismäßigen, durch den Anteil eines jeden am Erfolge nach billigem Ermessen bestimmten Anteilen; ist eine Verteilung der Belohnung ausgeschlossen, so entscheidet auch hier das Los⁵⁷.

Bei einer Auslobung, die eine Preisbewerbung zum Gegenstande hat, ist der Forderungserwerb durch Bewerbung innerhalb der gesetzten Frist bedingt, während auf die Priorität der Bewerbung nichts ankommt. Das Recht auf die Belohnung erwirbt immer nur ein Bewerber, dessen Leistung der Auslobung entspricht, unter mehreren derartigen Bewerbern aber der, dessen Leistung sich als die des Preises würdigste herausstellt. Bei Bewerbungen von gleicher Würdigkeit tritt auch hier Gleichteilung der Belohnung oder, wenn deren Teilung ausgeschlossen ist, Zuteilung durch das Los ein⁵⁸. Die Entscheidung darüber, ob eine Bewerbung der Auslobung entspricht und welche von mehreren Bewerbungen den Vorzug verdient, hat in Ermangelung anderer Bestimmung der Auslobende selbst, regelmässig aber ein in der Auslobung bestellter Preisrichter zu treffen⁵⁹. Diese Entscheidung schliesst ein Werturteil ein, ist daher für die Beteiligten verbindlich und gerichtlicher Nachprüfung nicht unterworfen⁶⁰. Einen Anspruch auf das

⁵⁵ B.G.B. § 659². Hierbei handelt es sich nicht um ein gemeinschaftliches Forderungsrecht, sondern um kollidierende selbständige Forderungsrechte und Lösung des Konflikts durch die Teilung oder das Los (oben Bd. I 322).

⁵⁶ B.G.B. § 660¹⁻². Die Verteilung steht dem Auslobenden zu, ist aber nicht verbindlich, wenn sie offenbar unbillig ist. In diesem Falle erfolgt sie durch Urteil. Der Streit darüber ist unter den Forderungsteilhabern auszutragen. Inzwischen kann der Auslobende die Erfüllung verweigern, muß aber auf Verlangen eines Beteiligten die Belohnung für alle hinterlegen.

⁵⁷ B.G.B. § 660³. Hier dient das Los als Mittel der Gemeinschaftsaus-einandersetzung.

⁵⁸ B.G.B. § 661³. Es gilt das oben Anm. 55 Gesagte.

⁵⁹ B.G.B. § 661². Ist eine Mehrheit von Preisrichtern bestellt, so ist der Verkehrssitte gemäß anzunehmen, daß sie ein mit Stimmenmehrheit entscheidendes Kollegium bilden sollen. Vgl. auch Enneccerus § 379 IV 2. A. M. Planck zu 661 Bem. 3.

⁶⁰ B.G.B. § 661 Abs. 2 S. 2. Ebenso Preufs. L.R. I, 11 § 994. Eine Anfechtung wegen Irrtums oder Betruges ist damit nicht ausgeschlossen.

Eigentum an dem hergestellten Werk oder auf das von dem Bewerber erlangte Urheber- oder Erfinderrecht hat der Auslobende im Zweifel nicht⁶¹.

§ 186. Form der Schuldverträge.

I. Älteres deutsches Recht¹. Früher wurde allgemein gelehrt, daß im deutschen Recht zur Gültigkeit eines Schuldvertrages eine Form nicht erforderlich gewesen sei². In neuerer Zeit dagegen gelangte die Ansicht zur Herrschaft, daß das deutsche Recht zur Gültigkeit des Schuldvertrages entweder eine bestimmte Form oder die von einer Seite bereits erfolgte Erfüllung verlangt und somit nur „Formalverträge“ und „Realverträge“ gekannt habe³. Mit der Aufdeckung der scharfen Unterscheidung zwischen Schuld und Haftung hat sich die Streitfrage verschoben. Denn es hat sich herausgestellt, daß die ältesten Vertragsformen nicht auf Schuldbegründung, sondern auf Haftungsbegründung abzielten⁴.

⁶¹ B.G.B. § 661⁴. Ebenso Preuß. L.R. I, 11 § 995. Das Gesetz spricht nur vom „Eigentum“. Es ist aber selbstverständlich, daß der Auslobende erst recht die Übertragung des Urheber- oder Erfinderrechts nicht verlangen kann, wenn er sie sich nicht ausbedungen hat.

¹ Vgl. die oben § 173 S. 1 Anm. 1 u. § 174 S. 8 Anm. 1 angef. Schriften.

² Diese Lehre begegnet schon seit dem 17. Jahrh. bei vielen gemeinrechtlichen Juristen, die sich für die Klagbarkeit formfreier Verträge auf altgermanisches Recht beriefen, das sich dem römischen Recht gegenüber behauptet habe. So Carpzov *Defin. for.* II c. 19 d. 17 Nr. 8; Mevius V dec. 407; Schilter *Exerc.* VIII § 2; Schriftsteller des 18. Jahrh. b. L. Seuffert, *Zur Geschichte der obligatorischen Verträge*, Nördlingen 1881, S. 140. Allgemein wurde sie in den Lehrbüchern des deutschen Privatrechts vorgetragen; vgl. z. B. Runde § 184, Eichhorn § 91, Mittermaier II § 271, auch noch Gengler⁴ § 113 (vgl. indes § 111). Eingehend begründete sie Stobbe, *Vertragsrecht* (1855) S. 3 ff. Vgl. auch Witte, *Z. f. R.G.* VI 457 ff.; R. Loening, *Vertragsbruch* S. 22 ff. — In Zweifel zog sie zuerst Beseler, *Erbv.* II, 1 S. 38 ff., 42 ff., vgl. *D.P.R.*⁴ § 107; doch brach er nicht mit dem Prinzip, sondern schränkte nur dessen Tragweite ein.

³ Diese Lehre hat in voller Schärfe zuerst Sohm, *Das Recht der Eheschließung* (1875) S. 24 ff., entwickelt. Unabhängig von ihm gelangte Stobbe unter Zurücknahme seiner früheren Ansicht zu dem gleichen Ergebnis; *Reurecht u. Vertragsschluss*, 1876, auch in *Z. f. R.G.* XIII 209 ff.; *D.P.R.* III § 165. Übereinstimmend Franken, *Französ. Pfandr.* I 43 ff.; Brunner, *Z. f. H.R.* XXII 553 (*Forsch.* S. 630); v. Amira, *Recht*² 136 ff.; Hübner, *Grundz.*¹ S. 478 ff. Ferner Heusler II 228 ff. u. Schröder, *R.G.*⁵ S. 300 ff., die aber in der germanischen Urzeit überhaupt nur Barverträge anerkennen, dann den Formalvertrag entstehen lassen und im Realvertrag erst eine jüngere Bildung erblicken. Ähnlich Cosack b. Gerber¹⁷ § 188, H. Lehmann b. Stobbe III³ § 210.

⁴ Dies hat zuerst Puntschart, *Schuldv.* S. 394 ff., klargestellt. Aus-

Sie wurden in gleicher Weise angewandt, um Bußschuld oder Versprechensschuld zu sichern, und nahmen ursprünglich den Schuldinhalt nicht in sich auf, sondern setzten ihn voraus.

Der Schuldvertrag als solcher war einer besonderen Form nicht bedürftig⁵. Das gegebene und genommene Versprechen war ausreichender Grund des Leistensollens und rief somit eine Schuld hervor. Dieser Satz ist in den Quellen des deutschen Mittelalters deutlich ausgesprochen⁶ und niemals ins

föhrlich nachgewiesen ist es in meiner Schrift über Schuld und Haftung S. 123 ff., insbesondere für die fränkische *fides facta* S. 148 ff., das spätere Treugelöbniß S. 204 ff., den Wettvertrag S. 260, 266 ff., 280 ff., 313, den Arrhalvertrag S. 345 ff.

⁵ Den Beweis dafür habe ich in Schuld und Haftung zu erbringen versucht; den inneren Grund habe ich darin gefunden, daß nach Geist und Zweck des alten Formalismus ein Vorgang, der keinerlei Machtverschiebung bewirkte, sondern lediglich ein Band des rechtlichen Sollens unter den Beteiligten knüpfte, der Hörbar- und Sichtbarmachung für die Rechtsgenossen nicht bedurfte; im übrigen habe ich mich darauf berufen, daß auch nach Hinzutritt von Haftung der Schuldinhalt durch das Versprechen bestimmt wurde, dessen Aufnahme in das formale Haftungsgeschäft keineswegs notwendig war, während insoweit, als das Versprechen dem formalen Haftungsgeschäft eingefügt wurde und schließlich die Verhaftungsform in eine Schuldvertragsform überging, daneben der formlose Schuldvertrag nicht nur anerkannt blieb, sondern eine Kraftsteigerung erfuhr (S. 120 ff.). — Die von v. Amira, Z. f. R.G. XXXI 494 ff., Wadiation S. 20 ff., erhobenen Einwendungen sind nicht stichhaltig; sie laufen darauf hinaus, daß es, da die Formbedürftigkeit aller anderen Geschäfte, insbesondere auch der einseitigen Rechtsgestaltungsakte feststehe, „unwahrscheinlich“ sei, daß gerade nur die Schuldverträge einer Form nicht bedurften; allein hier fehlt es eben an den sonst stets erkennbaren Gründen der Formbedürftigkeit (über die einseitig den Gegner verpflichtenden prozessrechtlichen Formalakte vgl. Sch. u. H. S. 118). An v. Amira schlossen sich Hübner, Grundz.² S. 433 ff., und v. Schwerin, R.G.² S. 64 ff., 104, 118, an. Eine eigenartige Form aber, die für den Schuldvertrag als solchen wesentlich gewesen wäre, haben auch sie nicht nachgewiesen. Hübner meint, der Regel nach habe die Form des Haftungsgeschäftes zugleich als Form des Schuldvertrages gedient, setzt sich aber hierbei in Widerspruch mit seiner eigenen Deutung der haftungsgeschäftlichen Formen. v. Schwerin vermutet, für den Schuldvertrag sei formgebundene Rede und Zeugenzuziehung erforderlich gewesen, gibt aber das Vorkommen von Ausnahmen zu (S. 104 Anm. 1) und erbringt für seine Vermutung keinen Beweis. Hätte es aber eine für die Schuld begründung wesentliche spezifische Form gegeben, so müßten sich nachweisbar Spuren derselben finden.

⁶ Vor allem in Sachsenp. I a. 7; vgl. über dessen Sinn Sch. u. H. S. 233 ff. Denn daß hier unter „loven“ nicht ein Treugelöbniß, sondern das schlichte Schuldversprechen zu verstehen ist, kann gegenüber früheren Meinungen nicht mehr bezweifelt werden, seitdem die zuletzt von Puntchart, Schuldv. S. 304 ff., Z. f. H.G. XXXVIII 323 ff., verteidigte Ansicht, daß in den mittel-

Wanken gekommen. Nur war freilich die Wirkungskraft des formlosen Schuldvertrages ursprünglich in enge Schranken gebannt. Denn mit dem Leistensollen war noch kein Leistenmüssen gegeben. Vielmehr stand im Falle der Nichtleistung dem Gläubiger ein Zwangsmittel nur insoweit zugebote, als ihm eine Person, eine Sache oder ein Vermögen haftete. Die Haftung aber für die Versprechensschuld bedurfte ursprünglich besonderer Begründung⁷. Außerdem hing die Erlangung der Gerichtshilfe für die Beitreibung der Schuld von ihrer Beweisbarkeit ab. Den Beweis der Schuld aber konnte sich im alten Prozeß der Gläubiger nur sichern, wenn er sich ein formelles Beweismittel verschaffte⁸. So gewährte der formlose Schuldvertrag nur ein gebrechliches Recht. Und von höchster Bedeutung für den Verkehr waren die seine Schwäche behebenden Vertragsformen, die sich aus dem Haftungsrecht und aus dem Beweisrecht entwickelten.

1. Haftungsrechtliche Vertragsformen erwachsen aus zweifacher Wurzel.

a. Zunächst aus den uralten Verstrickungsformen, durch die man die Person oder das Vermögen für eigne oder fremde Schuld einsetzen konnte, ohne durch reale Hingabe der Person als

alterlichen Quellen überhaupt, wo das Wort „geloben“ oder ein entsprechendes Wort gebraucht ist, stets die Treuklausel zu ergänzen sei, widerlegt und vielmehr nachgewiesen ist, daß das einfache Wort „geloben“ das schlichte Schuldversprechen mitumfaßt und gerade im Sachsenspiegel vielfach (z. B. I, 9, 22 § 2, 54 § 4, III 40 § 2) nur dieses bedeuten kann. Vgl. v. Schwerin, Z. f. R.G. XXXVIII 323—344, meine Ausführungen in Sch. u. H. S. 213—233. Mit dem Sachsensp. stimmen Schwabensp. (L.) c. 11, Rupr. v. Freis. Ldr. c. 9, Kl. Kaiserr. II, 39, 45, Hamb. R. v. 1270 c. 6 a. 14 und andere Quellen überein; es fehlt aber auch nicht an Quellen, die denselben Grundsatz für jede „Zusage“ oder jedes „Versprechen“ aussprechen, ohne sich des Wortes „geloben“ zu bedienen, wie Bremer ord. 83 u. 123, Brünner Schöffeb. c. 595, Tiroler W. v. 1427 u. Österr. W. IV 350; vgl. Sch. u. H. S. 235 ff. Anm. 169 u. 170. — Freilich mußte auch das schlichte Schuldversprechen wohl stets ausdrücklich („redend“) sein; doch begegnet vereinzelt schon im späteren Mittelalter auch ein stillschweigendes Geloben; vgl. Sch. u. H. S. 220 Anm. 113.

⁷ Oben S. 15. Nicht darin also, daß nach dem Sachsensp. und den verwandten Quellen das formlose Versprechen Schuld begründet, wie Manche, die dies anerkennen, meinen (so Stobbe § 165 Anm. 9), wohl aber darin, daß es Haftung erzeugt und klagbar ist, kommt eine jüngere Rechtsauffassung zum Ausdruck.

⁸ Die beweisrechtlichen Formen traten naturgemäß in den Vordergrund, seitdem das formlose Versprechen an sich klagbar und erzwingbar wurde, und bildeten ein starkes Gegengewicht gegen den Verfall der haftungsrechtlichen Formen; Sch. u. H. S. 235, 374 ff.

Geisel oder einer Sache als Pfand dem Gläubiger eine sofortige Herrschaft zu übertragen. Diese Verstrickungsformen waren das Treugelübde und die Wette⁹.

a. Das Treugelübde (*fides facta*) ist die Einsetzung der Person für die Schuld¹⁰. Der Schuldner oder sein Bürge übernimmt eine leibliche Haftung, indem er für den Fall der Nichterfüllung der Schuld seine Person der Zugriffsmacht des Gläubigers unterwirft. Aus der Nachbildung der realen Vergeiselung durch eine ideelle Vergeiselung entstanden, gehörte das Treugelübde schon der germanischen Urzeit an, bildete den Kern der fränkischen *fides facta*, war auch den anderen Stammesrechten bekannt und blieb während des ganzen Mittelalters in lebendigem Gebrauch¹¹. In allen seinen Ausgestaltungen bringt es den gemeinsamen Grundgedanken zum Ausdruck, daß der Gelobende seine Treue als Pfand einsetzt, damit aber, weil nach germanischer Auffassung in der Treue sich der sittliche Wert der Persönlichkeit offenbart, seine ganze Persönlichkeit verstrickt und, wenn er die verpfändete Treue nicht durch Schulderfüllung einlöst, das Recht der Persönlichkeit verwirkt¹². Zur Wirksamkeit einer solchen Vereinbarung bedarf

⁹ Daß beide Formen von Hause aus spezifisch verschieden waren, habe ich gegenüber ihrer Identifizierung bei Sohm, Eheschließung S. 34 ff., Heusler, Inst. II 230 ff., Schröder, R.G.⁵ S. 64, 304 ff., 381, u. A. in Sch. u. H. nachgewiesen. Auch Hübner² § 71 II 1 u. 2 behandelt sie getrennt. Dagegen verfährt neuestens wieder Puntchart, Gött. Gel. Anz. 1915 S. 669 ff., 691 ff., 705 ff., das Zusammenfallen des Wettvertrages mit dem Treugelübde.

¹⁰ Vgl. Sch. u. H. S. 132 ff., wo auch das Treuversprechen (*fidelitatis promissio*) und die Treuaussage behandelt und als wesensverschieden vom Treugelübde aufgezeigt sind.

¹¹ Über das Treugelübde in der germanischen Urzeit und insbesondere dessen Erschließung aus Tac. Germ. c. 24 vgl. Sch. u. H. S. 141 ff. u. seitdem auch Hübner² S. 435. Über die fränkische *fides facta* Sch. u. H. S. 144 ff. und die dort Anm. 1 angeführte umfangreiche (besonders die durch l. Sal. 50 hervorgerufenen Streitfragen behandelnde) Lit.; dazu über das Fortleben im späteren fränk. (französ. u. deut.) R. S. 169 ff. Über das Treugelübde in anderen Stammesrechten S. 172 ff. Über das Treugelübde im Recht des deutschen Mittelalters S. 192 ff. und ausführlicher hinsichtlich des sächs. R. Puntchart, Schuldv. S. 288 ff.

¹² Ursprünglich verfällt er dem Gläubiger mit Leib und Leben; doch kann vertragsmäßig von je die Zugriffsmacht des Gläubigers eingeschränkt werden und sinkt später, seitdem die gerichtliche Personalexekution Abschwächungen erfährt, mangels ausdrücklicher verschärfender Klauseln auf das damit gegebene Normalmaß herab; oben S. 16 ff., 18 ff. Immer folgt aus dem Wesen des Treugelübdes, daß, wer die verpfändete Treue nicht einlöst, als treulos die Ehre verwirkt; allein nach einer anscheinend allgemein ver-

es eines rechtsförmlichen, mit Mund und Hand vollzogenen Aktes. Es werden feierliche Worte gesprochen, die irgendwie die Einsetzung der Treue für die Schuld zu Gehör bringen¹³, und es wird durch Handreichung oder gleichwertige sinnbildliche Handgebärde sichtbar gemacht, daß der Gelobende sich leiblich in die Gewalt des Gläubigers ergibt, der er verfallen sein will, wenn er die Treue bricht¹⁴. Dieses Geben und Nehmen der Handtreue war von Hause aus ein selbständiger personenrechtlicher Vertrag, der eine Schuld als vorhanden voraussetzte und daher, wenn die Schuld auf Gedinge beruhte, zu dem Schuldvertrage hinzutrat¹⁵. Im Laufe der Zeit jedoch wuchs das Treugelübde mehr und mehr mit dem Schuldvertrage zusammen, es nahm das Schuldversprechen in sich auf und erschien so als eine die Kraft des Schuldversprechens verstärkende Form des Schuldvertrages¹⁶. Damit konnte einerseits das Treugelübde in ein ohne Handritus wirksames Versprechen mit Treuwort übergehen¹⁷, andererseits der Handschlag ohne

breiteten Auffassung kann der Mittellose, der die Schuld nicht zu erfüllen vermag, seine Treue auch dadurch einlösen, daß er sich freiwillig in die Gewalt des Gläubigers ergibt, und bleibt dann wenigstens vom Ehrverluste verschont; vgl. Puntchart S. 478 ff., Sch. u. H. S. 143, 164 ff., 200 ff.

¹³ Vgl. die Wortformeln bei Siegel, Handschlag S. 3 ff., Puntchart S. 288 ff., 364 ff.; dazu Sch. u. H. S. 132, 197. Über die nordische Wortform v. Amira, O.R. I 294 ff., IV 289 ff.

¹⁴ Vgl. Sch. u. H. S. 132, 161 ff., 195 ff.; Siegel a. a. O. S. 10 ff.; Puntchart S. 342 ff., 348 ff.; v. Amira, O.R. I 290 ff., II 305 ff., Recht³ S. 223 ff.; Hübner, Grundz.² S. 436 ff. Indem der Gelobende die rechte Hand, das vornehmste Werkzeug des Körpers, darreicht und der Gläubiger sie umschließt, kommt die Einsetzung der Person zu deutlichem sinnbildlichen Ausdruck. Über abweichende Handriten, die aber gleichfalls die Einsetzung der Person veranschaulichen, vgl. v. Amira, Handgebärden (Abh. der Bayr. Akad. d. Wiss. Kl. I Bd. 23, 2 S. 163 ff.) S. 239 ff., Recht³ S. 224; Sch. u. H. S. 196 Anm. 16—19; Hübner S. 437.

¹⁵ Puntchart S. 375 ff.; Sch. u. H. S. 148 ff., 204 ff.

¹⁶ Sch. u. H. S. 208 ff., 211 ff. Diese Entwicklung zeigen auch die von Puntchart gesammelten Stellen, obschon er selbst jedes innere Zusammenwachsen von Treugelübde und Schuldversprechen bestreitet; unrichtig ist es jedenfalls, wenn er S. 382 ff. daraus, daß bei gegenseitigen Verträgen trotz der Einheit des Schuldvertrages jeder Teil besonders gelobt, auf die fortdauernde scharfe Unterscheidung von Treugelöbde und Schuldvertrag schließt, da ja doch der Schuldvertrag selbst hier auch zwei Versprechen fordert.

¹⁷ Sch. u. H. S. 196, 255 ff. — Besonders deutlich zeigt sich die gleiche Entwicklung bei dem ein Schuldversprechen sichernden Eide, der für das germanische Recht nichts anderes als ein religiös geheiligtes Treugelübde war, daher gleichfalls von Hause aus als Haftungsgeschäft zur Sicherung einer vorhandenen Schuld erschien, dann aber in ein eidliches Versprechen und

Treuwort zum allgemein gebräuchlichen Bekräftigungsmittel von Schuldversprechen werden¹⁸.

β. Die Wette (wadiatio)¹⁹ ist die Einsetzung des Vermögens für Schuld. Sie ist ein mit Hand und Mund vollzogener rechtsförmlicher Akt, durch den der Schuldner selbst oder ein Bürge für den Fall der Nichterfüllung sein Vermögen dem Zugriff des Gläubigers unterwirft²⁰. Vermutlich ist die Wadiation schon in

somit in eine bestärkende Schuldvertragsform übergang; Sch. u. H. S. 237 ff., 239 ff., 243.

¹⁸ Sch. u. H. S. 197, 257 ff.

¹⁹ Über den Wettvertrag vgl. Sch. u. H. § 16—19 S. 259 ff. und die in Anm. 1 zu § 16 angef. umfangreiche Lit. Dazu seitdem: Kohler, Berliner Festg. für mich, 1910, II 279 ff. v. Amira, Die Wadiation (Sitzungsber. der Bayr. Akad. d. W. Jahrg. 1911, 2. Abh.). H. Meyer, Festschr. für mich, 1911, S. 981 ff. Buch, Die Übertragbarkeit von Forderungen S. 92 ff. E. Mayer, Die Einkleidung im german. R. (aus Festschrift für Wach), 1913, S. 8 ff. Hübner, Grundz.² § 71 II 2. Puntchart, Mitt. des Österr. Inst. f. Geschichtsforschung XXXV 356 ff., Gött. Gel. Anz. 1915 S. 691 ff. v. Wretschko, Mitt. des Österr. Inst. XXXVI 187 ff.

²⁰ Doch ist das Wesen der Wadiation bis heute lebhaft umstritten; vgl. den Überblick über die Entwicklung der Meinungen in Sch. u. H. S. 265 ff. Früher betrachtete man allgemein das Geben und Nehmen der wadia als ein Formelement des Schuldvertrages, legte ihm aber meist nur Bestärkungskraft (a. a. O. Anm. 18) und nur vereinzelt bei manchen Verträgen Perfektionskraft (a. a. O. Anm. 19) bei. Sohm u. Stobbe brachten die Lehre zur Herrschaft, daß der Wettvertrag der schuldrechtliche Formalvertrag des germanischen Rechts gewesen sei (a. a. O. Anm. 20—23). Dann aber drang mehr und mehr die Erkenntnis durch, daß die Wadiation jedenfalls in ihrem Kern Haftungsgeschäft war (a. a. O. Anm. 24—28). Aus ihrer Einkleidung in pfandrechtliche Form und ihrer in der Begründung eines Pfändungsrechts gipfelnden Wirkung wurde dann erschlossen, daß die Haftung, die ihr entsprang, in Vermögenshaftung bestand (a. a. O. Anm. 32—36, besonders von Horten, Egger u. Rintelen). Eine ganz neue Theorie stellte v. Amira, Stab S. 151 ff., auf, indem er von der doppelten Annahme aus, daß die wadia notwendig ein Stab (festuca) gewesen sei und daß sie lediglich dem Formalismus der Bürgenstellung angehöre, nachzuweisen suchte, daß sie überhaupt kein Haftungssymbol pfandrechtlichen Ursprungs, sondern ein Botenstab sei; der Schuldner übergebe den Stab dem Gläubiger behufs Weitergabe an den Bürgen als Mittel der Ausrichtung seines Verbürgungsauftrages, der Bürge erkläre durch Annahme des Stabes die Übernahme der Bürgenschaft und benachrichtige hier von dem Schuldner durch alsbaldige Rückgabe des Stabes, der hiermit seine Rolle ausgespielt habe; die Haftung des Bürgen gegenüber dem Gläubiger entspringe nicht aus dem Empfange der wadia, sondern aus der Bürgenschaftserklärung, die Haftung des Schuldners gegenüber dem Bürgen nicht aus der Übertragung des vom Gläubiger erworbenen Pfändungsrechtes mittels Weitergabe der wadia, sondern aus der Auftragserteilung, die für den Fall der Nichtliberierung durch Eintritt des Bürgen in die Haftung bestehende Haftung des

der germanischen Urzeit durch Abspaltung von der realen Pfandsetzung entstanden und hat dann in den einzelnen Stammesrechten ihre besondere Ausgestaltung empfangen²¹, die im Grundgedanken übereinstimmt, jedoch bei der vielfach in den Vordergrund tretenden Verwendung für die Verbürgung fremder Schuld infolge der ungleichen Kombination mehrerer Haftungsgeschäfte wichtige Verschiedenheiten aufweist²². Wesentlich ist ihr stets das mit der wörtlichen Verstrickungserklärung verbundene Geben und Nehmen einer „wadia“, einer geringwertigen Sache, die den Namen eines Pfandes trägt, aber kein reales Pfand, sondern ein Scheinpfand, kein Haftungsobjekt, sondern ein Haftungssymbol ist. Denn sie vertritt das lediglich ideell verstrickte Vermögen und dient dem

Schuldners gegenüber dem Gläubiger nicht aus der Hingabe der wadia, sondern aus irgendeinem vorausliegenden Haftungsgrunde. Gegen diese Theorie habe ich mich Sch. u. H. S. 272—276 gewandt. v. Amira hat sie in seiner Schrift über Wadiation ausführlich verteidigt und mit neuen Argumenten zu erhärten versucht, ohne, wie mir scheint, meine Gegenargumente widerlegt zu haben. Doch haben sich ihm Schröder, Z. f. R.G. XXX 448 ff., Hübner² a. a. O., v. Schwerin, R.G.² S. 66 Anm. 6 u. S. 116 Anm. 6, durchaus angeschlossen. Dagegen hält Kohler a. a. O. an dem Wesen der Wadiation als Vermögensverhaftungsgeschäft fest. H. Meyer a. a. O. erblickt ebenfalls in der Wadiation ein Haftungsgeschäft und in der wadia ein Pfandzeichen, nimmt aber als ursprüngliche Wirkung Personalhaftung an (oben S. 21 Anm. 42). Buch a. a. O. S. 97 ff. stimmt im Ergebnis mit meiner Auffassung überein. E. Mayer a. a. O. bekämpft die Botschaftstheorie v. Amiras und erklärt die obligatorische Wadiation für ein Sicherungsgeschäft, sieht aber in ihr keine Abspaltung der Pfandsetzung, sondern eine „Einkleidung“ mit dem Zeichen der Hausherrschaft (S. 100 ff.). Puntchart hebt treffend die Bedenken gegen Amiras Theorie hervor (Gött. Gel. Anz. a. a. O. S. 694 ff.), stellt aber selbst eine neue wenig einleuchtende Hypothese auf (Wadiation = Treuverpfändung, ein Stab von Hartholz wegen seiner Festigkeit Symbol der Treue, ebd. S. 702 ff.).

²¹ Vgl. Sch. u. H. S. 259 ff. über den Ursprung, S. 276 ff. über das vor allem in Frage kommende, aber meist zu einseitig verwertete langobardische Recht, S. 293 ff. über die übrigen Stammesrechte, unter denen besonders das fränkische, alemannische und bayrische Recht reiche Ausbeute gewähren.

²² Hierauf ist noch unten in § 206 II 1 zurückzukommen. Gegen die Ansicht, daß die Wadiation überhaupt in dem Formalismus der Verbürgung für fremde Schuld ihren Ursprung habe und erst durch die Übergangsstufe einer ihr nachgebildeten Selbstverbürgung hindurch als einfache Schuldnerwadiation in Gebrauch gekommen sei, vgl. Sch. u. H. S. 264 ff. und speziell für das langob. R. S. 285 ff., für das fränk. R. S. 153 ff., 294 ff.; dazu über die Selbstverbürgung in Form scheinbarer Bürgenstellung S. 275 mit S. 259 Anm. 50, 161 Anm. 58, 285 Anm. 43. Vgl. auch E. Mayer a. a. O. S. 8 ff.; Puntchart a. a. O. S. 692. — Gegen die Meinung, daß die Wadiation als prozessrechtliches Institut entstanden und ihr Urfall die Urteilserfüllungswette sei, vgl. Sch. u. H. S. 265.

Gläubiger als Wahrzeichen der ihm für den Fall der Nichterfüllung der Schuld eingeräumten Zugriffsmacht auf das Vermögen. Gleichzeitig aber liegt in der Unterwerfung unter das Pfändungsrecht des Gläubigers ein Einsatz des Herrschaftsrechtes an Haus und Hof, so daß die Hingabe des Pfandzeichens im Gegensatze zur realen Pfandsetzung zugleich eine personenrechtliche Bindung bedeutet. Darum dient als *wadia* namentlich ein körperlicher Gegenstand, der die Hausherrschaft versinnlicht, insbesondere ein Stab (*festuca*)²³, ohne daß eine bestimmte Beschaffenheit des Scheinpfandes begriffswesentlich wäre²⁴. Die Enthftung des Vermögens erfolgt durch die Einlösung des Scheinpfandes, die nach pfandrechtlichen Grundsätzen durch Erfüllung der Schuld vollzogen wird. Der Gläubiger muß gegen Empfang der geschuldeten Leistung die *wadia* zurückgeben, kann aber seinerseits unter Vorweisung der *wadia*, sobald die Schuld fällig ist, die Einlösung fordern²⁵. Unterbleibt die Einlösung, so kann er sich durch ein-

²³ Über die *festuca* als Zeichen der Hausherrschaft vgl. Sch. u. H. S. 153 ff., 262; gegen ihre Deutung als Botschaftsstab ebd. S. 271 u. seitdem auch H. Meyer a. a. O. S. 579 ff., E. Mayer a. a. O. S. 72 ff., 100.

²⁴ Die Annahme von v. Amira, *Wadiation* S. 15 ff., u. Hübner S. 443, daß der Stab ursprünglich allein als *wadia* gebraucht, die Verwendung anderer Gegenstände späte Entartung sei, ist willkürlich. Nur im fränk. R. wird regelmäßig eine *festuca* als *wadia* erwähnt, die langob. Quellen gerade der älteren Zeit und die übrigen Stammesrechte sagen nichts über die Beschaffenheit der *wadia* aus. Wenn vielfach (auch im fränk. R.) andere Gegenstände als *wadia* dienen, die zum Teil ebenfalls zugleich Persönlichkeitszeichen sind (wie Handschuh, Ring, Kleidungsstück oder Teil eines solchen), zum Teil sich als reine Pfandzeichen darstellen (wie Münzen, Messer, Sichel, halbes Hufeisen oder eine beliebig zu wählende Sache), so spricht alles dafür, daß es sich um altertümliches Recht handelt. Vgl. Sch. u. H. S. 263 Anm. 8—11, 297, 298, 303, 314, 324 Anm. 3; seitdem auch E. Mayer a. a. O. S. 48 ff.

²⁵ Sch. u. H. S. 260 ff., 286 ff. — Bei der langobardischen Schuldsicherung „*per wadium et fidejussores*“ löst der Schuldner vereinbartermaßen dem Gläubiger gegenüber die *wadia* durch gehörige Bürgenstellung ein und wird daher diesem gegenüber haftungsfrei, der Gläubiger aber überträgt mit der *wadia* das ihm vom Schuldner eingeräumte Pfändungsrecht auf den Bürgen, der es zu seinen Gunsten auszuüben hat. Bis zur Tilgung der Forderung des Gläubigers behält der Bürge die unerlöste *wadia* in der Hand. Die Behauptung v. Amiras, *Stab* S. 152 Anm. 5, S. 154, *Wadiation* S. 26 ff., daß der Schuldner schon vorher die Aushändigung der *wadia* an sich selbst verlangen könne, beruht auf irriger Auslegung der Quellenstellen, die dem Schuldner gegen den Gläubiger im Falle der Stellung eines tauglichen Bürgen einen Anspruch auf Rückgabe der *wadia* zu Händen des Bürgen geben und dies „*recipere per suum fidejussorem*“ nennen. Vgl. Sch. u. H. S. 274, 286 ff., jetzt auch E. Mayer S. 9 Anm. 9. — Daß der Bürge seinerseits dem Gläubiger gegenüber die

seitigen Zugriff im Wege der Pfändung Befriedigung oder Ersatz aus dem haftenden Vermögen verschaffen²⁶. So war die Wadiation von Hause aus gleich dem Treugelübde ein selbständiger Haftungsvertrag, der Schuld nicht begründete, sondern voraussetzte²⁷. Doch konnte auch sie ein zugrunde liegendes Schuldversprechen in sich aufnehmen und schliesslich, indem sie sich mit ihm verschmolz, in eine bestärkende Schuldvertragsform übergehen²⁸. Im deutschen Mittelalter erscheint die „Wette“ zum Teil nur noch als eine feierliche Versprechensform²⁹. Mehr und mehr aber verschwand sie überhaupt aus dem Rechtsleben³⁰.

Einen Ersatz bot die Vermögenssatzung, die als Ab-

Haftung anstatt des Schuldners übernimmt, ist sicher; auffällig nur, daß er (abweichend von anderen Stammesrechten) aus der Annahme der wadia haftbar wird, ohne anscheinend eine Gegenwadia oder ein Gelöbnis zu leisten; ich habe dies Sch. u. H. S. 289 ff. aus Empfangshaftung für das gegen Übertragung des Pfändungsrechtes geleistete Schuldbeitreibungsversprechen erklärt und halte daran bis zur Auffindung einer besseren Erklärung fest; dagegen Buch a. a. O. S. 96 ff., der aber selbst nicht über Zweifel hinausgelangt.

²⁶ Sch. u. H. S. 41 ff., 153 ff., 268 ff., 278 ff., 293 ff., 300 ff. Die Zugriffsmacht erstreckt sich nur auf die Fahrnis; erst später wird sie bisweilen auf Liegenschaften ausgedehnt; a. a. O. S. 80, 292. Leibliche Haftung hat die Wadiation als solche niemals begründet.

²⁷ Sch. u. H. S. 267, 280 ff., 312 ff., 317.

²⁸ Vgl. über die späteren Schicksale der langobardischen Wadiation Sch. u. H. S. 292 ff. und ausführlich Val de Lièvre, Launegild u. Wadia S. 248 ff.

²⁹ So im fries. R., in dem die „Wette“, wahrscheinlich infolge von Verschmelzung mit dem Treugelöbnis und unter Ersetzung der Wadia durch Handschlag, als Haftung verstärkende Versprechensform fortlebt; Sch. u. H. S. 318 ff. Aber auch im süddeutschen Rechte erhielt sich der Ausdruck „Wetten“ in der Bedeutung eines rechtsförmlichen Versprechens, bei dem von einer Wadia und ihrer spezifischen Funktion nicht mehr die Rede ist; a. a. O. S. 326.

³⁰ Besonders früh im sächs. R., in dem das Treugelübde, bei dem der Handschlag die Funktion der Wadia mit übernahm, den Wettvertrag aufgezehrt zu haben scheint; Sch. u. H. S. 321 ff. Eine ähnliche Entwicklung läßt sich auch anderswo erschliessen; ebd. S. 324 ff. Zum Teil ging die Wette auch im Arrhalvertrage auf; ebd. S. 325, 350 ff. — Die Namen „Wette“ und „wetten“ blieben, von ihrem Fortgebrauch für die reale Pfandsetzung abgesehen, an dem einstmals durch Urteilswette zu sichernden Strafgelde und der Strafzahlung hängen; ebd. S. 326 ff. Als Vertragsnamen dagegen bezeichnen sie schon am Ausgang des Mittelalters nur die Wette im heutigen Sinne, die nicht aus der Wadiation hervorgegangen, sondern eine selbständige Abspaltung der realen Pfandsetzung ist; ebd. S. 328 ff., unten § 208 III 2. — Bis zur Gegenwart lebt das Abbild der echten Wadiation im Pfänderspiel fort; Sch. u. H. S. 263 Anm. 11, Zöpfl, R.G.⁴ III 288 Anm. 34a, Stobbe, Z. f. R.G. XIII 220, Brunner, R.G. I² S. 209.

spaltung der jüngeren liegenschaftlichen Satzung das ganze Vermögen oder einen Teil desselben in Form einer öffentlichen Kundmachung der Haftungsübernahme dem Gläubigerzugriff wegen Schuld unterwarf³¹.

Als Abspaltung der Wadiation aber lebte der Vertragsschluss durch Begebung der Schuldurkunde fort, der von vornherein, weil die an Stelle der wadia getretene Urkunde das Schuldversprechen enthielt, zugleich mit der Haftungs begründung die Schuldbegründung formalisierte und so zur Quelle einer wichtigen Schuldvertragsform werden konnte³².

γ. Durch die Verbindung von Treugelübde und Wette konnte gleichzeitig die Person und das Vermögen für Schuld eingesetzt werden. Die fränkische fides facta schloß regelmäßig und, wenn sie ein Pfändungsrecht begründen sollte, notwendig eine Wadiation ein; doch blieben beide Haftungsgeschäfte gesondert, so daß auch das eine ohne das andere möglich war und vorkam³³. Anderswo aber verschmolzen Treugelübde und Wette in ein einziges Haftungsgeschäft, das dann um so leichter in einen schuldrechtlichen Formalvertrag übergehen konnte³⁴.

a. Die zweite haftungsrechtliche Wurzel von Vertragsformen war die Empfangshaftung, auf der die bindende Kraft der Realverträge beruhte³⁵. Wer für ein Versprechen vermögenswerten Entgelt empfangen hatte, haftete für die Versprechensschuld, weil sie zur Vermögenslast geworden war, mit seinem Vermögen³⁶.

³¹ Sie blieb immer reines Haftungsgeschäft und hat für die Geschichte der Schuldvertragsformen keine Bedeutung; vgl. über sie oben Bd. II 824 ff. und hier § 174 S. 21 Anm. 45.

³² Oben S. 22 Anm. 46. Näheres über die Entwicklung des zunächst haftungsrechtlichen Begebungsvertrages zum rechtsförmlichen Schuldvertrage, der die begebene Urkunde in ein konstitutives Wertpapier umwandelte, in Sch. u. H. S. 331—333.

³³ Sch. u. H. S. 151 ff., 293 ff.; über Fälle schlichter Wadiation S. 157 ff., 169, 297 ff., über solche schlichten Treugelübdes S. 161, 166, 167 ff., 171, 172, über die übliche Gestalt der Bürgschaft, bei der der Schuldner nur wadierte, der Bürge nur fides facta leistete, S. 159, 295 ff.

³⁴ Vgl. oben Anm. 29—30 (bes. fries. u. sächs. R.).

³⁵ Oben S. 22 Anm. 47; Sch. u. H. S. 81 ff., 165 ff.

³⁶ Ob er ursprünglich nur mit dem empfangenen Gegenstande gehaftet hat, muß dahingestellt bleiben. Jedenfalls ist die Behauptung von v. Amira, Z. f. R.G. XXXI 499, Hübner² S. 445 u. v. Schwerin, R.G.² S. 68, aus dem Empfange sei überhaupt niemals Haftung, sondern nur eine Rückgabepflicht entstanden, unhaltbar und mit der schon für die Zeit der Volksrechte bezeugten Wirkungskraft der arrha unvereinbar. Der dem Sachsensp. I 6 § 2.

Darum entsprang aus dem Empfange einer Sache zur Leihe, zur Verwahrung, als Pfand oder als Darlehen eine erzwingbare Verpflichtung zur versprochenen Rückgabe oder Ersatzleistung³⁷. Bei gegenseitigen Verträgen aber, bei Kauf, Tausch, Miete usw., zog die Leistung des einen Teils die Haftung des anderen Teils für die versprochene Gegenleistung nach sich³⁸. Vor der Erfüllung von der einen oder anderen Seite begründete der gegenseitige Schuldvertrag zwar schon ein Schuldverhältnis, aber keinerlei Haftung für das Haltensollen des Versprechens oder das Leistensollen des Versprochenen³⁹. Anders verhielt es sich nur, wenn das Versprechen durch Treugelöbniß oder Wette befestigt war⁴⁰. Hatte jedoch der eine Teil erfüllt, so trat auch ohne besonderes Verstrickungsgeschäft für den anderen Teil die bindende und erzwingbare Verpflichtung ein, auch seinerseits zu erfüllen. Der Vorleistende konnte das Geleistete nicht zurückfordern, da er ja geleistet hatte, was er schuldete. Er brauchte sich aber auch nicht mit der Rückgewähr des Geleisteten zu begnügen, da er ja eine andere Leistung bekommen sollte⁴¹.

zugrunde liegende Gedanke, daß der Gläubiger wegen einer Schuld, für die der Schuldner „wederstadinge“ empfangen hat, sich an sein Vermögen halten kann, ist alt. Vgl. Sch. u. H. S. 81.

³⁷ Über das Verhältnis des schuldrechtlichen Anspruchs zu dem auf ruhende Gewere gestützten Anspruch auf Zurückgabe von anvertrautem Gut (oben Bd. II 205 ff.) vgl. Sch. u. H. S. 82—83. Die Vorstellung einer Schuld, für die von Hause aus Vermögenshaftung besteht, ist schon aus dem Tit. 52 der I. Salica „de rem prestita“ ersichtlich. In voller Schärfe unterscheidet Sachsensp. I 15 § 1—2 die Klage um Gut und die Klage um Schuld. Beim Darlehen ist von vornherein nur eine reine Schuldklage möglich, die offenbar stets ohne besondere formale Haftungsübernahme zulässig war (a. M. Schröder, R.G.⁵ S. 308 Anm. 124).

³⁸ Sch. u. H. S. 84 ff. Vgl. Sohm, Eheschließung S. 25; Stobbe, Z. f. R.G. XIII 240 ff.; Thévenin, Contribution à l'histoire du droit germanique, 1880, S. 64 ff.; Esmein, Études sur les contrats S. 9 ff.; Puntchart S. 477 ff.; Cosack b. Gerber¹⁷ § 188 S. 324. A. M. noch für die fränk. Zeit Niszl, Gerichtsstand S. 189 ff., Heusler II 253 ff., Schröder, R.G.⁵ S. 367 Anm. 123. — Nach der Lehre von Sohm und seinen Anhängern kam mit der Leistung eines Teils überhaupt erst der Schuldvertrag, mit ihm zugleich jedoch die Haftung zustande. Dagegen lehren neuerdings v. Amira, Hübner u. v. Schwerin a. a. O. (oben Anm. 36), durch die Vorleistung sei lediglich eine haftungslose Schuld des anderen Teils begründet worden, während es zur Begründung von Haftung eines Formalgeschäftes bedurft habe.

³⁹ Daraus ergab sich das oben § 184 S. 203 Anm. 100 besprochene Reuerecht.

⁴⁰ Sch. u. H. S. 88 Anm. 26—27.

⁴¹ Sch. u. H. S. 85. Gerade hierin unterschied sich das deutsche System

Die Haftungswirkung des Leistungsempfanges wurde bei gegenseitigen Verträgen frühzeitig auf bloßen Teilempfang übertragen, so daß, wer teilweise geleistet, z. B. einen Teil des Kaufpreises angezahlt hatte, unter Anerbieten der vollen Leistung die versprochene Gegenleistung einklagen konnte⁴².

Aus der Weiterentwicklung der Haftung aus Teilempfang entwickelte sich der germanische Arrhalvertrag⁴³. Die Verhaftungskraft wurde auch einer geringfügigen Gabe beigelegt, die als Handgeld (arrha) in sinnbildlicher Weise die künftige Leistung vorläufig vertrat⁴⁴. So wurde das Geben und Nehmen des Hand-

von dem der römischen Innominatkontrakte, das dem Vorleistenden nur eine Kondiktion gewährte. — Die Forderung auf die Gegenleistung war vererblich; Sachsensp. I 9 § 1 (gemäß I 6 § 4); wenn dies nach § 2—3 für den Fall, daß ein Vasall für das Versprechen der Auflassung eines Lehns oder ein Herr für das Versprechen der Belehnung Entgelt empfangen hat, nur zugunsten der Lehnserben des Vorleistenden gilt, während in Ermangelung von Lehnserben der Versprechende den Allodialerben gegenüber die Wahl zwischen Erfüllung und Rückgewähr hat, so ist dies eine in dem Wesen der Lehnfolge begründete Ausnahme; a. a. O. Anm. 19. Die Forderung ging andererseits auch gegen den Erben, der mit dem Nachlaß für die Erfüllung haftete; Sachsensp. I 6 § 2; daß nach Sachsensp. I 9 § 6 der Erbe das Versprechen des Erblassers, ein Grundstück aufzulassen, nur zu erfüllen braucht, wenn er selbst die Auflassung gelobt oder verbürgt hat, beruht auf dem Erbenwartrecht und bestätigt wieder die Regel; a. a. O. Anm. 19^a.

⁴² Fr. Cod. Euric. 296; l. Wisigoth. V 4 c. 5; Sachsensp. I 9 § 1—4. Vgl. Sch. u. H. S. 88 Anm. 28—30.

⁴³ Sch. u. H. S. 337 ff. u. die dort in Anm. 1 zu § 20 angef. Lit. — Von der S. 359 ff. behandelten Verlöbnisarrha ist im Familienrecht zu reden.

⁴⁴ Den Ursprung der germanischen arrha und ihr Wesen als Sinnbild der Vorleistung hat zuerst Schm., Eheschließung S. 28 ff., richtig erkannt. Ähnlich Stobbe, Reuerecht S. 244 ff. — Die ältere germanistische Literatur sah in ihr nur ein der römischen arrha verwandtes Bestärkungsmittel der Verträge; Sch. u. H. S. 339 ff. Anm. 11—15. Dann suchte man sie dem spezifisch germanischen Vertragsrecht einzugliedern. Einige, besonders R. Loening, Vertragsbruch S. 17 ff., identifizierten sie mit der wadia; vgl. Sch. u. H. S. 430. Andere setzten sie dem launegild gleich (vgl. über dieses unten § 191 Anm. 23); während aber Manche das launegild unter Verkennung seiner abweichenden Bedeutung als Schenkungsgegengabe für eine arrha erklärten (vgl. Sch. u. H. S. 341 Anm. 19), leitete Heusler, Inst. I 81 ff., dem Zeumer, Neues Archiv XXIV 580 ff., u. Schröder, R.G.⁵ S. 296 Anm. 71 u. S. 308, zustimmten, die arrha aus dem launegild mittels der Annahme ab, daß sie ursprünglich ein Verzichtspfennig gewesen sei, durch den der Käufer den Verzicht des Verkäufers auf anderweite Verfügung über die Sache vergolten und damit bindend gemacht habe; vgl. hiergegen Sch. u. H. S. 341—343. v. Amira endlich lehnt die Wirksamkeit der Vorleistung als Schulderfüllung überhaupt ab, erblickt vielmehr in ihr eine freie Gabe mit Auflage und konstruiert demgemäß den

geldes zu einem Formalvertrage, dem freilich insoweit, als die arrha zugleich den Charakter einer realen Teilleistung wahrte, ein Realgeschäft beigemischt blieb⁴⁵, der aber insoweit, als die arrha in eine bloße Scheinleistung überging, das realgeschäftliche Element völlig abstreifte⁴⁶. Gleich dem Treugelübde und der Wette war auch der Arrhalvertrag von Hause aus keine Schuldbegründungsform, sondern Form der Haftungsbegründung für bestehende Versprechensschuld⁴⁷. Doch traf gemäß ihrem Ursprunge aus Empfangshaftung die Haftung ursprünglich nur den Empfänger des Handgeldes, während sein Geber, bevor er seinerseits empfangen hatte, für Erfüllung nur haftete, falls er sich durch Treugelübde oder Wette besonders verpflichtete⁴⁸. Erst im Laufe der Zeit erlangte die arrha, indem sie anscheinend zugleich die Funktion einer anfangs neben ihr gegebenen wadia übernahm, allgemein die Kraft eines doppelseitig verpflichtenden Haftgeldes⁴⁹. Hier wie

Arrhalvertrag als einen selbständigen Realvertrag, der seinem eigentlichen Wesen nach eine Schenkung mit Auflage darstelle (O.R. I 318 ff., 333 ff., II 342 ff.); ihm folgt v. Schwerin, R.G.² S. 65, und unter Kombination mit der Theorie Heuslers auch Hübner² S. 446 ff.; vgl. hiergegen Sch. u. H. S. 343—345.

⁴⁵ Die arrha war ursprünglich und blieb vielfach Angeld, das bei der Erfüllung anzurechnen oder zurückzugeben war; sie erschien aber auch da, wo sie zur Draufgabe oder Zugabe wurde, in den Fällen, in denen sie mangels gehöriger Erfüllung erstattet oder ersetzt werden muß, als reale Vermögensleistung; Sch. u. H. S. 338 ff. Anm. 7—10. Die Realvertragsnatur betont mit besonderer Schärfe v. Amira a. a. O., der aber die damit verbundene Formalvertragsnatur ungebührlich zurückdrängt.

⁴⁶ So mit Recht Sohm a. a. O. S. 28 ff., der aber verkennt, daß die rein sinnbildliche arrha nicht der ursprüngliche Typus gewesen und niemals der ausschließliche geworden ist.

⁴⁷ Im Gegensatz zur früheren Lehre, die darin einig war, daß die arrha keine schuldbegründende, sondern nur schuldbestärkende Kraft habe, erblickt Sohm im Arrhalvertrage einen schuldbegründenden Formalvertrag. Auch v. Amira, Hübner und v. Schwerin lassen in Konsequenz ihrer Auffassung der gegenseitigen Verträge (oben S. 335 Anm. 38) erst durch das Geben und Nehmen der arrha eine Schuld entstehen, bestreiten aber die Verhaftungswirkung des Empfanges.

⁴⁸ Sch. u. H. S. 345—348. Die bloß einseitige Verpflichtungskraft des Arrhalvertrages ist vor allem im westgot. R. (Cod. Euric. c. 294, Reccesvind. V 4, 4, 1. Wisig. V, 4, 6) bezeugt und von Heusler, Zeumer u. Schröder nachgewiesen. Sie läßt sich aber auch sonst als ursprüngliches Recht erschließen. Insbesondere spricht dafür, daß oft der Geber des Handgelds außerdem eine wadia reicht.

⁴⁹ Sch. u. H. S. 348—353. Am frühesten für das bayr. R. durch I. Bajuv. 16, 10 u. 17, 3, über deren Deutung allerdings viel Streit herrscht, bezeugt. —

überall schloß die Haftungsübernahme für das Leistensollen die Haftungsübernahme für das Haltensollen des Versprechens ein; dies gewann aber bei der Befestigung gegenseitiger Verträge durch Arrhalgeschäft eine besondere Bedeutung, weil sich daraus der Wegfall des Reuerechts ergab⁵⁰. So trat im deutschen Mittelalter die Bindungskraft der arrha in den Vordergrund; als ihre spezifische Funktion erschien die Erwirkung der Gebundenheit ans Wort und somit der Unwiderruflichkeit der gegenseitigen Schuldversprechen⁵¹. Dagegen hat sich das Geben und Nehmen des Handgeldes nur spät und vereinzelt zu einer Schuldvertragsform entwickelt⁵².

Das haftungsrechtliche Wesen der Arrhalform erhielt sich bei ihren Abspaltungen. So namentlich bei dem Gottespfennig, der in einem zur Bekräftigung des Vertragsschlusses für die Kirche, die Armen oder einen sonstigen frommen Zweck gespendeten Geldbetrage bestand⁵³. Ferner bei dem überaus verbreiteten Weinkauf (Litkauf), einer beim Vertragsschluss (regelmäßig von beiden Teilen gemeinschaftlich) gemachten Gabe, die alsbald für einen gemeinschaftlichen Trunk oder Schmaus der Vertragsteile und der zugezogenen Zeugen verwendet wird⁵⁴. Aus Abspaltungen der arrha

Die doppelseitige Wirkungskraft der arrha machte die Ausbildung einer wechselseitigen Handgeldgabe überflüssig; doch begegnet sie vereinzelt.

⁵⁰ Oben § 184 S. 302 Anm. 98—100. Ursprünglich nur für den Empfänger, dann auch für den Geber.

⁵¹ Sch. u. H. S. 354 ff. In gleicher Weise bindet freilich auch einerseits der Erfüllungsbeginn durch eine reale Leistung (ebd. Anm. 83), andererseits ein Gelöbniß oder Handschlag (ebd. Anm. 84). Allein der Arrhalvertrag erschien mehr und mehr als das in erster Linie zur Festmachung gegenseitiger Verträge berufene Mittel. Hierin gerade wurzelte auch die Befähigung der arrha, sich zum Reugelde zu entwickeln; a. a. O. S. 357 ff.

⁵² Sch. u. H. S. 373 ff. So insbesondere, aber auch erst in nachmittelalterlicher Zeit, vielfach beim Gesindevertrage; ebd. Anm. 29.

⁵³ Sch. u. H. S. 367 ff. u. die dort in Anm. 1 angef. Lit. — Der Name Gottespfennig (denarius Dei) oder Heiligengeistpfennig wurde aber im späteren Mittelalter für die arrha überhaupt, auch wenn sie der Empfänger behielt, üblich.

⁵⁴ Sch. u. H. S. 368 ff. u. die dort in Anm. 6 angef. Lit. — Die Herkunft aus der arrha ist zweifellos. Doch kamen zwei weitere Formelemente hinzu. Einmal das gemeinschaftliche Mahl als Sinnbild der Einigkeit, so daß meist die Befestigung des Vertrages erst eintritt, wenn der Litkauf wirklich „getrunken“ ist; a. a. O. Anm. 10. Sodann die Zuziehung von Zeugen, die als „Litkaufleute“ den Geschäftsabschluss beweiskräftig zu bekunden haben, so daß der Weinkauf von vornherein zugleich als beweisrechtliche Form angelegt ist; a. a. O. Anm. 11—12. Gleichwohl blieb seine Arrhalfunktion stets lebendig;

sind wohl auch andere Gaben hervorgegangen, die zur Bekräftigung des Vertragsschlusses an eine dritte Person gereicht wurden, wie das vom Käufer eines Hauses an die Ehefrau oder die Töchter des Verkäufers gezahlte Schlüsselgeld oder Herdgeld⁵⁵ und das beim Viehkauf dem Knecht oder Boten des Verkäufers gezahlte Zaumgeld oder Halftergeld⁵⁶.

2. Beweisrechtliche Vertragsformen, die bei Schuldverträgen zur Anwendung kamen, waren die Zuziehung von Geschäftszeugen, die Beurkundung und der Abschluss vor Gericht⁵⁷. Von solchen Formen hing weder die schuldbegründende Kraft des Versprechens noch der Eintritt der Haftung für die Schuld ab. Allein für die Sicherung des Gläubigerrechts waren sie bei der Struktur des alten Prozesses von hoher Bedeutung. Denn der Klage um Schuld, die der Kläger nicht mit einem eidverlegenden Beweismittel erhärten kann, entgeht der Beklagte mit seinem Unschuldseid⁵⁸. Die Beweismittel aber, die dem Schuldner den Eid verlegen, sind beschränkt. So lange die Klage um Schuld eine besondere Haftungsbegründung voraussetzte, war es für den Gläubiger zunächst von Wichtigkeit, sich den eidverlegenden Beweis des formalen Haftungsgeschäftes durch eine beweisrechtliche Formzutat zu sichern⁵⁹. Doch war mit der Haftungsübernahme noch nicht der Inhalt der durch sie gesicherten Schuld erwiesen⁶⁰.

a. a. O. Anm. 13—17. Dies zeigt auch der neben dem „nassen Weinkauf“ aufkommende „trockene Weinkauf“; a. a. O. Anm. 18.

⁵⁵ F. Kämmerer, Beiträge zur Lehre vom Schlüssel- oder Herdgelde, 1833, sowie die Sch. u. H. S. 371 Anm. 21 angef. Lehrb. des D.P.R.

⁵⁶ Sch. u. H. S. 371 Anm. 22 mit weiteren Nachweisen.

⁵⁷ Über diese Geschäftsformen überhaupt vgl. oben Bd. I 291 ff.; über ihre Verwendung bei Schuldverträgen Sch. u. H. S. 374 ff.

⁵⁸ Er wurde also zwar verurteilt, wenn er die Schuld bekannte, erzielte jedoch durch die eidliche Beteuerung, nicht schuldig zu sein, die Abweisung des Klägers. Ursprünglich genügte wohl sein Unschuldseid auch, wenn er die Entstehung der Schuld zugab, aber ihre Tilgung behauptete; doch verlangen in diesem Falle die Quellen des deut. M.A. von ihm den Beweis der Zahlung durch zwei mitschwörende Zeugen. Vgl. Stobbe, Vertragsr. S. 63, 86 ff.; Sch. u. H. S. 375 Anm. 2.

⁵⁹ Beim Wettvertrage wurde das Pfandzeichen, durch dessen Vorzeigung als Wahrzeichen der Gläubiger den Beklagten mittels Augenscheins überführen konnte, wadiert zu haben, mit Merkmalen versehen, die seine Identifizierung sicherstellten; Sch. u. H. S. 375 Anm. 3 (festuca notata, carta partita usw.). Im übrigen wurde der Beweis durch Zeugenzuziehung, Verbriefung oder Vornahme vor Gericht gesichert.

⁶⁰ Stand fest, daß der Beklagte ein Treugelübde geleistet, ein Wadium gereicht oder ein Handgeld empfangen hatte, so war ja damit noch nicht er-

Gerade deshalb wurde mehr und mehr der Schuldvertrag selbst in die Beweissicherungsformen einbezogen⁶¹. Seitdem das Schuldversprechen als solches ohne weiteres Haftung und Klagerecht erzeugte, genügte auch zur Beweissicherung die Abgabe des Schuldversprechens in gehöriger beweisrechtlicher Form und steigerte sich zugleich der Wert dieser Formen.

Die älteste Beweissicherungsform ist die rechtsförmliche *Zuziehung von Geschäftszeugen*, die zweifellos auch bei Schuld- und Haftungsverträgen von je vielfach angewandt wurde⁶². Die Berufung auf gehörig gezogene Zeugen war bei den meisten deutschen Stämmen seit alter Zeit ein gesetzliches Beweismittel, das die eidliche Ablehnung der Schuld durch den Beklagten abschneidet⁶³. Nur das ältere Sachsenrecht versagte grundsätzlich dem Gläubiger das Recht, den Schuldner oder Bürgen durch Zeugen zu überführen⁶⁴, und ließ nur bei gewissen bevorzugten Verträgen den Zeugenbeweis zu⁶⁵. Im übrigen war ausweislich der Volksrechte wie der späteren Quellen die Beweisführung mit Geschäftszeugen allgemein gestattet⁶⁶.

wiesen, was er schuldete; er mochte daher immer noch die Schuld ganz oder teilweise eidlich ableugnen. Vgl. Sch. u. H. S. 291 Anm. 63, S. 376.

⁶¹ Dies geschah, wenn bei der Haftungsübernahme zugleich das Schuldversprechen vor den Geschäftszeugen, im Urkundentext oder vor Gericht abgegeben, wiederholt oder doch verlautbart wurde.

⁶² Wesentliches Formerfordernis war sie nur vereinzelt, wie seit Liutprand bei der langob. *Wadiation* für die Haftungsübernahme des Bürgen, dem ja der Gläubiger die *wadia* nicht vorzeigen konnte (ed. Liutpr. 15, Sch. u. H. S. 278 Anm. 8, 291 Anm. 63), und später beim Weinkauf (oben S. 338 Anm. 54).

⁶³ Zu den Tatbeständen, die ausnahmsweise durch Zufallszeugen bewiesen werden können, gehören Schuld- und Haftungsverträge nach keiner Quelle; Sch. u. H. S. 378 Anm. 11.

⁶⁴ Unten S. 342 Anm. 71. *Sachsensp.* I 18 § 2: „unde man's in nicht vertügen ne mag“. So der Regel nach auch bei Klagen um Schuld aus Realverträgen. Doch wird in manchen Fällen, in denen der Leistungsempfang augenscheinlich und daher der eidlichen Ablehnung entzogen ist, das Beweisrecht umgekehrt und dem die Gegenleistung fordernden Kläger der Beweis der Schuld mit seinem alleinigen Eide gestattet; so dem Gesinde, das den verdienten Lohn, dem Herrn, der den geschuldeten Zins für *ausgetanes Land*, dem Wirt, der die Zeche einklagt. Vgl. Sch. u. H. S. 378 Anm. 12.

⁶⁵ Z. B. bei Sühne u. Urfehde; *Sachsensp.* I 8 § 3.

⁶⁶ Vgl. für die Zeit der Volksrechte Brunner, *Forsch.* S. 95 ff., 112 ff., *R.G.* II 393; für die spätere Zeit Stobbe, *Vertragsr.* S. 80 ff. Darum ändert der *Deutschensp.* c. 15 in der Parallelstelle zu *Sachsensp.* I 6 seine Vorlage ab und fügt hinzu: „will aber (er) laugen, so sol man in überzeugen, als recht ist“. Ebenso *Schwabensp.* (L.) c. 11, *Rupr. v. Freis.*, *L.R.B.* c. 9. — Allmäh-

Seit der Ausbildung des Urkundenwesens wurde die Beurkundung zur wichtigsten Beweissicherungsform⁶⁷. Die Privaturkunde freilich war ursprünglich nur Grundlage für den durch sie erleichterten Zeugenbeweis, erlangte aber im deutschen Mittelalter allmählich die Kraft eines selbständigen eidverlegenden Beweismittels⁶⁸. Dagegen wohnte der öffentlichen Urkunde stets eine gesetzliche Beweiskraft inne, was um so wichtiger wurde, je mehr der Begriff der öffentlichen Urkunde erweitert und von der Königsurkunde auf alle Gerichtsurkunden, auf die Stadtbriefe und Stadtbucheinträge und schliesslich auf die Notariatsurkunden übertragen wurde⁶⁹.

Der Abschluss vor Gericht, der für manche Haftungsgeschäfte, wie das Urteilserfüllungsgelübde und andere Prozessgelübde, sich von selbst verstand, aber auch bei Schuld- und Haftungsverträgen jeder Art freiwillig erfolgen konnte, verschaffte durch die Öffentlichkeit des Vorganges dem Gläubiger stets Beweiserleichterung, seit Ausbildung des Gerichtszeugnisses zu einem selbständigen unanfechtbaren Beweismittel unmittelbare Beweissicherung⁷⁰. Das ältere Sachsenrecht erkannte, wie Eike mit besonderem Nachdruck betont, grundsätzlich überhaupt nur das Gerichtszeugnis als eidverlegendes Beweismittel bei Klagen aus Schuldversprechen oder Bürgschaft an: was man nicht vor Gericht zugesagt hat, kann man eidlich ableugnen, wie wissentlich es auch

lich drang derselbe Grundsatz auch im Sachsenrecht, zuerst in den Städten, durch; Sch. u. H. S. 379 Anm. 15.

⁶⁷ Sch. u. H. S. 379 ff. — Wenn in manchen Volksrechten die Schriftform für eine Reihe von Geschäften gesetzlich vorgeschrieben wurde, so blieben davon die Schuld- und Haftungsgeschäfte im wesentlichen unberührt; wo bei „donationes“ oder „venditiones“ eine carta gefordert wird, handelt es sich wohl meist nicht um den Schuldvertrag, sondern um dessen Erfüllung durch Übereignung mittels Begebung der Veräußerungsurkunde; Sch. u. H. S. 379 Anm. 16. Dagegen empfing die Urkunde neben der Beweissicherungsfunktion die Bedeutung eines konstitutiven Formelementes bei Schuldverträgen, seit die Begebung der Schuldurkunde Wadiationskraft erlangte; oben S. 334 Anm. 32.

⁶⁸ Sch. u. H. 380 ff. mit den in Anm. 20 u. 22—23 gegebenen Nachweisen. — Das ältere Sachsenrecht freilich verhielt sich gegen den Urkundenbeweis genau so ablehnend wie gegen den Zeugenbeweis; a. a. O. Anm. 21.

⁶⁹ Sch. u. H. S. 381 Anm. 24—27. Die öffentliche Beurkundung von Schuldverträgen und Haftungsgeschäften jeder Art war überaus gebräuchlich. Vgl. a. a. O. Anm. 27 die Zusammenstellung aus den von H. v. Voltolini, Die südtiroler Notariats-Imbreviaturen des 13. Jahrh., 1899, veröffentlichten ältesten Aufzeichnungen deutscher Notare.

⁷⁰ Sch. u. H. S. 382 ff. Anm. 28—31 mit weiteren Nachweisen.

sei⁷¹. Ähnliches scheint nach älterem friesischem Recht gegolten zu haben⁷². Für Klagen aus kaufmännischen Darlehen im Gästeverkehr wurde in dem Handelsvertrage des Reiches mit Flandern vom Jahre 1173 eine durchaus dem sächsischen Recht entsprechende Bestimmung getroffen⁷³.

II. Spätere Entwicklung. In den letzten Jahrhunderten des Mittelalters traten hinsichtlich der Bedeutung des schuldrechtlichen Geschäftsformalismus mancherlei Verschiebungen ein. Die schuldbegründende Kraft des formlosen Versprechens wurde nicht in Frage gestellt. Doch blieb bei dem Abschluss von Schuldverträgen die Anwendung irgendeiner Vertragsform allgemein üblich und wurde auch im täglichen Verkehr durch die Abschleifung der alten Formen zu bequemem Gebrauch leicht gemacht. Allein die überlieferten Vertragsformen verloren an rechtlicher Bedeutung. Die haftungsrechtlichen Formen gingen, seit die Schuld von Rechts wegen regelmäßig auch Haftung begründete, in besondere Vereinbarungen über Art und Umfang der Haftung und somit in Bestärkungsmittel oder auch Abschwächungsmittel von Schuldverträgen über. Auch die beweisrechtlichen Formen aber büßten in dem Maße, in dem das strenge Beweisrecht sich lockerte, ihre feste Kraft ein.

Mit der Rezeption kam das einheimische System völlig ins Wanken. Aber auch das römische System setzte sich, wenschon es zunächst für gemeines deutsches Recht ausgegeben wurde, nur unvollkommen durch.

Das römische Recht liefs ein klagbares Forderungsrecht nicht aus jedem beliebigen Schuldvertrage (*pactum*), sondern nur aus einem entweder formalisierten oder besonders privilegierten Schuldvertrage (*contractus*) entspringen⁷⁴. Regelmäßig bedarf es

⁷¹ Sachsensp. I 7, 13 § 2, 18 § 2. Eike rechnet diesen Rechtssatz zu den drei Besonderheiten des alten Rechts, die die Sachsen wider Kaiser Karls Willen behalten haben. Übereinstimmende Stellen aus anderen sächs. Quellen in Sch. u. H. S. 383 Anm. 32.

⁷² Sch. u. H. S. 319 Anm. 108.

⁷³ Keutgen, Ausgewählte Urkunden I 52 § 4; Sch. u. H. S. 383 Anm. 35.

⁷⁴ Über das röm. Vertragssystem, seine Umbildung in der mittelalterlichen Jurisprudenz und seine Schicksale in Deutschland vgl. bes. L. Seuffert, Zur Geschichte der obligatorischen Verträge, Nördlingen 1881. Dazu Stintzing, Krit. V.Schr. XXIII 489 ff. Ferner Gneist, Die formellen Verträge des neueren röm. Obligationenrechts, 1845. Pernice, Z. f. R.G. XXII, Rom. Abt. S. 195 ff. Windscheid § 312 (weitere Lit. dort Anm. 3—5). Dernburg, Pand. II § 7—8. Stobbe-Lehmann § 212 u. 217.

somit einer Form. Von den Formalkontrakten hat sich im Justinianischen Recht nur die Stipulation erhalten, die als Verbalvertrag durch mündliche Rede in Gestalt von Frage und Antwort geschlossen wird und jeden beliebigen Schuldinhalt in sich aufnehmen kann⁷⁵. Nur bei bestimmten Schuldverträgen genügt die formlose Willenseinigung; es sind die seit alter Zeit anerkannten Konsensualkontrakte (*emptio venditio*, *locatio conductio*, *societas*, *mandatum*) und einzelne *pacta*, die ihnen durch das prätorische Recht (*pacta praetoria*) und durch die Kaisergesetzgebung (*pacta legitima*) gleichgestellt waren. Bei bestimmten anderen Verträgen wird die Form durch eine Leistung des Gläubigers an den Schuldner ersetzt; es sind die vier benannten Realkontrakte (*mutuum*, *commodatum*, *depositum*, *pignus*). Überdies drang allgemein bei gegenseitigen Verträgen der Satz durch, daß der Teil, der seinerseits das Versprochene geleistet hat, nicht nur die ihm seit alter Zeit zustehende Kondiktion wegen Ausbleibens der Gegenleistung anstellen, sondern auch auf die Bewirkung der versprochenen Gegenleistung klagen könne. Doch behielt er die Wahl zwischen der Klage auf Rückgewähr und der Klage auf Gegenleistung. Bei solchen unbenannten Realkontrakten (Innominatkontrakten) wurde daher zwar durch Leistungsempfang eine einseitige Verpflichtung begründet, keineswegs aber die formlose Willenseinigung ihrem ganzen Inhalte nach mit bindender Kraft ausgestattet.

Im gemeinen Recht konnte das römische Formalprinzip sich nicht durchsetzen. Jeder Versuch, die Stipulation in das Leben einzuführen, mußte scheitern⁷⁶. Unter den einheimischen Vertragsformen war keine geeignet, die Rolle der Stipulation zu übernehmen. Keine von ihnen war ja Schuldbegründungsform. Die deutschrechtliche Anschauung, daß an sich auch aus formlosem Versprechen eine Schuld entspringe, war tief im Rechtsbewußtsein verankert⁷⁷. Das kanonische Recht und das Natur-

⁷⁵ Der alte Literalkontrakt (mittels Eintragung in die Geschäftsbücher) war verschwunden. Doch war die Stipulationsform sehr abgeschwächt und vielfach mit der Beurkundung dergestalt in Verbindung gesetzt, daß sie sich der Schriftform näherte. Vgl. Gneist S. 243 ff., Seuffert S. 23 ff.

⁷⁶ Über vereinzelte derartige Versuche (z. B. Wildenburger Ldr. II 4 § 1) vgl. Beseler, Erbv. II 1 S. 38, Stobbe, Vertragsr. S. 6 Anm. 2.

⁷⁷ Im Freiburger Stadtr. v. 1520 und in anderen Partikularrechten des 16. Jahrh. (Württ. Ldr., Frankf. Ref., Lüneb. Ref., Kurpfälz. Ldr., Danziger Culm) wird die Klagbarkeit formloser Schuldverträge in Wendungen ausgesprochen, die durchaus den deutschrechtlichen Gedanken wiedergeben, daß

recht traten für die Klagbarkeit formloser Schuldverträge ein⁷⁸. So siegte der Grundsatz der Formfreiheit⁷⁹. Seit dem siebzehnten Jahrhundert stand als gemeines Gewohnheitsrecht fest, daß jeder Schuldvertrag vollwirksam als Konsensualvertrag geschlossen werden könne⁸⁰. Daneben behielt freilich bei den benannten Realkontrakten des römischen Rechts der Begriff des Realvertrages eine materielle Bedeutung, indem die Begründung eines derartigen Schuldverhältnisses, wie es durch die Namen dieser Verträge bezeichnet und durch besondere Rechtssätze geregelt wird, von einer Hingabe an den Schuldner abhängig blieb. Allein die Funktion eines Formersatzes ging auch hier der Hingabe verloren, so daß ein formloser Konsensualvertrag über die Eingehung des Realvertrages volle Verpflichtungskraft erlangte⁸¹. Die unbenannten Realkontrakte des römischen Rechts paßten überhaupt nicht in das neue System; nach mancherlei Schwankungen verschwanden sie aus dem gemeinen Recht⁸². So siegte auf der ganzen Linie

das Versprechen Schuldgrund ist. Vgl. die Stellen bei Seuffert S. 99, 145 ff., 151, 152, 154, 157.

⁷⁸ Seuffert S. 52 ff.

⁷⁹ In der Theorie wurde freilich zunächst überwiegend und lange noch vereinzelt die Geltung des römischen Systems verfochten; Seuffert S. 87 ff. In der Praxis hat es kaum jemals sich durchgesetzt. Dies weist gegen Seuffert besonders Stintzing a. a. O. S. 493 ff. überzeugend nach.

⁸⁰ Stobbe, Vertragsr. S. 8 ff.; Seuffert S. 130 ff.

⁸¹ Viele sind der Meinung, daß damit der Begriff des Realvertrages überhaupt hinfällig geworden sei, indem nun der Konsensualvertrag sich als Hauptvertrag (nicht Vorvertrag) und die Hingabe als dessen Erfüllung (nicht als Vertragsschluss) darstelle. So Köppen, Jahrb. f. D. XI 352, Bruns Enzykl.² S. 390, Thöl, H.R. § 246 IV, Stobbe § 166 III, im wesentlichen auch Demelius, Jahrb. f. D. III 399 ff. Diese Meinung aber widerspricht der im gemeinen Recht stets lebendig gebliebenen Auffassung der Realkontrakte als besonderer Vertragsarten, bei denen der Vertragsschluss durch Geben und Nehmen erfolgt. Vgl. Bähr, Anerkennung² S. 168 ff., Regelsberger, Erört. I 132, Beseler § 102 I, Gerber § 159 Anm. 4, Windscheid § 312 Anm. 5, Dernburg, Pand. II § 8 Z. 3, Lehmann b. Stobbe § 212 III, mit Einschränkungen auch Unger, Jahrb. f. D. VIII 1 ff. — Auch die neueren Gesetzbücher haben den materiellen Begriff des Realvertrages festgehalten; vgl. unten § 198 I 1 u. II 1, 204 I 1.

⁸² Stobbe-Lehmann § 212 II. Doch wurden die römischen Sätze lange Zeit nicht nur in der Theorie auch von Solchen, die für die Klagbarkeit formloser Verträge eintraten, festgehalten (Seuffert S. 107 ff., 133 ff., 142 ff.), sondern auch in Partikularrechten mehr oder minder unverändert insbesondere für den Tausch wiederholt; vgl. Stobbe-Lehmann § 212 Anm. 15 und bes. Seuffert S. 100 ff., 146 ff., 148, 150, 152, 153, 155, 158. Offenbar wirkte hierauf die äußere Ähnlichkeit des römischen Rechts mit dem überlieferten einheimi-

das Prinzip der bindenden Kraft formloser Willenseinigung. Nur in den vereinzelt Fällen, in denen das römische Recht für gewisse Schuldverträge, wie große Schenkungen, eine besondere Form fordert, hielt man ausnahmsweise ein gesetzliches Formerfordernis aufrecht⁸³. Im Leben blieben nun freilich die einheimischen Formen in fortwährendem Gebrauch. Aber sie büßten den Rest ihrer alten Kraft ein. Für das Zustandekommen des Schuldvertrages konnten sie nur durch Vereinbarung für den Einzelfall Erheblichkeit erlangen. Im übrigen erschienen sie lediglich als frei gewählte Mittel der Beweissicherung. Nur die Form der Urkundenbegebung behauptete auch im gemeinen Schuldrecht so viel von ihrer Eigenart, daß aus ihr sich die moderne Skripturobligation entwickeln konnte⁸⁴.

In den Partikularrechten brach sich eine Gegenströmung gegen die Formfreiheit der Schuldverträge Bahn. Hergebrachte Formen wurden festgehalten oder zu neuen Formen umgebildet. Insbesondere wurde für manche Arten von Schuldverträgen, wie z. B. für Verträge über Liegenschaften, die gerichtliche Form in einer ihrer verschiedenen Ausgestaltungen vorgeschrieben⁸⁵. Zum Teil wurde daneben die mit Zeugenzuziehung verbundene notarielle Form zugelassen⁸⁶. Andere Arten von Schuldverträgen wurden an einfache oder qualifizierte Schriftform gebunden⁸⁷. Allgemein verlangen das preussische und das französische Gesetzbuch schriftlichen Vertragsschluss, wenn der Vermögenswert des Gegenstandes eine bestimmte Grenze (in Preußen 50 Taler, in Frankreich 150 Franken) übersteigt⁸⁸. Die Bedeutung dieser Formvorschriften war eine mannigfach ungleiche. Der Regel nach wurde die gesetz-

schen Recht ein. Darum wird die Unverbindlichkeit des Vertrages vor der Erfüllung von einer Seite als Ausfluß eines Reuerechts aufgefaßt, der im Gegensatz zum deutschen Recht dem Vorleistenden alternativ mit dem Anspruch auf die Gegenleistung gewährte Anspruch auf Rückgewähr als Ausfluß eines fortbestehenden Reuerechts charakterisiert und mehrfach auch der Wegfall des Reuerechts durch eine deutschrechtliche Bestätigungsform betont. Vgl. Sch. u. H. S. 384 Anm. 2.

⁸³ Dazu kam die oben Bd. I 441 Anm. 26 erwähnte reichsgesetzliche Formvorschrift für Verträge zwischen Christen und Juden.

⁸⁴ Oben Bd. II 108 ff., 124 ff., 134 Anm. 12, 144, 158; Sch. u. H. S. 332—333.

⁸⁵ Oben Bd. I 293, 414 Anm. 6, II 282; Stobbe-Lehmann § 217 II 1.

⁸⁶ Oben Bd. I 292 ff.; R.Not.O. v. 1512 § 3.

⁸⁷ Oben Bd. I 292; Stobbe-Lehmann § 217 II 3.

⁸⁸ Preufs. A.L.R. I, 5 § 131 ff. (Ausnahmen in § 144 ff.); Code civ. a. 1341 (Bad. L.R. 1341 über 75 Gulden).

liche Form zum Erfordernis der Gültigkeit des Vertrages erhoben⁸⁹. Vielfach aber wurde von der Beobachtung der Form nur die Erzwingbarkeit der Schuld abhängig gemacht, so daß nun eine ehemalige beweisrechtliche Form eine ähnliche Rolle übernahm, wie sie im alten deutschen Recht die haftungsrechtlichen Formen gespielt hatten. In diesem Sinne entzogen manche Gesetze dem formlosen Verträge die Klagbarkeit⁹⁰. Nach diesen Gesetzen entsteht daher aus einem solchen Verträge zwar ein Schuldverhältnis, so daß, wenn der Vertrag vollständig erfüllt ist, der Mangel der Form keine Wirkungen mehr äußert⁹¹. Allein eine Klage auf Erfüllung kann nicht angestellt werden. Abweichend vom alten deutschen Recht wird bei gegenseitigen Verträgen auch dem, der seinerseits erfüllt hat, keine Klage auf Erfüllung, sondern nur eine Klage auf Rückgewähr des Geleisteten gegeben⁹². Das preussische Landrecht indes gewährt, wenn ein mangels der Schriftform klagloser gegenseitiger Vertrag von dem einen Teil erfüllt ist, dem anderen Teil die Wahl zwischen Rückgewähr und Gegenleistung⁹³. Andere Gesetze machten von der Beobachtung bestimmter Formvorschriften nur die Beweisbarkeit des Vertrages abhängig⁹⁴. So kann nach französischem Recht, wenn der Wert 150 Franken übersteigt, der Vertragsschluss nur durch Urkunden, nicht durch Zeugen bewiesen werden⁹⁵.

Mit der Vereinheitlichung des deutschen Rechts wurde für ganz Deutschland der gemeinrechtliche Grundsatz der Formfreiheit der Schuldverträge, nachdem zuerst das Handelsgesetzbuch die Handelsgeschäfte von den Formvorschriften des bürgerlichen

⁸⁹ Oben Bd. I 290; Stobbe-Lehmann § 217 III u. IV.

⁹⁰ Stobbe-Lehmann § 217 VI; Sch. u. H. S. 386.

⁹¹ Daher kann das Geleistete nicht zurückgefordert werden. Es ist aber auch anzunehmen, daß Ansprüche aus Mängeln der Erfüllung (z. B. Gewähransprüche) jetzt klageweise geltend gemacht werden können; Eichhorn § 93 Anm. 9, Dernburg, Preufs. P.R. I § 98 Z. 1, Stobbe-Lehmann a. a. O. Anm. 25.

⁹² Stobbe-Lehmann a. a. O. Anm. 26.

⁹³ Preufs. L.R. I, 5. § 155 ff.; Dernburg a. a. O. Z. 2. Es entfernt sich also nicht nur vom deut. R., nach dem der Vorleistende nur den Anspruch auf Gegenleistung hat, sondern auch vom römischen Recht, das dem Vorleistenden die Wahl gibt.

⁹⁴ Stobbe-Lehmann § 217 VII.

⁹⁵ Code civ. Art. 1341; Zachariae-Crome IV § 758. Für das Gebiet des deutschen Reichs schon durch die alte Z.Pr.O. aufgehoben; oben Bd. I 290 Anm. 28.

Rechts entbunden hatte⁹⁶, wieder in Kraft gesetzt. Nach heutigem deutschem Recht ist also regelmässig die Wirksamkeit eines Schuldvertrages von der Beobachtung einer bestimmten Form nicht abhängig. Allein es gelten Ausnahmen.

III. Gesetzliche Formen. Die dem geltenden Recht angehörig gesetzlichen Formvorschriften durchbrechen den Grundsatz der Formfreiheit für einzelne Arten von Schuldverträgen⁹⁷. Dem gemeinen Recht gegenüber ist ihre Zahl stark vermehrt.

1. Es sind Formen verschiedener Art, die als gesetzlich vorgeschriebene Formen von Schuldverträgen begegnen.

a. Bei manchen Schuldverträgen bedarf es einer gerichtlichen oder notariellen Beurkundung. Eine derartige Beurkundung des ganzen Vertrages und somit der Willenserklärungen beider Teile ist erforderlich, wenn Jemand sich vertragsmässig verpflichtet, sein gegenwärtiges Vermögen oder einen Bruchteil desselben zu übertragen oder mit einem Nießbrauch zu belasten⁹⁸; wenn ein Vertrag zwischen künftigen gesetzlichen Erben über den Erbteil oder Pflichtteil eines von ihnen geschlossen wird⁹⁹; wenn

⁹⁶ H.G.B. Art. 317¹. Dem Handelsstande wurde eine solche Befreiung schon frühzeitig zugestanden; L. Seuffert a. a. O. S. 53, 78, 80, 83, 123. Vgl. auch Preufs. A.L.R. I, 5 § 149—151.

⁹⁷ Die Formvorschriften des B.G.B. gelten heute auch für Handelsgeschäfte, soweit nicht im H.G.B. § 350 das Gegenteil bestimmt ist. Daneben enthalten das H.G.B. und andere Spezialgesetze besondere Formvorschriften für einzelne Arten von Schuldverträgen. Nicht dazu gehören die Vorschriften über die gerichtliche oder notarielle Beurkundung des „Gesellschaftsvertrages“ bei der A.G., der K.G. a. A. und der G. m. b. H. (H.G.B. § 182, 321, G.m.b.H.G. § 2). Denn hier handelt es sich um körperschaftsrechtliche (also personenrechtliche) Einigungsakte, die nur mittelbar Schuldverhältnisse begründen. Auch die Formvorschriften für die Aktienzeichnung (H.G.B. § 189) gehören nicht hierher, weil die Aktienzeichnung in erster Linie personenrechtliche Mitgliedschaftserklärung ist. Die Formvorschriften des Genossenschaftsgesetzes für das „Statut“ der Genossenschaft (§ 5) und die Beitritts- und Austrittserklärungen der Mitglieder (§ 15 u. 65) geben schon durch ihre Fassung zu erkennen, daß es sich nicht um Schuldverträge handelt.

⁹⁸ B.G.B. § 311; dazu oben § 177 S. 115 Anm. 20. Das gilt für jeden eine derartige Verpflichtung auferlegenden Vertrag, Verpfändungsvertrag, Gesellschaftsvertrag, Schenkungsvertrag usw. Auch für das Vermögen einer juristischen Person; R.Ger. LXXI Nr. 1. Dagegen fällt der Verkauf eines fremden Vermögens nicht unter § 311; R.Ger. LXXIX Nr. 67. Ebenso wenig der Verkauf eines Sondervermögens, z. B. eines Handelsgeschäfts. Nur der Erbschafts Kauf bedarf nach B.G.B. § 2371 gleichfalls der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung.

⁹⁹ B.G.B. § 312²; dazu oben § 177 S. 115 ff. Anm. 21—22.

ein Vertragsteil sich verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen¹⁰⁰; wenn ein Mitglied einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung sich zur Abtretung seines Geschäftsanteils verpflichtet¹⁰¹. Gerichtliche oder notarielle Beurkundung nur des Versprechens und somit nur der Willenserklärung des eines Teils ist beim Schenkungsvertrage erforderlich¹⁰².

b. Andere Schuldverträge bedürfen der Schriftform¹⁰³. Schriftliche Form des Vertrages als solchen ist vorgeschrieben, wenn ein Miets- oder Pachtvertrag über ein Grundstück auf längere

¹⁰⁰ B.G.B. § 313 S. 1. Über die vielfach streitige Tragweite dieser Bestimmung vgl. Gutbrod, Der obligatorische Grundstücksveräußerungsvertrag, 1904; Oberneck, Reichsgrundbuchrecht I § 52 ff.; Turnau-Förster, Liegenschaftsrecht I^B Vorbem. B zu § 925 ff.; Enneccerus § 252 II 3; Oertmann zu § 313; Planck⁴ zu § 313 mit weiteren Literaturnachweisen. Die Formvorschrift trifft jeden Veräußerungsvertrag, mag er Kauf, Tausch, Schenkung, Bestandteil eines Gesellschaftsvertrages (auch bei schon vorhandenem Miteigentum), eines Gemeinschaftsauseinandersetzungsvertrages oder eines Vergleiches sein. Den Vertrag über bloße Belastung eines Grundstücks trifft sie an sich nicht; jedoch ist sie auf die Verpflichtung zur Bestellung eines Erbbaurechtes entsprechend anzuwenden, vgl. oben Bd. II 619 Anm. 1, seitdem auch R.Ger. LXI Nr. 1, Wolff, Sachenr. § 104 V 1, Siber b. Planck⁴ zu § 313 Bem. Ia. Auch das Versprechen der Übereignung an einen Dritten fällt unter § 313; R.Ger. L Nr. 35. Ebenso jeder einen wesentlichen Punkt betreffende Abänderungsvertrag; Seuff. LVII Nr. 207, Rspr. d. O.L.G. VI 40, R.Ger. LXXIX Nr. 9. Über die Anwendung auf Einräumung eines Vorkaufsrechtes vgl. unten § 195 Anm. 75. — Formfrei dagegen, weil kein Verpflichtungsgeschäft, ist die Abtretung des Anspruchs auf Auflassung aus dem formgerechten Vertrage; R.Ger. LIII Nr. 69. Desgleichen die Wiederaufhebung des Vertrages; Seuff. LVII Nr. 207. Ebenso ein Vertrag, durch den sich der eine Teil zum Erwerb eines Grundstücks verpflichtet, während der andere Teil eine Verpflichtung zur Veräußerung nicht übernimmt; R.Ger. LXXXI Nr. 29. An sich auch die Erteilung einer Vollmacht zum Abschluss des Veräußerungsvertrages; R.Ger. LXII Nr. 80, Seuff. LXVIII Nr. 145. Jedoch dann nicht, wenn die Vollmacht bereits eine endgültige Bindung zur Verfügung bewirkt, wie z. B. eine Parzellierungsvollmacht; Seuff. LXVIII Nr. 144; vgl. auch R.Ger. LXXVI Nr. 48, LXXIX Nr. 48, LXXXI Nr. 13. — Über die ungerechtfertigten Bestrebungen zur Beseitigung dieser wohltätigen Einschränkung des Grundstückshandels vgl. Verh. des XXVI. D.J.T. I 18 ff., II 105 ff., III 431 ff., des XXVIII. D.J.T. III 22 ff.

¹⁰¹ G.m.b.H.G. § 15³.

¹⁰² B.G.B. § 518¹. Handelt es sich aber um das ganze Vermögen oder einen Bruchteil desselben oder um ein Grundstück, so bedarf nach § 311 u. § 313 auch die Annahmeerklärung der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung. Vgl. unten § 192 IV.

¹⁰³ Die Erfordernisse der gesetzlichen Schriftform sind im B.G.B. § 126 normiert. Durch gerichtliche oder notarielle Beurkundung wird stets die Schriftform ersetzt.

Zeit als ein Jahr geschlossen wird¹⁰⁴. Schriftform sieht auch die Gewerbeordnung für den Lehrlingsvertrag vor¹⁰⁵. Nur in Schriftform kann jetzt bei dem Vertrage mit einem Handlungsgehilfen eine künftige Wettbewerbsbeschränkung des letzteren vereinbart werden¹⁰⁶. Schriftliche Form nur der Willenserklärung des sich verpflichtenden Teils wird bei dem Versprechen einer Leibrente, bei der Bürgschaft und bei dem abstrakten Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnis gefordert¹⁰⁷. Ebenso sind beim kaufmännischen Depot von Wertpapieren gewisse Vereinbarungen an schriftliche Erklärungen des einen Teils gebunden¹⁰⁸. Schriftlich muß ferner bei Börsentermingeschäften die Erklärung des nicht börsentermingeschäftsmäßigen Teils abgegeben werden, daß eine bestellte Sicherheit zur Deckung von Verlusten aus Börsentermingeschäften dienen soll¹⁰⁹. Auch der Bodmereivertrag fordert die Ausstellung eines Bodmereibriefes durch den Schiffer und somit einseitige Schriftform¹¹⁰.

In einzelnen Fällen bedarf es einer qualifizierten Schriftform. Dies ist stets der Fall, wenn zu den allgemeinen Erfordernissen der gesetzlichen Schriftform weitere besondere Erfordernisse hinzutreten¹¹¹. Immer ist eine qualifizierte Schriftform erforder-

¹⁰⁴ B.G.B. § 566 u. § 581²; dazu § 580.

¹⁰⁵ Gew.O. § 129^b. Dazu H.G.B. § 79.

¹⁰⁶ H.G.B. § 74 (seit Nov. v. 10. Juni 1914). Hier ist zur Gültigkeit überdies die Aushändigung der Urkunde an den Gehilfen erforderlich.

¹⁰⁷ B.G.B. § 761, 766, 780, 781. Zur Schenkung einer Leibrente bedarf es der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung. Ebenso ist nach B.G.B. § 518 die schenkweise Erteilung eines abstrakten Schuldversprechens oder Schuldanerkenntnisses der für das Schenkungsversprechen geltenden Formvorschrift unterworfen. — Das Erfordernis der Schriftform fällt bei der Bürgschaft, dem Schuldversprechen und dem Schuldanerkenntnis weg, wenn der Bürge oder der Schuldner Vollkaufmann und das Verpflichtungsgeschäft auf seiner Seite ein Handelsgeschäft ist; H.G.B. § 350 u. 351.

¹⁰⁸ Depotges. § 2 (Vereinbarung eines depositum irregulare) und § 3² (Verzicht auf das Stückeverzeichnis). Außer der Schriftform wird gefordert, daß die Erklärung des Hinterlegers ausdrücklich und für das einzelne Geschäft abgegeben wird.

¹⁰⁹ Börsenges. § 54²⁻⁵. Die Erklärung muß überdies zur Vermeidung der Nichtigkeit ausdrücklich, ohne Verbindung mit anderen Erklärungen und unter Spezifizierung verpfändeter Wertpapiere abgegeben werden. Telegraphische Übermittlung genügt; doch kann dann nachträglich die Abgabe einer schriftlichen Erklärung verlangt werden.

¹¹⁰ H.G.B. § 682.

¹¹¹ So nach den oben Anm. 106, 108 u. 109 angef. Bestimmungen.

lich, um eine wertpapiermäßige Schuldverpflichtung zu begründen¹¹².

Bei manchen Schuldverträgen hat, obschon ihr Abschluss an eine Form nicht gebunden ist, ein Teil oder jeder Teil einen gesetzlichen Anspruch auf Beurkundung¹¹³.

c. Bisweilen ist für den Abschluss eines Schuldvertrages eine ausdrückliche Willenserklärung erforderlich. Auch hierin liegt, da an sich nach heutigem Recht stillschweigende Willenserklärungen zur Begründung von Schuldverhältnissen ausreichen, eine Formvorschrift. So ist nach B.G.B. bei der Hinterlegung von Wertpapieren eine ausdrückliche Vereinbarung erforderlich, wenn der Verwahrungsvertrag als depositum irregulare geschlossen werden soll¹¹⁴.

2. Die Bedeutung der gesetzlichen Formvorschriften ist in den einzelnen Fällen ungleich.

Regelmäßig hängt von der Beobachtung der Form die Gültigkeit des Schuldvertrages ab¹¹⁵. Der formlose Vertrag ist nichtig

¹¹² So nach dem B.G.B. die Verpflichtung aus dem Anweisungsakzept (§ 784) und aus der Schuldverschreibung auf den Inhaber (§ 793 ff.); nach dem H.G.B. die Verpflichtung aus einem Orderpapier (§ 363), sowie überhaupt aus einem Konnossement, einem Ladeschein oder einem Bodmereibriefe; nach der W.O. die Verpflichtung aus der Ausstellung eines Wechsels, dem Akzept, dem Indossament und dem Aval, nach dem Scheckges. die Verpflichtung aus der Ausstellung und dem Indossament.

¹¹³ So kann beim Frachtgeschäft der Frachtführer die Ausstellung eines Frachtbriefes verlangen (H.G.B. § 426); beim Eisenbahnfrachtgeschäft überdies der Absender ein Frachtbriefduplikat (H.G.B. § 455), beim Binnenschiffahrtsfrachtgeschäft einen Ladeschein (B.Sch.G. § 72); beim Seefrachtgeschäft im Falle der Charterung jeder Teil eine Chartepartie (H.G.B. § 557), in allen Fällen der Befrachter (Ablader) ein Konnossement und der Verfrachter (Schiffer) eine Konnossementsabschrift (H.G.B. § 642); bei dem Versicherungsvertrage der Versicherungsnehmer eine Police (Versicherungsschein) (V.V.G. § 3, H.G.B. § 784).

¹¹⁴ B.G.B. § 700². Die Vereinbarung kann mündlich sein. Gleiches gilt nach H.G.B. § 419¹ für die Gestattung der Vermischung beim Sammelagergeschäft. Dagegen tritt beim kaufmännischen Depot (oben Anm. 108) und bei der Sicherheitsleistung für Börsentermingeschäfte (oben Anm. 109) das Erfordernis der Ausdrücklichkeit zu dem der Schriftform hinzu. — Die Forderung „ausdrücklicher“ Abrede in § 244¹ B.G.B. ist nicht Formvorschrift, sondern Auslegungsnorm. Vgl. über diesen Unterschied Regelsberger b. Endemann II 461 ff.

¹¹⁵ B.G.B. § 125 S. 1. Die Regel ist in den Fällen der §§ 311—313, 518, 761, 766, 780, 781 anwendbar; § 700² kennzeichnet sich gerade dadurch als Formvorschrift, daß nur die ausdrückliche Vereinbarung gültig sein soll. Ebenso in den Fällen des H.G.B. § 75, des DepotG. § 2¹ u. § 3², des BörsenG. § 54.

und begründet daher überhaupt kein Schuldverhältnis¹¹⁶. Ist die Form gewahrt, so deckt sie nur den von ihr aufgenommenen Schuldinhalt. Somit kommt einerseits der Schuldvertrag nicht zustande, wenn in bezug auf einen wesentlichen Punkt eine Bestimmung zwar getroffen, aber nicht formalisiert ist¹¹⁷. Andererseits entbehren gegenüber dem formgerecht beurkundeten Schuldinhalte mündliche oder nicht gehörig beurkundete Nebenabreden der verbindlichen Kraft¹¹⁸.

In manchen Fällen aber ist an die Verabsäumung der Form nur eine verminderte Wirksamkeit des Schuldvertrages geknüpft. Der formlose Vertrag begründet also ein Schuldverhältnis, jedoch ein Schuldverhältnis, dessen Verpflichtungskraft hinter dem Vereinbarten zurückbleibt. So entzieht der Mangel der Schriftform dem für längere Zeit als ein Jahr geschlossenen liegenschaft-

¹¹⁶ Dies gilt auch in den Fällen der heilbaren Nichtigkeit (unten S. 352 zu 3.). Im Sinne des B.G.B. entsteht nicht eine zwar haftungslose, aber erfüllbare Schuld (oben S. 45 Anm. 151); vielmehr hat die Bewirkung der Leistung, ob schon sie keine Schuld erfüllt, die Kraft eines nachträglichen Formersatzes.

¹¹⁷ So z. B. auch, wenn beim Verkaufe eines Grundstückes die Vereinbarung über den Kaufpreis nicht oder unrichtig gerichtlich oder notariell beurkundet ist; Seuff. LVIII Nr. 96, LIX Nr. 53, R.Ger. LXXVIII Nr. 24; Oertmann zu § 313 Bem. 3, Siber b. Planck⁴ Bem. 3. Ebenso, wenn in der Bürgschaftsurkunde die Hauptschuld nicht bezeichnet ist; R.Ger. LVII Nr. 59, LIX Nr. 63; unten § 206 Anm. 50.

¹¹⁸ Vgl. Preuss. A.L.R. I, 5 § 127—129; Öst. Gb. § 887; auch Schweiz. O.R. Art. 11 (jetzt 12), jedoch mit Ausnahme ergänzender Nebenbestimmungen. — Der Formzwang erstreckt sich aber nur auf Nebenabreden über den Inhalt der formbedürftigen Verpflichtung. Daher ist im Falle des § 313 zwar jede Nebenabrede, die die Verpflichtung zur Grundstücksübereignung modifiziert (z. B. auch Zusicherung bestimmter Eigenschaften), unverbindlich; nicht aber eine Nebenabrede über solche Gegenleistungen des Erwerbers, die nicht als Teil des Kaufpreises erscheinen, und auch nicht die Übernahme einer selbständigen Nebenverpflichtung durch den Veräußerer; vgl. R.Ger. LI Nr. 43 (dagegen Laband, D.J.Z. VIII 69), R.Ger. LII Nr. 1, Oertmann zu § 313 Bem. 3, Siber b. Planck⁴ Bem. 3. Im Falle des § 766 ist jede mündliche Nebenabrede unwirksam, durch die der Bürge über das beurkundete oder gesetzliche Maß hinaus verpflichtet wird; R.Ger. J.W.Schr. 1903 Beil. S. 108, Rspr. d. O.L.G. VIII 84, Oertmann zu § 766 Bem. 1 b δ; a. M. Planck³ zu § 766 Bem. 2, Fischer-Henle Bem. 4. Dagegen darf man nicht mit dem O.L.G. Bamberg b. Seuff. LXII Nr. 203 annehmen, daß auch eine mündlich vereinbarte Einschränkung (z. B. Befristung) der Bürgschaftsverpflichtung nicht gelte. Vielmehr kann überall, wo die Annahme formfrei ist, der Versprechensempfänger auch formfrei den Versprechenden teilweise entbinden; unten § 206 Anm. 51. — Zur Auslegung der gehörig beurkundeten Willenserklärungen können mündliche Beredungen stets verwertet werden.

lichen Miets- oder Pachtverträge nur die Kraft, die Parteien für den ein Jahr überschreitenden Zeitraum fest zu binden¹¹⁹. Der Mangel der Schriftform eines gewerblichen Lehrvertrages hat nur zur Folge, daß der Lehrherr die Rückkehr des unbefugt ausgetretenen Lehrlings nicht erzwingen und im Falle vorzeitiger Beendigung des Lehrvertrages weder der Lehrherr noch der Lehrling einen Anspruch auf Entschädigung geltend machen kann¹²⁰. Ist beim Bodmereivertrage kein Bodmereibrief ausgestellt, so entsteht keine Bodmereischuld, aber immerhin eine Schuld aus einfachem Kreditgeschäft¹²¹.

Umgekehrt treten in den Fällen, in denen der Vertragsschluss an eine Form nicht gebunden ist, jedoch auf Grund des Vertragsschlusses die Ausstellung einer Urkunde gefordert werden kann, besondere Wirkungen ein, sobald die Schuld formalisiert ist¹²².

3. In manchen Fällen wird der Mangel der gesetzlichen Form durch Bewirkung der versprochenen Leistung geheilt. An sich hat, insoweit der Vertrag nichtig ist, die Erfüllung des formlosen Versprechens keinerlei heilende Kraft; eine Schuld, die erfüllt werden könnte, ist nicht vorhanden; das Geleistete wurde nicht geschuldet und kann daher nach den Regeln über ungerechtfertigte Bereicherung zurückgefordert werden¹²³. Allein in drei Fällen

¹¹⁹ B.G.B. § 566 S. 2. Der Vertrag gilt als unbefristet, kann aber frühestens zum Schluss des ersten Jahres gekündigt werden. — Mündliche Nebenabreden sind hier niemals nichtig. Ist aber über einen wesentlichen Punkt nur eine mündliche Vereinbarung getroffen, so ist die Schriftform nicht gewahrt und der ganze Vertrag kündbar. Dagegen sind mündliche Nebenabreden über unwesentliche Punkte als zulässig anzusehen. Vgl. unten § 197 Anm. 4.

¹²⁰ Gew.O. § 127d u. § 127f. Außerdem aber macht sich der Lehrherr, der den Lehrvertrag nicht ordnungsmäßig abschließt, strafbar; § 150¹ Z. 4a. — Ist der Lehrvertrag mit einem Handlungslehrling nicht schriftlich geschlossen, so hat dies nur zur Folge, daß der Lehrherr Ansprüche wegen unbefugten Austritts aus der Lehre nicht geltend machen kann. — Vgl. unten § 200 Anm. 208—209.

¹²¹ H.G.B. § 682 S. 2.

¹²² So sind an die Ausstellung aller oben S. 350 in Anm. 113 erwähnten Urkunden besondere Wirkungen geknüpft, die den Schuldinhalt verändern.

¹²³ So verhält es sich im Falle des § 311 B.G.B. Werden auf Grund einer mündlich oder privatschriftlich eingegangenen Verpflichtung zur Übertragung des ganzen Vermögens einzelne Gegenstände durch wirksames dingliches Rechtsgeschäft übertragen, so entbehrt der Erwerb des rechtlichen Grundes. So auch (im Gegensatz zu § 313) die Übereignung eines zum Vermögen gehörigen Grundstücks; Rspr. d. O. L.G. VIII 35 ff., XVIII 376 ff. Auch Übertragung sämtlicher einzelner Vermögensgegenstände kann daran nichts ändern; zweifelnd Oertmann zu § 311 Bem. 7. Ebenso ist im Geltungsbereiche von

trifft das B.G.B. abweichende Bestimmungen. Vor allem wird ein nicht in gehöriger Form geschlossener Schuldvertrag, durch den sich der eine Teil zur Übereignung eines Grundstücks verpflichtet, seinem ganzen Inhalte nach gültig, wenn die Auflassung und die Eintragung in das Grundbuch erfolgen¹²⁴. Sodann wird der Mangel der gerichtlichen oder notariellen Form eines Schenkungsversprechens durch Bewirkung der versprochenen Leistung geheilt¹²⁵. Auch tritt die Heilung des Mangels der Schriftform einer Bürgschaft ein, wenn der Bürge die Hauptverbindlichkeit erfüllt¹²⁶. Einen vierten Fall fügt das Gesetz über Gesellschaften mit beschränkter Haftung § 15 hinzu, nach dem ein wegen Mangels gerichtlicher oder notarieller Beurkundung nichtiger Vertrag über die Abtretung eines Geschäftsanteils durch die Abtretung, die durch einen in gerichtlicher oder notarieller Form geschlossenen Vertrag zustande kommt, gültig wird.

IV. Gewillkürte Formen. Wenn bei einem Schuldvertrage eine besondere Form angewandt wird, ohne gesetzlich vorgeschrieben zu sein, so wird dadurch an sich nur der Beweis erleichtert. Manche Formen, wie die Draufgabe oder der Handschlag, sichern nur den Beweis des Abschlusses des Vertrages¹²⁷. Andere Formen, wie die öffentliche oder private Beurkundung, aber auch die Zeugenzuziehung, verschaffen auch ein Beweismittel für den Vertragsinhalt. Dagegen wird nach heutigem Recht weder der

§ 780 jede Leistung auf Grund eines mündlichen abstrakten Schuldversprechens eine Leistung ohne Rechtsgrund. Im Falle des § 313 können, bis der Formmangel durch Auflassung und Eintragung geheilt ist, alle auf Grund des nichtigen Vertrages bewirkten Leistungen kondiziert werden.

¹²⁴ B.G.B. § 313 S. 2; oben Bd. II 451 Anm. 31; dazu seitdem bes. Oertmann⁸ zu § 313 Bem. 7, Siber b. Planck⁴, Reichel, Arch. f. z. Pr. CIV 16 ff. Erforderlich sind (abweichend vom Preufs. E.E.G. § 10) Auflassung und Eintragung; bloße Eintragung heilt also nicht; R.Ger. LXXXII Nr. 89. Ist die Eintragung bei einem anderen als dem veräußerten Grundstück erfolgt, so ist die Heilung nicht eingetreten; R.Ger. LX Nr. 79, LXI Nr. 64. — Über die Möglichkeit der Heilung durch Auflassung an einen Dritten vgl. R.Ger. LXXXV Nr. 55. — Die Heilung tritt ex nunc ein, wirkt also nicht zurück; so mit den oben Bd. II 451 Anm. 31 Angeführten jetzt auch R.Ger. LXXV Nr. 26, Siber a. a. O. Bem. 6^b; a. M. Enneccerus § 252 II 3 d u. jetzt auch Oertmann, Bl. f. R.A. 1910 S. 541 ff.

¹²⁵ B.G.B. § 518². Vgl. unten § 191 Anm. 35–36.

¹²⁶ B.G.B. § 766 S. 2.

¹²⁷ Für die Draufgabe bestimmt das B.G.B. § 336¹ ausdrücklich, daß ihre Hingabe „als Zeichen des Abschlusses des Vertrages“ gelten soll. Gleiches aber ist für den Handschlag anzunehmen.

Beweis durch andere Beweismittel verschränkt, noch die Gültigkeit einer durch die Form nicht gedeckten Willenseinigung in Frage gestellt.

Durch Vereinbarung aber kann die rechtliche Bedeutung einer gewillkürten Form gesteigert werden.

Die Parteien können die Beobachtung einer bestimmten Form zum Erfordernis der Gültigkeit des Schuldvertrages erheben. Nach dem B.G.B. ist sogar im Zweifel jede rechtsgeschäftliche Formbestimmung in diesem Sinne zu deuten¹²⁸. Insbesondere ist die Verabredung einer Beurkundung eines beabsichtigten Schuldvertrages im Zweifel dahin auszulegen, daß der Vertrag nicht geschlossen sein soll, bis die Beurkundung erfolgt ist¹²⁹. In solchen Fällen kommt der Schuldvertrag erst mit der Erfüllung des gewillkürten Formerfordernisses zustande. Bis dahin sind der Regel nach die Parteien überhaupt nicht gebunden¹³⁰. Doch kann auch ein bindender Vorvertrag geschlossen sein, so daß zwar der beabsichtigte Schuldvertrag erst mit dem formellen Abschluß zustande kommt, jeder Teil aber einen klagbaren Anspruch auf den formellen Abschluß eines Schuldvertrages mit dem vereinbarten Inhalt haben soll¹³¹. Ist die gewillkürte Form gewahrt, so deckt sie gleich der gesetzlichen Form nur den von ihr aufgenommenen Vertragsinhalt. Somit kommt, wenn der Vertragsschluß an Beurkundung gebunden ist, im Zweifel der unvollständig beurkundete Vertrag überhaupt nicht, der gehörig beurkundete Vertrag aber nur mit dem beurkundeten Inhalt zustande¹³². Allein im Gegensatz zu den gesetzlichen Formvorschriften kann hier ausdrücklich oder stillschweigend Abweichendes vereinbart sein¹³³.

¹²⁸ Gemäß B.G.B. § 125 S. 2, wonach der Mangel der durch Rechtsgeschäft bestimmten Form im Zweifel Nichtigkeit zur Folge hat. Vgl. oben Bd. I 290 Anm. 27.

¹²⁹ B.G.B. § 154². Ähnlich Preuß. A.L.R. I, 5 § 177, Öst. Gb. § 884, Schweiz. O.R. a. 14 (16); anders Sächs. Gb. § 824. — Die Auslegungsregel des § 154² B.G.B. gilt nicht nur, wenn mündlich einfache Schriftform, sondern auch, wenn mündlich oder schriftlich gerichtliche oder notarielle Beurkundung oder irgendwie qualifizierte Schriftform verabredet ist. Ist lediglich Schriftform vereinbart, so genügt im Zweifel gemäß § 127 die briefliche oder telegraphische Einigung, es kann aber jeder Teil die nachträgliche Beurkundung in der durch § 126 bestimmten gesetzlichen Schriftform verlangen.

¹³⁰ B.G.B. § 154². Vgl. Sächs. Gb. § 824.

¹³¹ Vgl. unten zu V.

¹³² Insbesondere ist daher im Zweifel anzunehmen, daß frühere formlose Nebenabreden, die in die Urkunde nicht aufgenommen sind, außer Kraft gesetzt sein sollen. Vgl. Sächs. Gb. § 826.

¹³³ Es kann einerseits nur die Beurkundung bestimmter Punkte als wesent-

Die Vereinbarung einer bestimmten Form kann aber auch die Bedeutung haben, daß der Schuldvertrag zwar unabhängig von der Form zustande kommen, jedoch eine Verpflichtung zur Herstellung der Form begründen soll¹⁸⁴. Dann kann jeder Teil vom anderen Teil die Erfüllung dieser vertragsmäßigen Nebenverpflichtung durch Formalisierung des Schuldvertrages verlangen. Geht der Anspruch auf Errichtung einer Urkunde, so kann jeder Teil fordern, daß die Urkunde den Vertragsinhalt richtig und vollständig wiedergebe. Gleichwohl bleibt im Zweifel, wenn die Urkunde hergestellt ist, die Berufung auf eine abweichende mündliche Vereinbarung oder auf eine ergänzende mündliche Nebenabrede zulässig¹⁸⁵. Doch kann auch vereinbart sein, daß für den Schuldinhalt nur die Urkunde maßgebend und der Beweis einer nicht in die Urkunde aufgenommenen Abrede ausgeschlossen sein soll¹⁸⁶.

V. Vorverträge¹⁸⁷. Dem Abschluß eines Schuldvertrages kann ein Vorvertrag vorangehen, durch den sich die Parteien zum Abschlusse des Schuldvertrages verpflichten¹⁸⁸.

lich bestimmt, andererseits die Gültigkeit mündlicher Nebenabreden vorbehalten sein; Sächs. Gb. § 826. Auch steht hier der Abänderung des formell geschlossenen Vertrages durch formlose Willenseinigung kein Hindernis entgegen.

¹⁸⁴ Eine derartige Parteiabsicht ist im Zweifel anzunehmen, wenn die Parteien eine Form verabreden, während sie den Vertrag bereits als geschlossen ansehen. Möglich ist indessen auch hier, daß sie unter Rückgängigmachung der Vertragsperfektion die Form für wesentlich erklären. Andererseits kann auch die Verabredung einer Form vor erfolgter Willenseinigung nur auf die Verpflichtung zur Herstellung eines Beweismittels abzielen. Vgl. B.G.B. § 154²: „im Zweifel“.

¹⁸⁵ Denn die Urkunde ist nur Beweismittel für das, was unabhängig von der Beurkundung vereinbart ist, der Beweis aber kann beliebig geführt werden. Auch gegenüber dem unbedingten Wortlaut des Preufs. A.L.R. I, 5 § 127—129 u. des Öst. Gb. § 887 muß dies gelten. Vgl. Stobbe-Lehmann § 217 IX.

¹⁸⁶ Dann ist eben Abänderung des bereits geschlossenen Vertrages durch abweichende Beurkundung als gewollt anzusehen.

¹⁸⁷ Regelsberger, Zivilr. Erört. I 128 ff.; b. Endemann II 417 ff. Degenkolb, Arch. f. z. Pr. LXXVII 1 ff. Thöl, H.R. I § 246. Adler, Jahrb. f. D. XXXI 190 ff. Schloßmann, ebd. XLV 1 ff. Stintzing, Die Vorverpflichtung im Gebiet der Schuldverhältnisse, I, Jena 1903. Stobbe-Lehmann § 217 X. Windscheid-Kipp § 310. Endemann, B.R. § 106. Crome § 167 II. Enneccerus I 1 § 153 IV.

¹⁸⁸ Der Begriff des Vorvertrages ist nur anwendbar, wenn der Hauptvertrag selbst ein Schuldvertrag ist. Kein Vorvertrag ist ein Schuldvertrag, der zum Abschluß eines dinglichen Vertrages verpflichtet. Sonst wäre jeder zu einer Übereignung oder Belastung verpflichtende Veräußerungsvertrag, ja

Bloße Vorverhandlungen über einen abzuschließenden Schuldvertrag haben keine verbindliche Kraft. Sie liegen trotz erfolgter Verständigung über einzelne Punkte so lange vor, als sich die Parteien über einen wesentlichen Punkt nicht geeinigt haben. Als wesentlich aber gilt im Zweifel jeder Punkt, über den nach der Erklärung auch nur einer Partei eine Vereinbarung stattfinden soll¹³⁹. Hieran wird auch durch Aufzeichnungen über die im übrigen erfolgte Einigung (sog. „Traktaten“) nichts geändert¹⁴⁰.

Andererseits kann der Abschluß des Schuldvertrages erfolgt sein, wenn auch noch etwas an seiner Vollendung fehlt. So wird, wenn die Parteien infolge ihrer Einigung über die von ihnen als wesentlich erachteten Punkte den beabsichtigten Vertrag als geschlossen ansehen, der Vertragsschluß durch den Mangel einer Einigung über Nebenpunkte nicht gehindert; vielmehr ist in solchen Punkten, insofern es nicht zur nachträglichen Einigung kommt, der Vertragsinhalt aus den Sätzen des vermittelnden Rechtes zu ergänzen¹⁴¹. Ebenso kann, wenn die Parteien den Vertrag als geschlossen ansehen, obschon sie über einen Punkt, über den sie einig geworden zu sein glauben, in Wirklichkeit nicht einig geworden sind, der Vertrag zustande kommen, falls der versteckte Dissens nur einen Nebenpunkt betrifft¹⁴². Auch kann ja, wie schon gezeigt ist, der Vertrag geschlossen sein, wenn auch seine vereinbarte Formalisierung noch nicht erfolgt ist¹⁴³.

Möglich aber ist, daß zwar eine bindende Willenseinigung vorliegt, jedoch nur ein Vorvertrag geschlossen ist. Dies ist

schließlich jeder zu einer Zahlung verpflichtende Vertrag ein Vorvertrag. Somit ist auch der Vertrag über Aufhebung oder Abtretung einer Forderung (oben § 180 II 2 c S. 187) oder Übernahme einer Schuld (oben § 181 IV S. 230 ff.) kein Vorvertrag. Ebenso wenig sind Verträge, die zu einem personenrechtlichen Vertrage verpflichten, Vorverträge. Noch weniger Verträge über Errichtung einer Körperschaft; meine Genossenschaftsth. S. 130 Anm. 1.

¹³⁹ B.G.B. § 154¹ S. 1. Das ist aber nur eine Auslegungsregel. Es kann auch gewollt sein, daß mangels einer Vereinbarung der Vertrag mit dem gesetzlichen Inhalte zustande kommen soll.

¹⁴⁰ B.G.B. § 154¹ S. 2. Preufs. A.L.R. I, 5 § 125.

¹⁴¹ Vgl. Sächs. Gb. § 827 (wo letztenfalls auch auf richterliches Ermessen verwiesen wird).

¹⁴² So nach B.G.B. § 155, wenn anzunehmen ist, daß der Vertrag auch ohne eine Bestimmung über diesen Punkt geschlossen sein würde. Die etwa erforderliche Ergänzung der Lücke ist auch hier aus den Dispositivnormen zu schöpfen.

¹⁴³ Oben S. 355 Anm. 134.

der Fall, wenn die Parteien den beabsichtigten Schuldvertrag noch nicht als geschlossen ansehen, jedoch darüber einig sind, daß er geschlossen werden soll¹⁴⁴.

Zum Zustandekommen des Vorvertrages ist die Einigung über alle wesentlichen Punkte des Hauptvertrages erforderlich, während der offene oder versteckte Dissens über Nebenpunkte auch hier unerheblich ist¹⁴⁵. Dagegen bedürfen Vorverträge grundsätzlich nicht einer besonderen Form. Vorläufige Aufzeichnungen über die wesentlichen Punkte des Hauptvertrages (sog. „Punktationen“) haben nur die Bedeutung eines Beweismittels¹⁴⁶. Auch wenn der Hauptvertrag formbedürftig ist, kann der Vorvertrag formlos geschlossen werden¹⁴⁷. Nur insoweit eine für den Hauptvertrag geltende gesetzliche Formvorschrift darauf abzielt, eine Bindung durch eine nicht in gehöriger Form abgegebene Willenserklärung überhaupt auszuschließen, kann auch eine Bindung durch Vorvertrag nur in der gleichen Form erfolgen¹⁴⁸.

¹⁴⁴ Ohne weiteres ergibt sich dieser Vertragsinhalt, wenn ein Konsensualvertrag geschlossen ist, der zum Abschluß eines Realvertrages oder zur Eingehung einer Skripturobligation (z. B. pactum de cambiando) verpflichtet. Dagegen ist es, wenn der beabsichtigte Schuldvertrag gleichfalls ein Konsensualvertrag ist, eine oft schwierige Auslegungsfrage, ob schon der ergänzungsbedürftige Hauptvertrag oder erst ein Vorvertrag geschlossen ist. Über Vorverträge zu einem Handelsgesellschaftsvertrage vgl. R.O.H.G. IX Nr. 14.

¹⁴⁵ In dieser Hinsicht sind die §§ 154 u. 155 des B.G.B., obschon sie es nicht deutlich machen, auf Vorverträge anwendbar und gerade für sie von besonderer Erheblichkeit.

¹⁴⁶ Preufs. A.L.R. I, 5 § 120—124. Öst. Gb. § 885. Sächs. Gb. § 827. Übrigens ist der Ausdruck „Punktation“ vieldeutig und wird oft in untechnischem Sinne gebraucht; Regelsberger a. a. O. S. 134 ff., Degenkolb a. a. O. S. 48, Windscheid § 310 S. 274.

¹⁴⁷ Dies gilt zweifellos stets, wenn der Hauptvertrag durch Rechtsgeschäft an eine Form gebunden ist (oben S. 354 Anm. 128); es kann z. B. ein mündlicher Vorvertrag zu schriftlichem Vertragsschluß verpflichten, eine bindende Punktation über einen notariell zu schließenden Vertrag aufgesetzt werden usw. Ebenso ist der Vorvertrag formfrei, wenn der Hauptvertrag seiner inneren Natur nach eine Form fordert; so z. B. der Vertrag über Ausstellung eines Wechsels oder Eingehung einer anderen wertpapiermäßigen Verpflichtung. Aber auch gesetzliche Formvorschriften schließen insoweit, als dadurch ihr Zweck nicht vereitelt wird, die bindende Kraft formloser Vorverträge nicht aus. So kann die schriftliche Erteilung eines abstrakten Schuldversprechens oder Schuldanerkenntnisses in einem Vorvertrage mündlich bedungen werden, wenn nur das mündliche Versprechen seinerseits nicht abstrakt, sondern kausal ist.

¹⁴⁸ So verhält es sich zweifellos bei einem Vorvertrage, der zum Abschlusse eines durch § 313 an gerichtliche oder notarielle Form gebundenen

Seiner Wirkung nach ist der Vorvertrag ein eigenartiger Schuldvertrag. Er begründet ein Schuldverhältnis, dessen Inhalt sich in der Verpflichtung zum Abschluss eines Schuldvertrages erschöpft. Die Leistung, die jeder Teil dem anderen Teil schuldet, besteht in der gehörigen Mitwirkung zum Zustandekommen des Hauptvertrages¹⁴⁹. Mit der Erfüllung durch den Abschluss des Hauptvertrages erlischt das Schuldverhältnis aus dem Vorvertrage.

§ 187. Bestärkungsmittel bei Schuldverträgen.

I. **Überhaupt.** Die Bestärkungsmittel bei Schuldverträgen haben sich im deutschen Recht aus den Haftung begründenden Rechtsgeschäften entwickelt. Denn seitdem mit der Schuld kraft gesetzlicher Regel ein bestimmtes Maß von Haftung verbunden war, erschien die rechtsgeschäftliche Begründung einer besonderen Haftung als Kraftsteigerung des Gläubigerrechts. Dies gilt sowohl für die zu Nebenverträgen ausgebildeten wie für die in eine Vertragsform übergegangenen Haftungsgeschäfte. Insoweit freilich, als die Haftung, die ohne Vereinbarung eingetreten wäre, nicht gesteigert, sondern herabgemindert wurde, verkehrte sich, was sonst als Bestärkungsmittel diente, in ein Abschwächungsmittel¹.

Die wichtigsten Bestärkungsmittel des heutigen Rechts sind Bürgschaft und Pfandsetzung. Von ihnen ist an dieser Stelle nicht zu handeln. Es ist hier nur darauf hinzuweisen, wie die Haftungsübernahme für fremde Schuld zum bloßen Bestärkungsmittel wurde, sobald die Haftung des Schuldners für eigne

Veräußerungsvertrages verpflichten soll; R.Ger. XLVIII Nr. 31, LIII Nr. 60. Desgleichen bei einem Vorvertrage, der zur Übernahme einer Bürgschaft verpflichten soll. Zweifelhaft dagegen ist die Entsch. des O.L.G. Kiel b. Seuff. LVIII Nr. 93, wonach auch die Formvorschrift des § 566 für Vorverträge gelten soll; diese Formvorschrift will doch wohl nur Beurkundung erzwingen, nicht leichtsinnige Bindung verhüten.

¹⁴⁹ Jeder Teil hat gegen den anderen Teil einen klagbaren Anspruch auf Vornahme der erforderlichen Handlungen, wie z. B. beim Darlehnsvorvertrage auf Hingabe und Abnahme des Geldes, beim Wechselvertrage auf Geben und Nehmen des Wechsels, und auf Abgabe der erforderlichen Willenserklärungen. Das Urteil trägt insoweit, als es sich nur um die Abgabe einer Willenserklärung handelt, die Vollstreckung in sich (Z.Pr.O. § 894); im übrigen gelten die Regeln über die Vollstreckung zur Erwirkung einer persönlich vorzunehmenden Handlung (Z.Pr.O. § 888).

¹ Von der Geschichte der einzelnen Haftungsgeschäfte ist oben § 174 S. 15 ff. und § 186 I S. 327 ff. gehandelt. Über das Verhältnis zwischen rechtsgeschäftlicher Verschärfung und Abschwächung der Haftung vgl. Sch. u. H. S. 72 ff., 209 ff., 247, 253 ff., 334 ff., 357 ff., 372.

Schuld als selbstverständlich galt², die Herstellung dinglicher Sachhaftung aber in ein bloßes Bestärkungsmittel übergang, seitdem und insoweit die reine Sachhaftung verschwand³.

Andere Bestärkungsmittel entwickelten sich aus der rechtsgeschäftlichen Verstrickung der Person. Während die allgemeine Bedeutung des Treugelöbnisses als Grundlage der persönlichen Haftung überhaupt verblasste, gewannen Versprechenszutaten, durch die der Schuldner bestimmte einzelne Persönlichkeitsgüter für die Schuld einsetzte, den Wert besonderer Bestärkungsmittel. Alle solche Bestärkungsmittel gehören nur noch der Rechtsgeschichte an. Doch sollen hier die Verpfändung der Ehre, die eidliche Bekräftigung und die Verpflichtung zum Einlager kurz besprochen werden⁴.

Auch aus der rechtsgeschäftlichen Verstrickung des Vermögens gingen Bestärkungsmittel hervor. Nur geschichtliche Bedeutung hat es noch, daß einerseits, als die Vermögenshaftung keiner besonderen Begründung mehr bedurfte, eine die Haftung verstärkende Vermögenssatzung anerkannt und hierdurch der fremdrechtlichen Generalhypothek der Weg geebnet wurde⁵, andererseits die Pfändungsklausel die Kraft wahrte, dem Gläubiger ein außergerichtliches Pfändungsrecht zu verschaffen⁶. In dem Wettvertrage aber, der die Schuld auf das Vermögen lud, wurzelt auch die vermögensrechtliche Vertragsstrafe, die das Wesen eines reinen Bestärkungsmittels am frühesten angenommen und immer behauptet hat. Denn das Strafgedinge, durch das der Schuldner sich für

² Vgl. über die Bürgschaft unten § 206. Gleiches gilt bei der Pfandsatzung für fremde Schuld.

³ Vgl. oben Bd. II 811, 817, 823, 957, 967 und hier S. 22.

⁴ Daneben begegnet im Mittelalter vereinzelt noch die Verpfändung des Lebens; vgl. Sch. u. H. S. 247 ff. Anm. 46—47, insbes. das in einem Kölner Schreinsbucheintrage von 1263 (Loersch-Schröder-Perels Nr. 135) beurkundete Versprechen, sich köpfen zu lassen. Desgleichen die Verpfändung einzelner Gliedmaßen (Sch. u. H. S. 248 Anm. 47—48). Nicht selten ferner unterwirft sich der Schuldner für den Fall des Wortbruches der Friedloslegung durch Verhängung der Reichsacht und dem Ausschluss aus der kirchlichen Gemeinschaft durch Verhängung der Exkommunikation oder doch einer dieser Folgen, setzt also seine bürgerliche oder kirchliche Rechtsfähigkeit für die Schuld ein; vgl. R. Loening, Vertragsbruch S. 225 Anm. 25, S. 237 Anm. 15, S. 524 ff.; Sickel, Vertragsbruch S. 46 ff.; Siegel, Handschlag S. 87 ff.; v. Amira I 690, II 840; Sch. u. H. S. 248 ff.

⁵ Oben Bd. II 825 und hier S. 21 Anm. 45; Sch. u. H. S. 334 ff.

⁶ Oben Bd. I 339 Anm. 19; Sch. u. H. S. 336 ff.; seitdem auch Planitz, Vermögensvollstr. S. 284 ff.

den Säumnisfall zu einer Strafsumme verpflichtete oder einem sonstigen Vermögensnachteil unterwarf, erschien als eine das hafende Vermögen ergreifende partielle Verwirkungsklausel und nahm daher an der Form und dem Namen der Wette Teil⁷.

Aus der Begründung einer Empfangshaftung endlich hat sich die Funktion der Draufgabe als eines Schuldbestärkungsmittels entwickelt.

II. Verpfändung der Ehre. Jedes Treugelöbniß schließt eine Verpfändung der Ehre ein⁸; begeht der Schuldner, indem er die übernommene Haftung vereitelt, einen Treubruch, so kann ihm die Ehre aberkannt werden⁹. Gerade der Einsatz der Ehre erschien im späteren Mittelalter mehr und mehr als Kern des Treugelübdes. Vielfach aber kamen nunmehr auch Vertragsklauseln auf, durch die der Schuldner seine Ehre besonders und unmittelbar für die Schuld verpfändete¹⁰. Indem er bei seiner Ehre und namentlich bei seiner Standesehre verspricht¹¹, will er die Ehre von Rechts wegen verwirkt haben, wenn er die Schuld nicht erfüllt¹²; er unterwirft sich für diesen Fall vertragsmäßig den Folgen

⁷ Darüber, daß schon in fränkischer Zeit „fidem facere“ (das ja regelmäßig eine wadiatio einschließt) und „wadium dare“ vielfach gerade für die Zusicherung einer Strafsumme und (abgeleitet) auch für das Zahlen der Strafe gebraucht wird, daß sodann im ganzen Mittelalter das Wort „wetten“ i. e. S. Strafversprechen und Strafzahlung bedeutet und daß hieraus auch die technische Bezeichnung der an den Richter zu zahlenden Buße als „wette“ sich erklärt, vgl. R. Loening, Vertragsbruch S. 19 ff., Sohm, Eheschließung S. 42 ff., Sch. u. H. S. 326 ff.

⁸ Die Gelöbnißformeln sprechen oft ausdrücklich aus, daß mit der „Treue“ auch die „Ehre“ eingesetzt ist; Beispiele b. Sickel, Vertragsbruch S. 28 Anm. 113—115, Siegel, Handschl. S. 12 ff., Puntchart S. 481 Anm. 8, Sch. u. H. S. 212 Anm. 87.

⁹ Puntchart S. 478 ff.; Sch. u. H. S. 200 ff.; dazu auch Siegel a. a. O. S. 80 ff. Der Treubruch lag jedoch noch nicht in der einfachen Nichterfüllung, sondern erst in der Nichtstellung zur persönlichen Haft; oben § 186 S. 328 Anm. 12. Und die Ehr- und Rechtlosigkeit wegen des Treubruchs trat nicht von selbst ein, sondern mußte vom Gericht verhängt werden.

¹⁰ Vgl. Stobbe, Vertragsr. S. 26 ff.; R. Loening, Vertragsbruch S. 514 ff.; Sickel, Vertragsbruch S. 26 ff.; Gengler, Lehrb. S. 198 ff.; Kohler, Shakespeare S. 62 ff.; Siegel a. a. O. S. 88 ff.; Puntchart S. 485; Stobbe-Lehmann § 218 I; Kraut, Grundriß § 124 Nr. 15; Grimm, R.A.² II 161 ff.; Sch. u. H. S. 256 ff.

¹¹ So z. B. „per fidem nostram christianam et honorem nostrum militare“ (Urk. v. 1394 b. Stobbe-Lehmann § 218 Anm. 5) oder „bey unseren adlichen Ehren, wohlhergebrachten gueten Nahmen und wahren Treuen“ (Urk. v. 1478 b. Kraut a. a. O.).

¹² Die Verpfändung der Ehre wirkt also wie eine Sachverpfändung mit

der Ehrlosigkeit¹³ und räumt insbesondere dem Gläubiger den aufsergerichtlichen Zugriff auf seine verfallene Ehre, das Recht der Ehrenscheitel durch Wort und Bild ein¹⁴. Solche Vereinbarungen blieben auch nach der Rezeption in Gebrauch. Mehr und mehr indes drang die Auffassung durch, daß sie unwirksam seien. Beschimpfungen auf Grund der Ehrenklausel wurden ausdrücklich verboten¹⁵. So erhielt sich zwar die Verpfändung der Ehre im Leben und dauert bis heute in dem Versprechen unter Ehrenwort fort. Allein die rechtliche Kraft des Versprechens wird durch das Ehrenwort nicht mehr verstärkt¹⁶. Immerhin ist die Verpfändung der Ehre ein wirksames moralisches Bestärkungsmittel bei Schuldverträgen geblieben. Denn der Bruch des Ehrenwortes mindert die individuelle Ehre und zieht insbesondere in manchen Kreisen den Verlust der Standesehre nach sich; er hat daher schwere soziale und im Bereiche der Ehren- und Disziplinargerichtsbarkeit auch rechtliche Folgen¹⁷. Darum tritt bei der Übervorteilung von Minderjährigen und beim Kreditwucher verschärfte Strafe ein, wenn der Gläubiger sich die Leistung unter Verpfändung der Ehre oder auf Ehrenwort versprechen läßt¹⁸. Das Reichsgericht hat neuerdings sogar den Standpunkt durchgeführt, daß die Übernahme einer Verpflichtung unter Verpfändung der Ehre zur Sicherung materieller Interessen überhaupt gegen die guten Sitten verstosse, und daraus die bedenkliche Folgerung gezogen, daß nicht bloß die Ehrenwortsklausel, sondern der ganze sie enthaltende Vertrag nichtig sei¹⁹. Ausdrücklich bestimmt jetzt das H.G.B. § 74^a Abs. 2,

der Verfallklausel. Während beim einfachen Treugelöbniß der Gläubiger den Schuldner nicht treulos schelten darf, bevor eine gerichtliche Mahnung erfolglos geblieben ist (vgl. Siegel S. 89 ff.), ist hier eine solche Mahnung nicht erforderlich (zweifelnd Siegel S. 90).

¹³ Er will bei aller Welt als „ehrlos, rechtlos und meineidig“, als „infamis et perjurus“ gelten.

¹⁴ Insbesondere will er dulden, daß er durch Schandgemälde und Spottgedichte beschimpft, daß er öffentlich als Schelm berufen, daß sein Name an Galgen und Rad angeschlagen werde usw.

¹⁵ R.P.O. v. 1577 Tit. 35 § 7. Auch schon Nürnbn. Ref. v. 1522 III § 6.

¹⁶ Die Gesetzbücher erwähnen das Ehrenwort nicht; sie sehen es als selbstverständlich an, daß es ein an sich ungültiges oder klagloses Versprechen nicht gültig oder klagbar macht.

¹⁷ Oben Bd. I 431 (insbesondere für Offiziere, Beamte, Studenten).

¹⁸ Str.G.B. § 302 u. 302^b. Vgl. Öst. Ges. v. 28. Mai 1881 § 15.

¹⁹ R.Ger. LXXVIII Nr. 56, LXXXII Nr. 49; vgl. auch LXVIII Nr. 58, LXXIV Nr. 93. — Abweichend R.O.H.G. b. Seuff. XXIX Nr. 17, R.Ger. ebd. LIII Nr. 145.

dafs ein von einem Handlungsgehilfen im Wettbewerbsausschlussvertrage abgegebenes Ehrenwort den ganzen Vertrag nichtig macht.

III. Eidliche Bekräftigung. Die eidliche Bekräftigung eines Schuldversprechens hatte im germanischen Recht die durch religiöse Sanktion verstärkte Verhaftungskraft eines Treugelübdes²⁰. Für das weltliche Recht und Gericht deckten sich daher die Folgen des Bruches eines Versprechenseides mit den Folgen des Bruches eines Treuworts²¹. Mehr und mehr aber griff hier zugleich das kirchliche Recht ein, das nicht nur im Gewissensforum entschied, sondern auch auf die zivilrechtliche Behandlung des eidlichen Versprechens Einfluß gewann, weil die Kirche die Gerichtsbarkeit in Eidessachen überhaupt in Anspruch nahm und vielfach auch ausübte. Das kanonische Recht ging von der Anschauung aus, dafs jedes eidliche Versprechen gehalten werden müsse, falls nicht durch die Bewirkung der versprochenen Leistung das Seelenheil mehr gefährdet werden würde als durch den Eidbruch²². Hierauf gründete man den Satz, dafs der Eid auch einem an sich ungültigen Versprechen verbindliche Kraft verschaffe, sofern nur das Versprechen nicht gegen ein Verbotsgesetz oder gegen die guten Sitten verstofse²³. Dieser Satz fand nach der Aufnahme der fremden Rechte in die gemeinrechtliche Theorie und Praxis um so leichter Eingang, als in einem Falle auch das Corpus juris civilis die Heilung

²⁰ Vgl. Sch. u. H. S. 237 ff. mit Literaturnachweisen in Anm. 1. — Über Vertretung des Treugelübdes durch Eid S. 241, über die unendlich häufige Verbindung beider S. 242 ff., über Vertretung des Eides durch ein „an Eidesstatt“ abgelegtes Treugelübde S. 243 ff. — Darüber, dafs ursprünglich auch der Eid als ein mit Hand und Mund vollzogenes formales Haftungsgeschäft zum Schuldversprechen hinzutrat, allmählich aber dieses in sich aufnahm, ebd. S. 239 ff., 243, auch oben § 186 S. 329 Anm. 17.

²¹ Sch. u. H. S. 239 ff.; insbesondere hinsichtlich der leiblichen Haftung Anm. 12, hinsichtlich der Ehrenfolgen Anm. 13—14. Daneben wird in bestimmten Fällen aus besonderen Gründen peinliche Strafe, bisweilen auch Geldbusse gedroht, während generelle Eidbruchstrafen erst seit dem Ende des 15. Jahrh. aufkommen; ebd. Anm. 15—17, Loening a. a. O. S. 522 ff., Stobbe, Vertragsr. S. 29 ff., Siegel a. a. O. S. 99 ff. — Auch hinsichtlich der Grenzen der Bindungskraft werden Eide den Treugelübden gleichgestellt; vgl. Sachsensp. III 41 (für den Fall des Zwanges); Rupr. Freis. II c. 77.

²² „Nisi tale sit juramentum, quod servatum vergat in interitum salutis aeternae“; c. 8 u. 24 X de jurejur. 2, 24. Hieraus entwickelte sich eine umfassende Doktrin über die Unzulässigkeit oder Zulässigkeit des Eidbruchs und über dessen Sühne in den einzelnen Fällen.

²³ Vgl. c. 28 X 2, 24; c. 2 in VI^o 2, 11; c. 58 in VI^o 5, 12. Doch gilt dies nur von juramenta sine vi et dolo sponte praestita.

der Unwirksamkeit eines Rechtsgeschäftes durch eidliche Bestärkung kennt²⁴. Doch blieb die Geltung einer derartigen allgemeinen Regel bestritten und wurde in neuerer Zeit überwiegend abgelehnt²⁵. Die neuere Gesetzgebung bestimmte umgekehrt ausdrücklich, daß durch eidliche Bestärkung ein Rechtsgeschäft niemals grössere Kraft erlange, als es ohne sie haben würde²⁶. Nach geltendem Recht ist daher der Eid kein rechtliches Bestärkungsmittel. Doch bleibt er infolge des von ihm erzeugten Gewissensdruckes ein moralisches Bestärkungsmittel. Darum ist die Abnahme eines eidlichen Versprechens unter denselben Umständen wie die Abnahme des Ehrenwortes strafbar²⁷. Wenn im öffentlichen Recht der Versprechenseid sich ein ausgedehntes Anwendungsgebiet bewahrt hat (Fahneneid, Amtseid, Verfassungseid), so stattet er auch hier nur Verpflichtungen, die ohne ihn mit gleicher rechtlicher Wirkungskraft bestünden, mit religiöser Weihe aus.

IV. Verpflichtung zum Einlager²⁸. Die Übernahme der persönlichen Haftung durch Treugelöbniß enthielt vor allem

²⁴ L. 1 C. 2, 27 (28) mit Auth. Frider. II „Sacramenta“ (bei Verpflichtungsgeschäften geschlechtsreifer Minderjähriger). — Nur vereinzelt drang die kirchliche Lehre schon im Mittelalter in weltliche deutsche Quellen ein; so in Schwabensp. (I.) 160 u. 170 und einige von ihm abhängige Rechtsbücher; vgl. Stobbe, Vertragsr. S. 29 ff. Seit dem 16. Jahrh. aber wurde sie überwiegend anerkannt. Praktisch verwertet wurde sie besonders, um den nach röm. R. unverbindlichen Erbverzicht in der Umdeutung zu einem Ausschlagungsverprechen für gültig zu erklären, wenn er eidlich geleistet war; Beseler, Erbv. II, 1 S. 138 ff., II, 2 S. 243 ff., Siegel S. 104 ff. Doch stellte man hier und in anderen Fällen vielfach dem Eide das hergebrachte Treugelübde gleich; Sch. u. H. S. 244 ff. Anm. 32—35.

²⁵ Vgl. Windscheid I § 83^a; Dernburg, Pand. I § 131; Regelsberger I § 176 III. Darüber, ob und welche positivrechtlichen Ausnahmen anzuerkennen seien, herrschte lebhafter Streit.

²⁶ Holstein. V. v. 1758 b. Falck IV 25 ff. Anm. 46. Württ. R. b. v. Wächter II 773 ff. Preuß. A.L.R. I, 5 § 199. Hannov. G. v. 1821 b. Kraut § 124 Nr. 18—19. Meckl. G. v. 16. Mai 1863 § 1. Oldenb. G. v. 3. Juni 1864. — Auch die Strafen für Eidbruch wurden abgeschafft.

²⁷ Str.G.B. § 302 u. 302^b. Vgl. Öst. G. v. 28. Mai 1881 § 15.

²⁸ Vgl. Sch. u. H. S. 251 ff. u. die dort Anm. 59 angef. umfangreiche Lit.; bes. Stobbe, Vertragsr. S. 183 ff.; Neumann, Wucher S. 125 ff.; E. Friedländer, Das Einlager, 1868; R. Loening, Vertragsbr. S. 239 ff., 424 ff., 427 ff.; Puntchart S. 143 ff.; Huber, Schweiz. P.R. IV 877 ff.; Lechner, Das Obstagium oder die Geiselschaft nach schweiz. Qu., 1906; Rintelen, Schuldhaft und Einlager, 1907, S. 115 ff.; Hübner, Grundz.³ S. 425 ff. Seitdem auch Guido Kisch, Über das Einlager im älteren böhmischen Schuldrecht, Mitt. des Vereins f. d. Gesch. der Deutschen in Böhmen L 184 ff.; Das Einlager im älteren Schuldrecht Mährens (S.A.), Prag 1912.

eine Verpfändung der Freiheit und setzte daher den Schuldner der Schuldknechtschaft oder Schuldhaft aus. Seitdem diese Arten des Zugriffs auf die Person zu Mitteln der gerichtlichen Zwangsvollstreckung ausgebildet und als solche in feste gesetzliche Formen gegossen waren, blieben besondere Haftungsgeschäfte möglich, durch die der Schuldner seine Freiheit ausschließlich und unmittelbar für die Schuld einsetzte. Er mochte dem Gläubiger das Recht einräumen, ihn im Verzugsfalle eigenmächtig gefangen zu nehmen und als Geisel mit sich zu führen. Doch kam dies anscheinend nur vereinzelt vor²⁹. Um so gebräuchlicher wurde im Mittelalter das Einlagergedinge, durch das sich der Schuldner oder sein Bürge einer aufschiebend bedingten Vergeiselung in der abgeschwächten Gestalt des Einlagers (Einreitens, Leistung) oder obstagium unterwarf³⁰. Das Einlagerversprechen, das vornehmlich von hochstehenden Personen abgegeben wurde, aber auch im Bürger- und Bauernstande vorkam, verpflichtete den Haftenden, sich im Verzugsfalle auf gehörige Aufforderung allein oder mit Begleitern an einen bestimmten Ort, in ein Haus, eine Burg, am häufigsten in ein Wirtshaus zu begeben und dort auf eigne Kosten in „Pfandhaftung“ zu verweilen, bis er aus dieser durch Befriedigung des Gläubigers oder auf andere Weise gelöst war³¹. Die Freiheitsbeschränkung sollte als Druckmittel auf die Bewirkung der geschuldeten Vermögensleistung hinwirken³². Die Reichsgesetzgebung schaffte

²⁹ Ein Fall, in dem auf Grund einer derartigen Vereinbarung ein Bürger von Kremsier weggeführt werden sollte, ist im Brünner Schöffeb. c. 610 entschieden; die Wegführung wird für unzulässig erklärt, dies aber nur mit den Privilegien der Stadt begründet; Sch. u. H. S. 250 Anm. 57. — Über vertragsmäßige Unterwerfung unter sofortige öffentliche Schuldhaft vgl. ebd. Anm. 55—56, 58.

³⁰ Über die Herkunft des Einlagers aus der Geiselschaft und die begriffliche und funktionelle Umprägung, die hierbei das alte Institut erfuhr, vgl. Sch. u. H. S. 52—55. Das Einlagerversprechen taucht in Frankreich seit dem Ende des 11., in Deutschland erst seit dem Ende des 12. Jahrh. auf. — Über die hier nicht interessierende mehrfach erfolgte Aufnahme eines richterlichen Einlagergebots unter die gesetzlichen Zwangsvollstreckungsmaßregeln vgl. Sch. u. H. S. 55—56.

³¹ Näheres über die im einzelnen mannigfach ungleiche Ausgestaltung in Sch. u. H. S. 53 ff., 251 ff. Die Erfüllung des Einlagerversprechens wurde oft durch Treugelübde oder Eid, deren Bruch dann die gewöhnlichen Folgen hatte, besonders gesichert. Notwendig war dies nicht, da bei Nichterfüllung die schärferen gesetzlichen Zwangsvollstreckungsmaßregeln zulässig blieben.

³² Namentlich auch auf die Verwandten, bei Fürsten auch auf die Landstände. Hierzu sollte das Anwachsen der Kosten infolge des zu treibenden

das Einlager ab³³, machte jedoch noch eine Ausnahme für Holstein^{33a}.

V. Draufgabe³⁴. Das Geben und Nehmen einer Draufgabe bei Eingehung eines Vertrages hat die im Mittelalter gewonnene Bedeutung eines formalen Bestärkungsmittels gewahrt³⁵. Es hat aber unter dem Einflusse des römischen Rechts seine Verhaftungskraft eingebüßt und nur beweisrechtliche Kraft behalten³⁶. Seine hauptsächliche und im Grunde allein wesentliche Funktion besteht darin, daß es als Zeichen des Abschlusses des Vertrages dient^{36a}. In Übereinstimmung mit ihrem Ursprunge aus einer Teil-

Aufwandes beitragen: „Geiselmahl köstlich Mahl.“ — Das Einlagergedinge enthielt eine Haftungsschärfung, jedoch durch die Hinausschiebung der gesetzlichen Exekutionsmittel und besonders der Pfändung zugleich eine Haftungsschwächung. Es blieb am längsten in Fällen gebräuchlich, in denen wegen des hohen Standes des Schuldners die gerichtliche Zwangsvollstreckung als unangemessen oder unausführbar erschien.

³³ R.P.O. v. 1548 Tit. 17 § 9, v. 1577 Tit. 17 § 10—11. In Partikularrechten begegnen schon früher Verbote; so in Geldern 1473, vgl. Friedländer S. 24, Loening S. 248.

^{33a} I.P.O. VIII § 5, R.A. v. 1654 § 170; vgl. v. Stemann II 276 ff., Paulsen § 121, 123, 124.

³⁴ Über das ältere deutsche R. vgl. oben § 186 S. 336 ff. Anm. 43—52. — Über röm. u. gem. R. v. Savigny, O.R. II § 79; v. Jagemann, Die Draufgabe (arrha), 1873; Bechmann, Kauf I 520 ff., II 415 ff.; Windscheid § 325. — Über das geltende deut. R. Stobbe-Lehmann § 218; Kunze, Wesen und Bedeutung der arrha, 1904; Matthiafs § 58; Cosack § 94; Endemann § 107; Dernburg § 99; Crome § 177; Enneccerus § 260; Komm. zu B.G.B. § 336—338.

³⁵ Zur gesetzlichen Vertragsform ist es, wie schon oben bemerkt ist (§ 186 S. 338 Anm. 52), nur vereinzelt geworden. Heute kann es als solche nur noch beim Gesindevertrage vorkommen; unten § 200 III.

³⁶ Sch. u. H. S. 371 ff. Im gemeinen Recht drang mit dem Grundsatz der Formfreiheit der Verträge die Behandlung der Draufgabe als „arrha confirmatoria“ durch; weder zur Begründung der Erzwingbarkeit der Schuld, noch zur Ausschließung eines Reuerechts konnte die arrha noch dienen, da auch ohne sie die volle Haftung eintrat und ein gesetzliches Reuerecht nicht mehr anerkannt wurde. In den Partikularrechten erhielten sich, soweit die Erzwingbarkeit von Verträgen an eine Form gebunden oder bei formlosen gegenseitigen Verträgen ein Reuerecht gewährt wurde, Reste einer stärkeren Formkraft der Draufgabe. Doch blieben derartige Bestimmungen schließlichschließlich nur im Gesindevertrage lebendig, in dem sie auch heute nach E.G. Art. 95 möglich sind; vgl. unten § 200 III.

^{36a} B.G.B. § 336¹. Ebenso Preufs. A.L.R. I, 5 § 205, Öst. Gb. § 908, Sächs. Gb. § 893. Vgl. Sch. u. H. S. 373. — Die Beweiskraft erstreckt sich auf das Daß und das Wann der Willenseinigung. Gegenbeweis bleibt aber zulässig.

leistung ist die Draufgabe im Zweifel Angeld³⁷. Sie ist daher auf die geschuldete Leistung anzurechnen oder, wenn dies nicht geschehen kann, bei der Erfüllung zurückzugeben³⁸. Doch kann kraft Vereinbarung und beim Gesindevertrage auch kraft gesetzlicher Vorschrift die Draufgabe umgekehrt als Zugabe gelten³⁹. Im Falle der Wiederaufhebung des Vertrages muß die Draufgabe zurückgegeben werden⁴⁰.

Daneben dient die Draufgabe regelmäßig als materielles Bestärkungsmittel des Schuldvertrages. Schon im älteren deutschen Recht begegnet eine Steigerung der Kraft des Angeldes als Haftgeld durch Androhung seines Verlustes im Falle der Nichterfüllung des Vertrages⁴¹. Gemeinrechtlich wurde auf Grund des römischen Rechts die Rückforderung des Angeldes mindestens dann ausgeschlossen, wenn der Empfänger von einem ihm vertragsmäßig eingeräumten Rücktrittsrecht wegen Nichterfüllung Gebrauch macht⁴². Das preussische Landrecht knüpft stets an die verschuldete Vereitelung der Erfüllung den Verlust der Draufgabe⁴³. Nach anderen Gesetzbüchern soll nicht nur der schuldige Geber

³⁷ Sie bleibt jedoch begrifflich und rechtlich verschieden von einer Anzahlung. Ob Draufgabe oder Anzahlung vorliegt, läßt sich bei Gleichartigkeit der Leistungen nur nach dem aus den Umständen und der Verkehrssitte erhellenden Zweck der Gabe entscheiden. Die Draufgabe fordert einen zum sinnfälligen Zeichen des Vertragsschlusses geeigneten Realakt.

³⁸ B.G.B. § 337¹. Ebenso Sächs. Gb. § 894; A.D.H.G.B. Art. 285²; auch Preufs. A.L.R. I, 5 § 206—207, jedoch nach § 208 nicht, wenn die Draufgabe von anderer Art als die Hauptleistung ist.

³⁹ Über das Gesinderecht vgl. unten § 200 III. Allgemein vermutet das Schweiz. O.R. a. 178 (158)² für die Natur als Zugabe. Über das Preufs. A.L.R. vgl. die vorige Anm.

⁴⁰ B.G.B. § 337². Vgl. Preufs. A.L.R. I, 5 § 220—225, Sächs. Gb. § 894. Dies gilt im Zweifel auch, wenn die Draufgabe Zugabe ist. — Der Anspruch auf Rückgabe ist nicht, wie Schollmeyer zu B.G.B. § 337 Bem. 1, Staudinger Bem. 2, Oertmann Bem. 3, Endemann § 107 Anm. 6 wollen, als Bereicherungsanspruch zu konstruieren, sondern entspringt aus dem Vertrage; Enneccerus § 260 Anm. 2, Planck Bem. 3.

⁴¹ So in l. Bajuv. XVI, 10: ist der Käufer im Verzuge, tunc perdat arras, et pretium, quod debuit, impleat.

⁴² L. 6 pr., l. 8 D. 18, 3; Windscheid § 325 Anm. 3. Manche, wie Savigny a. a. O. S. 271 ff., wollten allgemein Verwirkung der arrha durch Nichterfüllung annehmen.

⁴³ Preufs. A.L.R. I, 5 § 217—219. Dies bedeutet aber für den schuldigen Empfänger nur dann einen Rechtsnachteil, wenn die Draufgabe Zugabe war. Auch kann der schuldige Geber die verlorene Draufgabe auf die zu leistende Entschädigung anrechnen.

die Draufgabe an den Empfänger verlieren, sondern auch der schuldige Empfänger dem Geber den doppelten Betrag des Empfangenen zu leisten haben⁴⁴. Das B.G.B. bedroht nur den Geber, wenn die von ihm geschuldete Leistung infolge eines von ihm zu vertretenden Umstandes unmöglich wird oder er die Wiederaufhebung des Vertrages verschuldet, mit dem Verlust der Draufgabe⁴⁵.

Die Draufgabe wird zum Abschwächungsmittel des Vertrages, wenn sie nicht Haftgeld, sondern Reugeld sein soll. Während manche älteren deutschen Quellen für die Bedeutung der Draufgabe als Reugeld vermuten⁴⁶, stellen die neueren Gesetzbücher, mit Ausnahme des französischen, die entgegengesetzte Vermutung auf⁴⁷. Auch nach dem B.G.B. gilt die Draufgabe im Zweifel nicht als Reugeld⁴⁸. Ist die Draufgabe Reugeld, so kann jedenfalls der Geber nach Belieben vom Vertrage zurücktreten, wenn er auf die Rückforderung des Gegebenen verzichtet⁴⁹. Nach manchen Gesetzen kann auch der Empfänger zurücktreten, wenn er das Empfangene zurückgibt⁵⁰ oder den doppelten Betrag erstattet⁵¹. Das B.G.B. enthält keine Bestimmungen; man wird daher annehmen müssen, daß eine besondere Vereinbarung erforderlich ist, um auch für den Empfänger eine Reuerecht zu begründen⁵². Manche Gesetze schließen den Rücktritt aus, sobald von einer Seite mit der Erfüllung begonnen ist⁵³.

⁴⁴ Österr. Gb. § 908. Sächs. Gb. § 895 (unbeschadet höherer Schadensersatzansprüche). Außerdem wiederholt das Sächs. Gb. § 896 die oben Anm. 42 angeführte römische Bestimmung.

⁴⁵ B.G.B. § 338. Verlangt der Empfänger Schadensersatz wegen Nichterfüllung, so hat er im Zweifel die Draufgabe sich anrechnen zu lassen oder zurückzugeben. Das Gegenteil kann aber vereinbart sein.

⁴⁶ Vgl. Sch. u. H. S. 357 ff.

⁴⁷ Preufs. A.L.R. I, 5 § 210—212; Öst. Gb. § 908; Sächs. Gb. § 893; A.D.H.G.B. Art. 285¹; Schweiz. O.R. a. 178 (158)¹. — Nach Code civ. a. 1590 gilt bei der promesse de vendre die arrha als Reugeld, während im übrigen keine Vermutung besteht.

⁴⁸ B.G.B. § 336² (Auslegungsregel).

⁴⁹ Preufs. A.L.R., I 5 § 213; Österr. Gb. § 910; Code civ. a. 1590; Sächs. Gb. § 897; Schweiz. O.R. a. 178 (158)². Gleiches muß nach dem B.G.B. gelten; die Vorschriften des § 359 sind hier unanwendbar, da es sich um ein Reugeld handelt, das schon beim Vertragsschluss im voraus für den Rücktrittsfall entrichtet ist.

⁵⁰ So nach Preufs. A.L.R. I, 5 § 214.

⁵¹ So nach Code civ. Art. 1590, Öst. Gb. § 910, Schweiz. O.R. Art. 178 (158)².

⁵² Ist ihm das Rücktrittsrecht gegen Rückgabe des Empfangenen oder des doppelten Betrages eingeräumt, so ist § 359 B.G.B. anwendbar.

⁵³ Preufs. A.L.R. I, 5 § 215; Öst. Gb. § 909; Sächs. Gb. § 597. Nach dem B.G.B. ist dies Auslegungsfrage.

Wird eine Draufgabe vor dem Abschlusse eines beabsichtigten Schuldvertrages gegeben, so ist sie heute regelmässig das sinnfällige Zeichen für den Abschluss eines Vorvertrages⁵⁴.

VI. Vertragsstrafe. Die Bestärkung eines Schuldvertrages durch das Versprechen einer Strafleistung für den Fall der Nichterfüllung war dem älteren deutschen Rechte in mancherlei Formen geläufig⁵⁵. Mit dem römischen Rechte wurden dessen sehr ins einzelne durchgebildete Sätze über die Konventionalstrafe aufgenommen und im gemeinem Recht fortgebildet⁵⁶. An das gemeine Recht schlossen sich mit einzelnen Abweichungen die neueren

⁵⁴ Sie ist daher im Zweifel zugleich Bestärkungsmittel des Vorvertrages im Sinne des B.G.B. § 338, kann aber auch als Reugeld gemeint sein. Die in das Sächs. Gb. § 898 übernommenen römischen Bestimmungen über die *arrha pacto imperfecto data* (l. 17 C. 4, 21, § 1 Inst. 3, 23) passen nicht in das heutige System der Schuldverträge.

⁵⁵ Über die Verwendung der Wette zu diesem Zweck oben S. 360 Anm. 7. — Nur zum Teil gehören hierher die viel besprochenen, aus Umbildung der römischen Pönalstipulationen in ihrer späteren urkundlichen Fassung hervorgegangenen Strafklauseln, die in den germanischen Urkunden über Rechtsgeschäfte aller Art (besonders Veräußerungsgeschäfte) bis gegen das Ende des 9. Jahrh. regelmässig und dann bis zum Beginn des 12. Jahrh. vereinzelt auftreten. Vgl. über sie Bluhme, Jahrb. d. gem. R. III 207 ff.; Loening, Vertragsbruch S. 75 ff., 534 ff.; Dahn, Könige VII, 3 S. 303 ff.; Sjögren, Über die römischen Konventionalstrafen und die Strafklauseln der fränkischen Urkunden, Berlin 1896; A. Schultze, Z. f. R.G. XXX 176 ff. Diese Strafklauseln belegen nicht nur den vertragsbrüchigen Kontrahenten und dessen Erben, sondern auch jeden Dritten, der den Vertrag anfechten oder den vertragsmässig geschaffenen Rechtszustand beeinträchtigen würde, mit bestimmten Bußen, die an den Verletzten, aber auch an die öffentliche Gewalt entrichtet werden sollen. Ihre Wirksamkeit ist zugunsten der Kirche in l. Alam. 1, 2 gesetzlich anerkannt, wurde aber auch sonst schwerlich bezweifelt. Sicherlich wirkte dabei die Vorstellung einer schon von Rechts wegen eintretenden, durch den Vertrag nur deklarierten Bußfälligkeit mit. Allein ausschliesslich aus diesem Gesichtspunkt, wie Loening will, lassen sich die Strafklauseln nicht erklären. Vielmehr liegt ihnen zugleich die Vorstellung einer satzungsmässigen Kraft des Vertrages zugrunde. Jedenfalls ist in ihnen vielfach ein echtes Strafgedinge eingeschlossen. — Über Vertragsstrafen im späteren Mittelalter vgl. Stobbe, Vertragsr. S. 31 ff., D.P.R. (b. Lehmann) § 218 IV; R. Loening S. 524 ff.; v. Amira I 690, II 844.

⁵⁶ W. v. Seeler, Zur Lehre von der Konventionalstrafe nach röm. R., 1891. Sjögren a. a. O. S. 1 ff. — v. Savigny, O.R. II § 80. Wendt, Jahrb. f. D. XXII 398 ff. Nauenfeldt, Ist die Konventionalstrafe ihrem Grundprinzip nach Strafe oder Ersatzleistung? 1885. Pergament, Konventionalstrafe und Interesse, 1896. Windscheid-Kipp § 285—286.

Gesetzbücher an⁵⁷. Auch das B.G.B. ist ihm im wesentlichen gefolgt⁵⁸.

1. Begriff. Die Vertragsstrafe ist eine vom Schuldner dem Gläubiger für den Fall der Nichterfüllung einer Verbindlichkeit versprochene Leistung⁵⁹. Die Leistung besteht gewöhnlich in der Zahlung einer Geldsumme, kann aber auch einen anderen vermögensrechtlichen Inhalt haben⁶⁰. Nicht unter den Begriff der Vertragsstrafe dagegen fällt eine Verwirkungsklausel, durch die der Schuldner überhaupt keine Leistung verspricht, sondern sich für den Fall der Nichterfüllung einer Verbindlichkeit einem Rechtsverluste unterwirft⁶¹. Der Zweck der Vertragsstrafe ist in erster Linie die Verstärkung des Erfüllungszwanges durch die vereinbarte Bestrafung der Nichterfüllung. Die Vertragsstrafe ist eben Strafe⁶². Darum kann sie auch in einer Leistung an einen Dritten bestehen⁶³.

⁵⁷ Preufs. A.L.R. I, 5 § 292—316. Code civ. Art. 1226—1233. Öst. Gb. § 1336. Sächs. Gb. § 1428—1435. Schweiz. O.R. Art. 179—182 (160—163).

⁵⁸ B.G.B. § 339—345. Vgl. die Komm. dazu, sowie Stammler S. 159 ff., Matthiafs I § 89, Cosack § 93, Endemann § 133, Landsberg § 119, Crome § 178, Dernburg § 100 ff., Enneccerus § 261, Kohler § 50; Sprenger b. Gruchot XXXIII 638 ff.; Fuld, Sächs. Arch. IX 337 ff.

⁵⁹ Regelmäßig bei Schuldverträgen für den Fall der Nichterfüllung einer vertragsmäßigen Verbindlichkeit; möglicherweise aber auch kraft besonderen Schuldvertrages für den Fall der Nichterfüllung einer anderweit begründeten Verbindlichkeit; vgl. Sächs. Gb. § 1428, Motive II 275.

⁶⁰ B.G.B. § 342. So z. B. die Übergabe einer Sache; der Verzicht auf ein Recht (z. B. Nachlaß am Kaufpreise, R.Ger. LXVIII Nr. 11); die Vornahme einer Handlung.

⁶¹ R.O.H.G. XI Nr. 131, R.Ger. IV Nr. 12; Sächs. Gb. § 1436—1439; Lotmar, Arbeitsvertrag I 456, Dernburg § 100 II 3, Oertmann, Vorbem. 4 a, Siber b. Planck⁴ Vorbem. 1 a α. Die Verwirkungsklausel (lex commissoria) knüpft an die Nichtleistung des Schuldners den Wegfall eines Anspruches, der sonst dem Schuldner auf Grund des Schuldvertrages zustehen würde; sie verpflichtet nicht den Schuldner, sondern befreit den Gläubiger. Dahin gehört namentlich die Abrede, daß der säumige Schuldner das Recht aus bereits geleisteten Teilzahlungen verlieren soll (Beispiele aus dem älteren deut. R. bei Stobbe, Vertragsr. S. 32 ff., Neumann, Wucher S. 123 ff.). Doch unterstellt das neue Schweiz. O.R. a. 162 auch diese Abrede den Vorschriften über die Konventionalstrafe. — Dagegen ist die Vereinbarung einer Erhöhung des Zinsfußes im Verzugsfalle als Strafgedinge anzusehen.

⁶² Der pönale Charakter des Strafgedinges im Gegensatz zum bloßen Schadensgedinge (oben § 178 S. 136 Anm. 91) war im deutschen Recht scharf ausgeprägt; vgl. Loening S. 525 Anm. 1. Er überwog aber auch im röm. R. und ist im gemeinen Recht und in den Gesetzbüchern nicht verwischt; vgl. Code civ. Art. 1226: clause pénale; B.G.B. § 339: „als Strafe“.

⁶³ Im älteren deut. R. war es sehr gebräuchlich, neben oder anstatt der

Und sie verfällt auch, wenn ein Schaden nicht entsteht⁶⁴. Zugleich aber dient die Vertragsstrafe dem Zweck, den Ersatz für entstandenen Schaden in Höhe eines im voraus festgesetzten Betrages zu sichern⁶⁵.

2. Erfordernisse. Zur Gültigkeit des Versprechens einer Vertragsstrafe ist erforderlich, daß nicht nur das Strafgedinge in sich wirksam ist⁶⁶, sondern auch die durch dasselbe verstärkte Hauptverbindlichkeit zu Recht besteht⁶⁷. Erlischt die Hauptverbindlichkeit, so wird auch das Strafgedinge hinfällig⁶⁸.

3. Verwirkung. Die Vertragsstrafe ist verwirkt, sobald der Schuldner mit der Erfüllung der Hauptverbindlichkeit in Verzug kommt⁶⁹. Regelmäßig setzt daher der Eintritt der Strafverpflichtung ein Verschulden voraus⁷⁰, es müßte denn eine abweichende

an den Vertragsgegner zu entrichtenden Busse eine Buszahlung an den Fiskus auszubedingen; oben S. 368 Anm. 55, Brunner, Z. f. R.G. XVIII 72 ff., Schroeder, R.G. S. 195. — Auch heute kommen Vertragsstrafen vor, die an einen Dritten, z. B. an einen gemeinnützigen Verein oder eine Anstalt, zu entrichten sind. Ein Recht des Dritten auf die Leistung ist dabei regelmäßig nicht beabsichtigt; vgl. Preufs. A.L.R. I, 5 § 308—309.

⁶⁴ So ausdrücklich Schweiz. O.R. a. 180 (161)¹. Es gilt aber überall.

⁶⁵ Das Preufs. L.R. leitet sogar die Vorschriften über die Konventionalstrafe in § 292 mit einer lediglich auf die Vorausbestimmung des Interesses gerichteten Begriffsbestimmung ein. Doch ist die Funktion der Konventionalstrafe als Zwangsmittel auch für das preufs. R. nicht zu bestreiten; R.O.H.G. XVI Nr. 101.

⁶⁶ Ist es unwirksam, so wird davon die Hauptverbindlichkeit nicht berührt; Code civ. Art. 1227.

⁶⁷ Ist oder wird die Hauptverbindlichkeit nichtig, so ist oder wird auch die Strafverpflichtung nichtig; kann aus der Hauptverbindlichkeit nicht geklagt werden, so ist auch das Strafgedinge klaglos; R.Ger. LXXXVI Nr. 91 S. 374. Vgl. Preufs. L.R. § 310; Code civ. Art. 1227; Schweiz. O.R. Art. 181 (163²); Sächs. Gb. § 1433.

⁶⁸ So namentlich im Falle der Befreiung des Schuldners durch den Eintritt einer von ihm nicht zu vertretenden Unmöglichkeit; vgl. Windscheid § 285 Anm. 9, Enneccerus § 261 I 1 b, Sächs. Gb. § 1434, Schweiz. O.R. Art. 181 (163²). Ist dagegen der Schuldner für den Eintritt der Unmöglichkeit verantwortlich, so bleibt, da die Hauptverpflichtung nicht erlischt, sondern sich in eine Verpflichtung zum Schadensersatz umwandelt, das Strafgedinge in Kraft.

⁶⁹ B.G.B. § 339. Ebenso Preufs. L.R. § 305, Code civ. Art. 1230, Sächs. Gb. § 1432.

⁷⁰ Ausgenommen die Fälle, in denen Verzug ohne Verschulden eintritt; oben § 178 S. 134 Anm. 81. — Für das röm. u. gem. R. herrscht Streit; vgl. Mann, Gehört zur Verwirkung der Konventionalstrafe ein Verschulden des Verpflichteten? Göttingen 1890; v. Seeler a. a. O. S. 78 ff.; Windscheid § 285 Z. 3. — Nach Schweiz. O.R. a. 180 (161) Abs. 2 muß der Gläubiger nur, wenn er einen die Vertragsstrafe übersteigenden Schadensersatz fordern will, ein Verschulden des Schuldners nachweisen.

Vereinbarung getroffen sein⁷¹. Besteht aber die geschuldete Leistung in einem Unterlassen, so verfällt die Strafe mit der Zuwiderhandlung⁷². Wird streitig, ob der Straffall eingetreten ist, so bestimmt sich auch die Beweislast nach den für die Hauptverbindlichkeit geltenden Regeln⁷³.

4. Strafleistung und Hauptleistung. Das Verhältnis zwischen Strafleistung und Hauptleistung kann sich ungleich gestalten.

a. Nach der gesetzlichen Regel enthält die Strafleistung zugleich die Ersatzleistung für das von ihr gesicherte Erfüllungsinteresse, kann somit nicht neben, sondern nur anstatt der Hauptleistung gefordert werden.

α. Ist daher die Strafe schlechthin für den Fall der Nichterfüllung versprochen, so kann der Gläubiger nur entweder die verwirkte Strafe oder die Erfüllung der Hauptverbindlichkeit verlangen. Das bisherige Recht faßte die nunmehrige Verpflichtung des Schuldners als eine Wahlschuld auf und gab daher dem Gläubiger ein Wahlrecht zwischen der einen und der anderen Forderung⁷⁴. Das B.G.B. gewährt dem Gläubiger die Befugnis, statt der Erfüllung die Strafe zu fordern, so daß er den Anspruch auf die Strafleistung bis zur erfolgten Erfüllung geltend machen kann,

⁷¹ Verspricht der Schuldner die Strafleistung für jeden Fall der Nichterfüllung, so liegt darin eine Übernahme der Gefahr und somit ein den Rahmen eines Strafversprechens überschreitendes Garantieverprechen. Natürlich verfällt auch hier die Strafe nicht, wenn der Gläubiger die Nichterfüllung verschuldet.

⁷² B.G.B. § 339 S. 2; ebenso Sächs. Gb. § 1432. Verschulden ist also hier nicht erforderlich; Dernburg § 103 I 2, Schollmeyer zu § 339 Bem. 2c, Oertmann Bem. 2b, Planck³ Bem. 2, R.Ger. LV Nr. 20; a. M. Titze, Unmöglichkeit S. 103. Kuhlenbeck zu § 339 Bem. 4, Lehmann, Unterlassungspflicht S. 296 ff., Enneccerus § 261 II 2 (anders früher), Siber b. Planck⁴ Bem. 2b. Doch kann der Gläubiger jedenfalls den Strafanspruch nicht geltend machen, wenn er selbst das Zuwiderhandeln des Schuldners verschuldet. Auch wird ihm der Anspruch zu versagen sein, wenn das Zuwiderhandeln für den Schuldner sittliche Pflicht war. Endlich kann im einzelnen Falle die Vertragsauslegung zu dem Ergebnis führen, daß nur bewusstes und schuldhaftes Zuwiderhandeln unter Strafe gestellt werden sollte; R.Ger. LXXIX Nr. 8; vgl. auch Seuff. LVI Nr. 245.

⁷³ Somit hat, wenn die Hauptverbindlichkeit sich auf ein Tun richtet, der Schuldner die Erfüllung, wenn sie auf ein Unterlassen geht, der Gläubiger die Zuwiderhandlung zu beweisen; B.G.B. § 345; vgl. Sächs. Gb. § 1435.

⁷⁴ So mangels anderer Abrede das gemeine Recht; Windscheid § 285 Anm. 15. Ebenso Sächs. Gb. § 1428, Code civ. Art. 1228, Schweiz. O.R. a. 179 (160)¹. Hieran wollte sich Entw. I § 420 anschließen.

dagegen den Anspruch auf Erfüllung verliert, sobald er dem Schuldner erklärt, daß er die Strafe verlange⁷⁵. Ist der Anspruch des Gläubigers auf Erfüllung in einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung übergegangen, so gewähren manche Gesetze dem Gläubiger wieder ein Wahlrecht zwischen Strafe und Schadensersatz⁷⁶, während andere die Strafe als vereinbarten Höchstbetrag des Interesses behandeln und daher die Forderung des Ersatzes eines höheren Schadens ausschließen⁷⁷. Das B.G.B. behält dem Gläubiger nicht nur stets die Geltendmachung eines höheren Schadens vor, sondern räumt ihm auch die Befugnis ein, zunächst die Strafe als Mindestbetrag des Schadens zu verlangen und hinterher gleichwohl weiteren Schaden geltend zu machen⁷⁸. Nur wenn die Strafleistung nicht in einer Geldsumme besteht, wird durch die Forderung der Strafe der Anspruch auf Schadensersatz ausgeschlossen⁷⁹.

β. Ist die Strafe nur für den Fall nicht gehöriger Erfüllung, insbesondere für den Fall der Versäumnis der Leistungszeit versprochen, so kann der Gläubiger die verwirkte Strafe neben der Erfüllung der Hauptverbindlichkeit verlangen⁸⁰. Denn hier

⁷⁵ B.G.B. § 340¹. Man wird darin einen Fall der fakultativen Ermächtigung zu erblicken haben; doch wird darüber gestritten; vgl. Siber zu Planck⁴ Bem. 1 mit weiteren Angaben. Im Gegensatz zum Wahlschuldprinzip verliert jedenfalls der Gläubiger die Strafforderung nicht dadurch, daß er auf Erfüllung klagt. Nach richtiger Meinung büßt er nicht einmal durch Annahme einer Teilleistung das Recht ein, unter Zurückerstattung des Empfangenen die Strafe zu fordern; Planck Bem. 1a, Schollmeyer Bem. 1b, Goldmann u. Lilienthal S. 396, Oertmann Bem. 2. — Über Zulässigkeit der Einklage einer durch Zuwiderhandeln gegen eine Unterlassungspflicht verwirkten Vertragsstrafe trotz erfolgter Vollstreckung eines auf Unterlassung lautenden Urteils vgl. R.Ger. b. Seuff. LXVIII Nr. 121.

⁷⁶ So das gem. R. (Seuff. III Nr. 38, XIX Nr. 136), Sächs. Gb. § 1428, Schweiz. O.R. a. 180 (161)².

⁷⁷ So das Preufs. L.R. § 293, Code civ. Art. 1229, Öst. Gb. § 1336. Für das Handelsrecht außer Kraft gesetzt durch A.D.H.G.B. a. 284³.

⁷⁸ B.G.B. § 340². — Anders nach dem Prinzip der Wahlschuld; Sächs. Gb. § 1431, Entw. I § 420.

⁷⁹ B.G.B. § 342. Also fakultative Ermächtigung, statt Schadensersatzes die Strafe zu fordern. Die Forderung des Schadensersatzes schließt wieder bis zur Befriedigung den Rückgriff auf die Strafforderung nicht aus.

⁸⁰ B.G.B. § 341. So auch Preufs. L.R. § 295, Code civ. Art. 1229, Öst. Gb. § 1336, Sächs. Gb. 1429, Schweiz. O.R. a. 179 (160)². — Über die Anwendung des § 341, wenn bei einer dauernden Unterlassungspflicht, nachdem für einmaliges Zuwiderhandeln die Strafe zuerkannt ist, bei wiederholtem Zuwiderhandeln auf Unterlassung geklagt wird, vgl. R.Ger. LXX Nr. 110.

wird durch die Strafe nur das Interesse an der Rechtzeitigkeit der Erfüllung oder der Einhaltung einer anderen Erfüllungsmodalität gedeckt, während die Erfüllung überhaupt außerhalb des Strafgedinges verbleibt. Auch hier aber kann die durch die Strafe gesicherte Hauptleistung, die in dem Schadensersatz wegen nicht gehöriger Erfüllung besteht, nicht neben der Strafe gefordert werden. Vielmehr gelten hinsichtlich des Verhältnisses zwischen Strafe und Schadensersatz gleiche Regeln, wie im Falle der Konkurrenz zwischen Strafe und Schadensersatz wegen Nichterfüllung⁸¹. Auch verliert der Gläubiger den Anspruch auf die Strafe, wenn er die verspätete oder sonst ungehörige Erfüllung annimmt, ohne bei der Annahme sich das Recht auf die Strafe vorzubehalten⁸².

b. Durch Vereinbarung kann die Strafverpflichtung verschärft werden. Es ist daher insbesondere möglich, daß die verwirkte Strafleistung reinen Strafcharakter haben und demgemäß die Hauptleistung unberührt lassen soll. Dann kann neben der Strafe, wenn sie für den Fall der Nichterfüllung versprochen ist, Erfüllung oder voller Schadensersatz wegen Nichterfüllung, wenn sie für den Fall der nicht gehörigen Erfüllung versprochen ist, voller Schadensersatz wegen nicht gehöriger Erfüllung verlangt werden⁸³.

c. Durch Vereinbarung kann auch umgekehrt die Strafverpflichtung abgeschwächt werden. Es ist möglich, daß dem Gläubiger lediglich ein Anspruch auf die verwirkte Strafe, dagegen keinerlei Anspruch auf Erfüllung oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung zustehen soll⁸⁴. Hat ein Handlungsgehilfe dem Prinzipal eine Strafe für den Fall der Nichterfüllung eines Vertrages, durch den er in seiner gewerblichen Tätigkeit nach Beendigung des

⁸¹ Der Gläubiger kann also die Strafe als Mindestbetrag und außerdem (falls dies nicht wegbedungen ist, R.Ger. LXXVII Nr. 73) weiteren Schaden, jedoch, wenn die Strafe nicht in Geld besteht, nur statt des Schadensersatzes die Strafe fordern; B.G.B. § 341², 342. — Das preuß., französ. und österr. R. (oben Anm. 77) schließen auch hier die Geltendmachung eines die Strafe übersteigenden Interesses aus (vgl. indes Preuß. L.R. § 294). Das Sächs. Gb. § 1428, 1431 gibt ein Wahlrecht. Vgl. auch altes H.G.B. a. 398.

⁸² B.G.B. § 341³; vgl. R.Ger. LVII Nr. 76, LIX Nr. 102, LXI Nr. 16, LXXII Nr. 38, Seuff. LXII Nr. 135; über Anwendung im Falle des § 342 R.Ger. LXVIII Nr. 11. Ebenso nach Preuß. L.R. § 307, Sächs. Gb. § 1429, Schweiz. O.R. a. 179 (160)². Nicht aber nach gem. R.; R.O.H.G. XXIV Nr. 16, R.Ger. IX Nr. 51, LIII Nr. 105. Ebensowenig nach französ. R.; R.Ger. LXI Nr. 33.

⁸³ Vgl. Windscheid § 285 Anm. 14; Enneccerus § 261 III 2.

⁸⁴ Vgl. Windscheid § 285 Anm. 16.

Dienstverhältnisses beschränkt wird, versprochen, so tritt kraft zwingender Gesetzesvorschrift eine derartige Beschränkung des Gläubigerrechts ein⁸⁵. Hier ist die Hauptleistung nicht erzwingbar, wird aber geschuldet und immerhin durch die im Falle der Nichterfüllung verwirkte Strafe gesichert⁸⁶. Der Begriff der Vertragsstrafe bleibt daher anwendbar⁸⁷. Es ist aber auch möglich, daß der Gläubiger überhaupt keinen Anspruch auf die Strafe, sondern nur der Schuldner das Recht haben soll, anstatt der Erfüllung die Strafe zu leisten⁸⁸. Dann hat die Strafe als sogenannte „Wandelpön“ die Natur eines Reugeldes⁸⁹. Sie dient nicht als Bestärkungsmittel, sondern als Abschwächungsmittel des Schuldvertrages und fällt nicht mehr unter den Begriff der Vertragsstrafe⁹⁰.

5. Höhe der Vertragsstrafe. In der älteren gemeinrechtlichen Theorie und Praxis wurde vielfach angenommen, daß die Konventionalstrafe nicht den doppelten Betrag des gesicherten Interesses übersteigen dürfe⁹¹. Diese Beschränkung ging in das preussische Landrecht über⁹². Andere Gesetzbücher gewährten

⁸⁵ H.G.B. § 75²⁻³. Dies gilt jedoch seit 1. Jan. 1915 nach § 75^e nur noch in den Fällen, in denen ausnahmsweise die Gültigkeit der Vereinbarung nicht von der Gewährung einer Entschädigung abhängt; wird eine solche gewährt, so kann der Prinzipal aus B.G.B. § 340 Strafe oder Erfüllung (oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung) und nur niemals aus § 341 Strafe neben Erfüllung fordern.

⁸⁶ Der Schuldner erfüllt, wenn er die Hauptleistung bewirkt, eine Verbindlichkeit und hat, wenn er nicht erfüllt, die Strafe anstatt des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung zu leisten.

⁸⁷ R.Ger. LXIX 12 ff.; a. M. Dernburg § 102 Anm. 15. Darum bleiben auch nach H.G.B. § 75 Abs. 2 S. 2 die Vorschriften des B.G.B. über das richterliche Ermäßigungsrecht unberührt. Dasselbe muß gelten, wenn sonst vereinbart ist, daß der Gläubiger nur die Strafe fordern kann.

⁸⁸ Die Gesetze sprechen oft ausdrücklich aus, daß gegen eine derartige Bedeutung der Strafabrede zu vermuten sei; Preuss. A.L.R. § 311, Öst. Gb. § 1336, A.D.H.G.B. a. 284², Schweiz. O.R. 179 (160)³.

⁸⁹ Der Gläubiger kann also nur Erfüllung oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern, der Schuldner aber durch Leistung der Strafe sich von jeder weiteren Verpflichtung befreien. Eingehende, teilweise abweichende Vorschriften im Preuss. L.R. § 312—316.

⁹⁰ Jedenfalls sind die Vorschriften des B.G.B. über das richterliche Ermäßigungsrecht unanwendbar.

⁹¹ Seuff. XI Nr. 224. Man stützte sich hierfür auf l. un. C. 7, 47, ob schon diese Vorschrift Justinians nur bestimmt, daß als Interesse nicht mehr als der doppelte Betrag des feststehenden Werts der geschuldeten Leistung gefordert werden dürfe; Windscheid § 258 Anm. 9.

⁹² Preuss. L.R. § 300—303. Der Richter muß die Strafe auf den doppelten

überhaupt dem Richter die Befugnis zur Herabsetzung einer unverhältnismäßig hohen Konventionalstrafe⁹³. Außerdem wurde bestimmt, daß bei Darlehnsverträgen die verabredete Strafe nicht das höchste zulässige Maß der gesetzlichen Zinsen überschreiten dürfe⁹⁴. In neuerer Zeit drang im gemeinen Recht der Grundsatz durch, daß die Höhe der Vertragsstrafe lediglich von freier Vereinbarung abhängen⁹⁵. Bei Handelsgeschäften wurde dieser Grundsatz durch das H.G.B. für ganz Deutschland durchgeführt⁹⁶. Die Beschränkungen der Höhe von Vertragsstrafen bei Darlehns- und anderen Kreditgeschäften wurden gleichzeitig mit den Zins- und Zinstaxen aufgehoben⁹⁷. Nur insoweit, als ein Strafgedinge unter den Begriff des wucherischen Geschäftes fällt, wurde durch die Wucher-gesetzgebung dem Schuldner wieder ein Schutz gegen die Bedrückung durch übermäßig hohe Vertragsstrafen gewährt⁹⁸. Dagegen hat das B.G.B. wieder eine allgemeine Schranke der Vertragsfreiheit in Ansehung der Strafabreden für erforderlich erachtet und in Gestalt eines richterlichen Ermäßigungsrechtes aufgerichtet⁹⁹. Hiernach kann eine unverhältnismäßig hohe Vertragsstrafe, wenn sie verwirkt, aber noch nicht entrichtet ist, auf Antrag des Schuldners durch Urteil auf einen angemessenen Betrag herabgesetzt werden¹⁰⁰. Bei der Beurteilung der Angemessenheit ist jedes be-

Betrag des ermittelten Interesses ermäßigen. Anders nur bei unschätzbarem Interesse und bei einer zur Verhütung eines Verbrechens verabredeten Strafe.

⁹³ Öst. Gb. § 1336; Zürch. Gb. § 970; Schweiz. O.R. 182 (163³). — Der Code civ. a. 1231 gibt das Ermäßigungsrecht nur, wenn der Schuldner die Hauptverbindlichkeit teilweise erfüllt hat.

⁹⁴ Preufs. L.R. I, 5 § 299, I, 11 § 825, 826; Öst. Gb. § 1336; Sächs. Gb. § 1430.

⁹⁵ Seuff. XXVI Nr. 120.

⁹⁶ A.D.H.G.B. Art. 284¹: „Die Konventionalstrafe unterliegt keiner Beschränkung in Ansehung des Betrages; sie kann das Doppelte des Interesses übersteigen.“

⁹⁷ R.Ges. v. 14. Nov. 1867 § 1. Für Österreich Ges. v. 14. Juni 1868 § 1.

⁹⁸ Hiermit wollte sich Entw. I begnügen; vgl. Motive II 278. — Ein wucherisches Strafgedinge ist auch heute nach B.G.B. § 138 im ganzen Umfange nichtig und nach Str.G.B. § 302^a—302^e strafbar. Vgl. Seuff. LXII Nr. 197.

⁹⁹ B.G.B. § 343. Bei Abzahlungsgeschäften enthält schon das R.Ges. v. 15. Mai 1894 § 4¹ eine gleichlautende Bestimmung. — Die Vorschrift beruht auf sittlichen und sozialen Erwägungen und ist daher zwingender Natur. Sie ist daher auch anzuwenden, wenn im übrigen ausländisches Recht entscheidet; Seuff. LIX Nr. 33, Rspr. d. O.L.G. VI 231. Doch hat ihr das R.Ger. LIII Nr. 105 rückwirkende Kraft versagt.

¹⁰⁰ Der Antrag des Schuldners kann einredeweise oder klageweise gestellt werden. Das Urteil ist konstitutiv.

rechtigte Interesse des Gläubigers, nicht bloß das Vermögensinteresse, in Betracht zu ziehen¹⁰¹. Das richterliche Ermäßigungsrecht ist ausgeschlossen, wenn ein Vollkaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes eine Vertragsstrafe versprochen hat¹⁰².

6. Selbständiges Strafgedinge. Verspricht Jemand eine Strafe für den Fall, daß er eine Handlung vornimmt oder unterläßt, die zu unterlassen oder vorzunehmen er nicht verpflichtet ist, so liegt eine Vertragsstrafe nicht vor. Vielmehr ist, wenn eine Vertragsstrafe beabsichtigt war, weil die Parteien an den Bestand eines Schuldverhältnisses glaubten, das Versprechen unwirksam¹⁰³. Wenn dagegen die Parteien den Mangel eines Schuldverhältnisses kannten, so haben sie ein selbständiges Strafgedinge geschlossen, durch das ein bedingtes Schuldverhältnis begründet wird. Ein derartiges selbständiges Strafversprechen darf jedoch nicht dazu dienen, gesetzliche Vorschriften, die einer Vereinbarung den Schutz der Rechtsordnung entziehen, durch die Begründung eines mittelbaren Erfüllungszwanges zu umgehen; darum ist, wenn das Gesetz das Versprechen einer Leistung für unwirksam erklärt, auch eine in Kenntnis dieser Unwirksamkeit getroffene Vereinbarung einer Strafe für Nichterfüllung unwirksam¹⁰⁴. Dagegen ist das selbständige Strafgedinge jedenfalls dann wirksam, wenn eine schuldrechtliche Verpflichtung zu dem unter Strafe gestellten Verhalten nur deshalb nicht besteht, weil sie von den Parteien

¹⁰¹ Vgl. oben § 176 S. 84 Anm. 83. Außerdem ist die Vermögenslage des Schuldners, der ihm erwachsende Vorteil, insbesondere aber auch die Schwere seines etwaigen Verschuldens zu berücksichtigen. Es ist immer zu beachten, daß die Vertragsstrafe nicht bloß Ersatz, sondern in erster Linie Strafe ist. Darum ist auch eine Herabsetzung der Strafe auf Null, weil überhaupt kein berechtigtes Interesse des Gläubigers vorliege, unzulässig. — Vgl. R.Ger. LXIV Nr. 72, LXXXVI Nr. 8, Seuff. LXIII Nr. 38.

¹⁰² H.G.B. § 348, 351. Ein wucherisches Strafgedinge aber kann der Richter auch hier im ganzen Umfange für nichtig erklären; R.Ger. LXXXV Nr. 19.

¹⁰³ Vgl. oben S. 370 Anm. 67. Dies wird auch in B.G.B. § 344 vorausgesetzt.

¹⁰⁴ B.G.B. § 344. So z. B., wenn das Versprechen, für dessen Nichterfüllung Strafe bedungen wird, nichtig ist, weil es gegen ein Verbotsgesetz oder die guten Sitten verstößt (§ 134, 138) oder weil eine gesetzliche Formvorschrift (z. B. § 313) nicht gewahrt ist (vgl. Seuff. XXV Nr. 228, XXVII Nr. 115 u. 116). — Offenbar kann auch, wenn zwar eine Schuld, aber nur eine unvollkommen wirksame Schuld begründet ist, ein zu ihrer Sicherung bestimmtes Strafgedinge dann nicht als vollwirksam anerkannt werden, wenn das Gesetz, wie bei Spiel, Wette oder Ehemäkelei, jeden Erfüllungszwang ausschließen will. Dagegen ist die Vereinbarung einer Strafe für den Fall der Nichterfüllung einer verjährten Forderung durchaus zulässig.

nicht gewollt ist¹⁰⁵. Es ist aber auch dann als wirksam zu erachten, wenn das mit Strafe belegte Verhalten sich als solches nicht zum Gegenstande eines Schuldverhältnisses eignet, jedoch ohne Verletzung einer Gesetzesvorschrift als Bedingung in ein auf eine Vermögensleistung gerichtetes Schuldverhältnis eingefügt und so durch einen mittelbaren Erfüllungszwang gesichert werden kann¹⁰⁶. In allen Fällen aber finden auf das selbständige Strafversprechen, wenn die Strafe unverhältnismäßig hoch ist, die Vorschriften über das richterliche Ermäßigungsrecht Anwendung¹⁰⁷.

§ 188. Verträge auf Leistung an Dritte¹.

I. **Überhaupt.** Ein Schuldvertrag ist Vertrag auf Leistung an einen Dritten, wenn eine von einem Vertragsteil versprochene

¹⁰⁵ Siber, Rechtszwang S. 31 ff. u. b. Planck⁴ zu § 344 Bem. 1; Oertmann Bem. 4 zu § 344.

¹⁰⁶ Dernburg § 101 II; Oertmann, Vorbem. 2c zu § 339, Bem. 4 zu § 344. — Manche Schriftsteller meinen freilich, durch § 344 werde stets, wenn eine unmittelbar erzwingbare Verpflichtung nicht begründet werden könne, auch ein mittelbar zwingendes Strafgedinge ausgeschlossen; so Siber a. a. O., Endemann § 109 Anm. 18. Danach müßte also, wer das Versprechen einer nicht vermögenswerten Leistung oder wenigstens eines nur dem sozialen Bereich angehörigen Verhaltens (z. B. nicht zu rauchen oder zu trinken oder an einem Ausfluge oder einer Gesellschaft teilzunehmen) nicht für schuld-begründend hält, auch dem Versprechen einer Geldsumme für den Fall der Vornahme oder Unterlassung einer solchen Handlung jede Verpflichtungskraft absprechen. Allein hier handelt es sich nicht um ein vom Gesetz für unwirksam erklärtes, sondern um ein außerhalb des rechtlichen Bereiches liegendes, für das Gesetz indifferentes, dem Schuldrecht überhaupt nicht angehöriges Versprechen. Es besteht kein Hindernis, ein außerrechtliches Verhalten dadurch in den Rechtsbereich hineinzuziehen, daß ein mit geeignetem Inhalt ausgerüstetes Schuldverhältnis daran angeknüpft wird.

¹⁰⁷ B.G.B. § 343².

¹ Buchka, Die Lehre von der Stellvertretung, 1852, S. 121 ff. Busch, Doktrin und Praxis über die Gültigkeit von Verträgen zugunsten Dritter, Heidelberg 1860. Bähr, Jahrb. f. D. VI 131 ff., XI 394 ff. Unger, Die Verträge zugunsten Dritter, Jena 1869 (Jahrb. f. D. X 1 ff.). Gareis, Die Verträge zugunsten Dritter, Würzburg 1873. E. Zimmermann, Die Lehre von der stellvertretenden negotiorum gestio, Straßburg 1876, S. 50 ff. Karlowa, Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung, Berlin 1877, S. 69 ff. Regelsberger in Endemanns Handb. II § 250, Arch. f. ziv. Pr. LXVII (1884) 1 ff. Platner, Arch. f. ziv. Pr. L 220 ff. Ehrenzweig, Die sog. zweigliedrigen Verträge, insbesondere die Verträge zugunsten Dritter nach gem. und österr. R., Wien 1895. K. Hellwig, Die Verträge auf Leistung an Dritte, Leipzig 1899. — Beseler, Erbverträge II 1 S. 71 ff.; D.P.R. § 108 II. Siegel, Versprechen S. 142 ff. Stobbe III § 172, Stobbe-Lehmann § 225. Cosack b. Gerber

Leistung an eine von dem anderen Vertragsteil verschiedene Person bewirkt werden soll.

Ein derartiger Vertrag kommt in doppelter Gestalt vor, indem er entweder ein Schuldverhältnis nur unter den Vertragsschließenden begründet oder aber dem Dritten ein Forderungsrecht auf die Leistung verschafft. Im ersten Falle sprechen wir von einem schlichten Vertrage auf Leistung an einen Dritten², im zweiten Falle von einem Vertrage zugunsten eines Dritten³.

Die Besonderheiten des schlichten Vertrages auf Leistung an einen Dritten⁴ erschöpfen sich in den Folgen, die sich aus der eigenartigen Beschaffenheit des Schuldinhaltes ergeben. Den Inhalt der Schuld wie der Forderung bildet eine

§ 196. Brunner, Z. f. H.R. XXII 90 ff. (Forsch. S. 540 ff.), Grundzüge⁶ S. 210 ff. v. Amira, Recht⁸ S. 219, O.R. I 362 ff., II 378. R. Hübner, Grundz.² § 75. Buch, Übertragbarkeit der Ford. S. 52 ff. v. Schwerin, R.G.² S. 104. — v. Savigny, O.R. II § 59. v. Vangerow, Pand. III § 246. Brinz, Pand. § 374—375, 2. Aufl. § 584—585. Windscheid, Pand. § 316, 316^a. — Über preufs. R.: Dernburg II § 18. Eccius I § 75. — Über österr. R.: Hasenöhr I § 33 ff. Krainz I § 136. Pfaff, Z. f. d. ö. u. P.R. d. G. I 219 ff. Ofner, ebd. XVIII 313 ff. Krasnopolski, ebd. XXII 577 ff. Dniestrzanski, Die Aufträge zugunsten Dritter, I, 1904. v. Schey, Die Obligationsverhältnisse des öst. allg. Privatr., I 3, Wien 1907, S. 628 ff. — Über französ. R.: Renaud, Magazin für bad. Rechtspflege u. Verwaltung II 1 ff. Zachariae-Crome II § 326. — Über das geltende deut. R.: Stammler S. 165 ff. Cosack I § 98. Endemann I § 124. Matthiafs I § 87 II. Dernburg II 1 § 104 ff. (⁴ § 105 ff.). Crome II § 179—180. Enneccerus § 258—259. Landsberg § 120. Kohler II 255 ff. Kipp b. Windscheid S. 308 ff. Komm. von Planck (bes. jetzt ⁴ Siber), Schollmeyer, Rehbein, Goldmann u. Lilienthal, Oertmann, Kuhlenbeck (bei Staudinger) zu B.G.B. § 328 ff.

² Hellwig S. 42 ff. spricht von „ermächtigenden Verträgen auf Leistung an Dritte“. Allein dies hängt mit seiner Auffassung des Dritten als Bevollmächtigten des Gläubigers zusammen (unten Anm. 5—6). Vielfach redet man auch von „unechten Verträgen zugunsten eines Dritten“. Aber damit wird ein unklarer Zwitterbegriff eingeführt.

³ Hellwig a. a. O. zieht den Ausdruck „berechtigende Verträge auf Leistung an Dritte“ vor. Aber dabei muß man erst erraten, wessen Berechtigung gemeint ist. Es liegt kein Grund vor, den altgewohnten Namen aufzugeben. Man darf nur „zugunsten“ nicht als „zum Vorteil“ deuten. Vielmehr ist das, was dem Dritten durch den Vertrag zugewandt und somit „vergönt“ wird, die Rechtsposition als Gläubiger. Eine solche rechtliche Begünstigung des Dritten fehlt überall, wo ihm Vorteile nur als Reflexwirkung fremden Rechtes zufließen. Sie ist dagegen überall vorhanden, wo der Dritte ein Recht auf die Leistung erwerben soll. Von „echten“ Verträgen zugunsten Dritter zu sprechen, erübrigt sich, wenn es „unechte“ nicht gibt.

⁴ Eingehende Darstellung bei Hellwig S. 72—145. Vgl. Unger S. 63, Crome § 179 Z. 2, Enneccerus § 258 IV 1.

Leistung, die ein Dritter empfangen soll⁵. Ein Schuldverhältnis aber entsteht nur zwischen dem Versprechenden und dem Versprechensempfänger. Der Dritte wird durch den Vertrag in keinerlei rechtliche Beziehung zu den Vertragschließenden gesetzt⁶. Er kommt nur als Destinatar der Leistung in Betracht, die eben, wenn sie die geschuldete Leistung sein soll, eine Leistung an ihn sein muß. Soweit hiernach seine Mitwirkung zur Schuldnerfüllung erforderlich ist, liegt es dem Versprechensempfänger ob, diese Mitwirkung zu beschaffen⁷. Unterbleibt die Leistung, so kann nicht er, sondern lediglich der Versprechensempfänger ihre Bewirkung fordern⁸. Erfolgt die Leistung, so erwirbt er das, was er empfängt, nicht auf Grund eines Forderungsrechtes, sondern lediglich auf Grund des mit ihm abgeschlossenen Leistungsgeschäftes⁹.

Ganz anders verhält es sich bei dem Vertrage zugunsten eines Dritten. Hier steht nicht nur eine besondere Beschaffenheit des Schuldinhaltes, sondern eine Erweiterung der schuld begründenden Kraft des Vertrages in Frage. Denn ein

⁵ Wenn der Schuldner an den Dritten nur leisten kann, nicht leisten soll, liegt ein Vertrag auf Leistung an einen Dritten überhaupt nicht vor. Die Leistung an den Dritten ist hier nicht versprochen, sie ist nicht in obligatione, sondern nur in solutione. Der Dritte ist gehöriger Leistungsempfänger, aber nicht Leistungsdestinatar. So verhält es sich bei dem solutionis causa adjectus (Zahlstelle), so auch in den Fällen, in denen auf Grund gehöriger Legitimation ein Nichtgläubiger wirksam empfangen kann. Vgl. oben § 179 S. 145 Anm. 5—6; Kohler, B.R. II 58 ff. — Wenn Hellwig a. a. O. die Verträge, die den Schuldner zur Leistung an einen Dritten nur berechtigen, mit denen, die ihn zur Leistung an einen Dritten verpflichten, in dem Gattungsbegriff der „ermächtigenden Verträge auf Leistung an Dritte“ zusammenfaßt und beiderlei Verträge, obschon er die Unterschiede im einzelnen nicht verkennt, als grundsätzlich gleichartig behandelt, so verdunkelt er damit den fundamentalen Gegensatz ihrer inneren Struktur.

⁶ Man darf ihn nicht mit Hellwig S. 93 ff. als Bevollmächtigten des Gläubigers auffassen. Die Annahme, daß der Vertrag ein Vollmachtsgeschäft in sich schliesse, läuft auf eine Fiktion hinaus. Auch bedarf es ihrer keineswegs, um die Erfüllungswirkung der Leistung an den Dritten zu erklären. Denn diese ergibt sich unmittelbar aus dem Schuldinhalt. Vgl. Kühlenbeck, Vorbem. III b; Enneccerus a. a. O. Anm. 7.

⁷ Er gerät daher durch ein die Erfüllung vereitelndes Verhalten des Dritten in Gläubigerverzug; Hellwig S. 111 ff.

⁸ Nur für diesen entspringen daher auch Ansprüche aus Schuldnerverzug, verschuldeter Unmöglichkeit, fehlerhafter Erfüllung usw.

⁹ Entscheidend für seinen dinglichen Rechtserwerb ist lediglich, was zwischen ihm und dem Schuldner vorgeht. Doch kann er durch den Empfang dem Gläubiger aus einem in das Leistungsgeschäft nicht aufgenommenen Kausalverhältnis verpflichtet werden. Teilweise abweichend Hellwig S. 130 ff.

solcher Vertrag soll dem am Vertragsschluss unbeteiligten Dritten ein Recht verschaffen, die versprochene Leistung zu fordern. Er soll also ein Schuldverhältnis erzeugen, das nicht nur zwischen den Vertragsschließenden besteht, sondern einen Dritten als Gläubiger mitumspannt. Hiermit und nur hiermit werden die Verträge auf Leistung an Dritte zu einer besonderen Gattung der Schuldverträge¹⁰.

Der Vertrag zugunsten eines Dritten muß scharf von einem Verträge unterschieden werden, bei dem ein Vertragsschließender als Vertreter eines Anderen das Versprechen einer an diesen zu bewirkenden Leistung entgegennimmt¹¹. Denn der Vertretene soll die Forderung nicht als Dritter, sondern als Vertragsteil erwerben. Oft kann es zweifelhaft sein, ob im Namen oder zugunsten des Leistungsempfängers kontrahiert ist¹². Wenn aber, wie nicht selten versucht ist, auch in Fällen, in denen unzweideutig die Leistung an einen Dritten bedungen ist, der Rechtserwerb des Dritten auf ein Vertretungsverhältnis zurückgeführt wird, so liegt darin eine das Leben vergewaltigende Fiktion¹³.

Der Vertrag zugunsten eines Dritten unterscheidet sich ferner von einem Verträge, bei dem ein Vertragsschließender die Forderung für Rechnung eines Anderen erwirbt. Denn hier wird aus dem Verträge der Versprechensempfänger und nur er berechtigt, während der Dritte erst durch Übertragung der Forderung in die Gläubigerstellung einrückt. Daran ändert es nichts, wenn der ursprüngliche Gläubiger zur Abtretung der Forderung an den Dritten verpflichtet ist oder die Forderung kraft Gesetzes auf den Dritten übergeht¹⁴.

¹⁰ Nur für solche Verträge trifft daher auch das B.G.B. in B. II Abschn. II Tit. 3 trotz der allgemein lautenden Überschrift „Versprechen der Leistung an einen Dritten“ besondere Bestimmungen.

¹¹ Vgl. Buchka S. 187 ff., 202 ff.; Laband, Z. f. d. g. H.R. X 194 ff.; Unger S. 61 ff.; Gareis S. 34 ff.; Zimmermann S. 61 ff.; Stobbe § 172 II 1; Windscheid § 316^a Anm. 1; Dernburg § 104 (105) II; Crome § 179 Z. 1 b.

¹² So vor allem, wenn es feststeht, daß der Versprechensempfänger selbst nicht Gläubiger werden will. Auch dann kann ein Vertrag zugunsten eines Dritten geschlossen sein, wie jetzt B.G.B. § 335 außer Zweifel stellt. Doch wird die Annahme eines Vertragsschlusses für den Dritten näher liegen. Daß in Zweifelfällen überhaupt für Vertretung zu vermuten sei, läßt sich nicht mit Stammler S. 169 Anm. 1 u. Matthiafs § 87 II B 1 a behaupten.

¹³ Darüber, daß die ältere Theorie vielfach zu diesem Auskunftsmittel griff, um den Verträgen zugunsten Dritter Wirksamkeit zu verschaffen, vgl. unten S. 387, S. 388 Anm. 54, S. 391 Anm. 70.

¹⁴ Darum ist der Frachtvertrag für Alle, die das eigne Recht des Empfängers

Auch dadurch, daß im Verträge selbst der Dritte genannt und ihm vom Versprechensempfänger die Forderung überwiesen wird, entsteht kein Vertrag zugunsten des Dritten¹⁵. Denn immer erwirbt hier der Dritte sein Recht nicht aus dem Versprechen des Schuldners, sondern aus einer Verfügung des Gläubigers. Darum laufen alle Versuche, die Verträge zugunsten Dritter mit Hilfe einer Ableitung des Rechtes des Dritten aus dem allein primären Gläubigerrecht des Versprechensempfängers zu konstruieren, auf eine Zerstörung ihres Begriffes hinaus¹⁶.

Ein Vertrag zugunsten eines Dritten liegt auch nicht vor, wenn einem Dritten der Beitritt zu einem Verträge offengehalten wird. Darum wird auch der schlichte Vertrag auf Leistung an einen Dritten noch nicht dadurch in einen Vertrag zugunsten des Dritten verwandelt, daß dem Dritten zwar Gläubigerstellung zugedacht, sein Rechtserwerb aber vom Beitritt zum Verträge abhängig gemacht wird¹⁷. Denn in diesem Falle erwirbt der Dritte die Forderung erst, wenn er Vertragsteil wird und somit aufhört, Dritter zu sein. Vorher hat er aus dem Verträge kein Recht. Es ist allerdings möglich, daß er vorher aus einer bindenden Beitrittsofferte, die von den Vertragsschließenden an ihn gerichtet wird, ein Recht auf den Forderungserwerb erlangt. Allein Quelle dieses Rechts ist der Antrag, nicht der Vertrag. Ein Recht aber, den Antrag zu fordern, hat er nicht. Nur das ist möglich, daß der eine der Vertragsschließenden dem anderen gegenüber zur Forderung der Bewirkung der Kollektivofferte berechtigt oder zu deren alleiniger Vornahme ermächtigt ist. Auch hierdurch aber wird nichts daran geändert, daß der Vertrag nur unter den Vertragsschließenden wirkt¹⁸. Darum wird durch alle Theorien und Gesetze, die grundsätzlich bei jedem Verträge auf Leistung an einen Dritten den Rechtserwerb des Dritten von einer Beitrittserklärung abhängig machen, der Begriff der Verträge zugunsten Dritter überhaupt verneint¹⁹.

auf eine *cessio legis* gründen, kein Vertrag zugunsten eines Dritten. Vgl. unten S. 394 Anm. 80.

¹⁵ Daß dies an sich möglich ist, läßt sich auch für das heutige Recht nicht bezweifeln.

¹⁶ Über solche Theorien vgl. unten S. 391 Anm. 71.

¹⁷ Dies kann auch unter der Herrschaft des B.G.B., da dieses dem Parteiwillen freien Spielraum läßt, vorkommen. Vgl. Hellwig S. 145 ff.

¹⁸ Über Offerten zugunsten Dritter und die dabei möglichen Verschiedenheiten vgl. namentlich Gareis S. 270 ff.

¹⁹ Vgl. unten S. 388 Anm. 53, S. 389 Anm. 59—60, S. 391 Anm. 67.

Dagegen ist es mit diesem Begriffe durchaus vereinbar, daß zum Rechtserwerbe des Dritten eine Aneignungserklärung gefordert wird²⁰. Dann ist durch den Vertragsschluss die Forderung zwar dem Dritten noch nicht angeschaffen, aber für ihn bereitet und hingestellt. Bis er seinen Willen, Gläubiger zu werden, erklärt hat, steht das für ihn bedungene Recht zur Verfügung der Vertragschließenden. Nur insoweit, als ihm ein Antrag gemacht ist, kann durch die bindende Kraft des Antrags die Zurückziehung des dargebotenen Rechtes ausgeschlossen werden. Erforderlich aber ist ein an ihn gerichteter besonderer Antrag nicht. Vielmehr kann er, so lange die zu seinen Gunsten getroffene Vereinbarung besteht, zugreifen und durch beliebige Kundgebung seines Erwerbswillens, insbesondere auch durch Erhebung der Klage, die Forderung an sich ziehen. Damit tritt er dem Vertrage keineswegs als Vertragsteil bei, sondern ergreift durch einseitige Rechtshandlung das ohne seine Mitwirkung kreierte Recht, dessen Quelle das vom Versprechensempfänger angenommene Versprechen bleibt²¹. Somit wird auch durch Theorien und Gesetze, die den Rechtserwerb aus fremdem Vertrage stets erst durch Aneignung zustande kommen lassen, der Begriff der Verträge zugunsten Dritter keineswegs in Frage gestellt²². Nur muß dabei jede Hineinmischung der Vorstellung eines Beitrittes zum Vertrage streng vermieden werden²³.

Am schärfsten kommt der Gedanke der Vertragswirkung zugunsten des Dritten zum Ausdruck, wenn der Dritte unmittelbar aus dem Vertrage von Rechts wegen das ihm zgedachte Recht erwirbt. Zur Herbeiführung dieses Erfolges aber reicht der dahin gerichtete Wille der Vertragschließenden auf dem Boden der allgemeinen Vertragsfreiheit nicht aus²⁴. Vielmehr bedarf es eines

²⁰ Zweifellos kann es auch unter der Herrschaft des B.G.B. nach § 328² vorkommen, daß bei einem Vertrage auf Leistung an einen Dritten der Rechtserwerb des Dritten von einer Erklärung des Gläubigerwillens abhängig gemacht wird.

²¹ Genau so, wie eine Verfügung von Todes wegen auch dann, wenn zum Rechtserwerbe Annahme gefordert wird, Quelle des erworbenen Rechtes bleibt.

²² Vgl. unten S. 390 Anm. 61—62.

²³ Hiervon hat sich unter dem Drucke romanistischer Anschauungen die Jurisprudenz selten freigehalten. Man braucht ja nur die im Vertrage vollzogene Darbietung des Rechtes zugunsten des Dritten mit einer nicht bindenden Vertragsofferte an den Dritten zu verwechseln, um wieder bei der Beitrittstheorie anzulangen.

²⁴ Darum waren die Theorien, die für das gemeine Recht den unmittel-

besonderen Rechtssatzes, um einem Vertrage in gleicher Weise, wie einer Verfügung von Todes wegen, die Kraft zu verleihen, einem unbeteiligten Dritten ohne sein Wissen und Wollen eine Forderung anzuhängen²⁵. Zugleich aber ist, da die endgültige Aufdrängung des ungewollten Rechts unmöglich zugelassen werden kann, ein zweiter Rechtssatz unentbehrlich, der den Dritten in den Stand setzt, sich des ohne sein Zutun erworbenen Rechtes mit Rückwirkung wieder zu entschlagen²⁶.

Als Verträge zugunsten Dritter kommen auch andere als Schuldverträge vor. So gibt es Erbverträge zugunsten Dritter²⁷. Ein befreiender Vertrag zugunsten eines Dritten steckt in der Schuldübernahme, falls sie durch Vertrag zwischen dem Gläubiger und dem neuen Schuldner erfolgt²⁸. Hier ist nur von den Schuldverträgen zugunsten Dritter zu handeln.

II. Geschichte. Das deutsche Recht kannte von je Verträge auf Leistung an Dritte.

Solche Verträge begegnen in mannigfachen Anwendungsfällen. Wenn Vergabungen von Todes wegen oder sonstige Vergabungen an Salmannen erfolgten, so erteilten diese dem Vergabenden das Versprechen, das erworbene Recht bei dem Eintritt bestimmter Voraussetzungen auf den Destinatär der Vergabung zu übertragen²⁹. Auf Versprechen der Leistung an einen Dritten beruhten die in die Schuldurkunden aufgenommenen Klauseln, durch die der Aussteller sich zur Leistung an einen Anderen als den Versprechensempfänger verpflichtete; insbesondere die ursprüng-

baren Rechtserwerb des Dritten annahmen, mangels eines nachweislichen Gewohnheitsrechtes nicht haltbar. Vgl. unten S. 392 Anm. 72.

²⁵ Dieser Rechtssatz findet sich im B.G.B. § 328¹.

²⁶ Dieser Rechtssatz findet sich im B.G.B. § 333.

²⁷ Sie können nach heutigem Recht einem Dritten Erbrecht oder ein Forderungsrecht, nach bisherigem Recht auch ein dingliches Recht verschaffen. Davon ist im Erbrecht zu handeln. Hellwig behandelt die Erbverträge zugunsten Dritter anhangsweise (S. 591–670).

²⁸ Vgl. oben § 181 S. 219 ff. Anm. 32–34. — Sehr bestritten ist, ob und inwieweit sachenrechtliche Verträge zugunsten Dritter anzuerkennen sind. Dafür Rosenberg, D.J.Z. XVII 541 ff.; V. Bruns, Besitzerwerb durch Interessenvertreter, Tüb. 1910, S. 116 ff.; zum Teil auch M. Wolff, Sachenrecht § 38 II 3. Die herrschende Meinung ist dagegen; Siber, Vorbem. V 1.

²⁹ So schon bei der Affatomie der l. Sal. 46. Vgl. ferner Stobbe, Z. f. R.G. VII 405 ff.; Gareis S. 227 ff.; Heusler, Inst. I 215 ff.; Hübner S. 459. Der Schwerpunkt des Instituts liegt freilich nicht in diesem schuldrechtlichen Beiwerk, sondern in der dinglichen Rechtsstellung des Treuhänders.

lichen Order- und Inhaberklauseln³⁰. Sehr gebräuchlich war in Strafgedingen das Versprechen einer an einen Dritten zu entrichtenden Buße³¹. Bei Veräußerungen von Grundstücken kam die Ausbedingung eines Vorkaufsrechtes für einen Dritten vor³². Es wurden Verträge geschlossen, durch die sich der Empfänger einer Geldsumme dem Geber gegenüber verpflichtete, einem Dritten eine Leibrente zu bestellen³³. Zahlreiche andere Beispiele lassen sich anführen³⁴. Es handelt sich aber überhaupt nicht um einzelne Sonderbildungen, sondern um eine allgemeine Erscheinung, die überall auftauchte, wo sie einem Bedürfnis entsprach.

Die Wirksamkeit derartiger Verträge unterlag für die deutsche Rechtsanschauung keinem Zweifel. Das Versprechen der Leistung an einen Dritten begründete genau so gut wie jedes andere Versprechen eine Schuld³⁵. Ob der Versprechensempfänger an der Erfüllung ein eignes Interesse habe, kam für sein Recht, Erfüllung zu fordern, nicht in Betracht³⁶. Es war möglich, daß nach der Absicht der Vertragsschließenden nur der Versprechensempfänger berechtigt sein sollte, die Leistung an den Dritten zu verlangen³⁷. In der Mehrzahl der Fälle aber war der Vertrag

³⁰ Brunner a. a. O.; oben Bd. II 142 ff., 156 ff. Mit der Entwicklung der Rechtsträgerschaft der Urkunde als Wertpapier trat der Gedanke der Rechtsnachfolgerschaft des Urkundenerwerbers an die Stelle. — Die in neuerer Zeit gegen Brunners Auffassung des Ursprungs und der Bedeutung der Klauseln von C. Freund, Wertpapiere im antiken und frühmittelalterlichen Recht, 1910, Partsch, Z. f. H.R. LXX 437 ff., zum Teil auch Buch a. a. O. S. 55 ff. erhobenen Einwendungen kommen hier nicht in Betracht.

³¹ Oben § 187 S. 368 Anm. 55 und S. 369 Anm. 63.

³² Oben Bd. II 797 Anm. 1.

³³ Stobbe, Beiträge zur Gesch. des deut. R. S. 32 ff.

³⁴ So die Übereignungen mit Verpflichtung des Erwerbers zur Belehnung eines Dritten; vgl. schon Urk. v. 812 b. Loersch-Schröder-Perels Nr. 36. Die Auflassung des Lehens an den Lehnsherrn, der die Verleihung an einen Dritten verspricht; Homeyer, Sachsenspiegel II 2 S. 427 ff. Die Ausbedingung des Schlüssel- oder Herdgeldes für die Ehefrau beim Hausverkauf, des Strick- oder Halftergeldes für den Knecht beim Viehverkauf. Auch die Ausbedingung von Abfindungsforderungen für die Geschwister bei Gutsabtretungen reicht sicher in alte Zeit hinauf. Zum Teil gehören hierher auch die Beredungen zugunsten der Kinder in Ehestiftungen und Einkindschaftsverträgen. — Über die im nord. R. vorkommenden Fälle vgl. v. Amira I 362 ff., II 378.

³⁵ Vgl. oben § 184 I S. 283. v. Amira, Recht³ S. 219.

³⁶ Vgl. das oben § 175 I S. 53 Gesagte.

³⁷ So wird z. B. eine Klage auf das bedungene Schlüssel- oder Halftergeld (oben Anm. 34) schwerlich der Ehefrau oder dem Knecht gewährt worden sein. Auch auf die verwettete Strafleistung an einen Dritten sollte wohl in vielen Fällen nur der Vertragsgegner klagen dürfen.

als Vertrag zugunsten des Dritten gemeint, so daß diesem ein eignes und selbständiges Forderungsrecht zugedacht war. Daß dem Vertrage die Kraft innewohne, ein solches Recht des Dritten zu erzeugen, wurde niemals in Zweifel gezogen. Doch scheint stets angenommen zu sein, daß der Dritte das ihm bestimmte Recht erst durch Aneignung erwerbe³⁸. Darauf, daß das Forderungsrecht dem Dritten ohne Wissen und Wollen zugewachsen wäre, deutet kein Anzeichen hin³⁹. Andererseits war man weit davon entfernt, einen Beitritt des Dritten zum Vertrage zu verlangen oder zu unterstellen⁴⁰. Darum war der Zugriff des Dritten nicht durch ein besonderes Angebot bedingt⁴¹. Meist war nicht einmal eine besondere Mitteilung an ihn erforderlich, da das Versprechen entweder durch die Publizitätsform des mündlichen Vertragsschlusses öffentlich kundgemacht oder durch die Art der Verbriefung für jeden, dem die Urkunde zu Gesicht oder zu Gehör kam, bekundet war⁴².

Mit der Rezeption trat dem deutschen Recht das römische Recht entgegen, das von einer durchaus abweichenden Grundanschauung ausging. Das römische Recht verlangte zur Begrün-

³⁸ Stobbe-Lehmann § 225 I. Der Zeitpunkt, von dem an der Erwerb möglich war, hing vom Vertragsinhalte ab und konnte beliebig hinausgeschoben sein. Bis zum Erwerbe des Rechts durch den Dritten war der Vertrag frei widerruflich. Dies änderte sich jedoch durch den Tod des Versprechensempfängers, da dessen Erben den Versprechenden nicht entbinden konnten. Auch war ein bindendes Angebot an den Dritten möglich (unten Anm. 41). — Stark abweichend Gareis S. 125, 227 ff.

³⁹ Dem deutschen Recht war überhaupt ein unfreiwilliger Erwerb aus rechtsgeschäftlicher Zuwendung fremd. Auch ein Rechtsgeschäft von Todes wegen, das gleich der gesetzlichen Erbfolge einen ipso jure eintretenden Erwerb nach sich gezogen hätte, gab es nicht. — A. M. Hübner S. 459—460.

⁴⁰ Es ist daher unzutreffend, wenn oft (z. B. neuestens noch von Endemann § 127 Z. 1 b) gelehrt wird, das deutsche Recht habe „Beitritt“ verlangt. Beseler hat seine frühere dahingehende Behauptung (Erbvertr. II 1 S. 77—78) ausdrücklich zurückgenommen; D.P.R. § 108 Anm. 16.

⁴¹ Ein Angebot an ihn war aber möglich und begründete dann zweifellos Gebundenheit ans Wort (oben § 184 II S. 284 ff.). Man darf ein solches Angebot zum Rechtserwerbe aus dem fertigen Vertrage nicht mit dem Angebot zum Vertragsschlusse verwechseln, so sehr das letztere da, wo die Annahme durch den bloßen Zugriff erfolgen kann (oben § 185 I S. 350 ff.), dem ersteren äußerlich ähneln mag.

⁴² Auf die in den Urkundenanfängen ausdrücklich betonte Publizitätswirkung der Verbriefung hat zutreffend Platner a. a. O. hingewiesen. Nur identifiziert er die öffentliche Darbietung des Rechts mit einer „Aufforderung“ zum „Beitritt“ und spricht daher von einer „Aneignung“ durch „Beitritt“ (S. 221).

derung einer Obligation ein in Geld schätzbares Interesse des Gläubigers. Darum liefs es aus einem Vertrage auf Leistung an einen Dritten ein Forderungsrecht des Promissars nur dann entspringen, wenn dieser an der Erfüllung ein eignes Vermögensinteresse hatte⁴³. Das römische Recht führte ferner streng den Grundsatz durch, dafs Verträge nur unter den Paziszenten wirken. Darum lehnte es im Prinzip die Anerkennung von Verträgen zugunsten Dritter ab⁴⁴. Im Laufe der Zeit wurde freilich in einzelnen Fällen die starre Regel durchbrochen. Allein immer handelte es sich nur um Ausnahmen, die auf singulären Rechtssätzen beruhten⁴⁵.

Die germanischen Rechtsanschauungen waren zu fest gewurzelt, um dem römischen Dogma zu erliegen. Es kam zu einem Kampfe, der durch die Jahrhunderte hindurch mit wechselndem Erfolge geführt wurde, schliesslich aber mit dem Siege des deutschen Rechtes endete.

Die gelehrte Jurisprudenz suchte schon im Mittelalter die Gültigkeit der im Leben eingebürgerten Verträge zugunsten Dritter zu retten. Doch erreichte sie dies, da sie überwiegend an

⁴³ L. 38 § 17 D. de V.O.: Alteri stipulari nemo potest, praeterquam si servus domino, filius patri stipuletur: inventae sunt enim hujusmodi obligationes ad hoc, ut unusquisque sibi acquirat, quod sua interest, ceterum ut alii detur, nihil interest mea. L. 26 C. de jur. dot. (5, 12). — Anders, wenn er eine für ihn selbst vorteilhafte Leistung an einen Dritten sich um des eignen Vorteils willen ausbedingt; vgl. z. B. l. 38 § 20—23, l. 118 § 3 de V.O., § 20 Inst. 3, 20, l. 3 C. de inutil. stip. (8, 39). Auch kann ein eignes Interesse des Promissars stets durch Vereinbarung einer Konventionalstrafe für den Fall der Nichtleistung geschaffen werden; l. 38 § 17 de V.O., § 19 i. f. Inst. 3, 20.

⁴⁴ L. 11 D. de O. et A. (44, 7): Quaecunque gerimus, quum ex nostro contractu originem trahunt, nisi ex nostra persona obligationis initium sumant, inanem actum nostrum efficiunt; et ideo neque stipulari, neque emere, vendere, contrahere, ut alter suo nomine recte agat, possumus. L. 73 § 4 D. de R.I.: Nec paciscendo, nec legem dicendo, nec stipulando quisquam alteri cavere potest. L. 19, l. 26, Cod. 5, 12.

⁴⁵ Zusammenstellung der Ausnahmen (Schenkung mit Auflage, Dosbestellung mit Restitutionsversprechen zugunsten der Frau oder ihrer Erben, Hinterlegung oder Leihe mit Verpflichtung zur Rückgabe an den Eigentümer usw.) bei Unger S. 27 ff., Gareis S. 53 ff., Windscheid § 316 Z. 2 a—g. — Neuerdings hat Hellwig S. 1 ff. nachzuweisen gesucht, dafs den geschichtlichen Ausgangspunkt der Verträge zugunsten Dritter das römische fideicommissum a debitore relictum bilde. Vgl. gegen ihn Kipp b. Windscheid § 316 Anm. 4^a. Für die nachrömische Entwicklung wäre auch dann, wenn Hellwig hinsichtlich der Konstruktion des fideicommissum a debitore relictum als Vertrag zugunsten eines Dritten zugestimmt werden könnte, dieser bisher latent gebliebene Fall bedeutungslos.

den römischrechtlichen Axiomen festhielt⁴⁶, nur auf allerlei Umwegen⁴⁷. Insbesondere trug sie die Stellvertretungslehre hinein und gelangte so zu wenig abgeklärten Ergebnissen. Demgegenüber stellte die elegante Schule unter Führung von Cujacius und Donellus das reine Justinianeische Recht wieder her⁴⁸. Gerade hierdurch aber wurde der bewußte Widerstand gegen die unveränderte Anwendung der römischen Grundsätze geweckt. Mehr und mehr gestand man zu, daß das römische Recht Verträge zugunsten Dritter ausschliesse, behauptete aber ein abweichendes modernes Gewohnheitsrecht, für das man sich auf das germanische Recht, das kanonische Recht und vor allem das Naturrecht berief⁴⁹. Im siebzehnten Jahrhundert erhob sich, seitdem insbesondere Hugo Grotius energisch für die Verbindlichkeit der Verträge zugunsten Dritter eingetreten war⁵⁰, die neue Ansicht zur *communis opinio*⁵¹. So bildete sich auch in Deutschland ein gemeines Gewohnheitsrecht, das die Verträge zugunsten Dritter legitimierte. Doch blieben Art und Umfang ihrer Wirksamkeit unsicher und bestritten. Nur darüber herrschte Einigkeit, daß ein auf Leistung an einen Dritten gerichteter Vertrag unter den Kontrahenten selbst auch dann ein Schuldverhältnis begründe, wenn es an einem eignen Vermögensinteresse des Versprechensempfängers fehlte⁵². Dagegen waren die Meinungen über den Forderungserwerb des Dritten schwankend und geteilt. Überwiegend verlangte man eine Annahmeerklärung

⁴⁶ Nur der Glossator Martinus wollte aus den römischen Ausnahmefällen eine Regel ableiten und dem Dritten stets eine *actio utilis* geben und nur die *actio directa* versagen; er stieß aber auf allgemeinen Widerspruch. Vgl. Buchka S. 121 ff.

⁴⁷ Eingehende dogmengeschichtliche Darstellung bei Buchka S. 125 ff. Vgl. auch Gareis S. 54 ff. — In Spanien wurde bereits durch ein Gesetz von 1348 die Gültigkeit der Verträge zugunsten Dritter anerkannt; Buchka S. 156—157.

⁴⁸ Buchka S. 157 ff.; Gareis S. 58 ff.

⁴⁹ Buchka S. 158 ff.; Gareis S. 59 ff. Aus dem germanischen Recht rief man neben den allgemeinen Anschauungen über Vertragstreue namentlich lehnrechtliche Sätze zu Hilfe; Buchka S. 160 ff. Dem kanonischen Recht, das eine ausdrückliche Entscheidung nicht enthält, entlehnte man Billigkeits-erwägungen und einzelne Hilfssätze; Buchka S. 145 ff., 159 Anm. Die naturrechtliche Betrachtungsweise führte einerseits die Heiligkeit jedes Versprechens, andererseits den sittlichen Wert der uneigennütigen Fürsorge für Andere ins Feld; Buchka S. 162 ff.

⁵⁰ De jure belli ac pacis II c. XI § 18.

⁵¹ Buchka S. 158 Anm. 17; Gareis S. 61 ff.

⁵² Gareis S. 67 ff.

des Dritten, faßte aber diese bald mehr im Sinne des älteren deutschen Rechts als bloße Aneignung, bald mehr im Sinne der romanistischen Vertragslehre als Beitritt zum Verträge auf⁵³. Vereinzelt lehrte man, daß der Dritte die Forderung von Rechts wegen erwerbe, wußte aber dieses Ergebnis nur aus einem Vertretungsverhältnis herzuleiten⁵⁴. Der Kern der Streitfrage wurde vielfach dadurch verdunkelt, daß die Fragen der unmittelbaren Wirkung der Stellvertretung und der bindenden Kraft der Offerte, in denen es ja gleichfalls das römische Recht zu überwinden galt, hineingezogen wurden⁵⁵.

Die großen Gesetzbücher lehnten sich an die gemeinrechtliche Doktrin an. Das bayrische, preussische, sächsische und schweizerische Gesetzbuch erkennen die Gültigkeit der Verträge zugunsten Dritter grundsätzlich an⁵⁶. Das französische Gesetzbuch erklärt sie nur dann für gültig, wenn der Promissar sich die Leistung an den Dritten im Zusammenhange mit einer ihm selbst versprochenen Leistung oder mit einer von ihm gemachten Schenkung ausbedungen hat⁵⁷. Das österreichische Gesetzbuch spricht

⁵³ Als bloße Aneignung behandelt Grotius a. a. O. Nr. 1 die von ihm verlangte „acceptatio“; Doch haben seine Ausführungen sehr verschiedene Deutungen erfahren; vgl. Buchka S. 164 ff., Gareis S. 71. Auch sonst ist oft nur von irgendeiner Erklärung des Dritten, das für ihn bedungene Recht zu akzeptieren, die Rede. Meist aber wird die Akzeption des Dritten als ein Beitritt aufgefaßt, der ihn zum Mitkontrahenten macht; vgl. Buchka S. 167 ff., Gareis S. 62 ff.

⁵⁴ So namentlich J. H. Boehmer, Exerc. XXVII zu Dig. II, 14 c. 1 § 5—6; vgl. Buchka S. 169 ff., Gareis S. 79 ff. Anders nur, aber ohne nähere Begründung, v. Cramer; vgl. Gareis S. 83 ff.

⁵⁵ So in auffälliger Weise von Grotius a. a. O. Er stellt dem Falle, in dem nur dem anderen Vertragsteil versprochen ist (Nr. 1), den Fall gegenüber, „si promissio in nomen ejus collata est, cui res danda est“ (Nr. 2). Hier habe der Versprechensempfänger entweder ein Mandat zur Akzeption oder nicht. Für den ersten Unterfall läßt Grotius das Recht des Dritten sofort entstehen und entwickelt hierbei die Lehre von der direkten Stellvertretung. Für den zweiten Unterfall verlangt er Akzeption des Dritten. Allein während er im ersten Hauptfall dem Promissar bis zur Akzeption des Dritten das Recht gibt, den Promittenten zu entbinden, versagt er ihm hier dieses Recht, „quia hic non adhibitus est ad jus aliquod accipiendum, sed ad adstringendum promissoris fidem in sustentando beneficio“. Er nimmt also eine bindende Kollektivofferte an, scheint aber dann den Promissar als bloßen Vermittler eines Vertragsschlusses mit dem Promittenten zu betrachten. Ähnlich Chr. Wolff, Inst. jur. nat. et gent. § 433—434.

⁵⁶ Bayr. L.R. IV c. 1 § 13 nebst den Anm. Kreittmayrs. Preuss. A.L.R. I, 5 § 74. Sächs. Gb. § 853—856. Schweiz. O.R. Art. 128 (112).

⁵⁷ Code civ. Art. 1121: die Stipulation „au profit d'un tiers“ muß sein

ausdrücklich nur die Verbindlichkeit des Auftrages zugunsten eines Dritten aus⁵⁸. Den Rechtserwerb des Dritten lassen sämtliche Gesetzbücher erst durch Annahme zustande kommen. Hinsichtlich der Voraussetzungen und Wirkungen der Annahme aber gehen sie auseinander. Das preussische Landrecht führt in schroffer Form die Beitrittstheorie durch, indem es bestimmt, daß der Dritte stets erst dann ein Recht erlangt, wenn er dem Verträge „mit Bewilligung der Hauptparteien beigetreten ist“, daß bis zu diesem Beitritt die Kontrahenten den Vertrag abändern oder aufheben können, daß aber nach einmal erfolgter Beitritts-offerte die Kontrahenten eine Erklärung über die Annahme abwarten müssen⁵⁹; es schuf damit ein unzureichendes Recht, das die Praxis umdeuten oder wegdeuten mußte, um einigermaßen den Bedürfnissen des Lebens gerecht zu werden⁶⁰. Dagegen stehen die anderen Gesetz-

„la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même ou d'une donation que l'on fait à un autre“. Die unklare Fassung der ersten Alternative — das Bad. Landr. 1121 übersetzt: „wenn es im Gefolge einer Zusage geschieht, die man sich selbst bedingt“ — hat manche Zweifel hervorgerufen. Die herrschende Meinung nimmt an, daß der dem Dritten zugewandte Vorteil als Teil der dem Promissar geschuldeten Gegenleistung erscheinen muß. Vgl. Zachariae-Crome a. a. O. S. 438 ff. Auch Unger S. 96; Gareis S. 176 ff.

⁵⁸ Öst. Gb. § 1019. In anderen Fällen scheint § 881 die Gültigkeit von Verträgen zugunsten eines Dritten auszuschließen. Doch hat die Praxis sie mehr und mehr zugelassen; Pfaff, Z. f. d. P. u. ö. R. d. G. I 219. Auch die Theorie ist dazu übergegangen, in § 1019 nur einen einzelnen Anwendungsfall eines allgemeinen Grundsatzes zu erblicken; vgl. die oben Anm. 1 S. 378 angef. Lit. zum öst. R. Neuerdings will v. Schey S. 642 nach Analogie des § 1019 den Vertrag zugunsten eines Dritten überall gelten lassen, wo immer ein vom Recht sanktioniertes Kausalverhältnis dies verlangt.

⁵⁹ Preuss. A.L.R. I, 5 § 75—77. Aus der Entstehungsgeschichte (vgl. Bornemann² II 232 ff., Beseler § 108 Anm. 15) ist bemerkenswert, daß Suarez vorschlug, vom Dritten statt des Beitritts zum Verträge nur die Erklärung zu verlangen, „sich des im Verträge ihm vorbedungenen Vorteils anmaßen zu wollen“. Dieser Vorschlag wurde aber wieder fallen gelassen. Nach der schließlichen Fassung wird zweifellos ein neuer Vertragsschluß gefordert, der durch eine von beiden Hauptparteien auf Grund eines besonderen, im Hauptverträge noch nicht enthaltenen Willensentschlusses dem Dritten gemachte Kollektivofferte und deren Annahme erfolgt. Doch richtet sich dieser Vertragsschluß nur auf Erweiterung des alten Vertrages, nicht auf dessen Umwandlung in einen neuen Vertrag; a. M. Gareis S. 167 ff.

⁶⁰ Man erklärte statt der Bewilligung beider Hauptparteien die Beitrittsbewilligung desjenigen Kontrahenten, der allein sich die Leistung an den Dritten hatte versprechen lassen, für ausreichend; O.Trib.Entsch. X 341 ff., R.Ger. XXI Nr. 42. Man entband, wenn der Hauptvertrag formgerecht geschlossen war, die Bewilligung oder Offerte von besonderer Form; O.Trib.Entsch.

bücher auf dem Boden der Aneignungstheorie⁶¹ oder lassen sich doch in ihrem Sinne verstehen und handhaben⁶².

Im gemeinen Recht geriet im neunzehnten Jahrhundert die Lehre von den Verträgen zugunsten Dritter von neuem in lebhaftere Bewegung. Die romanistische Gegenströmung gegen den *usus modernus* arbeitete auch hier auf Rückkehr zum reinen römischen Rechte hin⁶³. Doch hatte sie in der Praxis nur vereinzelt Erfolg, während im ganzen das die Verträge zugunsten Dritter schützende Gewohnheitsrecht unerschüttert blieb⁶⁴. Auch

XXVI 9 ff., Strieth. Arch. VII 132 ff. Man erleichterte auch die Beitritts-erklärung, ohne sie freilich, wo der Vertrag formbedürftig war, von der Form zu befreien; Strieth. a. a. O., R.Ger. III Nr. 72. Bei Altenteilsverträgen ließ man das Erfordernis des Beitritts begünstigter Kinder oder Ehegatten überhaupt fallen, was das O.Trib. nur durch eine Stellvertretungsfiktion zu rechtfertigen wußte, das R.Ger. als gewohnheitsrechtliche Ausnahme aufrecht erhielt; Pl.Beschl. des O.Trib. XIV 68 ff.; Strieth. X 9, XXIV 339 ff., XXX 150 ff.; R.Ger. II Nr. 74, XXIX Nr. 44. Bei Versicherungsverträgen folgerte man aus der Natur des Geschäftes, daß der Beitritt des begünstigten Dritten nicht erforderlich sei; O.Trib.Entsch. LI 47; Seuff. XXIII Nr. 221; R.Ger. I Nr. 68, 135, IX Nr. 70. Vgl. Förster-Eccius I § 75, Gareis S. 170 ff., Dernburg, Preufs. P.R. II § 18.

⁶¹ So Code civ. Art. 1121: „Celui qui a fait cette stipulation, ne peut plus la révoquer, si le tiers a déclaré vouloir en profiter.“ Vgl. R.Ger. X Nr. 80, XXIX Nr. 79 („formlose Aneignung“ des „unmittelbar aus dem Verträge“ entsprungenen Rechts). Ebenso Schweiz. O.R. Art. 128² (112³): Der Gläubiger kann den Schuldner nicht mehr entbinden, „sobald der Dritte dem Letzteren erklärt hat, von seinem Rechte Gebrauch machen zu wollen“.

⁶² Dies gilt für das Bayr. Landr., das „Ratifikation oder Annahme“ des Dritten, aber weder eine besondere Offerte, noch eine ausdrückliche Erklärung der Annahme fordert; vgl. Gareis S. 150 ff. und über die Fortbildung durch die Praxis S. 153 ff.; dazu Obst. L.G. f. Bayern b. Seuff. XLI Nr. 138. Auch das sächs. Gb. steht, obwohl es vom Beitritt zum Verträge spricht, der Aneignungstheorie nahe; denn es läßt unmittelbar aus dem Grundverträge zugleich mit dem Rechte des Promissars ein Recht des Dritten auf Erfüllung entspringen (§ 853), das nur so lange, bis es durch Beitritt oder Annahme der Leistung zu einem vom Willen des Promissars unabhängigen selbständigen Recht geworden ist (§ 854), noch zur Verfügung des Promissars steht (§ 855). Das österr. Gb. fordert in § 1019 nur Benachrichtigung des Dritten durch einen der Kontrahenten; die Praxis verlangt meist Annahme, die aber auch in der Erhebung der Klage gefunden wird; v. Schey S. 633 Anm. 23.

⁶³ So v. Savigny II § 59; Puchta, Pand. § 256, 273^b; v. Vangerow III 295 ff.; Buchka S. 187 ff.; Arndts § 246; Brinz § 584. — Auch Germanisten erklärten das römische Recht für geltendes gemeines Recht und nahmen nur eine Erweiterung der Ausnahmen durch deutsches Gewohnheitsrecht an; so Eichhorn § 343 IV, Mittermaier II § 272, Gerber § 159 Anm. 3.

⁶⁴ Vgl. die Zusammenstellung von Entscheidungen bei Gareis S. 184—203, Beseler § 108 Anm. 9, Windscheid § 316 Anm. 13.

in der Theorie kam mehr und mehr wieder die grundsätzliche Anerkennung der Verträge zugunsten Dritter zum Durchbruch⁶⁵, wenn auch bisweilen bestimmte Einschränkungen gemacht wurden⁶⁶. Ein ungeschlichteter Streit aber entbrannte über die Frage nach dem Rechtserwerbe des Dritten. Vielfach wurde, wenn auch in sehr verschiedener Ausgestaltung, die Beitrittstheorie festgehalten⁶⁷. Ihre Umbildung zur Aneignungstheorie blieb, da beide Theorien von Anhängern wie Gegnern selten oder nie scharf unterschieden wurden⁶⁸, in verheißungsvollen Anfängen stecken⁶⁹. Demgegenüber wurde von Manchen der unmittelbare Rechtserwerb des Dritten verfochten, jedoch bald in alter Weise auf ein Stellvertretungsverhältnis gegründet⁷⁰, bald zum Erwerbe eines aus dem allein primären Gläubigerrecht des Versprechensempfängers abgeleiteten Anspruches abgeschwächt⁷¹. Mit allen älteren Theorien endlich

⁶⁵ Von Germanisten traten dafür Beseler a. a. O., Runde, Z. f. D. R. VII 18 ff., Pfeiffer, ebd. IX 474 ff., Gareis und Siegel ein; von Romanisten besonders Bähr, Unger und Regelsberger.

⁶⁶ So will Windscheid § 316 Anm. 15 ein gemeines Gewohnheitsrecht nur für die Fälle annehmen, in denen die zugunsten des Dritten versprochene Leistung die Natur einer Gegenleistung für eine dem Versprechenden vom Versprechensempfänger gemachte Vermögenszuwendung hat. Stobbe³ § 225 II erkennt Verträge auf Leistung an Dritte grundsätzlich an, dagegen „echte Verträge zugunsten Dritter“ nur in einzelnen durch Gesetz oder Gewohnheitsrecht qualifizierten Fällen.

⁶⁷ So von Beseler in den Erbverträgen (1837), Wächter II 390, für die Regelfälle auch Stobbe § 225 II 4, Cosack b. Gerber § 196.

⁶⁸ In den Darstellungen der Streitfrage bei Buchka, Gareis, Windscheid u. A. werden sie durchaus zusammengeworfen. Gareis spricht nur von „qualifizierter“ und einfacher Beitrittstheorie (z. B. S. 170). Aber auch Beseler und Busch (vgl. die folgende Anm.) bringen den Gegensatz nicht zur vollen Klarheit.

⁶⁹ Bloße „Aneignung“ fordert Beseler, D.P.R. (schon seit der 1. Aufl.), fügt aber verdunkelnd hinzu, daß dieselbe sich regelmäÙig als „Beitritt“ darstellen werde. Vgl. ferner Busch a. a. O. S. 45 ff., Platner a. a. O. — Im Grunde huldigte auch die gemeinrechtliche Praxis überwiegend der Aneignungstheorie, da sie einerseits keinen besonderen Antrag an den Dritten forderte, andererseits in der Erhebung der Klage eine ausreichende Annahmeerklärung fand; vgl. Siegel S. 152. So auch das Reichsgericht, obschon es von „Beitritt“ spricht, Z.S. XXXII Nr. 40 (Seuff. XLIX Nr. 157).

⁷⁰ So noch Bruns in Holtzendorffs Enzykl. (4. Aufl. S. 469).

⁷¹ So unter Zuhilfenahme einer fingierten Zession Strippelmann, Entsch. des O.A.G. Kassel V (1848) S. 1 ff. (vgl. Gareis S. 94 ff.), Zaun, Arch. f. pr. R.W. N. F. I (1864) S. 42 ff. Vor allem aber Bähr, nach dessen viel umstrittener Theorie (vgl. Gareis S. 116 ff.) der Promissar allein Gläubiger wird, kraft seiner stillschweigenden Zuweisung aber der Dritte zur Geltendmachung der Forderung (mit actio mandata) ermächtigt ist.

brach die zuerst in voller Schärfe von Unger als „Kreationstheorie“ entwickelte neue Lehre, die dem Vertrage die Macht gab, dem Dritten, ohne dessen Zutun, ein selbständiges und sofort unwiderrufliches Forderungsrecht zu verschaffen⁷². Eine bedeutungsvolle Ermäßigung der Gegensätze brachte der namentlich von Gareis durchgeführte Gesichtspunkt, daß über die Vertragswirkungen auch in Ansehung des Rechtes des Dritten in erster Linie der Parteiwille entscheide⁷³.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat die Postulate der am weitesten vorgeschrittenen gemeinrechtlichen Theorie zu geltendem Recht erhoben. Es setzt die uneingeschränkte Zulässigkeit der Verträge auf Leistung an Dritte als selbstverständlich voraus. Es gibt den Vertragschließenden die Macht, jeden derartigen Vertrag als Vertrag zugunsten des Dritten mit der Wirkung auszustatten, daß der Dritte unmittelbar das Recht erwirbt, die Leistung zu fordern. Es gewährt aber volle Vertragsfreiheit und stellt in der Frage, ob und wie im einzelnen Falle der Vertrag für den Dritten wirkt, Alles auf den Parteiwillen ab⁷⁴.

III. Verträge zugunsten Dritter im heutigen Recht.

1. Fälle. Nach dem Gesagten ist jeder Vertrag auf Leistung an einen Dritten ein Vertrag zugunsten des Dritten, wenn ein Forderungsrecht des Dritten als Vertragswirkung gewollt ist⁷⁵. In Ermangelung einer besonderen Bestimmung, die nur selten getroffen sein wird, ist aus den Umständen, insbesondere aus dem Zwecke des Vertrages, zu entnehmen, ob der Dritte das Recht

⁷² Unger a. a. O. S. 62 ff. geht so weit, daß er nicht nur den unmittelbaren, sofortigen und unwiderruflichen Rechtserwerb des Dritten, sondern auch den Ausschluß jedes Forderungserwerbes seitens des Promissars zum Prinzip erhebt. Übereinstimmend Siegel S. 155 ff., der nur darin abweicht, daß er Fälle anerkennt, in denen der Dritte nicht sofort erwirbt. Für den unmittelbaren, aber nicht notwendig sofortigen und unwiderruflichen Rechtserwerb des Dritten, jedoch gegen die Verneinung des Forderungsrechtes des Promissars bes. Gareis S. 223 ff. (bei „echten“ Verträgen zugunsten Dritter), Stobbe § 225 III (in einzelnen Fällen), Regelsberger a. a. O., Windscheid § 316^a Z. 3, Ehrenzweig a. a. O. S. 48 ff.

⁷³ Gareis S. 205 ff.; Windscheid a. a. O.

⁷⁴ Über das Bedenkliche dieser Verweisung auf den souveränen Parteiwillen vgl. meine Schrift über den Entw. S. 221, Endemann a. a. O. Anm. 8. Für einige wichtige Fälle schafft das B.G.B. durch Auslegungsregeln Abhilfe.

⁷⁵ Gegen die Ansicht, daß nicht der Vertrag als solcher, sondern ein in ihm enthaltenes einseitiges Schuldversprechen das Recht des Dritten erzeuge, vgl. oben § 189 S. 314 ff. Anm. 17—18.

erwerben soll, die Leistung zu fordern⁷⁶. Dabei sind die allgemeinen Regeln über Vertragsauslegung anzuwenden. Insbesondere ist der Tatbestand des einzelnen Falles auf seine Zugehörigkeit zu den typischen Erscheinungen des Rechtslebens zu prüfen und an der bei ihnen herausgebildeten Übung zu messen⁷⁷. Für einige Vertragsarten stellt das B.G.B. selbst Auslegungsregeln auf, die auf diesem Gedanken beruhen.

Bei der Schuldertfällungsübernahme ist im Zweifel nicht anzunehmen, daß der Gläubiger unmittelbar aus dem Verträge ein Recht auf Befriedigung gegen den Übernehmer erwerben soll⁷⁸.

Dagegen spricht eine Vermutung für gewollte Vertragswirkung zugunsten des Dritten, wenn in einem Lebensversicherungs- oder Leibrentenverträge die Zahlung der Versicherungssumme oder Leibrente an einen Dritten bedungen wird; wenn bei einer unentgeltlichen Zuwendung dem Bedachten eine Leistung an einen Dritten auferlegt wird; wenn bei einer Vermögens- oder Gutsübernahme eine Leistung an einen Dritten zum Zwecke der Abfindung versprochen wird⁷⁹.

Als Vertrag zugunsten eines Dritten wirkt ferner nach gesetzlicher Regel das handelsrechtliche Frachtgeschäft, indem es dem Empfänger, an den zu liefern der Frachtführer dem Absender

⁷⁶ B.G.B. § 328².

⁷⁷ Hellwig S. 149 ff.; Endemann Anm. 8; Oertmann zu § 328 Bem. 3; Siber b. Planck⁴ Bem. 1 zu § 328.

⁷⁸ B.G.B. § 329. Es ist aber möglich, daß ein solcher Vertrag vorliegt, oben § 181 IV 2 S. 232 ff.

⁷⁹ B.G.B. § 330. Es sind dies Fälle, in denen schon seit langer Zeit eine typische Ausgestaltung des Vertrages zugunsten eines Dritten stattgefunden hat; vgl. Gareis S. 275; Stobbe-Lehmann § 225 II 7 b-c. — Bei der Schenkung mit einer Auflage gewährt schon das röm. R. dem Dritten ein Recht; oben S. 386 Anm. 45; vgl. unten § 191 V 1. — Bei der bauerlichen Gutsabtretung wurde ein unmittelbarer Rechtserwerb der Abfindlinge nicht nur überwiegend im gemeinen Recht angenommen, sondern auch im preussischen Recht durchgesetzt (oben Anm. 60 S. 390). Analoge Anwendung auf den Fall der Übernahme eines Handelsgeschäftes mit Abfindungsversprechen zugunsten der Geschwister b. Seuff. L Nr. 11. — Leibrentenverträge zugunsten Dritter begegnen schon im deutschen Mittelalter; oben S. 384 Anm. 33. Vgl. dazu R.Ger. IX Nr. 70. Bei der Lebensversicherung bestand ein gemeines Gewohnheitsrecht im Sinne des unmittelbaren Rechtserwerbes des Dritten; Seuff. XLI Nr. 138; ebenso für das französ. Recht R.Ger. XXIX Nr. 29, aber auch für das preuß. Recht R.Ger. I Nr. 68 (oben Anm. 60 S. 390). Gleiches nahm die Praxis bei der Unfallversicherung zugunsten eines Dritten an; R.Ger. I Nr. 135, XII Nr. 80, Entsch. in Str.S. VIII Nr. 48. Jetzt folgt es hier aus der Verweisung in V.V.G. § 180.

versprochen hat, unmittelbar ein eignes Forderungsrecht auf Ablieferung verschafft⁸⁰. Die Annahme, daß aus Beförderungsverträgen überhaupt dem Adressaten ein eignes Recht auf Ablieferung erwachse, ist bedenklich⁸¹.

Zu einem eigenartigen Vertrage zugunsten eines Dritten ist ferner durch die neuere Gesetzgebung der Versicherungsvertrag für fremde Rechnung ausgestaltet, indem, wenn ein Versicherungsnehmer den Vertrag in eigenem Namen für fremde Rechnung abschließt, der Versicherte unmittelbar aus dem Vertrage ein Forderungsrecht auf Zahlung der Versicherungssumme im Versicherungsfalle erwirbt. Nachdem bereits das Handelsgesetzbuch für die Seeversicherung diese Auffassung durchgeführt hatte⁸², ist sie im Reichsgesetz über den Versicherungsvertrag bei jeder Schadensversicherung zu unzweideutigem Ausdruck gebracht⁸³.

⁸⁰ H.G.B. § 433—435 (altes H.G.B. Art. 403—405); B.Sch.G. § 26. Vgl. bes. Hellwig S. 477 ff.; auch Dernburg, Preuß. P.R. II § 20 Z. 3, B.R. § 105 (106) IV, Cosack, H.R.⁷ S. 437, K. Lehmann, H.R.² S. 888, meine Grundz. des H.R., Enzykl. III 109. — Über abweichende ältere Konstruktionsversuche vgl. Schott in Endemanns Handb. III 402 ff. Anklang fand namentlich die von Goldschmidt, Handb. I 473 ff., 479 ff. Anm. 41, entwickelte Theorie, die dem Empfänger nur ein kraft *cessio ficta* aus dem Forderungsrecht des Absenders abgeleitetes Recht zugestand; ebenso Eger zu H.G.B. Art. 405, Stobbe-Lehmann § 225 Anm. 17. — Die gesetzlichen Bestimmungen sind dispositives Recht; das eigne Recht des Empfängers kann daher ausgeschlossen oder beschränkt, aber auch erweitert (z. B. auf die Transportleistung als solche erstreckt) werden.

⁸¹ Dafür Hellwig S. 152, 523. — Streit ist namentlich beim Postbeförderungsvertrage und beim Postanweisungsvertrage. Überwiegend wird hier das eigne Recht des Adressaten verneint; Mittelstein, Beiträge zum Postrecht, 1891, S. 64 ff., Laband, Staatsr. III⁵ 89, R.Ger. b. Seuff. LV Nr. 135. Dagegen wird es von Hellwig S. 520 ff., 533 ff. mit eingehender Begründung bejaht. Auch beim Telegraphenvertrage, vgl. S. 523 Anm. 59.

⁸² Hellwig S. 576 ff.; vgl. auch Lewis, Versicherungsr. S. 129, Cosack, H.R.⁷ § 166 IV. — A. M. Ehrenberg, Versicherungsr. I 190 ff., Jahrb. f. D. XXX 459 ff., sowie Müller-Erzbach, Die Grundzüge der mittelbaren Stellvertretung, Berlin 1905, S. 66 ff. (Musterfall moderner indirekter Stellvertretung mit unmittelbarer Wirkung).

⁸³ V.V.G. § 74—80; auch für die Unfallversicherung in § 179. Daß der Versicherte auch Verbindlichkeiten zu erfüllen hat, steht nicht entgegen, da es sich nicht um selbständige Verbindlichkeiten, sondern nur um Gläubigerdiligenz handelt. Ebensowenig widersprechen die besonderen Bestimmungen über das dem Versicherungsnehmer vorbehaltene Recht auf Aushändigung des Versicherungsscheins und die ihm eingeräumte Verfügungsmacht über die fremde Forderung, sowie über das Recht des Versicherers, dem Versicherten gegenüber mit einer ihm gegen den Versicherten auf Grund der Versicherung zu-

Typische Fälle der Verträge zugunsten Dritter begegnen so- dann bei der Vereinsgründung, insofern in den Gründungs- vorgang Verträge eingeflochten werden, die das Versprechen einer Leistung an die künftige Verbandsperson enthalten⁸⁴.

Bei anderen Verträgen auf Leistung an Dritte müssen be- sondere Umstände hinzutreten, um mangels einer unzwei- deutigen Bestimmung die Annahme zu rechtfertigen, daß der Dritte ein eignes Recht erwerben soll, die Leistung zu verlangen. So verhält es sich z. B. bei Staatsverträgen, in denen der eine Staat dem anderen Staat eine Leistung an einzelne Angehörige verspricht⁸⁵. Desgleichen bei Verträgen von Gemeinden oder anderen Körperschaften mit einem Unternehmer, der sich zu be- stimmten Leistungen an die Mitglieder verpflichtet⁸⁶. Nicht anders bei Verwahrungsverträgen, wenn die Rückgabe an einen Dritten vereinbart wird⁸⁷. Selbst daraus, daß der Versprechensempfänger die Schuldurkunde auf den Namen des Dritten ausstellen läßt, kann nicht ohne weiteres geschlossen werden, daß der Dritte for- derungsberechtigt sein soll⁸⁸.

2. Rechtserwerb des Dritten. Je nach dem Partei- willen erwirbt der Dritte das ihm zugedachte Recht sofort oder nur unter gewissen Voraussetzungen. Sein Rechtserwerb kann also beliebig bedingt oder befristet sein⁸⁹. Es ist auch möglich,

stehenden Forderung aufzurechnen, den für Verträge zugunsten Dritter geltenden Grundsätzen. Näheres b. Cosack, H.R.⁷ § 166 IV, § 180; K. Lehmann § 232. — Übrigens war Gleiches schon bisher anzunehmen; Hellwig S. 537 ff. Vgl. auch oben Bd. II 681 Anm. 12; Seuff. XLV Nr. 269, XLVI Nr. 124.

⁸⁴ Oben Bd. I 487; Genossenschaftsth. S. 123 ff. (insbesondere S. 124 Anm. 3 u. S. 131 Anm. 3 über die Aktienzeichnung); Stobbe-Lehmann § 225 VII. — A. M. Hellwig S. 250 ff.

⁸⁵ R.Ger. XXXVI Nr. 44. Annahme einer Wirkung zugunsten der Ein- zeln ebd. II Nr. 27.

⁸⁶ Vgl. die Entsch. des K.Ger. Berlin v. 1901 in Rspr. d. O.L.R. II 474, die aus dem Verträge einer Gemeinde auf Wasserversorgung der Gemeindeglieder ein Recht der Gemeindeglieder gegen den Unternehmer nicht entspringen läßt. Anders für den Vertrag einer Stadt mit einer Gasanstalt Kohler, Z. f. französ. Zivil. XXXII 110 ff.

⁸⁷ Vgl. Hellwig S. 442 ff. — Darüber, daß aus der öffentlichen Hinter- legung behufs Schuldbefreiung ein Recht des Gläubigers entspringt, hier aber, weil kein Schuldvertrag vorliegt, die Grundsätze über Verträge zugunsten Dritter nur analog anwendbar sind, vgl. oben § 179 S. 157 Anm. 66 u. 68.

⁸⁸ O.L.G. Hamb. b. Seuff. XLIII Nr. 264. — So namentlich auch bei Spar- einlagen auf fremden Namen; Seuff. XXXV Nr. 17, R.Ger. XI Nr. 50, LX Nr. 31.

⁸⁹ Hiervon sind scharf die Fälle zu unterscheiden, in denen der Dritte ein bedingtes oder befristetes Recht erwirbt. Ist sein Rechtserwerb bedingt

dafs sein Rechtserwerb von einer Aneignungserklärung abhängig gemacht wird⁹⁰.

In Ermangelung einer besonderen Bestimmung ist die Frage, zu welchem Zeitpunkt das Recht des Dritten entstehen soll, durch Vertragsauslegung nach gleichen Gesichtspunkten, wie die Frage, ob er überhaupt ein Recht erwerben soll, zu entscheiden⁹¹.

Eine gesetzliche Auslegungsregel gilt für den Fall, dafs die Leistung an den Dritten nach dem Tode des Versprechensempfängers erfolgen soll. Dann erwirbt der Dritte das Recht auf die Leistung im Zweifel mit dem Tode des Versprechensempfängers⁹². Dies gilt insbesondere bei der Versicherung des eignen Lebens⁹³. Regelmässig hat also der, zugunsten dessen die Versicherung genommen ist, bei Lebzeiten des Versicherungsnehmers überhaupt kein Recht⁹⁴. Dagegen erwirbt er mit dessen Tode unmittelbar aus dem Versicherungsvertrage eine Forderung gegen den Versicherer, die, da sie niemals zum Vermögen des Versicherungsnehmers gehört hat, keinen Bestandteil des Nach-

oder befristet, so können die Vertragschliessenden bis zum Eintritt der Bedingung oder Frist den Vertrag beliebig aufheben oder ändern. Dagegen können sie das vom Dritten erworbene bedingte oder befristete Recht nur kraft Vorbehaltes widerrufen. Vgl. Hellwig S. 314 ff., 327 ff., Kipp S. 309, Planck⁴ zu § 328 Bem. 2.

⁹⁰ Vgl. oben S. 382 Anm. 20. Dagegen liegt, wenn der Dritte nur durch Beitritt zum Vertrage Gläubiger werden soll, kein Vertrag zu seinen Gunsten, möglicherweise aber eine bindende Kollektivofferte an ihn vor; oben S. 381 Anm. 17–18.

⁹¹ B.G.B. § 328².

⁹² B.G.B. § 331¹.

⁹³ Auch bei der abgekürzten Lebensversicherung. Ebenso bei der Ausbedingung einer Witwenrente für die Ehefrau. — Dagegen ist bei Gutsüberlassungsverträgen mit dem Versprechen einer erst nach dem Tode des Versprechensempfängers zu zahlenden Abfindung die Regel des § 331¹ unanwendbar, weil hier niemals zweifelhaft sein kann, dafs das Recht auf die Abfindung schon früher erworben (und daher vererblich) sein soll; Dernburg § 106 (107) II 1, Josef b. Gruchot XLVII 484 ff., Enneccerus § 259 Anm. 8, Planck⁴ Bem. 1 d; a. M. Hellwig S. 217.

⁹⁴ Hellwig S. 217 ff.; Planck⁴ Bem. 1 a; Oertmann³ Bem. 1; Ehrenberg, Jahrb. f. D. XLI 383; R.Ger. LI Nr. 92; V.V.G. § 166. Nicht etwa hat er, wie früher vielfach (vgl. Seuff. XLVI Nr. 48, XLVIII Nr. 128) und bisweilen noch nach dem B.G.B. (Seuff. LIX Nr. 225, Oertmann 1. Aufl.) angenommen wurde, bereits ein bedingtes und betagtes (anwartschaftliches) Recht. Daher können auch, wenn er vor dem Versicherungsnehmer stirbt, seine Erben nicht an seine Stelle treten, sie müßten denn für diesen Fall besonders berufen sein. — Möglich ist aber, dafs der Dritte sofort ein Recht erwerben soll, das dann wieder bis zum Todesfall widerruflich oder von vornherein unwiderruflich sein kann; Ehrenberg a. a. O. S. 384, 387 ff., Planck⁴ Bem. 1 b.

lasses desselben bildet und daher insbesondere von den Nachlassgläubigern nicht in Anspruch genommen werden kann⁹⁵.

Ist die Person des Dritten vorläufig unbestimmt, so kann das Recht des Dritten frühestens in dem Augenblicke entstehen, in dem die gehörige Bestimmung erfolgt⁹⁶.

Wird der Vertrag zugunsten eines künftigen Rechtssubjektes geschlossen, so ist die Entstehung des Rechtssubjektes Voraussetzung für den Eintritt des ihm zugedachten Rechtes⁹⁷.

⁹⁵ Dies wurde für den Fall, daß der Begünstigte bestimmt bezeichnet ist, überwiegend auch für das bisherige Recht angenommen; vgl. die Nachweise aus Theorie und Praxis bei Heck, Arch. f. b. R. IV 20 Anm. 2—3, insbes. Scherer, Jahrb. f. D. XX 140 ff., Seuff. XXIV Nr. 68, 155, XXXV Nr. 165, XLVI Nr. 48, LV Nr. 13, R.Ger. I Nr. 68, 135, XIV Nr. 6. So auch bei der Versicherung zugunsten der „Hinterbliebenen“, d. h. der Witwe und der Nachkommen; Seuff. LVI Nr. 248, R.Ger. I Nr. 135. A. M. Hinrichs, Z. f. H.R. XX 415 Anm. 84, 417 Anm. 85, Heck a. a. O. S. 88 ff., sowie einzelne ältere Entscheidungen (z. B. Seuff. XXIII Nr. 221, XXVI Nr. 177, 178). Für das heutige Recht kann kein Zweifel walten; R.Ger. LI Nr. 92, LXI Nr. 50. Die Gläubiger können auch nicht im Wege der konkursrechtlichen Anfechtung die Versicherungssumme zum Nachlass ziehen; R.Ger. LI Nr. 92, Ehrenberg S. 396 ff., Kohler § 96 V 2; a. M. Jäger, Gläubigeranfechtung, 1905, S. 192 ff., Bem. 24—28 zu K.O. § 32, Hellwig S. 338 ff., 376 ff. Höchstens die Prämienzahlungen der letzten Zeit können unter Umständen nach Konk.O. § 32 anfechtbar sein; R.Ger. LXI Nr. 50; Seuff. XXIV Nr. 155, XLI Nr. 138, XLVI Nr. 48, LV Nr. 13. — Streitig blieb, wie die Versicherung zugunsten „der Erben“ aufzufassen ist. Soll auch hier die Erbeneigenschaft nur Bestimmungsmittel der Person des Dritten sein, der aus dem Verträge erwerben soll? Oder liegt hier vielmehr überhaupt kein Vertrag auf Leistung an einen Dritten, sondern ein Vertrag vor, durch den der Versicherungsnehmer für sich und seine Rechtsnachfolger erwerben und somit seinen Nachlass mehren will? Beides ist an sich möglich. Im Zweifel aber ist für die erste Alternative zu entscheiden; Seuff. XXIV Nr. 155, XXVI Nr. 176; R.Ger. LI Nr. 52, LXII Nr. 63; Schollmeyer zu § 330 Bem. 1a; Enneccerus § 259 Anm. 3; Oertmann zu § 330 Bem. 2c. Dies bestimmt jetzt ausdrücklich V.V.G. § 167 mit der Maßgabe, daß mehrere Erben nach Verhältnis ihrer Erbteile bezugsberechtigt sind, daß die Ausschlagung der Erbschaft auf die Berechtigung keinen Einfluß hat, daß jedoch dem Fiskus als Erben das Bezugsrecht nicht zusteht. Abweichend entschieden R.Ger. XI Nr. 33, XXXII Nr. 42, LXII Nr. 13; Stobbe-Lehmann § 241 Anm. 32; Hellwig S. 358; Crome § 293 Anm. 21—22. — Auch durch die Stellung der Police auf den Inhaber wird die Versicherungsforderung nicht zum Bestandteil des Nachlasses; Seuff. XLI Nr. 138 (Obst. L.G. f. Bayern), XLIII Nr. 292; anders Seuff. XXXVI Nr. 155 (Celle), XLIII Nr. 145 (R.Ger.), R.Ger. XVI Nr. 25.

⁹⁶ Vgl. Hellwig S. 220 ff.

⁹⁷ In den oben S. 395 Anm. 84 angeführten Fällen erwirbt die Verbandsperson unmittelbar mit ihrer Entstehung das Recht; oben Bd. I 487 Anm. 23. Vgl. ferner R.Ger. X Nr. 66.

Das Forderungsrecht des Empfängers aus dem Frachtvertrage entsteht nach der gesetzlichen Regel im Augenblicke der Ankunft des Gutes am Ablieferungsorte⁹⁸.

3. Verfügungsmacht der Vertragschließenden. Bis zu dem Augenblick, in dem der Dritte das ihm zugedachte Recht erwirbt, können die Vertragschließenden ohne Mitwirkung des Dritten den Vertrag wieder aufheben oder beliebig ändern und damit die Aussicht des Dritten auf Rechtserwerb beseitigen oder schmälern. Je nach dem Vertragsverhältnis kann auch der eine oder der andere Vertragsteil zu einer einseitigen Verfügung befugt sein, durch die er den künftigen Rechtserwerb seitens des Dritten ausschließt oder verkürzt. Insbesondere ist häufig dem Versprechensempfänger eine derartige Macht über den Vertragsinhalt eingeräumt⁹⁹.

Doch kann schon vor dem Rechtserwerbe des Dritten eine Gebundenheit der Vertragschließenden zugunsten des Dritten eintreten. Nach allgemeinen Grundsätzen hat der Regel nach eine an den Dritten gerichtete Kollektivofferte bindende Kraft¹⁰⁰. Darüber hinaus wird nach besonderer Gesetzesvorschrift mangels anderer Vereinbarung der Vertrag bindend, wenn in einem Falle, in dem die Leistung an den Dritten nach dem Tode des Versprechensempfängers erfolgen soll, der Versprechensempfänger vor der Geburt des Dritten stirbt¹⁰¹.

⁹⁸ H.G.B. § 435. Doch hat der Empfänger schon vorher die Rechte aus § 434.

⁹⁹ Er kann sich den Rücktritt oder Widerruf, die einseitige Bezeichnung des vorläufig nicht bestimmten Dritten, aber auch die Ersetzung des im Verträge bezeichneten Dritten durch eine andere Person vorbehalten; im letzteren Falle kann er nach B.G.B. § 332 im Zweifel die Bezeichnung auch in einer Verfügung von Todes wegen vornehmen. Bei der Lebensversicherung ist nach V.V.G. § 166 im Zweifel stets anzunehmen, daß dem Versicherungsnehmer das Recht vorbehalten ist, einseitig einen Dritten als Bezugsberechtigten zu bezeichnen, sowie an Stelle des Dritten, auch wenn dieser im Verträge genannt ist, einen Anderen zu setzen. Soweit seine Verfügungsmacht reicht, kann der Versprechensempfänger das dem Begünstigten zugedachte Recht auch sich selbst, bei der Lebensversicherung also auch seinem Nachlaß zuwenden. Dieses Recht ist ein Vermögensrecht, das auch die Gläubiger oder für sie der Konkursverwalter ausüben können; Seuff. XXXV Nr. 165, XLVII Nr. 225 (R.Ger.), LIX Nr. 225 (Rückkaufsrecht). Vgl. Ehrenberg a. a. O. S. 362 ff., 370, 387 ff., 393 ff.; Oertmann zu § 331 Bem. 4. — Über Versicherung für Rechnung „wen es angeht“ vgl. V.V.G. § 80², H.G.B. § 781². — Über die Verfügungsmacht des Absenders beim Frachtvertrage H.G.B. § 433.

¹⁰⁰ Oertmann zu § 328 Bem. 5; oben S. 381, 385 Anm. 41.

¹⁰¹ B.G.B. § 331². Der Rechtserwerb selbst erfolgt erst mit der Geburt. —

Mit dem Rechtserwerbe des Dritten endet an sich die Verfügungsmacht der Vertragsschließenden, da sie in das erworbene fremde Recht nicht eingreifen können. Allein die Vertragsschließenden können sich oder einem von ihnen die Befugnis vorbehalten, auch das schon erworbene Recht des Dritten ohne dessen Zustimmung aufzuheben oder zu ändern¹⁰². Dann hat eben der Dritte nach dem für Umfang und Inhalt seines Rechtes schlechthin maßgebenden Willen der Vertragsschließenden nur ein frei oder unter bestimmten Voraussetzungen widerrufliches, somit auflösend bedingtes Recht erworben. Ein solcher Vorbehalt kann sich auch ohne besondere Bestimmung aus den Umständen, insbesondere aus dem Vertragszwecke, als gewollt ergeben¹⁰³.

4. Zurückweisungsrecht des Dritten. Der Dritte kann das aus dem Verträge erworbene Recht mit der Wirkung zurückweisen, daß es als nicht erworben gilt¹⁰⁴. Zur wirksamen Zurückweisung bedarf es einer einseitigen Willenserklärung gegen-

Für das bisherige Recht war allgemein anzunehmen, daß im Zweifel mit dem Tode des Versprechensempfängers Gebundenheit eintritt, weil zu vermuten ist, daß dessen Recht, den Versprechenden zu entbinden, nicht auf die Erben übergehen soll; Beseler, D.P.R. S. 485. Hiermit wird dem Dritten, wenschon er das Recht erst durch Aneignung erwirbt, schon vorher der Rechtserwerb gesichert. Nach dem System des B.G.B. bedurfte es, da der schon vorhandene Dritte im Zweifel sofort mit dem Tode des Versprechensempfängers erwirbt, einer derartigen Sicherung des Erwerbes nur für das künftige Rechtssubjekt.

¹⁰² Hat sich der Versprechensempfänger die Befugnis vorbehalten, einseitig das vom Dritten bereits erworbene Recht einem Anderen zuzuwenden, so gilt auch hier die Regel des § 332, nach der er im Zweifel die Änderung durch Verfügung von Todes wegen vornehmen kann.

¹⁰³ B.G.B. § 328². Daraus, daß das erworbene Recht aufschiebend bedingt oder befristet ist, folgt keineswegs ohne weiteres ein Widerrufsvorbehalt; oben S. 395 Anm. 89. Dagegen wird regelmässig, wenn sofortiger Rechtserwerb des Dritten anzunehmen ist, doch Widerruflichkeit bis zur Mitteilung an ihn als gewollt zu erachten sein. Oder sollte der Dritte aus einem zu seinen Gunsten geschlossenen, aber vor der Kundmachung wieder aufgehobenen Verträge klagen können, wenn er nachträglich von dem Vorgange erfährt? — Nach gesetzlicher Vorschrift ist das mit der Ankunft des Frachtguts entstandene Recht des Empfängers auf Ablieferung noch der Aufhebung durch den Absender ausgesetzt, bis der Empfänger den Frachtbrief erhalten oder Klage erhoben hat; H.G.B. § 433², § 435 S. 3.

¹⁰⁴ B.G.B. § 333. Wie der Erwerb des Rechtes sich nach Analogie des Erwerbes der Vermächtnisforderung vollzieht, so ist die Zurückweisung der Ausschlagung des Vermächtnisses (§ 2180) nachgebildet.

über dem Versprechenden¹⁰⁵. Das Zurückweisungsrecht erlischt durch Annahme¹⁰⁶.

5. Einwendungsrecht des Versprechenden. Der Versprechende kann dem Dritten gegenüber Einwendungen aus der Person des Versprechensempfängers nicht herleiten¹⁰⁷. Dagegen stehen ihm Einwendungen aus dem Vertrage auch dem Dritten gegenüber zu¹⁰⁸. Überdies kann er natürlich Einwendungen aus der Person des Dritten erheben¹⁰⁹.

6. Forderungsrecht des Versprechensempfängers. Regelmäßig ist aus dem Vertrage zugunsten des Dritten auch dann, wenn der Dritte Gläubiger geworden ist, zugleich der Versprechensempfänger berechtigt, die Leistung an den Dritten zu fordern¹¹⁰. Durch ein eignes Interesse an der Leistung ist sein

¹⁰⁵ Sie fordert (anders wie der Erwerb) Geschäftsfähigkeit. Nach dem Wortlaut des § 333 und der Analogie des Vermächtnisses kann sie nur nach, nicht vor dem Rechtserwerbe erfolgen; Hellwig S. 263, Oertmann zu § 333 Bem. 2, Siber b. Planck⁴ Bem. 2. A. M. Schollmeyer Bem. 2, Planck³ Bem. 2, Crome § 180 Anm. 26. Sie darf nicht bedingt sein; Hellwig S. 263, Planck³ Bem. 3; a. M. Enneccerus § 259 Anm. 10, Siber b. Planck⁴ Bem. 3.

¹⁰⁶ Hellwig S. 261 ff.; Planck zu § 333 Bem. 3. Die Annahme muß gegenüber dem Versprechenden erfolgen, kann aber auch stillschweigend erklärt werden. Sie liegt selbstverständlich auch in der Annahme der Leistung.

¹⁰⁷ So kann er nicht mit einer Forderung an diesen aufrechnen; oben § 179 S. 168 Anm. 117. Auch kann er dem Dritten nicht die Einrede der Verjährung des Anspruchs des Versprechensempfängers entgegensetzen; a. M. Oertmann zu § 334 Bem. 1.

¹⁰⁸ B.G.B. § 334. Er kann sich auf die Nichtigkeit des Vertrages (z. B. wegen Formmangels oder wegen unsittlichen Inhalts) berufen. Ebenso kann er die Anfechtbarkeit des Vertrages dem Dritten gegenüber geltend machen, muß jedoch die Anfechtung dem Versprechensempfänger gegenüber vornehmen (a. M. Schollmeyer Bem. 2a). Desgleichen ein Rücktrittsrecht, das er aber gleichfalls zunächst dem anderen Vertragsteil gegenüber ausüben muß (a. M. Schollmeyer Bem. 2b). Bei gegenseitigen Verträgen hat er auch dem Dritten gegenüber die Einrede des nicht erfüllten Vertrages. Auch ein Zurückbehaltungsrecht kann er, soweit es aus dem Vertrage entspringt, dem Dritten gegenüber geltend machen. Vgl. Hellwig S. 268 ff.; Rümelin, Arch. f. z. Pr. XCVII 285 ff.; Enneccerus § 259 III; Kohler § 96 I; Planck, Schollmeyer, Oertmann zu § 334.

¹⁰⁹ Z. B. den Aufrechnungseinwand; die Einrede der Verjährung; die Einrede der Arglist, vgl. R.Ger. XXXV Nr. 54.

¹¹⁰ B.G.B. § 335. Dies entspricht dem gemeinen Recht und den anderen Gesetzbüchern, vgl. Sächs. Gb. § 853, Schweiz. O.R. a. 128 (112¹). A. M. Unger S. 62 ff., 72 ff., Siegel S. 158 ff., für die Regel auch Gareis S. 251 ff. Vgl. dagegen Regelsberger S. 566 ff., Stobbe-Lehmann § 225 II 3. — Über

Forderungsrecht keineswegs bedingt¹¹¹. Doch besteht dieses Forderungsrecht nicht, wenn die Vertragsschließenden es ausdrücklich oder stillschweigend ausgeschlossen haben¹¹².

Sind der Versprechensempfänger und der Dritte nebeneinander berechtigt, so haben ihre Forderungsrechte dasselbe Ziel, aber ungleichen Inhalt¹¹³. Durch die Bewirkung der Leistung an den Dritten werden beide gleichzeitig erfüllt und damit beendet¹¹⁴. Bis zur Erfüllung aber sind sie unabhängig voneinander und können ihre besonderen Schicksale haben¹¹⁵.

Das Forderungsrecht des Versprechensempfängers kann bestehen, wenn das Forderungsrecht des Dritten nicht entsteht oder infolge von Zurückweisung als nicht entstanden gilt¹¹⁶. Wird jedoch die Leistung an den Dritten unmöglich, wie dies auch dann der Fall ist, wenn der Dritte den Leistungsempfang endgültig ablehnt¹¹⁷, so wird das Forderungsrecht des Versprechens-

die eigenartige Ausnahmebestimmung, die das neue Schweiz. O.R. a. 113 bei der Haftpflichtversicherung eines Dienstherrn für den Fall trifft, daß der Dienstpflichtige mindestens die Hälfte der Prämien geleistet hat, vgl. Oser Bem. 1—3.

¹¹¹ So auch nach bisherigem Recht; vgl. Gareis S. 247, für das preuß. R. Entsch. des O.Tr. XII 150.

¹¹² B.G.B. § 335. Es ist möglich, daß ein Forderungsrecht des Versprechensempfängers von vornherein nicht entstehen oder daß es erst mit dem Rechtserwerbe des Dritten wegfallen soll. Letzteres ist bei der Lebensversicherung als gewollt anzunehmen (also kein Forderungsrecht der Erben des Versicherungsnehmers neben dem Forderungsrecht des Begünstigten).

¹¹³ Darum besteht keine Gesamtgläubigerschaft oder sonstige Gläubigergemeinschaft; oben § 183 S. 269 Anm. 4.

¹¹⁴ Der Erfüllung stehen die Erfüllungssurrogate gleich. Auch durch Aufrechnung gegenüber dem Dritten und durch Vereinigung von Forderung und Schuld in seiner Person wird zugleich die Forderung des Promissars getilgt.

¹¹⁵ Geht die Forderung des Dritten im Falle der Nichterfüllung oder mangelhaften Erfüllung in eine Forderung auf Schadensersatz über, so kann nur der Dritte diesen Anspruch geltend machen. Der Versprechensempfänger kann aber einen selbständigen Anspruch auf Ersatz etwaigen eignen Schadens haben. Ein an Stelle des Ersatzanspruches zur Wahl stehendes Rücktrittsrecht kann der Versprechensempfänger, falls der Dritte forderungsberechtigt ist, nicht ausüben (a. M. Schollmeyer Bem. 1b). Vgl. Hellwig S. 304 ff., Planck Bem. 4, Oertmann Bem. 5, Enneccerus § 259 Anm. 15.

¹¹⁶ Da mit der Ablehnung des Forderungserwerbes noch nicht feststeht, daß auch die Annahme der Leistung abgelehnt werden wird, kann der Versprechensempfänger die Leistung an den Dritten noch fordern. Hellwig S. 265 ff.; Planck zu § 335 Bem. 2b; Oertmann zu § 333 Bem. 5.

¹¹⁷ Unrichtig ist die Meinung von Hellwig S. 115, 126, es trete immer nur Annahmeverzug ein. Darin aber ist Hellwig beizustimmen, daß, wenn

empfängers hinfällig¹¹⁸. Es kann aber ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart sein, daß für diesen Fall das Forderungsrecht des Versprechensempfängers sich in ein Forderungsrecht auf Leistung an sich selbst oder an einen von ihm zu bestimmenden anderen Dritten umwandelt¹¹⁹.

Umgekehrt kann das Forderungsrecht des Dritten bestehen, wenn das Forderungsrecht des Versprechensempfängers nicht entstanden oder erloschen ist¹²⁰. In diesem Falle ist ein Schuldverhältnis überhaupt nur zwischen dem Versprechenden und dem Dritten vorhanden. Weist der Dritte die erworbene Forderung zurück, so ist der Versprechende jeder Schuld ledig, ohne das Recht auf die vom Versprechensempfänger gewährte oder zugesagte Gegenleistung einzubüßen¹²¹.

der Dritte nicht Gläubiger ist und somit nicht in Annahmeverzug geraten kann, durch seine Annahmeverweigerung der Versprechensempfänger, falls er Gläubiger ist, zunächst in Annahmeverzug gerät; oben S. 379 Anm. 7, Hellwig S. 267, Kipp S. 311, Siber b. Planck⁴ zu § 335 Bem. 3a; a. M. Schollmeyer zu § 335 Bem. 3, Oertmann zu § 333 Bem. 5, während Planck³ zu § 335 Bem. 3c zwar widersprach, aber der Regel nach durch Willensauslegung dasselbe Ergebnis gewinnen wollte. — Sind der Versprechensempfänger und der Dritte nebeneinander forderungsberechtigt, so gerät der erstere durch Annahmeverzug des letzteren gleichzeitig in Gläubigerverzug; a. M. auch hier Oertmann a. a. O. u. Planck³ Bem. 3b.

¹¹⁸ Der Schuldner wird also befreit. Das Recht auf eine vertragsmäßige Gegenleistung behält er nicht nur, wenn der Versprechensempfänger, sondern auch, wenn der Dritte die Unmöglichkeit zu vertreten hat; Planck³ Bem. 4b § (4. Aufl. Bem. 4a), Kisch, Unmöglichkeit S. 258 ff.

¹¹⁹ Enneccerus § 259 III; Dernburg § 106 VIII; Oertmann zu § 333 Bem. 5; Planck³ zu § 335 Bem. 2b (4. Aufl. Bem. 2a γ). Bei der Lebensversicherung wurde stets angenommen, daß der Versicherungsnehmer die Forderung, falls sie der Begünstigte nicht erwirbt, für seinen Nachlaß erwerben wollte; Ehrenberg S. 392. In diesem Sinne bestimmt jetzt das V.V.G. § 168: „Wird bei einer Kapitalversicherung das Recht auf die Leistung des Versicherers von dem bezugsberechtigten Dritten nicht erworben, so steht es dem Versicherungsnehmer zu.“ — Bei der Schenkung unter einer Auflage gilt B.G.B. § 527².

¹²⁰ So, wenn es im Verträge wegbedungen ist; oben Anm. 112. So aber auch, wenn es durch Vereinigung mit der Schuld erlischt (a. M. Hellwig S. 326). Desgleichen, wenn es durch Erlaßvertrag aufgehoben wird (unrichtig nimmt Hellwig S. 320 ff. an, daß durch Erlaßvertrag auch das Recht des Dritten beseitigt werden könne). Vgl. Planck Bem. 7, Oertmann Bem. 4a, hinsichtlich des „subjektiv gemeinten Erlaßvertrages“ auch Hellwig S. 323 ff.

¹²¹ Denn die Gegenleistung ist Entgelt für die Verschaffung des Rechtes des Dritten, die ja erfolgt ist. Vgl. Kipp S. 311; Planck³ Bem. 3a, 4a. A. M. Schollmeyer Bem. 2. Natürlich kann aber ausdrücklich oder still-

§ 189. Verträge auf Leistung Dritter¹.

I. **Überhaupt.** Wenn in einem Schuldvertrage der eine Teil dem anderen Teil die Leistung eines Dritten verspricht, so kann daraus immer nur eine Schuld des Versprechenden, niemals eine Schuld des Dritten entspringen. Nur wer im Namen eines Anderen verspricht, kann insoweit, als er Vertretungsmacht hat, den Anderen verpflichten. Dagegen gibt es keine Schuldverträge zu Lasten Dritter². Vielmehr wird ein Dritter, dem in einem Schuldvertrage eine Leistung zugemutet wird, erst durch eignes Schuldversprechen verpflichtet, die Leistung zu bewirken³. Dies gilt auch, wenn in einem Vertrage zugunsten eines Dritten der Rechtserwerb des Dritten an die Bedingung der Übernahme einer Verpflichtung geknüpft ist⁴. Es gilt ebenso für Schuldverträge, durch die einer künftigen Verbandsperson für den Fall ihrer Entstehung eine Verpflichtung angesonnen wird⁵.

schweigend vereinbart sein, daß die Gegenleistung nur geschuldet wird, wenn die Leistung an den Dritten wirklich erfolgt.

¹ Vgl. Glück, Pand. IV 206 ff. Windscheid-Kipp § 317. Crome, B.R. § 179 Z. 2—3. Wieland, Arch. f. z. Pr. XCVI 163 ff. Oertmann, Verträge auf Handlungen dritter Personen, in Festschrift f. Zitelmann, 1913. Enneccerüs § 258 V. Siber bei Planck⁴ Vorbem. 2 zu § 328 ff.

² Als römischrechtliche Ausnahme wird das Versprechen einer Handlung des Erben betrachtet; l. un. C. 4, 11. Hierbei wird der Gedanke der Personenidentität wirksam. Heute kann ein Vermächtnis- oder Auflagevertrag zu Lasten des Erben geschlossen werden. Dagegen wird ein Schuldvertrag zu Lasten des Erben dahin zu deuten sein, daß der Erblasser selbst unter Befristung bis zu seinem Tode schuldig werden und somit eine Nachlassverbindlichkeit schaffen wollte. Hierzu ist er so gut befähigt, wie zum Erwerbe für den Nachlass (oben § 188 S. 397 Anm. 95, S. 402 Anm. 119).

³ Ein Schuldversprechen ist auch die „Annahme“ („Akzept“) eines Wechsels oder eine Anweisung; sie führt ihren Namen, weil ihr eine Aufforderung zum Versprechen als Offerte vorangeht; oben § 184 S. 283 Anm. 5, § 185 S. 316 Anm. 23.

⁴ Der Forderungserwerb des Dritten tritt in diesem Falle nie ohne dessen Wissen und Wollen ein, setzt Geschäftsfähigkeit voraus und ist unter Umständen an eine rechtsgeschäftliche Form gebunden. Nur mit dieser Einschränkung ist das vom R.Ger. LXXX Nr. 41 S. 178 Gesagte richtig. — Ist für den Dritten das Recht ausbedungen, den Abschluß eines gegenseitigen Vertrages (z. B. eines Kaufes) oder eine Verpflichtungen nach sich ziehende Übertragung (z. B. eines Vermögens, eines Handelsgeschäfts, eines Grundstücks, einer Aktie) zu fordern, so erwirbt er zwar dieses Recht unmittelbar aus dem fremden Vertrage, überkommt aber, wenn er es ausübt, Verpflichtungen nur aus eigem Vertragsschluß oder eigem Erwerbsgeschäft.

⁵ Vgl. meine Genossenschaftsth. S. 125; oben Bd. I 487 Anm. 23. — Verpflichtungen freilich, die zu Lasten einer künftigen Verbandsperson in ihrer

II. Fälle. Verträge auf Leistung Dritter waren im älteren deutschen Rechte unbestritten wirksam⁶. Da sie auch dem römischen Recht nicht fremd waren⁷, blieben sie in der gemeinrechtlichen Praxis anerkannt⁸ und wurden in mehreren Gesetzbüchern geregelt⁹. Zweifellos können sie auch heute im Rahmen der Vertragsfreiheit beliebig geschlossen werden¹⁰.

Ein derartiger Vertrag begründet eine Verpflichtung des einen Teils, dem anderen Teil die Leistung des Dritten zu verschaffen. Die geschuldete Leistung besteht also in der Bewirkung einer fremden Leistung. Je nach dem Inhalte seines Versprechens aber ist der Schuldner entweder nur zu gehöriger Be-

Satzung festgesetzt sind (z. B. zu Lasten einer Aktiengesellschaft gemäß H.G.B. § 186), treten unmittelbar mit der Entstehung der Verbandsperson in Kraft; hierbei handelt es sich aber nicht um die Wirkung eines etwa zugrunde liegenden Schuldvertrages, sondern um die Wirkung des Schöpfungsaktes, der die Daseinsbestimmungen des neuen Rechtssubjektes gestaltet. Ohne besondere Übernahme tritt ferner die Verbandsperson in die Verpflichtungen ein, die dem von ihr mit der Entstehung erworbenen Vermögen als Lasten anhaften, R.Ger. XXIV Nr. 3; das aber ist gesetzliche Folge ihres Erwerbes.

⁶ Vgl. Sachsenp. I Art. 9, wo bei dem Versprechen eines Vasallen, sein Lehen einem Anderen aufzulassen, hinsichtlich der erforderlichen Mitwirkung des Lehnsherrn scharf unterschieden wird, ob der Vasall dem Versprechensempfänger nur gelobt hat, „ime up to latene vor sineme hern, svenne h'et irwerbe“ (§ 2), oder ob er gelobt, „dat he jeneme de lenunge irwerbe“ (§ 4). Im ersten Falle bedingtes Versprechen, im zweiten Versprechen der Handlung eines Dritten. — Über das Vorkommen im nord. R. v. Amira II 379 (namentlich bei Sühneverträgen).

⁷ Allerdings wird in den Quellen ein Vertrag, durch den Jemand die Leistung eines Dritten verspricht, für nichtig erklärt; vgl. § 3 Inst. de inut. stip. 3, 19, l. 38 § 2 D. de V.O. Allein aus anderen Stellen ergibt sich, daß der Vertrag wirksam ist, wenn das Versprechen sich auf eigne Leistung des Promittenten (sei es Bemühung um die fremde Handlung, sei es Einstehen für das Interesse) richtet; vgl. l. 14 § 2 D. 13, 5, l. 38 § 24, l. 81 pr., l. 83 pr., l. 112 § 1 D. de V.O., l. 13, 18, 19 D. 46, 8. Vgl. Glück IV § 304; v. Vangerow § 608 II; Windscheid § 317 Anm. 3.

⁸ Über die römischen Stellen, nach denen die *promissio facti alieni* nichtig ist, kam man dadurch hinweg, daß man ohne weiteres jedes Versprechen fremder Handlung als Versprechen eigener Handlung auslegte. Vgl. Seuff. XI Nr. 238, XVIII Nr. 31.

⁹ Preufs. A.L.R. I, 5 § 40–46; Code civ. a. 1120; Öst. Gb. § 881; Sächs. Gb. § 799; Schweiz. O.R. a. 127 (111).

¹⁰ Daß das B.G.B., nachdem der sie ausdrücklich anerkennende § 348 des Entw. I gestrichen ist, sie nicht erwähnt, ist bedeutungslos. — Singulärer Natur ist die neue Vorschrift des H.G.B. § 74a Abs. 2 S. 3, nach der jedes Versprechen eines Dritten, daß ein Handlungsgehilfe sich des Wettbewerbes enthalten werde, nichtig ist.

mühung um den Erfolg verpflichtet, so daß er, wenn der Erfolg ausbleibt, nur im Falle mangelhafter Bemühung für den Schaden verantwortlich ist¹¹, oder zur Herbeiführung des Erfolges schlechthin verbunden, so daß er, wenn der Dritte nicht leistet, unabhängig vom eignen Verhalten den Schaden ersetzen muß¹². Ob das Versprechen in dem einen oder dem anderen Sinne gemeint ist, ist bei Zweifeln durch Vertragsauslegung zu ermitteln¹³. In den typischen Fällen pflegt das Versprechen eine Garantie des Erfolges einzuschließen.

Als Vertrag auf Leistung eines Dritten wird besonders häufig der Lehrvertrag abgeschlossen, indem der Vater oder ein anderer Erzieher nicht oder doch nicht ausschließlich als gesetzlicher Vertreter des Lehrlings, sondern in eigenem Namen mit dem Lehrherrn kontrahiert¹⁴. Hier muß, wenn nicht ein anderes vereinbart ist, der Versprechende sich nicht nur um das Wohlverhalten des Lehrlings bemühen, sondern unbedingt für die Vertragserfüllung einstehen und daher unabhängig von eigenem Verschulden dem Lehrherrn den durch vertragswidriges Verhalten des Lehrlings entstandenen Schaden ersetzen¹⁵. Der Vater kann wirksam auch eine Handlung oder Unterlassung des Sohnes versprechen, zu der er den Sohn selbst nicht verpflichten könnte¹⁶.

¹¹ Näheres darüber bestimmt Preufs. L.R. § 40—44; ebenso Sächs. Gb. § 799; vgl. auch Seuff. XVIII Nr. 31.

¹² Preufs. L.R. § 45; Code civ. a. 1120; Schweiz. O.R. a. 127 (111).

¹³ Das Preufs. L.R. § 40 betrachtet als Regel die bloße Bemühungspflicht. Dagegen stellen das französ. u. schweiz. R. eine gesetzliche Auslegungsregel für Einstandspflicht auf. Dieselbe Auslegungsregel enthielt der gestrichene § 348 Entw. I in Abs. 2 (vgl. Protok. der 2. Lesung II 916). Eingehende Ausführungen über das frühere und heutige R. b. Oertmann a. a. O. S. 12—18.

¹⁴ Wenn der Vater den Vertrag schließt, spricht sogar eine Vermutung dafür, daß er (allein oder zugleich) in eigenem Namen kontrahiert; Seuff. XI Nr. 238, R.O.H.G. II Nr. 31 (Bem. des Ref.), XIII Nr. 37, XIV Nr. 6. Gleiches ist bei der Mutter, auch wenn sie elterliche Gewalt hat, anzunehmen. Kontrahiert ein Erzieher ohne Vertretungsmacht, so ist jede andere Deutung ausgeschlossen. Dagegen wird bei einem Vormunde oder Pfleger lediglich Vertragsschluss im Namen des Lehrlings zu vermuten sein. Vgl. Behrend, H.R. I § 47; K. Lehmann, H.R. § 38 Z. 1.

¹⁵ R.O.H.G. XIV Nr. 6; Seuff. XI Nr. 238, LXII Nr. 1; Busch, Arch. XXI 329; Behrend a. a. O. Z. 2.

¹⁶ So führte das O.L.G. Darmst. b. Seuff. LXI Nr. 139 für das damalige Recht zutreffend aus, daß das Versprechen des Vaters, der Sohn werde sich drei Jahre lang nach der Beendigung der Lehrzeit des Eintritts in ein Konkurrenzgeschäft am Platz enthalten, nicht deshalb nichtig sei, weil der Sohn als Minderjähriger dazu nicht verpflichtet werden konnte (H.G.B. § 74).

Ein Versprechen der Leistung eines Dritten enthält ferner regelmäßig der Frachtvertrag. Denn der Absender muß dem Frachtführer dafür einstehen, daß der Empfänger das Frachtgut annimmt und die Forderungen des Frachtführers aus dem Frachtvertrage erfüllt. Mit der Annahme des Gutes und des Frachtbriefes übernimmt der Empfänger seinerseits die ihm nach Maßgabe des Frachtbriefes angemessene Zahlungspflicht, ohne daß dadurch der Absender befreit würde¹⁷. Ebenso verspricht beim Seefrachtvertrage der Befrachter dem Verfrachter eine Leistung des Empfängers¹⁸, wird aber hier seinerseits befreit, sobald der Empfänger das Frachtgut angenommen und damit sich dem Verfrachter gegenüber verpflichtet hat¹⁹.

Den wichtigsten Fall des Versprechens der Leistung eines Dritten bildet das gezogene Wechselversprechen. Der Aussteller verspricht dem Remittenten, daß der Bezogene die Wechselsumme zahlen, auf Verlangen auch vorher durch Akzept sich zu dieser Zahlung verpflichten werde, und hat, wenn die Leistung des Bezogenen oder Akzeptanten nicht erfolgt oder unsicher wird, dem Versprechensempfänger und dessen Nachmännern nach Maßgabe der wechselrechtlichen Regressansprüche Ersatz oder doch zunächst Sicherheit zu leisten. Ein gleiches Garantieverprechen ist mangels einer gegenteiligen Klausel in jedem Indossament enthalten.

Auch außerhalb des Wechselrechts kann eine Anweisung ein Versprechen der Leistung des Angewiesenen in sich schließen, so daß aus ihrer Begebung der Anweisende dem Anweisungsempfänger und dessen Rechtsnachfolgern zum Ersatz verpflichtet wird, wenn der Angewiesene die ihm angemessene Leistung nicht bewirkt. Beim Kreditbrief ist ein derartiges Versprechen regelmäßig anzunehmen²⁰, beim Scheck wird es von allen Scheckgesetzen unterstellt²¹. An sich jedoch enthält die Anweisung überhaupt kein Versprechen, sondern nur eine doppelte Ermächtigung: die

¹⁷ H.G.B. § 436, § 442 S. 3.

¹⁸ Vgl. H.G.B. § 626, 627.

¹⁹ H.G.B. § 614, § 625. Nur ein Bereicherungsanspruch gegen den Befrachter bleibt vorbehalten.

²⁰ Wieland a. a. O. S. 199 ff.; Oertmann a. a. O. S. 6 ff.

²¹ Seit 1908 auch vom deut. Scheckges. § 15; unten § 210 III 3. Auch ohne gesetzliche Bestimmung ist ein derartiges Versprechen in der Scheckbegebung zu finden; doch ist dies sehr bestritten und wurde von der deutschen Praxis verneint; Seuff. XLVII Nr. 215, LIII Nr. 99; R.Ger. XLIV Nr. 37.

Ermächtigung des Anweisungsempfängers, die Leistung des Angewiesenen in eigenem Namen zu empfangen, und die Ermächtigung des Angewiesenen, für Rechnung des Anweisenden an den Anweisungsempfänger zu leisten²². Somit wird durch die Begebung einer Anweisung ein Schuldvertrag nicht geschlossen²³. Vielmehr kommt ein anweisungsrechtlicher Schuldvertrag nur durch die Annahme der Anweisung zustande²⁴. Im übrigen bestimmen sich die unter den Beteiligten eintretenden Rechtsbeziehungen nach dem zugrunde liegenden Kausalverhältnis, aus dem sich je nach den Umständen eine vertragsmäßige Verpflichtung des Anweisenden ergeben kann, dem Anweisungsempfänger und dessen Rechtsnachfolgern für die Bewirkung der Leistung durch den Angewiesenen einzustehen²⁵.

Im Sinne eines Versprechens fremder Leistung können auch Verträge über fremde Sachen oder Rechte gemeint sein²⁶.

²² So die mehr und mehr durchgedrungene Auffassung und für die schriftliche Anweisung auf Geld, Wertpapiere oder andere vertretbare Sachen ausdrücklich B.G.B. § 783; vgl. unten § 210 III 1 a.

²³ Allerdings entspringt nach B.G.B. § 789 aus der Empfangnahme der Anweisung als solcher eine Verpflichtung des Anweisungsempfängers, dem Anweisenden unverzüglich Anzeige zu machen, wenn der Angewiesene die Annahme oder die Leistung verweigert oder wenn er selbst die Anweisung nicht geltend machen kann oder will. Allein hier handelt es sich um eine kraft Gesetzes mit der Ermächtigung verbundene Verpflichtung, wie z. B. auch bei der durch § 175 dem Bevollmächtigten auferlegten Verbindlichkeit. — Nach den Theorien freilich, die die Anweisung als Auftrag konstruieren, läge ein Schuldvertrag vor.

²⁴ B.G.B. § 784—787, 792³. Von diesem Vertrage ist bei den abstrakten Schuldverträgen zu handeln; unten § 210 III 1 b.

²⁵ Wieland a. a. O. S. 196 ff. u. Oertmann a. a. O. S. 6 ff., 20 ff. entwickeln, vornehmlich für die Fälle der Haftung aus Anweisung (einschließlich des Wechsels), den Begriff des Vertrages auf Leistung „durch Dritte“, den sie überhaupt durchweg von dem Vertrage auf Leistung „des Dritten“ grundsätzlich unterscheiden wollen. Hier verspreche man nicht fremde Leistung, sondern „mittelbar eigene Leistung“, so daß die fremde Handlung nur als Mittel für eine Leistung des Versprechenden in Betracht komme. Mir scheint diese Unterscheidung der juristischen Falschheit zu entbehren. Die Handlung des Dritten ist doch stets im Sinne des Schuldrechts eine „Leistung“ und, wenn sie nicht Vertretungshandlung ist, Leistung „des Dritten“.

²⁶ Unter diesem Gesichtspunkt behandelt sie das Preuss. A.L.R. I, 5 § 46—50 und stellt auch hier in § 46 die Vermutung auf, daß der Versprechende sich nur verpflichten wolle, „den Dritten zum Besten des Anderen zu einer dem Vertrage gemäßen Handlung zu vermögen“. Möglich ist auch heute, daß in einem Vertrage über eine fremde Sache oder ein fremdes Recht lediglich die Herbeiführung einer Leistung des dritten Berechtigten versprochen wird.

Die Verträge auf Leistung eines Dritten setzen eine Verpflichtung des Dritten zur Leistung nicht voraus. Sie können sich aber auch auf eine Leistung richten, zu deren Bewirkung der Dritte gleichfalls sich verpflichtet oder doch verpflichten soll²⁷. Insoweit eine Verpflichtung des Dritten besteht oder entsteht, erscheint seine Schuld als die Hauptschuld, die Garantieschuld als die zugehörige Nebenschuld. Beide Schuldverhältnisse haben einen ungleichen Inhalt²⁸.

Ein auf Leistung eines Dritten gerichteter Vertrag, der begrifflich voraussetzt, daß der Dritte die Leistung schuldet, ist die Bürgschaft²⁹.

Zweiter Titel.

Einzelne Schuldverträge.

§ 190. Arten der Schuldverträge.

I. **Überhaupt.** Die Schuldverträge lassen sich unter sehr verschiedenen Gesichtspunkten klassifizieren. Nach der Art des Zustandekommens unterscheiden sich, wie wir gesehen haben, von den reinen Konsensualverträgen die Realverträge und die Formalverträge¹; unter den Formalverträgen nehmen die Skripturversprechen aus Wertpapieren eine besondere Stellung ein, weil durch sie zugleich der Bestand der verbrieften Forderung an die Urkunde geknüpft und so das Forderungsrecht dem Sachenrecht unterworfen wird². Nach der Verteilung der Gläubiger- und Schuldnerrolle

Regelmäßig aber ist ein derartiger Vertrag auf eigne Leistung gerichtet; wer einen fremden Gegenstand verkauft, verpflichtet sich, den verkauften Gegenstand irgendwie dem anderen Teil zu verschaffen. Doch kann auch dann durch Nebenabrede die Verpflichtung übernommen werden, eine für den Erfolg erforderliche Handlung des Dritten, wie z. B. die Herausgabe der Sache oder die Genehmigung einer Verfügung, zu erwirken. Vgl. Oertmann a. a. O. S. 4 ff.

²⁷ Begriffsmäßig ist dies z. B. bei der Ausstellung oder Begebung eines gezogenen Wechsels der Fall.

²⁸ Vgl. über die selbständigen Garantieverträge unten § 207.

²⁹ Vgl. unten § 206.

¹ Oben § 186.

² Darum ist bei der Besprechung der Wertpapiere im Sachenrecht zugleich bereits von den Besonderheiten solcher Schuldverträge gehandelt worden. So namentlich auch von den „Schuldverschreibungen auf den Inhaber“, die das B.G.B. unter die „einzelnen Schuldverhältnisse“ stellt; vgl. zu § 783—807 oben Bd. II § 112, zu § 808 ebd. § 110 S. 139. Doch kommen wir auf die Bedeutung der Verkörperung eines Schuldverhältnisses in einem Wertpapiere

unterscheiden sich, wie ebenfalls schon gezeigt ist, die einseitigen und zweiseitigen und weiter die unvollkommen zweiseitigen und die gegenseitigen Schuldverträge, für welche letzteren bestimmte allgemeine Rechtssätze gelten³; aufer dem entstehen besondere Vertragsfiguren durch die Zuweisung einer Gläubiger- oder Schuldnerstellung an Dritte⁴. Nach dem Zusammenhange mit anderen Schuldverträgen können sich Schuldverträge als Hauptverträge, Nebenverträge oder Vorverträge darstellen⁵.

Hauptsächlich aber werden die Schuldverträge unter dem Gesichtspunkte des Vertragszweckes eingeteilt⁶.

II. Kausale und abstrakte Schuldverträge. Hier-nach ist vor allem zu unterscheiden, ob der materielle Vertragszweck in den Vertragsinhalt aufgenommen ist oder nicht. Im ersten Falle liegt ein kausaler Schuldvertrag vor; der materielle Vertragszweck bildet den Rechtsgrund des Versprechens und somit die Voraussetzung und den Mafsstab seiner Verpflichtungskraft. Im zweiten Falle spricht man von einem abstrakten Schuldvertrage; der materielle Vertragszweck ist für die Rechtswirksamkeit des Versprechens bedeutungslos, das Versprechen trägt seinen Rechtsgrund in sich und schöpft daher seine Verpflichtungskraft lediglich aus sich selbst. Die grofse Masse der Schuldverträge ist kausal. Ihr gegenüber bilden die abstrakten Schuldverträge eine besondere Gattung⁷.

III. Arten der kausalen Schuldverträge. Bei jedem kausalen Schuldvertrage findet sich ein besonderer Vertragsinhalt, der durch den materiellen Vertragszweck bestimmt wird. Darum beruht die Unterscheidung von einzelnen Arten der kausalen Schuldverträge auf der Verschiedenheit der Vertragszwecke. Im Dienste gewisser immer wiederkehrender Zwecke sind die typischen Vertragsarten ausgebildet, die unter besonderen Namen vom Verkehr eine eigentümliche Ausgestaltung empfangen haben und von der Rechtsordnung besonderen Normen unterstellt sind.

für den Schuldinhalt noch in der Lehre von den abstrakten Schuldverträgen zurück; vgl. unten § 210 IV.

³ Oben § 184 III S. 294 ff.

⁴ Oben § 188—189.

⁵ Über Vorverträge oben § 186 V S. 355 ff.

⁶ Diese Einteilung kreuzt sich vielfach mit den anderen Einteilungen, entscheidet aber zum Teil gleichzeitig über die Zugehörigkeit zu einer der nach anderen Gesichtspunkten gebildeten Kategorien.

⁷ Von ihnen ist daher am Schluß in § 210 besonders zu handeln.

Die Einteilung der Schuldverträge nach dem Vertragszwecke aber kann auf verschiedene Weise erfolgen. Gegenüber der unübersehbaren Mannigfaltigkeit der im Leben verfolgten Zwecke kann die Heraushebung des Typischen ungleich vollzogen, bei der Verbindung mehrerer Zwecke kann die Bestimmung des Hauptzweckes so oder anders vorgenommen, der Begriff des Zweckes selbst kann mehr objektiv oder mehr subjektiv gefasst und in beiden Fällen von dem Standpunkte des einen oder des anderen Vertrags- teils aus geformt werden. So treten uns denn auch in den geschichtlichen Rechtssystemen vielfach abweichende Ausgestaltungen und Abgrenzungen der Schuldvertragsarten entgegen. Im gemeinen Recht hielt man sich an die römische Artenbildung und gelangte so zu einem romanistischen Schema, das für die deutsche Verkehrs- entwicklung und Rechtsanschauung teils unzureichend, teils un- passend war und nur mühsam und künstlich in einigen Einklang mit den Lebenserscheinungen gebracht wurde⁸. Die großen Gesetz- bücher schlugen zum Teil neue Wege ein⁹. Das B.G.B. verzichtet auf eine systematische Einteilung und Gliederung der Schuldver- träge. Es behandelt die wichtigsten Typen der kausalen Schuld- verträge unter den in ziemlich bunter Reihe aufgeführten „einzelnen Schuldverhältnissen“. Dabei schließt es sich an die gemeinrecht- liche Begriffsbildung an¹⁰ und nimmt nur in einigen Punkten wesentliche Änderungen vor¹¹. Allein sein Schema ist weder er- schöpfend noch zwingend. Es wird durch die Regelung bestimmter Arten von Schuldverträgen in besonderen Reichs- und Landes- gesetzen ergänzt¹². Überdies läßt es dem Parteibelieben Raum

⁸ Man denke vor allem an die Zusammenfassung von Sachmiete, Dienst- vertrag und Werkvertrag im Begriff der „*locatio conductio*“ und die dadurch bedingte Verkümmern und Zerreißen der Arbeitsverträge. Oder an die Subsumtion des Versicherungsvertrages unter die Kategorie der aleatorischen Verträge oder Glücksverträge. Oder an die Verlegenheit, den Verlagsvertrag unterzubringen.

⁹ So namentlich das Preufs. A.L.R. (am entschiedensten mit seiner Kategorie der Verträge über Handlungen); nur in Einzelheiten der Code civ., das Österr. Gb., das Sächs. Gb. und das Schweiz. O.R.

¹⁰ Übergangen ist von den gemeinrechtlichen Vertragsfiguren der Trödel- vertrag (vgl. Windscheid-Kipp § 383), obwohl ihn andere Gesetzbücher aufgenommen haben (Preufs. A.L.R. I, 11 § 511—526, Sächs. Gb. § 1291—1294), und der Verpfändungsvertrag (anders Entw. I § 681—682, vgl. oben Bd. II 983 Anm. 60).

¹¹ Die wichtigste ist die Verselbständigung der Arbeitsverträge.

¹² Verlagsvertrag; Versicherungsvertrag; die Verträge des Handelsrechts; die Verträge des Gewerberechts; Gesindevertrag; Altenteilsvertrag usw.

für die Ausgestaltung von Schuldverträgen, die unter keinen oder gleichzeitig unter mehrere der gesetzlichen Typen fallen¹³. Auch sieht es selbst Schuldvertragsarten vor, bei denen die einzelnen Typen zufolge einer Mischung ihrer Elemente ineinander übergehen¹⁴.

Sucht man das Prinzip auf, das der Artenbildung des B.G.B. zugrunde liegt, so findet man, daß es an einem einheitlichen Einteilungsgrunde fehlt. Insbesondere durchkreuzen sich die aus objektiver und die aus subjektiver Auffassung des Vertragszweckes hergeleiteten Unterscheidungsmerkmale. Die Hauptrolle spielt die Unterscheidung nach dem objektiven Erfolge, der durch die für den Vertrag begriffswesentliche Leistung herbeigeführt werden soll. Daneben aber greift zum Teil die Unterscheidung nach der subjektiven Parteiabsicht entgeltlicher oder unentgeltlicher Leistung durch¹⁵.

Demgemäß ergibt sich folgende Klassifikation der kausalen Schuldverträge. Eine erste Gruppe bilden die Sachleistungsverträge, deren Hauptzweck in der Verschaffung eines Vermögensgegenstandes besteht. Sie zerfallen wieder in zwei Untergruppen, je nachdem sie sich auf eine endgültige Vermögensverschiebung durch Hingabe zum Behalten oder nur auf eine vorübergehende Gebrauchsgewährung durch Überlassung mit der Verpflichtung zur Rückgabe richten. In der ersten Untergruppe tritt den entgeltlichen Hingabeverträgen, die als Kauf oder Tausch erscheinen, die durch die Absicht der unentgeltlichen Vermögenszuwendung gekennzeichnete Schenkung gegenüber¹⁶. In die zweite Untergruppe gehören Miete und Pacht einerseits und Leihe andererseits, deren Unterscheidungsmerkmal gleichfalls in Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit besteht; außerdem aber das Darlehen, das entgeltlich oder unentgeltlich sein kann¹⁷. Die zweite große Gruppe

¹³ Nach dem Prinzip der Vertragsfreiheit; oben § 177 II 1 S. 111.

¹⁴ Vgl. B.G.B. § 651, 675, 700.

¹⁵ Über den begrifflichen Unterschied der entgeltlichen und unentgeltlichen Geschäfte vgl. bes. Oertmann, Entgeltliche Geschäfte, 1912. — R. Bartsch, Die Uneigennützigkeit im Privatrecht, Wien 1910, S. 20 ff., will die Unterscheidung entgeltlicher und unentgeltlicher Geschäfte durch die zwischen eigennütigen und uneigennütigen Geschäften ersetzen, um auch den Fällen des uneigennütigen Nehmens gerecht zu werden. Bei der Bildung der Vertragstypen im B.G.B. spielt dieser Gesichtspunkt keine Rolle.

¹⁶ Wir handeln zuerst in § 191 von der Schenkung, dann in § 192—195 von Kauf und Tausch.

¹⁷ Von diesen Verträgen handeln wir in § 196—198. — Der Verwahrungs-

bilden die Arbeitsverträge, die in erster Linie auf die Verschaffung einer Arbeitsleistung abzielen. Dahin gehören als ihrem Begriff nach entgeltliche Arbeitsverträge der Dienstvertrag und der Werkvertrag nebst dem Mäklervertrage¹⁸, als seinem Begriff nach unentgeltlicher Arbeitsvertrag der Auftrag¹⁹. Arbeitsvertrag aber ist auch der Verwahrungsvertrag, für dessen Begriff auf Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit nichts ankommt²⁰. Dazu tritt als durchaus eigenartig geprägter Arbeitsvertrag der Verlagsvertrag hinzu²¹. Zu einer dritten Gruppe lassen sich die Sicherungsverträge zusammenfassen, deren Hauptzweck in der Abschwächung einer vorhandenen Gefahr durch Begründung einer anwartschaftlichen Forderung auf Leistung eines Ausgleichs für die etwa eintretenden wirtschaftlichen Nachteile besteht. Sie zerfallen wieder in die unselbständigen und die selbständigen Sicherungsverträge. In die erste Kategorie gehören die zur Sicherung der Erfüllung einer Verbindlichkeit bestimmten akzessorischen Schuldverträge, insbesondere die Bürgschaft und andere Schuldbestärkungsverträge²². Selbständige Schuldverträge mit Sicherungszweck sind namentlich der unentgeltliche Garantievertrag und der entgeltliche Versicherungsvertrag²³. Eine vierte Gruppe bilden die Gefahrverträge, deren Hauptzweck in der Herbeiführung von Gewinn oder Verlust durch die Entscheidung einer zu diesem

vertrag, der häufig mit den genannten Verträgen in der Kategorie der „Rückgabeverträge“ zusammengefaßt wird, ist im Sinne des B.G.B. § 688 ein Arbeitsvertrag. Doch geht er im Falle des depositum irregulare in das Darlehen über.

¹⁸ Unten § 199—202. Wie sie sich voneinander unterscheiden und in welche Kategorie die Arbeitsverträge des Handelsrechts (Verträge mit Handlungsgehilfen und Handlungslehrlingen, Agenturvertrag, Kommissionsgeschäft, Speditionsgeschäft, Frachtgeschäft) und des Gewerberechts gehören, ist dort zu besprechen.

¹⁹ Ihn behandeln wir in § 203.

²⁰ Von ihm handeln wir in § 204. Für das Lagergeschäft des Handelsrechts ist Entgeltlichkeit begriffswesentlich.

²¹ Wir behandeln ihn in § 205.

²² Von der Bürgschaft handeln wir in § 206; sie kann entgeltlich oder unentgeltlich geleistet werden. — Andere akzessorische Sicherungsverträge sind z. B. das unselbständige Strafgedinge (oben § 187 VI S. 368 ff.), der auf Pfandbestellung für eigne oder fremde Schuld gerichtete Vertrag, auch ein die Haftung verstärkendes Erfüllungsversprechen (z. B. des Kommanditisten).

²³ Von den selbständigen Sicherungsverträgen handeln wir in § 207. Wir stellen dahin aus später darzulegenden Gründen auch den Leibrentenvertrag und den Verpfändungsvertrag. Ein selbständiger Sicherungsvertrag ist auch das oben § 187 VI 6 S. 376 ff. besprochene selbständige Strafgedinge.

Behuf gesetzten Ungewissheit besteht. Sie haben mit den Sicherungsverträgen gemein, daß sie sich auf eine durch den Eintritt eines möglichen künftigen Tatbestandes bedingte Leistung richten, unterscheiden sich aber von den Sicherungsverträgen dadurch, daß sie das maßgebende Risiko nicht voraussetzen, sondern erst schaffen. Dahin gehören die Glücksverträge (Spiel) und die Wette²⁴. Als fünfte Gruppe erscheinen, insoweit sie überhaupt Schuldverträge sind, die Regelungsverträge, die hauptsächlich die bindende Feststellung von Rechtsverhältnissen bezwecken. Unter ihnen wird das Schuldanerkenntnis vom B.G.B. nicht als kausaler, sondern als abstrakter Schuldvertrag behandelt²⁵. Als kausalen Schuldvertrag dagegen faßt das B.G.B. den Vergleich auf²⁶; es ist ein Vertrag, durch den der Streit oder die Ungewissheit der Parteien über ein Rechtsverhältnis im Wege gegenseitigen Nachgebens beseitigt wird²⁷; dieser Vertrag ist unwirksam, wenn der nach seinem Inhalte zugrunde gelegte Sachverhalt der Wirklichkeit nicht entspricht und der Streit oder die Ungewissheit bei Kenntnis der Sachlage nicht entstanden sein würde²⁸. Andere hierher gehörige

²⁴ Von ihnen handeln wir in § 208.

²⁵ B.G.B. § 781; vgl. unten § 210 II 1 b. Ein kausales Schuldanerkenntnis ist zwar möglich, untersteht aber nicht dem § 781 (a. M. Kipp b. Windscheid S. 830 ff.). Denn im Gegensatz zum abstrakten Schuldanerkenntnis, das ein schuld begründendes Versprechen enthält, ist es überhaupt kein Schuldvertrag, sondern schafft nur ein Beweismittel für ein bestehendes Schuldverhältnis. Ebenso wenig sind sonstige sogenannte „Beweisverträge“ Schuldverträge. — Auf der Hand liegt, daß das negative Schuldanerkenntnis, mag es abstrakt oder kausal sein (oben § 179 S. 175), und der Schulerfüllungsvertrag (ebd. S. 149) zwar Regelungsverträge, aber keine Schuldverträge sind.

²⁶ B.G.B. § 779 (eigner Titel 19). Vgl. Sturm, Die Lehre vom Vergleich nach gem. u. preuß. R., 1889. Oertmann, Der Vergleich im gem. Zivilrecht, 1895. Hedemann, Vergleichsirrtum, 1903. Rietsch, Voraussetzungstatbestand beim Vergleich, 1906. Endemann § 193. Crome § 301—302. Matthiafs § 132. Enneccerus § 418—419. Komm. zu B.G.B. § 779. — Das festzustellende Rechtsverhältnis braucht kein Schuldverhältnis zu sein, kann vielmehr auch ein personen-, sachen- oder erbrechtliches Verhältnis sein, sofern es nur der Verfügung der Vertragsschließenden unterliegt. Der Vergleich selbst aber begründet eine gegenseitige Leistungspflicht. Die geschuldeten Leistungen können der verschiedensten Art sein. Es ist möglich, daß durch den Vertragsschluss die geschuldeten Leistungen (z. B. Anerkenntnis, Erlaß, Schuldversprechen, Abtretung, Fahnisübereignung) zugleich bewirkt werden. Damit aber wird der Typus des Schuldvertrages so wenig beseitigt, wie im Falle des Handgeschenkes oder des Handkaufes.

²⁷ Der Ungewissheit steht die Unsicherheit der Verwirklichung eines Anspruchs gleich; § 779². Somit ist auch der „Akkord“ Vergleich.

²⁸ Einer Anfechtung bedarf es nicht. Die Anfechtung wegen Irrtums ist

Schuldverträge sind der Schiedsvertrag²⁹ und der Abrechnungsvertrag³¹. Eine sechste Gruppe bildet für sich allein der Gesellschaftsvertrag, durch den die Vertragschließenden sich gegenseitig verpflichten, die Erreichung eines gemeinsamen Zweckes in bestimmter Weise zu fördern. Er unterscheidet sich von den übrigen Schuldverträgen nicht durch den Inhalt, sondern durch die Vergemeinschaftung der Zwecksetzung³¹.

IV. Einzelne Schuldverträge. Im folgenden sind einzelne Schuldverträge des geltenden Rechtes unter dem Gesichtspunkte ihrer deutschrechtlichen Bildungsfaktoren insoweit zu behandeln, als nicht ihre Darstellung in ein Sonderrechtsgebiet verwiesen werden muß³².

Auf die im Leben überaus häufig begegnenden Verbindungen und Vermischungen ist bei einzelnen Vertragstypen einzugehen. Dagegen können die mehrfach unternommenen Versuche, diese Gebilde nach allgemeinen Gesichtspunkten zu klassifizieren und insbesondere eine generelle Theorie der „gemischten Verträge“ zu entwickeln, hier nicht gewürdigt werden³³.

damit eingeschränkt. Im übrigen gelten die allgemeinen Anfechtungs- wie Nichtigkeitsgründe.

²⁹ Geregelt in der Z.Pr.O. § 1025—1047; über das gem. R. vgl. Windscheid § 415—416; Sächs. Gb. § 1417—1426. — Der Vertrag mit dem Schiedsrichter (*receptum arbitri*, vgl. Windscheid § 417) ist ein Arbeitsvertrag. — Der im gemeinen Recht anerkannte Schiedsrichtervertrag (Windscheid § 418) ist heute als unsittlich nichtig; vgl. Kipp S. 854; a. M. Oertmann², Vorbem. III zu § 779. Ausdrücklich verbietet ihn Sächs. Gb. § 1427.

³⁰ Insbesondere der Kontokorrentvertrag; R.Ger. XXII Nr. 28. Das Abrechnungsgeschäft selbst, mag es in Erfüllung eines Abrechnungsvertrages oder frei geschlossen werden, ist ein Regelungsvertrag, dagegen kein besonderer Schuldvertrag; es kann aber die Grundlage eines abstrakten Schuldversprechens oder Schuldanerkennnisses bilden (B.G.B. § 782).

³¹ Von ihm handeln wir in § 209.

³² Im Zusammenhange mit den gesetzlich geregelten Vertragstypen sind dabei die wichtigsten ihnen verwandten unregulierten Vertragsarten zu berücksichtigen. Über die für deren Behandlung maßgebenden allgemeinen Grundsätze vgl. Enneccerus § 323.

³³ Vgl. bes. Lotmar, Arbeitsvertrag I 176 ff., 686 ff.; Hoeniger, Vorstudien zum Problem der gemischten Verträge, 1906, Die gemischten Verträge in ihren Grundformen, 1910; Schreiber, Jahrb. f. D. LX 106 ff.; Enneccerus § 323 (sehr eingehend). — Für die in Betracht kommenden allgemeinen Gesichtspunkte vgl. auch Fr. André, Einfache, zusammengesetzte, verbundene Rechtsgeschäfte, in Marburger Festg. f. Enneccerus, 1913.

§ 191. Schenkung¹.

I. Begriff. Das B.G.B. definiert: „Eine Zuwendung, durch die Jemand aus seinem Vermögen einen Anderen bereichert, ist Schenkung, wenn beide Teile darüber einig sind, daß die Zuwendung unentgeltlich erfolgt“². Es beschränkt also einerseits den Begriff der Schenkung auf gewisse Arten der unentgeltlichen Zuwendung: eine Schenkung liegt nur vor, wenn eine Vermögensverschiebung eintritt, die das Vermögen des einen Teils mindert³ und das Vermögen des anderen Teils mehrt⁴. Es fordert anderer-

¹ Meyerfeld, Lehre von den Schenkungen I und II 1, 1835 u. 1837. v. Savigny, System IV 1 ff. Windscheid-Kipp § 365 ff. Dernburg, Pand. II § 106 ff. Bekker II § 102 ff. Burkhard, Die Stellung der Schenkung im Rechtssystem, 1891; Zum Begriff der Schenkung, 1899. Ortloff, Arch. f. b. R. XXI 269 ff. Haymann, Jahrb. f. D. LVI 86 ff. — Förster-Eccius II § 122. Dernburg, Preuß. P.R. II § 161 ff. — Krainz-Pfaff-Ehrenzweig I § 132 ff. — Zachariae-Crome IV 219 ff. — Schollmeyer, Schuldv. § 3. Endemann I § 164 ff. Matthiafs § 112. Cosack⁶ § 139 ff. Enneccerus I 2 § 343 ff. Dernburg II 2 § 205 ff. Crome II § 230 ff. Komm. zu B.G.B. § 516 ff.

² B.G.B. § 516¹. Das B.G.B. schließt sich hierbei an den in der älteren gemeinrechtlichen Theorie zur Herrschaft gelangten und in die Gesetzbücher übergegangenen Schenkungsbegriff an. Daß der Begriff der „donatio“ in den römischen Quellen weiter ist und nur in Ansehung des Eintrittes der wichtigsten besonderen Rechtsfolgen enger gefaßt wird, hat für das heutige Schenkungsrecht keine Bedeutung. Vgl. über den weiteren und engeren Schenkungsbegriff des röm. R. Burckhard, Begriff S. 7 ff.

³ Der Schenker muß ärmer werden. Keine Schenkung ist unentgeltliche Dienstleistung; Cosack § 139 Anm. 6, Oertmann, Vorbem. 1 b β vor 516; a. M. Dernburg § 205 Anm. 10, Staudinger, Bem. 3 b zu § 516. Ebenso wenig bloße Gebrauchsüberlassung. Auch nicht Unterlassung von Vermögenserwerb, der der Verzicht auf ein zwar angefallenes, aber noch nicht endgültig erworbenes (z. B. bedingtes) Recht und namentlich die Ausschlagung von Erbschaft oder Vermächtnis gleichsteht; B.G.B. § 517, neues Schweiz. O.R. a. 239². Endlich auch nicht die Erfüllung einer Schuld und somit auch nicht die Erfüllung einer unvollkommenen Verbindlichkeit; oben § 174 S. 42. Dagegen wird dadurch, daß mit einer Zuwendung eine sittliche oder soziale Pflicht erfüllt wird, der Begriff der Schenkung nicht (wie jetzt nach Schweiz. O.R. a. 239³) ausgeschlossen, sondern nur modifiziert; unten V 2. Doch gilt nach B.G.B. § 1624 eine das rechte Maß nicht überschreitende Ausstattung des Kindes durch Vater oder Mutter nicht als Schenkung, obschon hier auch nur eine sittliche, keine rechtliche Verpflichtung anerkannt wird. Der wahre Grund dieser in die Form einer Fiktion gekleideten Regel liegt in der familienrechtlichen Zweckbestimmung der Ausstattung. Vgl. oben § 174 S. 48 Anm. 161.

⁴ Der Beschenkte muß reicher werden. Keine Schenkungen sind daher Zuwendungen ideeller Art. Ebenso wenig die „Spenden“, durch die Vermögens-

seits eine Willenseinigung über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung: der eine Teil muß schenkweise zuwenden, der andere Teil schenkweise erwerben wollen⁵.

II. Wesen. Die Schenkung ist ein Schuldvertrag, der durch die mit einer geeigneten Zuwendung verbundene Willenseinigung über deren Schenkungszweck geschlossen wird. Die Zuwendung aber kann verschiedener Art sein.

Es ist möglich, daß durch sie unmittelbar die gewollte gegenständliche Vermögensverschiebung herbeigeführt wird. Dann liegt eine Realschenkung (Handgeschenk, Schenkungsgabe) vor. So verhält es sich namentlich, wenn schenkweise eine Sache übereignet wird. Aber auch durch Übertragung eines dinglichen Rechts, einer Forderung oder eines anderen Vermögensrechts, durch Begründung oder Aufhebung eines dinglichen Rechts, durch Erlaß,

wert dem Sammler oder sonstigen Nehmer nicht zu seiner Bereicherung, sondern zu uneigennütziger Verwendung zugeführt wird; R. Bartsch, Die Uneigennützigkeit im Privatrecht, Wien 1910, S. 27 ff. Doch kann die Spende mit ihrer Verwendung in Schenkung übergehen, wenn eben der Zweck ein Schenkungszweck ist (z. B. bei einem Jubiläumsgeschenk). Und die Zuwendung an eine juristische Person mit gemeinnützigem Lebenszweck ist auch dann Schenkung, wenn die sofortige Verwendung für den Zweck stattfinden soll, weil durch sie das eben für solche Zwecke bestimmte Verbandsvermögen bereichert wird; R.Ger. LXXI Nr. 39. Vgl. auch LXXV Nr. 31.

⁵ Darum liegt keine Schenkung vor, wenn eine Zuwendung für den Fall einer Gegenleistung versprochen wird, die zwar keinen Entgelt bilden, wohl aber durch die in Aussicht stehende Zuwendung veranlaßt oder mitveranlaßt werden soll. Eine solche Zuwendung „auf Gegenleistung“ ist namentlich das für den Fall einer bestimmten Heirat erteilte Mitgiftversprechen eines Dritten (z. B. auch des Schwiegervaters). Das Preuss. A.L.R. I, 11 § 1048 erklärte es ausdrücklich für einen lästigen Vertrag; R.Ger. XVII 252 ff. Für das heutige Recht hat das K.Ger. b. Seuff. LIX Nr. 76 u. das R.Ger. ebd. Nr. 181 Schenkung angenommen. Neuerdings hat sich indes die Praxis der richtigen Ansicht, die allein den Bedürfnissen des Lebens gerecht wird, genähert; vgl. R.Ger. LXII Nr. 67, LXVII Nr. 57, Seuff. LXII Nr. 61, LXIV Nr. 9. Vgl. dazu Dernburg, B.R. § 205 II 5 (mit den Ausführungen von Raape in 4. Aufl. Anm. 15 u. 17); Oertmann, Vorbem. 1 c β zu § 516 ff., Entgeltliche Geschäfte S. 17 ff., 76 ff.; Enneccerus § 343 I 3 a Anm. 7; Haymann a. a. O. S. 132 ff.; v. Seeler, Glossen zur Praxis des Reichsgerichts, 1908, S. 60 ff.; bes. aber Neubecker, Die Mitgift in rechtsvergleichender Darstellung, 1909, S. 180 ff., 227 ff. — Ebenso ist die nachträgliche Vergütung unentgeltlich geleisteter Dienste oder die Gewährung eines höheren als des geschuldeten Entgelts für eine Dienstleistung dann keine (auch keine „belohnende“) Schenkung, wenn sie als Vereinbarung eines dienstvertraglichen Entgeltes gemeint ist; R.Ger. LXXII Nr. 45, LXXIV Nr. 36, LXXV Nr. 77 (freiwillige Pensionsgewährung). — Vgl. auch R.Ger. XXXVI Nr. 70.

Übernahme oder Erfüllung einer Schuld usw. kann geschenkt werden.

Die Zuwendung kann jedoch auch durch ein bloßes Schenkungsversprechen erfolgen. Dann bildet die gewollte gegenständliche Vermögensverschiebung den Inhalt der schenkweise versprochenen Leistung, kommt also erst durch die Erfüllung des Schenkungsversprechens zustande. Allein schon das Schenkungsversprechen ist Schenkung, weil es das Vermögen des Schenkers mit einer Schuld belastet und dem Vermögen des Beschenkten eine Forderung zuführt⁶.

Dafs die Schenkung in jedem Falle Vertrag ist, wurde in der gemeinrechtlichen Theorie bisweilen bestritten⁷. Die Behandlung der Schenkung als Vertrag entspricht jedoch dem älteren deutschen wie dem römischen Recht⁸, ist in die neueren Gesetzbücher übergegangen⁹ und wird im B.G.B. streng durchgeführt. Somit finden auf jede Schenkung die allgemeinen Regeln über Verträge Anwendung. Daraus ergibt sich namentlich, dafs es zum Zustandekommen jeder Schenkung ihrer Annahme durch den Beschenkten bedarf¹⁰. Niemand braucht sich ein Geschenk aufdrängen zu lassen. Dies gilt auch, wenn eine in Schenkungsabsicht gemachte Zuwendung ohne den Willen des Begünstigten wirksam wird¹¹. Der Begünstigte kann die Schenkung ablehnen und ist dann grundlos bereichert, so dafs er das Zugewendete als ungerechtfertigte Bereicherung herausgeben mufs. Doch gilt nach

⁶ Doch ist die Erfüllungshandlung „noch“ Schenkung, da sie als „Vollziehung der Schenkung“ den abschließenden Teil des Schenkungsvorganges bildet. Vgl. Neubecker a. a. O. S. 224. Darauf beruht auch B.G.B. § 1446¹.

⁷ So von Meyerfeld § 6 und bes. von Savigny § 160. Neuerdings wieder von Kohler I 551 ff.

⁸ Puchta, Inst. II § 205p; Unger I 195 ff.; v. Vangerow I § 121; Windscheid § 365 Anm. 5; Dernburg, Pand. II § 106.

⁹ Preufs. A.L.R. I, 11 § 1037, 1058. Code civ. art. 1105. Österr. Gb. § 338. Neues Schweiz. O.R. a. 239—252 (das alte O.R. enthielt keine Bestimmungen über die Schenkung). — Anders nur Sächs. Gb. § 1054.

¹⁰ Preufs. A.L.R. I, 11 § 1058—1062; Code civ. art. 1105; Schweiz. O.R. a. 274; R.Ger. I Nr. 80, XXV Nr. 63, XXVI Nr. 5. — A. M. für den Fall eines ohne Annahme zustande kommenden Vermögenserwerbes Savigny a. a. O. und mit ihm Sächs. Gb. § 1054.

¹¹ So z. B. die Befreiung von einer Schuld durch deren Erfüllung (B.G.B. § 362) oder Übernahme (§ 414) oder durch Vernichtung einer Schuldverschreibung auf Inhaber, die Befreiung von einer dinglichen Last durch Aufgeben des Rechtes (§ 875), die Zuwendung einer Hypothek an den Eigentümer durch Verzicht (§ 1168). Vgl. auch unten Anm. 14.

dem B.G.B., wenn der Schenker den Beschenkten unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Erklärung über die Annahme auffordert, das bloße Schweigen des Beschenkten bis zum Ablauf der Frist als Annahme¹².

Fraglich aber kann sein, ob jede Schenkung ein Schuldvertrag ist. Dies wird vielfach auch von Solchen bestritten, die den Vertragscharakter der Schenkung anerkennen. Natürlich ist man allgemein darüber einig, daß ein Schuldvertrag geschlossen wird, wenn die Zuwendung in Gestalt eines angenommenen Schenkungsversprechens erfolgt. Dagegen will man bei der Realschenkung in der Willenseinigung über den Schenkungszweck keinen besonderen Schuldvertrag, sondern nur das Einverständnis über eine besondere rechtliche Färbung des Zuwendungsgeschäftes finden. Die Schenkung sei gar kein „einzelnes Rechtsgeschäft“, sondern ein „allgemeiner Charakter“, den die verschiedenartigsten Rechtsgeschäfte annehmen können¹³.

In Wahrheit stellt jedoch auch bei der Realschenkung die Willenseinigung, die die Zuwendung zur Schenkung stempelt, stets einen Schuldvertrag dar. Sie ist freilich mit einem Zuwendungsakte verbunden, der als solcher kein Schuldvertrag zwischen dem Schenker und dem Beschenkten ist, sondern ein dinglicher oder quasidinglicher Verfügungsvertrag oder auch ein einseitiges Verfügungsgeschäft sein kann, ja nicht einmal überhaupt ein Rechtsgeschäft zu sein braucht¹⁴. Allein die Willenseinigung über den Schenkungszweck ist rechtlich unabhängig von dem Zuwendungsakte und bildet für sich einen besonderen Schuldvertrag. Nicht als ob sie notwendig ein Schenkungsversprechen enthielte, das nur eben mit seiner Erfüllung zusammenfiel¹⁵. Wohl aber ist sie,

¹² B.G.B. § 516². Über das Bedenkliche dieses indirekten Annahmewanges Endemann § 104 Anm. 10.

¹³ So zuerst Puchta, System des gemeinen Zivilrechts, 1832, § 35, der deshalb die Lehre von der Schenkung in den allgemeinen Teil stellte. Ihm folgten nicht nur Savigny S. 2 ff. und alle anderen Gegner der Vertragstheorie (auch das Sächs. Gb.), sondern auch viele Anhänger der Vertragstheorie, wie v. Vangerow I § 121, Unger II 200, Krainz § 132, Bekker II 171 ff., Hölder, Pand. S. 288; vgl. auch die dieser Frage gewidmete Schrift von Burckhard, sowie Dernburg, B.R. II 2 § 205 Anm. 2.

¹⁴ Man kann z. B. schenkungshalber Eigentum durch Verbindung oder Schuldbefreiung durch Vernichtung eines Wertpapiers oder Unterlassung der Erhebung eines Wechselprotestes verschaffen; vgl. Planck zu § 316 Bem. 2, Oertmann Bem. 5, Dernburg § 205 II 1, Haymann a. a. O. S. 89; jetzt auch Cosack^{5 u. 6} § 139 I 1.

¹⁵ Dies nimmt Endemann § 164 Anm. 8 an.

weil sie als Kausalgeschäft dem mehr oder minder abstrakten Zuwendungsakte die eigenartige Zweckbestimmung einer Schenkung verleiht, die Quelle besonderer Schuldverhältnisse, die infolge schenkweise gemachter Zuwendungen eintreten. Sie ist also ein bei den verschiedensten Arten von Zuwendungen gleichartiger Schuldvertrag mit eigentümlicher Wirkungskraft.

Das Schenkungsschuldrecht setzt sich hiernach aus zwei Gruppen von schuldrechtlichen Sonderregeln zusammen¹⁶. Es gelten einmal besondere Rechtssätze für Schuldverträge, durch die ein Schenkungsversprechen abgegeben wird. Sodann aber und vor allem gelten besondere Rechtssätze für die schuldrechtlichen Wirkungen des Vertrages, der eine Zuwendung zur Schenkung macht. Die Rechtssätze dieser zweiten Gruppe finden gleichmäßig auf jede vollzogene Schenkung Anwendung, mag ihr ein Schenkungsversprechen vorangegangen sein oder nicht. Ja, sie sind auch auf das Schenkungsversprechen insoweit anwendbar, als dieses bereits Schenkung ist¹⁷.

Worin aber besteht nun der Versprechensinhalt des von jedem Schenkungsversprechen unabhängigen, der Schenkung immanenten Schuldvertrages? Da den Kern jedes Schuldvertrages ein Versprechen bildet, muß auch hier eine Versprechensgrundlage der entstehenden Schuldverpflichtungen zu ermitteln sein.

In der Tat liegt zunächst ein Versprechen des Schenkers vor. Der Schenker verspricht freilich nicht, wie der Verkäufer, Rechtsverschaffung oder Brauchbarkeit der hingegebenen Sache; er übernimmt keine Gewährleistungspflicht¹⁸. Allein er verspricht, die aus seinem Vermögen stammende Bereicherung, obwohl er für sie keinen Entgelt empfängt, so lange nicht herauszufordern, als sie durch den Schenkungszweck gerechtfertigt wird¹⁹. Dieses Ver-

¹⁶ Nur vom Schenkungsschuldrecht ist hier zu handeln. Doch erschöpft sich in diesem nicht das Schenkungsrecht. Denn auch hinsichtlich der Befugnis zur Vornahme und zur Ablehnung von Schenkungen, sowie hinsichtlich der familien- und erbrechtlichen Behandlung des Erwerbes aus Schenkung gelten besondere Regeln. (Das Schweiz. O.R. nimmt in a. 240—241 Vorschriften darüber in das Schuldvertragsrecht auf.)

¹⁷ So jedenfalls die §§ 530—534 B.G.B. Vgl. auch Schweiz. O.R. a. 249 mit a. 250 Abs. 1 Z. 1.

¹⁸ Vgl. unten V 1 S. 424 ff. Auf eine, wenn auch „abgeschwächte“ Gewährschaftshaftung läßt sich daher nicht, wie Oertmann, Vorbem. 3, meint, die Annahme eines Schuldvertrages gründen.

¹⁹ Vgl. Crome § 230 Anm. 15: „zu der von ihm vollzogenen Zuwendung zu stehen“. Vgl. auch Endemann § 164 Anm. 5. Dazu Öst. Gb. § 946.

sprechen hat deshalb rechtliche Bedeutung, weil der Erwerb aus Schenkung einen schwächeren Rechtsgrund darstellt als der entgeltliche Erwerb²⁰. Der Schenker verpflichtet sich einerseits, die Schenkung als ausreichenden Grund für das Haben des Beschenkten gelten zu lassen. Er will aber andererseits hierzu nur nach Maßgabe der Tragweite des Schenkungszweckes verpflichtet sein und behält sich daher vor, die Bereicherung des Beschenkten als ungerechtfertigt zu behandeln, sobald Umstände eintreten, die den Rechtsgrund einer derartigen Bereicherung entkräften.

Auch der Beschenkte aber geht mit der Annahme der Schenkung eine schuldrechtliche Verpflichtung ein. Dies gilt selbstverständlich bei einer Schenkung mit Auflage. Es gilt aber bei jeder Schenkung insoweit, als der Beschenkte, indem er die Zuwendung als Geschenk entgegennimmt, verspricht, den Rechtsgrund seines Habens in der Freigiebigkeit des Schenkers und nur in ihr zu erkennen und darum auf Verlangen des Schenkers die Bereicherung als ungerechtfertigt herauszugeben, sobald sie durch den Schenkungszweck nicht mehr gerechtfertigt wird²¹.

III. Geschichte. Die vorgetragene Auffassung des Wesens der Schenkung findet eine Stütze in der Geschichte des Schenkungsrechts.

Im germanischen Recht wurde ursprünglich überhaupt nur eine vergoltene Gabe als rechtlich bindend anerkannt²². Darum mußte die Schenkung, um den Widerruf auszuschließen, in das Rechtsgewand eines entgeltlichen Geschäftes gekleidet werden. Im langobardischen Recht entsprang hieraus eine eigenartige Schenkungsform: die freigiebige Zuwendung gewinnt dadurch Bindungskraft, daß sie durch ein Lohngeld (launegild) vergolten wird, das wegen seiner Geringwertigkeit den Schenkungscharakter

²⁰ Damit erledigt sich der Einwand von Dernburg § 205 Anm. 2: „Aber die Pflicht, einem Anderen das Seine zu lassen, ist eine Folge seines Eigentums und begründet kein besonderes Schuldverhältnisrecht.“

²¹ Vgl. dazu Kipp, Jahresbericht der Berliner Juristischen Gesellschaft 1902/03, S. 54. Er folgert daraus, daß die Annahme einer Schenkung seitens eines Minderjährigen der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters bedarf. — Das Schweiz. O.R. a. 241 läßt zwar Schenkungserwerb durch einen Handlungsunfähigen, falls er nur urteilsfähig ist, zu, bestimmt aber, daß der Erwerb rückgängig wird, wenn der gesetzliche Vertreter die Annahme untersagt oder die Rückleistung anordnet.

²² Vgl. R. Schröder, R.G.⁵ S. 64 Anm. 20, S. 296 Anm. 71; v. Amira, O.R. I 343, 506 ff., II 344, 615 ff.; Hübner, Grundz.² S. 284 ff.; v. Schwerin, R.G.² S. 121.

der Gabe sachlich nicht in Frage stellt, ihr aber formell das Merkmal der Entgeltlichkeit aufprägt²³. Bei den anderen Stämmen legte man auf reale Vergeltung Gewicht, Überwiegend schenkte man in Belohnung geleisteter oder in Erwartung zu leistender Dienste²⁴. Im ersten Falle war die Gabe bindend, weil sie im voraus vergolten war. Im zweiten Falle blieb sie bindend, wenn nicht die Erwartung der Vergeltung getäuscht wurde. Da aber diese Entgeltlichkeit in der rechtlichen Form der Schenkung nicht zum Ausdruck kam, wurde die Schenkung frühzeitig auch begrifflich von ihrem Entgelte gelöst und als unentgeltliche Gabe aufgefaßt. Nun aber wurde gerade um ihrer Unentgeltlichkeit willen ihre Bindungskraft eingeschränkt. Es machte sich die Auffassung geltend, daß sich der Schenker keineswegs ebenso endgültig wie ein Verkäufer des Gegenstandes entäußere, sondern sein Recht daran nur in dem durch den persönlichen Schenkungszweck bedingten Umfange aufgeben. Dies zeigt sich am deutlichsten bei den Landschenkungen, die insbesondere im alten fränkischen und bayrischen Recht im Zweifel nur ein an die Person gebundenes, daher unveräußerliches und unvererbliches Eigentum übertragen²⁵. Der Schenker behielt also ein Rückforderungsrecht gegenüber der dritten Hand. Er hatte aber auch ein Widerrufsrecht gegenüber dem Beschenkten, wenn dieser sich ungetreu oder undankbar verhielt. Hieraus folgt zugleich, daß der Beschenkte durch die Annahme der Schenkung die Verpflichtung übernahm, das Gut bei Wegfall oder Verwirkung seines Rechts wieder herauszugeben, und hierfür mit Empfangshaftung verstrickt wurde. Die alten Landschenkungen zu beschränktem Eigentum wurden durch die verschiedenen Formen der Landleihe verdrängt, die überwiegend als entgeltliche Rechtsgeschäfte erschienen. Allein auch die Schenkungen zu vererblichem und veräußerlichem Recht wahrten stets den Charakter unvollständiger Veräußerungsgeschäfte. Der Erwerb aus Schenkung war von schwächerer Kraft als der entgeltliche Erwerb, dem Schenker blieb der Widerruf in bestimmten Fällen vorbehalten, der Beschenkte wurde durch die Annahme zu besonderem Verhalten verpflichtet²⁶.

²³ Vgl. die Nachweise in meiner Schrift über Schuld u. Haftung S. 341—342.

²⁴ Man erwäge auch die Rolle, die bei Schenkungen an die Kirche die Erwartung der Vergeltung durch Förderung des Seelenheils spielte.

²⁵ Brunner, Die Landschenkungen der Merowinger und der Agilolfinger, Sitzungsber. der Berl. Akad. 1885 S. 1173 ff., mit Zusätzen Forsch. S. 1 ff.

²⁶ Vgl. R. Schröder, R.G.⁵ S. 296 ff. Das Maß der Beschränkungen

Mit der Rezeption wurde das römische Schenkungsrecht aufgenommen. In ihm ist der Unterschied der unentgeltlichen Zuwendung von der entgeltlichen Hingabe minder stark ausgeprägt. Dafs aber auch dem römischen Recht eine ähnliche Auffassung ursprünglich eigen gewesen und nie ganz fremd geworden war, beweist die Gestattung des Widerrufs wegen Undankes. So bedeutete die Anwendung der römischen Rechtssätze keinen Bruch mit der deutschrechtlichen Grundauffassung. Vielmehr konnten in der gemeinrechtlichen Theorie und mehr noch in den großen Gesetzbüchern die einheimischen Anschauungen nachwirken, wie sich dies namentlich in der Neigung zur Vermehrung der Widerrufsgründe zeigt. Auch im Schenkungsrecht des B.G.B. tritt trotz starker Anlehnung an das römische Recht deutlich der Gedanke zutage, dafs die Schenkung ein Schuldvertrag ist, dessen besondere Wirkungen auf der Schwäche des vereinbarten Rechtsgrundes beruhen.

IV. Form. Eine besondere Form war im deutschen Recht, wenn wir vom langobardischen Rechte absehen, für Schenkungen nicht vorgeschrieben. Die Realschenkung erfolgte in der je nach der Beschaffenheit ihres Gegenstandes erforderlichen Übereignungs- oder Übertragungsform, das Schenkungsversprechen unterlag den allgemeinen Regeln für Schuldversprechen. Nach der Rezeption wurde in das gemeine Recht das römische Erfordernis der gerichtlichen Verlautbarung für eine den Betrag von 500 solidi überschreitende Schenkung eingeführt; es gilt für die Realschenkung wie für das Schenkungsversprechen; doch ist die formwidrige Schenkung nur hinsichtlich des die Wertgrenze übersteigenden Betrages nichtig²⁷. Manche Gesetzbücher schlossen sich dem gemeinen Rechte an und änderten nur den Betrag der formbedürftigen großen Schenkung²⁸. Dagegen liefsen das preussische, das französische und das österreichische Gesetzbuch die Wertgrenze fallen; sie forderten für jedes Schenkungsversprechen eine besondere

hing von der Bestimmung des Schenkers ab, die mit der Annahme des Geschenkes zur bindenden Vertragsnorm wurde.

²⁷ Vgl. R.Ger. VI Nr. 79, VII Nr. 36, XVIII Nr. 51, XXII Nr. 39, Seuff. XLVI Nr. 94, Obst. L.G. f. Bayern Seuff. XXXVIII Nr. 23. Der Betrag von 500 solidi wurde gewöhnlich auf 4666 Mark 67 Pf. festgesetzt. Und das war deutsches Recht!

²⁸ Bayr. L.R. III c. 8 § 7: 1000 Gulden. Sächs. Gb. § 1056—1058: 1000 Taler (oder jährlich 50 Taler).

Form²⁹, sahen aber beim Handgeschenk von diesem Formerfordernis ab³⁰. Ihrem Beispiel folgt das B.G.B.

Hiernach bedarf die Realschenkung keiner anderen Form, als sie für eine gleichartige Vermögensverschiebung zu irgendeinem anderen Zweck erforderlich ist³¹.

Dagegen hängt die Gültigkeit eines Schenkungsversprechens von dessen gerichtlicher oder notarieller Beurkundung ab. Die Annahme des Versprechens ist formfrei, es müßte sich denn um eine Leistung handeln, die den Vertrag auf beiden Seiten formbedürftig macht³². Als bloßes Schenkungsversprechen gilt auch ein schenkweise erteiltes abstraktes Schuldversprechen oder Schuldanerkennntnis³³. Somit kommt durch die Aushändigung einer in privater Schriftform ausgestellten Verpflichtungsurkunde selbst dann keine Schenkung zustande, wenn die Urkunde ein Wertpapier ist. Dies muß im Sinne des B.G.B. auch angenommen werden, wenn ein mit einer Verpflichtungserklärung des Schenkers versehener Wechsel schenkweise begeben wird³⁴.

²⁹ Preufs. A.L.R. I, 11 § 1063—1064, 1069: gerichtlicher Vertragsschluß. Code civ. art. 931: notarielle Form. Österr. Gb. § 943: schriftlicher Vertragsschluß. — Das Schweiz. O.R. a. 243 fordert schriftliche Form, jedoch bei Grundstücken oder dinglichen Rechten an Grundstücken öffentliche Beurkundung.

³⁰ Preufs. A.L.R. I, 11 § 1065—1068; bei beweglichen Sachen und Geld genügt „wirkliche Naturalübergabe“ (vgl. R.Ger. IX Nr. 66), bei unbeweglichen Sachen, entsprechend den damaligen allgemeinen Grundsätzen, Übergabe auf Grund eines schriftlichen Vertrages. Über das Handgeschenk im französ. R. vgl. Zachariae-Crome § 666, R.Ger. XVIII Nr. 75. Österr. R. b. Krainz § 133. Schweiz. O.R. a. 242.

³¹ Also wird ein Grundstück durch Auflassung und Eintragung, eine bewegliche Sache durch Einigung und Übergabe, ein dingliches Recht durch den gehörigen Begründungs-, Übertragungs- oder Aufhebungsakt geschenkt. Zur Schenkung einer Forderung aber genügt der formfreie Abtretungsvertrag. Wird schenkweise eine Schuld erlassen, so reicht der abstrakte Erlaßvertrag aus; R.Ger. LIII Nr. 76.

³² Schenkung des Vermögens oder eines Grundstückes nach B.G.B. § 311, 313; vgl. oben S. 348 Anm. 102.

³³ B.G.B. § 518¹ S. 2.

³⁴ Anders freilich wäre ohne die Bestimmung des B.G.B. nach der Natur des Wertpapiers zu entscheiden; vgl. oben Bd. II 111 Anm. 29. Auch für das Recht des B.G.B. halten Manche daran fest, daß hier eine Realschenkung vorliege. So Endemann § 164 Anm. 13, Planck Bem. 2, Matthiafs § 112 II, Kohler II 229. Allein die ratio legis fordert die gleiche Behandlung aller abstrakten Schuldversprechen. So auch Dernburg § 206 III, Crome § 230 Anm. 69, v. Tuhr, Zur Lehre von den abstrakten Schuldverträgen S. 17 ff., Oertmann Bem. 3c (früher a. M.), Enneccerus § 343 Anm. 11,

Der Mangel der Form des Schenkungsversprechens wird aber durch Bewirkung der versprochenen Leistung geheilt. Die Leistung muß eine derartige Vermögenszuwendung sein, wie sie auch ohne vorangegangenes Versprechen als Schenkungsgabe wirksam wäre. Sie darf also nicht wieder in einem bloßen Schuldversprechen bestehen³⁵. Vielmehr muß der Schenker bei Lebzeiten die versprochene reale Zuwendung durch den dazu je nach dem Gegenstande der Schenkung erforderlichen Verfügungsakt vollzogen haben^{35a}. Ist dies aber geschehen, so hat die Bewirkung der Leistung nicht nur die ihr schon an sich gebührende Kraft eines Handgeschenkes, sondern verleiht dem Vertrage, durch den sie versprochen war, rückwirkend Gültigkeit³⁶.

V. Verpflichtungen des Schenkers. Nach dem früher Gesagten sind die Verpflichtungen des Schenkers aus der Schenkung und aus einem Schenkungsversprechen zu unterscheiden.

1. Die Schenkung verpflichtet den Schenker, die aus seinem Vermögen stammende Bereicherung des Beschenkten so lange als gerechtfertigt anzuerkennen, als nicht ein Umstand eintritt, der sie zur ungerechtfertigten Bereicherung macht. Dagegen schuldet er keine Gewährleistung wegen Rechts- oder Sachmängel³⁷. Er

R.Ger. LXXI Nr. 73. Natürlich wird dadurch die Wirksamkeit der abstrakten Verpflichtungserklärung als solcher nicht in Frage gestellt.

³⁵ Somit auch nicht in der Hingabe einer abstrakt verpflichtenden Urkunde; vgl. die vorige Anm. Dagegen wird die Hingabe zur Erfüllung, wenn der Beschenkte sich durch Weiterbegebung der Urkunde (z. B. des Wechsels) die versprochene Summe verschafft.

^{35a} Der Tod des Schenkers vor der wirklichen Vollziehung durch Leistung des zugewendeten Gegenstandes schneidet die Heilbarkeit der formnichtigen Schenkung ab. Daran ändern vorbereitende Handlungen des Schenkers nichts; R.Ger. in J.W.Schr. 1904 S. 337 Nr. 3. Auch nicht eine auf Grund eines von ihm bei Lebzeiten erteilten Auftrages nach seinem Tode erfolgte Übergabe; R.Ger. LXXXIII Nr. 50.

³⁶ B.G.B. § 518². Somit wird auch ein formloses Nebenversprechen, z. B. ein Gewährschaftsversprechen, oder eine formlos hinzugefügte Nebenbestimmung, z. B. eine Auflage, die Ausschließung des ehemännlichen oder elterlichen Rechts (B.G.B. § 1369, 1440, 1526, 1638, 1651), eine auflösende Bedingung, wirksam. — Das Schweiz. O.R. a. 243³ bestimmt in wenig deutlicher Weise: „Ist das Schenkungsversprechen vollzogen, so wird das Verhältnis als Schenkung von Hand zu Hand beurteilt.“

³⁷ Dies gilt grundsätzlich nach röm. wie nach deut. R. („Einem geschenkten Gaul sieht man nicht ins Maul“); vgl. Windscheid-Kipp § 366 Z. 4 u. 5. Ausdrücklich sagt das Preuß. A.L.R. I, 11 § 1083: „Zur Gewährleistung wird der Schenkende dem Beschenkten nur durch ein ausdrückliches Versprechen

wollte eben nur zuwenden, was er selbst hatte. Nur aus arglistiger Verschweigung eines Mangels im Recht oder eines Fehlers der Sache wird er haftbar. Doch ist er auch in solchen Fällen nicht verpflichtet, das Recht zu verschaffen oder für den Minderwert der Sache Ersatz zu leisten, sondern hat nur für den aus seiner Arglist entstehenden Schaden Ersatz zu gewähren³⁸.

2. Das Schenkungsversprechen verpflichtet den Schenker zur Erfüllung durch Bewirkung der versprochenen Leistung. Allein seine Verpflichtung ist gegenüber der regelmässigen Verpflichtungskraft von Schuldversprechen erheblich abgeschwächt.

Der Schenker hat die Einrede des Notbedarfs; er kann die Erfüllung verweigern, soweit er dazu aufserstande ist, ohne dass sein standesmässiger Unterhalt oder die Erfüllung der ihm kraft Gesetzes obliegenden Unterhaltspflichten gefährdet wird³⁹. In seinem Konkurse kann die Forderung aus dem Schenkungsversprechen überhaupt nicht geltend gemacht werden⁴⁰. Das schenkweise erteilte Versprechen einer in wiederkehrenden Leistungen bestehenden Unterstützung begründet im Zweifel nur eine mit dem Tode des Schenkers erlöschende Verpflichtung⁴¹. Der Schenker hat nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten⁴². Hiernach ermässigen sich für ihn auch die Verzugsfolgen; zur Entrichtung von Verzugszinsen ist er überhaupt nicht verpflichtet⁴³.

verpflichtet.“ Über französ. R. Zachariae-Crome § 715. Sächs. Gb. § 949. Schweiz. O.R. a. 248².

³⁸ B.G.B. § 523¹, 524¹. Er haftet nur für das negative Interesse, z. B. die durch den Rechtsmangel verursachten Prozesskosten und den Verlust von Aufwendungen, und für die durch den Sachfehler verursachten Schädigungen der Gesundheit oder des Vermögens (z. B. Verseuchung des Viehstandes durch ein krankes Tier). Eine Gewährleistungspflicht liegt dabei nicht zugrunde. Diese Haftung kann auch nicht wegbedungen werden. — Nach Schweiz. O.R. a. 248¹ haftet er für absichtliche und grob fahrlässige Schädigung.

³⁹ B.G.B. § 519. Die Einrede der Kompetenz war auch im röm. R. anerkannt. Trotzdem fehlte sie in Entw. I und wurde erst in Entw. II eingefügt. Sie ist nur dilatorisch. Unter kollidierenden Ansprüchen mehrerer Beschenkte geht der frühere vor. — Weitergehend Schweiz. O.R. a. 250 Abs. 1 Z. 2—3.

⁴⁰ Konk.O. § 63 Z. 4. Vgl. Schweiz. O.R. a. 250 Abs. 2.

⁴¹ B.G.B. § 520; ebenso Schweiz. O.R. a. 252. Der Vertrag kann dies ändern.

⁴² B.G.B. § 521. Ebenso nach gem. R., Preufs. A.L.R. I, 11 § 1076, Sächs. Gb. § 1055. Dies gilt namentlich in Ansehung der Haftung für Verschlechterung des geschenkten Gegenstandes und für Unmöglichkeit der Leistung. Der Vertrag kann die Haftung verschärfen, aber auch auf Vorsatz einschränken.

⁴³ B.G.B. § 522. Ebenso l. 22 D. 39, 5, Preufs. A.L.R. I, 11 § 1079. Diese Haftungsmilderung kommt, anders als nach Preufs. L.R. § 1081, auch dem Rechtsnachfolger des Schenkers zugute.

Eine Gewährleistungspflicht wird grundsätzlich so wenig durch das Schenkungsversprechen wie durch das Handgeschenk begründet. Der Schenker, der geleistet hat, haftet also trotz des vorangegangenen Versprechens nur für den durch arglistige Verschweigung eines Mangels verursachten Schaden. Sein Versprechen richtete sich eben nur darauf, zuzuwenden, was er selbst hatte. Allein es ist möglich, daß er eine Gewährleistungspflicht übernimmt⁴⁴. Und in gewissem Umfange gilt nach gesetzlicher Regel eine Gewährleistungspflicht als übernommen, wenn Jemand einen Gegenstand zu leisten versprochen hat, den er selbst erst erwerben sollte. In diesem Falle muß er stets für einen Mangel im Recht, bei der Leistung einer nur der Gattung nach bestimmten Sache auch für einen Mangel der Sache dann eintreten, wenn ihm beim Erwerbe des Gegenstandes der Mangel bekannt gewesen oder nur infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist. Wegen des Mangels im Recht kann der Beschenkte Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Wegen des Mangels der Sache kann er die Lieferung einer fehlerfreien Sache an Stelle der fehlerhaften und nur, wenn der Schenker den Fehler arglistig verschwiegen hatte, statt der Ersatzlieferung auch Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern⁴⁵.

VI. Verpflichtungen des Beschenkten. Der Beschenkte ist verpflichtet, das ihm Zugewendete als ungerechtfertigte Bereicherung herauszugeben, wenn sein Haben durch den Rechtsgrund des Beschenktseins nicht mehr gerechtfertigt wird.

1. Rückforderung. Während das römische Recht nur eine Einrede des Notbedarfes gegen die Forderung des Beschenkten auf Erfüllung des Schenkungsversprechens gab, wurde im älteren gemeinen Recht vielfach dem verarmten Schenker auch eine Forderung auf Unterhalt gegen den Beschenkten gewährt⁴⁶. Das preussische Landrecht schloß sich hieran an, indem es dem verarmten Schenker einen Anspruch auf eine Rente in Höhe von

⁴⁴ Dazu bedarf es stets eines besonderen Versprechens, das aber formfrei ist, weil jeder Formmangel durch die Bewirkung der Leistung, mag diese auch mangelhaft sein, geheilt wird; oben S. 424 Anm. 36; a. M. Cosack § 139 IV 1 g. Das Garantieverprechen kann daher auch mit der Schenkungsgabe verbunden werden. Es bleibt aber immer ein Stück Schenkungsversprechen.

⁴⁵ B.G.B. § 523², 524². Hier handelt es sich um wahre, wenn auch abgeschwächte Gewährleistungspflicht, weshalb die Vorschriften über die Gewährleistungspflicht des Verkäufers entsprechende Anwendung finden sollen. Diese Haftung kann auch wegbedungen werden.

⁴⁶ Dernburg § 208 Anm. 3.

6 vom Hundert des geschenkten Wertes verlieh, soweit der Beschenkte ohne Gefährdung des eignen Unterhalts zur Leistung imstande war⁴⁷.

Das B.G.B. gibt dem Schenker nach Vollziehung der Schenkung ein Rückforderungsrecht wegen eigener Armut. Dieses Recht kann er ausüben, insoweit er seinen eignen Unterhalt nicht zu bestreiten oder die gesetzlichen Unterhaltspflichten gegen seine Verwandten, seinen Ehegatten oder seinen früheren Ehegatten nicht zu erfüllen vermag. Der Beschenkte muß dann auf Verlangen das Geschenk nach den Vorschriften über ungerechtfertigte Bereicherung herausgeben, kann dies aber durch Zahlung des für den Unterhalt erforderlichen Betrages abwenden. Unter mehreren Beschenkten ist der früher Beschenkte erst hinter dem später Beschenkten verpflichtet. Die Herausgabepflicht ist ausgeschlossen, wenn der Schenker seine Bedürftigkeit vorsätzlich oder durch grobe Fahrlässigkeit herbeigeführt hat oder wenn bei dem Eintritt seiner Bedürftigkeit bereits zehn Jahre seit Vollziehung der Schenkung verstrichen sind. Auch hat der Beschenkte die Einrede des Notbedarfs⁴⁸. In diesen Bestimmungen kommt der Gedanke zum Ausdruck, daß der Schenkungszweck zur Rechtfertigung der Bereicherung nicht mehr ausreicht, wenn der Wohltäter Not leidet, während der Empfänger der Wohltat Überfluß hat⁴⁹.

Zur Herausgabe des Geschenkes als ungerechtfertigter Bereicherung ist der Beschenkte auch verpflichtet, wenn ein unter Brautleuten gemachtes Geschenk wegen Unterbleibens der Eheschließung zurückgefordert wird oder wenn ein Vertragserbe oder

⁴⁷ Preufs. A.L.R. I, 11 § 1123—1128; R.Ger. XXIII Nr. 45, XXVII Nr. 46, XXVIII Nr. 46, XXIX Nr. 39, XXXV Nr. 69. Das Österr. Gb. § 947 gibt dem verarmten Schenker einen Anspruch auf die gesetzlichen Zinsen des geschenkten und noch vorhandenen Werts, soweit sie zu seinem Unterhalt erforderlich sind und der Beschenkte sich nicht in gleich dürftigen Umständen befindet. — Den anderen neueren Gesetzbüchern ist ein Rückforderungsrecht wegen eigener Notlage fremd; so auch dem neuen Schweiz. O.R.

⁴⁸ B.G.B. § 528—529. Diese Bestimmungen sind erst in der Reichstagskommission eingeschoben.

⁴⁹ Dazu stimmt freilich wenig die Versagung des Anspruchs, wenn die Bedürftigkeit erst nach zehn Jahren eintritt. Liegt der Gedanke zugrunde, daß dann kein Zusammenhang der Verarmung mit der Freigiebigkeit mehr anzunehmen ist? Auf einen solchen Zusammenhang aber, der auch bei früherer Verarmung fehlen kann, kommt nichts an. Oder soll nach zehn Jahren die Wohltat als vergessen gelten? Aber wenn die Bedürftigkeit früher eingetreten ist, kann bis zum Ablauf der Verjährungsfrist geklagt werden!

ein Pflichtteilsberechtigter ein ihn beeinträchtigendes Geschenk herausfordert⁵⁰.

2. **Widerruf.** In Übereinstimmung mit dem deutschen wie mit dem römischen Recht und mit allen Gesetzbüchern gewährt das B.G.B. dem Schenker ein Widerrufsrecht wegen groben Undankes⁵¹.

Der **Widerruf wegen Undankes**, der durch Erklärung des Schenkers gegenüber dem Beschenkten erfolgt, ist wegen jeder groben Verfehlung, deren sich der Beschenkte gegen den Schenker oder einen nahen Angehörigen desselben schuldig macht, zulässig⁵². Das Widerrufsrecht ist ein höchstpersönliches Recht. Doch können die Erben des Schenkers widerrufen, wenn der Beschenkte den Schenker vorsätzlich und rechtswidrig getötet oder ihn am Widerruf gehindert hat. Den Erben des Beschenkten gegenüber fällt das Widerrufsrecht weg. Das Widerrufsrecht erlischt durch Verzeihung und durch Nichtausübung binnen einem Jahre nach Erlangung der Kenntnis vom Undanke. Dagegen kann auf das Widerrufsrecht nicht im voraus verzichtet werden. Die Wirkung des Widerrufs ist Verpflichtung des Beschenkten zur Herausgabe der Bereicherung. Nach der zugrunde liegenden Anschauung darf der Beschenkte, wenn er auch zur Vergeltung durch dankbares Verhalten rechtlich nicht verpflichtet ist, die erwiesene Wohltat wenigstens nicht durch groben Undank lohnen. Andernfalls verwirkt er den Anspruch auf Belassung des Zugewendeten, so daß sein Haben nunmehr als ungerechtfertigte Bereicherung erscheint⁵³.

Verwandt ist das im Falle der Ehescheidung dem schuldlosen Teil zustehende Recht, die dem schuldigen Ehegatten während des Brautstandes oder der Ehe gemachten Schenkungen zu widerrufen⁵⁴. Dagegen hat das B.G.B. das in der alten gemeinrecht-

⁵⁰ B.G.B. § 1301, 2287—2288, 2329. Auch hier tritt überall die Schwäche des Rechtsgrundes der Bereicherung zutage. Vgl. unten § 218 VIII.

⁵¹ B.G.B. § 530—533. Über das röm. u. gem. R. v. Savigny a. a. O. S. 228 ff., v. Bothmer, Arch. f. z. Pr. LXI 335 ff., Windscheid § 367 Z. 3. Bayr. L.R. III 8 § 15. Preufs. A.L.R. I, 11 § 1151 ff. Code civ. Art. 953 ff., Zachariae-Crome §. 718. Österr. Gb. § 948 ff. Sächs. Gb. § 1059 ff. Schweiz. OR. a. 249, 250 Abs. 1 Z. 1, 254.

⁵² Vgl. dazu R.Ger. h. Seuff. LXIV Nr. 45. Das gemeine Recht und die anderen Gesetzbücher spezialisieren die Fälle des Undankes.

⁵³ Weil der Beschenkte das Geschenk von vornherein mit der Beschränkung erworben hat, daß er im Falle des Undankes es wieder herauszugeben verpflichtet ist, richten sich die Voraussetzungen des Widerrufs einer vor 1900 gemachten Schenkung nach altem Recht; R.Ger. LXII Nr. 77.

⁵⁴ B.G.B. § 1584 mit Verweisung auf § 531.

lichen Praxis anerkannte und in manche Gesetzbücher übergegangene Widerrufsrecht wegen nachgeborener Kinder nicht aufgenommen⁵⁵. Fremd ist ihm auch das vom preussischen Landrecht gewährte Widerrufsrecht wegen Übermaßes⁵⁶. Desgleichen das die Formfreiheit der Schenkungsgabe abwandelnde freie Widerrufsrecht, das nach preussischem Recht bei jeder auch vollzogenen außergerichtlichen Schenkung dem Schenker sechs Monate lang zustand⁵⁷.

3. Anfechtung. Die Schwäche des Rechtsgrundes beim Schenkungserwerb macht sich auch im Verhältnis des Beschenkten zu den Gläubigern des Schenkers geltend, indem die Gläubigeranfechtung im Konkurse wie außerhalb des Konkurses erleichtert ist⁵⁸.

VII. Besondere Arten der Schenkung.

1. Schenkung mit Auflage⁵⁹. Bei der Schenkung unter einer Auflage verspricht der Beschenkte mit der Annahme der Schenkung zugleich die Bewirkung einer Leistung⁶⁰. Dadurch

⁵⁵ Für das gemeine Recht folgte man das Widerrufsrecht aus der Verallgemeinerung von l. 8 C. 8, 55 (56). Vgl. Lauterbach zu Tit. Dig. de don. Nr. 53 sq., Stryck, Usus mod. Nr. 17, Dernburg II § 108 Z. 3 b; dagegen Savigny S. 228, Windscheid-Kipp § 367 Anm. 22. Das Preuss. A.L.R. I, 11 § 1140 ff. gewährt das Widerrufsrecht nur bei noch nicht vollzogenen Schenkungen. Ähnlich Schweiz. O.R. a. 250 Abs. 1 Z. 3. Nach Code civ. Art. 960—966 gilt jede Schenkung einer kinderlosen Person im Falle der Geburt ehelicher Kinder von Gesetzes wegen als widerrufen; Zachariae-Crome § 719. Das Österr. Gb. § 954 gewährt nur einen Kompetenzanspruch.

⁵⁶ Preuss. A.L.R. I, 11 § 1091 ff. (mehr als die Hälfte des Vermögens). Indessen ist das Rückforderungsrecht aus B.G.B. § 528 auch begründet, wenn die Bedürftigkeit des Schenkers unmittelbar durch Vollziehung einer übermäßigen Schenkung eintritt.

⁵⁷ Preuss. A.L.R. I, 11 § 1090. Auch den Erben des Schenkers, R.Ger. XII Nr. 70.

⁵⁸ Konk.O. § 32, Anfechtungsges. § 3. Dies gilt jedoch nicht bloß für Schenkungen, sondern für alle unentgeltlichen Verfügungen.

⁵⁹ Fr. Haymann, Die Schenkung unter einer Auflage nach röm. u. deut. bürgerl. R., Berlin 1905. Crome, Die partiarischen Rechtsgeschäfte S. 529 ff. Oertmann, Entgeltliche Geschäfte S. 51 ff. — Über das röm. u. gem. R. Meyerfeld I 412 ff.; Savigny a. a. O. § 175; Windscheid-Kipp § 368 S. 566 ff. — Französ. R. b. Zachariae-Crome § 711. — Über das Recht des B.G.B. Stammler, Schuldv. S. 85 ff.; Endemann § 164 Z. 4a; Dernburg § 210 I; Crome § 232; Enneccerus § 348; Cosack § 140 I.

⁶⁰ Die Leistung kann in einem Tun oder Unterlassen bestehen, Vermögenswert haben oder nicht haben, dem Schenker, einem Dritten oder dem Beschenkten selbst zugute kommen. — Keine Auflage ist die Bestimmung eines Geschenkes an einen Verein zur Verwendung für dessen satzungsmäßigen Zweck, da der Verein sein Vermögen ohnehin nur zu diesem Zweck verwenden darf; R.Ger. b. Seuff. LXVIII Nr. 189.

wird die Schenkung nicht zu einem gegenseitigen Vertrage⁶¹. Die auferlegte Leistung gilt rechtlich nicht als Entgelt der Gabe⁶². Vielmehr erscheint sie nur als eine durch Nebenabrede begründete Belastung der Schenkung für einen mit dem Hauptzwecke der Bereicherung des Beschenkten verknüpften Nebenzweck. Darum entsteht die Verpflichtung zur Vollziehung der Auflage erst mit dem Empfange des Geschenkes⁶³. Nunmehr kann der Schenker und nach dessen Tode, falls die Bewirkung der versprochenen Leistung im öffentlichen Interesse liegt, neben den Erben auch die zuständige Behörde die Vollziehung der Auflage verlangen⁶⁴. Darum gehört es aber auch zum Begriff der Auflage, daß der für ihre Vollziehung aufzuwendende Vermögenswert hinter dem Werte des Geschenkes zurückbleibt⁶⁵. Verpflichtet sich der Empfänger in Kenntnis des Sachverhalts zu einer Leistung, durch die für ihn jede Bereicherung aus der Zuwendung ausgeschlossen wird, so liegt überhaupt, auch wenn das Geschäft als Schenkung bezeichnet ist, keine Schenkung, sondern ein lästiger Vertrag vor. Wollte er aber die Zuwendung nur als Geschenk annehmen, so hat er mit Übernahme der Auflage sich immer nur zur Erfüllung mit dem empfangenen Werte verpflichtet. Das B.G.B. gewährt ihm freilich nur in dem Falle, wenn infolge eines Rechts- oder Sachmangels der Wert der Zuwendung die Kosten der Auflage nicht deckt, das Recht, die Voll-

⁶¹ R.Ger. LX Nr. 56. — Abweichend Preufs. A.L.R. I, 11 § 1053 ff., wozu nach regelmäßig ein lästiger Vertrag anzunehmen ist.

⁶² Daher wird auch durch Nichtigkeit oder eine vom Beschenkten nicht zu vertretende Unmöglichkeit der Auflage die Schenkung nicht hinfällig. Doch kann anderes vereinbart sein.

⁶³ Dies ergab sich im älteren deut. R. aus dem Prinzip der Empfangshaftung, im röm. R. aus der Anwendung der Grundsätze über Innominatkontrakte. Es ist aber auch nach dem B.G.B. trotz der zweideutigen Fassung des § 525 anzunehmen. Vgl. Crome § 232 Anm. 32, Endemann § 164 Anm. 28, Oertmann Bem. 2a. Abweichend Cosack § 140 I 1b, Planck Bem. 2a, nach denen der Anspruch auf Vollziehung der Auflage mit dem Vertrage entsteht und nur durch Vorleistung des Schenkers bedingt ist.

⁶⁴ B.G.B. § 525; ebenso Schweiz. O.R. a. 246. Ist eine Leistung an einen Dritten auferlegt, so entscheiden darüber, ob der Dritte ein Klagerecht hat, die Grundsätze über Verträge zugunsten Dritter; über die für das Recht des Dritten nach B.G.B. § 330 sprechende Vermutung vgl. oben S. 393. Bei einer ausschließlich im eignen Interesse des Beschenkten gemachten Auflage ist ein Klagerecht überhaupt nicht gegeben. Auch in anderen Fällen kann durch den Inhalt der Auflage ein Rechtszwang ausgeschlossen sein. Cosack § 140 II stellt für solche Fälle den besonderen Begriff der von der Schenkung unter einer Auflage verschiedenen „Zweckschenkung“ auf.

⁶⁵ Vgl. R.Ger. LXII Nr. 94.

ziehung der Auflage bis zur Ausgleichung des Mangels zu verweigern oder, wenn er die Auflage in Unkenntnis des Mangels vollzogen hat, Ersatz der Mehraufwendungen zu verlangen⁶⁶. Man wird ihm aber auch helfen müssen, wenn infolge eines anderen ihm unbekannt gebliebenen oder nachträglich ohne sein Verschulden eingetretenen Umstandes die Vollziehung der Auflage ihn ärmer machen würde, als er ohne die Schenkung wäre. Denn offenbar war sein erklärter rechtsgeschäftlicher Wille nur auf Haftung bis zum Betrage der empfangenen Bereicherung gerichtet⁶⁷. Unterbleibt die Vollziehung der Auflage, so hat der Schenker ein Rückforderungsrecht auf Grund ungerechtfertigter Bereicherung⁶⁸. Dieses Recht kann er anstatt des Anspruchs auf Vollziehung der Auflage ausüben. Es steht ihm aber auch dann zu, wenn er auf Vollziehung nicht klagen kann⁶⁹. Doch hat er das Rückforderungsrecht nur unter denselben Voraussetzungen, unter denen er bei einem gegenseitigen Vertrage kraft Rücktritts das Geleistete zurückfordern könnte⁷⁰. Und immer kann er das Geschenk nur insoweit zurückfordern, als es zur Vollziehung der Auflage hätte verwendet werden müssen⁷¹. Überdies ist das Rückforderungs-

⁶⁶ B.G.B. § 526.

⁶⁷ Vgl. Endemann § 164 Anm. 29. Lammfromm, Teilung, Darlehn, Auflage u. Umsatzvertrag, 1897, S. 153 ff., u. Oertmann, Bem. 4, wollen dem Beschenkten in der Art des § 526 dann helfen, wenn wider die berechtigte Vorstellung der Parteien die Kosten der Auflage den Wert des Geschenkes übersteigen. Allein es kommt nur auf die Vorstellung des Beschenkten an, die, wenn er beschenkt sein will, stets auf Bereicherung geht. — Die herrschende Meinung versagt dem Beschenkten jede Hilfe; Haymann S. 91, 117, Planck Bem. 4, Cosack § 140 I 1 d, Kipp b. Windscheid S. 567, Hoeniger, Gemischte Verträge S. 251 ff., Raape b. Dernburg⁴ Anm. 7. — Das Schweiz. O.R. a. 246³ gibt dem Beschenkten ein unbedingtes Leistungsverweigerungsrecht, „insoweit der Wert der Zuwendung die Kosten der Auflage nicht deckt und ihm der Ausfall nicht ersetzt wird“.

⁶⁸ B.G.B. § 527. Vgl. Schweiz. O.R. a. 249 Z. 3.

⁶⁹ So, wenn dem Beschenkten eine bestimmte Art der Verwendung des Geschenkes in eigenem Interesse auferlegt war; z. B. für den Besuch einer Unterrichtsanstalt, eine Studienreise, eine Badekur, die Bezahlung von Schulden; oder einer beschenkten Stadtgemeinde für Verschönerung der Stadt, R.Ger. LXXV Nr. 22.

⁷⁰ Es fehlt ihm daher namentlich, wenn die Vollziehung der Auflage durch einen vom Beschenkten nicht zu vertretenden Umstand unmöglich wird. Hier behält der Beschenkte das Geschenk lastenfrei; oben Anm. 62. Wenn jedoch der Schenker nachweisen kann, daß der Bestand der Schenkung von dem Erfolg der Auflage abhängig sein sollte, wird er auf Grund des § 812 B.G.B. kondizieren können; Enneccerus § 348 Anm. 11.

⁷¹ Somit hat er, wenn die Auflage keinen Vermögenswert hat, überhaupt

recht ausgeschlossen, wenn ein Dritter berechtigt ist, die Vollziehung der Auflage zu verlangen⁷².

2. Pflichtschenkungen. Während die Schenkung mit Auflage die Verpflichtungen des Beschenkten steigert, tritt bei den Pflichtschenkungen eine stärkere Gebundenheit des Schenkers ein.

Im früheren Recht wurde vielfach belohnenden Schenkungen eine stärkere Bindungskraft beigelegt⁷³. Dabei war im Sinne des älteren deutschen Rechtes der Gesichtspunkt maßgebend, daß eine solche Schenkung, weil sie im voraus vergolten sei, keiner weiteren Vergeltung bedürfe⁷⁴. Mehr und mehr aber drang die Auffassung durch, daß, wenn überhaupt eine Schenkung vorliege, die Vergeltungsabsicht des Schenkers ein für den unentgeltlichen Charakter seiner Zuwendung unerheblicher Beweggrund sei. Soweit man trotzdem remuneratorischen Schenkungen eine Sonderstellung einräumte, gründete man dies nunmehr auf die vom Schenker erfüllte sittliche oder Anstandspflicht, die seiner Gabe den Charakter einer reinen Freigiebigkeit entziehe⁷⁵. Das B.G.B. hat diese Entwicklung zum Abschluß gebracht.

kein Rückforderungsrecht aus § 527. Möglicherweise kann er aber auch hier auf Grund des § 812 zur Herausforderung der ganzen Bereicherung berechtigt sein; Planck Bem. 5, Oertmann Bem. 3. A. M. Dernburg § 210 Anm. 5, Haymann S. 151.

⁷² Die Rückforderung würde hier den Anspruch des Dritten vernichten. Dies gilt auch, wenn das Klagerecht des Dritten neben dem Klagerecht des Schenkers besteht. Daher auch, wenn neben dem Erben die Behörde klagen kann; Crome Anm. 39, Enneccerus Anm. 12; a. M. Haymann S. 177.

⁷³ Während das röm. R. nur die Schenkung zur Vergeltung einer Lebensrettung für unwiderruflich erklärt (l. 34 § 1 D. 35, 5), dehnte die ältere gemeinrechtliche Doktrin dies auf alle oder doch auf alle nicht übermäßigen Vergeltungsschenkungen aus. Manche wollten eine mit der Absicht der Belohnung gemachte Zuwendung überhaupt nicht dem Schenkungsrecht unterstellen. In der neueren Theorie und Praxis jedoch überwog die Ansicht, daß, abgesehen von dem Spezialfall der Lebensrettung, die remuneratorische Schenkung dem gewöhnlichen Schenkungsrecht unterliege. Vgl. über die verschiedenen Ansichten Meyerfeld I § 19, v. Savigny § 152, v. Vangerow § 125 Anm., Windscheid § 368 Anm. 11. — Das Preufs. A.L.R. I, 11 § 1169 ff. läßt bei jedem „belohnenden Geschenk“ nur den Widerruf wegen Übermaßes zu und fordert für das Versprechen eines solchen nur schriftliche Form. — Das Sächs. Gb. § 1064 ist römisch. — Code civ. art. 960 u. Öst. Gb. § 940—941 unterwerfen jede belohnende Schenkung dem gewöhnlichen Schenkungsrecht.

⁷⁴ Daraus ergab sich insbesondere der Wegfall des Widerrufs wegen Undankes.

⁷⁵ Meist freilich identifizierte man diese Pflicht mit einer natürlichen Verbindlichkeit und verneinte daher in solchen Fällen die Anwendbarkeit des

Es kennt den Begriff der belohnenden Schenkung nicht, stellt aber ein Sonderrecht für alle Schenkungen auf, durch die einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen wird. Dazu werden belohnende Schenkungen häufig gehören. Entscheidend aber dafür ist nicht die Vergeltungsabsicht des Schenkers, sondern das Sittlichkeits- oder Anstandsgebot, das die Belohnung forderte. Andererseits fallen unter diesen Begriff mancherlei nicht remuneratorische Schenkungen. Eine sittliche Pflicht z. B. erfüllt auch, wer notleidenden Geschwistern oder anderen nahen Verwandten, denen gegenüber eine gesetzliche Unterhaltspflicht nicht besteht, Unterstützung gewährt. Durch den Anstand geboten sind je nach der in den einzelnen Gesellschaftskreisen herrschenden Sitte allerlei Gelegenheitsgeschenke, Ehrengaben und Wohltätigkeitsbezeugungen⁷⁶. In allen solchen Fällen liegen Schenkungen vor. Denn eine rechtliche Verbindlichkeit, sei sie auch unvollkommener Art, besteht nicht. Darum findet grundsätzlich das Schenkungsrecht Anwendung⁷⁷. Allein derartige Schenkungen beruhen nach der Lebensauffassung nicht auf reiner Freigiebigkeit. Darum hat die durch sie bewirkte Vermögensverschiebung im Verhältnis zu sonstigen Schenkungen eine stärkere causa für sich. Aus diesem Grunde sind sie der Rückforderung und dem Widerruf entzogen⁷⁸. Auch werden sie von den Schenkungsverboten, die in der Einschrän-

Schenkungsrechtes überhaupt. Vgl. für das französ. R. *Zachariae-Crome* § 173 I. Auch Sächs. Gb. § 1064 S. 2. Allgemein bestimmt das Schweiz. O.R. a. 239³: „Die Erfüllung einer sittlichen Pflicht wird nicht als Schenkung behandelt.“

⁷⁶ Eine Anstandspflicht erfüllt auch eine A.G., wenn sie einen Teil ihres Gewinnes einer Pensionskasse für ihre Angestellten zuwendet; R.Ger. LXXXIII Nr. 12. Dagegen hat das R.Ger. LXX Nr. 5 das Vorhandensein einer sittlichen oder Anstandspflicht verneint, wenn ein Arbeitgeber über die ihm reichsgesetzlich obliegende Versicherungspflicht hinaus einen Verein seiner Angestellten für Hinterbliebenenfürsorge beschenkt. Ebenso LXXV Nr. 31 bei einer Schenkung zur Errichtung billiger Arbeiterwohnungen. Desgleichen LXXVIII Nr. 92 bei der Bertha v. Kruppschen Schenkung an die für die Kruppschen Arbeiter bestimmte rechtsfähige Invalidenstiftung. Auch LXX Nr. 99, wenn die Erben eines bedeutenden Nachlasses im Sinne jüdischer Tugendübung Schenkungen an Wohltätigkeitsanstalten machen.

⁷⁷ So z. B. hinsichtlich der Form des Versprechens und hinsichtlich der Gewährleistung.

⁷⁸ B.G.B. § 534. Ebenso im Falle des § 2330. Vgl. auch die Befreiung der „gebräuchlichen Gelegenheitsgeschenke“ von der Anfechtung in Konk.O. § 32, Anfechtungsges. § 3.

kung der Verfügungsmacht über ein Vermögen wurzeln, nicht betroffen⁷⁹.

3. Gemischte Schenkungen. Wird eine Schenkung einem lästigen Vertrage beigemischt, indem unter Festsetzung einer hinter dem Werte der Leistung zurückbleibenden Gegenleistung (z. B. eines zu niedrigen Kaufpreises) vereinbart wird, daß der Mehrwert der Leistung den Inhalt einer unentgeltlichen Zuwendung bilden soll, so liegt ein einheitliches Rechtsgeschäft vor, das aber insoweit, als es Schenkung ist, nach Schenkungsrecht beurteilt werden muß⁸⁰.

§ 192. Kauf¹.

I. Kauf und Tausch. Der Kauf als Umsatz einer Ware gegen einen Preis ist erst nach Ausbildung des Geldbegriffes entstanden. Vorher war der Tausch als Umsatz von Ware gegen Ware das alleinige Verkehrsgeschäft. Allein zuerst der Kauf entwickelte sich zu einem gegenseitigen Schuldvertrage.

Im alten deutschen Recht erscheint der Kauf überhaupt als Urtypus der gegenseitigen Verträge². Das für ihn ausgebildete Schuld- und Haftungsrecht wurde, wie auf andere gegenseitige

⁷⁹ B.G.B. § 1446, 1641, 1804, 2113, 2205. — Eine weitere Begünstigung liegt in ihrer Steuerfreiheit nach dem Erbschaftssteuerges. vom 3. Juni 1906 § 56².

⁸⁰ Vgl. über die sehr streitige Materie bes. Lammfromm a. a. O. S. 132 ff., W. Müller, Jahrb. f. Dogm. XLVIII 209 ff., Weirauch b. Gruchot XLVIII 229 ff., Planck Bem. 6 zu § 516, Oertmann Bem. 9, Hoeniger, Die gemischten Verträge, S. 284 ff., Schreiber, Jahrb. f. D. IX 106 ff., Enneccerus § 347. Das Rückforderungsrecht und das Widerrufsrecht ist mit dem R.Ger. LXVIII Nr. 80 auf den geschenkten Mehrwert zu beschränken.

¹ Für das ältere deut. R. fehlt es an einer systematischen Darstellung. Einzelnes bei Stobbe-Lehmann III § 231—232. Für das spätere M.A. Fr. Conze, Kauf nach hanseatischen Quellen, Bonn 1889. Vgl. auch E. Huber, Schweiz. Privatr. IV 849 ff. H. Mitteis, Rechtsfolgen des Leistungsverzuges beim Kaufvertrag nach niederländ. Quellen des M.A., 1913 (Beyerle VIII, 2). Hübner, Grundz.² § 83. v. Schwerin, R.G.² S. 119. Über nord. R. v. Amira, O.R. I 541 ff., II 677 ff. — Röm. u. gem. R.: Bechmann, Der Kauf nach gem. R., I 1876, II 1, 1884, II 2, 1, 1905; Brinz² II § 325 ff.; Windscheid-Kipp II § 385 ff. — Preufs. R.: Förster-Eccius II § 124 ff.; Dernburg II § 133 ff. — Österr. R.: Krainz-Pfaff-Ehrenzweig II § 364. — Französ. R.: Zachariae-Crome II 445 ff. — B.G.B.: Schollmeyer S. 7 ff.; Endemann I § 137 ff.; Cosack I § 121 ff.; Dernburg II 2 § 167 ff.; Crome II § 211 ff.; Enneccerus I, 2 § 324 ff.; Komm. zu § 433 ff. — Handelskauf: Thöl § 251 ff.; Gareis in Endemanns Handb. II § 258 ff., H.R. § 45 ff.; Düringer-Hachenburg III 1 ff.; K. Lehmann, H.R.² § 164 ff.

² R. Schröder, R.G.⁵ S. 64 Anm. 21; v. Amira II 287; Hübner § 82.

Verträge, so auf den Tausch übertragen³. Der Tausch nahm dem Kaufe gegenüber keine Sonderstellung ein und teilte mit ihm alle Fortschritte des Verkehrsrechtes.

Dagegen hielt das römische Recht, nachdem es frühzeitig den Kauf zum Konsensualkontrakte erhoben hatte, den Tausch auf der Stufe des Realkontraktes fest. In Deutschland konnte diese grundsätzliche Unterscheidung nicht durchdringen⁴. Auch der Tausch wurde zum Konsensualkontrakte. Doch blieben im gemeinen Recht und zum Teil auch in den Partikularrechten einzelne Verschiedenheiten zwischen Kauf- und Tauschrecht anerkannt⁵.

Im heutigen Recht sind sie verschwunden. Auf den Tausch finden durchweg die Vorschriften über den Kauf entsprechende Anwendung⁶. Jeder Teil hat daher die Verpflichtungen eines Verkäufers und, soweit nicht das Fehlen eines Kaufpreises entgegensteht, auch die eines Käufers⁷.

II. Der Kauf als Schuldvertrag. Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß in ältester Zeit jeder Kauf, wie jeder Tausch, Bargeschäft war. So lange sich der rechtliche Gehalt dieses Vorganges in der wechselseitigen Hingabe mit Übereignungsabsicht erschöpfte, war darin ein Schuldvertrag nicht enthalten.

Diese Stufe hatte das germanische Recht mindestens zur Zeit der Volksrechte längst überschritten⁸. Allerdings erfolgte der Austausch von Ware und Preis auch jetzt der Regel nach Zug um Zug. Allein einerseits übernahm der Verkäufer eine schuldrechtliche Verpflichtung, die dem Käufer übertragene Gewere nicht anzufechten und Dritten gegenüber zu vertreten⁹. Mochte ursprünglich die Gewährleistungspflicht des Verkäufers nur aus deliktischen Gesichtspunkten hergeleitet worden sein, so gewann

³ v. Amira I 585 ff., II 720 ff.

⁴ Oben § 186 S. 344 Anm. 82.

⁵ Vgl. für das gem. R. (Eigentumsverschaffungspflicht beim Tausch, nicht beim Kauf) Windscheid § 398. Preufs. A.L.R. I, 11 § 363—375. Code civ. art. 1702—1707. Österr. Gb. § 1045—1052. Schweiz. O.R. § 273 (jetzt 238).

⁶ B.G.B. § 515. Ebenso schon Sächs. Gb. § 1138. — Hiernach sind auch auf einen Tausch von Waren oder Wertpapieren, wenn er Handelsgeschäft ist, die Vorschriften des H.G.B. über den Handelskauf anzuwenden. So schon für das ältere Recht O.L.G. Marienwerder b. Seuff. Bd. 50 Nr. 258.

⁷ Der Tausch ist aber ein einheitliches Geschäft. Dies wird stempelrechtlich wichtig; R.Ger. LVII Nr. 60, LXXIII Nr. 24. Verschieden vom Tausch ist ein doppelseitiger Kauf mit Hingabe von Sachen an Zahlungsstatt.

⁸ Gegen die abweichende Meinung vgl. Schuld und Haftung S. 84 Anm. 16.

⁹ Vgl. Schuld und Haftung S. 84 ff.; unten § 193 I S. 457 ff.

sie durch die überaus üblichen Gewährleistungsversprechen, die der Verkäufer für sich und seine Erben abgab, eine vertragsrechtliche Grundlage¹⁰. Frühzeitig galt ein Gewährleistungsversprechen als immanenter Bestandteil der Willenserklärung des Verkäufers¹¹. Für diese Versprechensschuld aber trat auf Grund des Empfanges des Preises eine Empfangshaftung des Verkäufers ein und wurde überdies oft ein besonderes Haftungsverhältnis begründet¹². Andererseits erschien die vielfach vorgenommene und beim Liegenschafts-kauf kaum entbehrliche vorgängige Vereinbarung über den Vollzug der Übereignung gegen Preiszahlung als ein Schuldvertrag. Denn wenn auch aus solcher Vereinbarung kein Teil haftete und jeder Teil sein Wort gegen Rückgabe des fremden Wortes zurücknehmen konnte, so entsprang doch dem beiderseitigen Versprechen ein Schuldverhältnis, das durch das Austauschgeschäft erfüllt wurde¹³. Hiermit aber war nun auch die Möglichkeit gegeben, eine erzwingbare Verpflichtung zur Erfüllung herzustellen. Nach dem Prinzip der Empfangshaftung wurde, wenn ein Teil seinerseits erfüllt hatte, der andere Teil für sein Versprechen haftbar¹⁴. Der Erfüllung wurde nicht nur die reale Teilerfüllung, sondern auch die mehr oder minder nur formale Arrhalleistung gleichgestellt¹⁵. Außerdem konnte jeder Teil durch Treugelübde oder Wadiation oder ein anderes Haftungsgeschäft sein auf Übereignung der Sache oder Zahlung des Preises gerichtetes Versprechen verfestigen¹⁶.

Im deutschen Mittelalter hat der Kauf als Schuldvertrag folgende Gestalt. Die gewollte entgeltliche Veräußerung wird durch dingliches Rechtsgeschäft vollzogen. Mit der Hingabe gegen Preiszahlung übernimmt der Verkäufer mangels anderer Abrede eine schuldrechtliche Gewährleistungspflicht. Die vorangehende Kaufberedung ist ein gegenseitiger Schuldvertrag. Dieser Vertrag ist an sich formfrei. Es besteht aber ein beiderseitiges Reuerecht. Dieses Reuerecht fällt weg, sobald von einer Seite ganz oder teilweise erfüllt ist. Es wird aber auch durch die Anwendung einer haftungsrechtlichen Form ausgeschlossen¹⁷. Dann kann jeder Teil

¹⁰ Schuld und Haftung S. 86 Anm. 22—24.

¹¹ Schuld und Haftung S. 86 Anm. 21.

¹² Schuld und Haftung S. 87 Anm. 25, S. 88 Anm. 27.

¹³ Schuld und Haftung S. 84, S. 353 ff.; oben § 184 S. 302, § 186 S. 335.

¹⁴ Schuld und Haftung S. 84 ff.; oben § 186 I b S. 334 ff.

¹⁵ Schuld und Haftung S. 88—89, 337 ff.; oben § 186 S. 336 ff.

¹⁶ Schuld und Haftung S. 88 Anm. 26, S. 350 ff.

¹⁷ Besonders üblich waren die arrhalrechtlichen Formen des Weinkaufs

die Erfüllung verlangen. Die Erfüllung muß im Zweifel Zug um Zug erfolgen. Doch kann Vorauszahlung des Kaufpreises oder Stundung desselben vereinbart sein¹⁸.

Mit der Rezeption wurde die römischrechtliche Ausgestaltung der *emptio venditio* im Sinne des reinen Konsensualvertrages aufgenommen. Damit verschwand das dem deutschrechtlichen Konsensualvertrage innewohnende Reuerecht und die Befestigungsfunktion der alten haftungsrechtlichen Formen. Im gemeinen Recht erlangte der formlose Kaufvertrag volle Verpflichtungskraft. Die Partikularrechte wichen hiervon nur insoweit ab, als sie allgemein für Verträge über gewisse Gegenstände oder über Gegenstände von bestimmtem Wert Formvorschriften aufstellten, die auch für Kaufverträge galten.

Auch das Bürgerliche Gesetzbuch regelt den Kauf im Sinne eines gegenseitigen Schuldvertrages, durch den sich die Parteien einander zur Vornahme von Veräußerungsgeschäften verpflichten. Der Vertrag ist an sich formfrei, jedoch insoweit formbedürftig, als er zur Veräußerung eines Grundstücks, des Vermögens, einer Erbschaft oder eines Erbteils, des Geschäftsanteils bei einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung verpflichtet¹⁹. Die Veräußerungsgeschäfte, durch die der Kaufvertrag erfüllt wird, unterstehen den vom schuldrechtlichen Kausalgeschäft unabhängigen sachenrechtlichen oder sonstigen gegenstandsrechtlichen Regeln.

Daneben aber ist auch im heutigen Recht ein Handkauf (Realkauf) anzuerkennen, der unmittelbar durch die in Kaufabsicht zueinander in Beziehung gesetzte Veräußerung von Ware und Geld abgeschlossen wird²⁰. Die Annahme, daß auch hier stets ein zur Veräußerung verpflichtender Schuldvertrag zugrunde liege, der nur eben mit seiner Erfüllung zusammenfalle, ist eine dem

und des Gottespfennigs. Aber auch die Verpflichtung durch Handschlag reichte aus. Eine wichtige Rolle spielte auch die Befestigung durch Urkundenbegebung.

¹⁸ Daß Vorauszahlung des Kaufpreises vorkam, zeigt schon Sachsensp. I, 9. Kreditkäufe mit aufgeschobener Preiszahlung wurden von der hanseatischen Gesetzgebung, jedoch vergeblich, bekämpft; Conze a. a. O. S. 67 ff.

¹⁹ Oben § 186 S. 347 ff. Anm. 98—106. — Das neue Schweiz. O.R. enthält in a. 216 besondere Formvorschriften für den Grundstückskauf.

²⁰ Vgl. Bähr, Krit.V.Schr. XXX 386 ff., Urteile des R.Ger. S. 34 ff.; Dernburg, Pand. II § 94 Nr. 3, B.R. II § 167 III; Endemann § 163 Z. 2; Wilutzky, Arch. f. b. R. XXVII 100 ff.; Matthiafs § 110 I; auch Crome § 211, 2b, Planck, Vorbem. 2. — Dagegen Ring, Arch. f. b. R. I 203; Cosack § 130 I 3; Oertmann, Vorbem. 1a; Staub, Exkurs vor H.G.B. § 373 Anm. 27; Enneccerus § 324 I.

Lebensvorgänge widersprechende Fiktion²¹. Vielmehr erfolgt die Veräußerung selbst kaufweise²². Doch schließt die Einigung darüber, daß die Ware Kaufgegenstand und das Geld Kaufpreis sein soll, auch hier einen Schuldvertrag ein. Denn sie begründet die schuldrechtlichen Wirkungen eines vollzogenen Kaufes und insbesondere die Gewährleistungspflicht des Verkäufers²³.

III. Inhalt des Kaufs. Den Inhalt des Kaufvertrages bildet ein gegenseitiges Leistungsversprechen, das seitens des Verkäufers auf eine Ware, seitens des Käufers auf einen Preis gerichtet ist.

1. Ware. Ware kann jedes vermögenswerte Gut sein, das der Übertragung auf ein anderes Subjekt fähig ist.

a. Sachen. Die ursprünglichste und noch heute wichtigste Art des Kaufes ist der auf den Umsatz körperlicher Gegenstände abzielende Sachkauf.

Gegenstand des Sachkaufes kann jede verkehrsfähige Sache sein. Der Sachkauf ist entweder Liegenschafts Kauf oder Fahrniskauf^{23a}. Jenachdem er eine individuell oder eine nur der Gattung nach bestimmte Sache betrifft, ist er Spezieskauf oder Gattungskauf. Auch Geld kann, insoweit es eben als Ware behandelt wird, gekauft werden²⁴. Als Sachkauf erscheint trotz des in ihm zugleich enthaltenen Rechtskaufes grundsätzlich auch der Kauf von Wertpapieren²⁵. Den Gegenstand des Kaufes kann natürlich auch eine körperliche Gesamtsache oder eine Hauptsache mit Zubehör als Sacheinheit bilden. Der Kaufvertrag kann aber auch eine beliebige Vielheit von Sachen zu einem durch einen Gesamtpreis zu vergeltenden Kaufobjekte zusammenfassen²⁶.

²¹ Man denke an den Automatenkauf, den Kauf eines Theaterbillets, den Geldwechsel (soweit er Kauf ist), die Entnahme einer mit Preisangabe ausgelegten Ware usw. — Da hier eine Verpflichtung zur Zahlung des Kaufpreises nie entstanden ist, trifft auch den Käufer nicht die Beweislast der erfolgten Zahlung, sondern den Verkäufer die Beweislast der Nichtzahlung.

²² Gerade wie beim Handgeschenk schenkweise.

²³ Hierüber ist man einig. Aber auch der Käufer ist, wenn sich seine Leistung als mangelhaft herausstellt (z. B. falsches Geld oder aus Versehen zu wenig), zur Ersatzleistung verpflichtet.

^{23a} Das neue Schweiz. OR. trifft gesonderte Bestimmungen über den „Fahrniskauf“ (Abschn. II a. 187—215) und „Grundstückskauf“ (Abschn. III a. 216—221).

²⁴ Kauf ist insbesondere das Einwechseln von ausländischem Geld gegen inländisches Geld. Sonst ist das Geldwechseln Tausch.

²⁵ Vgl. bes. R.Ger. LIX Nr. 70.

²⁶ Über den Kauf „in Bausch und Bogen“, für den das Preuß. A.L.R. I, 11 § 83 ff. besondere Regeln aufstellt, vgl. Dernburg, B.R. § 169 V.

Die Kaufsache braucht bei Abschluss des Kaufvertrages weder in der Gewalt des Verkäufers noch überhaupt schon vorhanden zu sein. Die ursprüngliche germanische Auffassung, nach der man nur verkaufen konnte, was man in der Gewere hatte, wurde schon im Mittelalter überwunden²⁷. Es wurden Lieferungskäufe üblich und zulässig, bei denen der Verkäufer die Kaufsache erst beschaffen soll. Auch heute untersteht im Gegensatz zum preussischen Landrecht, das einen besonderen „Lieferungsvertrag“ konstruierte und zu den „Verträgen über Handlungen“ rechnete²⁸, der Lieferungskauf durchaus dem Kaufrecht. Demgemäß ist auch der Verkauf einer individuell bestimmten fremden Sache möglich²⁹. Ebenso ist der Verkauf einer künftigen Sache, der ursprünglich ausgeschlossen war³⁰ und später mancherlei Einschränkungen unterlag³¹, heute unbeschränkt zulässig³². Ver-

²⁷ Das Prager Stadtr. Art. 14 (Röfslers S. 11) verbietet noch, Kaufmannsgut zu verkaufen, „er en habe ez den bereit in seiner gewalt“. Dagegen heißt es im Hamb. Stadtr. v. 1270 VI 27: „queme over een man in de stadt vor syneme gude, unde vorkoft it ere it queme, dat mot wol syn“. Ebenso Hamb. Stadtr. v. 1292 G. 22, 1497 L. V, Lüb. R. b. Hach Cod. III 322. Vgl. Goldschmidt, Z. f. H.R. I 388, Neumann, Wucher S. 101 ff.

²⁸ Preufs. A.L.R. I, 11 § 981 ff.

²⁹ Dernburg § 169 I, Cosack § 121 II 3, Enneccerus § 324 II 1. Dagegen ist nach Code civ. a. 1599 der Verkauf einer fremden Sache nichtig. Das Preufs. L.R. I, 11 § 139 nimmt einen Vertrag an, durch den die Handlung eines Dritten versprochen ist; vgl. oben § 189 Anm. 26.

³⁰ Im Cap. Aquisgr. a. 809 c. 12 (M.G. Cap. I 149) u. Lib. Pap. Karol. 65 (M.G. L.L. IV 498) ist der Verkauf der Früchte auf dem Halm anscheinend überhaupt verboten. In einer Willkür des Rats und der Gemeinde von Lübeck b. Hach IV 10 S. 555 heißt es: dat nen man, he sy borger edder gast, schal kopen edder vorkopen jeniger hande gudt, dat nicht vor ogen is edder nicht sichtlich is, also hoppen to verkopende, de noch nicht gewassen is, edder korne, dat nicht gewassen is, edder vissche, de noch nicht gevangen sint; anders, wenn die Heringe im Salz sind oder der Hopfen oder das Korn geblüht hat.

³¹ Insbesondere durfte der Verkauf von Früchten auf dem Halm nach der R.P.O. v. 1577 XIX § 3 nur entweder zum gegenwärtigen Marktpreise oder zum Marktpreise der Erntezeit erfolgen und unterlag nach vielen älteren und jüngeren Partikularrechten (vgl. auch Preufs. A.L.R. I, 11 § 594 u. II, 7 § 12) noch weitergehenden Einschränkungen; Neumann a. a. O. S. 100 ff., Stobbe-Lehmann § 231 Anm. 4.

³² Es ist ein durch die Entstehung der Sache bedingter Kauf. Dahin gehört als Kauf künftiger beweglicher Sachen der Kauf der Früchte auf dem Halm, des Holzes auf dem Stamme, der Förderung eines Bergwerks, eines Hauses zum Abbruch usw. — Ist vereinbart, daß der bedungene Preis auch gezahlt werden soll, wenn keine Sache entsteht (z. B. für einen Fischzug, wenn

pflichtet sich Jemand zur Lieferung einer künftigen Sache, die er selbst aus einem von ihm zu beschaffenden Stoffe herzustellen übernimmt, so liegt ein „Werklieferungsvertrag“ vor, bei dem sich Kauf und Werkvertrag mischen. Auch hier aber überwiegt nach heutigem Recht der Typus des Kaufes; ja, wenn es sich um vertretbare Sachen handelt, finden sogar ausschließlich die Vorschriften über den Kauf Anwendung³³.

Nur der Kauf von beweglichen Sachen und Wertpapieren ist, wenn er Handelsgeschäft ist, Handelskauf und untersteht als solcher einer Reihe sonderrechtlicher Vorschriften³⁴. Ist ein Kauf von unbeweglichen Sachen oder unkörperlichen Gegenständen Handelsgeschäft, so werden die Vorschriften des B.G.B. über den Kauf nur durch die für Handelsgeschäfte im allgemeinen geltenden Regeln abgewandelt.

b. Rechte. Neben dem Sachkauf ist im deutschen wie im römischen Recht frühzeitig der Rechtskauf aufgekommen. Verkauft werden kann jedes vermögenswerte Recht, das als unkörperliche Sache übertragen werden kann. Auch ein Recht, das der Verkäufer sich erst verschaffen soll. Ebenso ein Recht, das der

nichts gefangen wird), so nahm man im gemeinen Recht einen von der *emptio rei speratae* verschiedenen „Hoffnungskauf“ (*emptio spei*) an, der überhaupt nicht Sachkauf, sondern Kauf einer Gewinnchance sei. An diesem Begriff halten Dernburg § 169 IV, Oertmann, Vorbem. 1 b γ, Enneccerus § 324 II 2 b u. A. fest; vgl. auch R.Ger. LXXVII Nr. 59. Mit Recht verwerfen ihn Bechmann II 143, Endemann, Z. f. d. P. u. ö. R. d. G. XII 345 ff., B.R. § 158 Anm. 17, Cosack § 132 II. Ein Kauf liegt nur vor, wenn und soweit künftige Sachen, deren Entstehung erwartet wird und den Umständen nach erwartet werden kann, den Gegenstand bilden, zugleich aber der Käufer die Gefahr der Nichtentstehung übernimmt. Sonst trägt der Vertrag die Merkmale des Spiels oder eines anderen Glücksvertrages. Die Behandlung der reinen Gewinnaussicht als Kaufgegenstand würde die bedenklichen Versuche rechtfertigen, die vielfach unternommen wurden, um die Lotterie, das Promessengeschäft, die Differenzgeschäfte usw. durch die Konstruktion als „Hoffnungskauf“ dem Spielrecht zu entziehen. Ein Lotterielos kann natürlich gekauft werden; das ist aber nicht Hoffnungskauf, sondern als Kauf eines die Forderung auf etwaigen Spielgewinn verkörpernden Wertpapiers Sachkauf.

³³ B.G.B. § 651. Das Sonderrecht des Handelskaufes gilt für den handelsgeschäftlichen Werklieferungsvertrag in vollem Umfange auch dann, wenn eine nicht vertretbare bewegliche Sache herzustellen ist; H.G.B. § 382²; vgl. A. Kronacher, Der Werklieferungsvertrag nach § 382 Abs. 2 H.G.B., München 1902.

³⁴ H.G.B. § 373—381. Die wichtigsten gelten nur für den beiderseitigen Handelskauf.

Verkäufer erst im Wege konstitutiver Übertragung für den Käufer begründen soll⁸⁵.

c. Sonstige Güter. Den Gegenstand eines Kaufvertrages können auch wirtschaftliche Güter bilden, die weder als Sachen noch als Rechte anerkannt sind⁸⁶.

Insbesondere kann ein Vermögensinbegriff auch dann, wenn an ihm ein übertragbares einheitliches Recht nicht besteht, als einheitliches Ganzes verkauft werden⁸⁷. Sehr häufig wird namentlich ein Handelsgeschäft als Ganzes verkauft. In solchen Fällen kann freilich die zur Erfüllung des Schuldverhältnisses erforderliche Vermögensübertragung nur durch Übertragung der einzelnen Vermögensbestandteile erfolgen. Allein es liegt ein einheitlicher Kaufvertrag vor. Die schuldrechtliche Verpflichtung richtet sich auf das Vermögensganze als unkörperliche Gesamtsache, so daß die verschiedenen Übertragungshandlungen als Komponenten einer geschuldeten Gesamtleistung zu würdigen sind⁸⁸.

Auch vermögenswerte Verhältnisse ohne Rechtsform können als Bestandteile eines Vermögens oder für sich den Kaufgegenstand bilden. Es kommt nur darauf an, ob sie der Überleitung auf den Käufer fähig sind. Man kann daher ein gewerb-

⁸⁵ Wie geläufig diese Vorstellung schon dem deutschen M.A. war, zeigt das Beispiel des Rentenkaufs. — Auch der auf Befreiung der eignen Sache von einer Last abzielende Vertrag kann die Gestalt eines Rechtskaufes annehmen, wie dies bei dem „Wiederkauf“ der Renten der Fall war.

⁸⁶ Nach Enneccerus § 324 II 4 liegt in solchen Fällen, weil das B.G.B. in § 433 nur „Sachen“ und „Rechte“ erwähnt, kein Kauf im Sinne des B.G.B., sondern nur ein Vertrag vor, auf den die Regeln über den Kauf entsprechend anzuwenden sind. Auch das R.Ger. spricht mehrfach nur von „entsprechender“ Anwendung der Vorschriften über den Kauf; so LXIII 57 ff., LXVII 86 ff., 386. Allein nichts zwingt zu der Annahme, daß das B.G.B. den Begriff des Kaufes gegenüber den Lebensanschauungen so habe verengen wollen. Einzelne Sätze werden freilich durch die Beschaffenheit solcher Kaufobjekte ausgeschaltet. Vgl. Oertmann, Vorbem. 1 b β, Kipp b. Windscheid II 628, Raape b. Dernburg⁴ § 168 Anm. 5.

⁸⁷ So das gesamte gegenwärtige Vermögen oder ein Bruchteil desselben, so auch ein Sondervermögen oder ein Anteil an einem solchen. Ein besonders geregelter Fall, von dem im Erbrecht zu handeln ist, ist der Erbschaftskauf. Dagegen ist der Kauf eines Erbteils, weil das Anteilsrecht des Miterben einheitlich übertragen werden kann, ein Rechtskauf. Ebenso der Kauf eines Geschäftsanteils bei einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung.

⁸⁸ R.Ger. LXIII Nr. 14, LXVII Nr. 95, LXIX Nr. 98. Vgl. auch R.Ger. LXX Nr. 60, wo aber trotzdem mit unzureichenden Gründen die Möglichkeit einer Gläubigeranfechtung des Verkaufes eines Handelsgeschäftes als solchen verneint wird.

liches Unternehmen als solches, die Kundschaft, ein ungeschütztes Geheimnis usw. verkaufen³⁹.

2. Preis. Der Preis muß in einer als Entgelt für die Ware zu zahlenden Geldsumme bestehen⁴⁰. Werden außer der Preiszahlung noch andere Gegenleistungen versprochen, so wird dadurch der Rahmen des Kaufvertrages dann, aber auch nur dann nicht gesprengt, wenn sie als bloße Nebenleistungen erscheinen⁴¹.

Der Preis kann fest bestimmt, braucht aber nur auf Grund ausdrücklicher oder stillschweigender Einigung in objektiver Weise bestimmbar zu sein⁴². Bei Waren mit einem verkehrüblichen

³⁹ R.Ger. LXIII Nr. 14 (Handelsgewerbe mit Kundschaft), LXIX Nr. 98 (Kundschaft), LXX Nr. 59 (Zeitungsunternehmen), LXXXII Nr. 36 (Geheimverfahren, wobei aber nur analoge Anwendung der Kaufregeln angenommen und die Anwendbarkeit von § 477 verneint wird). Möglich ist an sich auch der Verkauf einer Anwaltspraxis oder der ärztlichen Praxis; allein nach der Ansicht des Reichsgerichts verstößt ein solcher Verkauf gegen die guten Sitten und ist daher nichtig; R.Ger. LXVI Nr. 36 u. 37. (Hinsichtlich der ärztlichen Praxis herrscht Streit. Vgl. Raape b. Dernburg § 168 Anm. 4. Die Aufnahme eines jüngeren Zahnarztes durch einen älteren als Teilhaber gegen eine Vergütung von 50 000 Mark hat das Obst. L.G. f. Bayern b. Seuff. LXIII Nr. 178 für gültig erklärt.)

⁴⁰ Dies schließt aber nicht aus, daß die Tilgung der Geldschuld durch Hingabe von Sachen oder Rechten an Zahlungsstatt oder durch Schuldübernahme (insbesondere beim Grundstückskauf durch Übernahme von Hypothekenschulden) vereinbart wird.

⁴¹ Vgl. Dernburg § 170 III; Oertmann, Vorbem. 1c. — Auch eine Unterlassung kann vom Käufer als Nebenleistung versprochen werden. So die Unterlassung der Weiterveräußerung oder Belastung oder der Veräußerung an bestimmte Personen oder unter einem bestimmten Preise. Vgl. über solche Abreden beim Grundstückskauf oben Bd. II 850 Anm. 48. Dazu R.Ger. LXXXIV Nr. 74, wo angenommen ist, daß die dem Käufer unter Strafgedinge auferlegte Verpflichtung, das Grundstück nicht an einen Polen zu verkaufen und jedem Käufer die gleiche Verpflichtung aufzuerlegen, eine den Kaufpreis erhöhende Nebenleistung und als solche auch beim Kaufstempel zu berücksichtigen ist. Vgl. ferner über den Verkauf von Wertpapieren mit Sperrklausel R.Ger. LXXII Nr. 56 (der Käufer genügt hier seiner Pflicht nicht schon durch Weiterverkauf mit Sperrklausel, sondern muß dafür einstehen, daß der Rechtsnachfolger die Papiere in der Sperrzeit nicht an die Börse bringt).

⁴² Über das Maß der zulässigen vorläufigen Unbestimmtheit entscheiden die allgemeinen Grundsätze; oben § 176 S. 71 ff. Anm. 33—35. Häufig wird der Preis nach Zahl-, Maß- oder Gewichtseinheiten der Ware bestimmt. Bei der Bestimmung nach Gewichtseinheiten gelten für den Handelskauf besondere gesetzliche Regeln über den Abzug des Taragewichts (des Gewichts der Verpackung), ein dem Käufer nicht anzurechnendes Gutgewicht und eine ihm gebührende Refaktie (Vergütung für schadhafte und unbrauchbare Teile); H.G.B. § 380.

Preise genügt die Bezugnahme auf diesen, die schon in bloßer Nichterwähnung des Preises zu finden ist. Je nach den Umständen ist dies ein nach Orts- oder Geschäftsgebrauch feststehender Preis oder ein wechselnder Markt- oder Börsenpreis⁴³.

Der Preis muß wahrer Preis, d. h. ernstlich als ein für die Ware zu leistender Entgelt gewollt sein. Wird ein Preis nur scheinbar bedungen, um eine in Wahrheit beabsichtigte unentgeltliche Zuwendung zu verschleiern, so liegt ein Kaufvertrag nicht vor⁴⁴.

Dagegen braucht der Preis nach heutigem Recht kein gerechter Preis (*pretium justum*) zu sein. Die im Mittelalter unter dem Einfluß des kanonischen Rechts⁴⁵ zur Herrschaft gelangte Anschauung, daß es Sache der Rechtsordnung sei, für die Übereinstimmung der Preise mit dem wahren Werte der Sachen zu sorgen⁴⁶, ist dem Grundsatz der Verkehrsfreiheit erlegen, der die Preisbildung den tatsächlichen Verhältnissen von Angebot und Nachfrage überläßt. Nur ausnahmsweise bestehen noch obrigkeitliche Taxen⁴⁷, und vorübergehend ist jetzt für die Dauer der Kriegszeit der Grundsatz der freien Preisbildung in gewaltigem Umfange durch die Festsetzung von Höchstpreisen außer Kraft gesetzt⁴⁸. Im übrigen aber unterliegt die Höhe des Preises der

⁴³ Als vereinbarter Marktpreis gilt im Zweifel der für den Erfüllungsort zur Erfüllungszeit maßgebende Marktpreis; B.G.B. § 453.

⁴⁴ Vielmehr finden die Vorschriften für das durch den Scheinkauf verdeckte unentgeltliche Rechtsgeschäft Anwendung; B.G.B. § 117². Nicht bloß ein zu niedrig angesetzter Preis, sondern auch ein zu hoher Preis für eine geringwertige Ware kann eine Schenkung verschleiern.

⁴⁵ Über die Lehre vom gerechten Preis bei den Kirchenvätern und ihren Einfluß auf die spätrömische Kaisergesetzgebung vgl. L. Brentano, Sitzungsber. der Bayr. Akad. d. W. 1907 Heft II 178 ff. u. 186 ff.; über das kanonische Recht und die Lehre der Kanonisten W. Endemann, Studien in der romanisch-kanonistischen Wirtschafts- und Rechtslehre, II 31 ff.

⁴⁶ Sie führte zu zahlreichen handels- und gewerbepolizeilichen Einschränkungen der Kaufgeschäfte, insbesondere aber zu einem ausgebildeten System obrigkeitlicher Taxen.

⁴⁷ So für Apothekerwaren; R.Gew.O. § 80¹. Verschieden davon sind die Selbsttaxen, zu deren Aufstellung und Kundmachung gewisse Gewerbetreibende (Bäcker, Gastwirte) verpflichtet werden können; R.Gew.O. § 73—75. Doch ist auch hier die Vereinbarung eines höheren Preises im Einzelfalle nichtig. Die Vereinbarung eines niedrigeren Preises ist bei beiden Arten von Taxen zulässig; R.Gew.O. § 79.

⁴⁸ Auf Grund des R.Ges. über die Höchstpreise v. 4. Aug. 1914, n. F. v. 17. Dez. 1914. Die vielfach streitigen Einzelfragen dieses Kriegshöchstpreiserchts können hier nicht erörtert werden.

freien Vereinbarung⁴⁹. Auch die dem spätrömischen Kaiserrecht entstammende, in Deutschland früh aufgenommene und erweiterte Anfechtbarkeit von Kaufverträgen wegen eines die Hälfte übersteigenden Mißverhältnisses zwischen Preis und Sachwert (*laesio enormis*)⁵⁰ ist aus dem geltenden deutschen Recht verschwunden⁵¹. Doch kann bei einem auffälligen Mißverhältnis zwischen Preis und Wert der Kaufvertrag, wenn die sonstigen Voraussetzungen des § 138² B.G.B. erfüllt sind, als Sachwucher nichtig sein.

3. Ort. Der Erfüllungsort (Leistungsort) bestimmt sich für beide Teile nach den allgemeinen Grundsätzen⁵². Jenachdem der Verkäufer die Ware an dem Orte seines Wohn- oder Geschäftssitzes oder an einem von diesem entfernten Orte abzuliefern hat, unterscheidet man „Platzkauf“ und „Distanzkauf“ („Übersendungskauf“). Durch die Einführung eines besonderen Bestimmungsortes beim Distanzkaufe wird an sich der Erfüllungsort nicht verschoben. Es ist aber möglich, daß ein entfernter Lieferungsort nach der Vereinbarung zugleich den Erfüllungsort für den Verkäufer bilden soll⁵³.

⁴⁹ Durch Syndikate und Kartelle wird freilich neuerdings wieder in umfassendem Maße die Freiheit des einzelnen Verkäufers hinsichtlich der Preisvereinbarung eingeschränkt. Allein die einem Dritten gegenüber eingegangene Verpflichtung, nicht unter oder nicht über einem bestimmten Preise zu verkaufen, ist für die Gültigkeit eines unter ihrer Verletzung abgeschlossenen Kaufvertrages bedeutungslos.

⁵⁰ In l. 2 C. de rescind. vend. 4, 44 zugunsten des Verkäufers eines Landgutes anerkannt. Aufgenommen in c. 3, 6 X 3, 17. In zahlreichen deutschen Quellen schon seit dem 14. Jahrh. zugelassen und meist bei beweglichen wie unbeweglichen Sachen sowohl dem Käufer wie dem Verkäufer gewährt, vielfach auch auf andere entgeltliche Rechtsgeschäfte ausgedehnt; vgl. Beseler § 105 II, Stobbe-Lehmann § 232 II. Auch in der gemeinrechtlichen Praxis bei Sachen jeder Art zugunsten des Käufers wie des Verkäufers festgehalten; Seuff. XXXVII Nr. 102 mit den dort angef. älteren Entsch., R.Ger. X Nr. 36. Dagegen im Preuss. L.R. I, 11 § 59—69 nur dem Käufer gewährt. — Code civ. art. 1674 gestattet die Anfechtung dem Verkäufer eines Grundstücks, der weniger als $\frac{5}{12}$ des Wertes erhalten hat. Österr. Gb. § 934—935 dehnt das Prinzip der *laesio enormis* auf alle zweiseitigen Verträge aus, durchbricht es aber durch zahlreiche Ausnahmen.

⁵¹ Für Handelsgeschäfte schon seit H.G.B. Art. 286, allgemein seit B.G.B.

⁵² Oben § 176 III S. 96 ff. Hiernach ist mangels anderer Abrede Erfüllungsort hinsichtlich der Ware der Ort des Wohnsitzes oder der Geschäftsniederlassung des Verkäufers, es müßte denn sich ein anderer Erfüllungsort aus den Umständen ergeben (z. B. bei einem Grundstücke der Ort der belegenen Sache, bei einer auswärts lagernden Ware der beiden Teilen bekannte Lagerungs-ort); Erfüllungsort hinsichtlich des Preises der Ort des Wohnsitzes oder der Geschäftsniederlassung des Käufers, jedoch mit der Maßgabe des § 270 B.G.B.

⁵³ Für ein derartiges Geschäft, das gewöhnlich als eine Abart des Distanz-

4. Zeit. Auch die Erfüllungszeit (Leistungszeit) bestimmt sich für beide Teile nach den allgemeinen Regeln⁵⁴. Im Zweifel ist daher jeder Teil sofort zu erfüllen verpflichtet und berechtigt (Tageskauf, im Handelsverkehr Kassageschäft). Die Leistungszeit kann aber für beide Teile hinausgeschoben sein (Zeitkauf, im Handelsverkehr Lieferungskauf, im Börsenverkehr bei Waren oder Wertpapieren mit wechselndem Kurs Termingeschäft). Ist die Leistungszeit für den einen oder anderen Teil derartig fest bestimmt, daß die Innehaltung des Termins oder der Frist ein Wesensmerkmal der Leistung bilden soll, so liegt ein Fixkauf vor⁵⁵. Zu den Fixkäufen gehören die durch das Börsengesetz besonderen Beschränkungen unterworfenen Börsentermingeschäfte⁵⁶. Die Leistungszeit kann auch für die einzelnen Abschnitte einer vereinbarten Gesamtleistung verschieden bestimmt sein⁵⁷.

Im Verhältnis der beiderseitigen Leistungen zueinander gilt auch für den Kauf die allgemeine Regel, daß im Zweifel die Erfüllung Zug um Zug zu erfolgen hat. Der Kauf ist also grundsätzlich Barkauf⁵⁸. Wird der Kaufpreis vorausbezahlt, so liegt ein Pränumerationskauf vor; ein Recht auf Vorauszahlung hat der Verkäufer nur kraft besonderer Vereinbarung⁵⁹. Ein Kauf mit hinausgeschobener Preiszahlung ist Kreditkauf; ein Recht auf Zahlungsaufschub hat der Käufer nur, wenn ihm der Kaufpreis kraft besonderer Abrede gestundet ist⁶⁰. Alle Formen

kaufes behandelt wird, schlägt Dernburg § 172 II den Namen „Fernverkauf“ vor. Aus der bloßen Übernahme der Transportkosten durch den Verkäufer folgt nach B.G.B. § 269³ nicht die Verlegung des Leistungsortes. Ebenso wenig aus der Übernahme der Transportgefahr.

⁵⁴ Oben § 176 IV S. 100 ff.

⁵⁵ Oben § 176 S. 102. Für den Fixkauf, der Handelskauf ist, gelten besondere Regeln; H.G.B. § 376.

⁵⁶ Börs.G. § 50 ff.; davon ist hier nicht zu handeln.

⁵⁷ So bei einer ratenweise zu bewirkenden Lieferung. Über die hiervon zu unterscheidenden Sukzessivlieferungsverträge, die eine Dauerverpflichtung zum Kaufen und Verkaufen begründen, vgl. oben § 176 S. 88 ff., 93 ff.

⁵⁸ Dies gilt nicht nur für den Tageskauf, sondern auch für den Zeitkauf und für den Ratenkauf.

⁵⁹ Pränumerationskauf ist auch der Übersendungskauf mit Nachnahme, da er den Käufer zwingt, zu zahlen, bevor die Ablieferung vollendet ist; somit braucht der Käufer sich, wenn nicht etwas anderes vereinbart ist, die Preisnachnahme nicht gefallen zu lassen. Vgl. R.O.H.G. XIII Nr. 65, Seuff. XLVII Nr. 140; anders ebd. Nr. 45 (Wien).

⁶⁰ Dies ist nicht der Fall bei dem gewöhnlichen Kauf auf Borg. Aber auch nicht bei dem Kauf auf Rechnung, bei dem der Verkäufer ebenfalls das

des Kreditkaufes betrifft das an Gewerbtreibende nebst ihren Angehörigen und Gehilfen gerichtete gesetzliche Verbot, den Arbeitern Waren zu kreditieren⁶¹. Ein eigenartiger Typus des Kreditkaufes ist das durch ein besonderes Reichsgesetz geregelte Abzahlungsgeschäft, bei dem der Kaufpreis für gelieferte Ware terminweise in bestimmten Raten fällig werden soll⁶².

IV. Gefahr, Nutzungen und Lasten.

1. Geschichte. Im älteren deutschen Recht ging die Gefahr des zufälligen Unterganges oder der zufälligen Verschlechterung einer verkauften Sache zusammen mit dem Nutzungsbezug erst dann auf den Käufer über, wenn ihm die Gewere übertragen war⁶³. Demgemäß blieb beim Fahrniskaufe der Gefahrübergang an die leibliche Übergabe geknüpft⁶⁴. Dagegen wurde beim Liegenschaftskauf auch diese Wirkung in die Auflassung verlegt⁶⁵.

In scharfem Gegensatz hierzu liefs das römische Recht die Gefahr der verkauften Sache schon mit dem vollständigen Abschluß (Perfektion) des Kaufvertrages übergehen⁶⁶. Mit der Re-

Recht behält, die Preiszahlung vor Ablauf der üblichen Rechnungsperiode zu fordern.

⁶¹ Gew.O. § 115^a, 119. Nach § 118 ist der Vertrag zwar gültig, der Gläubiger kann aber die Forderung nicht geltend machen, dieselbe fällt vielmehr an eine der in § 116 bezeichneten Kassen.

⁶² Vgl. unten § 195 V.

⁶³ Stobbe, Vertragsr. S. 278 ff.; Laband, Vermögensr. Klagen S. 453 ff.; Heusler, Gewere S. 215 ff.; Beseler, D.P.R. § 112 IV; Stobbe-Lehmann § 231 Z. 6; Hübner § 83 IV.

⁶⁴ Lüb. R. b. Hach IV 99; Wiener Stadtr. Art. 62 u. 70. — Die abweichenden Bestimmungen in Schwabensp. (L.) 229 u. Brünner Schöffnb. 286 u. 303 führt man gewöhnlich auf röm. R. zurück; Weiske, Z. f. D. R. XIV 138, Stobbe, Vertragsr. S. 284. Doch scheinen diese Stellen nur von Fällen zu reden, in denen die Sache nach Zahlung des Kaufpreises oder doch eines Angeldes dem Käufer bereits übereignet, von diesem aber dem Verkäufer noch für bestimmte Zeit in Verwahrung gegeben war. Dann soll der Verkäufer, wenn er nicht die volle Gefahr übernommen hat, nur noch wie ein Verwahrer haften. Hierin liegt nur die Gleichstellung des Besitzauftrages mit der leiblichen Übergabe.

⁶⁵ Prager Stadtr. 70; Magdeb. Fr. I, 6 d. 6; Magdeb. Sch.U. b. Wassersleben S. 169 u. 440. Nach allen diesen Stellen trägt der Verkäufer bis zur Auflassung auch dann die Gefahr, wenn das Grundstück dem Käufer bereits übergeben war. Es ist anzunehmen, daß umgekehrt mit der gerichtlichen Auflassung die Gefahr schon vor der Übergabe übergang; darauf bezieht sich vielleicht Brünner Schöffnb. c. 286 a. E. In solchen Fällen trennen sich Gefahr und Nutzung. Man sieht nur darauf, daß an sich das Recht auf die Nutzung eben auch mit der Auflassung und erst mit ihr übergeht.

⁶⁶ Hofmann, Über das periculum beim Kauf, Wien 1870. Regels-

zeption wurde dieser Satz zu gemeinem deutschem Recht erhoben und auch in die meisten Partikularrechte aufgenommen⁶⁷. Doch blieb er dem deutschen Rechtsbewußtsein immer fremd⁶⁸.

Unter den neueren Gesetzbüchern stellten das preussische und das österreichische den deutschrechtlichen Grundsatz im wesentlichen wieder her⁶⁹. Er liegt auch dem B.G.B. zugrunde.

2. Gefahrübergang mit der Übergabe. Die Grundregel des heutigen Rechtes ist, daß die Gefahr des Unterganges wie der Verschlechterung der verkauften Sache mit ihrer Übergabe auf den Käufer übergeht⁷⁰. Die Gefahr soll den treffen, in dessen Herrschafts- und Nutzungsbereich sich die Sache befindet. Nur durch Annahmeverzug läßt sich der Verkäufer schon vorher

berger, Krit.V.Schr. XIII 90 ff. Krückmann, Zur Reform des Kaufrechts, Berlin 1896, S. 13 ff. Bechmann III, 1 S. 171 ff. Windscheid-Kipp § 390.

⁶⁷ So in Frankf. Ref. II, 2 § 7, Solms. Landr. X, Kurpfälz. Landr. 8; für Fahrnis auch in Worms. Ref. VI, 1 Tit. 2, Hamb. Stat. II 8, 13. Vgl. Stobbe, Jahrb. f. D. XII 241.

⁶⁸ Schilter, Exerc. XXX 57, meint, der römische Satz widerspreche dem jus naturae ac gentium. Dem Volksbewußtsein erschien es stets unerträglich, daß der Käufer den Kaufpreis zahlen soll, wenn er nichts bekommt. Doch hielten nur wenige Partikularrechte am deut. R. fest; so Schleswig-Holst. Stat. b. Paulsen § 90, für liegende Güter auch Hamb. Stat. II 8, 13 (Auflassung oder Übergabe); vgl. ferner Stobbe, Jahrb. f. D. XII 241 Anm. 279 u. 281, Beseler § 112 Anm. 20.

⁶⁹ Nach Preufs. A.L.R. I, 11 § 95 ff. entscheidet die Übergabe. Hieran hielt die Praxis auch bei Grundstücken nach Einführung der Übereignung durch Auflassung fest; R.Ger. VII Nr. 69. Auch das Österr. Gb. § 1064 mit § 1048—1051 knüpft den Übergang der Gefahr an die Übergabe. — Ganz römisch ist Sächs. Gb. § 1091 mit § 866—869. Desgleichen das Schweiz. OR., das jetzt den a. 204 der alten Fassung als a. 185 in die Lehre vom Kauf verpflanzt hat und nur in a. 220 eine Sonderbestimmung für den Grundstückskauf zufügt; vgl. Oser Bem. 1 zu a. 185.

⁷⁰ B.G.B. § 446¹. Voraussetzung ist, daß im Augenblick des Eintrittes des nachteiligen Zufalles der Kaufvertrag in Kraft steht. Schwebt noch eine aufschiebende Bedingung, so trifft der Schade (und zwar des Unterganges wie der Verschlechterung) nicht den Käufer, sondern den Verkäufer; Endemann § 159^a Anm. 24, Dernburg § 174 V, Oertmann zu § 446 Bem. 6b, Ennecerus § 326, 2b, Cosack⁶ § 122 I 5, K. Adler, Z. f. H.R. LXXII 413, Kluckhohn, Jahrb. f. D. LXIV 114 ff.; a. M. Düringer-Hachenburg² III 87 ff., teilweise auch Planck zu § 446 Bem. 2c, Kisch, Unmögl. S. 66, und für den Fall bloßer Verschlechterung Crome § 213 Anm. 38, Staudinger Bem. I 3a. Dagegen hindert das Schweben einer auflösenden Bedingung den Gefahrübergang nicht; Crome § 213 Anm. 39, Cosack § 122 Anm. 8, Staudinger Bem. I 3a; a. M. Planck zu § 446 Bem. 2c, Oertmann³ Bem. 6b^β (anders früher), Kluckhohn a. a. O. S. 133, Raape b. Dernburg⁴ § 174 Anm. 19.

die Gefahr auf⁷¹. Auch kann natürlich durch Vereinbarung der Zeitpunkt des Gefahrüberganges zuungunsten wie zugunsten des Käufers verschoben werden.

Der Gefahrübergang kraft Übergabe tritt unabhängig vom Übergange des Eigentums ein. Der Wechsel des tatsächlichen Herrschaftsverhältnisses entscheidet. Darum bewirkt einerseits eine behufs Erfüllung eines wirksamen Kaufvertrages erfolgte Übergabe auch dann, wenn sie das Eigentum nicht überleitet, den Übergang der Gefahr. Dies ist für den Fall der Übergabe eines verkauften Grundstücks vor der Übereignung ausdrücklich bestimmt⁷². Es muß aber auch bei verkauften beweglichen Sachen in den Fällen gelten, in denen die Übergabe ausnahmsweise das Eigentum nicht verschafft⁷³. Andererseits ist grundsätzlich leibliche Übergabe erforderlich; ein zur Fahrnisübereignung ausreichendes Ersatzgeschäft ist hinsichtlich des Gefahrüberganges der Übergabe nur insoweit gleichzustellen, als es gleichfalls die Sache in den Herrschafts- und Nutzungsbereich des Käufers bringt⁷⁴.

⁷¹ Oben § 178 S. 141 Anm. 118—119. So auch nach älterem deut. R.; Wiener Stadtr. Art. 63.

⁷² Wie nach Preuß. R. (oben Anm. 69), aber abweichend vom älteren deut. R. (oben Anm. 65).

⁷³ Dies nimmt die Praxis namentlich bei dem Verkauf mit Vorbehalt des Eigentums an; Seuff. LXII Nr. 35, LXIII Nr. 62, Rspr. d. O. L.G. VIII 445; jetzt auch R.Ger. LXXXV Nr. 68; ebenso Staudinger zu § 455 Bem. 8, Kohler S. 249, Enneccerus § 341 Anm. 1, Kluckhohn a. a. O. S. 142 ff., Raape b. Dernburg^b § 171 Anm. 11; a. M. Endemann § 160^a Anm. 22, Planck zu § 455 Bem. 2, Oertmann Bem. 6, Cosack § 122 I 2 a a. E., Komm. d. R.G.R. Bem. 7, O.L.G. Münch. b. Seuff. LXVIII Nr. 34. Es muß auch gelten, wenn das Eigentum wegen eines Mangels im Recht des Verkäufers nicht übergegangen ist; a. M. Oertmann zu § 446 Bem. 1 a. Nur wird hiervon in diesem Falle die Verantwortlichkeit des Verkäufers aus Nichterfüllung seiner Eigentumsverschaffungspflicht nicht berührt. Vgl. Enneccerus § 326 Anm. 8.

⁷⁴ Somit stets im Falle der Übereignung durch Besitzauflassung (B.G.B. § 929 S. 2). Dagegen an sich nicht im Falle der Übereignung durch Besitzauftragung (§ 930). Nur wird meist in der Vereinbarung des den mittelbaren Besitz des Käufers begründenden Rechtsverhältnisses zugleich die Abrede zu finden sein, daß der Käufer von nun an als Eigentümer die Gefahr tragen und der Verkäufer für die Sache nur noch nach Maßgabe seiner neuen Vertragspflicht haften soll. So, wenn er Verwahrer oder Mieter wird; schwerlich aber, wenn er die Sache als Entleiher behält. Im Falle der Übereignung durch Anspruchsabtretung (§ 931) ist Gefahrübergang nur insoweit anzunehmen, als in ihr Besitzabtretung liegt. Doch herrscht viel Streit. Manche wollen grundsätzlich die Übereignung ohne leibliche Übergabe der Übergabe gleichstellen; so Crome § 213 I, Martinius, Arch. f. b. R. XVII 54, Kisch, Unmögl. S. 62, Titze, Unmögl. S. 257, Oertmann Bem. 1 a, Enneccerus § 326

3. Gefahrübergang vor der Übergabe. In zwei Fällen läßt das B.G.B. unter Durchbrechung seines Grundgedankens die Gefahr bereits vor der Übergabe auf den Käufer übergehen.

a. Beim Grundstückskauf trägt der Käufer, wenn er vor der Übergabe als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen wird, die Gefahr vom Augenblicke der Eintragung an⁷⁵.

b. Beim Übersendungskauf trägt der Käufer die Transportgefahr⁷⁶. Voraussetzung ist, daß der Verkäufer auf Verlangen des Käufers die Sache an einen anderen Ort versendet, der nicht der Erfüllungsort ist⁷⁷. Dann geht die Gefahr auf den Käufer bereits über, sobald der Verkäufer die Sache dem Spediteur, dem Frachtführer oder der sonst zur Ausführung der Versendung bestimmten Person oder Anstalt ausgeliefert hat. Anders verhält es sich nur, wenn der Verkäufer vertragsmäßig die Transportgefahr übernommen hat⁷⁸. Dies ist aber nicht schon aus der Übernahme der Transportkosten zu schließen⁷⁹. Auch wenn der Verkäufer seine Verpflichtung zur ordnungsmäßigen Versendung verletzt, insbesondere ohne dringenden Grund von einer ihm erteilten Anweisung über die Art der Versendung abweicht, ist er zwar dem

Anm. 7. Andere fordern grundsätzlich leibliche Übergabe; so Düringer-Hachenburg² III 75 ff., Endemann § 159^a Anm. 47, Goldmann-Lilienthal S. 479 ff., Planck Bem. 2 b α . Wieder Andere unterscheiden; so Dernburg § 174 III (mit Raape Anm. 4), Cosack § 122 I 2 a γ u. § 124 I.

⁷⁵ B.G.B. § 446². Dem Käufer gebühren von diesem Augenblicke an auch die Nutzungen. Gleichwohl liegt eine Abweichung von dem Grundgedanken vor, weil das Grundstück noch nicht in den tatsächlichen Herrschaftsbereich des Käufers gelangt ist. — Der Gefahrübergang tritt auch ein, wenn der Käufer durch die Eintragung nicht Eigentümer geworden ist.

⁷⁶ Die Regel begegnet schon im älteren deut. R.; Stobbe-Lehmann § 231 Anm. 33. Sie ergibt sich auch aus dem Preuss. A.L.R. I, 11 § 128 ff. Dann wurde sie im H.G.B. Art. 345¹ formuliert, dessen Vorbilde B.G.B. § 447 folgt. Ihre innere Berechtigung ist sehr zweifelhaft. Vgl. Krückmann, Zur Reform des Kaufrechts, S. 16 ff., 41 ff., Cosack⁶ S. 484.

⁷⁷ Ist der Bestimmungsort zugleich der Erfüllungsort, was auch der Fall sein kann, wenn der Käufer die Transportkosten tragen soll, so geht die Gefahr erst mit der Übergabe gemäß § 446 über. Beim Übersendungskauf dagegen ist die Versendung eine vom Verkäufer vertragsmäßig übernommene Nebenleistung. Er braucht mangels vorheriger Abrede dem Verlangen des Käufers nicht zu entsprechen. Versendet er aber gemäß dem (ausdrücklichen oder stillschweigenden) Ansinnen des Käufers, so liegt darin zugleich die Annahme der angebotenen Vertragsmodalität. Nimmt er die Versendung gegen den Willen des Käufers vor, so handelt er auf eigne Gefahr.

⁷⁸ Darin liegt noch keineswegs eine Verlegung des Erfüllungsortes.

⁷⁹ Im H.G.B. Art. 345² ausdrücklich bestimmt, aber auch heute zweifellos.

Käufer für den daraus entstehenden Schaden verantwortlich⁸⁰, bleibt aber von der Tragung der Gefahr nach der Abgabe zur Versendung befreit⁸¹. Somit geht nach der gesetzlichen Regel die Gefahr auf den Käufer über, bevor die Sache in seinen Herrschaftsbereich gelangt⁸². Immer aber ist erforderlich, daß die Sache wenigstens aus dem unmittelbaren Herrschaftsbereich des Verkäufers durch die Ablieferung an einen selbständigen Besitzmittler ausgeschieden ist. Darum ist die Regel nicht anzuwenden, wenn beim Platzgeschäft der Verkäufer die verkauften Sachen durch seine eignen Leute, seine Ausläufer, sein Fuhrwerk usw. den Käufern ins Haus sendet⁸³.

4. Gefahrübergang beim Rechtskauf. Wenn ein Recht verkauft wird, geht im allgemeinen die Gefahr mit dem Rechtsverschaffungsakte über. Ist aber ein Recht an einer Sache verkauft, das zum Besitz der Sache berechtigt, so finden die Vorschriften über den Gefahrübergang beim Sachkauf entsprechende Anwendung⁸⁴.

⁸⁰ Die Bestimmung des § 447² B.G.B. (aus H.G.B. Art. 345 Abs. 1 S. 2) ist nur ein Anwendungsfall der allgemeinen Regel, nach der aus Verletzung einer Vertragspflicht gehaftet wird. Mangels einer Anweisung hat der Verkäufer die Art der Versendung zu bestimmen, muß aber auch hierbei, wie H.G.B. Art. 344 ausdrücklich hervorhob, für die Anwendung der gehörigen Sorgfalt eintreten.

⁸¹ Endemann § 159^a Anm. 43; Oertmann Bem. 5 b.

⁸² Denn regelmäßig bleibt bis zu der erst am Bestimmungsort erfolgenden Übergabe der Verkäufer (mittelbarer) Besitzer und Eigentümer; oben Bd. II 548. Auch gebühren ihm noch die Nutzungen. — Das Preufs. A.L.R. I, 11 § 128 ff. vermied diese Inkongruenz dadurch, daß es die Ablieferung an den Frachtführer als Übergabe an den Käufer behandelte.

⁸³ Düringer-Hachenburg¹ III 57; Staudinger Bem. 4a; Adler, Z. f. H.R. LXXII 417; Rspr. d. O.L.G. XX 174. Anders freilich die herrschende Meinung; Endemann § 159^a Anm. 41, Cosack § 124 II 2a, Crome § 213 Anm. 17, Oertmann Bem. 4b, Enneccerus § 327 Anm. 11, Dernburg § 172 II 2, jetzt auch Düringer-Hachenburg² III 80 ff. (jedoch unter Vorbehalt der regelmäßigen Umdeutung des „Zuschickungskaufes“ in einen im Hause des Käufers zu erfüllenden Verkauf). Allein ihr widerspricht nicht nur der Wortlaut des § 447, sondern auch die Struktur des geschäftlichen Unternehmens und die Verkehrsanschauung. — Zuzugeben ist, daß ein nach § 447 zu beurteilender Versendungskauf auch vorliegen kann, wenn der Bestimmungsort in derselben Ortschaft wie der Erfüllungsort liegt; Rspr. d. O.L.G. II 218 (a. M. Adler a. a. O. S. 415). Aber eben nur im Falle der Benutzung einer selbständigen Beförderungsanstalt.

⁸⁴ B.G.B. § 451. Im Grunde ist ja der Sachkauf Eigentumskauf und also auch Kauf eines Rechtes an der Sache, das zum Besitz berechtigt.

5. **Gefahrübergang beim Kauf eines Inbegriffs.** Wenn ein Sachinbegriff oder ein Vermögensinbegriff als Ganzes gekauft ist, so entspricht es regelmässig der Parteiabsicht, dass der Käufer sofort die Gefahr der einzelnen Vermögensgegenstände übernimmt. Denn er hat den Kaufpreis als Entgelt für das Ganze versprochen, das im Wechsel seiner Bestandteile dasselbe bleibt. Das B.G.B. bestimmt ausdrücklich für den Erbschafts Kauf, dass der Käufer vom Abschlusse des Kaufes an die Gefahr des zufälligen Unterganges und der zufälligen Verschlechterung der Erbschaftsgegenstände trägt⁸⁵. Gleiches aber muss für den einheitlichen Kauf eines Inventars oder einer anderen Sachgesamtheit, eines Vermögens, eines Handelsgeschäftes usw. gelten⁸⁶.

6. **Nutzungen und Lasten.** Von dem Augenblicke an, in dem die Gefahr auf ihn übergeht, gebühren dem Käufer grundsätzlich die Nutzungen des verkauften Gegenstandes, hat er aber auch die mit ihm verknüpften Lasten zu tragen. Dies gilt in allen Fällen, in denen der Gefahrübergang Wirkung der Übergabe, der Eintragung, einer anderen Rechtsverschaffungshandlung oder des Abschlusses des Kaufes ist⁸⁷. Dagegen gilt es nicht für den Übersendungskauf⁸⁸.

V. Verpflichtungen des Verkäufers.

1. **Genussverschaffung.** Der Verkäufer muss nach heutigem wie nach römischem und deutschem Recht dem Käufer den tatsächlichen Genuss des verkauften Gutes verschaffen.

Beim Sachkauf ist er zur **Besitzverschaffung** verpflichtet. Mangels anderer Vereinbarung muss er dem Käufer unmittelbaren Besitz verschaffen, somit die Sache ihm übergeben⁸⁹. Diese Verpflichtung liegt ihm unabhängig von der zur Verschaffung des

⁸⁵ B.G.B. § 2380.

⁸⁶ Das Preufs. A.L.R. bestimmt dies ausdrücklich für den Kauf in Bausch und Bogen (I, 11 § 117—120) und für den Kauf eines Inbegriffes von Sachen (ebd. § 121—123).

⁸⁷ B.G.B. § 446 Abs. 1 S. 2 u. Abs. 2, § 451, § 2380; Preufs. A.L.R. I, 11 § 117 u. 121.

⁸⁸ Bei diesem bleibt vielmehr trotz der Verfrühung des Gefahrüberganges für Nutzungen und Lasten der Zeitpunkt der Übergabe massgebend; Dernburg § 175 IV, Staudinger zu § 447 Bem. 12, Oertmann Bem. 6, Ennecerus § 327 II. — Ausserdem kann natürlich stets Abweichendes vereinbart werden und eine solche Vereinbarung auch stillschweigend erfolgen.

⁸⁹ B.G.B. § 433¹. Im Falle des Verkaufes eines Sach- oder Vermögensinbegriffes erstrecken sich die Verpflichtungen auf alle einzelnen dazugehörigen Sachen.

Eigentums ob⁹⁰. Sie trifft auch den Verkäufer eines Rechtes, das zum Besitz der Sache berechtigt⁹¹. Im übrigen entspricht ihr beim Rechtskauf die Verpflichtung, den Käufer zur tatsächlichen Ausübung des Rechtes in den Stand zu setzen⁹². Ist ein unkörperliches Gut verkauft, das der Rechtsform entbehrt, so ist der Verkäufer zur Vornahme von Handlungen verpflichtet, die geeignet sind, dem Käufer den Genuß des verkauften Gutes zu verschaffen⁹³. Die Kosten der Übergabe einer zu liefernden Sache, insbesondere die Kosten des Messens und Wägens, fallen dem Verkäufer zur Last⁹⁴.

In der Verpflichtung zur Genußverschaffung wurzelt ferner die Verpflichtung zur Gewährleistung wegen Sachmängel. Sie ist aber besonders ausgestaltet und für sich zu besprechen⁹⁵.

2. Rechtsverschaffung. Neben der Verpflichtung zur Genußverschaffung legt das heutige Recht dem Verkäufer eine selbständige Verpflichtung zur Rechtsverschaffung auf⁹⁶. Diese

⁹⁰ Beim Grundstückskauf muß sie stets durch eine von der Übereignung des Grundstücks und der etwaigen Mitübereignung des Zubehörs (§ 926) gesonderte Handlung erfüllt werden. Aber auch beim Fahrniskauf wird sie, falls sie nicht wegbedungen ist, durch Übereignung ohne Übergabe, wie im Falle des Konstituts (vgl. schon für das gem. R. R.Ger. XLIII Nr. 48) oder der Anspruchsabtretung, nicht absorbiert.

⁹¹ B.G.B. § 433¹. Das Recht braucht (anders wie nach § 451) kein dingliches zu sein.

⁹² Das B.G.B. erwähnt diese Verpflichtung nicht. Allein offenbar genügt z. B. der Verkäufer einer Forderung seiner Überleitungspflicht nicht durch bloße Rechtsverschaffung, sondern muß dem Käufer auch die Geltendmachung der Forderung ermöglichen. Seine diesbezüglichen Verpflichtungen decken sich zum Teil mit den schuldrechtlichen Verpflichtungen, die der zur Rechtsverschaffung erforderliche Abtretungsvertrag als solcher erzeugt (oben § 180 II 3 S. 196 ff.), sind aber darum nicht weniger zugleich Verkäufersplichten, deren Nichterfüllung die Wirkungen partieller Nichterfüllung des Kaufvertrages hat. Überdies kann auf Grund des Kaufvertrages der Käufer auch Leistungen fordern, zu denen der Abtretungsvertrag nicht verpflichtet; so, wenn er keine öffentliche Urkunde verlangt (§ 403), private Beurkundung oder schriftliche Anzeige an den Schuldner (§ 410). Ähnlich verhält es sich bei dem Verkauf anderer Rechte, z. B. eines Patentrechts, eines Mitgliedschaftsrechts.

⁹³ Er muß z. B., wenn er die Kundschaft verkauft hat, dem Käufer die Kundenliste mitteilen, ihn als seinen Nachfolger empfehlen und sich selbst des Wettbewerbes enthalten. Ein verkauftes Geheimnis muß er dem Käufer und darf er Niemand sonst mitteilen.

⁹⁴ B.G.B. § 448 u. 451.

⁹⁵ Unten § 194.

⁹⁶ Es handelt sich der richtigen Meinung nach um zwei nebeneinander bestehende Verpflichtungen, nicht bloß um den doppelten Inhalt einer einheit-

Verpflichtung hat sich gegenüber dem römischen Recht, nach dem der Verkäufer dem Käufer grundsätzlich nur das *habere licere* zu gewähren hat⁹⁷, auf deutschrechtlicher Grundlage entwickelt und durchgesetzt⁹⁸. Demgemäß ist der Verkäufer verpflichtet, dem Käufer beim Sachkauf das Eigentum, beim Rechtskauf das verkaufte Recht zu verschaffen⁹⁹. Er hat die hierzu erforderlichen rechtsgeschäftlichen Handlungen vorzunehmen¹⁰⁰ und trägt deren

lichen Pflicht, so daß in der Erfüllung einer von ihnen bereits Teilerfüllung zu finden sein kann; vgl. Oertmann zu § 433 Bem. 2a γ, wo auch die abweichenden Meinungen besprochen und widerlegt sind. Die Rechtsverschaffungspflicht bildet den einzigen Inhalt der Verkäuferpflicht, wenn sich der Käufer schon im Besitz oder Genuß befindet. Sie kann aber auch wegfallen, weil der Käufer schon das Recht, aber noch nicht Besitz oder Genuß hat. Demgemäß ist auch der Kauf einer eignen Sache möglich. Immer fehlt die Rechtsverschaffungspflicht bei Verkauf von Gütern ohne Rechtsform.

⁹⁷ Dies bleibt auch richtig, wenn man mit Eck, Die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährung des Eigentums nach röm. u. gem. deut. R., Halle 1874, annimmt, daß bereits im römischen Recht eine Annäherung an das Eigentumsverschaffungsprinzip stattgefunden hat. Vgl. dazu Bechmann I 546 ff., Windscheid § 389 Z. 1, Rabel, Die Haftung des Verkäufers I 110 ff. Denn jedenfalls haftete der Verkäufer dem Käufer nur für Entziehung des *habere licere*. Hieran hielt auch die gemeinrechtliche Praxis fest; R.Ger. b. Seuff. XXXIX Nr. 98.

⁹⁸ Den Ausgangspunkt bildete freilich im deut. R. die Verpflichtung zur Übertragung der Gewere. Aber vermöge seiner Verpflichtung zur Verteidigung dieser Gewere gegen jeden rechtlichen Angriff (unten § 193 I 1) mußte der Verkäufer dafür einstehen, daß mit der Gewere das in ihr erscheinende Recht in Wahrheit erworben war. Hieraus entwickelte sich eine selbständige Rechtsverschaffungspflicht, die dann im gem. R. zurückgedrängt, in den großen Gesetzbüchern aber ausdrücklich ausgesprochen wurde. So im Preufs. A.L.R. I, 11 § 1. Ebenso im Code civ. a. 1582; vgl. R.Ger. XVIII Nr. 70 S. 335. Deutlicher noch im Bad. L.R. 1582. Auch im Österr. Gb. § 1053; vgl. Rabel a. a. O. S. 933 ff. (a. M. Eisner, Z. f. d. P. u. ö. R. d. G. XXXIX 604 ff.). Vgl. auch Schweiz. O.R. a. 229, jetzt 184. — Römisch, wie immer, Sächs. Gb. § 1082.

⁹⁹ B.G.B. § 433¹. Und zwar nach § 434 lastenfrei. Vgl. unten § 193 II.

¹⁰⁰ Also beim Verkauf einer beweglichen Sache Übereignung durch eine mit der Übergabe oder deren Surrogat verbundene Übereignungserklärung, beim Grundstücksverkauf Übereignung durch Auflassung und Herbeiführung der Eintragung (vgl. R.Ger. LXXXV Nr. 89), beim Verkauf eines Rechtes an einem Grundstücke Übertragung oder Begründung durch die nach Grundbuchrecht erforderlichen Erklärungen, beim Verkauf einer Forderung oder eines gleichgestellten Rechtes Übertragung durch formfreie Abtretungserklärung, beim Vermögensverkauf Übereignung der einzelnen Sachen und Übertragung der einzelnen Rechte durch die dazu nötigen besonderen Handlungen usw. Regelmäßig bedarf er zur Bewirkung der behufs Rechtsverschaffung geschuldeten Leistung der Mitwirkung des Käufers, bei deren Unterbleiben die gewöhnlichen Regeln über Gläubigerverzug gelten.

Kosten¹⁰¹. Auch muß er den Käufer zur Ausübung des übertragenen Rechtes instand setzen, schuldet ihm daher Auskunft über die den verkauften Gegenstand betreffenden rechtlichen Verhältnisse und Aushändigung der in seinem Besitz befindlichen Beweisurkunden¹⁰².

Ausfluß der Rechtsverschaffungspflicht ist heute die Verpflichtung zur Gewährleistung wegen Rechtsmängel, von der besonders zu handeln ist¹⁰³.

3. Nebenverpflichtungen. Auf Grund ausdrücklicher oder stillschweigender Vereinbarung kann der Verkäufer Nebenleistungen verschiedener Art schulden¹⁰⁴.

VI. Verpflichtungen des Käufers.

1. Zahlung des Kaufpreises. Wesentliche Verpflichtung des Käufers ist die Zahlung des Kaufpreises, den er, soweit er ihm nicht gestundet ist, von dem Zeitpunkt an, von dem an ihm die Nutzungen des gekauften Gegenstandes gebühren, zu verzinsen hat¹⁰⁵.

2. Abnahme der Sache. Der Käufer ist ferner beim Sachkaufe verpflichtet, die gekaufte Sache abzunehmen¹⁰⁶. Damit ist

¹⁰¹ B.G.B. § 448². Doch gilt nach § 449 eine wichtige Ausnahme beim Verkaufe eines Grundstückes oder eines Rechtes am Grundstück, indem hier die Kosten der grundbuchrechtlichen Übertragung und der Beurkundung (nebst Stempel) dem Käufer zur Last fallen. Hier läßt also im Zweifel die erforderliche Mitwirkung des Käufers ihm die Kosten der ganzen Rechtsverschaffung auf. Zu diesen gehört aber die Umsatzsteuer nach richtiger Ansicht nicht; R.Ger. LXXV Nr. 52 S. 209, Dernburg § 171 Anm. 17, Enneccerus § 327 Anm. 6; a. M. Cosack § 125 Anm. 6, Crome § 215 Anm. 18. Noch weniger die Wertzuwachssteuer; Raape b. Dernburg a. a. O.

¹⁰² B.G.B. § 444.

¹⁰³ Unten § 193.

¹⁰⁴ So beim Übersendungskauf Verpackung und Transport; oben S. 449 ff. Anm. 77 u. 80. Öfter auch Unterricht im Gebrauch. Bisweilen Aufstellung und Inbetriebsetzung (z. B. Montierung von Maschinen) oder Besorgung von Reparaturen während eines bestimmten Zeitraums. Ferner Konkurrenzunterlassung usw.

¹⁰⁵ B.G.B. § 432², 452. Doch ist beim Kauf auf Borg oder auf Rechnung Verzicht des Verkäufers auf den Zinsanspruch anzunehmen. Ja, vielfach wird hierauf bei der Preisbemessung Rücksicht genommen, so daß dem Käufer, wenn er sofort zahlt, ein Abzug vom Preise (sog. uneigentlicher Rabatt) gewährt wird. — Bei beiderseitigem Handelskaufe laufen Zinsen von der Fälligkeit an; H.G.B. § 353.

¹⁰⁶ B.G.B. § 433². Im röm. u. gem. R. war die Abnahmepflicht grundsätzlich nicht anerkannt, wurde aber ausnahmsweise bei besonderem Interesse des Verkäufers angenommen; R.Ger. V Nr. 111, XXX Nr. 35. Dagegen kennt sie das Preuß. A.L.R. I, 11 § 215.

ihm eine besondere Leistung auferlegt, auf deren Bewirkung der Verkäufer einen klagbaren Anspruch hat und durch deren verschuldete Nichtwirkung der Käufer in Leistungsverzug gerät¹⁰⁷. Die geschuldete Leistung besteht in der körperlichen Herübernahme aus dem Herrschaftsbereich des Verkäufers in den eignen Herrschaftsbereich¹⁰⁸. Der Käufer hat auch die Kosten der Abnahme zu tragen¹⁰⁹.

3. Nebenleistungen. Nach gesetzlicher Regel ist der Käufer zum Ersatze von Verwendungen verpflichtet, die der Verkäufer nach dem Übergange der Gefahr, falls dieser vor der Übergabe erfolgt ist, noch auf die Sache gemacht hat¹¹⁰. Bei beiderseitigem Handelskaufe ist der Käufer, wenn er die ihm von einem anderen Orte übersendete Ware beanstandet, verpflichtet, für ihre einstweilige Aufbewahrung zu sorgen¹¹¹. Andere Nebenleistungen können dem Käufer kraft besonderer Vereinbarung obliegen¹¹².

¹⁰⁷ R.Ger. LIII Nr. 40, LVI Nr. 33 (gegen Kohler, Arch. f. b. R. XIII 241, Romeick, Fristbestimmung S. 56 ff.). Doch ist die Abnahmepflicht nicht wie die Preiszahlungspflicht für den Kauf begriffswesentlich, kann daher auch wegbedungen werden; R.Ger. LVII Nr. 25, Seuff. LIX Nr. 73. Auch ist regelmäßig (anders z. B. beim Verkauf eines Hauses auf Abbruch) die Abnahme neben der Preiszahlung keine Hauptpflicht, so daß der bloße Abnahmeverzug, wenn auch Schadensersatzpflicht, doch noch nicht die Anwendbarkeit von § 326 begründet; R.Ger. LIII Nr. 40, Dernburg § 177 III; a. M. Düringer-Hachenburg² III 133 ff.

¹⁰⁸ R.Ger. LIII Nr. 40, LVI Nr. 42, LVII Nr. 89. — Die „Abnahme“ deckt sich nicht mit der „Annahme“. Sie braucht weder Annahme als Erfüllung noch gar Annahme als gehörige Erfüllung einzuschließen. Zur Annahme ist der Käufer nicht verpflichtet: Annahmeverzug ist nur Gläubigerverzug. Anders freilich das alte H.G.B. Art. 346, wonach der Käufer verpflichtet ist, die Ware, wenn sie die bedungenen oder gesetzlichen Eigenschaften hat, zu „empfangen“. Denn darunter ist die kaufmännische Empfangnahme zu verstehen, die eine Gutheißung einschließt. Diese Empfangnahmepflicht aber ist Ausfluß der Prüfungs- und Rügepflicht beim Handelskaufe und dürfte beim beiderseitigen Handelskaufe auch heute anzunehmen sein.

¹⁰⁹ B.G.B. § 448¹. Dazu beim Versendungskauf die Transportkosten.

¹¹⁰ B.G.B. § 450. Für die nach dem Gefahrübergange notwendig gewordenen Verwendungen kann der Verkäufer wie ein Beauftragter, für sonstige Verwendungen wie ein Geschäftsführer ohne Auftrag Ersatz verlangen. Bis zum Gefahrübergange hat der Verkäufer die ihm obliegende Verpflichtung, für die zu übergebende Sache Sorge zu tragen, für eigne Rechnung zu erfüllen.

¹¹¹ H.G.B. § 379. Er kann aber, wenn die Ware dem Verderben ausgesetzt und Gefahr im Verzuge ist, sich durch Selbsthilfeverkauf (gemäß § 373) befreien.

¹¹² So z. B. Rücksendung des Fasses oder die oben S. 442 Anm. 41 erwähnten Unterlassungen. Vgl. auch unten § 195 III.

VII. Folgen der Nichterfüllung. Auf den Kaufvertrag finden die allgemeinen Grundsätze Anwendung, die bei Schuldverhältnissen überhaupt und bei gegenseitigen Verträgen insbesondere über die Folgen der Vereitelung oder Verzögerung der Erfüllung entscheiden¹¹³. Sind doch gerade für den Kauf auf deutschrechtlicher Grundlage zuerst die im Handelsrecht festgehaltenen, vom B.G.B. auf alle gegenseitigen Verträge übertragenen Regeln ausgebildet worden, denen das Prinzip zugrunde liegt, daß bei Säumnis des einen Teils dem anderen Teil das dreifache Wahlrecht gebührt, auf nachträglicher Erfüllung zu bestehen, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen oder vom Vertrage zurückzutreten¹¹⁴. Nur in einem Punkte werden diese Regeln durch das B.G.B. für den Kauf abgewandelt, indem bestimmt ist, daß dem Verkäufer, wenn er seinerseits erfüllt und den Kaufpreis gestundet hat, das Rücktrittsrecht wegen Nichtzahlung des Kaufpreises nicht zusteht¹¹⁵.

Weitere Besonderheiten gelten für den Handelskauf. Bei diesem gewährt zunächst der Annahmeverzug des Käufers dem Verkäufer neben den Befugnissen, die ihm nach bürgerlichem Recht zustehen, das freie Hinterlegungsrecht und das selbständige Recht des handelsrechtlichen Selbsthilfeverkaufes¹¹⁶. Sodann treten, wenn

¹¹³ Oben § 178 V u. VI S. 129 ff., § 184 III S. 298 ff.

¹¹⁴ Den Nachweis der Entwicklung bringt H. Mitteis a. a. O. S. 72 ff.

¹¹⁵ B.G.B. § 454. Dies ergab sich auch aus dem alten H.G.B. Art. 354. Doch genügt nach diesem, um das Rücktrittsrecht auszuschließen, die Übergabe der Ware, so daß das Rücktrittsrecht auch wegfällt, wenn der Kaufpreis nicht gestundet ist, und durch die Übergabe auch dann abgeschnitten wird, wenn mit dieser erst teilweise erfüllt ist. Nach heutigem Recht läßt sich dem Verkäufer, wenn er nur teilweise erfüllt hat, das Rücktrittsrecht nicht versagen. So z. B., wenn er das verkaufte Grundstück zwar übergeben, aber noch nicht aufgelassen hat; R.Ger. L Nr. 31. Vgl. Planck zu § 454 Bem. 7², Oertmann Bem. 1. Die Meinung Dernburgs, § 177 II, daß der Verkäufer durch Teilerfüllung stets das Rücktrittsrecht verliere, ist jedenfalls unhaltbar. Aber auch der Meinung von Staub, Exkurs zu H.G.B. § 374 Bem. 101, Staudinger zu § 454 Bem. 4^a u. A., daß nach Teilerfüllung in Fällen, in denen die Erfüllung teilbar ist, nur Teilrücktritt zulässig sei, ist nicht beizustimmen. Wenn die Praxis bei Sukzessivlieferungsverträgen mit dem Begriff des auf die künftigen Leistungen beschränkten Rücktritts operiert, so ist schon früher darauf hingewiesen, daß es sich hierbei in Wahrheit um Kündigung handelt; oben § 176 S. 94 Anm. 131. — Daß nach B.G.B. § 454 dem Verkäufer das Recht, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen, gewahrt bleibt, während H.G.B. Art. 354 ihm auch dieses Recht versagt, hat kaum eine praktische Bedeutung.

¹¹⁶ H.G.B. § 373—374; oben § 178 S. 142 Anm. 125, § 179 S. 162 Anm. 96—97.

der Handelskauf Fixgeschäft ist, für jeden Teil die verschärften Folgen der Nichterfüllung ein, die den handelsrechtlichen Fixkauf auszeichnen¹¹⁷.

Besonderer Betrachtung bedürfen die dem Käufer zustehenden Gewährleistungsansprüche wegen Rechts- oder Sachmängel und ihr Verhältnis zu den Ansprüchen wegen Nichterfüllung.

§ 193. Gewährleistung für Rechtsmängel¹.

I. Geschichte. Die heutigen Regeln über die Gewährleistung wegen Rechtsmängel sind aus der Entfaltung deutschrechtlicher und römischrechtlicher Keime hervorgewachsen.

1. Das ältere deutsche Recht ging von der Schirmungspflicht des Verkäufers aus. Es legte, wie bereits bemerkt ist², dem Verkäufer die Verpflichtung auf, die dem Käufer übertragene Gewere gegen rechtliche Angriffe Dritter zu verteidigen. Diese Verpflichtung wurde frühzeitig als Vertragspflicht aufgefaßt. Sie wurde vielfach und namentlich fast immer bei Grundstücksverkäufen durch besondere Gewährschaftsklauseln ausdrücklich übernommen und in mannigfacher Weise erweitert und gesichert. Aber sie trat auch ohne besondere Abrede kraft gesetzlicher Regel ein³.

¹¹⁷ H.G.B. § 376; oben § 178 S. 132 Anm. 73 u. 74 u. S. 133 Anm. 77 (sofortiges Rücktrittsrecht und bei Leistungsverzug auch sofortiges Recht, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen; abstrakte Schadensberechnung).

¹ Zur Geschichte: Rabel, Die Haftung des Verkäufers wegen Mangels im Recht, T. I: Geschichtliche Studien über den Haftungserfolg, Leipzig 1902. Über älteres deut. R. außerdem: R. Loening, Vertragsbruch S. 103 ff., 442 ff.; Rauch, Spurfolge u. Anfang S. 91 ff., Gewährschaftsverhältnis u. Erbgang nach älterem deut. R., 1910 (in Festg. f. Zeumer S. 529 ff.); P. Rehme, Über das älteste Bremische Grundbuch, Halle 1908, S. 86 ff.; R. Hübner, Grundz.² § 83 II; Schuld und Haftung S. 85 ff. Nord. R.: v. Amira, O.R. I 546 ff., 558 ff., II 686 ff., 692 ff. Röm. R.: P. F. Girard, Études historiques sur la formation du système d'éviction en droit romain, 1884; Karlowa, Rechtsgesch. II 619 ff. — Gemeines R.: Bekker, Jahrb. des gem. R. VI 229 ff.; Dernburg, Pand. II § 99; Windscheid § 391. — Preufs. R.: Dernburg II § 148—149. — Französ. R.: Zachariae-Crome § 335 I. — Österr. R.: Krainz-Pfaff-Ehrenzweig § 321, 323; B. Eisner, Z. f. d. P. u. ö. R. d. G. XXXIX 575 ff. — B.G.B.: Endemann § 160^a; Cosack § 125; Dernburg § 180—182; Crome II § 218; Enneccerus § 329—330; Düringer-Hachenburg² III 136 ff.; Komm. zu § 434 ff.; vgl. auch Schloßmann, Jahrb. f. D. XLV 97 ff.

² Oben § 192 S. 435 ff. Anm. 9—12.

³ Ed. Liutpr. 116; Sachsensp. I 9 § 5, III 4 § 6: Sve so kopinge bekant, die sal durch recht gewere wesen des he verkoft hevet. — Über den jüngeren

Nur insoweit, als sie ausdrücklich wegbedungen war, kam sie in Wegfall⁴.

Ihr Inhalt wurde durch die Grundsätze des alten Prozeßrechts bestimmt. Ihnen zufolge mußte der Verkäufer, wenn der auf Herausgabe der Sache beklagte Käufer sich zur Rechtfertigung seiner Gewere auf seinen Erwerbstitel berief und den Zug auf den Gewährsmann formgerecht vornahm, an Stelle des Käufers in den Prozeß eintreten und die Sache, die er inzwischen als Treuhänder zurückempfang, gegen den erhobenen Angriff schirmen⁵. Gelang ihm dies, so hatte er seine Gewährschaftspflicht erfüllt. Erschien er nicht vor Gericht, verweigerte er die Prozeßübernahme oder unterlag er im Prozeß, so war er des Gewährschaftsbruches schuldig.

Die Folgen des Gewährschaftsbruches im Verhältnis zwischen Verkäufer und Käufer ergaben sich aus der Verletzung der schuldrechtlichen Vertragspflicht⁶. Der Verkäufer hat dem Käufer den empfangenen Kaufpreis zurückzuzahlen⁷. Er hat ihm überdies meist eine gesetzliche oder bedungene Buße zu entrichten und in späterer Zeit Schadensersatz zu leisten⁸. Dagegen findet ein un-

Ursprung des später vom österr. und böhmisch-mährischen Recht geforderten besonderen Schirmbriefs oder Gewährschaftsversprechens vgl. Rabel a. a. O. S. 204 ff.

⁴ Sachsensp. III 4 § 2 a. E.: he ne hebbe sie ut gesceiden mit getüge, do he sie verkofte. Rehme a. a. O. S. 89.

⁵ Vgl. über das Verfahren bei der Fahrnisklage oben Bd. II 556 Anm. 16—17, über das Verfahren bei der Liegenschaftsklage R. Hübner, Der Immobilienprozeß der fränk. Zeit, Unters. z. D. St. u. R.G. XLII (1893) S. 108 ff. Dazu Rabel a. a. O. S. 169 ff.; A. Schultze, Die Bedeutung des Zuges auf den Gewährten im Anefangsverfahren, 1911 (in Festschr. für mich S. 759 ff.); F. Gillis, Gewährschaftszug und Laudatio auctoris, 1913 (Unters. z. D. St. u. R.G. CXVIII).

⁶ Dagegen entspringen die Folgen, die im Verhältnis zum klagenden Dritten eintreten, außerhalb des Vertragsrechts. Der Käufer muß ihm die Sache herausgeben und die etwaige Prozeßbuße zahlen; ihn treffen überdies, wenn er sich vom Verdacht des unredlichen Erwerbes nicht anderweit reinigt, Deliktsfolgen; Sachsensp. II 30 § 5. Der Verkäufer wird ihm, wenn eben feststeht, daß er die Sache veräußert hat, deliktisch haftbar; l. Sal. 17, 2, Sachsensp. III 4 § 2: wende he is dief oder dieves genot, die der kopinge bekant und der gewere besakt.

⁷ L. Sal. 47, 2; l. Rib. 33, 2; Sachsensp. I 9 § 5. Der Kauf wird also rückgängig. Doch begegnet auch die Verpflichtung zum Ersatz des Wertes; l. Rib. 72, 7. Oder die Verpflichtung zur Lieferung einer äquivalenten Sache; diese in l. Bajuv. 16, 12 neben der Verpflichtung zur Rückzahlung des Kaufpreises.

⁸ Vielfach muß er den Kaufpreis verdoppeln; l. Bajuv. 16, 5, Cart. Langob. 2, Urk. v. 872 b. Loersch-Schröder-Perels Nr. 58. — Nach jüngeren Quellen

mittelbarer Zwang zur Erfüllung der Gewährschaftspflicht durch Eintritt in den Prozeß nicht statt⁹.

Eine Rechtsverschaffungspflicht war von Hause aus in der Gewährschaftspflicht nicht enthalten. Der Verkäufer brauchte den Käufer nur gegen gerichtliche Angriffe auf die übertragene Gewere und nur im gerichtlichen Verfahren zu verteidigen¹⁰. Und er war dazu nur verpflichtet, wenn der Käufer der Gewährschaft bedurfte¹¹. Allein wenn es zum Gewährzuzug kam, so mußte der Verkäufer, um die Gewere des Käufers zu schirmen, eben dafür einstehen, daß mit der Gewere das in ihr erscheinende Recht übergegangen war. Und wenn der Käufer seine Gewere selbst zu verteidigen imstande war, weil sie an einem Grundstück zur rechten Gewere erstarkt war oder an Fahrnis durch den Satz „Hand wahre Hand“ gedeckt wurde, so war die Gewährschaftspflicht eben dadurch erledigt, daß die verschaffte Gewere das Recht nach sich gezogen hatte. So konnte die Gewährschaftspflicht auf die Leistungspflicht des Verkäufers im Sinne ihrer Steigerung zur Rechtsverschaffungspflicht zurückwirken¹².

2. Das römische Recht, das vermutlich von ähnlichen Anfängen ausgegangen war¹³, weist in der Justinianeischen Kompilation die Spuren der verschiedenen von ihm durchlaufenen Entwicklungsstadien auf¹⁴. Das im Corpus juris herrschende Grund-

hat er nur einen Bruchteil zuzulegen; so nach Bremer R. v. 1303 ord. 12 die Hälfte, nach Prager Stadtr. art. 106 u. 138 ein Drittel, nach Lüb. R. Hach II 228 u. Hamb. R. v. 1292 C 35 ein Zehntel. Dafür und daneben aber begegnen auch feste Busen; Gosl. Stat. 26 Z. 7 ff. u. 23 ff., Rsb. n. Dist. I, 46 d. 11, 12, Fries. Busstaxen b. v. Richthofen S. 94. Schadensersatz schon nach l. Wisigoth. V, 4 c. 8, l. Bajuv. 16, 4, ed. Liutpr. c. 116, Bayr. Landr. v. 1346 a. 219, Münch. Stadtr. a. 167, Wiener Stadtr. a. 82, 115. Vgl. R. Loening S. 106 ff., 446 ff., Rabel S. 172.

⁹ Wach, Zivilproz. I 657; Rabel S. 172.

¹⁰ Bisweilen übernahm er jedoch auch die Abwehr außergerichtlicher Ansprüche; Loening S. 450 ff., Rabel S. 484 ff.

¹¹ Sachsensp. I, 9 § 5; v. Amira I 564; Rabel S. 188.

¹² Oben § 192 S. 453 Anm. 98.

¹³ Daß den Ausgangspunkt eine ursprüngliche deliktische Defensionspflicht gebildet habe und ein den auctor zur Prozeßübernahme verpflichtender Gewährzuzug dem alten Recht bekannt gewesen sei, sucht Rabel a. a. O. S. 5 ff. nachzuweisen.

¹⁴ Bei der mancipatio hatte der Käufer im Falle der Entwerung ohne weiteres die als Strafklage auf das Doppelte des Kaufpreises gerichtete actio auctoritatis; Bechmann I 98 ff., 142 ff., Karlowa, R.G. II 368 ff., Rabel S. 5 ff., 131. Beim konsensualen Kauf wurde die Haftung des Verkäufers anfangs nur durch besondere Stipulationen, die stipulatio habere licere (Rabel

prinzip aber ist das der gesetzlichen Haftung des Verkäufers für Eviktion. Ihm zufolge hat der Verkäufer dem Käufer nur das *habere licere* der verkauften Sache zu prästieren. Seine Gewährleistungspflicht wird daher erst aktuell, wenn dem Käufer die Sache evinziert, d. h. von einem Dritten infolge eines Rechtsmangels ihr Besitz durch Urteil entzogen wird¹⁵. Dann muß der Verkäufer dem Käufer Schadensersatz leisten¹⁶. Wenn einerseits der Käufer auch bei freiwilliger Herausgabe der Sache durch den Nachweis, daß der Prozeß aussichtslos gewesen wäre, sich den Eviktionsanspruch verschaffen kann¹⁷, andererseits eine Tendenz zur Ausbildung einer Rechtsverschaffungspflicht des Verkäufers bemerkbar ist¹⁸, so wird dadurch das in den Quellen scharf formulierte Grundprinzip der Eviktionshaftung nicht verdunkelt.

3. Nach der Rezeption erfuhr das römische Recht unter dem Einfluß des germanischen Gewährschaftsrechtes mancherlei schon in der italienischen Doktrin eingeleitete, in Deutschland verschärfte Umbildungen. Sie bewegten sich vornehmlich in doppelter Richtung.

Einerseits wurde vom Prozeßrecht her anstatt bloßer Haftung für Entwerung die tief eingewurzelte Schirmungspflicht des Verkäufers vielfach festgehalten und sogar zur klagbaren Verpflichtung, die Verteidigung des Käufers im Prozeß zu übernehmen, gesteigert¹⁹. In diesem Sinne wurde die Streitverkündigung zu einem mehr oder minder scharfen Mittel ausgestaltet, den Gewährsmann zur Prozeßhilfe zu zwingen²⁰. Sehr allmählich nur

S. 30 ff.) und dann die *stipulatio duplae* (ebd. S. 72 ff.) begründet. Endlich aber nahm die *actio emti* die Garantiefunktion in sich auf (ebd. S. 75 ff.).

¹⁵ Der Verkäufer haftet nicht, wenn das Urteil unrichtig oder infolge nachlässiger Prozeßführung des Käufers gefällt ist. Der Käufer kann sich durch *litis denuntiatio* an den Verkäufer sichern, verliert aber durch deren Unterlassung den Anspruch nur, wenn der Verkäufer imstande gewesen wäre, die Eviktion zu verhindern.

¹⁶ Im Falle der *stipulatio duplae*, wie einst stets bei der *Manzipation*, das Doppelte des Kaufpreises; oben Anm. 14. Sonst das volle Erfüllungsinteresse.

¹⁷ Windscheid § 391 Anm. 10.

¹⁸ Oben § 192 S. 453 Anm. 97.

¹⁹ Vgl. Wach, *Zivilproz.* I 655 Anm. 7 u. 657, Rabel S. 219 ff. Besonders in Österreich und in Frankreich. Das französ. R., das frühzeitig dem Käufer das Selbstverteidigungsrecht eingeräumt hatte, gewährte ihm und gewährt ihm bis heute daneben wahlweise die Garantieklage, die dem Verkäufer die Verteidigung zuschiebt.

²⁰ Wach a. a. O. S. 656; Rabel S. 218, 221 ff., 231, 232 ff. — Den ent-

verschwand die Defensionspflicht völlig aus dem deutschen Recht²¹. Schliesslich aber erlosch sie. Das Recht der Selbstverteidigung des Käufers wurde aller Schranken entledigt, das Recht der Streitverkündung ihm nur als Mittel der Abschneidung von Einreden wegen unzureichender Prozessführung gewährt, der Verteidigungspflicht des Verkäufers das Recht zum Eintritt in den Prozess behufs Wahrung seines eignen Interesses an dessen Ausgang substituiert²². Diese Entwicklung aber vollzog sich im Zusammenhange mit dem Durchbruch der aus der Schirmungspflicht hervorgewachsenen und sie schliesslich überflüssig machenden Steigerung des materiellen Inhaltes der Gewährleistungspflicht.

Denn andererseits drängte das materielle Recht unaufhaltsam zur Anerkennung der Rechtsverschaffungspflicht des Verkäufers. In Übereinstimmung mit einer in der älteren gemeinrechtlichen Doktrin angebahnten Auffassung legten die grossen Gesetzbücher dem Verkäufer die Verpflichtung zur Verschaffung freien Eigentums auf²³. Im gemeinen Recht wurde das römische Prinzip nicht überwunden²⁴. Das B.G.B. aber führt das Rechtsverschaffungsprinzip in voller Reinheit durch²⁵. Damit bringt es zugleich die Loslösung der Gewährleistungspflicht wegen Rechtsmängel vom Eintritt eines prozessualen Angriffes gegen den Käufer zum endgültigen Abschluss.

II. Inhalt. Nach heutigem Recht liegt, wenn der Verkäufer dem Käufer das Recht, dessen Verschaffung er ihm schuldet, nicht

scheidenden Einfluß des germanischen Rechts auf die Entwicklung der modernen *laudatio auctoris* sucht Gillis a. a. O. S. 88 ff. nachzuweisen.

²¹ Noch das Preuss. A.L.R. I, 11 § 136 sagt: „Der Verkäufer muß also auch den Käufer gegen alle Ansprüche eines Dritten auf die verkaufte Sache vertreten.“

²² Z.Pr.O. § 72 ff. Nur darin, daß durch gehörige Streitverkündung dem Verkäufer jede Berufung auf Unrichtigkeit des Urteils oder Nachlässigkeit der Prozessführung abgeschnitten wird, wirkt die germanische Schirmungspflicht nach.

²³ Oben § 192 S. 453 Anm. 98. Über die Entwicklungsgeschichte vgl. Rabel S. 256 ff., 315 ff. Bemerkenswert ist namentlich der von ihm nachgewiesene Einfluß des Systems der öffentlichen Bücher (S. 262 ff.), der Naturrechtslehre Wolfs (S. 272 ff.), der Parallelisierung von Rechtsmängelhaftung und Sachmängelhaftung (S. 315 ff.).

²⁴ Bis zu der Schrift Ecks (oben § 192 S. 453 Anm. 97) zeigt sich eher eine rückläufige Bewegung. Aber auch gegenüber der seitdem vordringenden theoretischen Strömung zugunsten des Rechtsverschaffungsprinzips hielt die Praxis an der Auffassung fest, daß der Verkäufer nur das *habere licere* zu leisten habe.

²⁵ Oben § 192 V 2 452 ff.

verschafft, Nichterfüllung des Kaufvertrages vor. Der Verkäufer haftet daher für den Rechtsmangel. Er hat den Erfolg zu vertreten. Der Käufer kann den Gewährleistungsanspruch geltend machen, sobald der Rechtsmangel sich als vorhanden herausstellt. Doch trifft ihn die Beweislast²⁶.

Beim Sachkauf steht der Verkäufer vor allem dafür ein, daß der Käufer durch das Übereignungsgeschäft wirklich Eigentum erlangt²⁷. Darüber hinaus aber haftet er dafür, daß er das Eigentum frei von Lasten verschafft, die dessen Ausübung beeinträchtigen²⁸. Seine Gewährleistungspflicht erstreckt sich daher auf die Freiheit der Sache von allen Rechten, die von Dritten gegen den Käufer geltend gemacht werden können²⁹. Dazu gehören nicht bloß alle dinglichen Rechte, sondern auch bloße Besitzrechte und solche persönlichen Rechte, die gegen den Sondernachfolger wirken³⁰. Ein verkaufte Grundstück oder Schiff hat der Verkäufer auch von dem Scheine einer Belastung durch unrichtige Einträge im Grundbuch oder Schiffsregister zu befreien³¹. Dagegen haftet der Verkäufer eines Grundstücks nicht für dessen Freiheit von öffentlichen Abgaben und anderen nicht zur Eintragung geeigneten öffentlichen Lasten³².

²⁶ B.G.B. § 442. — Ob ein Rechtsmangel oder ein Sachmangel vorliegt, ist mitunter zweifelhaft; vgl. Raape b. Dernburg⁴ § 180 Anm. 3. Das R.Ger. LXXX Nr. 44 wendet mit Recht, wenn ein mit einem Grundstück mitverkauft Realrecht nicht mehr (oder teilweise nicht mehr) bestand, die Vorschriften über Haftung für Rechtsmängel, nicht für Sachmängel an, weil die Fiktion des B.G.B. § 96 das Recht nicht zur Sache mache.

²⁷ Natürlich werden dieser Haftung durch die dem deutschen Recht entstammenden Sätze über Erwerb des Eigentums vom Nichteigentümer weit engere Grenzen gezogen, als sie das römische Recht für die Eviktionshaftung setzen konnte.

²⁸ Dies entspricht dem älteren deut. R.; Rabel S. 181 ff., P. Rehme a. a. O. S. 89. Dagegen schützte die römische Eviktionshaftung den Käufer nur gegen Besitzentziehung auf Grund eines fremden Rechts, nicht gegen bloße Belastung und daher namentlich nicht gegen die Erstreichung von Servituten; Windscheid § 391 Anm. 19—28. Anders schon Preufs. A.L.R. I 11 § 183—187.

²⁹ Dies können aber auch Rechte sein, die dem Verkäufer, ja auch solche, die dem Käufer selbst zustehen; R.Ger. LIX Nr. 106 zu 2 S. 403—407.

³⁰ Also auch durch Vormerkung gesicherte Ansprüche, Miets- oder Pachtrechte usw.; vgl. Kipp bei Windscheid S. 678 ff., Planck zu § 434 Bem. 2, Oertmann Bem. 1, Seuff. LXII Nr. 198.

³¹ B.G.B. § 435. Die Kosten der Löschung hat er zu tragen.

³² B.G.B. § 436; oben Bd. II 713 ff., Dernburg § 180 III. — Doch trägt der Käufer auch sie nach § 446 nur von der Übergabe an, kann daher Befreiung von der Haftung für Rückstände verlangen.

Beim Rechtskauf steht der Verkäufer dafür ein, daß der Käufer das verkaufte Recht erwirbt. Darüber hinaus haftet er in gleichem Umfange, wie beim Sachkauf, für Lastenfreiheit des verschafften Rechtes⁸³. Hier aber hat er auch für den rechtlichen Bestand des verkauften Rechtes Gewähr zu leisten⁸⁴. Insbesondere ist daher der Verkäufer einer Forderung haftbar, wenn die Forderung nichtig oder anfechtbar ist oder durch Einrede oder Aufrechnung entkräftet werden kann oder nicht mit dem angegebenen Inhalte besteht. Dagegen steht er für die Güte der Forderung nur ein, wenn er die Haftung für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners besonders übernommen hat; auch dann haftet er im Zweifel nur für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners zurzeit der Abtretung⁸⁵. Ebenso haftet der Verkäufer jedes anderen Rechtes für dessen rechtlichen Bestand, nicht aber für dessen Verwertbarkeit⁸⁶. Auch der Verkäufer eines Wertpapiers hat, weil hier der Sachkauf einen Rechtskauf einschließt, nicht nur lastenfreies Eigentum am Papier, sondern auch das Recht aus dem Papier zu verschaffen und daher für den Bestand des verbrieften Rechtes Gewähr zu leisten. Er muß überdies dafür einstehen, daß das Wertpapier nicht zum Zwecke der Kraftloserklärung aufgeboten ist⁸⁷.

⁸³ In § 434 ist allgemein vom „verkauften Gegenstand“ die Rede; § 435 verpflichtet ausdrücklich auch den Verkäufer eines Rechtes am Grundstück oder am Schiff zur Wegschaffung von Einträgen nicht bestehender Rechte, die im Falle ihres Bestehens das zu verschaffende Recht beeinträchtigen würden.

⁸⁴ B.G.B. § 437¹. Während also der Sachkauf, falls die verkaufte Sache nicht oder nicht mehr existiert, wegen Unmöglichkeit der Leistung nichtig ist, ist der Verkauf eines nicht bestehenden Rechtes gültig und verpflichtet zu Erfüllung oder Schadensersatz; R.Ger. LXXIII Nr. 54, LXXXVI Nr. 50. Es liegt eben nur subjektives Unvermögen vor. Doch ist dies nicht auf den Fall zu beziehen, daß ein Recht verkauft ist, dessen Bestand überhaupt rechtlich unmöglich ist; R.Ger. LXVIII Nr. 70, LXXXVI Nr. 50 S. 213.

⁸⁵ B.G.B. § 438; so auch Preufs. LR. I, 11 § 431, Code civ. a. 1695, gem. R. nach R.Ger. Seuff. XXXVII Nr. 304. — Es handelt sich hier überhaupt nicht um einen Rechtsmangel, sondern um einen Sachmangel. Für diesen besteht keine gesetzliche Haftung. Die Garantieübernahme aber ist eine Nebenabrede beim Kaufvertrage, nicht eine Bürgschaft. Sie ist daher formfrei und steht unter den Regeln der Gewährleistungspflicht.

⁸⁶ So hat z. B. der Verkäufer eines Patentrechtes dafür Gewähr zu leisten, daß es nicht ganz oder teilweise nichtig ist, steht dagegen nicht für dessen Brauchbarkeit ein. Der Verkäufer eines Mitgliedschaftsrechtes in einer Erwerbsgesellschaft haftet für den Bestand, nicht für die Rentabilität des Rechtes.

⁸⁷ B.G.B. § 437². Dagegen haftet er auch hier nicht für den wirtschaftlichen Wert; R.Ger. LIX Nr. 70. — Vgl. M. Koenig, Die Haftpflicht des Verkäufers von Inhaberpapieren, Berlin 1892; Düringer-Hachenburg² III 145 ff.

Da die Gewährleistungspflicht in dem Versprechen des Verkäufers wurzelt, unterliegt ihr gesetzlicher Inhalt vertragsmäßiger Abänderung. Durch ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung kann sie sowohl verstärkt wie abgeschwächt werden. Doch ist jede Vereinbarung, durch die sie beschränkt oder erlassen wird, nichtig, wenn der Verkäufer den Rechtsmangel arglistig verschweigt³⁸. Ohne besondere Abrede fällt die Gewährleistungspflicht weg, wenn der Käufer beim Abschluss des Kaufvertrages den Rechtsmangel kennt³⁹. Hiervon gilt jedoch eine Ausnahme bezüglich der Belastung des Kaufgegenstandes mit einem Grundpfandrecht oder Pfandrecht oder einer zur Sicherung des Anspruchs auf Bestellung eines Grundpfandrechtes eingetragenen Vormerkung⁴⁰. Keinerlei Haftung wegen Rechtsmängel tritt ein, wenn ein Verkauf auf Grund der Pfändung oder in der Zwangsversteigerung erfolgt⁴¹.

III. Folgen. Ist ein vom Verkäufer zu vertretender Rechtsmangel vorhanden, so hat der Verkäufer seine Rechtsverschaffungspflicht nicht erfüllt. Es treten daher im allgemeinen die Folgen der Nichterfüllung bei gegenseitigen Verträgen ein⁴². Dabei ist jedoch zu beachten, daß, wenn der Verkäufer den verkauften Gegenstand bereits übertragen hat, nur teilweise Nichterfüllung vorliegt. Demgemäß kann zunächst der Käufer in den Grenzen der Einrede des nicht erfüllten Vertrages die Zahlung des Kaufpreises verweigern. Er kann ferner auf nachträgliche Erfüllung

³⁸ B.G.B. § 443. Vgl. Staub zu H.G.B. § 337 Anm. 123 ff., Oertmann Bem. 2. Dazu unten § 194 S. 471 Anm. 23.

³⁹ B.G.B. § 439¹. Kennenmüssen steht dem Kennen nicht gleich. Daher verliert z. B. der Käufer einer beweglichen Sache, der mangels guten Glaubens das Eigentum durch Übereignungsakt des nicht berechtigten Verkäufers nicht erworben hat, den Gewährleistungsanspruch zwar dann, wenn er wissentlich, nicht aber dann, wenn er grob fahrlässig eine fremde Sache gekauft hat. Beim Grundstückskauf kann er auch die Beseitigung einer im Grundbuch eingetragenen Belastung fordern, wenn er sie trotz der Eintragung nicht gekannt hat. — Selbstverständlich kann der Verkäufer die Haftung auch für die dem Käufer bekannten Mängel übernehmen.

⁴⁰ B.G.B. § 439²; ebenso abweichend vom gem. R. schon Preufs. L.R. I, 11 § 184. Der Käufer kann also die Befreiung von solchen Belastungen stets verlangen, wenn sie nicht wegbedungen ist. Dies geschieht freilich bei Grundstückskäufen regelmäßig durch Übernahme auf den Kaufpreis. — Die Vorschrift des § 439² erstreckt sich auch auf verkauftes Zubehör, das von einer Hypothek belastet wird; R.Ger. LVII Nr. 1.

⁴¹ Z.P.O. § 806; Z.V.G. § 56 S. 3.

⁴² B.G.B. § 440¹ verweist auf die §§ 320—326.

durch Beseitigung des Rechtsmangels und im Falle des Verzuges auf Schadensersatz klagen. Endlich aber kann er auch, wenn dem Verkäufer die Rechtsverschaffung unmöglich oder im Falle seines Verzuges eine ihm gesetzte Frist abgelaufen ist, Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern oder vom Vertrage zurücktreten⁴³.

Die allgemeinen Grundsätze über die Folgen der Nichterfüllung erfahren beim Fahrniskaufe eine Abwandlung⁴⁴. Hier kann der Käufer, wenn ihm die Sache übergeben ist, wegen eines Rechtes eines Dritten, das zum Besitz der Sache berechtigt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung erst verlangen, wenn er den Besitz der Sache verloren oder aufgegeben hat. In dieser Beschränkung des Anspruchs lebt ein Rest des Eviktionsprinzips fort. Das Rechtsverschaffungsprinzip wird damit nicht angetastet. Denn die sonstigen Rechte wegen Nichterfüllung kann der Käufer sofort auf Grund des Nachweises, daß der Rechtsmangel besteht, geltend machen. Aber der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung wird ihm versagt, solange er sich im Genuß des Kaufgegenstandes befindet. Doch ist keineswegs erforderlich, daß ihm der Besitz im Wege des Prozesses abgewonnen ist. Er ist nicht verpflichtet, sondern nur zu seiner eignen Sicherheit befugt, es auf einen Prozeß ankommen zu lassen und dem Verkäufer den Streit zu verkündigen⁴⁵. Kann er den Rechtsmangel anderweit nachweisen, so genügt es, wenn er die Sache dem Dritten mit Rücksicht auf dessen Recht freiwillig herausgegeben hat. Der Herausgabe steht es gleich, wenn er den Besitz behält, weil er das ihm fehlende Recht vom Dritten durch Erbgang oder auf andere Weise erworben oder den Dritten abgefunden hat, oder wenn er selbst vom Dritten

⁴³ Nach der herrschenden Meinung haftet jedoch der Verkäufer für Unmöglichkeit der Rechtsverschaffung nur dann, wenn sie schon bei Abschluß des Kaufvertrages bestand, unbedingt, dagegen im Falle ihres späteren Eintrittes nur, wenn sie auf einem von ihm zu vertretenden Umstande beruht. Vgl. Planck Bem. 4a, Crome § 218 Z. 3, Schollmeyer² S. 21 (anders 1. Aufl. S. 10), Oertmann Bem. 3, Cosack⁶ § 125 IV (anders früher), Enneccerus § 330 IV. Teilweise abweichend Titze, Unmögl. S. 265 ff., Endemann § 160^a Anm. 40.

⁴⁴ B.G.B. § 440 Abs. 2—4. Die hier für den Sachkauf gegebenen Vorschriften gelten nach § 441 auch für den Rechtskauf, wenn es sich um ein Recht an einer beweglichen Sache, das zum Besitz der Sache berechtigt, handelt.

⁴⁵ In diesem Falle kann er vom Verkäufer Ersatz der Prozeßkosten verlangen, er müßte denn die Prozeßführung, weil der Verkäufer selbst den Anspruch des Dritten für begründet erklärt, auf eigne Gefahr unternommen haben; Seuff. LXII Nr. 81.

beerbt wird. Der Käufer kann ferner sich den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung auch dadurch verschaffen, daß er die Sache dem Verkäufer zurückgewährt oder diesem den ihm etwa zustehenden Herausgabeanspruch gegen einen anderen Besitzer abtritt⁴⁶. Endlich hat er den Anspruch auch, wenn die Sache, die somit inzwischen auf Gefahr des Verkäufers steht, untergegangen ist.

III. Anwendung bei anderen Verträgen. Die Vorschriften über die Gewährleistung für Rechtsmängel finden entsprechende Anwendung auf alle anderen Verträge, die auf Veräußerung oder Belastung eines Gegenstandes gegen Entgelt gerichtet sind⁴⁷.

§ 194. Gewährleistung für Sachmängel¹.

I. Geschichte. Die heute geltenden Regeln über Gewährleistung für Sachmängel beruhen im wesentlichen auf römisch-

⁴⁶ Hierin liegt kein Rücktritt. Wählt er den Rücktritt, so hat er keinen Ersatzanspruch.

⁴⁷ B.G.B. § 445 (Entw. I stellte sie deshalb in den allgemeinen Teil des Schuldrechts). Für den Tausch (§ 515), die Hingabe an Zahlungsstatt (§ 365), den Werklieferungsvertrag (§ 651), die Zuteilung bei der Gemeinschaftsteilung (§ 757) ist die Anwendung der Kaufregeln noch besonders vorgeschrieben. Sie findet aber z. B. auch statt beim Vergleiche, beim Trödelvertrage, beim entgeltlichen Verpfändungsvertrage (C. Luedicke, Die obligatorische Verpflichtung in Beziehung auf das Pfandrecht an beweglicher Sache, Berlin 1906, S. 64 ff.), sowie möglicherweise bei der Einbringung in die Gesellschaft, bei Dienst- oder Werkverträgen mit einer auf Entlohnung durch Sachleistungen gerichteten Nebenabrede usw. — Diese Generalisierung der beim Kaufe ausgebildeten Grundsätze entspricht dem deut. R. und den neueren Gesetzbüchern, während nach röm. R. für kaufähnliche Verträge besondere und zum Teil abweichende Regeln gelten; vgl. Rabel S. 113 ff., Windscheid § 392, oben § 192 S. 435 Anm. 5.

¹ Über älteres deut. R.: Beseler § 112 III. Stobbe-Lehmann § 231 Z. 7. R. Hübner, Grundz. § 83 III. Conze a. a. O. S. 83 ff. E. Huber, Schweiz. Privatr. IV 853 ff. — Nord. R.: v. Amira I 565, 568 ff., II 695 ff., 699 ff. — Röm. u. gem. R.: Dig. 21, 1; Cod. 4, 58. Hanausek, Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Ware nach röm. u. gem. R. mit besonderer Berücksichtigung des Handelsrechts, 1883—1887. Bechmann I 192 ff., III². Windscheid-Kipp § 393 ff. F. Leonhard, Die Haftung des Verkäufers für Verschulden beim Vertragsschluss, 1893. Crome, Arch. f. z. Pr. LXXXVIII 122 ff. — Preuß. R.: A.L.R. I, 11 § 192 ff., I 5 § 319, 325 ff. Dernburg II § 143 ff. Förster-Eccius § 106 II. — Französ. R.: Code civ. art. 1641 ff. Zachariae-Crome § 335 II. — Österr. R.: Öst. Gb. § 922 ff.; Krainz-Pfaff-Ehrenzweig § 322; Eisner a. a. O. S. 617 ff. — Schweiz. O.R. a. 243—259, neues a. 197—210 u. 219. — Älteres Handelsrecht: Thöl I

rechtlicher Grundlage². Deutschrechtliche Grundsätze haben sich beim Viehkauf erhalten. Eine Einwirkung deutschrechtlicher Anschauungen ist auch bei den Sondervorschriften für den Handelskauf erkennbar.

1. Das deutsche Recht gewährte zwar dem Käufer einen Anspruch auf Lieferung einer mit den bedungenen oder vorausgesetzten Eigenschaften ausgestatteten Sache, so daß er eine mangelhafte Sache zurückweisen konnte. Hatte er aber die Sache besehen und in seine Gewere genommen, so durfte er regelmäßig sie nicht mehr bemängeln³. „Augen auf, Kauf ist Kauf.“ „Wer die Augen nicht auftut, tue den Beutel auf.“ Anders verhielt es sich nur, wenn sich nachträglich ein auch bei aufmerksamer Schau nicht zu entdeckender wesentlicher Mangel (Hauptmangel) herausstellte, den der Verkäufer gekannt und verschwiegen hatte⁴. Dann konnte der Käufer den Kauf „wandeln“⁵. Darüber hinaus konnte durch Vereinbarung dem Käufer ein weitergehendes Wandlungsrecht eingeräumt werden⁶. Diese Grundsätze galten ursprünglich auch beim Viehkauf, erfuhren aber bei diesem frühzeitig eine Fortbildung im Sinne eines besonderen formalen Gewährleistungssystems⁷.

§ 273 ff. Gareis in Endemanns Handb. II 671 ff. — Recht des B.G.B.: Eccius b. Gruchot XLIII 305 ff. Haymann ebd. XLVI 509 ff.; Anfechtung, Sachmängelgewähr und Vertragserfüllung beim Kauf, 1913. Klofs, Sächs. Arch. IX 273 ff. I. U. Schröder, Zur Gewährleistung für Sachmängel nach dem B.G.B., 1903. F. Leonhard, Verschulden beim Vertragsschlusse, 1910. Schollmeyer, Jahrb. f. D. XLIX 93 ff. v. Blume, ebd. LV 209 ff. Max Wolff, ebd. LVI 1 ff. Biermann, Arch. f. z. Pr. XCV 315 ff. Krückmann, ebd. CI 197 ff. Endemann § 161. Cosack § 127 ff. Crome § 220 ff. Dernburg § 183 ff. Enneccerus § 331 ff. Komm. zu B.G.B. § 459 ff. — Neues Handelsrecht: Düringer-Hachenburg² III 151 ff. K. Lehmann § 169. K. Adler, Z. f. d. P. u. ö. R. d. G. XXXIX 511 ff. — Über Gewährleistung für Viehmängel unten Anm. 75.

² Sie sind daher hier nur in den Grundzügen darzustellen.

³ Hamb. Stat. v. 1270 VI 27; Lüb. R. Cod. III, 322; Wiener Stadtr. 66, 69; flandr. Urk. b. Conze S. 96 ff. — Bezeichnend ist, daß nach norweg. Stadtr. der Käufer den Kauf rückgängig machen kann, wenn die Ware in der Dunkelheit gekauft ist und sich bei Licht als beschädigt erweist; v. Amira II 700.

⁴ Der Verkäufer kann sich durch Unschuldseid von der Haftung befreien; L. Bajuv. 16, 9; Ine 56; Lüb. R. Cod. II, 201; v. Amira I 568, II 700.

⁵ Der Ausdruck „mutare“ schon in l. Bajuv. 16, 9. Später „wandeln“, „wandelbar“. — Die Spuren eines Anspruches auf Preisminderung, die Conze S. 109 ff. entdecken will, sind wenig einleuchtend.

⁶ Hamb. Stat. a. a. O.: „ere vorwort ne si anders“. Vgl. Conze S. 98 ff.

⁷ Dasselbe bedeutete im M.A. eine Erweiterung der Gewährleistungspflicht

2. Das römische Zivilrecht gab anfänglich nur wegen arglistig verschwiegener Mängel und dann auch wegen des Fehlens besonders zugesagter Eigenschaften (*dicta vel promissa*) einen mit der *actio empti* geltend zu machenden Schadensersatzanspruch. Allein demgegenüber machte das Edikt der kurulischen Ädilen beim Sklaven- und Viehhandel den Verkäufer für alle erheblichen, dem Käufer nicht angezeigten und nicht offensichtlichen Mängel haftbar, indem es dem Käufer zwar keinen Schadensanspruch, aber nach seiner Wahl die auf Rückgängigmachung des Kaufes gerichtete *actio redhibitoria* oder die auf verhältnismäßige Minderung des Kaufpreises abzielende *actio quanti minoris* gewährte. Die römische Jurisprudenz dehnte das ädilische System auf alle Käufe aus. Sie gab überdies dem Käufer auch wegen des Mangels einer zugesicherten Eigenschaft die ädilischen Rechtsbehelfe⁸.

3. Nach der Rezeption wurde das römische Recht nicht nur zu gemeinem Recht, sondern auch zur Grundlage der partikulären Gesetzgebung. Nur beim Viehkauf erhielt sich vielfach das deutsche Recht. Bisweilen wurde überdies das Wahlrecht zwischen Wandlung und Minderung eingeschränkt⁹. Hier und da finden sich Ansätze zur Anerkennung einer Prüfungs- und Rügepflicht des Käufers¹⁰, die im Handelsgewohnheitsrecht mehr und mehr durchdrang und durch das A.D.H.G.B. Art. 347 bei Verkaufskäufen formell ausgestaltet wurde, für das allgemeine Kaufrecht aber nur in der Schweiz sich durchgesetzt hat¹¹.

Das B.G.B. schließt sich durchaus den römischrechtlichen Grundgedanken an, baut sie aber unter mancherlei einzelnen Abwandlungen zu einem sehr verwickelten, teilweise stark verkünstelten und vielfach undurchsichtigen System aus. Nur beim Viehkauf folgt es deutschrechtlichen Grundsätzen. Dem B.G.B. gegenüber hält das neue H.G.B. an der Prüfungs- und Rügepflicht des Käufers

gegenüber dem gemeinen Kaufrecht, erschien aber gegenüber dem rezipierten röm. R. als Begünstigung des Verkäufers.

⁸ Daneben besteht bei arglistig verschwiegenen Mängeln und beim Fehlen zugesicherter Eigenschaften der zivilrechtliche Schadensersatzanspruch fort. Dieser verjährt erst in 30 Jahren, dagegen der Wandlungsanspruch in 6 Monaten, der Minderungsanspruch in einem Jahr tauglicher Frist.

⁹ Vgl. z. B. Worms. Ref. III, 1 Tit. 4—6; Bayr. L.R. IV 3, 24 nr. 1, 25 nr. 1; Öst. Gb. § 932; auch Sächs. Gb. § 1097, Schweiz. O.R. a. 249—251 (jetzt a. 205).

¹⁰ Vgl. besonders Preufs. A.L.R. I, 5 § 330; auch Code civ. a. 1642.

¹¹ Schweiz. O.R. a. 246—248, jetzt a. 201 mit 203—204 (in wesentlicher Anlehnung an das A.D.H.G.B.).

nur noch bei beiderseitigen Handelskäufen fest, dehnt sie aber bei solchen auf Platzkäufe aus.

II. Gewährleistung für Sachmängel überhaupt.

1. Umfang der Haftung.

a. Der Verkäufer einer Sache steht für Sachmängel doppelter Art ein.

α. Er haftet kraft gesetzlicher Regel dafür, daß die Sache frei von erheblichen Fehlern ist¹². In Betracht kommen Fehler, die entweder den Wert oder die Tauglichkeit der Sache aufheben oder mindern. Der Wert ist der Tauschwert; der Käufer kann also im Zweifel mit der Möglichkeit der Weiterveräußerung rechnen. Die Tauglichkeit ist die vom Tauschwert unabhängige Geeignetheit für den Gebrauch; entscheidend ist mangels anderer Bestimmung der gewöhnliche Gebrauch, für den eine derartige Sache nach den Verkehrsanschauungen dient, im Falle einer besonderen Bestimmung über den Gebrauchszweck aber der nach dem Vertrage vorausgesetzte Gebrauch¹³. Als Fehler erscheinen vor allem Mängel des Sachkörpers. Doch kann der Fehler auch in wirtschaftlichen oder sozialen Hinderungen der Verwertung oder des Gebrauches liegen¹⁴. Für einen Fehler, der den Wert oder die Tauglichkeit nur unerheblich mindert, braucht der Verkäufer nicht einzustehen.

β. Der Verkäufer haftet ferner dafür, daß die Sache die zugesicherten Eigenschaften hat¹⁵. Die Zusicherung muß als bindende Garantieübernahme gemeint sein¹⁶. Sie kann sich auf

¹² B.G.B. § 459¹. Vgl. Schweiz. O.R. a. 243 (197).

¹³ Natürlich genügt nicht die einseitige Willensmeinung und nicht einmal die einseitige Erklärung des Käufers. Vielmehr muß die besondere Gebrauchsbestimmung in den auch vom Verkäufer gutgeheißenen Vertragsinhalt aufgenommen sein.

¹⁴ So ist neben dem Vorhandensein von Hausschwamm schon bloße Schwammverdächtigkeit als Gewährsmangel angesehen (R.Ger. b. Seuff. LIX Nr. 199, LX Nr. 143), neben mangelhafter Beschaffenheit des Baugrundes eines Baugrundstückes auch öffentlichrechtliche Beschränkung der Bebaubarkeit (R.Ger. b. Seuff. LXIII Nr. 39, Z.S. LXIX Nr. 81 S. 356).

¹⁵ B.G.B. § 459². Natürlich auch dafür, daß sie Eigenschaften, deren Nichtvorhandensein zugesichert wurde, nicht hat. Vgl. Max Wolff a. a. O. S. 17.

¹⁶ Nicht als bloße Anpreisung usw. Dagegen ist die vom R.Ger. ständig durchgeführte Ansicht, daß ein auf die Garantie gerichteter Nebenvertrag erforderlich sei (vgl. z. B. Z.S. LIV Nr. 61, Seuff. LX Nr. 4, Gruchot XLVIII 593 ff., LIII 957 ff., ebenso Eccius b. Gruchot XLIII 309, Enneccerus § 331 II 2 a β), unbegründet. Einseitige Zusage des Verkäufers genügt. Einer besonderen Annahmeerklärung des Käufers bedarf es nicht, weil es sich um eine Modalität des im ganzen angenommenen Verkaufsversprechens handelt. Vgl.

körperliche Eigenschaften der Sache beziehen. Allein in sehr viel weiterem Umfange, als dies bei der Haftung für Fehler der Fall ist, können durch Zusicherung wirtschaftliche oder soziale Verhältnisse, von denen der Wert oder die Brauchbarkeit der Sache abhängt, zu „Eigenschaften“ der Sache gestempelt werden¹⁷. Auch kommt es hier nicht auf die Erheblichkeit an. Beim Verkaufe eines Grundstückes gilt nach besonderer Bestimmung auch eine zugesicherte bestimmte Größe als zugesicherte Eigenschaft¹⁸. Hier sind jedoch die Gewährleistungsansprüche des Käufers bei nicht erheblichem Mangel beschränkt¹⁹.

b. Die Vorschriften über Gewährleistung wegen Sachmängel beziehen sich nur auf den **Sachkauf**. Auf den **Rechtskauf** sind sie nicht anzuwenden²⁰. Dagegen ist ihre entsprechende Anwendung auf den Kauf sonstiger wirtschaftlicher Güter angezeigt²¹.

Dernburg § 184 III, Oertmann Bem. 5a, Wolff a. a. O. S. 44 ff.; auch Oser zu Schweiz. O.R. a. 197 Bem. II 1.

¹⁷ So z. B. der Mietertrag eines Hauses (Seuff. XL Nr. 102, XLVIII Nr. 15, R.Ger. LII Nr. 1), die Rentabilität eines Etablissements (Seuff. XLVIII Nr. 14 u. 15, Gruchot XLVII 104), die Höhe der Feuerversicherung (R.Ger. LIV Nr. 61), die Baureife eines Grundstückes, die Lage eines solchen, die Herkunft eines Kunstwerkes, die Abladezeit einer Ware (R.Ger. LXXI Nr. 76), die Zeit, in der ihre Ankunft zu erwarten ist (Seuff. LXIII Nr. 111) usw.

¹⁸ B.G.B. § 468. Dies ist eine Ausnahmebestimmung, weil an sich nur Qualitäts-, nicht Quantitätsmängel Gewährsmängel sind. Unter Umständen kann aber auch bei beweglichen Sachen ein Quantitätsmangel als Sachmangel zu bewerten sein. Und zwar nicht nur ein Zuwenig, sondern auch ein Zuviel; Seuff. LXII Nr. 205.

¹⁹ Der Käufer kann Wandlung nur verlangen, wenn der Mangel so erheblich ist, daß er an der Erfüllung kein Interesse hat. Seine sonstigen Gewährleistungsansprüche bleiben unberührt. Vgl. R.Ger. LIII Nr. 20.

²⁰ Nur wenn es sich um ein Recht handelt, das zum Besitz einer Sache berechtigt, werden hinsichtlich der nach § 433¹ zu übergebenden Sache die Vorschriften über Gewährleistung wegen Sachmängel analog anzuwenden sein. Im übrigen haftet nach der gesetzlichen Regel der Verkäufer nur nach den Vorschriften über Gewährleistung wegen Rechtsmängel für den Bestand des Rechtes. Für den Wert des Rechtes haftet er nur kraft besonderer Garantieleistung, die nach Analogie des § 438 als selbständiger Nebenvertrag zu beurteilen ist. Es ist daher nicht zu rechtfertigen, wenn das R.Ger. in der Bezeichnung einer Hypothek als „gut“ eine zugesicherte Eigenschaft findet (Gruchot XLVIII 341 ff.). Beim Verkaufe eines Wertpapiers kommen zwar Mängel des Papiers als Sachmängel in Betracht, hinsichtlich des Wertes des verbrieften Rechtes aber gelten die Regeln des Rechtskaufes; R.Ger. LIX Nr. 70.

²¹ Vgl. R.Ger. LXIII Nr. 14 (Zusicherung eines bestimmten Reinertrages als Zusicherung einer Eigenschaft des verkauften Handelsgewerbes); LXVII Nr. 25 (Bestimmung zu unzüchtigem Verkehr als verborgener Fehler eines ver-

c. Die Gewährleistung bezieht sich auf Mängelfreiheit der Sache zurzeit des Gefahrüberganges²².

d. Die Haftung des Verkäufers ist vom Verschulden nicht abhängig. Sie wird aber verschärft, wenn er den Mangel arglistig verschwiegen hat²³.

e. In einer Reihe von Fällen ist die Gewährleistungspflicht ausgeschlossen. Sie tritt überhaupt nicht ein beim öffentlichen Pfandkauf und bei Verkäufen im Wege der Zwangsvollstreckung²⁴. Im übrigen kann sie stets vertragsmäßig erlassen oder beschränkt werden; nur ist jede derartige Vereinbarung nichtig, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschweigt²⁵. Ferner hat der Käufer wegen eines Mangels, den er beim Geschäftsabschlusse kannte, niemals, und wegen eines Mangels, der ihm nur infolge grober Fahrlässigkeit verborgen blieb, nur dann einen Gewährsanspruch, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen oder die Fehlerfreiheit zugesichert hat²⁶. Endlich erlöschen die Ansprüche des Käufers durch nachträglichen Verzicht, der namentlich in der mit Kenntnis des Mangels erfolgten vorbehaltlosen Annahme der Sache zu finden ist²⁷.

kauften Zimmervermietungsgeschäftes); LXIX Nr. 98 (Hinderung des Betriebes durch ein fremdes Patent als verborgener Fehler eines verkauften Geschäftes); LXXXII Nr. 36.

²² B.G.B. § 459 (abweichend vom röm. u. gem. R., nach dem der Zeitpunkt des Vertragsschlusses entschied). Der Verkäufer haftet also auch für die zwischen dem Vertragsschlusse und dem Gefahrübergange entstehenden Mängel, sie müßten denn vom Käufer verschuldet sein. Er wird umgekehrt frei, wenn ein beim Vertragsschluss vorhandener Mangel zurzeit des Gefahrüberganges beseitigt ist. — Zusicherung des künftigen Nichtentstehens eines Mangels oder des Fortbestandes einer Eigenschaft begründet keine Gewährleistungspflicht, sondern ist nach den für selbständige Garantieverträge geltenden Regeln zu beurteilen; R.Ger. b. Seuff. LXII Nr. 5.

²³ Unten Anm. 25, 26, 43, 51, 71. Geppert, Jahrb. f. D. LXIV 437 ff. Schneider, Arch. f. b. R. XXXIX 1 ff. — Vgl. Schweiz. O.R. a. 244 (199), 247 (203), 259 (210³). — Über den Begriff des arglistigen Verschweigens vgl. bes. R.Ger. LV Nr. 50, LXII Nr. 72; Seuff. LXII Nr. 179.

²⁴ B.G.B. § 461; Z.Pr.O. § 806; Zw.V.G. § 56. Andere Abrede ist möglich.

²⁵ B.G.B. § 476. So befreit die Klausel „wie zu besehen“ den Verkäufer von der Haftung für alle bei Besichtigung erkennbaren Fehler, auch sie aber nicht im Falle arglistiger Verschweigung; R.Ger. XXXI Nr. 31. Die Nichtigkeit trifft nur die Vereinbarung bezüglich des verschwiegenen Mangels, nicht die ganze Vereinbarung hinsichtlich sonstiger Fehler; R.Ger. LXII Nr. 31. Der Anspruch wegen des verschwiegenen Mangels ist Vertrags-, nicht Deliktsanspruch, verjährt daher erst in 30 Jahren; R.Ger. LXVI Nr. 22.

²⁶ B.G.B. § 460. Vgl. Schweiz. O.R. a. 245 (200).

²⁷ B.G.B. § 464. Die vorbehaltlose Annahme schließt die Geltendmachung

2. **Gewähransprüche.** Aus der Gewährleistungspflicht des Verkäufers entspringen für den Käufer nach heutigem wie nach bisherigem Recht im Falle des Vorhandenseins eines Gewährsmangels mehrere konkurrierende Ansprüche.

a. Der Käufer kann stets nach seiner Wahl **Wandlung** oder **Minderung**, d. h. Rückgängigmachung des Kaufes oder Herabsetzung des Kaufpreises verlangen²⁸. Sein Wahlrecht erlischt erst, wenn die Wandlung oder Minderung vollzogen ist. Sind mehrere Käufer oder Verkäufer beteiligt, so kann die Wandlung nur von allen oder gegen alle, die Minderung von jedem oder gegen jeden verlangt werden; daher ist die Wandlung schon ausgeschlossen, wenn die Minderung von einem Käufer oder gegenüber einem Verkäufer vollzogen ist²⁹. Der Vollzug der Minderung schließt spätere Wandlung oder weitere Minderung wegen eines anderen Mangels nicht aus³⁰.

Vollzogen ist die Wandlung oder Minderung nach § 465 des B.G.B., wenn sich der Verkäufer auf Verlangen des Käufers mit ihr einverstanden erklärt. Nach der Absicht der Kommission sollte damit bestimmt werden, daß die Änderung des bisherigen Schuldverhältnisses durch einen neuen Schuldvertrag herbeizuführen sei. Demgemäß geht der Anspruch des Käufers gegen den Verkäufer auf Vertragsschluss mittels Annahme einer gehörigen Offerte. Im Weigerungsfalle ist die Klage gegen den Verkäufer auf Abgabe

des Mangels auch im Falle arglistiger Verschweigung, daher auch die Klage aus unerlaubter Handlung, aus; R.Ger. LIX Nr. 31. Als Vorbehalt aber kann auch eine vor der Annahme erfolgte Rüge wirken; R.Ger. LVIII Nr. 67.

²⁸ B.G.B. § 462; über die Einschränkung des § 468 oben S. 470 Anm. 19. — Die Ansprüche fallen weg, wenn der Verkäufer im Einverständnis mit dem Käufer den Mangel nachträglich beseitigt. Einen Anspruch darauf hat der Käufer auf Grund der Gewährleistungspflicht nicht; nur aus einer nach dem Vertragsschluss erfolgten schuldhaften Schädigung durch den Verkäufer oder aus besonderer Vereinbarung kann er einen solchen Anspruch möglicherweise herleiten. Andererseits kann ihm auch der Verkäufer eine Nachbesserung nicht aufdrängen. Doch wird der Käufer nach Treu und Glauben eine in kurzer Frist ausführbare und sein Interesse nicht verletzende Ausbesserung nicht zurückweisen dürfen. Vgl. Oertmann Bem. 5, Dernburg § 185 Anm. 3–4, Cosack § 127 VI 1, R.Ger. LXI Nr. 25. Abweichend Eccius a. a. O. S. 315 ff., Endemann § 161 Anm. 19.

²⁹ B.G.B. § 474 mit § 467 u. § 356.

³⁰ B.G.B. § 475. — Unbekannt ist dem deut. R. die durch das Schweiz. O.R. a. 250 (205²) dem Richter gewährte Befugnis, trotz angestellter Wandlungsklage bloß auf Minderung zu erkennen, wenn die Umstände die Rückgängigmachung des Kaufes nicht rechtfertigen.

der erforderlichen Willenserklärung zu richten. Durch die Verurteilung hierzu wird die Willenserklärung ersetzt. Erst aus dem die Rückgängigmachung des Kaufes oder die Herabsetzung des Kaufpreises festsetzenden Verträge ergeben sich dann die weiteren Ansprüche auf Realisierung der tatsächlichen Folgen. An diese verkünstelte Konstruktion hält sich die herrschende „Vertragstheorie“ für gebunden³¹. Viele ihrer Anhänger suchen nur auf mancherlei gewundenen Wegen ihre unerträglichen praktischen Konsequenzen wegzudeuten³². Doch scheint der Vertragstheorie gegenüber mehr und mehr die mit dem bisherigen Recht übereinstimmende und mit dem Wortlaut des B.G.B. nicht unvereinbare „Herstellungstheorie“ durchzudringen³³. Ihr zufolge bildet den Inhalt des Wandlungs- oder Minderungsanspruches die Herstellung des angestrebten Zustandes. Der Käufer kann daher unmittelbar auf die hierzu erforderliche Leistung, also auf Rückzahlung des Kaufpreises oder Aufhebung der Kaufpreisschuld gegen Rückempfang der Sache oder aber auf Rückzahlung eines Teiles des Kaufpreises oder Teilaufhebung der Kaufpreisschuld klagen³⁴.

³¹ Für die Vertragstheorie bes. Flechtheim b. Gruchot XLIV 65 ff., Planck zu § 465, Oertmann zu § 465 und Recht, Jahrg. 1904 S. 4 ff., 29 ff., Schröder a. a. O. S. 25 ff., Endemann § 161 Z. 3, Dernburg § 185 VI, Goldmann-Lilienthal S. 498 ff., Cosack § 127 III 1 b α, 3 c α.

³² Man modifiziert die sonst für das Verhältnis von Angebot und Annahme und für die Form der Verträge (beim Grundstückskauf) geltenden Regeln; man läßt nicht nur die Verbindung der Klagen auf Vertragsschluss und auf Vertragserfüllung zu, sondern legt auch in die Klage auf die zu versprechende Leistung die Klage auf das Versprechen hinein; man sucht sogar eine Klage auf Abschluss des Minderungsvertrages ohne bindende Angabe des Minderungsbetrages zu ermöglichen.

³³ Begründet von Eccius a. a. O. S. 324 ff. und Lobe, Sächs. Arch. IX 104 ff.; ausgebaut bes. von Haymann b. Gruchot XL 509 ff., Langheinen, Anspruch u. Einrede S. 215 ff., Enneccerus § 333 I; vgl. auch Biermann, Arch. f. z. Pr. XCV 315 ff., Kober-Staudinger zu § 462 IV, Staub zu H.G.B. § 377 Anm. 46, Düringer-Hachenburg² III 170 ff., im Erfolge auch Crome § 322 I 1. — Das R.Ger., das Z.S. LVIII Nr. 108 u. LIX Nr. 29 Stellungnahme vermieden hat, hat sich LXVI Nr. 20 unzweideutig gegen die Vertragstheorie ausgesprochen. Vgl. Komm. d. R.G.R. zu § 465 Bem. 1. Ebenso O.L.G. Hamb. Seuff. LXVIII Nr. 35. — Über den Stand der Streitfrage und die praktischen Unterschiede der Theorien vgl. Raape b. Dernburg⁴ § 185 Anm. 23.

³⁴ Klagt er auf Minderung, so kann er den Betrag angeben oder in das richterliche Ermessen stellen und riskiert, wenn er zu viel fordert, nicht völlige Abweisung, sondern nur Herabminderung seines Anspruchs. Er kann auch alternativ klagen.

Allein weder mit der Erhebung der Klage noch mit sonstiger einseitiger Erklärung ist von ihm die Wandlung oder Minderung in bindender Weise „vollzogen“. Dies ist vielmehr erst der Fall, wenn er sich entweder mit dem Verkäufer vertragsmäßig über die Wandlung oder die Minderung geeinigt hat oder der eine oder der andere seiner Ansprüche durch rechtskräftiges Urteil festgestellt ist.

Behauptet der Käufer dem Verkäufer gegenüber einen Sachmangel, so kann dieser eine Beendigung des Schwebezustandes dadurch erzwingen, daß er unter Angebot der Wandlung den Käufer unter Setzung einer angemessenen Frist zur Erklärung darüber auffordert, ob er Wandlung verlange. Verlangt dann der Käufer bis zum Ablauf der Frist die Wandlung, so ist diese durch Einigung vollzogen und somit der Minderungsanspruch ausgeschlossen. Anderenfalls behält der Käufer nach Ablauf der Frist nur den Minderungsanspruch³⁵.

b. Der Wandlungsanspruch geht auf Rückgängigmachung des Kaufes. Die Wandlung ist daher eine besondere Art des Rücktritts, auf welche die Vorschriften über das vertragsmäßige Rücktrittsrecht mit einzelnen Abwandlungen entsprechende Anwendung finden. Darum ist die Wandlung zwar nicht durch zufälligen Untergang oder zufällige Verschlechterung der Sache oder sonstige vom Käufer nicht zu vertretende Unmöglichkeit ihrer gehörigen Rückgabe ausgeschlossen, findet aber dann nicht statt, wenn der Käufer infolge eines von ihm zu vertretenden Umstandes zur Rückgabe außerstande ist³⁶. Die Wirkung der vollzogenen Wandlung aber besteht darin, daß das bisherige Schuldverhältnis aufgehoben und dafür eine beiderseitige Verpflichtung zur Rückgewähr des Empfangenen begründet wird³⁷. Besondere Bestimmungen gelten für den Fall, daß von mehreren verkauften Sachen nur einzelne mangelhaft sind³⁸.

³⁵ B.G.B. § 466.

³⁶ B.G.B. § 467 mit § 350—354. Umgestaltung der Sache schließt jedoch die Wandlung nicht aus, wenn erst bei oder nach ihr der Mangel hervortritt. Über wesentliche Verschlechterung vgl. R.Ger. LXIX Nr. 91. Über Unerheblichkeit eines notgedrungenen Verbrauchs Seuff. LX Nr. 119. Über Ausschluß der Wandlung durch eine vom Käufer oder seinem Rechtsnachfolger verschuldete Zwangsversteigerung des gekauften Grundstücks R.Ger. LVI Nr. 68 u. 71, Seuff. LXII Nr. 206. — Vgl. Schweiz. O.R. a. 254 (207).

³⁷ B.G.B. § 467 mit § 346—348. Nach § 467 S. 2 hat der Verkäufer auch die Vertragskosten zu ersetzen. — Vgl. Schweiz. O.R. a. 253 (208).

³⁸ B.G.B. § 469—471. Grundsätzlich kann auch bei Festsetzung eines

c. Der Minderungsanspruch geht auf verhältnismäßige Herabsetzung des Kaufpreises. Die Herabsetzung erfolgt nach dem Verhältnis, in dem zurzeit des Verkaufs der Wert der Sache in mangelfreiem Zustande zu ihrem wirklichen Wert gestanden hätte³⁹. Ob der Kaufpreis trotz des Mangels hinter dem wirklichen Wert zurückbleibt, ist gleichgültig. Ebenso hat es auf den Minderungsanspruch keinen Einfluss, wenn der Käufer inzwischen die Sache mit Gewinn weiterveräußert oder durch Gebrauch entwertet hat⁴⁰.

d. In bestimmten Fällen konkurriert mit dem Anspruch auf Wandlung oder Minderung als dritter Gewährsanspruch der Anspruch des Käufers auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung⁴¹. Diesen Anspruch hat der Käufer einmal, wenn der verkaufte Sache bereits zurzeit des Kaufes eine zugesicherte Eigenschaft fehlt⁴². Er hat ihn außerdem, wenn der Verkäufer einen Fehler arglistig verschwiegen hat⁴³. Den Schadensersatzanspruch kann der Käufer wahlweise statt der ädilizischen Ansprüche geltend machen⁴⁴. Der Anspruch geht auf das positive

Gesamtpreises die Wandlung nur hinsichtlich der mangelhaften Sache verlangt werden. Sind aber die Sachen als zusammengehörig verkauft, so kann jeder Teil, falls die Trennung für ihn nachteilig wäre, Erstreckung der Wandlung auf alle Sachen verlangen. Stets wird von der Wandlung wegen eines Mangels der Hauptsache auch die Nebensache ergriffen, dagegen durch einen Mangel der Nebensache kein Wandlungsanspruch hinsichtlich der Hauptsache begründet. Wird die Wandlung nur bezüglich einzelner von mehreren für einen Gesamtpreis verkauften Sachen vollzogen, so ist der Gesamtpreis verhältnismäßig herabzusetzen. — Vgl. Schweiz. O.R. a. 255—256 (209).

³⁹ B.G.B. § 472¹. Bei Minderung eines Gesamtpreises wegen der Mangelhaftigkeit einzelner Sachen ist der Gesamtwert aller Sachen zugrunde zu legen; § 472². Bedungene Nebenleistungen sind gemäß § 473 ihrem Werte nach zu veranschlagen.

⁴⁰ R.Ger. LXVI Nr. 29.

⁴¹ B.G.B. § 463.

⁴² Auf Verschulden des Verkäufers kommt nichts an. Voraussetzung ist aber, daß der Mangel schon zurzeit des Vertragsschlusses vorhanden war. Tritt er nach diesem, jedoch noch vor dem Übergange der Gefahr ein, so ist der Käufer auf die ädilizischen Ansprüche beschränkt.

⁴³ Darunter fällt auch die arglistige Vorspiegelung von Eigenschaften, die in Wahrheit fehlen; R.Ger. LIX Nr. 46, LXI Nr. 61, LXIII Nr. 30, LXVI Nr. 81. Zustimmend Enneccerus § 331 Anm. 27, Schneider, Arch. f. b. R. XXXIX 6, Raape b. Dernburg⁴ § 185 Anm. 2e. A. M. Matthiessen, Jur.W.Schr. 1908 S. 60 ff., Recht 1908 S. 670, Max Wolff, Jahrb. f. D. LVI 1 ff., Oertmann Bem. 5 b β.

⁴⁴ Er verliert ihn daher, sobald die Minderung oder Wandlung vollzogen

Erfüllungsinteresse, also auf das, was der Käufer haben würde, wenn die Sache mangelfrei wäre⁴⁵.

e. Verjährung. Die Gewähransprüche verjähren in einer kurzen Frist, die bei beweglichen Sachen von der „Ablieferung“, bei Grundstücken von der Übergabe an läuft und dort sechs Monate, hier ein Jahr beträgt⁴⁶. Diese Verjährung unterscheidet sich in mehreren Punkten von der gewöhnlichen Verjährung⁴⁷. Vor allem kann die Verjährungsfrist vertragsmäßig verlängert werden⁴⁸. Sodann kann der Käufer sich die Einreden wegen des Mangels dadurch erhalten, daß er vor der Verjährung des Anspruchs auf Wandlung oder Minderung den Mangel dem Käufer anzeigt oder

ist; Schadensersatz neben Wandlung, wie v. Tuhr, D.J.Z. 1901 S. 446, meint, kann er nicht verlangen; vgl. Planck Bem. 1, Oertmann Bem. 8 b. Andererseits kann er nicht mehr wandeln oder mindern, sobald der Schadensersatzanspruch durch Urteil oder Einigung festgestellt ist. — Durchaus abweichend Schweiz. O.R. a. 253 (208), wonach der Wandlungsanspruch stets zugleich auf Schadensersatz geht, indem der Verkäufer unbedingt den durch die Lieferung fehlerhafter Ware unmittelbar verursachten Schaden und, falls er nicht seine Schuldlosigkeit nachweist, auch den weiteren Schaden zu ersetzen hat.

⁴⁵ Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit kann der Käufer nicht, wie R.Ger. LII Nr. 52 annimmt, ohne weiteres, sondern nur dann fordern, wenn der Vertrag wegen des Mangels für ihn kein Interesse hätte; Eccius S. 335 ff., Wolff S. 55 ff., 59 ff., Planck Bem. 4, Oertmann Bem. 5 a, Enneccerus § 331 Anm. 28.

⁴⁶ B.G.B. § 477 S. 1. Die kurzen Verjährungsfristen entsprechen dem bisherigen Recht, waren aber zum Teil anders bemessen. Vgl. über das gem. R. oben S. 468 Anm. 8. Das Preufs. A.L.R. I, 5 § 343 ff. hat dieselben Fristen wie das B.G.B., verlängert aber bei landwirtschaftlichen Grundstücken die Frist auf 3 Jahre. A.D.H.G.B. Art. 349 (für bewegliche Sache) und Sächs. Gb. § 923 stimmen mit dem B.G.B. überein. Das Schweiz. O.R. a. 257 (210¹) hat die Frist von einem Jahr, für Gebäudemängel jetzt a. 219⁸ von 5 Jahren. — „Ablieferung“ ist Verschaffung eines die Sachuntersuchung ermöglichenden Gewahrsams; sie braucht nicht Übergabe zu sein, liegt aber andererseits nicht in bloßer Besitzauftragung oder Besitzabtretung, noch auch in der Übergabe mittels eines Traditionspapiers. Die „Übergabe“ des Grundstücks setzt nach R.Ger. LXXV Nr. 26 die Verjährung noch nicht in Lauf, wenn sie auf Grund eines formnichtigen Kaufvertrages vor der heilenden Übereignung erfolgt ist.

⁴⁷ Hinsichtlich der Unterbrechung und Hemmung gelten die allgemeinen Regeln. Nur unterbricht hier auch der Antrag des Käufers auf gerichtliche Beweisaufnahme zur Beweissicherung; § 477². Und die Hemmung oder Unterbrechung hinsichtlich eines Anspruchs wirkt auch für die anderen Ansprüche; § 477³. Nicht jedoch für Ansprüche aus anderen Mängeln; R.Ger. LXXVIII Nr. 65.

⁴⁸ B.G.B. § 477¹ S. 2. Die Verlängerung kann auch stillschweigend vereinbart werden, wie dies besonders in der Form einer „Garantie“ für bestimmte Zeit vorkommt.

die Anzeige an ihn absendet⁴⁹. Andererseits ist eine solche Anzeige vor Vollendung der Verjährung erforderlich, um der verjährten Forderung auf Schadensersatz die Aufrechenbarkeit zu wahren⁵⁰.

Alle Begünstigungen des Verkäufers in Ansehung der Verjährung fallen weg, wenn er den Mangel arglistig verschwiegen hat⁵¹.

3. Sonstige Rechtsbehelfe des Käufers. Infolge des Schweigens des B.G.B. besteht außerordentliche Unsicherheit darüber, inwieweit durch die Gewähransprüche sonstige Ansprüche und Befugnisse, die der Käufer aus den allgemeinen Grundsätzen über Verträge herleiten könnte, ausgeschlossen sind⁵².

a. Grundsätzlich ist davon auszugehen, daß nach dem B.G.B. die Gewährleistung wegen Sachmängel eine besondere Verpflichtung des Verkäufers ist. Sie ist nicht gleich der Gewährleistung für Rechtsmängel in die Erfüllungspflicht aufgenommen. Der Verkäufer schuldet nicht die Verschaffung der Sache in fehlerlosem Zustande, sondern das Einstehen für ihre Mängelfreiheit. Er hat die Sache so verkauft, wie sie zur Zeit des Vertragschlusses war, und erfüllt daher durch ihre Lieferung den Kaufvertrag. Hat sie Gewährsmängel, so haftet er nicht wegen völliger oder teilweiser Nichterfüllung, sondern wegen Eintrittes des Garantiefalles⁵³. Anders verhält es sich freilich, wenn die gelieferte Sache so beschaffen ist, daß sie überhaupt als eine ganz

⁴⁹ B.G.B. § 478¹. Diese Behandlung der Einreden entstammt dem alten H.G.B. Art. 349³, 350. Der Anzeige steht der Antrag auf Beweisaufnahme (oben Anm. 47) und die Streitverkündung in einem Rechtsstreit mit einem späteren Erwerber gleich. — Vgl. Schweiz. O.R. a. 258 (210²).

⁵⁰ B.G.B. § 479 (Ausnahme von § 390). Erfolgt aber die Anzeige, so ist die Aufrechenbarkeit gegenüber allen Forderungen, nicht bloß gegenüber der Kaufpreisforderung erhalten; O.L.G. Kiel b. Seuff. LXVI Nr. 4; a. M. R.Ger. LVI Nr. 41.

⁵¹ B.G.B. § 477¹, 478², 479 S. 2. Die Verjährungsfrist beträgt also 30 Jahre (nicht etwa, wie für Deliktsansprüche nur 3 Jahre); es bedarf keiner Anzeige, um die Einreden und die Aufrechenbarkeit zu erhalten. — Vgl. Schweiz. O.R. a. 258 (210²).

⁵² Unbedingt für den Ausschluss erklären sich Eccius a. a. O. S. 307, Endemann § 161 Anm. 20, Titze, Unmögl. S. 227.

⁵³ Dies gilt auch für die verstärkte Haftung wegen Mangels einer zugesicherten Eigenschaft und wegen eines arglistig verschwiegenen Mangels. Der hier durch § 463 wahlweise gewährte Anspruch auf „Schadensersatz wegen Nichterfüllung“ beruht auf ausdrücklicher oder vom Gesetz auferlegter Garantie und wird nur inhaltlich durch das Recht des Käufers, die Erfüllung als teilweise Nichterfüllung zu behandeln, bestimmt; Schollmeyer a. a. O. S. 98 ff.

andere Sache als die gekaufte erscheint. Dann aber handelt es sich eben nicht mehr um bloße Gewährsmängel⁵⁴.

b. Hiernach müssen offenbar wegen der zurzeit des Verkaufes vorhandenen Gewährsmängel dem Käufer die bei gegenseitigen Verträgen aus Nichterfüllung des anderen Teils entspringenden Rechte versagt werden⁵⁵. Er kann die Annahme der mangelhaften Sache nicht schlechthin ablehnen⁵⁶, sondern nur in Verbindung mit der Vornahme der Wandlung verweigern⁵⁷. Auch hat er nicht die Einrede des nicht erfüllten Vertrages, sondern nur entsprechende Einreden auf Grund seiner Gewährsansprüche⁵⁸. Er kann ferner nicht unter dem Gesichtspunkte der ihm geschuldeten gehörigen Erfüllung Beseitigung des Mangels fordern⁵⁹. Ebenso wenig steht ihm das Recht des einseitigen Rücktrittes zu. Endlich gebührt ihm der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung nur in Gestalt des elektiven Gewähranspruches wegen Zusicherung einer Eigenschaft oder wegen arglistigen Verschweigens. Im übrigen kann er auch bei Verschulden des Ver-

⁵⁴ Dernburg § 184 Anm. 10; Cosack § 127 VII 1; Enneccerus § 335 III 1.

⁵⁵ So auch Schollmeyer S. 97 ff., Enneccerus § 335 I 1. — Unrichtig ist die Meinung, daß die Gewährsansprüche erst mit der Übergabe oder Ablieferung entstanden, bis dahin also die gewöhnlichen Regeln anzuwenden seien. So R.Ger. LIII Nr. 20 u. Gruchot LIII Nr. 20, Fischer, Jahrb. f. D. LI 224, Cosack § 127 VII 3. Die Gewährsansprüche entstehen vielmehr mit dem Vertragsschluß und werden nur durch den Zeitpunkt des Gefahrüberganges begrenzt. Vgl. Schollmeyer S. 95 ff., Crome § 222 Anm. 2, Oertmann zu § 459 Bem. 3, Düringer-Hachenburg² III 95 ff.

⁵⁶ Das Gegenteil würde aus der in der vor. Anm. bekämpften Meinung folgen. Es wird auch von Cosack § 127 VI 2 a und Dernburg § 185 I angenommen. Ebenso mit anderer Begründung von Wolff a. a. O. S. 11, Raape b. Dernburg⁴ Anm. 4. Vgl. dagegen Schollmeyer S. 97, 103.

⁵⁷ Hierzu aber ist er befugt; Crome a. a. O. (In dem Falle des R.Ger. LIII Nr. 20 würde freilich auch bei richtigem Ausgangspunkt der Wandlungsanspruch wegen § 468 S. 2 zu versagen gewesen sein.) Er kommt dann auch nicht, wie Schollmeyer a. a. O. meint, zunächst in Annahmeverzug; wenigstens nicht nach der Herstellungstheorie, oben S. 473. — Andererseits kann er auch auf Übergabe unter Preisminderung bestehen; a. M. Cosack § 127 VII 3 b.

⁵⁸ Wandelt er, so kann er den ganzen Kaufpreis, mindert er, so kann er einen verhältnismäßigen Teil zurückbehalten. Dies aber auch, wenn er nach dem Vertrage vorzuleisten hat. Vgl. Enneccerus § 335 Anm. 4.

⁵⁹ Oben Anm. 28. Wohl aber möglicherweise, wenn er Schadensersatz verlangen kann, unter dem Gesichtspunkte der Naturalrestitution; vgl. Kipp S. 700; a. M. Schollmeyer S. 98 Anm. 1, Oertmann zu § 463 Bem. 5 a α.

käufers Schadensersatz nicht verlangen; weder auf Grund fahrlässiger Verletzung der Leistungspflicht⁶⁰ noch auf Grund fahrlässigen Verhaltens beim Vertragsschluss⁶¹.

c. Wegen eines nach dem Vertragsschluss entstandenen Mangels hat der Käufer, sofern zurzeit der Entstehung des Mangels die Gefahr noch nicht auf ihn übergegangen war, gleichfalls die Gewähransprüche. Wie man ihm aber jeden Gewähranspruch versagen muß, wenn er den Mangel selbst verschuldet hat⁶², so wird man ihm, wenn der Mangel durch einen vom Verkäufer zu vertretenden Umstand verursacht ist, neben den Gewähransprüchen die Rechte aus Nichterfüllung des anderen Teils nicht absprechen dürfen⁶³. Denn wenn die Erfüllungspflicht des Verkäufers dahin ging, die Sache so, wie sie verkauft war, zu liefern, so verletzt er diese Erfüllungspflicht durch Nichtanwendung der gehörigen Sorgfalt zur Bewahrung der Sache. Dabei hat er auch für das Verschulden seiner Erfüllungsgehilfen einzustehen. Demgemäß kann der Käufer, anstatt die Gewähransprüche geltend zu machen⁶⁴, den Vertrag als vom Verkäufer nicht oder unvollständig erfüllt behandeln⁶⁵ und insbesondere auch im Falle bloßer Fahrlässigkeit

⁶⁰ A. M. (nach dem Vorbilde des preufs. Rechts) R.Ger. LII Nr. 5; Seuff. LVIII Nr. 185, LXI Nr. 5; Crome § 220 Anm. 33; Kisch, Unmögl. S. 194 ff.; Krückmann, Jahrb. f. D. LIX 319 ff. — Vgl. dagegen Dernburg § 185 III (abweichend Raape Bem. 1 f), Schollmeyer S. 98, Oertmann zu § 459 Vorbem. 2 c α.

⁶¹ Fr. Leonhard, Verschulden beim Vertragsschluss, 1910, will die von ihm angenommene allgemeine Haftung des Schuldners aus Verschulden beim Vertragsschluss gerade zur Erweiterung der Haftung des Verkäufers wegen eines fahrlässig verschwiegenen Mangels ausbeuten. Aber gerade hier steht ihm § 463 entgegen.

⁶² Oben S. 471 Anm. 22. Kipp S. 700. Crome § 220 Anm. 33. Oertmann Vorbem. 2 b β.

⁶³ A. M. Eccius S. 306, Titze S. 277, für den Fall, daß die Sache übergeben ist, auch Düringer-Hachenburg S. 197 ff. Vgl. aber R.Ger. III Nr. 50, Kipp a. a. O., Crome a. a. O., Schollmeyer S. 104 ff., Oertmann a. a. O., Enneccerus § 335 I 2, Raape b. Dernburg⁴ § 185 Anm. 2 f. — Beruht der Eintritt des Mangels auf einem von keinem Teil zu vertretenden Zufall, so sind lediglich die Regeln über Gewährleistung, nicht, wie Kipp a. a. O. will, nach Wahl des Käufers auch die Regeln des § 323 anwendbar; Kisch S. 194 ff., Oertmann a. a. O.

⁶⁴ Nicht aber kumulativ, so daß er, wie das R.Ger. LII Nr. 5 anzunehmen scheint, gleichzeitig wandeln und Schadensersatz fordern könnte.

⁶⁵ Er hat daher die Einrede des nicht erfüllten Vertrages nach § 320 und kann nach Maßgabe der §§ 325—326 zurücktreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern, bei behebbarem Mangel auch Nachbesserung

des anderen Teils Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen⁶⁶. Diese Rechte hat er auch dann, wenn zurzeit der Entstehung des Mangels die Gefahr bereits auf ihn übergegangen war, ihm also Gewähransprüche überhaupt nicht zustehen⁶⁷.

d. Die vielumstrittene Frage, ob mit den Gewähransprüchen ein Anfechtungsrecht wegen Irrtums konkurrieren kann, wenn die Sache infolge des zurzeit des Verkaufs vorhandenen Mangels einer im Verkehr als wesentlich angesehenen Eigenschaft entbehrt, wird mit Recht überwiegend verneint⁶⁸. Handelt es sich um einen Gewährsmangel, so wird durch die Spezialvorschriften über Gewährleistung, die die Haftung des Verkäufers ausschließlich regeln, die Anwendung der allgemeinen Vorschriften des § 119² B.G.B. überhaupt ausgeschlossen. Die gegenteilige Annahme führt zu Verwirrung und Rechtsunsicherheit.

e. Ebensowenig konkurriert, wenn der Mangel arglistig verschwiegen ist, mit den Gewähransprüchen das Anfechtungsrecht wegen Betruges (aus § 123)⁶⁹. Hier aber bleibt der aufservertragliche Deliktsanspruch unberührt.

verlangen. Wenn Cosack § 127 VI 1 u. 3b und Enneccerus § 335 I 2 Anm. 5 ihn auf den Schadensersatz beschränken, so ist dies inkonsequent.

⁶⁶ Auf diesen Schadensersatzanspruch will das R.Ger. LIII Nr. 50 u. LVI Nr. 41 die Regeln über die Gewähransprüche analog anwenden. So auch Fr. Leonhard a. a. O. S. 67 ff. u. Enneccerus § 335 I 2 Anm. 6 (doch nur, soweit für den Mangel selbst, nicht, soweit für den durch ihn verursachten weiteren Schaden Ersatz zu leisten ist). Dagegen mit Recht Schultze, Arch. f. b. R. XXX 143 ff., Krückmann, Arch. f. z. Pr. CI 231 ff., Oertmann zu § 477 Bem. 5d, Raape b. Dernburg⁴ § 185 Anm. 2f a. E.

⁶⁷ Kipp S. 701; Oertmann Vorbem. 2d. So z. B., wenn der Verkäufer das verkaufte Grundstück zwischen Auflassung und Übergabe oder die zu versendende Ware auf dem Transport schuldhaft beschädigt.

⁶⁸ R.Ger. LXI Nr. 41, LXII Nr. 69; Schloßmann, Der Irrtum über wesentliche Eigenschaften, 1903, S. 50 ff.; Lenel, Jahrb. f. D. XLIV 7; Danz, ebd. XLVI 463 ff.; v. Blume, ebd. LV 239 ff.; Wolff, ebd. LVI 37 ff.; Wolzendorff, ebd. LXIV 311 ff. (bes. S. 345 ff.); Schneider, Arch. f. z. Pr. XCVII 142 ff.; Krückmann, ebd. XCVIII 420, CI 393; Lent, Gesetzeskonkurrenz S. 345; Planck zu § 119 Bem. IV b, c β; Dernburg § 185 IV; Enneccerus § 335 III. A. M. Kipp S. 701 ff.; Leonhard, Allg. T. S. 496; Oertmann Vorbem. 2e; Cosack § 127 VI 2b; Rudolf Schmidt, Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht, 1915, S. 85 ff. — Für die Anwendung des § 119² bleibt Raum, wenn die Sache infolge des Mangels eine Sache ganz anderer Art ist, als sie der Käufer kaufen wollte; dann aber handelt es sich eben nicht um einen Gewährsmangel; oben Anm. 54, unten Anm. 114.

⁶⁹ R.Ger. LXX Nr. 107. — A. M. nicht nur Kipp S. 702, Oertmann a. a. O., Cosack a. a. O., Raape b. Dernburg § 185 Anm. 13, R. Schmidt

III. Besonderheiten beim Gattungskauf. Während im gemeinen Recht die Anwendbarkeit der Grundsätze des Gewährleistungsrechtes auf den Gattungskauf stark bestritten war⁷⁰, gibt das B.G.B. dem Käufer einer nur der Gattung nach bestimmten Sache dieselben Gewährsansprüche wie dem Käufer einer individuell bestimmten Sache: er kann nach seiner Wahl Wandlung oder Minderung, oder, wenn eine zugesicherte Eigenschaft fehlt oder der Mangel arglistig verschwiegen ist, Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen⁷¹.

Allein das B.G.B. gewährt dem Käufer hier außerdem das Recht, die Lieferung einer mangelfreien Sache anstatt der mangelhaften zu verlangen^{71a}. Entscheidet er sich für diesen Anspruch, so behandelt er die Lieferung der mangelhaften Sache nicht als Erfüllung, durch die eine Konzentration der Gattungsschuld auf den geleisteten Gegenstand erfolgt ist, sondern als Nichterfüllung der noch unkonzentrierten Gattungsschuld⁷². Trotzdem unterstellt das B.G.B. den Nachlieferungsanspruch in allen Hauptpunkten den für den Wandlungsanspruch geltenden Vorschriften⁷³. Dagegen wird man auf ihn insoweit, als er nicht ausdrücklich einem Gewährleistungsanspruch gleichgestellt ist, die Regeln über die Folgen der Nichterfüllung anwenden müssen⁷⁴.

a. a. O. S. 93 ff., sondern auch trotz Versagung der Anfechtung wegen Irrtums Komm. der Reichsgerichtsräte zu § 459 Bem. 1, Lent a. a. O. S. 361.

⁷⁰ Die Praxis sprach sich dafür aus; R.O.H.G. V Nr. 91, R.Ger. VI Nr. 53, XII Nr. 19, Seuff. XLIX Nr. 243. Ebenso Goldschmidt, Z. f. d. g. H.R. XIX 98 ff., Dernburg, Pand. II § 101 Z. 3. A. M. Thöl, H.R. I § 275 Anm. 17, Windscheid § 394 Z. 5. Auch für das preuß. R. war Streit; Dernburg, Preufs. P.R. II § 145.

⁷¹ B.G.B. § 480. Hinsichtlich des Schadensersatzanspruches aber entscheidet hier nicht die Zeit des Vertragsschlusses, sondern die Zeit des Gefahrüberganges. Denn damit erst ist der Leistungsgegenstand fest bestimmt.

^{71a} Ebenso schon das Schweiz. O.R. a. 252, jetzt 206. — Der Verkäufer kann nach deut. R. dem Käufer mangelfreie Ersatzlieferung nicht aufdrängen; anders Schweiz. O.R. a. a. O. beim Platzkauf.

⁷² Dies ist die herrschende Meinung. Vgl. v. Blume, Jahrb. f. D. LV 238, Fr. Leonhard a. a. O. S. 24, Dernburg § 188 III, Oertmann zu § 480 Bem. 2a, Enneccerus § 336; vgl. auch R.Ger. LII Nr. 92, LIII Nr. 24. A. M. Schollmeyer a. a. O. S. 99 ff.

⁷³ B.G.B. § 480¹. Manche Anhänger der Vertragstheorie halten jedoch trotz der Verweisung auf § 465 diese hier für unanwendbar; Oertmann Bem. 3a.

⁷⁴ Denn ein echter Gewähranspruch ist er nicht, da er nicht aus Garantie, sondern aus der prinzipialen Leistungspflicht des Verkäufers entspringt. Der Käufer kann daher die mangelhafte Sache ablehnen und dadurch den Ver-

IV. Besonderheiten beim Viehkauf⁷⁵.

1. Überhaupt. Während im gemeinen Recht die römisch-rechtlichen Grundsätze auch für den Viehkauf durchdrangen, erhielt sich für diesen in vielen Partikularrechten abweichendes deutsches Recht⁷⁶. Auch in den neueren Gesetzbüchern und Spezialgesetzen wurden meist die deutschrechtlichen Grundsätze durchgeführt⁷⁷ oder doch in wesentlichen Punkten angenommen⁷⁸. Das B.G.B. hat sich durchaus auf den Boden des deutschen Rechtes gestellt⁷⁹. Seine Sondervorschriften gelten aber nur für den Ver-

käufer in Verzug setzen. Auch kann er neben der Nachlieferung Ersatz des ihm durch schuldhaft mangelhafte Leistung entstandenen Schadens verlangen.

⁷⁵ Über das ältere deut. R.: Sachsenhauser, Die Lehre von der Nachwährschaft für verkaufte Haustiere nach deut. R., München 1856. Hoffmann, Arch. f. prakt. R.W. IV (1857) S. 177 ff. Walther, ebd. N. F. VIII (1871) S. 3 ff., 113 ff. Mittermaier § 281 II. Gengler, Lehrb. I 371 ff.; D.P.R.⁴ § 118. Beseler § 112 III. Stobbe-Lehmann § 232 (mit weiteren Literaturnachweisen). E. Huber, Schweiz. Privatr. IV 854 ff. — Über Partikularrechte: Haubold § 283; Heimbach § 147; Grefe II § 57; Reyscher II § 417; Paulsen § 91; M. Hachenburg, Das Recht der Gewährleistung beim Tierhandel in Baden, Württemberg, Hohenzollern 1888; F. Kuby, Komm. zum Bayr. Ges. v. 26. März 1859, 4. Aufl., 1892. — Heutiges deut. R.: K. Schneider, Rechtsregeln des Viehhandels, 1899. W. Dieckerhoff, Gerichtliche Tierarzneikunde³, 1902. Krückmann, Anfechtung, Wandlung und Schadensersatz beim Viehkauf, 1904. Stölzle, Viehkauf⁵, 1913. Meisner, Vorschriften über Viehgewährschaft², 1908. Endemann § 161⁹. Dernburg § 192. Crome § 224. Matthiafs § 107. Cosack § 129. Enneccerus § 337.

⁷⁶ Quellenstellen aus dem M.A. b. Kraut, Grundr. § 129 Nr. 1—12. Frankf. Ref. II, 9 § 4 ff. Nürnbn. Ref. II 16. Fränk. Stat. b. Arnold, Beitr. II 81 ff., 203 ff., 209 ff., 441 ff., 551 ff., 559 ff., 594 ff., 613 ff., 664 ff. Weitere Nachweise b. Gengler, Lehrb. I 371 ff. Schweizer. Ges. b. Huber IV 854 ff.

⁷⁷ Bayr. L.R. IV c. 3 § 23. Österr. Gb. § 924—927. Sächs. Gb. § 924—929. Meining. Gewährschaftspatent v. 28. März 1781. Gotha. Mand. v. 29. März 1790. Gr.Hess. G. v. 15. Juli 1858. Bad. v. 23. Apr. 1859 u. 16. Aug. 1882. Preufs. f. Hohenzollern v. 5. Juli 1863. Frankf. v. 9. Dez. 64. Kurhess. v. 23. Okt. 1865. Württ. v. 26. Dez. 1861. — Schweizer. Kantonalrechte (vorbehalten in O.R. a. 890) b. Huber III 726 ff.; jetzt durch das einheitliche Recht des neuen O.R. a. 198 u. 202 ersetzt.

⁷⁸ So in dem Mischrecht des Preufs. A.L.R. I, 11 § 179 ff., Anh. § 13—14

⁷⁹ So schon Entw. I § 399—411. Trotz des Protestes der Tierärzte hat das B.G.B. § 481—492 daran mit Recht festgehalten. Vgl. meine Schrift über den Entw. S. 217 ff. — Über die Vorgeschichte des neuen Schweiz. R. vgl. Oser zu a. 198. Hier hat schliesslich eine noch über das deut. R. hinausgehende Abschwächung der Gewährleistungspflicht gesiegt. Denn eine solche besteht nur insoweit, als der Verkäufer sie dem Käufer schriftlich zugesichert oder den Käufer absichtlich getäuscht hat.

kauf von Pferden, Eseln, Mauleseln, Maultieren, Rindvieh, Schafen und Schweinen⁸⁰.

2. Gewährleistung kraft gesetzlicher Regel. Bei dem Kauf eines individuell bestimmten Tieres treten mangels besonderer Zusage folgende Abweichungen vom gemeinen Gewährleistungsrecht ein:

a. Der Verkäufer haftet nur für Hauptmängel. Welche Fehler zu den Hauptmängeln gehören, war seit dem Mittelalter für die einzelnen Tiergattungen durch Rechtssätze bestimmt⁸¹. Nach heutigem Recht ist die Bestimmung durch eine mit Zustimmung des Bundesrats erlassene Kaiserliche Verordnung erfolgt und kann auf demselben Wege ergänzt und abgeändert werden⁸². Die Haftung tritt, abweichend vom ursprünglichen deutschen Recht⁸³, auch ein, wenn der Verkäufer den Mangel weder kannte noch kennen mußte⁸⁴. Der Hauptmangel gilt stets als erheblich. Für andere Mängel besteht nach der gesetzlichen Regel eine Gewährleistungspflicht überhaupt nicht⁸⁵.

⁸⁰ B.G.B. § 481. Bei anderen Haustieren (z. B. Hunden, Katzen, Ziegen, Federvieh) und allen wilden Tieren gelten die gewöhnlichen Regeln. — Ebenso Schweiz. O.R. a. 198, das aber die Ziegen einfügt.

⁸¹ Mittelalterliche Bestimmungen (besonders für Pferde) b. Kraut Nr. 7—12, Stobbe-Lehmann Anm. 7. Spätere gesetzliche Bestimmungen in allen oben Anm. 76—78 angef. Gesetzbüchern und Gesetzen. Nur das neue Schweiz. O.R. hat den Unterschied der Hauptmängel von anderen Mängeln beseitigt; auch für Hauptmängel wird nur kraft schriftlicher Zusicherung oder absichtlicher Täuschung gehaftet; oben Anm. 79.

⁸² B.G.B. § 482², Kais. V. v. 27. März 1899. Die Hauptmängel sind verschieden bestimmt für Nutz- und Zuchttiere (§ 1) und für Schlachttiere (§ 2).

⁸³ Oben S. 467 Anm. 4 (l. Bajuv. u. Ine handeln von Viehkauf); Gosl. Stat. 81 Z. 2 ff.; Rsb. n. Dist. IV 42 d. 24; Münch. Stadtr. a. 163.

⁸⁴ So schon nach allen jüngeren deutschen Quellen. — Kenntnis des Käufers beim Verkauf schließt gemäß B.G.B. § 460 auch hier jeden Anspruch aus; Nichtkenntnis infolge grober Fahrlässigkeit steht auch hier der Kenntnis nur gleich, wenn der Mangel nicht arglistig verschwiegen war. Vorbehaltlose Annahme in Kenntnis des Mangels präjudiziert dem Käufer gemäß § 464. Dagegen ist die deutschrechtliche Beschränkung des Gewährleistungsanspruches auf solche Fehler, die der Käufer bei sorgsamer Besichtigung nicht entdecken konnte (vgl. Münch. Stadtr. a. 163, Hamb. Stadtr. v. 1603 II 8, 17), dem B.G.B. wie schon fast allen jüngeren Gesetzen fremd. Eine Untersuchungspflicht liegt also auch hier dem Käufer nicht ob.

⁸⁵ Also auch nicht, wenn der Verkäufer sie arglistig verschweigt. Auch eine Anfechtung aus § 123 ist, obschon die Meisten das Gegenteil annehmen (vgl. Oertmann Bem. 2, Enneccerus § 337 A I 4, Dernburg § 192 Anm. 5) so wenig wie die Anfechtung aus § 119² zuzulassen; Cosack § 129. Nur die

b. Die Haftung des Verkäufers tritt nur ein, wenn der Hauptmangel sich innerhalb der Gewährfrist zeigt⁸⁶. Die Gewährfristen sind für die einzelnen Hauptmängel seit alter Zeit durch Rechtssatz bestimmt⁸⁷. Heute sind auch sie durch die Kaiserliche Verordnung festgesetzt⁸⁸. Doch kann durch Vertrag eine längere oder kürzere Gewährfrist an Stelle der gesetzlichen gewillkürt werden⁸⁹. Die Gewährfrist beginnt mit dem Ablaufe des Tages des Gefahrüberganges⁹⁰.

c. Zeigt sich ein Hauptmangel innerhalb der Gewährfrist, so wird vermutet, daß er schon zurzeit des Gefahrüberganges vorhanden gewesen sei⁹¹. Der Gegenbeweis ist zulässig⁹².

deliktische Haftung aus § 823 oder § 826 bleibt unberührt. — Dagegen begründet nach Schweiz. O.R. a. 198 absichtliche Täuschung bei jedem Mangel eine Gewährleistungspflicht.

⁸⁶ B.G.B. § 482¹. Zeigt der Mangel sich erst später, so ist jeder Gewähranspruch ausgeschlossen. Dies stimmt mit dem älteren deut. R. überein (Stobbe-Lehmann Anm. 15). Ebenso Schweiz. O.R. a. 202. Dagegen hat nach den meisten neueren Gesetzen die Gewährfrist nur Beweisbedeutung, so daß der Käufer auch einen später hervortretenden Mangel noch geltend machen kann, wenn er dessen Vorhandensein vor der Übergabe nachweist. So Preufs. A.L.R. I, 11 § 203, Österr. Gb. § 927.

⁸⁷ In den älteren Quellen finden sich einheitliche Fristen. So 3 Tage in l. Bajuv. 16, 9, Bremer R. v. 1303 ord. 131, Soester Schrae 58 (Kraut Nr. 8); 14 Tage in Nürnbn. Ref. XVI, 4, Bayr. L.R. IV 3 c. 23 Nr. 5 u. 6; 30 Nächte bei Ine 56; 4 Wochen (jedoch bei Schlachtschweinen nur 3 Tage) in Frankf. Ref. II, 9 § 4 u. 7. In den neueren Gesetzen sind die Gewährfristen für die einzelnen Tiergattungen und Krankheitsarten sehr ungleich bestimmt. Doch gilt nach Preufs. L.R. I, 11 § 199—203, Österr. Gb. § 924, Sächs. Gb. § 925 eine generelle Gewährfrist von 24 Stunden, an deren Stelle nur bei einzelnen Mängeln längere Fristen (nach Preufs. R. bis zu 4 Wochen, Österr. R. bis zu 2 Monaten, Sächs. R. bis zu 50 Tagen) treten. Das Schweiz. O.R. a. 202 hat eine einheitliche Frist von 9 Tagen (außer bei Gewährleistung für Trächtigkeit).

⁸⁸ Auf Grund B.G.B. § 482². Die meisten Gewährfristen für Hauptmängel von Nutz- und Zuchtieren und alle für Hauptmängel von Schlachtieren betragen 14 Tage; daneben 28 Tage (für Lungenseuche bei Rindvieh), 3 Tage (für Rotlauf bei Schweinen), 10 Tage (bei Schweineseuche).

⁸⁹ B.G.B. § 486. Die vereinbarte Frist hat alle Kraft der gesetzlichen Frist. — Vgl. Schweiz. O.R. a. 202.

⁹⁰ B.G.B. § 483. Für die Haftungsfrage bleibt der Augenblick des Gefahrüberganges entscheidend.

⁹¹ B.G.B. § 484. Ebenso nach älterem deut. R. und fast allen neueren Gesetzen; Stobbe-Lehmann Anm. 11.

⁹² So auch, während die älteren Quellen einen Gegenbeweis anscheinend nicht zulassen, nach den meisten neueren Gesetzen; vgl. Preufs. A.L.R. I, 11 § 202, Bayr. Ges. a. 2, Hohenzoll. § 2.

d. Der Käufer muß zur Erhaltung seiner Rechte binnen spätestens zwei Tagen nach dem Ablaufe der Gewährfrist oder dem etwaigen früheren Tode des Tieres eine Anzeige von dem Mangel an den Verkäufer erstatten oder doch absenden⁹³. Doch tritt der Rechtsverlust nicht ein, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat⁹⁴.

e. Der Käufer kann nur Wandlung, nicht Minderung verlangen⁹⁵. Den Wandlungsanspruch hat er auch, wenn er infolge eines von ihm selbst zu vertretenden Umstandes das Tier nicht oder nur in wesentlich verschlechtertem Zustande zurückgeben kann, muß dann aber den Wert des Tieres vergüten⁹⁶. Über die Herausgabe der Nutzungen und den Ersatz der aufgewandten Kosten gelten besondere Vorschriften⁹⁷.

f. Der Wandlungsanspruch verjährt in sechs Wochen vom Ende der Gewährfrist an⁹⁸. Doch kann der Käufer auf Grund des

⁹³ B.G.B. § 485 S. 1. Der Anzeige steht Klageerhebung, Streitverkündung und Antrag auf gerichtliche Beweisaufnahme gleich. — Als baldige Anzeige an den Verkäufer oder das Gericht fordern auch die älteren wie die neueren deutschen Quellen. Nach manchen neueren Gesetzen geht aber durch Unterlassung der Anzeige nicht der Gewähranspruch, sondern nur die Vermutung verloren; Preuß. A.L.R. I, 11 § 200, Österr. Gb. § 926. — Das Schweiz. O.R. a. 202 in Verbindung mit der Bundesratsverordnung v. 14. Nov. 1911 (b. Oser S. 498—500) fordert zur Erhaltung des Anspruchs nicht nur die Anzeige binnen der Gewährfrist, sondern auch das binnen der gleichen Frist an die zuständige Behörde gerichtete Verlangen der Untersuchung des Tieres durch Sachverständige; für diese besteht ein besonderes Verfahren.

⁹⁴ B.G.B. § 485 S. 2. — Die Beweislast trifft den Käufer.

⁹⁵ B.G.B. § 487¹. Dies entspricht dem älteren deut. R. und den neueren Gesetzen, mit Ausnahme des preussischen und des neuen schweiz. Rechts. — Der Käufer kann sich jedoch ein Minderungsrecht ausbedingen.

⁹⁶ B.G.B. § 487². So namentlich auch, wenn er das Tier geschlachtet hat. In diesem Falle geben manche neueren Gesetze die Minderungsklage; so Sächs. Gb. § 927, Bayr. G. a. 4, Frank. a. 7, Hohenzoll. § 4. — Bei unwesentlicher von ihm zu vertretender Verschlechterung hat der Käufer das Tier unter Vergütung der Wertverminderung zurückzugeben; § 487³. — Im Falle eines Rechtsstreites kann jeder Teil, sobald die Besichtigung des Tieres nicht mehr erforderlich ist, dessen öffentliche Versteigerung und Hinterlegung des Erlöses durch einstweilige Verfügung herbeiführen; § 489.

⁹⁷ Der Käufer braucht nach § 487⁴ nur die wirklich gezogenen Nutzungen zu ersetzen, kann dagegen nach § 488 Ersatz aller Kosten der Fütterung und Pflege, der tierärztlichen Untersuchung und Behandlung, sowie der etwa nötig gewordenen Tötung des Tieres verlangen.

⁹⁸ B.G.B. § 490. Eine solche stark verkürzte Verjährung des Wandlungsanspruches wegen Tiermängel findet sich auch in manchen bisherigen Gesetzen

verjährten Anspruches noch einredeweise die Zahlung des Kaufpreises verweigern⁹⁹. Der dem Käufer nach allgemeinem Gewährschaftsrecht wegen eines arglistig verschwiegenen Hauptmangels wahlweise zustehende Anspruch auf Schadensersatz ist der kurzen Verjährung nicht unterworfen¹⁰⁰.

3. Gewährleistung kraft besonderer Zusage. Der Verkäufer kann durch besondere Zusage sowohl eine erweiterte wie eine verschärfte Haftung übernehmen.

a. Eine Haftungserweiterung tritt ein, wenn der Verkäufer die Gewährleistung wegen eines nicht zu den Hauptmängeln gehörigen Fehlers übernimmt¹⁰¹ oder eine besondere Eigenschaft des Tieres zusichert¹⁰². In diesem Falle gelten, wenn eine Gewährfrist vereinbart ist, durchweg gleiche Regeln wie hinsichtlich der gesetzlichen Haftung für Hauptmängel. Dagegen hängt, wenn keine Gewährfrist verabredet ist, das Wandlungsrecht weder von dem Hervortreten des Mangels in bestimmter Zeit noch von einer Anzeige ab. Doch unterliegt es auch hier der sechswöchigen Verjährung, die hier mit der Ablieferung des Tieres beginnt¹⁰³. Einen Anspruch auf Schadensersatz hat der Käufer, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat.

b. Eine Haftungsverschärfung tritt ein, wenn der Verkäufer durch die Zusicherung des Nichtvorhandenseins eines Haupt-

nicht dagegen im preuss., österr. u. sächs. R. Entw. I § 407 wollte mit dem Bayr. G. a. 9 eine Verjährungsfrist von 14 Tagen einführen.

⁹⁹ B.G.B. § 490³. Die in § 478 geforderte Anzeige ist ja hier immer erfolgt.

¹⁰⁰ Stölzle S. 256. Oertmann zu § 490 Bem. 1. Enneccerus § 337 A II 6.

¹⁰¹ Ob ein allgemeines Versprechen der Haftung für alle Fehler nur auf die Hauptmängel zu beziehen ist oder die Haftungsübernahme für die nach § 459 erheblichen Fehler bedeutet, ist Auslegungsfrage. Die in den Entwürfen (I § 409, II § 486, III § 487) im Sinne der ersten Alternative getroffene Bestimmung hat die Reichstagskommission gestrichen. Vgl. Dernburg § 192 X.

¹⁰² Dahin gehört auch die im Leben häufige Zusage der Trächtigkeit. Vgl. über die hier entstehenden Zweifel Krückmann, Jur.W.Schr. 1912 S. 472 ff., Fromherz b. Gruchot LV 225 ff., Stölzle ebd. LVI 433 ff. — Sonderbestimmungen darüber in Schweiz. O.R. a. 202 u. Bundesrats-V. a. 2.

¹⁰³ B.G.B. § 492. Bei Zusage der Trächtigkeit kann nicht der Ablieferungstag, an dem Stölzle a. a. O. festhalten will, sondern erst der Tag der Entscheidung die Verjährungsfrist in Lauf setzen; vgl. Enneccerus § 337 Anm. 10. — Damit die Einreden aus der verjährten Forderung erhalten bleiben, bedarf es hier offenbar, obschon das Gesetz nicht darauf hinweist, der nach § 478 erforderlichen Anzeige. Schneider a. a. O. S. 187 ff., Stölzle, Viehkauf S. 277, Oertmann Bem. 3, Enneccerus Anm. 9; Rspr. d. O.L.G. XVI 409.

mangels oder des Vorhandenseins einer bestimmten Eigenschaft des Tieres eine besondere Garantie übernimmt¹⁰⁴. In diesem Falle kann der Käufer, wenn das Tier beim Vertragsschluss der Garantie nicht entspricht, stets statt der Wandlung auch Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen¹⁰⁵. Auch dieser Schadensersatzanspruch aber unterliegt der sechswöchigen Verjährung¹⁰⁶.

4. **Gattungskauf.** Ist der Viehkauf Gattungskauf, so kann der Käufer statt der Wandlung verlangen, daß ihm an Stelle des mangelhaften Tieres ein mangelfreies geliefert wird¹⁰⁷. Dieser Anspruch aber wird auch hier, obschon er aus der Erfüllungspflicht des Verkäufers hergeleitet ist, einem Gewähranspruche gleichgestellt¹⁰⁸.

V. Besonderheiten beim Handelskaufe.

1. Die Gewährleistungspflicht des Verkäufers wird durch die auf Grund deutschrechtlicher Anschauungen im Handelsverkehr entwickelte Prüfungs- und Rügepflicht des Käufers eingeschränkt. Sie trifft den Käufer nach altem H.G.B. beim einseitigen wie beim zweiseitigen Handelskauf, jedoch nur, wenn ihm die Ware infolge des Kaufes von einem anderen Orte zugesendet ist, nach neuem H.G.B. nur beim beiderseitigen Handelskauf, jedoch auch beim Platzgeschäft¹⁰⁹. Hiernach hat der Käufer unverzüg-

¹⁰⁴ Ob die Zusicherung in diesem Sinne gemeint ist, ist Auslegungsfrage. Sie kann auch, wenn sie sich auf Freiheit von Hauptmängeln bezieht, bloße Bestätigung der gesetzlichen Haftung, wenn auf die Freiheit von anderen Mängeln oder besondere Eigenschaften, bloße Haftungserweiterung bedeuten. Vgl. Enneccerus § 337 B; Dernburg § 192 XI; Rspr. d. O.L.G. VIII 448.

¹⁰⁵ Gemäß § 463 S. 1. Im übrigen gelten entweder die Regeln über die gesetzliche Haftung oder die Regeln des § 492 über vertragsmäßig erweiterte Haftung. Vgl. R.Ger. LX Nr. 55.

¹⁰⁶ Nach § 490 und der Verweisung auf § 490 in § 492. Die Beschränkung der Aufrechenbarkeit der verjährten Ersatzforderung durch § 479 fällt nach § 490 Abs. 3 S. 2 weg. Dies kann jedoch nicht gelten, wenn bei der Zusicherung einer Eigenschaft keine Gewährfrist vereinbart ist; vgl. oben Anm. 103.

¹⁰⁷ B.G.B. § 491. Natürlich kann er, wenn ihm ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung zusteht, wahlweise auch diesen gemäß § 480² geltend machen.

¹⁰⁸ In § 491 werden die §§ 488—490, in § 492 wird § 491 angezogen.

¹⁰⁹ Altes H.G.B. Art. 347, neues § 377. Es fehlt an einem hinreichenden Grunde dafür, daß der Kaufmann als Käufer gegenüber einem Nichtkaufmann (z. B. einem Landwirt) nicht die gleiche Sorgfalt aufzuwenden hat wie gegenüber einem Kaufmann. Vielfach wird übrigens beim einseitigen Handelskauf die stillschweigende Vereinbarung einer Prüfungs- und Rügepflicht des Kaufmanns anzunehmen sein. Überdies kann nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte längeres Behalten der Ware ohne Mängelrüge als

lich nach der Ablieferung, soweit dies nach ordnungsmäßigem Geschäftsgange tunlich ist, die Ware zu untersuchen und einen hierbei sich zeigenden Mangel alsbald dem Verkäufer anzuzeigen, widrigenfalls die Ware als genehmigt gilt und nur noch wegen eines bei der Untersuchung nicht erkennbaren Mangels beanstandet werden kann. Auch hinsichtlich eines solchen heimlichen Mangels aber gilt die Ware als genehmigt, wenn der Käufer nicht unverzüglich nach der Entdeckung die Anzeige macht. Rechtzeitige Absendung der Anzeige genügt zur Erhaltung der Rechte des Käufers. Wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat, fällt jede handelsrechtliche Einschränkung seiner Gewährleistungspflicht weg¹¹⁰. Im übrigen gelten die Grundsätze des bürgerlichen Rechts¹¹¹.

2. Die Prüfungs- und Rügepflicht des Käufers ist durch das neue H.G.B. beim beiderseitigen Handelskauf auf den Fall ausgedehnt, daß eine andere Ware oder Warenmenge als die bedungene geliefert ist¹¹². Die Unterlassung rechtzeitiger Rüge bewirkt also, daß die Abweichung vom Vertrage als genehmigt gilt. Nur wenn die gelieferte Ware von der bestellten offensichtlich so erheblich abweicht, daß der Verkäufer die Genehmigung des Käufers als ausgeschlossen betrachten mußte, tritt dieses Präjudiz nicht ein¹¹³. Die Rechte aber, die der Käufer sich durch Untersuchung und Anzeige wahrt, sind hier natürlich nicht die Gewähransprüche wegen Sachmängel, sondern die Rechte aus Nichterfüllung¹¹⁴.

Verzicht auf die Gewähransprüche gedeutet werden müssen. Dies freilich auch beim Nichtkaufmann und beim Kauf des bürgerlichen Rechts.

¹¹⁰ Das Nähere über die Prüfungs- und Rügepflicht, hinsichtlich deren durch Wissenschaft und Praxis eine reiche Kasuistik entfaltet ist, gehört ins Handelsrecht.

¹¹¹ Die im alten H.G.B. Art. 349 für die Geltendmachung nachträglich entdeckter Mängel vorgeschriebene sechsmonatige Ausschlussfrist ist gestrichen, die sechsmonatige Verjährung aber ins bürgerliche Recht übergegangen; oben Anm. 46—51. Die durch Art. 348 dem Käufer auferlegte Pflicht, für einstweilige Aufbewahrung der ihm von einem anderen Ort zugesandten, von ihm beanstandeten Ware zu sorgen, ist unter Beschränkung auf den beiderseitigen Handelskauf in das neue H.G.B. § 379 übergegangen, erscheint aber als eine besondere Nebenverpflichtung aus dem Kaufvertrage; oben § 192 S. 455 Anm. 111. Die Bestimmungen des Art. 348 Abs. 2—4 sind durch die Z.Pr.O. § 488 entbehrlich geworden.

¹¹² H.G.B. § 378.

¹¹³ H.G.B. § 378 Halbs. 2. Die Einschränkung ist objektiv zu verstehen; R.Ger. LXXXIV Nr. 65.

¹¹⁴ Bei Lieferung einer zu geringen Menge aus teilweiser Nichterfüllung.

3. Beim Viehkauf gelten, auch wenn er Handelskauf ist, lediglich die Vorschriften des bürgerlichen Rechts über Gewährleistung für Viehmängel¹¹⁵.

VI. Anwendung bei anderen Verträgen. Die Vorschriften über Gewährleistung wegen Sachmängel finden entsprechende Anwendung auf alle anderen Verträge, die auf Veräußerung oder Belastung einer Sache gegen Entgelt gerichtet sind¹¹⁶.

§ 195. Besondere Arten des Kaufes.

I. Probekäufe. Man unterscheidet Kauf zur Probe, nach Probe und auf Probe.

1. Kauf zur Probe ist ein unbedingter Kauf mit Angabe des Beweggrundes¹. Er hat keinerlei rechtliche Besonderheiten².

2. Kauf nach Probe oder Muster ist ein unbedingter Kauf mit der Zusicherung, daß die Ware die Eigenschaften der Probe oder des Musters haben werde³. Die Probe kann dem Verkäufer oder dem Käufer oder einem Dritten zur Aufbewahrung und Vorlegung bei Prüfung der Ware anvertraut sein⁴. Der

Bei Zuviellieferung liegt teilweise Lieferung nicht gekaufter Ware vor. — Vgl. Düringer-Hachenburg² III 318 Anm.; Seuff. LVIII Nr. 72, LXVIII Nr. 41. Dagegen nimmt das R.Ger. in Entsch. v. 19. Dez. 1914 LXXXVI Nr. 20 an, daß durch H.G.B. § 378, obschon der Wortlaut entgegensteht, nicht bloß die Rügepflicht, sondern das Anwendungsgebiet der Vorschriften über Haftung für Sachmängel ausgedehnt ist. Ebenso schon Seuff. LX Nr. 99.

¹¹⁵ H.G.B. § 382. Dies war auch für das alte H.G.B. anzunehmen, jedoch bestritten.

¹¹⁶ B.G.B. § 493. Ebenso wie nach § 493 die Vorschriften über Gewährleistung wegen Rechtsmängel; vgl. oben § 193 S. 466 Anm. 47 (über den Verpfändungsvertrag Luedicke a. a. O. S. 79 ff.). Besonderheiten aber gelten nach § 633, 651 beim Werkvertrage. Die entsprechende Anwendbarkeit bezieht sich auf alle Vorschriften des B.G.B. einschließlic derer über den Viehkauf, nicht aber auf die Vorschriften des H.G.B. — Dem röm. R. ist diese Ausdehnung fremd. Dagegen findet sie sich schon im Preufs. A.L.R. I, 5 § 319 ff. mit I, 11 § 198, im Österr. Gb. § 922 ff. u. im Sächs. Gb. § 899 ff., wo deshalb die Vorschriften über Gewährleistung wegen Sachmängel, wie dies auch Entw. I beabsichtigte, in die allgemeinen Bestimmungen über Schuldverträge eingereiht sind.

¹ Das alte H.G.B. Art. 341 sagt dies ausdrücklich.

² Gekauft ist die Probe und nur sie; die Inaussichtstellung weiterer Käufe ist unverbindlich.

³ B.G.B. § 494. Altes H.G.B. Art. 340. Sächs. Gb. § 907. Daneben können natürlich noch andere Eigenschaften zugesichert sein; R.Ger. XXVII Nr. 5. — Möglich ist auch die Erhebung der Probemäßigkeit zur Bedingung; R.O.H.G. II Nr. 94.

⁴ Eine Verpflichtung zur Aufbewahrung besteht nur im Falle vertrags-

Käufer, der sich auf die Probeklausel beruft, muß die behauptete Beschaffenheit der Probe beweisen⁵. Ihn trifft daher auch die Beweislast hinsichtlich der Identität der vorgelegten mit der beim Vertragsschluss zugrunde gelegten Probe⁶. Dagegen liegt der Beweis der Probemäßigkeit der gelieferten Ware dem Verkäufer ob⁷.

3. Kauf auf Probe oder Besicht ist ein bedingter Kauf, dessen Wirksamkeit davon abhängt, daß der Käufer die Ware nach vorgenommener Probe oder Besichtigung billigt⁸. Die Billigung

mäßiger Übernahme; R.Ger. Seuff. XXXIX Nr. 206, LI Nr. 123. Kraft gesetzlicher Bestimmung liegt sie dem Handelsmäkler ob; H.G.B. § 96.

⁵ Staub zu H.G.B. § 382 Anm. 7, 10; Dernburg § 194 III; Oertmann zu B.G.B. § 494 Bem. 4a u. c. Um sich den Beweis zu sichern, hat er die Probe, wenn sie sich in seinem Gewahrsam befindet, gehörig aufzubewahren und vorzulegen. Ist die Probe untergegangen, so ist er, wenn er den Beweis ihrer Beschaffenheit nicht auf andere Weise erbringen kann, beweisfällig. Hat jedoch der Verkäufer den Untergang der Probe verschuldet, so trifft ihn der Beweis, daß die Probe nicht die vom Käufer behauptete Beschaffenheit gehabt habe. — Doch waltet hier Streit. Die herrschende Lehre betrachtet den Beweis der Beschaffenheit der Probe als Bestandteil des Beweises der Probemäßigkeit der Ware und legt daher grundsätzlich dem Verkäufer auch hierfür die Beweislast auf; sie nimmt nur, wenn der Käufer die ihm anvertraute Probe nicht vorlegen will oder kraft eines von ihm zu vertretenden Umstandes nicht vorlegen kann, eine Umkehrung der Beweislast an; R.O.H.G. VI 339, IX 27, XII 9 u. 118, Crome § 225 Anm. 4, 12—13. Das R.Ger. XI Nr. 10 läßt nicht einmal dies unbedingt gelten. Dagegen tritt nach dem Schweiz. O.R. a. 268 (222³) die Umkehrung der Beweislast auch ein, wenn das Muster beim Käufer ohne dessen Verschulden verdorben oder zugrunde gegangen ist.

⁶ Staub a. a. O. Anm. 11, Düringer-Hachenburg¹ III 185 (2 236), Oertmann Bem. 4d. A. M. R.O.H.G. VI 339, XII 9, Seuff. LII Nr. 250, Planck Bem. 3 Abs. 3, Rosenberg, Beweislast S. 97, Dernburg § 194 III, Crome a. a. O. Anm. 14, Endemann § 162 Anm. 4, Enneccerus § 338 Anm. 7, jetzt auch Staub-König Anm. 10. — Nach Schweiz. O.R. Art. 267 (222¹⁻²) genügt eine persönliche Versicherung vor Gericht seitens dessen, dem das Muster anvertraut wurde; der Gegenpartei aber steht der Beweis der Unechtheit offen.

⁷ Hierüber besteht Einigkeit; R.O.H.G. II 179, VI 337 ff., XI 21, XII 7 ff.; Staub Anm. 9, Planck Bem. 3 Abs. 2, Rosenberg, Beweislast S. 96, Oertmann Bem. 4b, Dernburg § 194 IV, Crome § 225 Z. 2. Anders nur im Falle des § 363 B.G.B.

⁸ Ein solches Geschäft war schon dem römischen Recht bekannt und wurde in der gemeinrechtlichen Praxis stets anerkannt. Gesetzliche Bestimmungen über dasselbe treffen Preufs. A.L.R. I, 11 § 333 ff., Code civ. a. 1588, Öst. Gb. § 1082 ff., Sächs. Gb. § 1101 ff., Schweiz. O.R. a. 269 ff. (223 ff.), H.G.B. a. 339, B.G.B. § 495—496. Aus der älteren Lit. hervorzuheben: Goldschmidt, Z.f.H.R. I 66 ff., 262 ff., 386 ff.; Fitting, ebd. II 203 ff., V 79 ff., Arch. f. z. Pr. XLVI 327 ff.; Unger, Z. f. H.R. III 386 ff., Jahrb. f. D. XXV 322 ff.; Bechmann II 226 ff.; Fr. Leonhard, Jahrb. f. D. XXXIX 180 ff.;

steht im freien Belieben des Käufers⁹. Somit ist während des Schwebens der Bedingung der Verkäufer einseitig gebunden¹⁰. Er ist auch verpflichtet, dem Käufer die Untersuchung des gekauften Gegenstandes zu gestatten¹¹. Die Bedingung ist im Zweifel eine aufschiebende¹², so daß sie mit der Billigung eintritt und mit ihrem Eintritt der Kaufvertrag endgültig wirksam wird¹³. Sie kann aber auch als auflösende Bedingung gemeint sein¹⁴. Dann tritt sie mit der Mißbilligung ein, und es wird mit ihrem Eintritt der Kaufvertrag hinfällig. Wird die Sache, wie dies häufig ge-

Windscheid-Kipp § 387 (mit weiteren Literaturangaben in Anm. 5). Zum heutigen Recht: Muskat b. Gruchot XLVIII 205 ff., XLIX 472 ff.; Manigk, Willenserklärung S. 522 ff.; Walsmann, Jahrb. f. D. LIV 197 ff.; Raape, Wollensbedingung, 1912; Endemann § 162 Z. 2; Dernburg § 193; Crome § 226; Enneccerus § 338 II; Cosack § 132 I; Düringer-Hachenburg² III 237 ff.

⁹ Dies ist im B.G.B. § 495¹, wie schon im alten H.G.B. a. 339¹, ausdrücklich bestimmt. Ebenso im Schweiz. O.R. a. 269 (223)¹. Auch das Preufs. A.L.R. (vgl. Dernburg, Preufs. P.R. II § 153) und die anderen Gesetzbücher sind so zu verstehen. Für das gemeine Recht wurde von Manchen die Meinung verfochten, daß der Käufer sich nicht nach Willkür, sondern nur nach einem objektiven Maßstabe des Gefallens entscheiden dürfe; so Unger, Z. f. H.R. III 407 ff., Brinz² IV 136 ff. Allein die herrschende Meinung stellte stets die Billigung in das souveräne Belieben des Käufers; vgl. Seuff. X Nr. 40, XVIII Nr. 239. — Natürlich kann durch Vereinbarung das Ablehnungsrecht des Käufers eingeschränkt werden.

¹⁰ Gegen die Möglichkeit eines einseitig bindenden Kaufvertrages sind oft Bedenken erhoben worden. Bekker, Pand. II § 106, will eine bloße Verkaufsofferte annehmen, Walsmann, Jahrb. f. D. L. LIV 277 ff., einen Vorvertrag, Raape a. a. O. u. b. Dernburg⁴ § 193 Anm. 5 einen bedingten einseitigen Vertrag. Allein die Zulassung einer reinen Wollensbedingung entspricht hier eben dem positiven Recht. Der Käufer hat schon gekauft und mit den bedingt erworbenen Rechten aus dem Kauf auch die Pflichten eines Käufers bedingt übernommen. Der Eintritt seiner Gebundenheit hängt nicht von einer neuen rechtsgeschäftlichen Willenserklärung, sondern von der Setzung des vorgesehenen Tatbestandes ab; vgl. unten Anm. 17.

¹¹ B.G.B. § 495². Ebenso Sächs. Gb. § 1102.

¹² B.G.B. § 495¹ S. 2. Ebenso Code civ. a. 1588, Öst. Gb. § 1080, Sächs. Gb. § 1101, H.G.B. a. 339². Gleiches wurde für das Preufs. A.L.R. angenommen; Dernburg II § 153 Anm. 10, Eccius II § 124 Anm. 16. Dagegen kennt das gemeine Recht keine Vermutung für aufschiebende oder auflösende Bedingung; vgl. Windscheid Anm. 7—8.

¹³ Nach einmal erfolgter Billigung ist auch vor Ablauf einer vereinbarten Erklärungsfrist die Ablehnung ausgeschlossen; Seuff. XLVIII Nr. 16.

¹⁴ R.O.H.G. VII 38; Seuff. XL Nr. 196. — Das Österr. Gb. § 1081 behandelt die Bedingung als auflösende, wenn der Käufer für den übernommenen Gegenstand den Kaufpreis bezahlt hat.

schieht, bereits während des Schwebezustandes dem Käufer übergeben, so bleibt die Gefahr im Falle der aufschiebenden Bedingung trotzdem beim Verkäufer¹⁵, während sie im Falle der auflösenden Bedingung auf den Käufer übergeht¹⁶. Billigung und Mißbilligung sind keine rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen, sondern bloße tatsächliche Willenskundgebungen¹⁷. Sie können ausdrücklich oder durch schlüssiges Verhalten erfolgen¹⁸. Doch hängt ihre Wirksamkeit davon ab, daß sie rechtzeitig abgegeben werden. Entscheidend hierfür ist die vereinbarte Frist¹⁹. In Ermangelung einer Vereinbarung kann der Verkäufer dem Käufer eine angemessene Frist zur Beendigung des Schwebezustandes setzen²⁰. Das Schweigen des Käufers bis zum Ablauf der vereinbarten oder gesetzten Frist

¹⁵ Muskat a. a. O. S. 212 ff., Endemann § 162 Anm. 15, Dernburg § 193 V, Oertmann Bem. 6. A. M. Düringer-Hachenburg² III 87 ff.; vgl. oben § 192 S. 447 Anm. 70. — Vgl. Preufs. A.L.R. a. a. O. § 338. Französ. R. b. Zachariae-Crome § 329 Anm. 13. Österr. Gb. § 1080 (der Käufer gilt als bloßer „Entlehner“). Schweiz. O.R. a. 269 (223)².

¹⁶ Muskat a. a. O.; Dernburg a. a. O. Ebenso für das ältere R. Goldschmidt a. a. O. S. 120, Fitting a. a. O. II 270. Vgl. Österr. Gb. § 1081. — Abweichend Oertmann a. a. O. (oben § 192 S. 447 Anm. 70), für das ältere Recht Windscheid Anm. 10 und die von ihm angeführten Schriftsteller.

¹⁷ Enneccerus § 338 II 2, Oertmann zu § 495 Bem. 2 u. 6. A. M. Walsmann a. a. O. S. 276 ff., der eine gestaltende Willenserklärung annimmt; Raape a. a. O., der erst mit der als Gegenversprechen aufgefaßten Billigung des Käufers den Kaufvertrag als gegenseitigen Vertrag zustande kommen läßt.

¹⁸ Die Billigung ist regelmäsig in einer zur Prüfung nicht erforderlichen Verfügung über die Sache zu finden; Seuff. XLVIII Nr. 16; Kipp b. Windscheid a. a. O. S. 637; Sächs. Gb. § 1106; Schweiz. O.R. a. 271 (225)². Abw. Seuff. LXIII Nr. 182. Nach Preufs. A.L.R. § 334, Sächs. Gb. § 1106 u. Schweiz. O.R. a. a. O. auch in vorbehaltloser Preiszahlung nach Empfang der Sache. — Die Mißbilligung liegt jedenfalls in Rückgabe der empfangenen Sache; Sächs. Gb. § 1106, Schweiz. O.R. a. 271 (225)¹. Aber auch schon in ihrer Zurdispositionsstellung; Seuff. XLV Nr. 28.

¹⁹ Die Vereinbarung kann stillschweigend erfolgen. Besteht eine „ortsgebräuchliche“ Frist, so wird sie regelmäsig als vereinbart anzusehen sein. Nach H.G.B. a. 339³ u. Schweiz. O.R. a. 270—271 (224—225) ist mangels anderer Abrede eine ortsgebräuchliche Frist unmittelbar maßgebend. Eine subsidiäre gesetzliche Frist von 3 Tagen bei beweglichen und 1 Jahr bei unbeweglichen Sachen gilt nach Österr. Gb. § 1082.

²⁰ B.G.B. § 496. Ähnlich, jedoch unter Fixierung der Frist auf 14 Tage, das Sächs. Gb. § 1104. Desgleichen das H.G.B. a. 339⁴ u. das Schweiz. O.R. a. a. O., die aber die angemessene Frist von selbst laufen lassen und nach ihrem Ablauf den Verkäufer ermächtigen, den Käufer zu sofortiger Erklärung aufzufordern. Das Preufs. L.R. § 337 verweist auf richterliche Fristsetzung. Für das gem. R. war Streit; Windscheid a. a. O. Anm. 13.

gilt, wenn die Sache ihm noch nicht übergeben war, als Mißbilligung, dagegen, wenn ihm die Sache schon übergeben war, als Billigung²¹. Scheitert der Kaufvertrag am Nichteintritt der aufschiebenden oder am Eintritt der auflösenden Bedingung, so ist der Käufer für jede schuldhafte Behandlung des Kaufgegenstandes verantwortlich²².

II. Kauf auf Kondition. Eine besondere Art des bedingten Kaufes ist der vom Handelsrecht ausgebildete Kauf auf Kondition, bei dem der Käufer Waren unter der aufschiebenden Bedingung kauft, daß er sie entweder weiter verkauft oder bis zum Ablauf einer bestimmten Frist nicht zurückgibt²³.

III. Spezifikationskauf. Dem Handelsrecht gehört auch der Spezifikationskauf an, bei dem dem Käufer die nähere Bestimmung über Form, Maß oder ähnliche Verhältnisse der Ware (z. B. Holz, Eisen) vorbehalten ist. Der Käufer ist nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet, die Bestimmung zu treffen und

²¹ B.G.B. § 496. Übereinstimmend H.G.B. a. 339⁴⁻⁵, Sächs. Gb. § 1103—1105, Schweiz. O.R. a. 270—271 (224—225). Dagegen gilt nach Preufs. L.R. § 336 stets das Präjudiz der Billigung.

²² Dernburg § 193 IV; Oertmann zu § 495 Bem. 5. Vgl. Preufs. L.R. § 339.

²³ Das Hauptbeispiel ist das Konditionsgeschäft des Buchhandels; Buhl, Z. f. H.R. XXV 142 ff., Dernburg § 348 II, Cosack, H.R.⁷ § 112 I 1, K. Lehmann, H.R.² § 197 I 1. Die auf Grund der Bestellung erfolgende Übersendung von Konditionsgut seitens des Verlegers an den Sortimentler ist bedingte Übereignung, so daß der Sortimentler das Buch, das er verkauft, als eignes verkauft und an den unverkauften Büchern unmittelbar und unabhängig von der Preiszahlung Eigentum erwirbt, wenn er sie nicht rechtzeitig zurückstellt. — Das Konditionsgeschäft darf nicht dem Begriffe des römischen und gemeinrechtlichen Trödelvertrages (*contractus aestimatorius*) unterstellt werden, der an sich nicht Verkauf, sondern Verkaufsauftrag ist. Vgl. Windscheid § 383, Dernburg § 348 I, Crome § 273, Stobbe § 233 III. Der Trödler soll freilich auch entweder die ihm zum Verkauf übergebene Sache zurückstellen oder den festgesetzten Preis zahlen. Aber er verkauft die Sache kraft ihm eingeräumter Verfügungsmacht als fremde Sache und empfängt den Preisüberschuss als Lohn für seine Mühe. Eigentümer wird er erst durch Zahlung des Preises für die nicht zurückgegebene Sache als nunmehriger Selbstkäufer. In diesem Sinne regelt auch das Sächs. Gb. § 1291 ff. den Trödelvertrag; vgl. bes. § 1294. Auch das Preufs. A.L.R. I, 11 § 511 ff. und das Öst. Gb. § 1086 ff. gehen vom Begriff des Verkaufsauftrages aus. Doch wird hier die Vereinbarung einer festbestimmten Zeit für Rückgabe oder Preiszahlung und bei Ablauf der Frist ohne Rückgabe Eigentumsübergang angenommen, somit eine bedingte Übereignung beigemischt. Vgl. Dernburg, Preufs. P.R. § 189, Krainz-Pfaff-Ehrenzweig § 368.

damit den Inhalt der Leistungspflicht des Verkäufers festzustellen. Ist er mit der Erfüllung dieser Verpflichtung im Verzuge, so kann der Verkäufer entweder selbst die Bestimmung treffen oder gemäß § 326 B.G.B. Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern oder zurücktreten. Seine Bestimmung ist aber erst maßgebend, wenn sie dem Käufer mitgeteilt und von diesem nicht während einer ihm gesetzten angemessenen Frist durch eine andere Bestimmung ersetzt ist²⁴.

IV. Kauf mit Eigentumsvorbehalt. Beim Fahrniskauf kann der Verkäufer sich vertragsmäßig das Eigentum an der verkauften Sache bis zur Zahlung des Kaufpreises vorbehalten²⁵. Dann wirkt die Übergabe der Sache vor vollständiger Zahlung des Kaufpreises nur als bedingte Übereignung²⁶. Im Zweifel ist der Eigentumserwerb des Käufers aufschiebend bedingt²⁷. Während des Schwebens der Bedingung verbleibt daher das Eigentum dem Verkäufer²⁸, der Käufer aber erlangt an der Sache Besitz und

²⁴ H.G.B. § 375. Vgl. Oertmann, Arch. f. z. Pr. LXXXV 202 ff.; Fleck, Arch. f. b. R. XII 252 ff.; K. Lehmann, H.R. § 171 2b; Cosack, H.R. § 44.

²⁵ B.G.B. § 455. Oertmann zu § 455, Endemann § 160^a 1 b 2, Dernburg § 171 III, Crome II 413, Enneccerus § 341. — Im röm. u. gem. R. war für das pactum reservati domini nur bei Stundung des Kaufpreises, da sonst das Eigentum ohnehin erst mit der Preiszahlung überging, Raum. Es war aber auch bei Liegenschafts Kauf möglich. Nach heutigem Recht kann beim Grundstückskauf nur entweder für den Käufer ein durch Preiszahlung bedingter persönlicher Anspruch auf Übereignung oder für den Verkäufer ein durch Nichtzahlung bedingter persönlicher Anspruch auf Rückübereignung begründet, der eine wie der andere Anspruch aber durch Vormerkung dinglich gesichert werden. Nach dem Preuss. E.E.G. § 26 wirkte der Eigentumsvorbehalt beim Grundstückskauf als Bewilligung einer Hypothek. — Das Schweiz. Z.G.B. § 715 macht die Wirksamkeit des Eigentumsvorbehaltes auch beim Fahrniskauf von der Eintragung in ein öffentliches Register abhängig und schließt beim Viehhandel überhaupt jeden Eigentumsvorbehalt aus.

²⁶ Nicht der Kaufvertrag, sondern nur die Übereignung ist bedingt; R.Ger. VII Nr. 46.

²⁷ B.G.B. § 455. Es ist aber auch möglich, daß dem Käufer das Eigentum unter der auflösenden Bedingung der Nichtzahlung des Kaufpreises übertragen wird; Komm. der R.G.R. zu § 455 Bem. 4. In diesem Sinne konstruierte das Preuss. A.L.R. I, 11 § 266 ff. den Eigentumsvorbehalt.

²⁸ Er hat daher das Aussonderungsrecht im Konkurse des Käufers. Auch unterliegt die Sache der Pfändung durch seine Gläubiger. Pfändet er selbst, so verzichtet er damit auf den Eigentumsvorbehalt und führt den Eigentumserwerb des Käufers herbei; R.Ger. LXVI Nr. 83, LXXIX Nr. 56. Mittelbarer Besitzer ist er nicht; Thiesing, Arch. f. b. R. XX 240 ff.; a. M. R.Ger. LIV Nr. 101, LXIX Nr. 45, Komm. der R.G.R. Bem. 7.

anwartschaftliches Recht²⁹. Mit dem Eintritt der Bedingung durch vollständige Zahlung des Kaufpreises erwirbt der Käufer auf Grund der schon vollzogenen Übereignung ohne weiteres und endgültig das Eigentum³⁰. Fällt die Bedingung infolge Nichtzahlung des Kaufpreises aus, so wird die Übereignung hinfällig³¹. Der Kaufvertrag als solcher bleibt davon unberührt. Im Zweifel aber gilt mit dem Eigentumsvorbehalte zugleich eine Verwirkungsklausel als vereinbart, kraft deren der Verkäufer dann zum Rücktritt vom Vertrage befugt ist, wenn der Käufer in Zahlungsverzug kommt (B.G.B. § 455).

V. **Abzahlungsgeschäfte.** Durch ein besonderes Reichsgesetz ist die Vertragsfreiheit bei Abzahlungsgeschäften eingeschränkt³². Es sind dies Geschäfte, die durch die Erleichterung der Anschaffung von Gebrauchsgegenständen auf Kredit wohltätig wirken können, vielfach aber zur Ausbeutung der kapitalarmen Bevölkerungsklassen mißbraucht werden. Das Gesetz sucht solchen Mißbräuchen vorzubeugen³³, bietet aber kaum eine ausreichende Schutzwehr.

Ein Kauf ist ein Abzahlungsgeschäft, wenn der Käufer den Preis der ihm übergebenen beweglichen Sache in Teilzahlungen berichtigen, der Verkäufer aber bei Nichterfüllung der Verpflich-

²⁹ R.Ger. LXVII Nr. 7. Zur Verfügung ist er mangels anderer Abrede nicht berechtigt, wohl aber gutgläubigen Dritten gegenüber legitimiert. Der richtigen Meinung nach trägt er bereits die Gefahr; oben § 192 S. 448 Anm. 73.

³⁰ R.Ger. LXVI 349. Unrichtig ist daher die Annahme des R.Ger. LXIV Nr. 50 u. Nr. 83, der Verkäufer habe nicht schon mit der Übergabe und der durch sie vollzogenen bedingten Eigentumsverschaffung, sondern erst im Augenblick des Eigentumsüberganges vollständig erfüllt; vgl. dagegen Flatau, Zwangsvollstreckung in Leihmöbel, 1909, S. 39 ff., Oertmann Bem. 4. — Außerdem tritt Eigentumserwerb des Käufers durch Verzicht auf den Eigentumsvorbehalt (R.Ger. LXVI 344), durch Verwandlung in einen wesentlichen Bestandteil einer Sache des Käufers (oben Bd. II 43 Anm. 24) usw. ein.

³¹ Gleichviel, ob der Käufer in Verzug ist oder nicht. Der Verkäufer kann daher die Sache auch dann, wenn der Kaufvertrag in Kraft bleibt, zurückfordern.

³² R.Ges. v. 16. Mai 1894; dazu Komm. v. Hausmann, 1894, Lazarus 1898, Samter 1911, sowie Kipp bei Windscheid II 638 ff., Hörle b. Gruchot LV 177 ff., Dernburg § 200, Endemann § 157^b Z. 2, Crome § 229 III, Enneccerus § 341 II, K. Lehmann, H.R. § 171 Z. 2c. — Abzahlungsgeschäfte in Lotterielosen und Inhaberpapieren mit Prämien sind überhaupt verboten und strafbar; R.Ges. § 7. — Sonderbestimmungen für Abzahlungsgeschäfte jetzt auch im neuen Schweiz. O.R. a. 226—228.

³³ Es findet nach § 8 keine Anwendung, wenn der Käufer ein ins Handelsregister eingetragener Kaufmann ist.

tungen des Käufers zum Rücktritt berechtigt sein soll. Bei einem solchen Geschäfte hat erstens im Falle des Rücktritts jeder Teil dem anderen das Empfangene zurückzugewähren und der Käufer hierbei dem Verkäufer nur die infolge des Vertrages gemachten Aufwendungen und die von ihm selbst zu vertretenden Beschädigungen der Sache zu ersetzen und den Wert des ihm überlassenen Gebrauches oder Nutzens unter Berücksichtigung der erfolgten Abnutzung der Sache zu vergüten. Jede entgegenstehende Vereinbarung ist nichtig. Damit ist namentlich die früher übliche Verwirkungsklausel, die den Käufer mit dem Verlust der bereits geleisteten Teilzahlung bedrohte, und jede Ausbedingung einer höheren Vergütung ausgeschlossen⁸⁴. Zweitens kann die Abrede, daß die Nichterfüllung die Fälligkeit der Restschuld zur Folge haben solle, rechtsgültig nur für den Fall getroffen werden, daß der Käufer mindestens mit zwei aufeinanderfolgenden Teilzahlungen und im ganzen mindestens mit dem zehnten Teil des Kaufpreises im Verzuge ist⁸⁵. Drittens gilt, wenn der Verkäufer sich, wie dies zwar zum Begriff des Abzahlungsgeschäftes nicht notwendig, wohl aber üblich ist, das Eigentum vorbehalten hat, die Rücknahme der Sache auf Grund des Eigentumsvorbehaltes als Ausübung des Rücktrittsrechtes⁸⁶.

Dem Abzahlungskaufe sind Verträge, die in einer anderen Rechtsform die Zwecke eines Abzahlungsgeschäftes verfolgen, in Ansehung der gesetzlichen Einschränkungen der Vertragsfreiheit gleichgestellt⁸⁷. Dahin gehören namentlich die sogenannten „Möbelleihverträge“, bei denen der Erwerber die ihm übergebene Sache gegen einen periodisch (meist wöchentlich oder monatlich) zu zahlenden Mietzins mit der Abrede mietet, daß er Eigentümer werden soll, sobald die von ihm geleisteten Zahlungen den als Preis der Sache festgesetzten Betrag erreichen⁸⁸.

⁸⁴ R.Ges. § 1—2. Dieselben Regeln gelten, wenn der Verkäufer ein gesetzliches Rücktrittsrecht ausübt; § 1². Die beiderseitigen Verpflichtungen sind Zug um Zug zu erfüllen; § 3. — Ähnlich Schweiz. O.R. a. 226—227.

⁸⁵ R.Ges. § 4³; genau ebenso Schweiz. O.R. a. 228. — Eine Verfallklausel, die unabhängig vom Betrage die Fälligkeit androht, ist nicht vollständig ungültig, sondern mit Beschränkung auf den zulässigen Inhalt wirksam; R.Ger. LXIV Nr. 22.

⁸⁶ R.Ges. § 5. Der Verkäufer kann also nicht, wie nach gemeinem bürgerlichen Recht (oben Anm. 31), die Sache zurücknehmen und trotzdem den Vertrag aufrecht erhalten. Sachlich übereinstimmend Schweiz. O.R. a. 227 mit Z.G.B. a. 716.

⁸⁷ R.Ges. § 6. Vgl. Rspr. d. O.L.G. X 50.

⁸⁸ In Wahrheit liegt Verkauf mit Eigentumsvorbehalt und Ratenzahlungen

VI. **Wiederkauf.** Der rechtsgeschäftliche oder gesetzliche Vorbehalt eines Wiederkaufsrechtes für den Verkäufer spielte im älteren deutschen Recht eine bedeutungsvolle Rolle; regelmäßig begründete er ein dinglich wirksames Recht auf Rückerwerb der Sache gegen Zahlung des empfangenen oder eines anderweit bestimmten Preises³⁹. Im gemeinen Recht wurde das Wiederkaufsrecht, für das das römische Recht geringen Anhalt bot, in Gestalt eines durch Nebenabrede im Kaufvertrage begründeten Rechtes anerkannt, jedoch nur als persönliches Forderungsrecht behandelt⁴⁰. Die Gesetzbücher regelten das Wiederkaufsrecht gleichfalls als Recht aus dem Kaufvertrage⁴¹, verliehen ihm aber zum Teil dingliche Kraft⁴² oder ermöglichten doch seine Verdinglichung⁴³. Das B.G.B. kennt nur ein durch Vorbehalt im Kaufvertrage begründetes rein persönliches Wiederkaufsrecht⁴⁴. Doch kann der Wiederkaufsanspruch hinsichtlich eines Grundstückes oder eines Rechtes an einem Grundstück durch Vormerkung dinglich gesichert werden⁴⁵. Das Landesrecht kann auf vorbehaltenen Gebieten auch die Be-

auf den Kaufpreis vor. Der Käufer hat auch hier bereits ein durch Zahlung der Restschuld bedingtes Eigentum; vgl. Seuff. LXV Nr. 18 u. S. 97 Anm. 1 (pfändbarer Anspruch). Der Verkäufer kann auch hier die Sache beim Käufer pfänden (a. M. Seuff. LVIII Nr. 66), gibt aber damit auch hier stillschweigend sein Eigentum zugunsten des Käufers auf; Dernburg § 200 Anm. 5, oben Anm. 28.

³⁹ Vgl. oben Bd. II 807 Anm. 50, dazu über die Verwendung zu Pfandzwecken S. 812 Anm. 13 und über Auffassung der Rentenablösung als Wiederkauf S. 761 ff. Über nord. R. v. Amira I 583 ff.

⁴⁰ Windscheid § 388 Z. 1 mit Literaturangabe in Anm. 4.

⁴¹ Preufs. A.L.R. I, 11 § 296—332. Code civ. a. 1659—1673 (faculté de rachat oder de réméré; zulässig nur für höchstens 5 Jahre). Österr. Gb. § 1068—1070 (zulässig nur bei unbeweglichen Sachen und nur für die Lebenszeit des Verkäufers). Sächs. Gb. § 1131—1137.

⁴² Unbedingt das französ. R.; Code civ. a. 1664. Gegenüber dem bösgläubigen dritten Erwerber nicht nur gemäß seiner allgemeinen Theorie vom Recht zur Sache das Preufs. L.R. a. a. O. § 311, sondern auch das Sächs. Gb. § 1134.

⁴³ Durch Eintragung in das Grundbuch; vgl. Preufs. L.R. § 311, Österr. Gb. § 1070, Sächs. Gb. § 1134. Auch Schweiz. Z.G.B. a. 683 (doch höchstens für 10 Jahre).

⁴⁴ B.G.B. § 497—503. Dazu Schollmeyer, Schuldv. S. 39 ff.; Hahn, Wiederkauf, 1902; Kipp b. Windscheid S. 643 ff.; Dernburg § 198; Endemann § 162 Z. 3; Landsberg § 130 Z. 4; Crome § 227; Matthiafs § 110 VII; Cosack § 132 IV; Enneccerus § 339.

⁴⁵ Oben Bd. II 807 Anm. 52; R.Ger. LXIX Nr. 63.

gründung dinglicher Wiederkaufsrechte zulassen⁴⁶ und überdies gesetzliche Wiederkaufsrechte anerkennen⁴⁷.

Das Wiederkaufsrecht des B.G.B. wird durch Nebenabrede in einem Kaufvertrage oder durch Zusatzvereinbarung zu einem solchen begründet. Es kann bei Kaufgegenständen jeder Art vereinbart werden⁴⁸. Der Wiederkaufspreis deckt sich im Zweifel mit dem Kaufpreise, kann aber nach Belieben höher oder niedriger bestimmt oder auch auf den Schätzwert des Gegenstandes zurzeit des Wiederkaufes festgesetzt werden. Das Wiederkaufsrecht ist mangels anderer Abrede vererblich und übertragbar⁴⁹. Es ist aber notwendig befristet. Die Frist, bis zu deren Ablauf es ausgeübt werden kann, beträgt nach der gesetzlichen Regel bei Grundstücken 30, bei anderen Gegenständen 3 Jahre seit seiner Begründung, kann jedoch durch Vereinbarung beliebig anders bestimmt werden⁵⁰.

Die Ausübung des Wiederkaufsrechtes erfolgt durch einseitige, formfreie Erklärung des Verkäufers gegenüber dem Käufer⁵¹. Mit dieser Erklärung kommt der Wiederkauf zustande, ohne daß es einer Willenserklärung des Käufers bedürfte. Somit ist der Wiederkauf kein Kaufvertrag. Denn man darf weder die Mitwirkung des Käufers deshalb für überflüssig erklären, weil er durch einen Vorvertrag zum Abschluss des neuen Kaufvertrages verpflichtet sei⁵², noch die Erklärung des Verkäufers als bloße

⁴⁶ Vgl. über das Wiederkaufsrecht bei preussischen Rentengütern oben Bd. II 807 ff.

⁴⁷ Und zwar persönliche wie dingliche; oben Bd. II 507.

⁴⁸ Handelt es sich um ein Grundstück, so bedarf es der Form des § 313; durch Auflassung und Eintragung aber wird auch der formlose Wiederkaufsvorbehalt gültig. — Vgl. Schweiz. O.R. a. 216².

⁴⁹ Nach Preufs. L.R. § 312 ist es nicht abtretbar, nach Österr. Gb. § 1070 weder übertragbar noch vererblich.

⁵⁰ B.G.B. § 503 (Ausschlussfrist). Ebenso, aber mit subsidiären gesetzlichen Fristen von 10 Jahren oder 1 Jahr nach Übergabe der Sache, Sächs. Gb. § 1133. Nach Preufs. L.R. § 314—317 erlischt das Wiederkaufsrecht mangels fester Befristung mit dem Tode, wenn es aber als vererbliches Recht begründet ist, überhaupt nicht durch Zeitablauf. Über die gesetzlichen Höchstmasse der Dauer nach französ., österr. u. schweiz. R. vgl. oben Anm. 41 u. 43.

⁵¹ B.G.B. § 497¹. Diese Bestimmung gilt auch für etwaige gesetzliche Wiederkaufsrechte.

⁵² So konstruiert Dernburg § 198 I mit der Notausrede, daß der Vertrag über den Wiederverkauf im Interesse der Vereinfachung und aus Nützlichkeitgründen durch die Erklärung des Wiederkaufsberechtigten ersetzt werde. Bei gesetzlichen Wiederkaufsrechten müßte dem Vorvertrage eine

Annahme einer Kaufofferte deuten, die ihm der Käufer bereits mit der Einräumung des Wiederkaufsrechtes gemacht habe⁵³, noch endlich in ihr nur die Setzung des Eintrittes einer Wollensbedingung erblicken, unter der zugleich mit dem ersten Kaufvertrage auch der Wiederkaufvertrag abgeschlossen sei⁵⁴. Vielmehr ist der Wiederkauf ein einseitiges Rechtsgeschäft, durch das der Verkäufer ein Schuldverhältnis begründet, das ihn als Käufer und den anderen Teil als Verkäufer berechtigt und verpflichtet⁵⁵. Die hierzu erforderliche Rechtsmacht ist ihm vertragsmäßig eingeräumt oder etwa durch das Gesetz verliehen. Dafs seine einseitige Willenserklärung ausreicht, erklärt sich daraus, dafs der Inhalt des zu begründenden Schuldverhältnisses im voraus feststeht. In diesem Sinne erscheint das Wiederkaufsrecht auch heute, wie im älteren deutschen Recht, als ein Einlösungsrecht⁵⁶. Doch darf man es nicht als Rücktrittsrecht oder ein dem Rücktrittsrecht verwandtes Recht auffassen⁵⁷. Denn die Macht, die es verleiht, besteht nicht in der Auflösung, sondern in der Schaffung eines Schuldverhältnisses⁵⁸. Darum gehört es auch nicht zu den blofsen Gestaltungs-

gesetzliche Vorverpflichtung substituiert werden. Allein eine Verpflichtung zum Vertragsschluss kann niemals verpflichten, sich einseitiger Schuldauflegung zu unterwerfen.

⁵³ So konstruieren Planck zu § 497 ff. Vorbem. 3, Endemann § 162 Z. 3 Anm. 18, Hellmann, Krit. V.Schr. XLI 227. Das gesetzliche Wiederkaufsrecht bleibt dabei unbeachtet. Die Konstruktion widerspricht aber auch der Lebensauffassung und würde namentlich bei der Anwendung auf die Erscheinungen des älteren deutschen Rechtes unannehmbare Konsequenzen zeitigen.

⁵⁴ So konstruieren Enneccerus, jetzt § 339 II, Hahn a. a. O. S. 33, Matthiafs § 110 VII, Crome § 227, Oberneck, Grundb. S. 725, Staudinger, Vorbem. 3, früher auch Oertmann^{1 u. 2}; ebenso anscheinend R.Ger. LXIX Nr. 63. Auch hier bleibt das gesetzliche Wiederkaufsrecht unbeachtet. Überdies ist die Annahme einer vielleicht für lange Zeit schwebenden Bedingung unnatürlich und mit der geschichtlichen Rolle, die das Wiederkaufsrecht gespielt hat, unvereinbar.

⁵⁵ Schollmeyer, Schuldv. S. 39 ff., Landsberg § 130 Z. 4, Turnauer-Förster, Liegenschaftsrecht S. 514 Anm. 6, Cosack § 132 IV, jetzt auch Oertmann³, Vorbem. 2d.

⁵⁶ So nennt es treffend Schollmeyer S. 40. Für das ältere deutsche Recht braucht nur auf die Funktion des Wiederkaufsrechtes beim Rentenkauf und bei der Übereignung zu Pfandzwecken hingewiesen zu werden. Das Österr. Gb. § 1068 definiert von vornherein: „Das Recht, eine verkaufte Sache wieder einzulösen, heifst das Recht des Wiederkaufes.“

⁵⁷ In der gemeinrechtlichen Theorie wurde es oft als Rücktrittsrecht behandelt. Mit der Analogie des Rücktrittsrechtes operieren auch Schollmeyer, Landsberg u. Oertmann a. a. O.

⁵⁸ Auch der Rücktritt begründet freilich der Regel nach zugleich eine

rechten⁵⁹. Vielmehr ist es ein selbständiges Herrschaftsrecht, dem das Gestaltungsrecht nur als Mittel der Ausübung dient. Seinen Kern bildet ein dem Käufer gegenüber begründetes Erwerbsrecht, das seinen Ausdruck in der Macht zur Kreierung einer Forderung auf den Erwerb findet. Somit verschafft es dem Berechtigten eine unmittelbare Herrschaft über die fremde Willenssphäre und versetzt diese schon vor seiner Ausübung in schuldrechtliche Gebundenheit⁶⁰.

Die Wirkung des Wiederkaufs ist die Begründung eines gegenseitigen Schuldverhältnisses mit dem Inhalte eines Kaufschuldverhältnisses⁶¹. Der Wiederkäufer hat die Rechte und Pflichten eines Käufers, der Wiederverkäufer die Rechte und Pflichten eines Verkäufers. Besonderheiten gelten nur in Ansehung der in der Zwischenzeit zwischen der Begründung und der Ausübung des Wiederkaufsrechtes eingetretenen Veränderungen⁶². Der Wiederverkäufer hat den gekauften Gegenstand nebst Zubehör in seinem jetzigen Zustande gegen Zahlung des Preises herauszugeben⁶³. Wegen einer unwesentlichen Veränderung oder einer unverschuldeten Verschlechterung braucht er eine Minderung des Kaufpreises

Verpflichtung zur Rückgewähr, aber nur als Folge der Auflösung des alten Schuldverhältnisses, das behufs Realisierung der Auflösungsfolgen mit verändertem Inhalte fortbesteht; oben § 184 S. 308 Anm. 126.

⁵⁹ Als „Recht des rechtlichen Könnens“ bezeichnen es Landsberg u. Oertmann a. a. O. Seckel, Die Gestaltungsrechte des B.G.B., führt es gelegentlich unter den Gestaltungsrechten auf; z. B. S. 218 Anm. 4, 220 Anm. 4, 221.

⁶⁰ Der Käufer, der ein Wiederkaufsrecht eingeräumt hat, hat damit bereits eine Verpflichtung übernommen. Freilich keine Verpflichtung zu einer positiven Leistung, wohl aber eine Duldenspflicht. Denn er hat sich verpflichtet, sich die Aufdrängung einer Leistungspflicht durch den Verkäufer gefallen zu lassen. So ist denn auch ein dingliches Wiederkaufsrecht möglich, das eine sachenrechtliche Gebundenheit erzeugt und damit eine unmittelbare Sachherrschaft gewährt. Auch hier mit Seckel ein bloßes Gestaltungsrecht anzunehmen, scheint mir dem Begriff des dinglichen Rechts zu widersprechen; vgl. unten S. 507 Anm. 101.

⁶¹ Dafs kein Kaufvertrag zugrunde liegt, steht dem nicht entgegen. Die Annahme, daß eine Kaufobligatio nur durch Vertrag begründet werden könne, ist eine *petitio principii*. Hier kann eben der Berechtigte durch einseitiges Rechtsgeschäft sich selbst zum Käufer und den Verpflichteten zum Verkäufer machen.

⁶² B.G.B. § 498—501. Vgl. Preufs. L.R. § 297—307, Österr. Gb. § 1068—1069, Sächs. Gb. § 1132 mit § 1109.

⁶³ Dafs er die Nutzungen nicht herauszugeben hat, ist selbstverständlich. Im Preufs. L.R. § 297, Österr. Gb. § 1068, Sächs. Gb. § 1132 mit § 1109 ist es ausdrücklich bestimmt.

nicht zu dulden. Dagegen ist er für den Schaden aus einer von ihm vorgenommenen wesentlichen Veränderung oder einer von ihm verschuldeten Verschlechterung verantwortlich. Hat er den Untergang des Gegenstandes oder eine sonstige Unmöglichkeit der Herausgabe verschuldet, so ist er ersatzpflichtig, während er im Falle unverschuldeter Unmöglichkeit befreit wird. Rechte Dritter, die durch eine von ihm getroffene Verfügung über den Gegenstand oder durch eine Maßregel der Zwangsvollstreckung, der Arrestvollziehung oder des Konkursverwalters entstanden sind, hat er zu beseitigen. Wegen der auf den Gegenstand gemachten Verwendungen hat er nur insoweit, als durch sie dessen Wert erhöht ist, einen Ersatzanspruch, im übrigen an Einrichtungen, die er mit einer herauszugebenden Sache verbunden hat, ein Wegnahmerecht. Die Haftung des Wiederverkäufers für Verschlechterung und für Unmöglichkeit der Herausgabe, aber auch sein Ersatzanspruch wegen Verwendungen fällt weg, wenn als Wiederkaufspreis der Schätzwert zurzeit des Wiederkaufs bedungen ist.

Ein gemeinschaftliches Wiederkaufsrecht kann nur im ganzen ausgeübt werden; wenn es aber einer der Berechtigten verloren hat oder nicht ausübt, sind die übrigen zur Ausübung im ganzen befugt⁶⁴.

Das Wiederkaufsrecht kann zur Verschleierung nicht ganz einwandfreier Kreditgeschäfte gebraucht werden. Gegen den Mißbrauch zu Ausbeutungszwecken schützt nur das allgemeine Wucherverbot⁶⁵. Der gewerbemäßige Betrieb von Rückkaufsgeschäften aber unterliegt den gleichen Beschränkungen wie das Pfandleihgewerbe⁶⁶.

Wie dem Verkäufer ein Wiederkaufsrecht, so kann dem Käufer ein Wiederverkaufsrecht vorbehalten werden. Dieses schon im römischen Recht erwähnte Geschäft wird in mehreren Gesetzbüchern durch Verweisung auf entsprechende Anwendung der Vorschriften über den Wiederkaufsvorbehalt geregelt⁶⁷. Im B.G.B. ist es übergangen, kann aber durch den Parteiwillen auch heute nach dem Muster des Wiederkaufsvorbehalts ausgestaltet werden.

⁶⁴ B.G.B. § 502. Das Preufs. L.R. § 320 und das Sächs. Gb. § 1135 fordern unbedingt die Ausübung durch Alle.

⁶⁵ Besondere Bestimmungen über Wiederkaufsvorbehalte, hinter denen sich ein Darlehn mit Pfandsicherung verbirgt, traf das Preufs. L.R. § 321 ff. Über das heutige R. oben Bd. II 907 Anm. 127.

⁶⁶ Oben Bd. II 908 Anm. 134.

⁶⁷ Windscheid § 388 Z. 1. Preufs. L.R. a. a. O. § 328. Österr. Gb. § 1071. Sächs. Gb. § 1136.

VII. Vorkauf. Rechtsgeschäftlich begründete wie gesetzliche Vorkaufsrechte waren im älteren deutschen Recht sehr verbreitet; sie gewährten ein bedingtes dingliches Erwerbsrecht⁶⁸. Nach der Rezeption machte sich im gemeinen Recht die Tendenz geltend, den Begriff des Vorkaufsrechtes bei den dinglich wirksamen gesetzlichen Näherrechten ganz auszuschalten und auf das rechtsgeschäftlich begründete Vorkaufsrecht einzuschränken, diesem aber lediglich obligationenrechtliche Kraft zuzuschreiben⁶⁹. In den Partikularrechten dagegen erhielt sich der einheitliche Begriff des Vorkaufsrechtes, dem die Näherrechte unterstellt blieben⁷⁰; neben der Dinglichkeit der gesetzlichen Vorkaufsrechte blieb die Möglichkeit der Verdinglichung rechtsgeschäftlich bestellter Vorkaufsrechte an Grundstücken anerkannt⁷¹; zugleich aber wurde nun ein bloß persönliches Vorkaufsrecht ausgebildet und geregelt⁷². Denselben Standpunkt nimmt das B.G.B. ein. Unter scharfer Sondernung vom dinglichen Vorkaufsrecht regelt es das persönliche Vorkaufsrecht in der Lehre vom Kauf durch rein schuldrechtliche Bestimmungen⁷³. Diese Bestimmungen haben aber auch für den schuldrechtlichen Inhalt der dinglichen Vorkaufsrechte Bedeutung⁷⁴.

⁶⁸ Vgl. oben Bd. II 767, 772, 797.

⁶⁹ Oben Bd. II 773 ff., 798. Vgl. Windscheid § 388 Z. 2.

⁷⁰ Oben Bd. II 772 ff.

⁷¹ Oben Bd. II 797 ff.

⁷² Das Preuß. A.L.R. handelt vom Vorkaufsrechte unter den Rechten „auf die Substanz einer fremden Sache“ I, 20 § 568 ff. und regelt hierbei gelegentlich auch das bloß persönliche Vorkaufsrecht (§ 569); vgl. dazu die Verweisung in I, 11 § 295, sowie die umgekehrte Verweisung auf I, 11 § 296 ff. hinsichtlich des Wiederkaufs in I, 20 § 657. Das Österr. Gb. handelt in der Lehre vom Kauf in § 1072—1079 vom Vorbehalt des Vorkaufsrechtes und hierbei zugleich von dessen Umwandlung in ein dingliches Recht durch Eintragung (§ 1073). Das Sächs. Gb. in § 1118—1130 verfährt ebenso. Im Code civ. ist das persönliche Vorkaufsrecht übergangen; damit ist natürlich seine rechtsgeschäftliche Begründung nicht ausgeschlossen; vgl. Renaud, Bad. Magazin V 394 ff., Zachariae-Crome § 332 Anm. 3, R.Ger. XXVII Nr. 79, XXXIV Nr. 85. Auch das alte Schweiz. O.R. erwähnt das Vorkaufsrecht nicht. Das neue O.R. enthält nur in a. 216³ die Bestimmung, daß zu Vorkaufsverträgen über Grundstücke die schriftliche Form genügt, während das Z.G.B. in § 681 ein durch Vormerkung im Grundbuch verdinglichtes Vorkaufsrecht, das aber spätestens nach 10 Jahren erlischt, und in § 682 ein gesetzliches Vorkaufsrecht unter Miteigentümern anerkennt.

⁷³ B.G.B. § 504—514. Dazu außer den Kommentaren bes. Dernburg § 196, Endemann § 162 Z. 4, Enneccerus § 340, Matthiafs § 110 VIII, Crome § 228, Landsberg § 130 Z. 5, Cosack § 132 III, Kipp b. Windscheid S. 647 ff., Lewandowski b. Gruchot LV 565 ff.

⁷⁴ Vgl. für das Vorkaufsrecht an Grundstücken B.G.B. § 1098 u. oben

Das persönliche Vorkaufsrecht kann zum Unterschiede vom Wiederkaufsrecht nicht bloß in einem Kaufvertrage vorbehalten, sondern auch durch selbständigen Vertrag oder durch Nebenabrede in einem anderen Vertrage (z. B. Miete, Pacht, Schenkung) oder auch durch Vermächtnis begründet werden. Es ist zum Unterschiede vom dinglichen Vorkaufsrecht bei Kaufgegenständen jeder Art möglich. Handelt es sich aber um ein Grundstück, so bedarf der Vertrag, der ein Vorkaufsrecht einräumt, der gerichtlichen oder notariellen Form⁷⁵. Gleich dem Wiederkaufsrecht kann das persönliche Vorkaufsrecht in Ansehung eines Grundstücks oder eines Rechtes an einem Grundstück durch Eintragung einer Vormerkung dinglich gesichert werden⁷⁶. Das persönliche

Bd. II 800 ff. Aber auch für das gesetzliche Vorkaufsrecht unter Miterben sind sie, soweit dessen Eigenart es zuläßt, maßgebend; Binder, Rechtsstellung des Erben III 115 ff.; Kipp, Erbrecht § 83. Desgleichen subsidiär für gesetzliche Vorkaufsrechte des Landesrechts; E.G. a. 4. — Dabei ist zu beachten, daß sie historisch nicht aus dem röm. R., sondern aus den deutschrechtlichen Grundsätzen stammen, die zuerst bei den Näherrechten ausgebildet wurden.

⁷⁵ Dies ist stark bestritten. Dagegen z. B. Endemann § 162 Anm. 28, Oberneck S. 712, Kretzschmar, Grundbuchr. II 252, Lewandowski S. 612 ff., früher auch Enneccerus § 340 I 1; dafür Kipp S. 647, Cosack § 87 hinter II 2 d, Seckel, Gestaltungsrechte S. 218 Anm. 7, Planck, Vorbem. 1 zu § 504, Oertmann zu § 313 Bem. 2 d β, Raape, Wollensbedingung S. 58. Auch die Praxis hat geschwankt; dagegen z. B. Rspr. d. O.L.G. XI 304 u. bes. R.Ger. LX Nr. 54, dafür Rspr. d. O.L.G. II 74, Seuff. LVI Nr. 72, R.Ger. LIX Nr. 39 u. bes. LXVII Nr. 13. Durch Entsch. v. 24. Jan. 1910 LXXII Nr. 91 haben aber die Ver. Z.S. des R.Ger. sich für die Anwendbarkeit des § 313 ausgesprochen. In der Tat läßt sich, wenn auch manche rechtspolitischen Gründe gegen die Formbedürftigkeit sprechen, nicht wohl in Abrede stellen, daß der Besteller eines persönlichen Vorkaufsrechtes sich schuldrechtlich verpflichtet, beim Eintritt bestimmter Voraussetzungen das Eigentum zu übertragen. — Ob auch der Vertrag, der zur Einräumung eines dinglichen Vorkaufsrechtes verpflichtet, formbedürftig ist, läßt das R.Ger. LXVII Nr. 13 S. 47 u. LXXII Nr. 91 S. 390 dahingestellt. Man wird die Frage mit der herrschenden Meinung verneinen müssen, da es sich hier nur um eine dingliche Belastung handelt, die eine persönliche Verpflichtung zur Eigentumsübertragung nicht erzeugt; oben Bd. II 802 Anm. 26. A. M. Cosack a. a. O., Oertmann a. a. O., Dernburg § 197 Anm. 7, Martin Wolff, Sachenrecht § 126 IV (der aber Heilung durch dingliche Bestellung annimmt).

⁷⁶ Oben Bd. II 335 Anm. 137, R.Ger. LXVII Nr. 13 u. LXXII Nr. 91 S. 392 ff. Das vorgemerkte persönliche Vorkaufsrecht an einem Grundstück bleibt wesensverschieden von einem dinglichen Vorkaufsrecht. Es kann auch einen bei einem dinglichen Vorkaufsrecht unzulässigen Inhalt haben, z. B. Vorkaufsrecht zu festem Preise sein; oben Bd. II 807 Anm. 48. An einem Recht an einem Grundstück, das nicht selbst einem Grundstücke gleichsteht, ist ein

Vorkaufsrecht ist gleich dem Wiederkaufsrecht unteilbar⁷⁷. Im Gegensatze zum Wiederkaufsrechte ist es nach der gesetzlichen Regel unvererblich und unübertragbar⁷⁸; doch kann es vertragsmäßig anders ausgestaltet werden und gilt, falls es befristet ist, sogar im Zweifel als vererblich⁷⁹.

Die Ausübung des Vorkaufsrechtes hängt nicht gleich der des Wiederkaufsrechtes vom freien Belieben des Berechtigten ab, sondern setzt den Eintritt der Ausübungsbefugnis voraus. Die Ausübungsbefugnis tritt ein, sobald der Verpflichtete mit einem Dritten einen Kaufvertrag über den Gegenstand geschlossen hat⁸⁰. Ein Veräußerungsvertrag, der kein Kaufvertrag ist, löst die Ausübungsbefugnis nicht aus⁸¹. Aber auch gewissen Kaufverträgen gegenüber versagt das Vorkaufsrecht⁸². Insbesondere kann es nicht ausgeübt werden, wenn der Verkauf im Wege der Zwangsvollstreckung oder durch den Konkursverwalter erfolgt⁸³. Die Ausübungsbefugnis erlischt mit dem Ablaufe einer Ausschlussfrist, die

dingliches Vorkaufsrecht ausgeschlossen, während die Vormerkung eines persönlichen Vorkaufsrechtes zulässig ist.

⁷⁷ Für die Ausübung eines gemeinschaftlichen Vorkaufsrechtes gilt nach § 513 das gleiche wie beim Wiederkaufsrecht; oben S. 501.

⁷⁸ B.G.B. § 514. Ebenso Preufs. L.R. I, 20 § 594—596, Öst. Gb. § 1074, Sächs. Gb. § 1127. Die Regel entstammt dem System der Nacherrechte; oben Bd. II 778.

⁷⁹ B.G.B. § 514. Möglich ist auch ein unbefristetes vererbliches Vorkaufsrecht. Das persönliche Vorkaufsrecht kann auch als Realrecht mit dem Eigentum an einem Grundstück verbunden werden.

⁸⁰ Der Vertrag muß rechtsverbindlich sein; doch ist eine Vereinbarung, nach der sein Bestand von der Nichtausübung des Vorkaufsrechtes abhängig gemacht oder dem Verpflichteten für den Fall der Ausübung der Rücktritt vorbehalten wird, dem Vorkaufsberechtigten gegenüber unwirksam; § 506, oben Bd. II 802 Anm. 29. Ein bedingter Kauf genügt. Ebenso ein Teilverkauf; oben Bd. II 801 Anm. 20. — Durch Parteibestimmung bei der Begründung des Vorkaufsrechtes kann die Ausübungsbefugnis an andere Voraussetzungen, daher z. B. schon an eine Verkaufsofferte des Verpflichteten, geknüpft werden.

⁸¹ So Tausch, Verpfändungsvertrag, Schenkung, Einbringung in eine Gesellschaft usw.; vgl. oben Bd. II 777 Anm. 49—53.

⁸² Im Zweifel gegenüber dem Kindskauf; B.G.B. § 511; vgl. dazu oben Bd. II 777 Anm. 49, 801 Anm. 21. Ferner gegenüber einem Kaufvertrage, in dem eine nicht in Geld schätzbare Nebenleistung des Käufers bedungen ist, es müßte sich denn um eine unbedeutende Nebenleistung handeln, bei der anzunehmen ist, daß der Vertrag auch ohne sie geschlossen wäre; B.G.B. § 507 S. 2, oben Bd. II 778 Anm. 51, 779 Anm. 60.

⁸³ B.G.B. § 512; dazu oben Bd. II 778 Anm. 54, 801 Anm. 22—23 (beim dinglichen Vorkaufsrecht fällt die Ausnahme bezüglich des Verkaufs durch den Konkursverwalter weg).

nach der gesetzlichen Regel bei Grundstücken zwei Monate und bei anderen Gegenständen eine Woche seit Empfang der Mitteilung vom Inhalte des geschlossenen Kaufvertrages beträgt, durch Vereinbarung aber anders bestimmt werden kann⁸⁴.

Ist die Ausübungsbefugnis eingetreten, so erfolgt die Ausübung gleich der des Wiederkaufsrechtes durch eine einseitige, formfreie Erklärung gegenüber dem Verpflichteten⁸⁵.

Die Wirkung der Ausübung besteht darin, daß der Kauf zwischen dem Berechtigten und Verpflichteten unter den Bestimmungen zustande kommt, die der letztere mit dem Dritten vereinbart hat⁸⁶. Der Berechtigte tritt daher in die Rechtsstellung eines Käufers ein und wird verpflichtet, dem Verpflichteten den bedungenen Kaufpreis zu zahlen⁸⁷ und die vereinbarten Nebenleistungen zu bewirken⁸⁸. Der Verpflichtete wird dem Berechtigten als Verkäufer zu dem, wozu er sich dem Dritten verpflichtet hatte, verpflichtet und hat ihm daher den Kaufgegenstand zu verschaffen oder im Falle einer von ihm zu vertretenden Unmöglichkeit Ersatz zu leisten⁸⁹.

Der zur Gewährung des Vorkaufes Verpflichtete ist nach

⁸⁴ B.G.B. § 510². Ähnlich Preufs. A.L.R. I, 20 § 609—610, Sächs. Gb. § 1122. Vgl. dazu oben Bd. II 783 ff., 803.

⁸⁵ B.G.B. § 505¹.

⁸⁶ B.G.B. § 505². Es kann aber verabredet sein, daß der Vorkauf mit einem anderen Inhalte, z. B. einem festen Preise, zustande kommt.

⁸⁷ Beim Mengekauf einen verhältnismäßigen Teil des Gesamtpreises; doch muß er auf Verlangen des Verpflichteten den Vorkauf auf alle Sachen erstrecken, die nicht ohne Nachteil für den Verpflichteten getrennt werden können; B.G.B. § 508, dazu oben Bd. II 779 ff. Anm. 63—64. Eine dem Dritten bewilligte Stundung kann er nur für sich in Anspruch nehmen, wenn er Sicherheit leistet oder bei einem Grundstückskaufe der gestundete Kaufpreis durch Hypothekenbestellung gesichert oder durch Hypothekenschuldübernahme getilgt werden soll; B.G.B. § 509.

⁸⁸ Ist er hierzu außerstande, so hat er den Wert zu entrichten; B.G.B. § 507, dazu oben Bd. II 799.

⁸⁹ Dem Dritten gegenüber gewährt das persönliche Vorkaufsrecht keinen Herausgabeanspruch. Auch nicht, wenn er beim Erwerbe des Gegenstandes das Vorkaufsrecht kannte; anders hier Preufs. A.L.R. I, 20 § 630 u. Sächs. Gb. § 1124. Ist jedoch das Vorkaufsrecht durch Vormerkung im Grundbuch gesichert, so gelten dem Dritten gegenüber die Bestimmungen des § 883² und § 888¹ B.G.B. — Das Schuldverhältnis zwischen dem Verpflichteten und dem Dritten wird durch die Ausübung des Vorkaufsrechtes an sich überhaupt nicht berührt. Der zwischen ihnen geschlossene Kaufvertrag bleibt in Kraft. Doch kann das Gegenteil durch eine nach § 506 unter den Parteien wirksame Vereinbarung bestimmt werden.

B.G.B. zu einem Verkaufsangebote an den Vorkaufsberechtigten nicht verpflichtet⁹⁰. Wohl aber ist er verpflichtet, dem Vorkaufsberechtigten unverzüglich von dem Inhalte des mit dem Dritten geschlossenen Kaufvertrages Mitteilung zu machen⁹¹. Versäumt er die Erfüllung dieser schuldrechtlichen Verpflichtung, so hat er dem Berechtigten Schadensersatz zu leisten⁹².

Die rechtliche Natur des Vorkaufsrechtes ist hiernach die eines bedingten Einlösungsrechtes, das zum Unterschiede vom Wiederkaufsrecht nicht bloß durch die Willenserklärung des Berechtigten, sondern auch durch den Abschluss eines Kaufvertrages seitens des Verpflichteten bedingt ist, zum Unterschiede aber vom dinglichen Vorkaufsrecht lediglich eine schuldrechtliche Gebundenheit des Verpflichteten erzeugt. Noch weniger als beim Wiederkaufsrecht kann hier das Zustandekommen des Vorkaufes durch die Ausübungserklärung daraus hergeleitet werden, daß ein Vorvertrag zugrunde liege⁹³ oder daß die Annahme eines bis dahin bindenden Antrages stattfinde⁹⁴ oder daß ein bereits unter doppelter Bedingung abgeschlossener Kaufvertrag nunmehr durch Eintritt der Bedingungen wirksam werde⁹⁵. Vielmehr ist der Vorkauf überhaupt kein Kaufvertrag⁹⁶, sondern eine einseitige rechts-

⁹⁰ Dies weicht vom älteren deut. R. und vom Österr. Gb. § 1072 ab, vgl. oben Bd. II 773 ff., stimmt aber mit dem Preuß. u. Sächs. R. überein. Erfolgt gleichwohl ein Angebot, so erzeugt es auch nicht, wie im älteren deut. R., eine Erklärungspflicht; vgl. oben Bd. II 803 Anm. 21—22.

⁹¹ B.G.B. § 510¹. So auch nach Preuß. A.L.R. I, 20 § 608, Sächs. Gb. § 1121. Die Mitteilung des Verpflichteten wird aber durch eine Mitteilung des Dritten ersetzt.

⁹² Außerdem läuft vor dem Empfange der Mitteilung durch den Berechtigten für diesen keine Verschweigungsfrist; oben S. 505 Anm. 84.

⁹³ So Goldschmidt, Z. f. HR. I 273; Dernburg § 196 I u. V (mit der Annahme, daß zur Ersparung eines Umweges das Gesetz aus praktischen Gründen die Einwilligung des Verpflichteten in den Abschluss des Vorkaufes durch seine Vorschrift ersetze).

⁹⁴ So auch hier Planck Bem. 4 u. Endemann § 69 Anm. 1, § 162 Anm. 38.

⁹⁵ So Enneccerus § 340 I, Matthiafs § 110 VIII A 9, Crome § 228 Z. 1, Staudinger Vorbem. II 5, früher auch Oertmann zu § 504; ähnlich R.Ger. LIX Nr. 39, LXVII Nr. 13.

⁹⁶ Wenn das B.G.B. § 505² davon spricht, daß „der Kauf“ zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten zustande kommt, so ist darunter eben nicht ein „Kaufvertrag“, sondern ein „Kaufschuldverhältnis“ zu verstehen; vgl. oben S. 500 Anm. 61. Anders freilich nach dem Sächs. Gb., das das Vorkaufsrecht als das Recht definiert, „beim Verkaufe der Sache einem anderen Käufer vorgezogen zu werden“ (§ 1118), und den Vorkaufsverpflichteten, wenn

gestaltende Willenserklärung, die kraft rechtsgeschäftlicher oder gesetzlicher Ermächtigung ein Kaufverhältnis schafft⁹⁷. Die Bestimmung des Inhaltes der zu kreierenden Kaufobligatio ist hier wie beim Wiederkauf dem Berechtigten entzogen; nur ist hier der Regel nach der Inhalt nicht von vornherein festgestellt, sondern wird erst durch den die Ausübungsbefugnis auslösenden Kaufvertrag bestimmt⁹⁸. So erscheint in der Tat der Vorkauf als eine „Einlösung“ des Kaufgegenstandes, wie denn auch die Auffassung des Vorkaufsrechtes als eines Einlösungsrechtes seiner geschichtlichen Herkunft aus dem System der Näherrechte entspricht⁹⁹ und auf der deutschrechtlichen Grundlage im preussischen und österreichischen Gesetzbuch durchgeführt ist¹⁰⁰. Noch weniger aber als das Wiederkaufsrecht darf das Vorkaufsrecht als ein dem Rücktrittsrecht analoges bloßes Gestaltungsrecht konstruiert werden¹⁰¹. Vielmehr ist das persönliche wie das dingliche Vorkaufs-

der Berechtigte sein Recht ausüben zu wollen erklärt, verpflichtet, „den Kauf mit demselben zu schliessen“ (§ 1121).

⁹⁷ So Schollmeyer S. 42, Binder a. a. O. S. 119, Landsberg S. 439, Cosack § 132 III, Lewandowski S. 586 ff., Seckel a. a. O. S. 207, Walsmann, Jahrb. f. D. LIV 279, Oertmann³, Vorbem. zu § 504 ff. 3e.

⁹⁸ Doch kann man beim persönlichen Vorkaufsrecht nicht wie beim dinglichen (oben Bd. II 779, 801) von einem „Eintritt“ in den mit dem Dritten geschlossenen Kauf reden. Denn die Kraft, auch zwischen dem Vorkaufsberechtigten und dem dritten Käufer schuldrechtliche Wirkungen zu erzeugen und zugleich auf das Schuldverhältnis aus dem Kaufvertrage umgestaltend einzuwirken (oben Bd. II 804—805), fehlt hier der Ausübungserklärung. Das Schuldverhältnis aus dem Kaufvertrage bleibt hier unberührt, und ein gleichinhaltliches neues Schuldverhältnis tritt ihm zur Seite. Hier kann ja auch der Inhalt des neuen Schuldverhältnisses abweichend bestimmt sein (oben S. 504 Anm. 86), was beim dinglichen Vorkaufsrechte ausgeschlossen ist (oben Bd. II 801 Anm. 24).

⁹⁹ Auch der Name „Losung“ ist ja für Näherrechte weit verbreitet (Erblosung, Marklosung, Ganerbenlosung, Nachbarlosung, Dachlosung, Teil-, Zins- und Fronlosung); oben Bd. II 766, 785 ff., 791, 794, 795, 796.

¹⁰⁰ Das Preuss. A.L.R. I, 20 § 568 definiert das Vorkaufsrecht als „die Befugnis, eine von dem Eigentümer an einen Dritten verkaufte Sache unter den Bedingungen des geschlossenen Kaufs oder unter gewissen im voraus bestimmten Bedingungen, käuflich zu übernehmen“. Das Österr. Gb. bezeichnet in § 1072 und 1079 den Vorkauf als „Einlösung“ und in § 1077 den Vorkaufsberechtigten als „zur Einlösung Berechtigten“. — Die neuere romanistische Theorie, die sich im Sächs. Gb. spiegelt (oben Anm. 96), hatte hierfür kein Verständnis.

¹⁰¹ Hiezu neigen die in Anm. 97 angeführten Schriftsteller. Meist erstrecken sie diese Auffassung auch auf das dingliche Vorkaufsrecht, das Seckel S. 250 als „dingliches Gestaltungsrecht“ bezeichnet. Allein ein Recht,

recht als Einlösungsrecht ein Recht auf entgeltlichen Erwerb und somit ein selbständiges Herrschaftsrecht, dem das Gestaltungsrecht nur als ein seiner Verwirklichung dienendes Hilfsrecht entspringt¹⁰². Darum begründet auch das Vorkaufsrecht schon vor dem Eintritte der Ausübungsbefugnis eine Gebundenheit. Aber während das dingliche Vorkaufsrecht kraft Belastung der Sache eine sachenrechtliche Gebundenheit erzeugt, bewirkt das persönliche Vorkaufsrecht nur eine schuldrechtliche Gebundenheit, die sich in einer persönlichen Verpflichtung äußert¹⁰³.

§ 196. Miete und Pacht¹.

I. Begriff. Miete und Pacht sind Schuldverträge, die auf entgeltliche Gebrauchsgewährung für einen begrenzten Zeitraum

das kein Herrschaftsrecht wäre, könnte auch kein dingliches Recht sein, da zu dem Begriff eines „Rechtes am Grundstück“ Sachherrschaft gehört.

¹⁰² Es gilt das oben S. 500 zu Anm. 60 über das Wiederkaufsrecht Gesagte. Vgl. auch M. Wolff a. a. O. S. 408 Anm. 21 für das dingliche Vorkaufsrecht: „ein dingliches Recht, das ein Gestaltungsrecht (oder mehrere) erzeugt“.

¹⁰³ Das B.G.B. bezeichnet den Besteller des Vorkaufsrechtes stets von vornherein als „Verpflichteten“; § 504, 505, 506, 508, 510. Seckel S. 215 nennt dies „nicht korrekt“, nimmt dann aber freilich selbst S. 218 zu Anm. 7 „ein Analogon der Verpflichtung“ an. Indessen ist der Besteller nicht nur, wie beim Wiederkauf (oben S. 500 Anm. 60), von vornherein zu einem Dulden, sondern auch gemäß § 510¹ zu einem Tun bedingt verpflichtet.

¹ Über älteres deut. R. bes. v. Brünneck, Z. f. R.G. XIV 138 ff. Ferner Auer, Münchner Stadtr. LXX ff. Bluntschli, Zürch. R.G.² II 269 ff. Arnold, Zur Geschichte des Eigentums S. 192 ff. R. Hübner, Grundz. § 84. v. Schwerin, R.G.² S. 120. Huber, Schweiz. Privatr. IV 858 ff. Niederländ. R. b. Fockema-Andreae I 332 f. Nord. R. b. v. Amira I 320 ff., 610 ff., II 740 ff. Vgl. auch E. Loening, Handwörterb. d. Staatsw. VI 685 ff. — Über röm. u. gem. R. Glück, Komm. XVII 264 ff., XVIII 1 ff.; Brinz² II § 330 ff.; Windscheid § 399 ff. u. die dort S. 717 Anm.* angeführte weitere Literatur. — Über die deutschen Partikularrechte die Lehrb. des deut. Privatr., bes. Mittermaier II § 292 ff., Bluntschli § 124, Beseler § 113 u. 196, Gerber-Cosack § 208, Stobbe-Lehmann III § 325. Ferner die dort Anm. 2 angef. Monographien über einzelne Partikularrechte. Insbes.: K. F. Arnold, Das Mietwesen nach dem Bayr. L.R., 3. Aufl. 1889; Muntsch, Miete und Pacht... nach gem. R. in Bayern, 1893. M. F. Wolff, Hauseigentümer und Mieter nach dem in Frankfurt a. M. geltenden Recht, 1887; A. Born, Frankfurter Mietsrecht, 1895. Arndt, Der Mietskontrakt nach den Grundsätzen des Bremischen Rechts, 1892. — Preufs. R. bei A. Niendorf, Das preussische Mietrecht³, 1892; Förster-Eccius § 136; Dernburg II § 166 ff. mit I § 290 und § 364. — K. Sächs. R. b. Fr. A. Wengler, Der Mietvertrag nach Sächs. R., 2. Aufl. 1891; Br. Burkas II, Das Mietsrecht für das K. Sachsen, 1894. — Französ. R. b. Zachariae-Crome § 341 ff. — Österr. R. b. Krainz-Pfaff-Ehrenzweig

gerichtet sind. Sie unterscheiden sich dadurch, daß bei der Miete nur der Gebrauch, bei der Pacht außerdem der Fruchtgenuß zu gewähren ist². Vermietet werden können nur körperliche Sachen, verpachtet werden auch unkörperliche Gegenstände³. Die Unterscheidung von Miete und Pacht ist deutschrechtlichen Ursprunges. Dem römischen Recht, das sie dem einheitlichen Begriff der *locatio conductio rei* unterstellt, ist sie fremd. Dagegen ist sie in alle neueren Gesetzbücher übergegangen. Doch bilden Miete und Pacht Unterarten eines einheitlichen Vertragstypus, für den sich zum Teil noch der alte deutsche Name „Bestandvertrag“ erhalten hat⁴. Darum gelten für sie in den Hauptpunkten gemeinsame Rechtsgrundsätze. Miete und Pacht sind gegenseitige Verträge mit doppelter Eigenart. Einmal begründen sie ein auf Dauer, jedoch nicht auf immerwährende Dauer angelegtes Schuldverhältnis. Darum erzeugen sie neben einer einmaligen Hingabepflicht des einen und einer einmaligen Rückgewährpflicht des anderen Teils für den einen Teil eine kontinuierliche Gewährungspflicht und für den anderen Teil eine sich in wiederkehrenden Leistungspflichten auswirkende Vergütungspflicht. Sodann aber richtet sich dieses dauernde Schuldverhältnis auf die entgeltliche Verschaffung des Besitzes und Genusses einer körperlichen oder analog behandelten unkörperlichen Sache. Darum wird es durch die Sachlichkeit des

§ 369 ff. — Schweizer. R. b. J. Heuberger, Sachmiete nach dem Schweiz. O.R., 1889; Oser zum neuen O.R. a. 259—304. — Über das Recht des B.G.B. Komm. zu § 535—597; Schollmeyer S. 57 ff.; Kipp b. Windscheid S. 728 ff.; Endemann § 167 ff.; Cosack⁶ I § 134 ff., II § 238 ff.; Landsberg § 132 ff.; Matthiass § 113 ff.; Dernburg § 215 ff.; Crome § 234 ff.; Enneccerus § 349 ff. Dazu zahlreiche Monographien, bes. Mittelstein, Die Miete³, 1913; auch Fränkel, Miet- u. Pachtrecht nach dem B.G.B., 1897, Fuld, Das Mietrecht nach dem B.G.B., 1898, Borchardt, Das Mietsrecht nach dem B.G.B., 1912, A. Niendorf, Mietrecht¹⁰, 1915, Bruck, Arch. f. b. R. XX 33 ff.

² Nebenbei gewährter Fruchtgenuß, wie bei Haus- oder Wohnungsmiete an einem Hausgarten, macht die Miete nicht zur Pacht. Wohl aber Fruchtgenuß als Hauptzweck, mag es sich um natürliche oder bürgerliche, Sach- oder Rechtsfrüchte handeln. Vgl. Mittelstein S. 31 ff., Oertmann zu B.G.B. II Tit. III Vorbem. 2, zu § 581 Vorbem. 5. Dazu Preuß. A.L.R. I, 21 § 260—261. — Ein Vertrag kann aus Miete u. Pacht gemischt sein; R.Ger. LXXXI Nr. 7.

³ Vgl. unten § 197 IV.

⁴ So Österr. Gb. § 1090 ff., Bad. L.R. a. 1708 ff., Schweiz. Ges. b. Huber IV 858. — Der Code civ. a. 1708 ff. hat den Oberbegriff „*louage des choses*“, unterscheidet dann aber *bail à loyer* (Haus- und Fahrnismiete), *bail à ferme* (Landgüterpacht) und *bail à cheptel* (Vieh-pacht).

Leistungsgegenstandes bestimmt und muß sich nach deutschrechtlicher Auffassung je nach dessen ungleicher Beschaffenheit differenzieren. Demgemäß walten namentlich grössere Unterschiede, als zwischen Miete und Pacht, zwischen Miete und Pacht von Liegenschaften einerseits und von Fahrnis andererseits.

II. Geschichte. Das ältere deutsche Recht entwickelte erst im Laufe des Mittelalters ein besonderes Miets- und Pachtrecht. Ursprünglich erschienen Gebrauchs- und Nutzungsrechte, die auf Zeit gegen wiederkehrenden Zins eingeräumt waren, als eine Spielart, und zwar eine besonders unvollkommene und zerbrechliche Spielart der Leihrechte⁵. Darum traten auch die zugrundeliegenden Verträge nicht aus dem Rahmen der übrigen Leiheverträge heraus und wurden gleich ihnen als Veräußerungsverträge aufgefaßt, die unter den Begriff eines Verkaufes oder einer mit Auflage beschwerten Schenkung eines Rechtes an der Sache fielen⁶. Zuerst in den Städten gewann neben der Häuserleihe die Häusermiete und bald auch die Wohnungsmiete und sonstige Raummiete selbständige Bedeutung und Gestalt und wurde in den Stadtrechten als besonderes Rechtsgeschäft geordnet⁷. Allmählich nahm auch die auf dem Lande neben den mancherlei Formen der hofrechtlichen Leihe und der landrechtlichen Erbleihe aufkommende freie Zeitleihe die Merkmale der Zeitpacht an⁸.

⁵ Oben Bd. II 353 Anm. 19, 355 Anm. 26.

⁶ Hieraus folgt, daß im Gebiete des Beispruchsrechtes die Zeitleihe hinsichtlich eines Grundstücks den Erben des Verleihers, falls er nicht zugestimmt hat, nicht bindet. Sachsensp. III 77 § 1, für die hube auch Schwabensp. (L) 150, Bayr. L.R. 160. Dazu die Sachsenspiegelglosse, die dies auf jede „vormidinge“ bezieht und damit begründet, daß man durch Vermieten so gut wie durch Verkaufen das Eigen den Erben entziehe. Vgl. Lewis, Die Sukzession des Erben S. 131 ff. Die Unvererblichkeit der Verpflichtung des Verpächters oder Vermieters wurde vereinzelt auch unabhängig vom Beispruchsrecht festgehalten; v. Brünneck a. a. O. S. 169 ff.

⁷ Arnold a. a. O. S. 192 ff. Als technische Ausdrücke erscheinen nun Miete (Mieten, Vermieten), daneben Heuer (Heuern und Verheuern) und Bestand („besten“, z. B. in Landshuter Stat. v. 1347 b. Rosenthal S. 187). — Vgl. Haltaus s. v. Bestand, Hure und Miete.

⁸ Für die Rechtsbücher ist die Pacht noch eine Art der Zinsleihe, der Pächter „Zinsmann“, das Pachtgut „Zinsgut“, der Verpächter der „Herr“. Ein technischer Name für den Pachtvertrag fehlt. Das Verpachten wird im Sachsensp. III 77 § 1 als „Austun“ von Land „to tinse oder to plege to bescheidenen jaren“, im Schwabensp. 150 besetzen umb zins vor jar ze jar umschrieben. Die Glosse zum Sachsensp. III 77 und das Rsb. n. Dist. II 4 d. 5 sprechen auch bei Landgütern von Vermieten und Mieten, das Billwärder L.R. a. 65 u. 74 und andere

Zugleich entwickelte sich auch fahrnisrechtliche Miete (z. B. Schiffsmiete)⁹ und Pacht (besonders Viehpacht)¹⁰.

Nunmehr wurden die Miets- und Pachtverträge zu einem eigenartigen Typus der gegenseitigen Schuldverträge. Ihre Verpflichtungskraft hing gleich der des Kaufes von der Anwendung einer haftungsrechtlichen Form oder der Leistung seitens eines Vertragsteiles ab¹¹. Allein ungleich dem Kaufe erzeugten sie für beide Teile nur eine Gebundenheit für eine beschränkte Zeit, nach deren Ablauf die gegenseitigen Verpflichtungen erloschen und für den Mieter oder Pächter eine Verpflichtung zur Rückgewähr eintrat. Darüber hinaus blieb die einseitige Aufsaye der Vertragsgebundenheit vor der Zeit aus bestimmten Gründen zulässig¹². Und in dieser Hinsicht haftete den Miets- und Pachtverträgen

niedersächs. u. fries. Quellen von huren und verhuren. Das Wort „Pacht“, das ursprünglich nur pactum bedeutet, kommt in Urkunden seit dem 13. Jahrh. speziell für den Leihevertrag, aber bei Erbleihe und Leihe auf Lebenszeit wie bei Zeitleihe vor (Haltaus S. 1453 ff.) und wird namentlich für jede Art von Zins gebraucht (ebd. S. 1455). Seinen technischen Sinn scheint es erst in nachmittelalterlicher Zeit empfangen zu haben. Echte Pachtverträge, vielleicht schon unter Einwirkung des römischen Rechts, begegnen seit Ende des 14. Jahrh.; vgl. Immerwahr, Die Kündigung S. 55 ff.

⁹ Vgl. v. Amira I 635 ff., II 769 über Schiffsmiete, I 632, II 766 ff. über Tiermiete.

¹⁰ Vgl. v. Amira I 630 ff., II 762 ff. Grimm, W. VI 265 § 15.

¹¹ Über das Vorkommen von Handschlag, Draufgabe, Weinkauf, Gottespfennig bei Miete und Pacht vgl. Schuld und Haftung S. 339 Anm. 9 u. 10, 369 Anm. 7, 372 Anm. 23, v. Brünneck S. 159. Die Vorleistung seitens eines Teils, insbesondere also die Hingabe der Sache durch den Vermieter, bewirkt auch hier beiderseitige Gebundenheit; Schuld u. Haftung S. 84 ff. Darum kann bei formlosem Abschluß der Vermieter, während er vorher frei zurücktreten konnte, die einmal hingeebene Sache nur aus den vertragsmäßig vorbehaltenen Gründen zurückfordern, während natürlich auch der Mieter nun nicht mehr willkürlich zurücktreten kann. In diesem, aber auch nur in diesem Sinne ist es richtig, wenn v. Brünneck S. 159 ff. die Besitzerlangung als „Perfektionsmoment“ bezeichnet. Was er weiter über die Verschiebung des Beweisrechts durch die Besitzüberlassung beibringt, beruht auf dem Beweisvortrag, den die Gewere gibt.

¹² Nach manchen Rechten kann überhaupt jeder Teil gegen ein Reugeld, das vor der Besitzüberlassung die halbe, nach ihr die ganze Jahresmiete beträgt, den Vertrag lösen; so nach Billwärder L.R. a. 74—75, Schleswiger, Flensburger u. Apenrader Stadtr., vor dem Beziehen des Hauses auch nach Bremer Stadtr. v. 1433 ord. 44. Nach Hamb. Stadtr. v. 1292 c. XXIX u. 1497 G XVI kann der Vermieter vor wie nach der Überlassung des Besitzes das Mietsrecht gegen Zahlung des vollen Jahresbetrages der Miete ablösen. Vgl. v. Brünneck S. 162 ff.

vielfach eine auffallende Zerbrechlichkeit an, in der die prekäre Natur der Zeitleihe nachwirkte¹³. So konnte nach manchen Rechten der Vermieter die Sache wegen eignen Bedürfnisses zurückfordern¹⁴, andererseits auch der Mieter, wenn er ein eignes Haus erwarb, das Mietsverhältnis aufsagen¹⁵. Mitunter wurde sogar die Verpflichtung des Vermieters durch Verkauf der Sache hinfällig, so daß der schuldrechtliche Satz galt: „Kauf bricht Miete“¹⁶. Im ganzen jedoch ging die Entwicklungstendenz auf Verfestigung der beiderseitigen Gebundenheit¹⁷. Insbesondere drang überwiegend der Satz durch: „Kauf bricht nicht Miete“¹⁸.

Immer aber, wie lose oder wie fest der Schuldvertrag binden mochte, war das ihm gemäß eingeräumte Recht des Mieters oder Pächters an der Sache ein dingliches Recht. Denn es kam,

¹³ Dies führt v. Brünneck a. a. O. zutreffend aus, unterscheidet jedoch nicht hinreichend zwischen dem hier wie bei allen gegenseitigen Verträgen Nichteintreten der Gebundenheit vor Erfüllung oder Formalakt und der den Miets- und Pachtverträgen eigentümlichen einseitigen Lösung der eingetretenen Gebundenheit. Daß nach manchen Rechten nicht nur der Tod des Verpächters (oben S. 510 Anm. 6), sondern auch der des Pächters beendigend wirkt — vgl. v. Brünneck S. 169 ff. —, entstammt jedenfalls dem Recht der Zeitleihe.

¹⁴ v. Brünneck S. 166 ff. Dieser Aufhebungsgrund, der im deut. R. nur vereinzelt sich erhielt, wurde nach der Rezeption, weil er sich auch im römischen Recht fand, in vielen Partikularrechten wieder eingeführt; vgl. dieselben b. Stobbe-Lehmann § 235 Anm. 56.

¹⁵ v. Brünneck S. 167 ff.; Landshuter Stat. v. 1425 b. Rosenthal, Anh. VI Nr. 2 S. 187 ff. (aber nur, wenn er noch nicht eingezogen ist, länger als für ein Jahr gemietet hat und 14 Tage vor dem Termin absagt); italienische Stat. b. Pertile IV 587.

¹⁶ So nach friesischen, niedersächsischen, niederländischen und altfranzösischen Quellen; vgl. v. Brünneck S. 141 ff., Stobbe-Lehmann § 235 Anm. 18, Fockema-Andreae I 344; bes. Billwärder L.R. 65 (koep de drift hure up), Hadelor L.R. II, 16, Ditmars. L.R. v. 1447 § 149, Lüb. R. (Hach) IV 100, Eisenacher Rsb. III 31 und Purgoldt II, 46 (für das Stadtrecht), Emsiger Pfennigschuldb. § 40 b. v. Richthofen S. 209. Überall bedeutet der Satz, daß der Vermieter durch den Verkauf seiner Verpflichtung ledig wird.

¹⁷ Dies zeigt sich darin, daß die Zahl der Gründe für einseitige Aufsayung eingeschränkt, die Aufsayung, wo sie zulässig bleibt, an eine Kündigungsfrist gebunden, Kündigung in bestimmter Frist bei unbestimmter Zeitdauer und vielfach sogar vor Ablauf einer festgesetzten Zeit gefordert und mangels einer Kündigung stillschweigende Wiedervermietung angenommen wird. Vgl. Immerwahr, Kündigung S. 52 ff., 57 ff. Desgleichen in der Anerkennung der beiderseitigen Vererblichkeit; v. Brünneck S. 170 ff.

¹⁸ v. Brünneck S. 143 ff.; Stobbe-Lehmann § 235 Anm. 9; Bluntschli, R.G. II 270; Huber IV 858 ff.; Fockema-Andreae I 345 ff. Vgl. Greifswalder Ratswillkür v. 1322 b. Kraut § 136 Nr. a (talīs venditio hujusmodi

wie dies seiner Herkunft aus der Zeitleihe entsprach, in einer Gewere zur Erscheinung¹⁹. Regelmäßig empfing es nur durch leibliche Gewere seine sachenrechtliche Kraft. Doch begegnet bei Grundstücken auch Gewereeinräumung mittels gerichtlicher Fertigung und Eintragung²⁰. Darum verlangte hier wie bei anderen auf Sachherrschaft abzielenden Verträgen schon der persönliche Anspruch auf Erwerb der Gewere die Achtung Dritter²¹. Nach Erlangung der Gewere aber genoss das Miets- und Pachtrecht den gleichen Schutz gegen Jedermann wie andere dingliche Rechte. Daraus ergab sich für das liegenschaftsrechtliche Miets- und Pachtrecht die unbedingte Wirksamkeit gegenüber jedem dritten Erwerber der Sache. Galt freilich ausnahmsweise der schuldrechtliche Satz „Kauf bricht Miete“, so konnte die durch den Verkauf dem Vermieter gegenüber hinfällig gewordene Gewere auch dem Käufer gegenüber nicht schützen²². Dagegen bewährte der schuldrechtliche Satz „Kauf bricht nicht Miete“ auf Grund der durch ihn fortdauernd gerechtfertigten Miets- und Pachtgewere auch

locationem et conductionem infringere non debeat); Hamburger Glosse zu Stadtr. v. 1497 ebenda Nr. c (hur bricht koep); Goslarer Stat. S. 21 Z. 39 ff.; Rsb. n. Dist. II, 4 d. 5; Eisenacher Rechtsb. III 31 und Purgoldt II 46 (für das Landrecht); Appingdamer Bauerbrief v. 1327 § 4 (v. Richthofen S. 296); Bremer Schöffen-Urk. b. Oelrichs S. 155, 156; Brünner Schöffenb. c. 139.

¹⁹ Oben Bd. II 200 Anm. 55. Die dort hinsichtlich der Miete gemachte Einschränkung ist zu streichen. Sie wird hinfällig, sobald erkannt wird, daß der Satz „Kauf bricht Miete“ die Dinglichkeit nicht ausschließt. — Die doktrinen romanistischen Ausführungen im Brünner Schöffenb. c. 284 u. 340 sind für die Auffassung des deutschen Rechts belanglos.

²⁰ So in Hamburg und anderen deutschen Städten, jedoch nie als ausschließliches Mittel der Verdinglichung. Als solches findet sie sich zuerst in flandrischen Stadtrechten. Vgl. v. Brünneck S. 154 ff.

²¹ Oben Bd. II 609 Anm. 2. Der hieraus sich ergebende „Vorzug des älteren Vertragsrechtes“ ist aber, wie das ihm entstammende *jus ad rem*, nur dem bösgläubigen Erwerber gegenüber wirksam. Man darf daher nicht auf ihn mit v. Brünneck S. 138 ff. den ganzen Satz „Kauf bricht nicht Miete“ zurückführen. Die Wirksamkeit dieses Satzes gegenüber jedem Käufer folgt erst aus der Mietsgewere. Was v. Brünneck S. 150 ff. hiergegen einwendet, ist nicht überzeugend.

²² Das Vertragsrecht des Mieters erlischt, wie v. Brünneck S. 177 ff. zutreffend darlegt, schon mit dem Abschluß des Kaufvertrages, nicht erst mit dessen Vollzug. Gleichzeitig aber büßt seine Gewere, da sie ja nur mit dem Vorbehalte der Rückgewähr in diesem Falle eingeräumt war, ihren Rechtsboden ein. Darum kann der Käufer sie brechen, sobald ihm die wieder voll wirksam gewordene Eigengewere übertragen ist. Vielfach jedoch ist er hierzu erst nach Ablauf einer bestimmten Frist (in *Emsigo* erst nach einem Jahre) befugt; v. Brünneck S. 142 ff.

sachenrechtliche Kraft²³. Der Käufer oder sonstige Sondernachfolger des Vermieters oder Verpächters mußte also das Gebrauchs- und Nutzungsrecht des Mieters oder Pächters in dem bedungenen Umfange, für die bedungene Zeit und gegen den bedungenen Zins sich gefallen lassen²⁴. Bei fahrnisrechtlicher Miete oder Pacht fand die Wirksamkeit der Gewere Dritten gegenüber natürlich an den allgemeinen Versagungen des Schutzes gegen Dritte ihre Schranke.

Nach der Rezeption setzte sich das römische Recht der *locatio conductio* als gemeines Recht durch. Miete und Pacht wurden als bindende Konsensualverträge anerkannt, jedoch rein obligationenrechtlich konstruiert. Die Mieter und die Pächter wurden zu bloßen Detentoren herabgesetzt. Jedem Sondernachfolger des Vermieters oder Verpächters gegenüber wurden sie schlechthin entrechtet. Der Satz „Kauf bricht Miete“, den man eine Zeitlang sogar in seinem schuldrechtlichen Sinne dem römischen Recht zu imputieren suchte²⁵, wurde zum ungenauen Ausdruck des allgemein durchgeführten Grundsatzes erhoben, daß der Käufer seinerseits den Mieter ohne weiteres austreiben kann. Nur teilweise und nicht endgültig drangen im gemeinen Recht Bestrebungen durch, dem Mieter oder Pächter wenigstens Besitzschutz zu verschaffen²⁶ und die äußersten Härten des Satzes „Kauf bricht Miete“ abzuschleifen²⁷.

²³ Dies bezeugen alle ihn aussprechenden Quellen; oben S. 512 Anm. 18. Der Satz gilt auch im Falle der gerichtlichen Veräußerung auf Grund eines jüngeren Pfandrechtes, während natürlich ein älteres Pfandrecht durch Vermietung nicht geschwächt werden kann; Gosl. Stat. S. 24 Z. 19 ff., Rsb. n. D. II, 4 d. 18.

²⁴ Ein Eintritt in den Vertrag fand ursprünglich nicht statt. Die Pflicht zur Zahlung des Zinses an den neuen Eigentümer ergab sich schon aus sachenrechtlichen Grundsätzen; vgl. Sachsensp. II, 46 § 3, III, 77 § 2. Rsb. n. Dist. II, 4 d. 5: Der is denne gekouft hette, der behalde sin eygen, ab her wel, und warte sines zcinses. Später nahm man Eintritt in das Schuldverhältnis an. Vgl. v. Brünneck S. 180 ff. — Über die mehrfach begegnende analoge Anwendung des Satzes „Kauf bricht nicht Miete“ auf den Fall, daß das von einem Satzungsgläubiger, Nießbraucher oder Vasallen verpachtete oder vermietete Grundstück an den Eigentümer zurückfällt, vgl. v. Brünneck S. 188 ff.

²⁵ v. Brünneck S. 177 ff. weist darauf hin, daß hierbei die germanische Auffassung (oben S. 512 Anm. 16) fortwirkte. In neuerer Zeit drang allgemein die Ansicht durch, daß der Vertrag zwischen Mieter und Vermieter bestehen bleibe, dieser daher jenem, falls ihn der Käufer entsetzt, Schadensersatz schulde; Windscheid-Kipp § 400 Anm. 7, Seuff. XLVIII Nr. 88.

²⁶ Oben Bd. II 216 Anm. 25, 252 Anm. 22.

²⁷ Über das Einzelne vgl. Windscheid-Kipp a. a. O. Daß dem Mieter eine angemessene Frist gelassen werden müsse, um sich anderweitig vorzusehen,

Die Partikularrechte verstatteten dem einheimischen Recht größeren Einfluß. In Ansehung des schuldrechtlichen Verhältnisses schlossen sie sich zwar grundsätzlich dem gemeinen Recht an, führten indes in vielen Einzelheiten teils allgemein, teils bei bestimmten Arten von Miets- und Pachtverträgen, wie Wohnungsmiete, Landgüterpacht und Viehpacht, besondere Regeln deutscher Herkunft durch²⁸. In bezug auf die Stellung des Mieters oder Pächters zur Sache aber folgten sie nur selten völlig dem gemeinen Recht²⁹. Zum mindesten schwächten sie meist den Satz „Kauf bricht Miete“ dadurch ab, daß sie dem Käufer das Recht zur Austreibung des Mieters oder Pächters erst nach Ablauf einer bestimmten Frist oder bei Eintritt eines bestimmten Termins oder nach gehöriger Kündigung gewährten³⁰. Vielfach aber huldigten sie, auch wenn sie das Miets- und Pachtrecht nur als obligationenrechtlichen Anspruch anerkannten, gleichwohl dem Satze „Kauf bricht nicht Miete“³¹. Bei der Grundstücksmitte ließen manche Gesetze eine Verdinglichung durch Eintragung zu³². Das Preussische Landrecht stellte sich überhaupt auf den Boden des deutschen Rechts und liefs aus Miets- und Pachtverträgen ein Recht zur

wurde nur vereinzelt angenommen; so Seuff. VIII Nr. 42. Ziebarth, Die Realexekution und die Obligation, mit besonderer Rücksicht auf die Miete, 1866, wollte dem Käufer nur ein Austreibungsrecht gegen Entschädigung gewähren, fand aber keine Folge.

²⁸ So zum Teil hinsichtlich der Form des Vertrages, ferner hinsichtlich der Unterhaltungspflichten und des Inventars, namentlich aber hinsichtlich der Kündigung und stillschweigenden Erneuerung.

²⁹ Über die Anerkennung von Miets- und Pachtbesitz oder doch von Detentionsschutz vgl. oben Bd. II 216 Anm. 26—27.

³⁰ Vgl. die Aufzählung der Partikularrechte, die den Satz „Kauf bricht Miete“ aussprechen, bei Stobbe-Lehmann § 235 Anm. 18, die von ihnen dem Mieter gewährten Fristen in Anm. 22—23. Vgl. auch Huber IV 859. Die neueren Gesetzbücher verlangen Kündigung in der gesetzlichen Frist; Österr. Gb. § 1120, Sächs. Gb. § 1225, Bayr. Ges. v. 18. Febr. 1871, Schweiz. O.R. § 281, 314, jetzt a. 259, 281. Nach Sächs. und Schweiz. R. gilt der Käufer, wenn er den ersten Kündigungstermin nicht benutzt, als in den Vertrag eingetreten.

³¹ So Hamburg. Stadtr. II 9, 13; Geldernsches L.R. IV 4 § 1; Lüneb. Ref. II, 15; Mainzer L.R. 27, 3; Braunsch. R. b. Steinacker S. 289; schweizer. Rechte b. Blumer II 2 S. 136 ff., Huber IV 859 Anm. 8; Code civ. a. 1743.

³² Österr. Gb. § 1095; Sächs. Gb. § 1224; preussische Gesetze für mehrere gemeinrechtliche Gebiete b. Stobbe-Lehmann § 235 Anm. 20; Zürch. Gb. § 1512, 1523 und andere schweiz. Kantonalrechte, die das O.R. § 281³ u. § 314³ aufrecht hielt, vgl. Huber III 737 ff., IV 860. Jetzt können nach dem neuen Schweiz. O.R. a. 260 u. 282 und Z.G.B. § 958²⁻³ Pacht und Miete durch Vormerkung im Grundbuch dingliche Wirkung erlangen.

Sache entspringen, das durch Besitzerlangung und bei Grundstücken überdies durch Eintragung zum vollwirksamen dinglichen Recht erstarkt⁸³.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat grundsätzlich den Standpunkt des gemeinen Rechtes festgehalten. In vielen Einzelheiten weicht es vom römischen Recht zugunsten deutschrechtlicher Anschauungen ab, bannt aber das Miets- und Pachtrecht begrifflich durchaus in den schuldrechtlichen Rahmen. Auch seine Verdinglichung durch Eintragung und selbst seine dingliche Sicherung durch Vormerkung schließt es aus⁸⁴. Allein es gewährt dem Mieter und Pächter Besitz und damit nicht nur vollen Besitzschutz, sondern auch eine durch den Besitz vermittelte dingliche Wirksamkeit seines persönlichen Rechts⁸⁵. Dies äußert sich bei beweglichen Sachen nur in einem Abwehrrecht des besitzenden Mieters oder Pächters gegenüber einem Sondernachfolger des Vermieters oder Verpächters⁸⁶. Dagegen ist bei der Grundstücksmiete und Grundstücks-pacht nach langem Kampfe der Satz „Kauf bricht nicht Miete“ zum Siege gelangt und in eigentümlicher Ausgestaltung durchgeführt⁸⁷. Außerdem tritt die verdinglichende Wirkung des Besitzes in der Regelung des Fruchterwerbes des Pächters zutage⁸⁸.

III. Gemeinsame Grundsätze. Wir wollen im folgenden zunächst die für alle Arten der Miete und Pacht (oder doch der Sachpacht) gleichmäßig geltenden Grundsätze, die im wesentlichen römischrechtlichen Ursprungs sind, kurz darstellen.

1. Abschluss. Der Miets- oder Pachtvertrag kommt durch Willenseinigung zustande. Einer Form bedarf es nicht⁸⁹. Erforderlich ist gehörige Bestimmung des Gegenstandes und des Miets-

⁸³ Das Gesetzbuch behandelt in T. II Tit. 21 Abschn. 3 „von dem eingeschränkten Gebrauchs- und Nutzungsrechte fremder Sachen“ in § 258 ff. Miete und Pacht.

⁸⁴ Oben Bd. II 334 Anm. 135.

⁸⁵ Vgl. auch R.Ger. LIX Nr. 89: Das durch den Besitz verkörperte und für Jedermann erkennbare Mietsrecht gehört zu den „sonstigen Rechten“ im Sinne des § 823¹.

⁸⁶ Oben Bd. II 261 Z. 2.

⁸⁷ Entw. I war römisch. Über den Kampf gegen ihn vgl. meine Schr. über den Entwurf S. 238 ff. und die dort Anm. 2 angeführte Literatur. Das Nähere unten § 197 I 6.

⁸⁸ Oben Bd. II 593.

⁸⁹ Über die Formvorschrift des § 566, von deren Beobachtung nicht die Gültigkeit, sondern nur die Dauer der Bindungskraft einer Grundstücksmiete oder Grundstücks-pacht abhängt, vgl. unten § 197 I 1.

oder Pachtzinses. Begriffsnotwendig ist ferner eine begrenzte Zeitdauer der vertragsmäßigen Bindung. Die Miets- oder Pachtzeit kann vertragsmäßig bestimmt sein, darf aber 30 Jahre oder die Lebenszeit des einen oder anderen Teils nicht überschreiten⁴⁰. Ist sie unbestimmt, so gelten gesetzliche Fristen für die Zeitdauer der Bindungskraft⁴¹. Doch ist nur die Bindungskraft, nicht die Wirkungskraft des Vertrages notwendig zeitlich begrenzt. Denn der Vertrag kann beliebig lange in Kraft bleiben und immer wieder zeitlich begrenzte Gebundenheit erzeugen, wenn bei unbestimmter Miets- oder Pachtzeit keine Kündigung erfolgt oder bei bestimmter Zeitdauer kraft Vereinbarung oder infolge tatsächlicher Fortsetzung kraft gesetzlicher Regel Verlängerung des Miets- oder Pachtverhältnisses eintritt⁴². Der Vertrag besteht auch fort, wenn der Inhalt des durch ihn begründeten Schuldverhältnisses innerhalb der Grenzen, bei deren Überschreitung die Identität des Schuldverhältnisses ausgeschlossen ist, vertragsmäßig abgeändert wird⁴³.

⁴⁰ B.G.B. § 567. Anders nach Preufs. R.; R.Ger. XXXVI Nr. 73.

⁴¹ B.G.B. § 564², 565—567. Sie können vertragsmäßig abweichend bestimmt werden.

⁴² Immer besteht hier der ursprüngliche Vertrag fort und wird nicht etwa ein neuer gleichinhaltlicher Vertrag geschlossen. Dies gilt selbstverständlich im Falle der Nichtkündigung des auf unbestimmte Zeit eingegangenen Miets- und Pachtverhältnisses. Es gilt offenbar auch, wenn bei bestimmter Zeit für den Fall der Nichtkündigung Verlängerung für bestimmte oder unbestimmte Zeit vereinbart ist; die im Erk. des R.Ger. LXXXVI Nr. 13 zur Begründung einer an sich richtigen Entscheidung aufgestellte Annahme, hier sei die stillschweigende Eingehung eines neuen Mietsvertrages durch Nichterklärung vereinbart, widerspricht der Lebensanschauung. Es gilt aber ebenso, wenn die Verlängerung kraft gesetzlicher Regel eintritt. Hier wurde freilich auf Grund des röm. R. im gem. R. eine *relocatio tacita* angenommen und als Abschluß eines neuen Vertrages gedeutet; v. Vangerow III § 644 Anm., Windscheid § 402, 3. Auch der Code civ. a. 1798 spricht von „un nouveau bail“, das Österr. Gb. § 1114, Sächs. Gb. § 1218 und Schweiz. O.R. a. 291 (268) u. 311 (292) von „Erneuerung“ des Vertrages. Dagegen redet das Preufs. L.R. I, 21 § 325 ff. nur von „Verlängerung des Kontrakts“. Das B.G.B. § 568 aber gibt schon durch den Ausdruck, daß „das Mietsverhältnis“ als „verlängert“ gilt, unzweideutig zu erkennen, daß der alte Vertrag Quelle des Schuldverhältnisses bleibt; so auch Planck zu § 568 Bem. 3, Oertmann Bem. 4; a. M. Mittelstein S. 470 ff., Endemann § 170, 1. — Natürlich bildet die zwingende Zeitgrenze des § 567 (oben Anm. 40) auch eine Schranke für jede vereinbarte Neubindung. Daß aber der auf 30 Jahre geschlossene Vertrag im Falle der Nichtkündigung nach Ablauf der Frist immer wieder für 30 Jahre binden soll, kann vereinbart werden.

⁴³ So namentlich bei Steigerung oder Herabsetzung des Miets- oder Pachtzinses. Daher auch in den Fällen der Verlängerung (vgl. die vorige Anm.),

2. Verpflichtungen des Vermieters oder Verpächters.

a. **Gebrauchsgewährung.** Der Vermieter hat dem Mieter den Gebrauch der vermieteten Sache, der Verpächter dem Pächter den Gebrauch der verpachteten Sache oder des sonstigen verpachteten Gegenstandes während der Miets- oder Pachtzeit zu gewähren⁴⁴. Diese Verpflichtung schließt die Verpflichtung ein, dem Mieter oder Pächter den für den vertragsmäßigen Gebrauch erforderlichen Besitz zu verschaffen⁴⁵ und die Sache in einem für diesen Gebrauch geeigneten Zustand nicht nur zu überlassen, sondern auch fortdauernd zu erhalten⁴⁶.

b. **Gewährung des Fruchtgenusses.** Der Verpächter hat außerdem dem Pächter den Fruchtgenuss des verpachteten Gegenstandes während der Pachtzeit zu gewähren⁴⁷. Doch erstreckt sich seine Verpflichtung nur auf die Früchte im wirtschaftlichen Sinne⁴⁸.

wenn die Kündigung bei Bewilligung eines höheren oder geringeren Zinses seitens des anderen Teiles unterbleibt oder zurückgenommen wird. Dagegen gehört zur Änderung des Gegenstandes ein neuer Vertrag. Doch ist eine nebensächliche Erweiterung oder Einschränkung des Gegenstandes (z. B. hinsichtlich einzelner Räume eines Gebäudes) im Rahmen des alten Vertrages möglich.

⁴⁴ B.G.B. § 535, 581. Vermietet oder verpachtet werden können also nur irgendwie gebrauchsfähige Gegenstände. Das Gebrauchsrecht kann aber auf einen Sachteil oder auf einzelne Arten des Gebrauches beschränkt werden.

⁴⁵ Regelmäßig ist er zur Übergabe verpflichtet. Doch kann es sich auch um einen Gebrauch handeln, bei dem die „Überlassung“ (§ 536) eine Übergabe nicht fordert; Fischer-Henle zu § 535 Bem. 4, Oertmann Bem. 1 d u. 2 a. E.

⁴⁶ B.G.B. § 536. Mangels anderer Abrede, die sich aber auch aus der Verkehrssitte ergeben kann, hat er daher die erforderlichen Reparaturen zu besorgen (Ausnahme bei der Landpacht nach § 582, vgl. unten § 197 III 2). Dagegen ist er zur Wiederherstellung der untergegangenen Sache (z. B. Neubau des abgebrannten Hauses) nicht verpflichtet, vielmehr gelten in diesem Falle die allgemeinen Regeln über Unmöglichkeit der Erfüllung; so auch Österr. Gb. § 1112, Sächs. Gb. § 1213, Seuff. XXI Nr. 45. Er hat ferner sowohl sich selbst jeder Gebrauchsstörung zu enthalten, wie Störungen durch Dritte tunlichst zu verhindern oder zu beseitigen. Von der Verpflichtung, gegen Dritte einzuschreiten, wird er dadurch nicht entbunden, daß der Mieter oder Pächter auf Grund seines Besitzrechtes sich selbst helfen kann (vgl. R.Ger. LIX Nr. 89).

⁴⁷ B.G.B. § 581. Verpachtet werden können also nur fruchttragende Gegenstände. Das Nutzungsrecht kann aber auf eine einzelne Fruchtart beschränkt werden.

⁴⁸ Nur diese ergreift auch das sachenrechtliche Anfallsrecht des Pächters; oben Bd. II 593 Anm. 31.

c. Gewährleistung für Sachmängel. Der Vermieter oder Verpächter haftet in ähnlichem Umfange wie ein Verkäufer für Fehler der Sache, die ihre Tauglichkeit für den vertragsmäßigen Gebrauch aufheben oder mindern, und für den Mangel zugesicherter Eigenschaften⁴⁹. Nur hat er gemäß seiner Dauerpflichtung nicht bloß für die Fehlerfreiheit der Sache zurzeit ihrer Überlassung, sondern auch dafür Gewähr zu leisten, daß während der Dauer der Miete oder Pacht ein solcher Fehler nicht entsteht oder die zugesicherte Eigenschaft nicht wegfällt. Anders aber als beim Kauf sind die Folgen des Eintrittes eines Gewährleistungsfalles geregelt. In jedem Falle ist der Mieter oder Pächter für die Zeit, in der die Gebrauchstauglichkeit der Sache aufgehoben oder gemindert ist, von der Entrichtung des Miets- oder Pachtzinses ganz oder zu einem entsprechenden Teil befreit⁵⁰. War der Mangel schon beim Abschluß des Vertrages vorhanden oder ist er später infolge eines vom Vermieter oder Verpächter zu vertretenden Umstandes entstanden oder kommt derselbe mit der Beseitigung des Mangels in Verzug, so kann der Mieter oder Pächter statt der bloßen Befreiung von der Gegenleistungspflicht Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen⁵¹. Die Gewähr-

⁴⁹ B.G.B. § 537 ff. So auch nach gem. R. und allen anderen Gesetzbüchern. — Ist der Gegenstand ein Grundstück, so steht nach B.G.B. § 537² auch hier die Zusicherung einer bestimmten Größe der Zusicherung einer Eigenschaft gleich.

⁵⁰ B.G.B. § 537. Die Herabsetzung des Zinses erfolgt nach den für die Minderung des Kaufpreises im Falle der Geltendmachung des Minderungsanspruches geltenden Regeln. — So auch nach gem. R., vgl. Seuff. XXXIX Nr. 101; nach Sächs. Gb. § 1198; nach Schweiz. O.R. a. 277² (255¹). — Anspruch des Pächters auf Ermäßigung des Pachtzinses, wenn er durch arglistige Täuschung über den Ertrag des Pachtgegenstandes zum Vertragsschluß bestimmt ist, nach R.Ger. LXXXVI Nr. 82 S. 335 ff.

⁵¹ B.G.B. § 538; R.Ger. LXXVII Nr. 31, LXXXI Nr. 46 (einschließlich des Schadens aus verursachter Körperverletzung; auch des durch Verletzung der Ehefrau für den Ehemann entstandenen Schadens). Im Falle des Verzuges kann der Mieter oder Pächter auch den Mangel selbst auf Kosten des Vermieters oder Verpächters beseitigen. — Daß die Schadensersatzpflicht wegen eines schon beim Vertragsschluß vorhandenen Mangels unabhängig von Verschulden eintritt, geht über das bisherige Recht hinaus; vgl. Seuff. XLVII Nr. 22, Sächs. Gb. § 1198, Schweiz. O.R. a. 277² (jetzt büdet jedoch a. 255² dem Vermieter den Beweis der Schuldlosigkeit auf). — Ein Rücktrittsrecht wegen eines Gewährsmangels, wie im Falle der Übergabe einer mangelhaften Sache das Preuß. A.L.R. I, 21 § 273 u. das Schweiz. O.R. a. 277¹ (254²) oder im Falle der Nichtabstellung eines später entstandenen Mangels das Schweiz. O.R. a. 277² (255¹), gewährt das B.G.B. nicht. Wohl aber hat, mag der Mangel

leistungsansprüche des Mieters oder Pächters werden wie beim Kaufe durch Kenntnis des Mangels beim Vertragsschlusse, sowie durch vorbehaltlose Annahme der Sache trotz Kenntnis ihres Mangels ausgeschlossen, durch grobfahrlässige Unkenntnis eines Fehlers auf den Fall der arglistigen Verschweigung eingeschränkt⁵². Eine Vereinbarung, durch die die Gewährleistungspflicht erlassen oder beschränkt wird, ist auch hier im Falle der arglistigen Verschweigung des Mangels nichtig⁵³.

d. Gewährleistung für Rechtsmängel. Für Rechtsmängel hat der Vermieter oder Verpächter, da er zur Verschaffung eines Rechtes an der Sache nicht verpflichtet ist, nur in gleicher Weise wie für Sachmängel insoweit einzustehen, als durch das Recht eines Dritten der vertragmäßige Sachgenuss dem Mieter oder Pächter ganz oder teilweise entzogen wird⁵⁴.

e. Lastentragung. Der Vermieter oder Verpächter hat die auf der Sache ruhenden Lasten zu tragen⁵⁵.

f. Ersatz von Verwendungen. Der Vermieter oder Verpächter hat dem Mieter oder Pächter die auf die Sache gemachten notwendigen Verwendungen und insoweit, als ein Geschäftsführer ohne Auftrag Ersatz verlangen kann, auch sonstige Verwendungen zu ersetzen⁵⁶.

g. Nebenleistungen. Der Vermieter kann zu bedungenen Nebenleistungen verpflichtet sein, die namentlich auch in Dienst- oder Werkleistungen bestehen können⁵⁷. Bilden dagegen andere Leistungen als die Gewährung des Sachgebrauches einen wesentlichen Inhalt der Schuldverpflichtung, so liegt entweder ein aus Miete und einem anderen Verträge gemischter Vertrag⁵⁸ oder aber,

bei der Übergabe vorhanden gewesen oder erst später entstanden sein, der Mieter oder Pächter das unten zu erwähnende Recht sofortiger Aufhebung des Verhältnisses nach § 542. Ebenso Öst. Gb. § 1117, Sächs. Gb. § 1221.

⁵² B.G.B. § 539 mit Verweisung auf § 480 u. 464.

⁵³ B.G.B. § 540.

⁵⁴ B.G.B. § 541. Vgl. Seuff. XLV Nr. 178, Sächs. Gb. § 1196.

⁵⁵ B.G.B. § 546. Ähnlich Preufs. L.R. § 288 ff., Öst. Gb. § 1099, Sächs. Gb. § 1202, Schweiz. O.R. a. 282 (263), 302 (288).

⁵⁶ B.G.B. § 547. Auch hat der Mieter oder Pächter ein Wegnahmerecht an einer Einrichtung, mit der er die Sache versehen hat. — Ähnlich Preufs. L.R. § 280 ff., Öst. Gb. § 1057, Sächs. Gb. § 1201.

⁵⁷ So z. B. zur Reinigung des vermieteten möblierten Zimmers, zu dessen Heizung und Beleuchtung (z. B. im Gasthaus), zur Heizung der Wohnung (z. B. bei Zentralheizung, vgl. R.Ger. LXXV Nr. 85), zu gewissen Aufwarteleistungen (z. B. Kleiderreinigung) usw.

⁵⁸ So ist z. B. die mit Gewährung von Kost verbundene Zimmervermietung

wenn der Sachgebrauch nur Mittel für einen anderen Hauptzweck ist, überhaupt kein Mietsvertrag vor⁵⁹.

3. Verpflichtungen des Mieters oder Pächters.

a. Zahlung des Miets- oder Pachtzinses. Der Mieter oder Pächter ist zur Zahlung des vereinbarten Zinses verpflichtet⁶⁰. Der eigentliche Miets- oder Pachtzins besteht in einer wiederkehrenden Geldleistung, deren Betrag nach Zeitabschnitten (z. B. Jahren, Semestern, Quartalen, Monaten, Wochen, Tagen) bemessen ist. Die Gegenleistungspflicht des Mieters oder Pächters ist also eine während der Miets- oder Pachtzeit bestehende und erst mit ihrer Beendigung erlöschende Dauerverpflichtung, die stofsweise Einzelverpflichtungen zu Geldzahlungen in bestimmter Höhe hervorbringt. Doch ist einerseits das Miets- und Pachtrecht auch auf die Gebrauchsüberlassung gegen eine von der Zeitdauer unabhängige einmalige Gegenleistung anwendbar⁶¹. Andererseits kann der Zins auch in anderen vertretbaren Sachen als Geld zu entrichten sein⁶². Dagegen sind Dienstleistungen kein Zins. Ihre Übernahme fällt daher nur insoweit in den Rahmen des Miets-

(Pensionsvertrag), ja auch schon die Zimmervermietung mit Einschluß des Morgenkaffees ein aus Miete und Werkvertrag gemischtes Geschäft. Aus Miete und Dienstvertrag gemischt ist die Vermietung einer Maschine unter Übernahme ihrer Aufstellung und Bedienung; Seuff. LX Nr. 72. Desgleichen der Vertrag über Anschluß an ein Fernsprechnetz; Jörges, Z. f. H.R. LVI 44 ff.

⁵⁹ So ist z. B. die entgeltliche Aufnahme von Zöglingen in „Pension“ nicht um der durch den Pensionspreis zugleich vergoltenen Wohnungsgewährung willen Mietvertrag. Der Seefrachtvertrag bleibt auch im Falle der Charterung reiner Werkvertrag. Ebenso der Personentransportvertrag trotz Gebrauchs-einräumung an einem bestimmten Sachteil (z. B. einer Schiffskabine, einem Sitzplatz), während über Liegestühle auf Schiffen oder über Schlafwagenplätze besondere Mietsverträge abgeschlossen werden. Keine Miete ist auch die Lösung eines Theater- oder Konzertbillets für einen bestimmten Platz, wohl aber die Miete eines Kirchenstuhls oder eines Tribünenplatzes bei einem Aufzuge. Reiner Verwahrungsvertrag ist das Kassenschranksfachgeschäft (so Düringer, Bankarchiv VI 65 ff., Staub, Exkurs zu H.G.B. § 424, v. Schey, Obligationsverh. S. 394, Dernburg § 351 IV, K. Lehmann, H.R. § 181, 7), das freilich Viele (so Cohn, Arch. f. b. R. XXX 235 ff., Regelsberger, Bankarchiv VII 2 ff., Oertmann, Vorbem. 6, Enneccerus § 323 Anm. 28, § 349 Anm. 3) für Miete, Manche (so Wettstein, Kassenschranksfachgeschäft, Bern 1903, Hoeninge, Gemischte Verträge S. 158 ff.) für ein gemischtes Geschäft halten.

⁶⁰ B.G.B. § 535 S. 2, § 581 Abs. 1 S. 2.

⁶¹ Dies folgt doch wohl aus B.G.B. § 551 Abs. 1 S. 1. A. M. Oertmann zu § 535 Bem. 3c, der aber entsprechende Anwendung zugesteht.

⁶² So ausdrücklich Sächs. Gb. § 1190. Vgl. auch Preufs. L.R. § 264 (Pachtzins in einer bestimmten Quantität von Früchten). Dazu unten § 197 III 5.

oder Pachtrechts, als sie die Natur bloßer Nebenleistungen haben⁶³. Werden neben einem Miets- oder Pachtzins Dienstleistungen geschuldet, die zum Hauptzwecke der Vereinbarung gehören, so liegt ein aus Sachmiete oder Pacht und Arbeitsvertrag gemischtes Geschäft vor⁶⁴. Soll aber die Gebrauchsüberlassung lediglich durch Dienste vergolten werden, so ist der Vertrag überhaupt nicht Miete oder Pacht, sondern ein reiner Arbeitsvertrag, bei dem der Sachgenuss den Arbeitslohn oder einen Teil desselben bildet⁶⁵.

Die einzelne Miets- oder Pachtzinsschuld wird, da der Vermieter oder Verpächter zur Vorleistung verpflichtet ist, nach der gesetzlichen Regel erst nachträglich fällig⁶⁶. Die Fälligkeitstermine decken sich mit dem Ablaufe der der Bemessung des Zinses zugrunde liegenden Zeitabschnitte, während in Ermangelung solcher Bemessung der Zins erst am Ende der Miets- oder Pachtzeit zu zahlen ist; doch gelten Abweichungen bei der Grundstücks- und Grundstückspacht⁶⁷. Durch den Vertrag können abweichende Termine festgesetzt werden⁶⁸.

⁶³ Z. B. Bewachung der Sache, Erfüllung der Funktionen eines Vize-wirts gegenüber anderen Mietern, Straßensreinigung usw.

⁶⁴ So bei dem Hauswart (Portier, Hausverwalter), der einen Mietszins zahlt; oder dem ländlichen Einlieger, der neben einem Miets- oder Pachtzins bestimmte Arbeitsdienste schuldet.

⁶⁵ So verhält es sich selbstverständlich bei der Aufnahme eines Dienboten, Gesellen, Gehilfen, Hauslehrers, einer Pflegerin oder Gesellschafterin in die häusliche Gemeinschaft (vgl. B.G.B. § 617, H.G.B. § 62²) oder dem Anspruch des Schiffsmannes auf „Logisraum“ (Seemanns-O. § 55). Aber auch die Überlassung einer „freien“ Wohnung zu selbständiger Haushaltsführung an den Beamten, Diener oder Arbeiter ist keine Vermietung. Dies muß auch für den Hauswart gelten, der keinen Mietszins zahlt oder außer der Wohnung noch Lohn erhält. Vgl. Dernburg § 215 V, Endemann § 167 Anm. 29. Teilweise abweichend Crome § 234, 5, Oertmann zu § 535 Bem. 3 b β, Ennecerus § 323 III, Hoeniger a. a. O. S. 56 ff., auch Raape b. Dernburg⁴ a. a. O. Anm. 19.

⁶⁶ So auch nach gem. R. und allen anderen Gesetzbüchern. Die Ausbedingung der Vorausbezahlung ist aber zulässig und häufig.

⁶⁷ B.G.B. § 551, unten § 197 I 2. — Nach Preufs. L.R. § 297 bildet überhaupt und nach Sächs. Gb. § 1204 bei einer Miets- oder Pachtzeit von mindestens 6 Monaten vierteljährliche Fälligkeit die Regel, während bei kürzerer Dauer die Fälligkeit stets erst am Ende eintritt. Das Österr. Gb. § 1100 verlangt bei einer Dauer von mindestens einem Jahr nur halbjährliche Zahlung, sonst Zahlung am Ende. Nach Schweiz. O. R. a. 286 (262) a. 307 (286) wird mangels abweichenden Ortsgebrauchs der Mietszins bei mindestens halbjähriger Dauer halbjährlich, sonst monatlich oder spätestens am Ende, der Pachtzins jährlich oder am Ende fällig.

⁶⁸ Insbesondere kann für den nach Zeitabschnitten bemessenen Zins nicht

Der Mieter oder Pächter hat den Zins auch zu entrichten, wenn er an der Ausübung des Gebrauchs, zu dessen Gewährung der Vermieter oder Verpächter bereit war, durch einen in seiner Person liegenden Grund verhindert war⁶⁹.

b. Ordnungsmäßiges Verhalten beim Gebrauch. Der Mieter oder Pächter darf von der Sache keinen vertragswidrigen Gebrauch machen und kann, wenn er einen solchen trotz erfolgter Abmahnung fortsetzt, auf Unterlassung verklagt werden⁷⁰.

Er ist aber auch zur Behütung der Sache verpflichtet und für jede von ihm vorgenommene willkürliche Veränderung und jede von ihm verschuldete Beschädigung verantwortlich⁷¹. Nur solche Veränderungen und Verschlechterungen, die der vertragsmäßige Gebrauch mit sich bringt, hat er nicht zu vertreten⁷².

Insbesondere ist er kraft seiner Obhutspflicht zu unverzüglicher Anzeige an den Vermieter oder Verpächter verpflichtet, wenn sich ein Mangel an der Sache zeigt oder eine Schutzvorkehrung gegen eine ihr drohende unvorhergesehene Gefahr erforderlich wird oder ein Dritter sich ein Recht an ihr anmaßt. Versäumt er die Anzeigepflicht, so ist er schadensersatzpflichtig und verliert über-

nur auch bei beweglichen Sachen und über die gesetzliche Vorschrift hinaus bei Grundstücken häufigere Fälligkeit, z. B. monatliche Zahlung der Jahresmiete (vgl. R.Ger. LXIV Nr. 66) oder halbmonatliche der Monatsmiete, sondern auch seltenere Fälligkeit, z. B. jährliche für den Pachtzins, vierteljährliche für den nach Monaten, wöchentliche für den nach Tagen bemessenen Zins, ausbedungen werden.

⁶⁹ B.G.B. § 552. Er kann jedoch auf den Zins Ersparnisse und Vorteile aus anderweitiger Gebrauchsverwertung, die dem Vermieter oder Verpächter zugute kommen, anrechnen und wird insoweit überhaupt befreit, als jener durch Gebrauchsüberlassung an einen Dritten außerstande ist, ihm den Gebrauch zu gewähren. — Vgl. für das gem. R. Seuff. XXXIX Nr. 207, XLVIII Nr. 259; ferner Preufs. L.R. § 299, Öst. Gb. § 1107, Sächs. Gb. § 870, Schweiz. O.R. a. 279 (257), 298 (279).

⁷⁰ B.G.B. § 559. Über die Unterlassungsklage, die das R.Ger. für das gemeine Recht grundsätzlich versagte (Seuff. XLVI Nr. 15), vgl. Eltzbacher, Die Unterlassungsklage S. 179 ff. — Außerdem ist er der fristlosen Kündigung aus § 553 ausgesetzt und im Falle des Verschuldens natürlich zum Schadensersatz verpflichtet.

⁷¹ Dernburg § 219 II, Mittelstein S. 285 ff., Oertmann, Vorbem. 2 b; Rspr. d. O.L.G. XIV 25, XVII 423. Dabei haftet er gemäß § 278 für seine Leute, aber auch für Familienangehörige und Gäste; vgl. R.Ger. LXXXIV Nr. 40 (Haftung für jede Fahrlässigkeit von Angestellten, die in den Mietsräumen arbeiten, und zwar für Beschädigung nicht bloß der Räume, sondern auch der darin befindlichen Sachen).

⁷² B.G.B. § 548. Vertragsmäßig kann aber seine Haftung erweitert werden.

dies, soweit dadurch die Abhilfe vereitelt wird, die ihm andernfalls zustehenden Rechte auf Zinsherabsetzung, fristlose Kündigung oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung⁷³.

c. Unterlassung der Gebrauchsüberlassung an Dritte. Der Mieter oder Pächter darf ohne Erlaubnis des Vermieters oder Verpächters den Gebrauch nicht einem Dritten überlassen, insbesondere die Sache nicht weiter vermieten oder verpachten⁷⁴. Sein Forderungsrecht auf Gebrauchsgewährung ist zwar kein höchstpersönliches, wohl aber ein durch die Persönlichkeit mitbestimmtes und darum nicht frei übertragbares Recht.

Verletzt er diese Pflicht, so liegt darin ein vertragswidriger Gebrauch der Sache⁷⁵. Die schuldrechtliche Wirksamkeit des zwischen ihm und dem Dritten geschlossenen Vertrages wird davon nicht berührt^{75a}. Allein dem Vermieter oder Verpächter gegenüber ist der Vertrag unwirksam⁷⁶.

Durch die Erteilung der Erlaubnis wird die Gebrauchs-

⁷³ B.G.B. § 545; P. Klein, Anzeigepflicht im Schuldrecht, 1908, bes. S. 55, 72, 88 ff., 99 ff. Die Anzeigepflicht erstreckt sich auch auf die für den Mitgebrauch mehrerer Mieter bestimmten Räume, wie Treppen und Boden; R.Ger. LIX 48. — Vgl. Schweiz. O.R. a. 284 (261³). — Der Mieter ist demgemäß auch verpflichtet, dem Vermieter die Vornahme der erforderlichen Reparaturen und Schutzmaßregeln zu gestatten, wie dies das Sächs. Gb. § 1207 und das Schweiz. O.R. a. 278 (256¹) ausdrücklich bestimmen.

⁷⁴ B.G.B. § 549. Über den Unterschied der völligen Gebrauchsüberlassung (Abtretung des Forderungsrechts auf den Gebrauch) und der Untervermietung oder Unterverpachtung (selbständiger neuer Miet- oder Pachtvertrag) vgl. Crome, Partiarische Rechtsgeschäfte, S. 90 ff., B.R. § 241. — Das B.G.B. stimmt mit dem älteren deut. R. (v. Brünneck a. a. O. S. 186 ff.) und mit dem Preufs. L.R. § 309 ff. (Ausnahme bei der Pachtung von Gütern mit mehreren Wirtschaftsrubriken oder Vorwerken in § 314) überein. Dagegen ist nach gem. R. (Windscheid § 400 Anm. 23 u. 24, Seuff. XXXVII Nr. 95), Code civ. a. 1717, Oest. Gb. 1098, Sächs. Gb. § 1194 Unterverpachtung und Untervermietung mangels anderer Abrede gestattet. Dem wollte sich Entw. I § 516 anschließen. Das Schweiz. O.R. läßt Untervermietung, nicht aber Unterverpachtung ohne Erlaubnis zu; a. 285 (264), 306 (289). — Natürlich kann der Vertrag dem Mieter oder Pächter ein freies Recht der Gebrauchsüberlassung oder doch der Untervermietung oder Unterverpachtung einräumen.

⁷⁵ Der Vermieter oder Verpächter hat daher die Unterlassungsklage aus § 550 und das Recht fristloser Kündigung nach § 553.

^{75a} R.Ger. LXXXI Nr. 16.

⁷⁶ Er wird daher dem Dritten gegenüber schuldrechtlich weder berechtigt noch verpflichtet, kann aber dem Dritten mit dem Eigentumsanspruch oder sonstigem dinglichen Anspruch die Sache nach Maßgabe des § 986 Abs. 1 S. 2 abfordern (oben Bd. II 510 Anm. 14).

überlassung zulässig⁷⁷. Ein Schuldverhältnis aus dem Gebrauchsabtretungsvertrage oder dem Untermiets- oder Unterpachtvertrage entsteht trotzdem nur zwischen den Kontrahenten⁷⁸. Auch bleibt der Mieter oder Pächter dem Vermieter oder Verpächter für ein dem Dritten beim Gebrauch zur Last fallendes Verschulden verantwortlich⁷⁹. Allein der Vermieter oder Verpächter muß das dem Dritten eingeräumte Gebrauchsrecht gegen sich gelten lassen⁸⁰.

Der Vermieter wie der Verpächter kann die Erlaubnis frei versagen. Wenn aber der Vermieter sie ohne wichtigen Grund in der Person des Dritten verweigert, kann der Mieter in der gesetzlichen Frist kündigen⁸¹. Der Verpächter dagegen setzt sich auch durch grundlose Verweigerung der Erlaubnis keinem Rechtsnachteil aus⁸².

d. Rückgewähr. Der Mieter oder Pächter muß die Sache nach Beendigung des Miets- oder Pachtverhältnisses zurückgeben und hat an ihr wegen seiner Ansprüche nur bei der fahnrechtlichen, nicht bei der liegenschaftsrechtlichen Miete oder Pacht ein Zurückbehaltungsrecht⁸³.

Das Forderungsrecht auf Rückgabe der Sache richtet sich auch gegen den Dritten, dem der Mieter oder Pächter den Gebrauch überlassen hat⁸⁴. Insoweit wirkt unter Durchbrechung des im

⁷⁷ Die Erlaubnis ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, die auch stillschweigend und im voraus oder nachträglich abgegeben werden kann. Zustimmung oder sonstiger Vertragsbestandteil ist sie nicht. Vgl. über die Streitfragen Oertmann zu § 549 Bem. 3, Enneccerus § 351 Anm. 7, Raape b. Dernburg⁴ § 221 Anm. 7.

⁷⁸ Der Vermieter oder Verpächter kann natürlich durch Zustimmung zur Forderungsabtretung Gläubiger und durch Schuldübernahme Schuldner des Dritten werden. In der Erlaubnis aber liegt dies nicht.

⁷⁹ B.G.B. § 549². Ganz wie bei unerlaubter Gebrauchsüberlassung.

⁸⁰ Er kann daher während der Dauer der Miets- oder Pachtzeit die Sache dem Dritten nicht abfordern. Vielmehr schützt diesen § 986 Abs. 1 S. 1.

⁸¹ B.G.B. § 549 Abs. 1 S. 2; R.Ger. LXXIV Nr. 48. Ebenso Preuss. L.R. § 312, vgl. R.Ger. XXXV Nr. 79. — Das Kündigungsrecht kann wegbedungen werden. Dies liegt in einem vertragsmäßigen Verbot der Gebrauchsüberlassung an Dritte, dagegen noch nicht in einer Vertragsklausel, die ausdrücklich die Untervermietung an Zustimmung bindet; R.Ger. LXIV Nr. 74.

⁸² B.G.B. § 596¹. Vorbehaltlich anderer Abrede.

⁸³ B.G.B. § 556¹⁻². Für eine von ihm zu vertretende Veränderung oder Verschlechterung muß er natürlich Ersatz leisten.

⁸⁴ B.G.B. § 556³. Dazu Schollmeyer S. 66 ff.; Mittelstein S. 590 ff.; Nissen, Jur. W.Schr. 1903 S. 201 ff.; Hellwig, Verträge S. 421 ff., Rechtskraft S. 28; Romeick, Zur Technik des B.G.B. II 14 ff.; Stammer, Einrede aus dem Recht eines Dritten S. 44 ff.; Planck zu § 556 Bem. 3c; Stau-

übrigen geltenden Grundsatzes der Gebrauchsüberlassungsvertrag, mag er ohne oder mit Erlaubnis geschlossen sein, auch zugunsten des Vermieters oder Verpächters. Er bewirkt einen gesetzlichen kumulativen Schuldübergang auf den Dritten, der die Sache kraft eines vom Besitzrechte des Schuldners abgeleiteten Besitzrechtes an sich genommen hat⁸⁵.

Gibt der Mieter oder Pächter die Sache nicht zurück, ohne daß das Verhältnis verlängert wird, so hat er, falls die Nichtrückgabe auf einem von ihm zu vertretenden Umstande beruht, nach allgemeinen Grundsätzen Schadensersatz zu leisten. Unabhängig aber vom Verschulden oder Verzug schuldet er stets eine Mindestentschädigung, deren Betrag sich nach der Dauer der Vorenthaltung richtet und für den Mieter dem vereinbarten Mietspreise gleichkommt, für den Pächter aber nach dem Pachtzinse im Verhältnis der in dieser Zeit gezogenen oder bei ordnungsmäßiger Wirtschaft zu ziehenden Nutzungen zu den Nutzungen des ganzen Pachtjahres bemessen wird⁸⁶.

4. Verjährung. Während im übrigen die beiderseitigen Ansprüche der gewöhnlichen Verjährung unterliegen, sind die Ersatzansprüche des Vermieters oder Verpächters wegen Veränderungen oder Verschlechterungen der Sache und die Ansprüche des Mieters oder Pächters auf Ersatz von Verwendungen oder auf Gestattung

dingler Bem. III; Oertmann Bem. 3; Crome § 237 Anm. 47; Enneccerus § 351 III 1. — Der Anspruch konkurriert mit dem etwaigen dinglichen Anspruch, setzt aber Beendigung des Mietsverhältnisses voraus. Er ist nicht besitzrechtlicher Natur (so Hellwig, Nissen, Staudinger), sondern rein schuldrechtlicher Art. Er gründet sich nicht auf eine neu entstandene selbständige Verpflichtung des Dritten (so Planck), auch nicht auf eine neue „abgeleitete“ Schuld (so Romeick, Stammler), sondern auf die aus dem Mietsvertrage entspringende alte Schuld, in die der Untermieter oder sonstige Gebrauchsübernehmer als Gesamtschuldner miteingetreten ist. Das Gesamtschuldverhältnis beschränkt sich auf die Einzelverpflichtung zur Rückgabe der Sache. Diese aber schuldet der Untervermieter wie der Mieter, so daß er einerseits sich dem Vermieter gegenüber auch im Falle erlaubter Untervermietung nicht auf ein ihm gegen den Mieter noch zustehendes Recht auf weitere Überlassung der Sache berufen kann, andererseits die Einreden des Mieters, daher bei einer beweglichen Sache auch dessen Zurückbehaltungsrecht wegen Gegenansprüche aus Verwendungen (a. M. Planck), gebrauchen darf.

⁸⁵ So Oertmann u. Schollmeyer a. a. O., auch Reichel, Schuldmitübernahme S. 113. Der Schuldübergang knüpft sich an die Besitzüberlassung, gehört also zu den Fällen, in denen eine Sondernachfolge in einen Vermögensgegenstand von Rechts wegen eine Sondernachfolge in eine den Gegenstand betreffende Schuld nach sich zieht.

⁸⁶ B.G.B. § 557, 597. Vgl. Preufs. L.R. § 332—335; Sächs. Gb. § 1219.

der Wegnahme einer Einrichtung einer abgekürzten Verjährung in sechs Monaten unterworfen⁸⁷.

5. Beendigung. Besondere Beendigungsgründe gelten für das Miets- oder Pachtverhältnis als dauerndes Schuldverhältnis⁸⁸. Die Beendigung der einzelnen aus ihm entsprungenen Schuldverpflichtungen wird davon nicht berührt. Sie erlöschen nachher wie vorher aus den allgemeinen Beendigungsgründen. Sie können nun aber nicht mehr neu entstehen⁸⁹.

a. Zeitablauf. Die für bestimmte Zeit vereinbarte Miete oder Pacht endet mit dem Ablauf dieser Zeit⁹⁰. Die Beendigung tritt aber nicht ein, wenn eine Verlängerung stattfindet⁹¹. Nach der gesetzlichen Regel gilt das Verhältnis als auf unbestimmte Zeit verlängert, wenn der Mieter oder Pächter den Gebrauch fortsetzt und weder er noch der Vermieter oder Verpächter binnen zwei Wochen dem anderen Teil gegenüber seinen entgegenstehenden Willen erklärt⁹². Durch den Vertrag kann Abweichendes fest-

⁸⁷ B.G.B. § 558. Die Verjährung der Ersatzansprüche des Vermieters beginnt mit dem Rückempfang der Sache, tritt aber spätestens mit der Verjährung des Anspruches auf Rückgabe ein. Der kurzen Verjährung unterliegen auch die auf besonderer Vertragsbestimmung beruhenden Ersatzansprüche (R.Ger. LXII Nr. 78), nach der Praxis aber auch außervertragliche Ersatzansprüche (Seuff. LX Nr. 206, R.Ger. LXVI Nr. 87), dagegen nicht Ersatzansprüche aus der Belastung der Sache mit einem Recht (Seuff. LXII Nr. 180). Die Verjährung der Ansprüche des Mieters beginnt mit der Beendigung des Mietsverhältnisses. — Die Ansprüche auf die einzelnen Zinsleistungen verjähren in 4 Jahren, nur bei gewerbsmäßiger Fahrnisvermietung in 2 Jahren; B.G.B. § 197, 196 Z. 6, 201. Der Anspruch auf Rückgabe oder auf Entschädigung wegen Nichtrückgabe verjährt erst in 30 Jahren. Ebenso alle sonstigen Einzelansprüche. Das Miets- oder Pachtverhältnis als solches verjährt überhaupt nicht.

⁸⁸ Daneben sind die allgemeinen Beendigungsgründe nur insoweit, als sie nicht entweder durch die Natur des Dauerverhältnisses oder durch die besonderen Vorschriften des Gesetzes über die Beendigung ausgeschlossen werden, anzuerkennen. So z. B. vertragsmäßige Aufhebung, Eintritt einer auflösenden Bedingung, zufälliger Untergang der Sache (R.Ger. LXII Nr. 56), Rücktritt kraft vertragsmäßig vorbehaltenen Rücktrittsrechtes.

⁸⁹ Auch in den Fällen der §§ 557 u. 597 (oben Anm. 86) entsteht keine neue Zinsschuld, sondern eine nach dem Zins bemessene Entschädigungspflicht; Oertmann zu § 577 Bem. 1.

⁹⁰ B.G.B. § 564¹. Dies gilt auch bei der Bestimmung der Zeitdauer nach einem künftigen Ereignis oder nach der Lebenszeit eines Teils. Besondere Bestimmungen darüber enthält das Preufs. L.R. § 336—339.

⁹¹ Vgl. oben S. 517 Anm. 42.

⁹² B.G.B. § 568. Die Frist beginnt einerseits mit der Fortsetzung des Gebrauchs, andererseits mit der Kenntniserlangung von dieser. — Mit dem Nichtwiderspruch begnügen sich auch das gem. R., Code civ. a. 1738, Öst. Gb.

gesetzt werden. Insbesondere wird häufig die Beendigung von einer vor Ablauf der Zeit erfolgten Kündigung abhängig gemacht, so daß die Verlängerung im Falle der Nichtkündigung eintritt, oft auch die Verlängerung auf bestimmte Zeit erstreckt.

b. Kündigung. Die Kündigung ist einseitige Fristsetzung durch Erklärung gegenüber dem anderen Teil und bewirkt die Beendigung des Verhältnisses mit dem Eintritt des durch sie bestimmten Zeitpunktes. Ihre Wirksamkeit hängt davon ab, daß sie unter Einhaltung der Kündigungsfrist zu einem zulässigen Kündigungstermin erfolgt⁹³. Es gibt gesetzliche Kündigungsfristen und Kündigungstermine, die bei der Miete und Pacht von unbeweglichen und von beweglichen Sachen ungleich bestimmt und bei beiden nach den der Bemessung des Zinses zugrunde gelegten Zeitabschnitten abgestuft sind⁹⁴. Durch den Vertrag können abweichende Kündigungsfristen und Kündigungstermine vereinbart werden⁹⁵.

Ein willkürliches Kündigungsrecht steht nach der gesetzlichen Regel jedem Teil bei jedem auf unbestimmte Zeit eingegangenen oder verlängerten Miets- und Pachtverhältnis zu. Hier ist bei ordnungsmäßigem Verlauf die Kündigung der einzige Beendigungsgrund⁹⁶. Ein gleiches freies Kündigungsrecht erlangt bei dem auf bestimmte Zeit lautenden Verträge kraft zwingender Gesetzes-

§ 1114, Sächs. Gb. § 1219, Schweiz. O.R. a. 291 (268), 311 (292), während das Preufs. L.R. § 325—327 „Konsens“ des Vermieters oder Verpächters verlangt. Nach den meisten Gesetzbüchern tritt die Verlängerung auf eine bestimmte Zeit ein; Preufs. L.R. § 328—331 (in der Regel ein Jahr), Öst. Gb. § 1115, Sächs. Gb. 1218; bei der Pacht auch Schweiz. O.R. a. 311 (292).

⁹³ Einer Form bedarf sie, wenn nicht das Gegenteil (z. B. Kündigung durch eingeschriebenen Brief) vereinbart ist, nicht, kann daher auch stillschweigend (z. B. durch Steigerung) erfolgen. Die nicht rechtzeitige oder sonst nicht ordnungsmäßige Kündigung wird durch Annahme wirksam.

⁹⁴ B.G.B. § 565, 595; vgl. über die einzelnen Fristen und Termine unten § 197. Im Gegensatz zum röm. R. und zum Code civ. enthalten auch das Preufs. L.R. § 340 ff., Österr. Gb. § 1116 mit Ver. v. 16. Nov. 1858, Sächs. Gb. § 1214 ff., Schweiz. O.R. a. 290 (267) u. 309 (290) derartige gesetzliche Vorschriften, verweisen aber zum Teil zunächst auf Ortsgebrauch oder Ortsstatut; vgl. die Zusammenstellung bei Immerwahr, Kündigung S. 133 ff.

⁹⁵ Die Vereinbarung kann sich auch aus abweichender Verkehrssitte ergeben.

⁹⁶ B.G.B. § 564². Ebenso auf deutschrechtlicher Grundlage (oben S. 512 Anm. 17) alle in Anm. 94 angef. deutschen Gesetzbücher, während nach röm. R. jeder Teil beliebig abgehen kann. Doch verlangte auch die gemeinrechtliche Praxis unter Berufung auf die bona fides Innehaltung der ortsüblichen Kündigungsfrist; Immerwahr S. 132. Ebenso Code civ. a. 1736 bei mündlichen Verträgen.

vorschrift jeder Teil, wenn die vertragsmäßige Zeitdauer das Höchstmaß der zulässigen Bindungsfrist überschreitet und diese Frist abgelaufen ist⁹⁷. Im übrigen kann der Vertrag das Kündigungsrecht beliebig einschränken oder für eine bestimmte Zeit ausschließen. Er kann aber andererseits auch, wie schon bemerkt ist, die Beendigungskraft des Ablaufes einer vereinbarten Zeit von vorheriger Kündigung abhängig machen und in gleicher Weise die mangels Kündigung immer wieder eintretende Bindung für einen neuen bestimmten Zeitabschnitt verstärken⁹⁸.

Ein Kündigungsrecht aus besonderen Gründen kann die Beendigung eines Miets- oder Pachtverhältnisses vor Ablauf der bedungenen Zeit oder zu einem früheren als dem vertragsmäßigen Kündigungstermin herbeiführen. Nach der gesetzlichen Regel ist der Mieter (nicht der Pächter) zur vorzeitigen Kündigung unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist befugt, wenn ihm der Vermieter die Erlaubnis zur Gebrauchüberlassung an einen Dritten grundlos verweigert⁹⁹. Ein gleiches Kündigungsrecht, das aber nur für den ersten Termin, für den es zulässig ist, ausgeübt werden kann, steht im Falle des Todes des Mieters oder Pächters dessen Erben, im Falle des Todes des Mieters auch dem Vermieter zu¹⁰⁰. Dagegen hat der Verpächter den Erben des Pächters gegenüber kein Kündigungsrecht¹⁰¹. Der Tod des Vermieters oder Verpächters

⁹⁷ B.G.B. § 567. Also wenn 30 Jahre verstrichen sind, es müßte denn bei lebenslänglicher Vermietung oder Mietung der Vermieter oder Mieter noch leben. Die Vorschrift wirkt aber auf ältere Verträge nicht zurück; R.Ger. XLVI Nr. 51; a. M. Mittelstein² S. 579, der aber in 3. Aufl. S. 747 Nichtrückwirkung annimmt, und Oertmann Bem. 2, der in 1. Aufl. für Nichtrückwirkung eingetreten war.

⁹⁸ Dies ist im Leben überaus häufig der Fall. Das Öst. Gb. § 1114 u. das Schweiz. O.R. a. 291 (268) u. 311 (292) schreiben sogar ohne weiteres jeder Vereinbarung einer Kündigungsfrist eine derartige Bedeutung zu. — Wenn Immerwahr S. 138 ff. einen unbefristeten, auf eine unbestimmte Reihe fester Vertragsperioden geschlossenen Vertrag mit Ausschluß des Kündigungsrechtes für eine gewisse Zeit annimmt, so widerspricht dies der Lebensauffassung.

⁹⁹ Oben S. 525 Anm. 81.

¹⁰⁰ B.G.B. § 569; vgl. R.Ger. LXXIV Nr. 10 (Ausübung durch den Testamentsvollstrecker). Ebenso im Gegensatz zum gem., österr., französ. u. sächs. R. Preufs. L.R. § 366 ff., Schweiz. O.R. a. 293 (270), 316 (297). In dieser beschränkten Vererblichkeit kommt wieder der persönliche Charakter des Schuldverhältnisses auf Seite des Mieters und Pächters zum Ausdruck. — Das Kündigungsrecht kann wegbedungen werden; Seuff. LX Nr. 33.

¹⁰¹ B.G.B. § 596². Das Preufs. L.R. § 369 und das Schweiz. O.R. a. 316 (297) geben konsequenterweise auch dem Verpächter das Kündigungsrecht. Für die

ist überhaupt einflusslos¹⁰². Sodann ist, wenn der Vermieter oder Verpächter nach Überlassung des Gegenstandes in Konkurs fällt, sowohl der Mieter oder Pächter wie der Konkursverwalter zur vorzeitigen Kündigung berechtigt¹⁰³. Durch Vertrag kann dem einen oder anderen Teil ein Recht zur vorzeitigen Kündigung aus beliebigen anderen Gründen beigelegt werden.

c. Kündigung ohne Kündigungsfrist. Gleich anderen dauernden Schuldverhältnissen kann das Miets- oder Pachtverhältnis aus bestimmten Gründen durch die einseitige Erklärung eines Teils vorzeitig sofort beendet werden. Eine solche Aufhebungserklärung, die im B.G.B. als Kündigung ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist bezeichnet wird, läßt den bisherigen Bestand des Vertrages unberührt und ist daher von einer Rücktrittserklärung scharf zu unterscheiden¹⁰⁴. Vielfach aber spielt sie bei Miete und Pacht die Rolle, die beim Kaufe dem Rücktritt zufällt¹⁰⁵.

Bestimmung des B.G.B. war die Rücksicht auf das Vermögensinteresse der Erben maßgebend. Natürlich ist abweichende Vereinbarung möglich.

¹⁰² Doch kann sowohl für seine Erben, wie für den Mieter oder Pächter ein Kündigungsrecht ausbedungen werden.

¹⁰³ Konk.O. § 19. Wenn aber der Verwalter kündigt, kann der andere Teil Ersatz des ihm durch die Aufhebung des Vertrages entstehenden Schadens verlangen. — War der Gegenstand noch nicht überlassen, so hat nach § 20 der Mieter oder Pächter ein Rücktrittsrecht, während im übrigen die allgemeinen Regeln des § 17 gelten.

¹⁰⁴ Oben S. 93 ff. — Im gem. R. faßte man freilich die einseitige Aufhebung durchweg als „Rücktritt“ auf; Windscheid § 402, 2. Und auch das Preuß. L.R. unterscheidet nicht scharf und wendet sogar den Begriff des „Rücktritts“ an, wo es vorherige „Aufkündigung“ fordert (§ 393). Doch kennzeichnet es den „Rücktritt“ bei Miete und Pacht dadurch als eigenartig, daß es ihn stets nur für die Zukunft wirken läßt. Das Österr. Gb. § 1117 ff. u. das Sächs. Gb. § 1220 ff. vermeiden den Ausdruck „Rücktritt“ und sprechen jenes von „Abstehen“ und „Aufhebung“, dieses von „Abgehen“. Das Schweiz. O.R. redet in a. 283 (261) u. 312 (293) von „Auflösung“, in a. 287 u. 313 von „Aufhebung“ (jetzt in a. 265 u. 293 auch von „Auflösung“) des Vertrages, gewährt dagegen dem Mieter oder Pächter in a. 277 (254² u. 255¹) bei vertragswidrigem Zustande der Sache ein Rücktrittsrecht wegen Nichterfüllung; bei der Pacht spricht das neue O.R. a. 279³ auch von einem „Rücktritt“ „aus wichtigen Gründen“. — Vor erfolgter Gebrauchsüberlassung ist die Wirkung der fristlosen Kündigung der des Rücktritts im wesentlichen gleich, weshalb die Konk.O. § 20 hier auch ein Rücktrittsrecht gewährt (oben Anm. 103).

¹⁰⁵ Insoweit fällt hier das gesetzliche Rücktrittsrecht weg. Insbesondere ist das Rücktrittsrecht aus § 326 oder § 325 durch die §§ 542 und 554 ausgeschlossen; vgl. meine Abh. über dauernde Schuldverhältnisse S. 390 Anm. 60. Dies gilt vor wie nach der Gebrauchsüberlassung; ebd. S. 388 Anm. 54; a. M. Seuff. LXI Nr. 130. Ein Rücktrittsrecht wegen veränderter Umstände ist auch

Das Recht zu einer solchen Kündigung auf sofort steht dem Mieter oder Pächter zu, wenn ihm der vertragsmäßige Gebrauch der Sache ganz oder zum Teil nicht rechtzeitig gewährt oder wieder entzogen wird. Doch kann er das Kündigungsrecht erst ausüben, wenn der Vermieter oder Verpächter in einer ihm gesetzten angemessenen Frist nicht Abhilfe schafft. Nur wenn die Erfüllung des Vertrages infolge des die Kündigung rechtfertigenden Umstandes für ihn kein Interesse mehr hat, braucht er eine Frist nicht zu setzen. Wegen einer unerheblichen Vorenthaltung oder Hinderung des Gebrauches hat er das Kündigungsrecht nur, wenn ein besonderes Interesse die Kündigung rechtfertigt¹⁰⁶. Dieses Kündigungsrecht ist nicht auf die Fälle beschränkt, in denen ein Gewährsmangel vorliegt, ergänzt aber die Gewähransprüche und vertritt in dieser Hinsicht das dem Käufer zustehende Wandlungsrecht¹⁰⁷.

Der Vermieter oder Verpächter kann nach gesetzlicher

hier nicht anzuerkennen; R.Ger. LXXXVI Nr. 97. Dagegen ist ein vertragsmäßiger Vorbehalt des Rücktritts (namentlich auch gegen Reugeld) möglich. Schon deshalb bleibt, wenn die Miete oder Pacht ein Fixgeschäft ist, § 361 anwendbar.

¹⁰⁶ B.G.B. § 542; dazu R.Ger. LXXXII Nr. 81. — Die Fälle des Unterganges der Sache und sonstiger wahrer Unmöglichkeit der Gebrauchsgewährung werden durch § 542 nicht gedeckt, sind daher nach § 275 u. 323 ff. zu behandeln. — Vgl. Preufs. L.R. § 383 ff., Öst. Gb. § 1117, Sächs. Gb. § 1221, Schweiz. O.R. a. 277 (255).

¹⁰⁷ Verschulden des Vermieters oder Verpächters wird auch hier nicht vorausgesetzt. Dagegen schließt eigenes Verschulden des Mieters oder Pächters das Kündigungsrecht aus. Nach § 543¹ sind die Vorschriften der §§ 539—541 (über den Einfluß der Kenntnis und der vorbehaltlosen Annahme, die Unabdingbarkeit der Haftung für arglistiges Verschweigen und die Gleichstellung von Rechtsmängeln), zugleich aber einzelne Vorschriften des Wandlungsrechts (die §§ 469—471 über Wandlung beim Verkaufe mehrerer Sachen) entsprechend anwendbar. Besondere Bestimmungen trifft § 543² über die Rückerstattung von vorausbezahltem Zins. — Ob der Mieter oder Pächter trotz Aufhebung des Vertrages noch auf Grund des § 538 Schadensersatz fordern kann, ist streitig. Zweifellos hat er einen Anspruch auf Ersatz des bis zur Beendigung entstandenen Schadens. Nur beschränkt sich, wenn er wider Treu und Glauben die Kündigung zu lange hinauszögert, sein Anspruch auf Ersatz des Schadens, der ihm bei rechtzeitiger Kündigung bis dahin erwachsen wäre; R.Ger. LXXXII Nr. 81 S. 373. Die Praxis gewährt ihm aber auch einen Anspruch auf Ersatz des durch die verfrühte Aufhebung selbst entstehenden Schadens. Vgl. R.Ger. LXIV Nr. 93, Rspr. der O.L.G. XIII 357. Ebenso Dernburg § 218 IV, Mittelstein S. 264 ff., Enneccerus § 350 V g. Hiergegen mit Recht Planck zu § 542 Bem. 5a, Staudinger Bem. I 4, Oertmann Bem. 4b. Die Analogie der Wandlung spricht für die Verneinung.

Regel aus zwei Gründen ohne Kündigungsfrist kündigen¹⁰⁸. Erstens wegen erheblicher Verletzung seiner Rechte durch einen vertragswidrigen Gebrauch, den der Mieter oder Pächter oder ein Dritter, dem der Gebrauch überlassen ist, trotz erfolgter Abmahnung fortsetzt. Dahin gehört es namentlich, wenn der Mieter oder Pächter einem Dritten den ihm unbefugt überlassenen Gebrauch belästigt oder die Sache durch Vernachlässigung der ihm obwaltenden Sorgfalt erheblich gefährdet¹⁰⁹. Zweitens wegen Zinssäumnis, wenn der Mieter oder Pächter für zwei aufeinanderfolgende Termine mit der Entrichtung des Zinses oder eines Teiles desselben im Verzuge ist¹¹⁰.

¹⁰⁸ Das ihm vom röm. R. (Windscheid a. a. O. Anm. 8) und auch von einzelnen deutschen Quellen (oben S. 512 Anm. 14) gewährte Aufhebungsrecht wegen unvorhergesehenen eignen Bedürfnisses ist aus allen neueren Gesetzbüchern verschwunden (im Code civ. a. 1761 ist es ausdrücklich abgeschafft). Dagegen ist das römische Aufhebungsrecht wegen einer den Gebrauch ausschließenden notwendigen Reparatur (Windscheid a. a. O. Anm. 7) in das Sächs. Gb. § 1220 und mit Abschwächungen durch Entschädigungspflicht auch in das Preufs. L.R. § 363—365 und das Österr. Gb. § 1118—1119 übergegangen.

¹⁰⁹ B.G.B. § 553; dazu über die Abmahnung R.Ger. LXXVII Nr. 36. Ersatz des durch die verfrühte Aufhebung entstehenden Schadens kann er daneben nicht verlangen; Planck Bem. 2, Oertmann Bem. 3; a. M. auch hier Mittelstein S. 312 ff., Enneccerus § 351 Anm. 15, Raape b. Dernburg⁴ § 218 Anm. 9, R.Ger. LXXVI Nr. 92 (auch im Falle des § 554), Rspr. d. O.L.G. XXII 265. — Vgl. Preufs. L.R. § 387, Österr. Gb. § 1118, Sächs. Gb. 1220, Schweiz. O.R. 283 (261)² u. 313 (294).

¹¹⁰ B.G.B. § 554. Erforderlich ist nicht zweimaliger Verzug, sondern nur Verzug mit zwei Terminzahlungen; R.Ger. LXXXV Nr. 61. Doch darf nicht bloß ein unerheblicher Teil einer Zinsrate zurückbehalten sein; R.Ger. LXXXVI Nr. 82 S. 334 ff. Die Kündigung ist überhaupt ausgeschlossen, wenn der Säumige den Berechtigten befriedigt, bevor dieser kündigt, und unwirksam, wenn der Säumige sich von seiner Schuld durch Aufrechnung befreien konnte und unverzüglich nach der Kündigung die Aufrechnung erklärt. Ersatz des Schadens aus der verfrühten Aufhebung kann der Kündigende nach richtiger Ansicht auch hier nicht fordern; vgl. die vor. Anm. Diesen gesetzlichen Beschränkungen unterliegt, wenn sie nicht gleichfalls wegbedungen sind, das Kündigungsrecht auch in dem häufigen Fall, daß der Vertrag es dem Vermieter schon bei Versäumnis eines einzigen Zinstermins einräumt; Rspr. d. O.L.G. II 217. Auch in diesem Falle aber ist im Zweifel das Kündigungsrecht auch bei bloßem Teilrückstand begründet und in der Annahme einer Teilzahlung noch kein Verzicht auf dessen Ausübung zu finden; R.Ger. LXXXII Nr. 13. — Das gem. R. knüpfte das Aufhebungsrecht regelmäßig erst an zweijährigen Zinsrückstand; Windscheid a. a. O. Anm. 6. Die Versäumnis zweier Termine begründet es nach Preufs. L.R. § 298, das aber Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist verlangt, und nach Sächs. Gb. § 1220. Einmaliger Verzug mit der Zinszahlung genügt nach Österr. Gb. § 1118. Ebenso nach Schweiz. O.R. a. 287

VertragsmäÙsig können diese gesetzlichen Kündigungsrechte ausgeschlossen oder eingeschränkt, aber auch verschärft und vermehrt werden.

§ 197. Besondere Arten von Miete und Pacht.

I. Miete und Pacht von Grundstücken. Eine Fülle besonderer Rechtssätze gilt für die Miete und Pacht von Grundstücken. Sie sind auch auf die Wohnungsmiete und die sonstige Miete von Räumen in Liegenschaften (z. B. Kellern, Läden, Lageräumen, Werkstätten, Stallungen) anwendbar¹.

1. Form. Solche Verträge bedürfen, wenn sie für längere Zeit als ein Jahr geschlossen werden, der schriftlichen Form². Doch hängt von der Beobachtung der Form die Gültigkeit des Vertrages nicht ab³. Vielmehr entbehrt der formwidrige Vertrag nur der Bindungskraft für längere Zeit, kann daher wie ein auf unbestimmte Zeit geschlossener Vertrag, jedoch frühestens zum Schluss des ersten Jahres gekündigt werden⁴.

u. 312, nach dem aber der Vermieter oder Verpächter es erst ausüben kann, wenn er dem Mieter oder Pächter unter Setzung einer je nach der Zeitdauer des Verhältnisses verschieden bestimmten Nachfrist die Auflösung angedroht hat; ebenso das neue O.R. a. 265 u. 293 mit dem Zusatz, daß Vereinbarungen über Abkürzung der Fristen oder über Berechtigung zu sofortiger Aufhebung des Vertrages ungültig sind.

¹ B.G.B. § 580. Dahin gehören auch Räume in Gebäuden, die keine Bestandteile eines Grundstücks sind; oben Bd. II 10 ff., 45 ff. Nicht aber Räume in beweglichen Sachen, wie Schiffen oder Wagen; Seuff. LXI Nr. 78.

² B.G.B. § 566. Also der in § 126 vorgeschriebenen Form; R.Ger. LIX Nr. 7, Seuff. LX Nr. 7. Die oben in § 186 Anm. 148 S. 358 als zweifelhaft bezeichnete Frage, ob die Formvorschrift des § 566 auch für einen Vorvertrag gilt, ist jetzt vom R.Ger. LXXXVI Nr. 9 (20. Nov. 1914) mit Recht verneinend entschieden. — Mit B.G.B. § 566 stimmt Preufs. L.R. I, 21 § 269 überein. Der im neuen O.R. gestrichene a. 275 des Schweiz. O.R. forderte schriftliche Vertragsform für alle vom Gesetz abweichenden Verabredungen, soweit nicht solche ausdrücklich vorbehalten waren.

³ Somit ist § 125 unanwendbar. Aber auch vor § 139 B.G.B. hat § 566 S. 2 den Vorrang. Es kann daher nicht daraus, daß die Parteien einen nur beschränkt gültigen Vertrag nicht schließen wollten, die Nichtigkeit des Vertrages abgeleitet werden, wie dies die Praxis mehrfach angenommen hat, z. B. Seuff. LXI Nr. 199 I, Rspr. d. O.L.G. IX 302, X 169. Vgl. dagegen Seuff. LXI Nr. 199 II, Rspr. d. O.L.G. XIII 373, XVII 11, jetzt auch R.Ger. LXXXVI Nr. 9 S. 33 ff.; dazu Mittelstein S. 99, Planck Bem. 5, Oertmann Bem. 4a. — Anders, wenn Schriftform vereinbart ist; dann gilt § 154.

⁴ Dies gilt auch, wenn bei dem nur auf ein Jahr geschlossenen Vertrage im Falle der Nichtkündigung Verlängerung für eine die gesetzliche Kündigungsfrist überschreitende bestimmte Zeit eintreten soll oder wenn längere als die

2. **Zinstermine.** Der Miets- oder Pachtzins wird nach der gesetzlichen Regel, wenn er nicht nach kürzeren Zeitabschnitten bemessen ist, nach dem Ablaufe je eines Kalendervierteljahres am ersten Werktag des folgenden Monats, jedoch der nach Jahren bemessene Pachtzins für ein landwirtschaftliches Grundstück erst nach Ablauf je eines Pachtjahres am ersten Werktag des folgenden Jahres fällig⁵.

3. **Kündigungsfristen.** Die gesetzlichen Kündigungsfristen und Kündigungsfristen sind für Grundstücksmiete und Grundstückspacht ungleich bestimmt.

a. Bei der Grundstücksmiete ist der Regel nach die Kündigung nur für den Schluss eines Kalendervierteljahres zulässig und hat spätestens am dritten Werktag des Vierteljahres zu erfolgen⁶. Diese Frist ist stets bei vorzeitiger Kündigung als gesetzliche Kündigungsfrist maßgebend⁷. Im übrigen dagegen gelten kürzere gesetzliche Kündigungsfristen, wenn der Mietszins nach kürzeren Zeitabschnitten bemessen ist⁸. Ist er nach Monaten oder

gesetzlichen Kündigungsfristen vereinbart sind; R.Ger. LIX Nr. 71. — Streitig ist die Kraft mündlicher Nebenabreden und Vertragsänderungen. Auch sie sind an sich gültig (a. M. Borchardt S. 29), machen aber, wenn sie den schriftlichen Vertrag in einem nach dem Vertragszweck oder der Parteiabsicht wesentlichen Punkte ergänzen oder verändern, den ganzen Vertrag nach Jahresfrist kündbar; R.Ger. b. Gruchot L Nr. 950, Rspr. d. O.L.G. XV 1, Dernburg § 216 V, Oertmann Bem. 5, Enneccerus § 349 Anm. 11, Tauber b. Gruchot XLIX 228 ff.; etwas abweichend Buck ebd. XLVIII 723 ff., Mittelstein S. 136 ff.

⁵ B.G.B. § 551², 584. Die älteren Gesetzbücher haben allgemeine Bestimmungen, die auch für Grundstücksmiete und Grundstückspacht gelten; oben § 196 Anm. 67.

⁶ B.G.B. § 565 Abs. 1 S. 1. Ebenso Preuss. L.R. § 344. Dagegen beträgt die Kündigungsfrist nach dem Österr. Gb. § 1116 nur 14 Tage und erst seit der Verordn. v. 16. Nov. 1858 bei mindestens einjähriger Mietsdauer drei Monate. Das Sächs. Gb. § 1215 nimmt bei einem Mietszins über 50 Taler einjährige, sonst halbjährige Dauer an, bemisst die Kündigungsfrist im ersten Falle auf ein halbes Jahr, im zweiten Falle auf ein Vierteljahr und verlangt, wenn die Kündigung für den Schluss eines Kalenderhalbjahrs oder Kalendervierteljahrs gelten soll, die Kündigung spätestens am letzten Tage des vorangehenden Semesters oder Quartals. Das Schweiz. O.R. a. 290 (267) hat dreimonatige Kündigungsfrist zum nächsten ortsüblichen Ziel oder in Ermangelung eines bestimmten Ortsgebrauches zum Ende einer halbjährigen Mietsdauer, jedoch bei möblierten Wohnungen und einzelnen Zimmern nur zweiwöchige Kündigungsfrist zum Ende einer Monatsdauer.

⁷ B.G.B. § 565⁴.

⁸ Entscheidend ist, nach welchen Zeitabschnitten der Zins bemessen, nicht, zu welchen Terminen er zu zahlen ist.

Wochen bemessen, so muß die Kündigung im ersten Falle zum Schluß eines Kalendermonats und spätestens am 15. des Monats, im zweiten Falle zum Schlusse einer Kalenderwoche und spätestens am ersten Werktage der Woche erfolgen⁹. Bei Bemessung nach Tagen ist die Kündigung an jedem Tage für den folgenden Tag zulässig¹⁰.

b. Bei der Grundstückspacht ist die Kündigung nach der gesetzlichen Regel, die sowohl für den Fall unbestimmter Pachtzeit wie für den Fall der vorzeitigen Kündigung gilt, stets nur zum Schlusse des Pachtjahres und spätestens am ersten Werktag des vorangehenden halben Jahres zulässig¹¹.

4. Rückgewähr. Dem Mieter oder Pächter steht an dem gemieteten oder gepachteten Grundstück oder Grundstücksteil, wenn er wegen Beendigung des Miets- oder Pachtverhältnisses zur Rückgabe verpflichtet ist, kein Zurückbehaltungsrecht wegen seiner Gegenansprüche zu¹².

5. Gesetzliches Pfandrecht. Dem Vermieter steht für seine Forderungen kraft Gesetzes ein Pfandrecht an den eingebrachten Sachen des Mieters zu¹³. Ein gleiches Pfandrecht hat der Verpächter an den eingebrachten Sachen des Pächters. Das Pfandrecht des Verpächters eines landwirtschaftlichen Grundstücks

⁹ B.G.B. § 565 Abs. 1 S. 2 u. 3. Ebenso Sächs. Gb. § 1215 a. E. Für die Monatsmiete auch Preufs. V. v. 9. Jan. 1812.

¹⁰ B.G.B. § 565³. Sehr streitig ist, ob die Miete mit dem Beginn oder dem Ende des folgenden Tages endet. Man wird, soweit nicht eine abweichende Vereinbarung sich aus der Verkehrssitte (z. B. in Gasthäusern) ergibt, sich für das Ende des Tages entscheiden müssen; so Borchardt S. 84, Cosack § 137 I 1 b α, Crome § 245 Anm. 16, Oertmann Bem. 2c. A. M. Planck Bem. 1a, Endemann § 170 Anm. 11, Mittelstein S. 435, Enneccerus § 354 Anm. 9, Raape b. Dernburg⁴ § 228 Anm. 9.

¹¹ B.G.B. § 595. Auch die anderen Gesetzbücher haben bei der Pacht längere Kündigungsfristen als bei der Miete. So Preufs. L.R. § 342—343 (6 Monate vor der Räumung, bei Landpacht vor Ablauf des Wirtschaftsjahres); Österr. Gb. § 1116 (6 Monate); Sächs. Gb. § 1216 (ein halbes Jahr vor dem Ende einer bei Landgütern dreijährigen, bei Grundstücken mit jährlich gleichartigen Nutzungen einjährigen Pachtdauer); Schweiz. O.R. a. 309 (6 Monate, bei landwirtschaftlichen Grundstücken „nur jeweilen auf Martinstag“, jetzt nach a. 290 „auf einen dem Ortsgebrauch entsprechenden Herbst- oder Frühjahrs-termin“).

¹² B.G.B. § 556²; oben § 196 S. 525 Anm. 83. Anders, wenn der Vermieter nur auf Grund seines Eigentums klagt; R.Ger. bei Seuff. LXII Nr. 105. Oder wenn der Mietsvertrag nichtig ist; R.Ger. LXXXV Nr. 25.

¹³ B.G.B. § 559—563. Vgl. Siber, Das gesetzliche Pfandrecht des Vermieters, Verpächters, Gastwirts, 1900; Mittelstein S. 474 ff.

ergreift zugleich die Früchte und ist auch in anderen Beziehungen verschärft¹⁴.

Dieses Pfandrecht ist römischen Ursprungs und setzte sich auf der römisch-rechtlichen Grundlage im gemeinen Rechte durch¹⁵. Doch entsprach ihm im älteren deutschen Recht das eigenmächtige Pfändungsrecht an der auf dem Grundstück befindlichen Fahrnis wegen versessenen Zinses¹⁶. Um so leichter konnte es auch in den Partikularrechten durchdringen und sich auch in solchen Gesetzbüchern behaupten, die grundsätzlich an Fahrnis nur Besitzpfandrechte anerkannten¹⁷. Andere Gesetzbücher ersetzten es folgerichtig durch ein bloßes Zurückbehaltungsrecht¹⁸. Dagegen hat das B.G.B. trotz aller gewichtigen Bedenken das Pfandrecht übernommen und nur durch eine Reihe von Einschränkungen abgeschwächt¹⁹.

Das Pfandrecht des Vermieters oder Verpächters entsteht von Rechts wegen²⁰, sobald ein gültiger Miets- oder Pachtvertrag vorliegt und Sachen des Mieters oder Pächters in das Grundstück eingebracht sind²¹. Die Einbringung verschafft dem Vermieter oder Verpächter zwar keinerlei Besitz, stellt aber durch die Einfügung der Sachen in seinen räumlichen Herrschaftsbereich ein besitzähnliches Machtverhältnis her, das hier zur sachenrechtlichen Publizität ausreicht (vgl. oben Bd. II 977). Das Pfandrecht ergreift bewegliche körperliche Sachen jeder Art mit Einschluss von Waren, Geld und Wertpapieren²², jedoch mit Ausnahme der un-

¹⁴ B.G.B. § 585. Darüber unten zu III 7.

¹⁵ Windscheid I § 231, 1 u. 2; Dernburg, Pand. I § 268.

¹⁶ Oben Bd. I 540 Anm. 23—24; W. Bayer, Das Recht aus erlaubter eigenmächtiger Pfändung, Berlin 1899, S. 58 ff.; Hübner, Grundz.² S. 391.

¹⁷ So im Preufs. L.R. § 395 u. Österr. Gb. § 1101. Über das französ. R. (Code civ. a. 2102 u. Ges. v. 12. Februar 1872) vgl. Zachariae-Crome § 231.

¹⁸ So zuerst das Sächs. Gb. § 1228. Ebenso in noch beschränkterer Weise das Schweiz. O.R. a. 294—295 u. 297, jetzt mit einigen Änderungen und Zusätzen a. 272—274 u. 286³.

¹⁹ Der Entw. I dehnte es weiter aus; meine Schrift über den Entw. S. 242 ff.

²⁰ Die Unterstellung eines stillschweigenden Vertrages, wie sie sich noch im Preufs. L.R. I, 21 § 395 findet (R.Ger. XXXIII Nr. 49 S. 224), ist ausgeschlossen. Natürlich kann aber das Pfandrecht wegbedungen werden.

²¹ Die Einbringung ist ein Realakt, kein Rechtsgeschäft, setzt aber einen auf Herstellung der räumlichen Veränderung gerichteten Willen voraus. Wenn eine eingebrachte Sache erst nachträglich in das Eigentum des Mieters gelangt oder pfändbar wird, entsteht das Pfandrecht erst in diesem Zeitpunkt.

²² Dagegen nicht Beweisurkunden, Versicherungspolice usw. und nicht Sachen ohne Vermögenswert. — Das schweiz. Retentionsrecht erstreckt sich

pfändbaren Sachen²³. Sachen, die dem Mieter oder Pächter nicht gehören, unterliegen ihm nicht²⁴; auch nicht, wie nach früherem preussischen Recht, Sachen der Ehefrau und der hausangehörigen Kinder, noch auch Sachen des Untermieters oder Unterpächters²⁵.

Die belasteten Sachen haften dem Vermieter oder Verpächter für alle seine Forderungen aus dem Miets- oder Pachtverhältnis²⁶. Jedoch kann das Pfandrecht nicht für künftige Entschädigungsforderungen und für den künftigen Miets- oder Pachtzins nur insoweit, als derselbe für das laufende und das folgende Miets- oder Pachtjahr geschuldet wird, geltend gemacht werden²⁷. Gegenüber

nur auf Sachen, „die sich in den vermieteten Räumen befinden und zu deren Einrichtung oder Benutzung gehören“; neues O.R. a. 272¹ u. dazu Oser Bem. IV 1 c.

²³ Dies war früher bestritten; gegen die Unterwerfung der unpfändbaren Sachen unter das Pfandrecht, die das R.Ger. XVIII Nr. 100 für das preuss. R. annahm, wandte sich mit durchschlagendem Erfolge Eck, Festgabe für Gneist, Berlin 1888; in diesem Sinne erging das Preuss. Ges. v. 12. Juni 1894. Gegenüber dem § 559 S. 3 des B.G.B. ist auch eine vertragsmässige Haftbarmachung der unpfändbaren Sachen ausgeschlossen, es müßte denn an ihnen ein gewöhnliches rechtsgeschäftliches Faustpfandrecht bestellt werden. Auch ein Zurückbehaltungsrecht an diesen Sachen kann dem Vermieter nicht, wie das R.Ger. in Str.S. XXXV Nr. 60 angenommen und trotz allgemeinen Widerspruchs ebd. XXXVII 118 ff. festgehalten hat, eingeräumt werden; vgl. Oertmann zu § 559 Bem. 4 d mit weiteren Literaturangaben, Raape b. Dernburg⁴ § 229 Anm. 17.

²⁴ Dafs auch der gute Glaube an das Eigentum des Mieters dem Vermieter kein Pfandrecht an fremden Sachen verschafft, ist schon oben Bd. II 978 Anm. 33 bemerkt. — Dagegen unterwirft das Schweiz. O.R. (jetzt a. 273) grundsätzlich auch fremde Sachen dem Retentionsrecht und behält nur bei bösem Glauben des Vermieters und an abhanden gekommenen Sachen die Rechte Dritter vor.

²⁵ Nach Schweiz. O.R. a. 272² (früher 295) ergreift das Retentionsrecht diese Sachen insoweit, als das Recht des Untervermieters gegen den Untermieter reicht.

²⁶ Auch für Forderungen auf Entgelt für vereinbarte Nebenleistungen (vgl. Mittelstein S. 496, Seuff. LXI Nr. 103, Rspr. d. O.L.G. IX 296), soweit sie nicht aus dem Rahmen des Miets- oder Pachtverhältnisses überhaupt herausfallen (R.Ger. in J.W. XXXIV 19). — Das Schweiz. O.R. gewährt das Retentionsrecht lediglich wegen der Zinsforderung, und zwar nur für einen verfallenen Jahreszins und den laufenden Jahreszins, jetzt bei der Miete nur den laufenden Halbjahreszins; a. 272¹ u. 286³ (früher a. 294¹).

²⁷ B.G.B. § 559 S. 2. Diese Beschränkungen fehlten in Entw. I, wurden aber für den Fall des Konkurses schon durch das R.Ges. v. 9. Mai 1894 eingeführt. Über den Begriff der „künftigen“ Entschädigungsforderungen vgl. R.Ger. LIV Nr. 79, Rspr. d. O.L.G. VII 15. Über den des „laufenden“ Mietsjahrs, wobei der Zeitpunkt der Geltendmachung, nicht erst, wie Andere meinen, der Pfändung, entscheidet, R.Ger. LIV Nr. 80, Rspr. d. O.L.G. III 236, XI 143.

einem anderen Gläubiger, für den eine belastete Sache gepfändet ist, ist auch die Geltendmachung des Pfandrechtes für rückständigen Zins beschränkt, indem sie nicht für eine frühere Zeit als das letzte Jahr vor der Pfändung stattfinden kann²⁸.

Das Pfandrecht erlischt grundsätzlich mit der Entfernung der Sachen von dem Grundstück, also mit ihrer Hinausschaffung aus dem räumlichen Herrschaftsbereich des Vermieters oder Verpächters. Diese Wirkung tritt stets ein, wenn die Entfernung mit Wissen und ohne Widerspruch des Berechtigten erfolgt. Sie tritt überdies unabhängig vom Wissen und Wollen des Berechtigten ein, wenn die Entfernung im regelmässigen Geschäftsbetriebe des Mieters oder Pächters (z. B. durch Warenverkauf) oder den gewöhnlichen Lebensverhältnissen entsprechend (z. B. durch Versendung zur Reparatur oder Mitnahme auf die Reise) stattfindet oder wenn die zurückbleibenden Sachen zur Sicherung des Berechtigten offenbar ausreichen. Im übrigen erlischt das Pfandrecht durch die Entfernung nicht, wenn diese ohne Wissen oder unter dem Widerspruch des Berechtigten erfolgt²⁹. Doch erlischt es nach der Entfernung, wenn der Berechtigte nicht binnen einem Monate, nachdem er von der Entfernung Kenntnis erlangt hat, den Anspruch auf Wiederherstellung seines Machtverhältnisses zur Sache gerichtlich geltend macht³⁰.

Zum Schutze seines Pfandrechts ist dem Vermieter oder Verpächter ein erweitertes Selbsthilferecht (das Recht der Perklusion oder Sperre) eingeräumt. Er darf die Entfernung der Sachen, soweit er ihr zu widersprechen befugt ist, eigenmächtig verhindern und, wenn der Mieter oder Pächter auszieht, die Sachen in seinen Besitz nehmen³¹. Nach der Entfernung aber ist er, soweit nicht

²⁸ B.G.B. § 563. Ebenso für den Fall des Konkurses K.O. § 49 Z. 2.

²⁹ B.G.B. § 560. Der Widerspruch ist gemäß Z.Pr.O. § 805 zur Erhaltung des Pfandrechts nicht erforderlich, wenn die Sache durch den Gerichtsvollzieher weggenommen wird; Rspr. d. O.L.G. XI 310, XVII 3, Seuff. LXIII Nr. 154. Doch erlischt auch in diesem Falle das Pfandrecht, wenn die zurückbleibenden Sachen zur Sicherung des Vermieters offenbar ausreichen; R.Ger. LXXI Nr. 104.

³⁰ B.G.B. § 561 Abs. 2 S. 2. Streitig ist, ob die Ausschlussfrist auch gegenüber dem Pfändungspfandgläubiger für die Klage aus Z.Pr.O. § 805 gilt. Dafür K.G. in Rspr. d. O.L.G. V 370. Mit Recht aber wird die Frage überwiegend verneint; vgl. Rspr. d. O.L.G. IX 298 ff., XVII 3, Seuff. LXIII Nr. 154, Dernburg § 229 Anm. 29, Planck Bem. 2c, Oertmann Bem. 4b.

³¹ B.G.B. § 561¹. Mit der Erlangung des Besitzes treten für ihn die Rechte und Pflichten eines Faustpfandgläubigers ein. Sein Pfandrecht bleibt aber gesetzliches Pfandrecht. — Nach dem Schweiz. O.R. a. 274¹ (früher 294)

das gewöhnliche Selbsthilferecht Platz greift, auf die Gerichtshilfe angewiesen. Auf Grund seines fortbestehenden Pfandrechts kann er nunmehr von Jedermann binnen der einmonatigen Ausschlussfrist die Zurückschaffung der Sache auf das Grundstück oder, wenn der Mieter oder Pächter ausgezogen ist, die Überlassung des Besitzes der Sache verlangen³².

Der Mieter oder Pächter kann stets die Geltendmachung des Pfandrechts durch Sicherheitsleistung abwenden und jede einzelne Sache durch Sicherheitsleistung in Höhe ihres Wertes vom Pfandrecht befreien³³.

6. Wirksamkeit gegenüber einem dritten Erwerber des Grundstücks. Der Miete und Pacht von Grundstücken hat, wie wir oben gesehen haben, das B.G.B. durch die Aufnahme und eigenartige Ausgestaltung des deutschrechtlichen Satzes „Kauf bricht nicht Miete“ eine dingliche Wirkungskraft verliehen. Sie äußert sich darin, daß, wenn das Grundstück, nachdem es dem Mieter oder Pächter überlassen war, an einen Dritten veräußert wird, der Erwerber an Stelle des Vermieters oder Verpächters in die sich während der Dauer seines Eigentums aus dem Miets- oder Pachtverhältnis ergebenden Rechte und Verpflichtungen eintritt³⁴.

a. Voraussetzungen. Der Eintritt des Erwerbers in das Miets- und Pachtverhältnis setzt voraus, daß dieses zu Recht besteht, daß der Erwerber infolge der Veräußerung Eigentümer des Grundstücks geworden ist³⁵ und daß vorher dem Mieter oder Pächter der ihm zukommende Besitz, Mitbesitz oder Teilbesitz

darf er nur so viele Sachen, als zu seiner Deckung erforderlich sind, und auch sie nur mit Hilfe der zuständigen Amtsstelle (des Betreibungsamtes) zurückhalten.

³² B.G.B. § 561². Dazu oben Anm. 30. — Das neue Schweiz. O.R. 274² kennt bei heimlich oder gewaltsam fortgeschafften Gegenständen eine polizeiliche Zurückschaffung in den ersten zehn Tagen.

³³ B.G.B. § 562. Die Sicherheitsleistung zur Abwendung des Pfandrechts im ganzen muß an sich in Höhe der Forderung erfolgen; ist aber der Gesamtwert der eingebrachten Sachen niedriger, so wird durch Sicherheitsleistung in Höhe dieses Gesamtwerts derselbe Erfolg erreicht.

³⁴ B.G.B. § 571 ff. Vgl. Crome, Jahrb. f. D. XXXVII 1 ff.; Hellwig, Verträge S. 420 ff.; Mitteis, Zwei Fragen aus dem bürgerlichen Recht, Dekanatsprogramm, Leipzig 1905, S. 20 ff.; Romeick, Zur Technik des B.G.B., H. II, 1902; v. Brünneck b. Gruchot XLII 291 ff.; Mittelstein S. 603 ff.

³⁵ Wenn also nach den Regeln über Eigentumserwerb vom Scheinberechtigten ein Dritter das Eigentum erwirbt, obschon der Vermieter oder Verpächter nicht Eigentümer war, wird das bisher dem Eigentümer gegenüber unwirksame Recht des Mieters oder Pächters vollwirksam.

bereits überlassen war³⁶. Fortdauer dieses Besitzes zurzeit der Veräußerung ist nicht erforderlich³⁷. Erfolgt die Veräußerung vor der Überlassung des Besitzes, so bewirkt sie dann und nur dann den Eintritt des Erwerbers, wenn dieser vorher oder gleichzeitig dem Vermieter oder Verpächter gegenüber die Verpflichtungen aus dem Miets- oder Pachtvertrage übernommen hat³⁸. Andererseits kann in jedem Falle durch Vereinbarung zwischen dem Vermieter oder Verpächter und dem Mieter oder Pächter die gesetzliche Wirkung des Eigentumsüberganges ausgeschaltet oder abgeschwächt werden³⁹.

b. Verhältnis zum Sachenrecht. Durch die ihm verliehene Wirksamkeit zu Lasten und zugunsten des Sondernachfolgers wird offenbar das Miets- und Pachtverhältnis irgendwie mit der vermieteten oder verpachteten Sache rechtlich verknüpft.

Gleichwohl ist es vom B.G.B. keineswegs zu einem sachenrechtlichen Verhältnis erhoben⁴⁰. Man mag dies bedauern. Allein es kann keinem Zweifel unterliegen, daß mit dem geltenden Recht die Behandlung des Miets- und Pachtrechts als eines dinglichen Rechts unvereinbar ist⁴¹. Der Mieter oder Pächter erlangt

³⁶ Die Annahme von Romeick a. a. O. S. 66 ff. u. Schollmeyer S. 76 Anm. 1, daß bloße Bereitstellung zur Besitzergreifung ausreichend sei, ist nicht zu billigen. Vielmehr ist Besitzerwerb erforderlich, da erst damit die Sichtbarmachung des Miets- oder Pachtrechts erfolgt, die seine Wirksamkeit gegen Dritte hervorruft.

³⁷ Crome a. a. O. S. 34 ff., Dernburg § 223 I 2, Mittelstein S. 610 ff., Romeick S. 66 ff., Schollmeyer S. 77, Planck zu § 571 Bem. 1 d, Staudinger Bem. B I 1 b β, Oertmann Bem. 1, Rspr. d. O.L.G. XI 144. A. M. Hellwig S. 424, zum Teil auch Endemann § 169 Anm. 31.

³⁸ B.G.B. § 578. Diese Verpflichtungsübernahme ist an sich bloße Erfüllungsübernahme, löst aber in gleicher Weise wie die vorherige Besitzüberlassung den gesetzlichen Eintritt des Erwerbers in das Miets- oder Pachtverhältnis aus, so daß dieser mit dem Erwerbe des Eigentums auch dem Mieter oder Pächter gegenüber unmittelbar verpflichtet wie berechtigt wird.

³⁹ Fuld S. 224, Dernburg § 222 IV, Oertmann Vorbem. 6, Ennecerus § 355 II 2 f, Crome § 242 a. E.

⁴⁰ Dies nehmen die oben Bd. II 612 Anm. 18 angeführten Schriftsteller an. Seitdem ist Mitteis a. a. O. S. 44 ff. dafür eingetreten, daß, wenn auch nicht das ganze Miets- oder Pachtverhältnis verdinglicht werde, doch ein dingliches Element in Ansehung des Gebrauchs und Fruchtgenusses zur Geltung komme.

⁴¹ Oben Bd. II 612 Anm. 18. Den eingehenden Nachweis hat namentlich Crome erbracht. Weitere Ausführungen zugunsten der herrschenden Lehre bei Oertmann, Vorbem. 3, der namentlich auch die Mittelmeinung von Mitteis widerlegt.

auch durch den Besitz kein „Recht am Grundstück“. Sein Recht kann im Grundbuch nicht eingetragen und auch nicht vorgemerkt werden⁴². Ihm entspringen keine dinglichen Ansprüche gegen Jedermann⁴³; der Schutz, den es gegen dritte Störer genießt, erschöpft sich im Besitzschutz. Auch einem neuen Eigentümer gegenüber entbehrt es der Vollkraft, wenn dieser das Grundstück im Wege der Zwangsversteigerung erstanden hat, während doch gerade im Falle der Zwangsversteigerung sich die Dinglichkeit der Rechte bewähren muß. Die Einräumung des Gebrauchsrechtes an den Mieter oder Pächter ist keine „Verfügung“ über das Grundstück, wirkt daher auch, wenn sie der eingetragene Nichteigentümer vornimmt, nicht zugunsten des gutgläubigen Vertragsgegners⁴⁴. Das Grundstück wird nicht „belastet“. Die Verpflichtung des Vermieters oder Verpächters ist, wenngleich sie auf den neuen Eigentümer übergeht, keine dingliche Schuld. Sie ist nicht „aus dem Grundstück“ zu erfüllen und begründet keine Sachhaftung.

Tritt aber das Miets- oder Pachtverhältnis durch die Besitzüberlassung nicht aus dem Rahmen der Schuldverhältnisse heraus, so wird es doch seiner Gebundenheit an die Person der Vertragsschließenden entkleidet. Dies verkennen die Theorien, die den Eintritt des neuen Eigentümers in das Schuldverhältnis auf eine gesetzliche Übertragung im Sinne von Forderungsabtretung und Schuldübernahme zurückführen⁴⁵. Aber auch die Annahme eines eigenartigen Überganges des zweiseitigen Schuldverhältnisses, den das Gesetz an die Veräußerung als solche knüpfe⁴⁶, wird dem Wesen des Vorganges nicht gerecht. Das Schuldverhältnis als Ganzes folgt von Rechts wegen dem Eigentum, die einzelnen Rechte und Pflichten aber werden überhaupt nicht übertragen, sondern

⁴² R.Ger. LIV 235, LIX 327; Mittelstein S. 691.

⁴³ A. M. die Verteidiger der Dinglichkeit und insbesondere auch Mitteis S. 68. Vgl. dagegen Rspr. d. O.L.G. IX 269.

⁴⁴ Oben Bd. II 330 Anm. 119. Seitdem hat besonders Mitteis a. a. O. S. 39 ff. eingehend darzulegen gesucht, daß hinsichtlich des von ihm angenommenen dinglichen Elements die vom Scheinberechtigten (durch Grundbuch oder Erbschein Legitimierten) vorgenommene Vermietung oder Verpachtung zugunsten des gutgläubigen Mieters oder Pächters gegen den wahren Eigentümer wirke. Vgl. gegen ihn und über den Stand der Streitfrage überhaupt Oertmann, Vorbem. 4b.

⁴⁵ So Endemann § 169 Anm. 29, R. Leonhard zu Eck S. 495, 500 Anm. 1.

⁴⁶ So Enneccerus § 355 II 2, Romeick S. 53 ff., Mittelstein S. 624, Matthiafs⁵ S. 310, jetzt auch Planck zu § 571 Bem. 5.

entstehen von nun an in der Person des neuen Eigentümers, während sie, soweit sie früher entstanden sind, beim Veräußerer zurückbleiben.

In Wahrheit wird also das Schuldverhältnis auf der Vermieter- oder Verpächterseite durch die Besitzüberlassung an die vermietete oder verpachtete Sache geknüpft. Das Eigentum am Grundstück gewinnt subjektbestimmende Bedeutung. Das Miets- oder Pachtverhältnis wird nicht verdinglicht, aber es wird radiziert. Es geht keine innere Verbindung mit der Sachherrschaft ein und bleibt daher in seinem schuldrechtlichen Bestande unberührt, allein es wird zum äußeren Annexe der sachenrechtlichen Herrschaft. Man spricht zutreffend von einer „Zustandsobligation“⁴⁷. Nur wird damit das Wesen dieser Versachlichung nicht ausreichend gekennzeichnet. Das Eigentümliche liegt darin, daß der die jeweilige Trägerschaft des Schuldverhältnisses bestimmende Zustand gerade die Stellung als Eigentümer des Grundstücks ist, dessen entgeltlicher Gebrauch den Leistungsgegenstand bildet. Dies ist offenbar ein Ansatz zur Verdinglichung. Allein bei diesem Ansatz hat das B.G.B. Halt gemacht. Es wollte keine volle Verdinglichung und lehnte eine unvollkommene Verdinglichung als begriffswidrig ab. So behalf es sich mit einem künstlichen Surrogate der Verdinglichung, das es mit den Mitteln des Schuldrechts herstellte. Darum belief es auch dem Parteiwillen die Macht zu abweichender Gestaltung des Verhältnisses⁴⁸.

c. Das Schuldverhältnis im ganzen. Die Verknüpfung mit dem Grundstücke betrifft das Miets- oder Pachtverhältnis als dauerndes Schuldverhältnis. Dieses folgt dem Grundeigentum, geht also auf den neuen Grundeigentümer über. Es bleibt dasselbe, wechselt aber von Rechtswegen das eine seiner Subjekte. An dem Inhalte, den ihm der ursprüngliche Vertrag oder eine spätere (sei es auch mündliche) Vereinbarung verliehen hat, an der Rechtslage, in der es sich zurzeit (z. B. infolge einer Kündigung, einer Anzeige, der Gestattung einer Untervermietung oder Unterverpachtung) befindet, an seiner Lebens- und Zeugungsfähigkeit ändert sich nichts. Allein der ursprüngliche Vermieter oder Verpächter scheidet aus und der Erwerber wird an seiner Stelle zum Vermieter oder Verpächter.

⁴⁷ So namentlich Schollmeyer S. 76, Eck S. 500, Hellwig S. 426, Crome § 242 Anm. 16 mit § 138 Anm. 23, Dernburg § 222 III, Oertmann zu § 571 Bem. 3b.

⁴⁸ Vgl. oben Anm. 39, aber auch Anm. 38.

d. Die einzelnen beiderseitigen Rechte und Pflichten. Die einzelnen Rechte und Pflichten, die dem dauernden Schuldverhältnis entspringen, bilden keinen Gegenstand der Sukzession. Sie entstehen als Ausflüsse der Dauerobligation zwischen deren jeweiligen Trägern. Soweit bereits vor der Veräußerung eine selbständige Forderung des Mieters oder Pächters (z. B. ein Ersatzanspruch aus Gewährsmängeln oder wegen Verwendungen) oder eine selbständige Schuld desselben (z. B. eine fällige Zinsschuld oder eine Ersatzschuld aus vertragswidrigem Gebrauch) entstanden ist, bleibt ihm gegenüber der ursprüngliche Vermieter oder Verpächter verpflichtet oder berechtigt. Es bedarf einer besonderen Schuldübernahme oder Forderungsabtretung, wenn der Erwerber Schuldner oder Gläubiger werden soll. Dagegen erzeugt von der Veräußerung an das dauernde Schuldverhältnis nur Rechte und Pflichten des Mieters oder Pächters gegen den Erwerber, während der ursprüngliche Vermieter oder Verpächter von nun an weder Schuldner noch Gläubiger wird.

Demgemäß ist der Erwerber während der Dauer seines Eigentums zur vertragsmäßigen Gebrauchsgewährung und bei der Pacht auch zur Gewährung des Fruchtgenusses verpflichtet. Er hat die Sache in dem hierzu erforderlichen Zustande zu erhalten und in gleicher Weise wie bisher der Veräußerer für vorhandene oder entstehende Mängel einzustehen⁴⁹. Auch hat er dem Mieter oder Pächter die nach der Veräußerung auf die Sache gemachten Verwendungen zu ersetzen, die seither aufkommenden Lasten zu tragen und die bedungenen Nebenleistungen zu bewirken⁵⁰.

Ebenso stehen dem Erwerber alle sich während der Dauer seines Eigentums aus dem Miets- oder Pachtverhältnis ergebenden Rechte zu. Ihm erwächst das Forderungsrecht auf den in dieser

⁴⁹ Nur in die bereits vor der Veräußerung entstandenen konkreten Ersatzverpflichtungen tritt er nicht ein. Dagegen muß er insoweit, als es sich um die während der Dauer seines Eigentums fortbestehenden oder neu entstehenden Vermieterpflichten handelt, die Folgen der Zusicherungen, des Verschuldens, des Verzuges des Veräußerers auf sich nehmen. Darum trifft ihn die Verpflichtung zum Ersatz eines in dieser Zeit entstehenden Schadens auch dann, wenn der Veräußerer bereits den Grund dazu gelegt hat. Vgl. Hellwig S. 427 Anm. 883, Oertmann Bem. 3b, Mittelstein S. 633. A. M. Planck Bem. 2c, Enneccerus § 355 Anm. 13.

⁵⁰ Rspr. d. O.L.G. VII 467 ff. Jedoch nur, soweit nach dem oben § 196 Anm. 57—59 Gesagten in Wahrheit nur Nebenleistungen des Vermieters oder Verpächters als solchen, nicht besondere selbständige Leistungen in Frage stehen.

Zeit fällig werdenden Miets- oder Pachtzins⁵¹. Auch die bedungenen Nebenleistungen werden nunmehr ihm geschuldet⁵². Er hat die Ansprüche auf Unterlassung von vertragswidrigem Gebrauch, auf Schadensersatz wegen Verletzung der Mieter- oder Pächterpflichten, auf Gestattung von Untervermietung oder Unterverpachtung, auf Rückgewähr. Ihm steht das gesetzliche Pfandrecht zu⁵³. In seiner und nur in seiner Hand liegt nunmehr das vertragsmäßige wie das gesetzliche Kündigungsrecht⁵⁴.

e. **Abwandlungen.** Der Grundsatz, daß die Zuständigkeit der einzelnen Rechte und Pflichten aus dem Miets- oder Pachtverhältnisse durch die jeweilige Eigentumslage bestimmt wird, erfährt verschiedene Abwandlungen.

α. **Bestellte Sicherheit.** Hat der Mieter oder, was häufiger vorkommt, der Pächter für die Erfüllung seiner Verpflichtungen Sicherheit geleistet, so tritt zwar im Einklange mit der allgemeinen Regel der Erwerber in die dadurch begründeten Rechte ein. Die Verpflichtung zur Rückgewähr der Sicherheit aber trifft ihn nur, wenn ihm die Sicherheit ausgehändigt ist oder wenn er diese Verpflichtung dem Vermieter oder Verpächter gegenüber besonders übernommen hat⁵⁵.

β. **Miets- und Pachtzins.** Während grundsätzlich jede nach dem Eigentumserwerbe fällig werdende Zinsforderung dem Erwerber, da sie in seiner Person entsteht, unentziehbar gebührt, muß er in gewissem Umfange eine ohne seine Zustimmung zu

⁵¹ Und zwar, da die Zinsforderung einheitlich für den betreffenden Zeitabschnitt entsteht, auch insoweit, als der Zins den Entgelt für den vor seine Eigentumszeit fallenden Gebrauch bildet. Mittelstein S. 643, Planck Bem. 2 b α, Oertmann Bem. 3 c, Rspr. d. O.L.G. VII 29.

⁵² Seuff. LXI Nr. 103. Doch erlangt er nicht die Ansprüche aus selbständigen Nebenabreden, die aus dem Rahmen des Miets- oder Pachtvertrages heraustreten, wie z. B. aus einem Konkurrenzverbot (R.Ger. b. Seuff. LXI Nr. 104) oder aus der Ausbedingung eines Rechtes auf Übernahme des dem Pächter gehörigen Inventars (Rspr. d. O.L.G. XVII 16).

⁵³ Jedoch nur wegen seiner Forderungen, während daneben das Pfandrecht des ursprünglichen Vermieters wegen seiner Forderungen (z. B. rückständiger Mietszinse) bestehen bleibt; Rspr. d. O.L.G. IX 296, Siber, Das gesetzliche Pfandrecht S. 74 ff.

⁵⁴ Rspr. d. O.L.G. X 252. Das gesetzliche Kündigungsrecht auch dann, wenn die Voraussetzungen (z. B. Zinsrückstand) schon vor der Veräußerung ganz oder teilweise erfüllt sind. Mittelstein S. 635 ff., Planck Bem. 2 b β. A. M. Rspr. d. O.L.G. VII 466, Oertmann Bem. 3 f, Enneccerus § 355 Anm. 12.

⁵⁵ B.G.B. § 572. Vgl. v. Brünneck b. Gruchot XLVII 288 ff.; Nissen, J.W.Schr. 1904 S. 545 ff. Vgl. schon für das preuß. R. R.Ger. XXXI Nr. 55.

seinem Nachteil erfolgte Veränderung der Forderung gegen sich gelten lassen.

Der Erwerber muß eine Vorausverfügung des Vermieters oder Verpächters über die künftige Zinsforderung, insbesondere also ihre Abtretung, ihre Einziehung, ihren Erlaß oder ihre Stundung, nicht nur insoweit gegen sich gelten lassen, als sie ihm zurzeit des Eigentumsüberganges bekannt war, sondern unbedingt als wirksam hinnehmen, wenn sie sich nur auf den in der nächsten Zukunft fälligen Zins bezieht. Dieser Zeitraum war im B.G.B. auf das zurzeit des Eigentumsüberganges laufende und das folgende Kalendervierteljahr festgesetzt, erstreckt sich aber seit dem Reichsgesetz vom 8. Juni 1915 nur noch auf das laufende Kalendervierteljahr und nur, wenn der Eigentumsübergang erst in dessen letztem halben Monat erfolgte, auch auf das folgende Vierteljahr⁵⁶.

Darüber hinaus ist zugunsten des gutgläubigen Mieters oder Pächters die Wirksamkeit einer Vorauszahlung des Zinses und jedes anderen zwischen ihm und dem Vermieter oder Verpächter in Ansehung der Zinsforderung vorgenommenen Rechtsgeschäftes dem Erwerber gegenüber dahin erweitert, daß sie sich auf das zurzeit seiner Kenntniserlangung vom Eigentumsübergange laufende (und bei Kenntniserlangung im letzten halben Monat auch auf das folgende) Kalendervierteljahr erstreckt. Somit kann der Erwerber auch noch durch ein nach dem Eigentumsübergange geschlossenes Rechtsgeschäft des Mieters oder Pächters mit dem früheren Vermieter oder Verpächter seine Zinsforderung einbüßen. Diese Möglichkeit fällt aber weg, sobald der Mieter oder Pächter Kenntnis vom Eigentumswechsel erlangt hat⁵⁷.

⁵⁶ B.G.B. § 573 in der Fassung des R.G. v. 8. Juni 1915. Lebhafter Streit ist darüber entstanden, ob in demselben Umfange, wie die Verfügung durch den Vermieter, auch die Pfändung durch dessen Gläubiger dem Erwerber gegenüber wirksam ist. Mit der Mehrzahl der O.L.G. (vgl. Seuff. LVIII Nr. 203, LIX Nr. 120 u. 201) hat sich das R.Ger. LVIII Nr. 46 und bes. LIV Nr. 54 (mit sehr eingehender und durchschlagender Begründung S. 177—190) für die Bejahung der Frage entschieden. Literaturangaben bei Oertmann Bem. 2. — Die Hauptbedeutung der Nov. v. 8. Juni 1915 liegt in der gleichzeitigen entsprechenden Verkürzung des Zeitraumes, für den die vor der Beschlagnahme erfolgte Vorausentrichtung eines im voraus zu entrichtenden Miets- oder Pachtzinses oder Vorausverfügung über den künftigen Miets- oder Pachtzins den Grundpfandgläubigern gegenüber enthaftend wirkt (vgl. oben Bd. II 864), durch Änderung der §§ 1123 u. 1124 des B.G.B.

⁵⁷ B.G.B. § 574 mit R.G. v. 8. Juni 1915. Für diese Erweiterung der Bestimmungen des § 573 zugunsten des Mieters war § 407¹ Vorbildlich.

Endlich kann der Mieter oder Pächter, soweit seine Zinszahlung an den Veräußerer wirksam wäre, auch mit einer ihm gegen diesen zustehenden Forderung gegen die Zinsforderung des Erwerbers aufrechnen. Doch ist er zur Aufrechnung nicht befugt, wenn er die Gegenforderung erst nach erlangter Kenntnis vom Eigentumsübergange erworben hat oder die Gegenforderung erst nach diesem Zeitpunkte und später als die Zinsforderung fällig geworden ist⁵⁸.

γ. Unrichtige Anzeige. Auch wenn die Eigentumsübertragung nicht erfolgt oder unwirksam, somit die Vermieter- oder Verpächterstellung nicht übergegangen ist, muß der Vermieter oder Verpächter eine von ihm an den Mieter oder Pächter gerichtete Anzeige, daß er das Eigentum übertragen habe, in Ansehung der Zinsforderung gegen sich gelten lassen. Bis zur Zurücknahme der Anzeige, die nur mit Zustimmung des durch sie als Erwerber Bezeichneten erfolgen kann, ist demgemäß die Zahlung an den durch sie legitimierten Nichtberechtigten und jedes andere mit diesem in Ansehung der Zinsforderung abgeschlossene Geschäft wirksam⁵⁹.

f. Garantiepflicht des ursprünglichen Vermieters oder Verpächters. Der Veräußerer scheidet, wie gezeigt ist, aus dem Miets- oder Pachtverhältnis aus und wird daher für die Zukunft von den aus demselben entspringenden Verpflichtungen befreit. Allein er muß nach der gesetzlichen Regel dem Mieter oder Pächter für die Solvenz des neuen Vermieters oder Verpächters eintreten und haftet daher als Garant für die Erfüllung der vertragsmäßigen Verbindlichkeiten durch den Erwerber. In diesem Sinne legt ihm das Gesetz eine bürgschaftsähnliche, durch Versagung der Einrede der Vorausklage verschärfte Haftung für die Schadensersatzpflicht des Erwerbers wegen Nichterfüllung auf⁶⁰.

⁵⁸ B.G.B. § 575. Nach dem Vorbilde des § 406.

⁵⁹ B.G.B. § 576. Diese Schutzvorschrift zugunsten des Mieters ist dem § 409 nachgebildet.

⁶⁰ B.G.B. § 571 Abs. 2 S. 1. Diese Haftung läßt sich als Rückstand seiner Vermieterstellung auffassen. Allein sie ist nicht Folge einer Fortdauer, sondern Folge der Beendigung der Vermieterstellung. Sie tritt ein, weil der Vermieter durch Veräußerung dem Mieter ohne dessen Zutun einen anderen Vermieter aufdrängt. Der Veräußerer scheidet aus dem Mietsverhältnis für die Zukunft völlig aus und schuldet nicht mehr als Vermieter, sondern nur noch als Garant fremder Vermieterschuld. Unzulässig ist die von Hellwig S. 426 ff. vollzogene Umdeutung, wonach der Vermieter Vertragsschuldner bliebe und nur hinter den als Schuldner hinzutretenden Erwerber zurückträte.

Er wird aber von der Haftung befreit, wenn er die Veräußerung dem Mieter oder Pächter anzeigt und dieser nicht dem Erwerber für den ersten zulässigen Termin kündigt⁶¹.

g. Belastung des Grundstücks. Der Satz „Kauf bricht nicht Miete“ findet entsprechende Anwendung, wenn der Vermieter oder Verpächter nach der Überlassung des Besitzes das Grundstück mit einem Rechte belastet, dessen Ausübung mit dem Miets- oder Pachtrecht kollidiert. Auch dem Erwerber eines solchen dinglichen Rechtes gegenüber entfaltet das Miets- oder Pachtverhältnis seine volle quasidingliche Wirksamkeit.

Handelt es sich um ein Recht, dessen Ausübung dem Mieter oder Pächter den vertragsmäßigen Gebrauch entziehen würde, also z. B. um Erbbaurecht, Niefsbranch oder Wohnungsrecht, so sind die Regeln über den Eintritt des Erwerbers in das Miets- oder Pachtverhältnis entsprechend anzuwenden⁶². Der dinglich Berechtigte rückt also für die Dauer seines Rechts in die Vermieter- oder Verpächterstellung ein⁶³. Doch scheidet hier der

So auch Kipp S. 733, Rönneberg, Arch. f. b. R. XVII 78 ff. Vgl. hiergegen Romeick S. 34 ff., Mittelstein S. 624, Planck Bem. 2d, Oertmann Bem. 4b, Buch, Schuld und Haftung S. 44 ff.

⁶¹ Die Kündigung muß an den Erwerber, sie kann nicht, wie Rönneberg a. a. O. meint, auch an den Veräußerer erfolgen. Unterbleibt sie, so wird der Veräußerer für die Zukunft (d. h. für die Zeit nach dem Tage, zu dem hätte gekündigt werden können), nicht aber für die Vergangenheit (d. h. schon von dem Tage der möglichen Kündigung an) haftfrei. Planck Bem. 3c, Dernburg § 223 a b, Mittelstein S. 659 ff., jetzt auch Oertmann Bem. 4 c β 77. A. M. Rönneberg S. 38.

⁶² B.G.B. § 577 S. 1. Auf diesem Wege erzielt das B.G.B., daß das Gebrauchsrecht des Mieters und das Gebrauchs- und Fruchtgenußrecht des Pächters einem nachträglich bestellten dinglichen Gebrauchs- oder Fruchtgenußrecht in gleicher Weise vorgeht, als wenn es selbst verdinglicht wäre. Aber das Mittel für die Herbeiführung dieses Erfolges ist wieder die bloße äußere Verknüpfung des dauernden Schuldverhältnisses mit dem Rechte am Grundstück.

⁶³ Alle einzelnen Rechte und Pflichten aus dem Miets- oder Pachtverhältnis entstehen also während dieser Zeit in seiner Person. So namentlich die Forderung auf fällig werdenden Zins, gleichviel ob er dem Eigentümer gegenüber zum Fruchtgenuß berechtigt ist. (Bedenklich ist die Annahme des R.Ger. LXXXVI Nr. 33, daß trotzdem der Niefsbraucher, der zugleich Hypothekengläubiger ist und sich den Niefsbrauch zur Sicherung seiner Hypothek hat bestellen lassen, die Mietszinsen zur Verstärkung seines Eigenrechts für sich pfänden lassen kann.) Aber auch das Kündigungsrecht, das Pfandrecht, das Recht auf Rückgewähr steht ihm zu. Ebenso treffen ihn die vertragsmäßigen Verpflichtungen. Doch kann er, da seine Vermieter- oder Verpächter-

Vermieter oder Verpächter, da er Eigentümer bleibt, nicht endgültig aus dem Schuldverhältnis aus. Seine Vermieter- oder Verpächterstellung ruht nur und wird ohne weiteres wieder vollwirksam, sobald das dingliche Recht erlischt⁶⁴.

Ist das eingeräumte Recht so beschaffen, daß seine Ausübung den Miets- oder Pachtgebrauch nur beschränken würde, wie dies z. B. bei Grunddienstbarkeiten und beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten vorkommen kann, so tritt ein Wechsel in der Trägerschaft der Vermieter- oder Verpächterstellung nicht ein. Der Berechtigte ist aber dem Mieter oder Pächter gegenüber verpflichtet, die dessen Gebrauch beeinträchtigende Ausübung seines Rechtes zu unterlassen⁶⁵.

h. Weiterveräußerung. Der Satz „Kauf bricht nicht Miete“ gilt selbstverständlich auch für den Fall, daß der in das Miets- oder Pachtverhältnis eingetretene Erwerber das Grundstück weiterveräußert oder es belastet. Es finden daher die Regeln über den Eintritt des ersten Erwerbers in das dauernde Schuldverhältnis entsprechende Anwendung⁶⁶. Nur die bürgschaftsähnliche Haftung trifft nach wie vor den ursprünglichen Vermieter oder Verpächter⁶⁷. Doch wird man annehmen müssen, daß, wenn dieser von der Haftung bereits befreit ist, der veräußernde Rechtsnach-

stellung zeitlich begrenzt ist, keine Änderung des Schuldverhältnisses mit einer über die Zeit seiner Berechtigung hinausreichenden Wirkung zum Nachteil des Eigentümers vornehmen.

⁶⁴ Hierüber ist man einig. Dabei müssen dann die §§ 573—576 entsprechende Anwendung finden. — Nach der Ansicht von Oertmann Bem. 1 α β, Staudinger Bem. II 1 a u. A. soll der Vermieter oder Verpächter auch während der Dauer des dinglichen Rechts neben dem Berechtigten zur Ausübung der Rechte aus dem Schuldverhältnis (z. B. Kündigung, Unterlassungsklage bei vertragswidrigem Gebrauch, Ansprüche auf Ersatzleistungen und auf Rückgewähr) berechtigt und neben ihm verpflichtet bleiben. Eine Regelung des Verhältnisses in diesem Sinne hätte viel für sich, kann aber doch wohl aus dem B.G.B. nicht herausgelesen werden. Vgl. Planck Bem. 2 b α, Goldmann-Lilienthal S. 592, Mittelstein S. 664 ff.

⁶⁵ B.G.B. § 577 S. 2. Diese mit dem dinglichen Recht kraft Gesetzes verknüpfte Unterlassungspflicht ist wieder ein schuldrechtliches Mittel, dem Gebrauchsrecht des Mieters oder Pächters den gleichen Vorrang vor dem jüngeren dinglichen Rechte zu verschaffen, den es haben würde, wenn es selbst ein dingliches Recht wäre.

⁶⁶ B.G.B. § 579 S. 1. Ebenso natürlich bei ferneren Veräußerungen und Belastungen.

⁶⁷ B.G.B. § 579 S. 2.

folger auch hinsichtlich der Garantieleistung an die Stelle des Vermieters oder Verpächters tritt⁶⁸.

i. Vermietung oder Verpachtung durch einen auf Zeit Berechtigten. Nur in beschränktem Umfange kann der Satz „Kauf bricht nicht Miete“ Platz greifen, wenn der Vermieter oder Verpächter nur ein zeitlich begrenztes Recht am Grundstück hatte und sein Recht vor Ablauf der Miets- oder Pachtzeit erlischt. Allerdings tritt auch hier der Eigentümer in das Miets- oder Pachtverhältnis ein. Allein er kann es, da der Vorberechtigte ihn nicht für beliebige Zeit im voraus binden konnte, unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist kündigen. So verhält es sich, wenn der Nießbraucher, der Ehemann kraft ehemännlicher oder der Vater oder die Mutter kraft elterlicher Nutznießung oder der Vorerbe für einen die Dauer seines Rechts überschreitenden Zeitraum vermietet oder verpachtet hat⁶⁹.

k. Veräußerung im Wege der Zwangsvollstreckung. Der Satz „Kauf bricht nicht Miete“ versagt gegenüber der Veräußerung im Wege der Zwangsversteigerung⁷⁰. Im Falle der Zwangsversteigerung tritt der Ersteher zwar gleichfalls in das Miets- und Pachtverhältnis ein⁷¹, kann es aber unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist kündigen⁷². Der Mieter oder Pächter muß sich also die vorzeitige Aufhebung eines auf längere

⁶⁸ Dies ist die vorwiegende Meinung. Vgl. Hellwig S. 438, Kipp S. 737, Rönneberg a. a. O. S. 85, Oertmann Bem. zu § 579, Enneccerus § 355 Anm. 16. A. M. Planck Bem. 1 b, Cosack § 238 III 2 b β, Dernburg § 223 IV, Crome § 243 Anm. 47, Mittelstein S. 673 ff.

⁶⁹ B.G.B. § 1056, wovon oben Bd. II 686 gehandelt ist, und die auf § 1056 verweisenden §§ 1423, 1663¹ u. 2135. Im Ergebnis übereinstimmend Preufs. L.R. I, 21 § 388—389; vgl. R.Ger. XVII Nr. 39.

⁷⁰ Z.V.G. § 57. Vgl. Burchard, Z. f. deut. Z.Pr. XXXII 89 ff. — Auch das Preufs. A.L.R. I, 21 § 350 ff. führte trotz seiner Verdinglichung des Verhältnisses die Vollwirksamkeit des Miets- oder Pachtrechts einer notwendigen gerichtlichen Veräußerung gegenüber nicht durch.

⁷¹ Voraussetzung ist auch hier, daß das Grundstück dem Mieter oder Pächter überlassen war; andernfalls hat er, wie bei freiwilliger Veräußerung, nur Ansprüche gegen den Vermieter oder Verpächter. Auf den Eintritt des Erstehers finden die §§ 571—575 B.G.B. mit Ausnahme des zweiten Satzes von § 573 entsprechende Anwendung.

⁷² Es sei denn, daß der Mieter oder Pächter sich durch Anmeldung seines Rechts am Verfahren beteiligt hat (Z.V.G. § 9 Z. 2) und bei Feststellung des geringsten Gebots den Ausschluß des gesetzlichen Kündigungsrechts durch die Versteigerungsbedingungen erlangt (Z.V.G. § 59). — Das dem preufs. R. bekannte Kündigungsrecht des Gläubigers ist weggefallen. Der Mieter oder Pächter seinerseits hat kein Kündigungsrecht.

Zeit geschlossenen Vertrages gefallen lassen⁷³. Doch fällt das Kündigungsrecht des Erstehers weg, wenn er es nicht für den ersten zulässigen Termin ausübt. Unterläßt er dies, so wird er genau so gebunden, als wenn er das Grundstück durch ein Verkehrsgeschäft erworben hätte⁷⁴. Der Zwangsversteigerung ist die Veräußerung durch den Konkursverwalter gleichgestellt⁷⁵.

II. Wohnungsmiete. Der häufigste und wichtigste Fall der Grundstücksmitte ist die Wohnungsmiete. Sie verschafft der Mehrheit der Bevölkerung das unentbehrliche Heim und ist daher von hoher sozialer Bedeutung⁷⁶. Den Mifsständen, die besonders in den Großstädten mit der Wohnungsbeschaffung durch Miete und Untermiete verknüpft sind, begegnet das Privatrecht nur mit wenigen Schutzvorschriften. Es ist auf die Ergänzung durch das öffentliche Recht angewiesen. Auch bei den anzustrebenden Reformen des Wohnungswesens wird das öffentliche Recht die Hauptrolle zu spielen und namentlich neben der Fortbildung der Baupolizei die Ausgestaltung einer wirksamen Wohnungspolizei ins Auge zu fassen haben. Allein zur Mithilfe ist auch das Privatrecht berufen. Die Wohnungsmiete bedarf einer sonderrechtlichen Regelung, zu der im geltenden bürgerlichen Recht nur einzelne Ansätze gemacht sind.

1. Beschränkungen der Vertragsfreiheit. Das B.G.B. enthält nur eine einzige zwingende Vorschrift zum Schutze des Mieters. Wenn eine Wohnung so beschaffen ist, daß die Benutzung mit einer erheblichen Gefährdung der Gesundheit verbunden ist, kann der Mieter das Mietsverhältnis ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen, auch wenn er den Mangel bei Abschluß des Vertrages gekannt oder auf die Geltendmachung der ihm wegen desselben zustehenden Rechte verzichtet hat⁷⁷. Diese Vorschrift

⁷³ Er hat jedoch gemäß den Grundsätzen, die überall gelten, wo der Satz „Kauf bricht Miete“ Platz greift, einen Schadensersatzanspruch gegen den Vermieter oder Verpächter; R.Ger. XLIII Nr. 16.

⁷⁴ R.Ger. LXXI Nr. 101. So auch für das preufs. R. R.Ger. XVII Nr. 64.

⁷⁵ K.O. § 21 Abs. 3.

⁷⁶ Vgl. C. J. Fuchs, Art. „Wohnungsfrage“ Handwbt. f. Staatswiss.³ VIII 873 ff. und die dort S. 924—928 angeführte Literatur.

⁷⁷ B.G.B. § 544; übereinstimmend das neue Schweiz. O.R. a. 254³. Erforderlich ist, daß die Wohnung als Ganzes, nicht bloß ein einzelner entbehrlicher Raum die gesundheitgefährdende Beschaffenheit hat; Rspr. d. O.L.G. II 380. Die Gefahr muß erheblich, nicht bloß vorübergehend und leicht zu beseitigen sein; R.Ger. LI Nr. 50. Der Mieter darf den Mangel nicht selbst schuldhaft herbeigeführt, insbesondere nicht durch Verletzung seiner Anzeige-

findet auch auf die Miete anderer zum Aufenthalt von Menschen bestimmter Räume Anwendung⁷⁸.

Im übrigen gelten nur die allgemeinen Beschränkungen der Vertragsfreiheit, aus denen sich die Nichtigkeit solcher Vereinbarungen ergibt, die gegen die guten Sitten verstossen oder wucherisch sind. Darin liegt kein ausreichender Schutz gegen die vielfach für den Mieter überaus beschwerlichen Klauseln, die in den üblichen Vertragsformularen enthalten zu sein pflegen und denen der Mieter sich oft ohne genaue Kenntnissnahme unterwirft und meist wohl oder übel unterwerfen muß⁷⁹. Doch wird in gewissem Umfange der Richter in der Lage sein, dem Mißbrauch der wirtschaftlichen Übermacht der Vermieter durch eine den Anforderungen von Treu und Glauben entsprechende Vertragsauslegung Schranken zu ziehen.

2. Beamtenprivileg. Den Militärpersonen, Beamten, Geistlichen und Lehrern an öffentlichen Unterrichtsanstalten steht im

pflicht verursacht haben; R.Ger. a. a. O., Rspr. d. O.L.G. II 382, Dernburg § 216 Anm. 5, Mittelstein S. 268, Staudinger Bem. III 4, Oertmann Bem. 6; a. M. Kohler S. 315, Planck Bem. 3d, Fuld S. 76. Dagegen kommt es auf Verschulden des Vermieters nicht an. Auch die Gefährdung der Gesundheit durch das Verhalten eines anderen Mieters, einen Gewerbebetrieb im Hause oder Nachbarhause usw. kann das Kündigungsrecht begründen; R.Ger. b. Seuff. LXII Nr. 37. Nicht bloß eine dem Mieter, sondern auch eine seinen Familienangehörigen oder seinen Angestellten drohende Gefahr kommt in Betracht. Doch ist der Mafsstab normaler Widerstandsfähigkeit gegen schädigende Einflüsse, der freilich nach Art und Lage der Räume ein ungleicher sein kann, anzulegen, während eine individuelle Überempfindlichkeit (z. B. wegen Lungenkrankheit, Augenkrankheit, Hypernervosität) nicht zu berücksichtigen ist; Rspr. d. O.L.G. VII 17, Planck Bem. 2 b α, Endemann § 168 Anm. 23, Staudinger Bem. III 2 d, Dernburg § 216 I b a. E., jetzt auch Oertmann Bem. 2 d; a. M. Fuld S. 74 ff. — Eine Frist zur Abhilfe gemäß § 542 braucht der Mieter nicht zu setzen; a. M. Mittelstein S. 268, Raape b. Dernburg⁴ § 216 Anm. 4. — Neben dem Recht aus § 544 stehen ihm die sonstigen Mängelrechte zu, werden aber durch Kenntnis oder Verzicht ausgeschlossen.

⁷⁸ So auf die Miete eines Ladens, einer Werkstätte, eines Kontors, eines Fabrikraumes, einer Küche, nicht aber auf die eines Kellers, eines Bodenraumes, eines Viehstalles.

⁷⁹ Vgl. Eltzbacher, Großberliner Mietsverträge, 1913. Dahin gehört z. B. der Vorbehalt des Rechtes sofortiger Exmission für den Vermieter bei unerheblichen Vertragsverletzungen, insbesondere bei jedem Verstofs des Mieters oder seiner Leute gegen die vom Vermieter einseitig aufgestellte Hausordnung. Ferner die Abrede, daß der Vermieter den Mieter schon bei nicht pünktlicher Zahlung einer einzigen Zinsrate austreiben darf; oben § 196 S. 273 Anm. 110. Auch die Ausbedingung ungleicher Kündigungsfristen für beide Teile.

Falle ihrer Versetzung nach einen anderen Orte in Ansehung der Räume, die sie für sich oder ihre Familie am bisherigen Garnison- oder Wohnorte gemietet haben, das Recht vorzeitiger Kündigung unter Einhaltung der gesetzlichen Frist zu⁸⁰. Das Kündigungsrecht kann aber nur für den ersten zulässigen Termin nach Eintritt des Mietsverhältnisses ausgeübt werden⁸¹.

3. Umfang des Mietsrechtes. Das Gebrauchsrecht des Mieters bestimmt sich mangels ausdrücklicher Vereinbarung nach dem Zwecke der Wohnungsmiete. Die Wohnung soll dem Mieter regelmäßig ein Heim gewähren, das den Mittelpunkt seines persönlichen Lebens und seiner beruflichen Tätigkeit bildet⁸². In den Normalfällen soll sie der Führung eines eignen Haushaltes dienen. Daneben soll sie nicht selten als Stätte eines Gewerbebetriebes verwandt werden⁸³.

Hiernach richtet sich zunächst der Umfang des Mietsrechts in sachlicher Hinsicht. Ist die Wohnung zur Führung eines Haushaltes bestimmt, so hat der Mieter auch Anspruch auf solche Nebenleistungen des Vermieters, die zur Führung eines den Verhältnissen

⁸⁰ B.G.B. § 570; nach dem Vorbilde von Preufs. L.R. I, 21 § 376 ff. — Das Kündigungsrecht steht dem Mieter auch zu, wenn er erst während des Mietsverhältnisses die fragliche Eigenschaft erlangt hat; Rspr. d. O.L.G. XIII 375. Versetzung ist einerseits auch die Strafversetzung, andererseits auch die Versetzung auf eignen Antrag (auch bei Richtern und Professoren); Rspr. d. O.L.G. XI 315, 316, für das preufs. R. R.Ger. XXI Nr. 52. Auch ein Wechsel in der Art des Amtes schließt n. r. M. den Begriff der Versetzung nicht aus. Ebenso wenig der Übertritt aus dem Reichs- in den Staatsdienst oder umgekehrt, während doch wohl der Eintritt in den Dienst eines anderen deutschen Einzelstaates anders beurteilt werden muß. Erstmalige Verleihung eines Amtes begründet das Kündigungsrecht nicht; Rspr. d. O.L.G. XI 319. Auch nicht Pensionierung oder sonstiger Amtsverlust; a. M. Dernburg § 226 V. — Dem Pächter, der zugleich auf dem Pachtgrundstück wohnt, ist durch § 596³ das Kündigungsrecht ausdrücklich versagt.

⁸¹ Nach Preufs. L.R. § 376—377 schuldete der Mieter als Vergütung einen halbjährigen Mietszins, falls er nicht einen tauglichen Untermieter stellte. Das B.G.B. legt ihm keinerlei Entschädigungspflicht auf.

⁸² Dies gilt auch für die Miete oder Untermiete eines möblierten Zimmers, ja einer bloßen Schlafstelle. Es gilt ebenso, wenn auch für noch so kurze Zeit, für die Zimmermiete im Gasthof. Natürlich aber kann auch ein Raum zur Benutzung für einzelne persönliche Zwecke (z. B. als Absteigequartier, Umkleideraum usw.) gemietet werden.

⁸³ Wird ein Raum für sich lediglich als Werkstätte, Laden oder sonstiger Geschäftsraum gemietet, so liegt keine Wohnungsmiete vor. Ist er aber zum Aufenthalt von Menschen bestimmt, so findet § 544 Anwendung; oben Anm. 78. Auch § 570 erstreckt sich über die Wohnungsmiete hinaus (z. B. auf den von einem Offizier gemieteten Pferdestall).

entsprechenden Haushaltes erforderlich sind⁸⁴. Stets hat ferner der Vermieter dem Mieter die für den gehörigen Gebrauch der Wohnung erforderliche Mietsnutzung der zum gemeinsamen Gebrauch der Hausbewohner bestimmten Anlagen und Einrichtungen zu gestatten und diese in dem hierfür gebotenen Zustande zu erhalten⁸⁵. Der Mieter kann von der Wohnung auch in außerordentlichen Lebenslagen den dadurch bedingten Gebrauch machen; wenn er in der Wohnung erkrankt oder stirbt, so kann der Vermieter für die ihm daraus entstehenden Nachteile eine Entschädigung nicht fordern⁸⁶.

In persönlicher Hinsicht erstreckt sich das Gebrauchsrecht des Mieters im Zweifel auf das Recht zur Gewährung des Mitgebrauches an seine Familienangehörigen und sonstigen Hausstandsgenossen, insbesondere die zur Bedienung und Pflege erforderlichen Personen, sowie an Logieryäste und andere Gäste. Darin liegt, da die Wohnung Familienheim sein soll, lediglich vertragsmäßiger Wohnungsgebrauch, nicht eine der besonderen Erlaubnis bedürftige Gebrauchsüberlassung an Dritte⁸⁷. Der Vermieter muß sich auch die durch Familienzuwachs oder sonstige Vergrößerung des Hausstandes bedingte Steigerung des Gebrauches gefallen lassen⁸⁸.

⁸⁴ So auf Lieferung des erforderlichen Wassers aus der Wasserleitung, ohne daß er dafür im Zweifel einen besonderen Entgelt zu zahlen hätte; Rspr. d. O.L.G. IX 296. Anders unter Umständen bei dem Wasserbezüge für einen gewerblichen Betrieb; Seuff. LXII Nr. 36. Bei einer Wohnung mit Zentralheizung kann er gehörige Erwärmung der Wohnung fordern; R.Ger. XXXIII Nr. 56. Auch auf die Einwilligung des Vermieters zur Herstellung des Fernsprechanschlusses hat er Anspruch; R.Ger. LXXV Nr. 85.

⁸⁵ So Zugänge, Flüre, Treppen, Aufzüge, Hofraum, oft auch Waschküchen, Bodenräume usw. Auch die Reinigungspflicht und die der Verkehrssitte bei größeren Mietshäusern entsprechende Beleuchtungspflicht trifft im Zweifel den Vermieter. Abweichend R.Ger. XXXIII Nr. 50, Seuff. XLVIII Nr. 179, Mittelstein² S. 150 ff., Oertmann zu § 536 Bem. 1d, Staudinger zu § 536 Bem. B4; sehr ausführlich mit Unterscheidungen jetzt Mittelstein³ S. 198–208.

⁸⁶ Mit Recht sind daher auch Schadensersatzansprüche von Gastwirten auf Grund Todesfalles oder infektiöser Erkrankung eines Gastes von den Gerichten abgewiesen worden; Seuff. XXXIX Nr. 298, LXII Nr. 8.

⁸⁷ Somit ist § 549 unanwendbar. Anders bei Aufnahme in die Wohnung gegen Entgelt. Doch wird je nach der Beschaffenheit und bisherigen Benutzungsweise der Wohnung und nach den Verhältnissen des Mieters oft auch ohne ausdrückliche Vereinbarung die ein für allemal erfolgte Gestattung der Untervermietung anzunehmen sein.

⁸⁸ Der Vorbehalt eines Kündigungsrechtes für den Fall der Geburt eines Kindes oder der Überschreitung einer bestimmten Kinderzahl dürfte, da er gegen die guten Sitten verstößt, für nichtig zu erachten sein.

Es ist möglich, daß mehrere Personen eine Wohnung, die sie zusammen benutzen wollen, gemeinschaftlich mieten. Auch wenn Ehegatten oder sonstige Hausstandsgenossen einen Mietvertrag gemeinschaftlich abschließen, kann dies dahin zu verstehen sein, daß jedem von ihnen die volle Mieterstellung gebühren soll. Im Zweifel aber ist vielmehr anzunehmen, daß nur der Haushaltungsvorstand einen selbständigen Mietvertrag schließt, der mitmietende Hausstandsgenosse lediglich ein akzessorisches Mietverhältnis eingehen will. Dies ist namentlich bei der neuerdings sehr gebräuchlich gewordenen Mitunterzeichnung der Mietverträge durch die Ehefrau des Mieters der Fall⁸⁹. Ihr Hauptzweck besteht darin, eine Mithaftung der Frau für die Zahlung des Mietzinses und die Erfüllung der sonstigen Mieterpflichten zu begründen und damit dem Vermieter auch an den ihr gehörigen eingebrachten Sachen das gesetzliche Pfandrecht zu verschaffen⁹⁰. Im übrigen bleibt die Mieterstellung des Mannes unverkürzt und das Mietverhältnis an seine Person gebunden⁹¹.

4. Räumung. Der Mieter hat nach Beendigung des Mietverhältnisses die Wohnung zu räumen⁹². Ihm muß aber die durch landes- oder ortsrechtliche Regelung der Ziehzeiten bestimmte Räumungsfrist gewährt werden⁹³. Auch nach Reichsrecht kann

⁸⁹ Vgl. bes. Oertmann, D.J.Z. X 1079 ff. u. Vorbem. 5 vor § 535, Mittelstein S. 76 ff., Planck zu § 559 Bem. 2 b α, Dernburg § 221 Anm. 12; Seuff. LVII Nr. 101, Rspr. d. O.L.G. XVII 6. Abweichend Romberg b. Gruchot LIII 642 ff.

⁹⁰ Die Frau tritt nicht bloß als Bürgin ein, was dem Vermieter kein Pfandrecht verschaffen würde, sondern kraft kumulativer Schuldübernahme als Gesamtschuldnerin; Reichel, Schuldmitübernahme S. 288.

⁹¹ Die Frau erlangt also keine selbständigen Mieterrechte, so daß, wie Romberg S. 655 meint, das Mietrecht nur gemeinschaftlicher Verfügung der Ehegatten unterläge. Dem Manne und nur ihm steht das Kündigungsrecht zu. Andererseits wird die Frau für sich nicht gebunden. Ihre akzessorische Mieterstellung hindert nicht die Kündigung des Mannes im Falle seiner Versetzung; Oertmann zu § 570 Bem. 3 g, Planck Bem. 5, Mittelstein S. 464, Ennecerus § 354 Anm. 17. Beim Tode des Mannes tritt das beiderseitige Kündigungsrecht aus § 569 ein; Dernburg § 221 Anm. 20, auch Oertmann Bem. 2 a, Mittelstein S. 453.

⁹² Für Streitigkeiten wegen Räumung gemieteter Räume (wie auch wegen ihrer Überlassung oder Benutzung und wegen Zurückbehaltung eingebrachter Sachen) ist das Amtsgericht zuständig; G.V.G. § 23 Z. 2. Eine Klage auf künftige Räumung ist zulässig; Z.P.O. § 257. Das Urteil kann für vorläufig vollstreckbar erklärt werden.

⁹³ Vorbehalt für das Landesrecht in E.G. a. 93. Zum Teil sind landesgesetzlich feste Fristen bestimmt (so namentlich in mehreren A.G. zum B.G.B.),

das Gericht dem zur Räumung einer Wohnung verurteilten Mieter auf Antrag eine den Umständen angemessene Räumungsfrist zuerkennen⁹⁴. Steht die Beendigung des Mietsverhältnisses infolge von Kündigung oder Zeitablauf in Aussicht, so muß der Mieter schon vor der Beendigung die Besichtigung der Wohnung durch Mietlustige zu geeigneten Stunden gestatten⁹⁵.

III. Landpacht. Der Hauptfall der Grundstückspacht ist die Landpacht, die dem Pächter das Recht zur landwirtschaftlichen Bodenausnutzung gewährt. Sie gewinnt vor allem dann, wenn ihren Gegenstand ein Landgut als wirtschaftliches Ganze bildet, dadurch eine hohe soziale Bedeutung, daß sie regelmäßig dem Pächter nicht nur eine Heimstätte, sondern zugleich das Mittel zur Erfüllung seines Lebensberufes verschafft. Das deutsche Recht hat für die Landgüterpacht eine Fülle besonderer Rechtssätze ausgebildet, die dann zum Teil auf die Pacht einzelner ländlicher Grundstücke übertragen sind⁹⁶. Auf deutschrechtlicher Grundlage hat das preussische Landrecht die Landgüterpacht durch überaus zahlreiche Einzelschriften stark kasuistisch geregelt⁹⁷. Andere Gesetzbücher enthalten gleichfalls mancherlei Sondervorschriften für die Landgüterpacht⁹⁸. Auch das B.G.B. ist diesem Beispiel gefolgt. Doch trifft es nur wenige Bestimmungen, die ausschließlich für die Pacht eines Landgutes gelten, somit voraussetzen, daß den Gegenstand der Pacht eine liegenschaftliche Sacheinheit bildet, die als wirtschaftliches Ganze zum Betrieb von Ackerbau und Viehzucht bestimmt ist⁹⁹. Andere dem Rechte der Landgüterpacht entstammende Rechtssätze sind auf jede Pacht eines landwirtschaftlichen Grundstückes ausgedehnt, finden also auch auf die Pacht

zum Teil ist die Bestimmung dem Ortsstatut oder polizeilichen Verordnungen (vgl. Preufs. G. v. 30. Juni 1831 § 2) überlassen. Nachweise b. Niedner, Staudinger, Planck zu E.G. a. 93.

⁹⁴ Z.P.O. § 721.

⁹⁵ Seuff. XLVII Nr. 105. Oertmann Vorbem. 2 b.

⁹⁶ Vgl. Beseler § 196; Huber, Schweiz. P.R. IV 861 ff. Dazu Hagemann, Landwirtschaftsrecht § 373—384. Drechsler, Der landwirtschaftliche Pachtvertrag, 2 Bde., 1871. A. Blomeyer, Pachtrecht und Pachtvertrag, 1873. G. Dittmann, Der landwirtschaftliche Pachtvertrag, 1895.

⁹⁷ Preufs. A.L.R. I, 21 § 399—625.

⁹⁸ So Code civ. a. 1763—1778 (bail à ferme). Auch das Schweiz. O.R. (in der Fassung von 1911 vermehrt). — Nicht dagegen das Öst. u. Sächs. Gb.

⁹⁹ Über den Begriff des Landgutes vgl. R.Ger. XX Nr. 59, Seuff. LX Nr. 94. Daß auf dem Gut ein landwirtschaftliches Nebengewerbe (z. B. Brennerei, Ziegelei, Sägemühle) oder auch eine Gastwirtschaft betrieben wird, entzieht ihm nicht die Eigenschaft eines Landgutes.

einzelner Äcker, Wiesen, Weiden, Obstgärten usw. Anwendung. Einige Rechtssätze desselben Ursprungs endlich sind auf die Grundstückspacht überhaupt erstreckt.

1. Grundstückspacht überhaupt. Für jede Grundstückspacht gelten aufer der schon erwähnten Bestimmung der Kündigungsfrist durch das Pachtjahr¹⁰⁰ besondere Regeln in Ansehung eines mitverpachteten Inventars. Sie entstammen dem Rechte der Landpacht und kommen hauptsächlich zur Anwendung, wenn ein Landgut mit lebendem und totem Inventar verpachtet ist¹⁰¹. Sie gelten aber nunmehr auch für das mitverpachtete Inventar eines Gasthofs oder Theaters, einer Fabrik oder Mühle oder eines sonstigen gewerblichen Etablissements¹⁰².

Im Falle schlichter Verpachtung des Inventars bleibt mit dem Eigentum auch die Gefahr der einzelnen Inventarstücke und das Verfügungsrecht über dieselben beim Verpächter. Die Eigenschaft des Inventars als eines Sachinbegriffs aber macht sich darin geltend, daß dem Pächter einerseits die Erhaltung der einzelnen Stücke obliegt, andererseits ein Anspruch auf Ergänzung der ohne sein Verschulden in Abgang gekommenen Stücke zusteht. Nur den gewöhnlichen Abgang der Tiere hat der Pächter insoweit, als dies einer ordnungsmäßigen Wirtschaft entspricht, aus den Tierjungen zu ersetzen¹⁰³.

Anders verhält es sich, wenn der Pächter das Inventar als eisern übernommen hat¹⁰⁴. Dies ist der Fall, wenn er es zum Schätzwerte mit der Verpflichtung übernimmt, es bei Beendigung der Pacht zum Schätzwerte zurückzugewähren¹⁰⁵. Dann gelten

¹⁰⁰ Oben S. 535 zu I 3 b. Die Sondervorschrift des § 595 entstammt dem Rechte der Landgüterpacht und hat für diese eine besondere Bedeutung. Gleiches gilt übrigens auch von den für die Pacht überhaupt getroffenen Sonderbestimmungen der §§ 596 und 597; vgl. oben § 196 S. 525 Anm. 82, S. 526 Anm. 86, S. 529 Anm. 101 und hier S. 552 Anm. 80.

¹⁰¹ Über den Begriff und Umfang des Gutsinventars oben Bd. II 80.

¹⁰² Oben Bd. II 81. In Entw. I war § 544 noch auf die Landpacht beschränkt.

¹⁰³ B.G.B. § 586. Die Tierjungen fallen als Früchte in sein Eigentum, werden aber mit der Einstellung in das Inventar Eigentum des Verpächters. — Im Grundgedanken übereinstimmend Preufs. L.R. § 452—465 betreffs des Viehstandes und § 466—473 betreffs des Wirtschaftsgeräts.

¹⁰⁴ B.G.B. § 587—589. Im wesentlichen übereinstimmend Preufs. L.R. § 475—476; Code civ. a. 1821 ff.; Sächs. Gb. § 1209; Schweiz. O.R. a. 299 (früher 318).

¹⁰⁵ B.G.B. § 587. Aus der bloßen Übernahme nach einer Taxe folgt also noch nicht die Übernahme als eisern. Ebenso Preufs. L.R. § 476. Anders Sächs. Gb. (im Zweifel) und Schweiz. O.R. a. a. O.

besondere Rechtsgrundsätze, die aus der Erweiterung des für den Eisernviehvertrag ausgebildeten Rechtes erwachsen sind¹⁰⁶. Sie beruhen auf der Durchführung des Gedankens, daß den Gegenstand der Pacht das Inventar als eine im Wechsel der Stücke beständige Gesamtsache von bestimmtem Umfange und Werte bildet. Der Pächter trägt die Gefahr des Unterganges und der Verschlechterung des Inventars. Er kann über die einzelnen Stücke in den Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft verfügen, hat aber das Inventar nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft in dem Zustande, in dem es ihm übergeben ist, zu erhalten und daher Abgänge aus eignen Beständen oder durch Anschaffung zu ergänzen. Das Eigentum steht auch hier dem Verpächter zu. Den Gegenstand seines Eigentums aber wie der Pacht bildet das Inventar als Gesamtsache, so daß die ordnungsmäßig ausgeschiedenen Stücke ihm entfremdet werden, die neu hinzutretenden Stücke dagegen mit der Einverleibung von Rechts wegen in sein Eigentum übergehen¹⁰⁷. Bei Beendigung der Pacht hat der Pächter das vorhandene Inventar dem Verpächter zurückzugewähren¹⁰⁸. Deckt sich jedoch der Gesamtschätzungswert der vorhandenen Stücke nicht mit dem der übernommenen Stücke, so hat einen Minderwert der Pächter, einen Mehrwert der Verpächter zu ersetzen¹⁰⁹. Nur solche vom Pächter angeschafften Stücke, die nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft für das Grundstück überflüssig oder zu wertvoll sind, kann der Verpächter ablehnen; sie bleiben dann bei der Schätzung außer Ansatz und gehen mit der Ablehnung von Rechts wegen in das Eigentum des Pächters über¹¹⁰.

¹⁰⁶ Vgl. unten zu V. Der Code civ. handelt überhaupt nur vom „cheptel de fer“ bei Pacht und Teilpacht.

¹⁰⁷ Über die verschiedenen Konstruktionsversuche vgl. Sprenger, Eigentumserwerb durch Einverleibung in ein Inventar, 1904, Oertmann zu § 588 Bem. 1 b u. c. Befriedigend ist allein die Herleitung aus dem Begriff der Gesamtsache. Vgl. dazu oben Bd. II 55 Anm. 28—29, 520 Anm. 8, 688.

¹⁰⁸ Diese Bestimmung des B.G.B. § 589 entspricht der Eigentumslage, da alle vorhandenen Stücke Eigentum des Verpächters sind. Nach Sächs. Gb. § 1209 hat der Pächter nur die gleiche Stückzahl, die er empfangen hat, zurückzugewähren.

¹⁰⁹ Somit kommt auch das Steigen der Preise dem Pächter, ihr Sinken dem Verpächter zugute. Nach dem Schweiz. O.R. a. 299 (318) hat der Pächter Anspruch auf den Mehrwert nur, soweit dieser als Ergebnis seiner Verwendung und Arbeit zu betrachten ist, und braucht den Minderwert nicht zu ersetzen, soweit einzelne Stücke durch höhere Gewalt zerstört sind.

¹¹⁰ Über den Eigentumsübergang vgl. Sprenger a. a. O. S. 50 ff. Auch hier ist nicht rechtsgeschäftliche Übereignung zu unterstellen, sondern der

In allen Fällen steht dem Pächter wegen seiner Forderungen gegen den Verpächter, die sich auf das mitverpachtete Inventar beziehen, ein gesetzliches Pfandrecht an den in seinen Besitz gelangten Inventarstücken zu¹¹¹.

Die Regeln über ein mitverpachtetes Inventar sind auf ein dem Pächter gehöriges Inventar unanwendbar. Dabei macht es keinen Unterschied, ob der Pächter das Inventar von sich aus beschafft oder vom Verpächter erworben hat. Häufig aber wird vom Verpächter das Inventar dem Pächter verkauft, um denselben wirtschaftlichen Zweck zu erreichen, auf den die Verpachtung abzielt. Der Verpächter pflegt dann für den Fall der Beendigung der Pacht sich ein Wiederkaufsrecht vorzubehalten und dem Käufer ein Wiederverkaufsrecht einzuräumen. Ein solcher Vertrag ist an sich nach Kaufrecht, nicht nach Pachtrecht zu beurteilen. Allein als ein dem Pachtvertrage eingegliedeter Nebenvertrag bleibt er von dem Hauptvertrage abhängig und muß dem Pachtzwecke gemäß ausgelegt werden¹¹².

2. Pacht eines landwirtschaftlichen Grundstücks. Für jede Pacht eines landwirtschaftlichen Grundstücks, sei sie Landgüterpacht oder nicht, gelten außer der schon erwähnten Vorschrift über den Fälligkeitstermin des Pachtzinses¹¹³ Sonderbestimmungen, die sich auf die Erhaltung und den Gebrauch der Sache, das gesetzliche Pfandrecht des Verpächters und die Rückgewähr beziehen.

a. Erhaltung und Gebrauch. Der Pächter hat auf seine Kosten die gewöhnlichen Ausbesserungen des Grundstücks, insbesondere der Wohn- und Wirtschaftsgebäude, der Wege, Gräben

Eigentumswechsel ist gesetzliche Folge des Ausscheidens der abgelehnten Stücke aus der Gesamtsache.

¹¹¹ B.G.B. § 590. Es ist Besitzpfandrecht. Der Verpächter kann aber in gleicher Weise wie nach § 562 der Pächter durch Sicherheitsleistung die Geltendmachung des Pfandrechts abwenden oder einzelne Sachen von demselben befreien.

¹¹² Doch wird man schwerlich, wie für das frühere Recht vom R.Ger. XXXVIII Nr. 20 angenommen ist, das gesetzliche Pfandrecht des Verpächters (und sein Absonderungsrecht im Konkurse des Pächters) auf den geschuldeten Kaufpreis erstrecken dürfen. Denn durch Parteivereinbarung kann ein Fahrnispfandrecht ohne Besitz jenseits der gesetzlichen Grenzen nicht begründet werden. Eine Forderung aber „aus dem Pachtverhältnis“ ist die Kaufpreisforderung nicht. Ebensowenig geht ohne weiteres das Recht und die Pflicht zum Wiederkauf auf einen in das Pachtverhältnis eingetretenen Erwerber des Grundstückes über; oben S. 544 Anm. 52.

¹¹³ Oben S. 534 zu 2.

und Einfriedigungen, zu bewirken¹¹⁴. Sie erscheinen als Lasten seines Fruchtgenusses. Er kann das Grundstück frei bewirtschaften, darf aber ohne Erlaubnis des Verpächters nicht solche Änderungen in der wirtschaftlichen Bestimmung des Grundstücks vornehmen, die auf die Art der Bewirtschaftung nach Ablauf der Pachtzeit von Einfluß sind¹¹⁵.

b. Pfandrecht. Das Pfandrecht des Verpächters ist verschärft¹¹⁶. Es erstreckt sich auch auf die Früchte des Grundstücks¹¹⁷ und auf die wegen ihrer Unentbehrlichkeit für den landwirtschaftlichen Betrieb unpfändbaren Sachen¹¹⁸. Und es kann für den gesamten (auch künftigen) Pachtzins und für rückständigen Pachtzins auch anderen Gläubigern gegenüber unbeschränkt geltend gemacht werden¹¹⁹.

c. Rückgewähr. Bei Beendigung der Pacht hat der Pächter das Grundstück in dem Zustande, der sich aus ordnungsmäßiger Bewirtschaftung während der ganzen Pachtzeit ergibt, insbesondere auch gehörig bestellt, zurückzugewähren¹²⁰. Endigt die Pacht im Laufe eines Pachtjahres, so hat er den vom B.G.B. auch sonst gewährten Anspruch auf Ersatz der Bestellungskosten für solche

¹¹⁴ B.G.B. § 582. Vgl. Preufs. L.R. § 440 ff., Schweiz. O.R. a. 284 (früher 304).

¹¹⁵ B.G.B. § 583. Vgl. Preufs. L.R. § 436, Schweiz. O.R. a. 283 (303). Das Schweiz. O.R. legt ihm die positive Verpflichtung auf, „den gepachteten Gegenstand sorgfältig seiner Bestimmung gemäß zu bewirtschaften, insbesondere für nachhaltige Ertragsfähigkeit zu sorgen“. Eine solche positive Bewirtschaftungspflicht kann auch nach deut. R. der Vertrag begründen; er kann sogar den Pächter zur persönlichen Bewirtschaftung verpflichten; vgl. Seuff. XLII Nr. 110. Im übrigen ist schon nach der gesetzlichen Regel jedenfalls eine Unterlassung ordnungsmäßiger Bewirtschaftung insoweit unzulässig, als sie die Ertragsfähigkeit über die Pachtzeit hinaus mindert. Vgl. ferner unten Anm. 120.

¹¹⁶ B.G.B. § 585. — Im übrigen steht es dem Pfandrecht des Mieters gleich. So auch nach Preufs. L.R. § 395 u. Code civ. a. 2102, sowie das an Stelle des Pfandrechts geltende Retentionsrecht nach Sächs. Gb. § 1228 u. Schweiz. O.R. a. 286³ (297). Anders Öst. Gb. § 1101.

¹¹⁷ Jedoch nicht auf die nach Z.P.O. § 810 Z. 3 der Pfändung unterworfenen Früchte auf dem Halm; oben Bd. II 44 Anm. 28, Rspr. d. O.L.G. XIII 203. A. M. jetzt Oertmann § 585 Bem. 1 d und die von ihm Angeführten.

¹¹⁸ Also auf das zum Wirtschaftsbetriebe erforderliche Gerät und Vieh, den Dünger und die zur Fortführung der Wirtschaft erforderlichen Früchte; Z.P.O. § 811 Z. 4.

¹¹⁹ So auch im Konkurse nach K.O. § 49 Z. 2.

¹²⁰ B.G.B. § 591. Insoweit ist er zur Bewirtschaftung verpflichtet; Seuff. LXIV Nr. 189. Er haftet aber insoweit auch unabhängig von Verschulden; Rspr. d. O.L.G. XVII 23.

noch nicht getrennten Früchte, die ihm das deutsche Recht als verdientes Gut zusprach¹²¹.

3. Pacht eines Landgutes. Die Bestimmungen, die das B.G.B. ausschließlich für die Pacht eines Landgutes trifft, beschränken sich auf die Ordnung der Rückgewähr bei Beendigung der Pacht. Der Pächter muß hier von den vorhandenen landwirtschaftlichen Erzeugnissen unbedingt so viel, als zur Fortführung der Wirtschaft bis zur voraussichtlichen Wiedergewinnung erforderlich ist, und überdies allen auf dem Gute gewonnenen Dünger zurücklassen, kann aber, vom Dünger abgesehen, Ersatz ihres Mehrwertes gegenüber den bei Antritt der Pacht übernommenen Erzeugnissen verlangen¹²². Sodann finden auf den Fall, daß der Pächter das ganze Gut oder Vorräte auf Grund einer Schätzung mit der Bestimmung, daß die Rückgewähr gleichfalls auf Grund einer Schätzung erfolgen soll, übernommen hat, die für das eiserne Inventar geltenden Vorschriften über die Ausgleichung eines Unterschiedes zwischen beiden Schätzungswerten¹²³ und über das Ablehnungsrecht des Verpächters entsprechende Anwendung¹²³. Im übrigen hat das B.G.B. die Ausgestaltung der Landgüterpacht im einzelnen den Verträgen überlassen¹²⁴.

4. Zinsnachlaß wegen Mißertrages. Schon das ältere deutsche Recht gewährte dem Pächter, wenn in einem Pachtjahre

¹²¹ B.G.B. § 592; oben Bd. II 594—595. Ähnlich jetzt das neue Schweiz. O.R. a. 300.

¹²² B.G.B. § 593. Vgl. Preufs. L.R. § 451, 603, Code civ. a. 1778, Sächs. Gb. § 1208, Schweiz. O.R. a. 301 (319).

¹²³ B.G.B. § 594. Das Ablehnungsrecht des Verpächters ist aber auf Teile des Landgutes selbst nicht zu erstrecken. Weder auf hinzuerworbene Parzellen, die ja überhaupt nicht ohne Mitwirkung des Verpächters Gutsbestandteile geworden sein können, noch auf überflüssige oder zu wertvolle Gebäude, die, wenn sie Gutsbestandteile geworden sind, nicht durch Ablehnungserklärung vom Gute getrennt und in das Eigentum des Pächters gebracht werden können. Vgl. Planck Bem. 2. A. M. Oertmann Bem. a, Crome § 240 Anm. 27, Enneccerus § 359 Anm. 8. Bei Vorräten kann das Ablehnungsrecht nur praktisch werden, wenn der Verpächter, der an sich zur Übernahme immer nur berechtigt ist, sich zur Übernahme verpflichtet hat.

¹²⁴ Insbesondere enthält es keine Bestimmungen über Pachtvorschuß und Pachtkaution (vgl. über die Streitfragen im früheren Recht Beseler § 196 II) und über Pachtungen in Bausch und Bogen oder nach Pachtanschlag (Preufs. L.R. § 408 ff., Öst. Gb. § 1099). — Über das im preufs. R. anerkannte Kündigungsrecht des Pächters wegen Veränderung des Gegenstandes durch Gemeinheitsteilung oder Zusammenlegung vgl. Dernburg § 227 Anm. 7. Das neue Schweiz. O.R. a. 296 gibt jedem Teil das Recht vorzeitiger Kündigung.

der Fruchtertrag durch ungewöhnliche Unglücksfälle oder Naturereignisse beträchtlich geschmälert war, einen Anspruch auf Erlaß eines verhältnismäßigen Teiles des Pachtzinses¹²⁵. Um so leichter konnten die hiermit übereinstimmenden Vorschriften des römischen Rechts, zumal sie das kanonische Recht bestätigt hatte, in das gemeine deutsche Recht Eingang finden¹²⁶. Auch die Gesetzbücher hielten an dem Anspruch des Pächters auf Zinsnachlaß fest und regelten ihn nur in Einzelheiten auf ungleiche Weise¹²⁷. Es gehört nicht zu den Ruhmestaten des B.G.B., daß es dieses Institut, weil es nur auf „Billigkeit“ beruhe, völlig beseitigt hat¹²⁸. Das neue schweizerische Obligationenrecht hat es in scharfem Gegensatz hierzu nicht nur beibehalten, sondern mit zwingender Kraft ausgerüstet¹²⁹.

5. Teilpacht¹³⁰. Eine besondere Form der Landpacht ist die Teilpacht (*colonia partiaria*), bei der als Pachtzins ein Bruchteil der Früchte geschuldet wird. Die Teilpacht ist dem römischen Recht bekannt und seit dem Mittelalter bei den romanischen Völkern stark verbreitet, während sie in Deutschland stets selten geblieben ist. Die neueren Gesetzbücher erkennen sie meist ausdrücklich an¹³¹. Das B.G.B. erwähnt sie nicht, setzt ihr aber ein Hindernis

¹²⁵ Stobbe, Vertragsr. S. 243 ff.; auch Grimm, W. IV 746 § 9. Der Zinsnachlaß entstammt dem Rechte der Zinsleihe und begegnet auch bei der Erbpacht und überhaupt bei allen Bodenzinsen, die als Entgelt für den Fruchtgenuß erscheinen; oben Bd. II 741 Anm. 10.

¹²⁶ L. 15 § 2—5, 7, l. 25 § 6 D. 19, 2, l. 8 C. 4, 65. — C. 3 X 3, 18. — Glück, Komm. XVII 447 ff., v. Vangerow III § 641 Anm. 1, Beseler § 196 III, Dernburg, Pand. II § 111.

¹²⁷ Stobbe-Lehmann § 235 Anm. 34; Beseler a. a. O. Anm. 8—9. Vgl. bes. Kurköln. L.R. XIV, 2, 3; Decis. El. Saxon. v. 1746 d. 20; Bayr. L.R. IV c. 6 § 6; Preuß. A.L.R. I, 21 § 478 ff.; Code civ. a. 1769—1773; Öst. Gb. § 1105—1106; Zürich. Gb. § 1537; Schweiz. O.R. a. 308, jetzt a. 287.

¹²⁸ Vgl. meine Schrift über den Entwurf S. 243. Vorangegangen war das Sächs. Gb. 1212. — Wenn jedoch der Unglücksfall nicht bloß die Früchte trifft, sondern das Grundstück selbst zur Fruchtziehung untauglich macht, kann dem Pächter mit § 537 B.G.B. geholfen werden.

¹²⁹ Nach Abs. 2 des art. 287 ist ein Vorausverzicht des Pächters auf das Recht nur verbindlich, wenn entweder die Möglichkeit des ungewöhnlichen Ereignisses schon bei der Bemessung des Pachtzinses berücksichtigt ist oder der Schaden dem Pächter infolge von Versicherung vergütet wird.

¹³⁰ Vgl. Crome, Die partiarischen Rechtsgeschäfte, 1897, S. 37 ff. und die dort auf S. 37 Anm. 1 angef. Literatur. Über das ältere italienische Recht Pertile IV 595 ff.

¹³¹ Preuß. L.R. § 264—266. Öst. Gb. § 1103. Sächs. Gb. § 1190. Schweiz. O.R. a. 296, jetzt a. 275 (mit Verweisung auf Ortsübung hinsichtlich des Rechtes

nicht entgegen¹³². Die Teilpacht ist, wenn nicht im einzelnen Falle etwas anderes als gewollt erhellt, Pachtvertrag, nicht Gesellschaftsvertrag¹³³. Demgemäß sind auf sie die Regeln über den Pachtvertrag mit den durch die gesellschaftliche Nebenabrede in Ansehung der Fruchtverteilung geforderten Abwandlungen anzuwenden¹³⁴.

IV. Rechtspacht. Den Gegenstand eines Pachtvertrages kann auch ein fruchttragendes Recht bilden. Schon im älteren deutschen Recht entwickelte sich neben der bei allen liegenschaftlichen Rechten möglichen Hingabe zu Lehen oder zu niederem Leihbesitz die bloße Verpachtung von Rechten¹³⁵. In neuerer Zeit wurde vielfach (z. B. bei Jagd und Fischerei) die Verleihung ganz durch die Verpachtung verdrängt und eine große Zahl von neuen Arten der Rechtspacht ausgebildet.

Das B.G.B. enthält für die Rechtspacht nur eine einzige Sonderbestimmung, durch die sie hinsichtlich der gesetzlichen Kündigungsfrist allgemein der Grundstückspacht gleichgestellt wird¹³⁶. Im übrigen sind also die für die Pacht überhaupt geltenden

an den Früchten). In Frankreich hat, nachdem schon der Code civ. a. 1763—1767, 1827—1830 über einzelne Punkte Bestimmungen getroffen hatte, ein eignes Ges. v. 18. Juli 1889 die Teilpacht ausführlich geregelt.

¹³² Crome a. a. O. S. 52 ff. Daß der Vertrag überhaupt zulässig ist, versteht sich nach dem Prinzip der Vertragsfreiheit von selbst. Zweifelhaft könnte nur sein, ob er als Pachtvertrag zulässig ist. Auch diese Frage aber ist zu bejahen, weil der Miets- oder Pachtzins in anderen vertretbaren Sachen als Geld bestehen kann (oben § 196 S. 521 Anm. 62), der Bemessung aber seines Betrages nach den wechselnden Ertragsergebnissen nichts entgegensteht. — Über die Möglichkeit partiarischer Pachtverträge auch hinsichtlich gewerblicher Betriebe und selbst partiarischer Mietsverträge vgl. Crome S. 124 ff.

¹³³ Diese Auffassung ist für das gemeine Recht, in dem lebhafter Streit herrschte (vgl. Crome S. 38 ff.), mehr und mehr durchgedrungen und wird auch von den oben in Anm. 131 angef. Gesetzbüchern mit Ausnahme des Österr. Gb., das einen Gesellschaftsvertrag unterstellt, geteilt.

¹³⁴ Insbesondere wird daher auch hier der Pächter zunächst Eigentümer der Früchte und ist nur zur Übereignung eines Teiles derselben an den Verpächter verpflichtet. Dem Pächter liegt aber eine positive Verpflichtung zur Fruchterzeugung und Fruchtgewinnung ob. Auch schuldet er dem Verpächter Rechenschaft über den Fruchtertrag.

¹³⁵ Vgl. z. B. Verpachtung von Fischereirechten b. Grimm, W. IV 746 § 8 ff., V 350 § 22, des Rechtes zur Verzapfung des Bannweins ebd. IV 762 § 2, von Weide- und Mastrechten ebd. V 497 § 25—26.

¹³⁶ B.G.B. § 595. Die Kündigung ist also nur für den Schluß eines Pachtjahres zulässig und muß spätestens am ersten Werktag des vorangehenden Halbjahres erfolgen.

Vorschriften anzuwenden. Hieraus aber ergeben sich wichtige Unterschiede, je nachdem das verpachtete Recht nach Liegenschaftsrecht oder Fahrnisrecht zu beurteilen ist. Denn im ersteren Falle und nur in ihm gelten für die Rechtspacht die Regeln der Grundstückspacht, somit insbesondere das Erfordernis der Schriftform für längere als einjährige Bindung und der Satz „Kauf bricht nicht Pacht“¹³⁷.

Dem Rechte der Grundstückspacht unterliegt zunächst die Pacht einer selbständigen liegenschaftlichen Gerechtigkeit¹³⁸. Dahin gehört z. B. die Pacht eines Bergwerkseigentums oder einer Abbaugerechtigkeit an nicht bergfreien Mineralien¹³⁹, einer Regalgerechtigkeit¹⁴⁰, eines Fischereirechts an öffentlichen Gewässern¹⁴¹, einer Gewerbeberechtigung¹⁴².

Die Regeln der Grundstückspacht gelten ferner, wenn ein Realrecht für sich verpachtet wird. Denn da das Realrecht als Bestandteil des Grundstücks behandelt wird, steht dessen Verpachtung der Verpachtung eines körperlichen Grundstücksteiles gleich¹⁴³. Hiernach ist namentlich die vielumstrittene Frage nach der Natur der Jagdpacht im Sinne der Anwendung des liegenschaftlichen Pachtrechtes zu entscheiden. Wäre die Ansicht richtig, nach der infolge der modernen Wiedervereinigung des Jagdrechts

¹³⁷ Außerdem die Vorschriften des § 551² über die Fälligkeitstermine des Pachtzinses und der §§ 586—590 über ein mitverpachtetes Inventar. Dagegen ist für das gesetzliche Pfandrecht des Verpächters hier kein Raum.

¹³⁸ Dies nicht nur, wenn es sich um eine durch Landesgesetz gemäß E.G. a. 196 einem Grundstück gleichgestellte Gerechtigkeit handelt, sondern auf den dem Landesrechte im ganzen vorbehaltenen Gebieten bei jeder durch bisheriges Gesetzes- oder Gewohnheitsrecht verliegenschafteten Gerechtigkeit; oben Bd. II 15 Anm. 48.

¹³⁹ Oben Bd. II 629 ff. Preuss. Bergges. § 114. Sehling, Die Rechtsverhältnisse an den der Verfügung des Grundeigentümers nicht entzogenen Mineralien, 1904, S. 137 ff.

¹⁴⁰ Oben Bd. II 403. So einer Mühlen-, Fähr- oder Flößereigerechtigkeit.

¹⁴¹ Völlig verkannt im Erk. des O.L.G. München b. Seuff. LX Nr. 229. Hier wird sogar, weil das Fischereirecht kein „dingliches Recht“ sei, dem Fischereipächter jeglicher Besitzschutz versagt! Vgl. hiergegen oben Bd. II 226 Anm. 77.

¹⁴² Z. B. einer Abdeckereigerechtigkeit (Rspr. d. O.L.G. XIII 389) oder eines Apothekerprivilegs. — So in früherer Zeit auch bei der Verpachtung nutzbarer Rechte öffentlichrechtlicher Natur, was z. B. bei der Verpachtung des Rechts auf Erhebung von Brücken- oder Wegegeld noch vorkommen kann.

¹⁴³ Oben Bd. II 88. Ob das Realrecht wesentlicher oder unwesentlicher Bestandteil ist, kommt nicht in Betracht, da auch ein wesentlicher Bestandteil Gegenstand von Pacht wie Miete sein kann.

mit dem Grundeigentum das Jagdrecht in den Eigentumsinhalt aufgenommen ist, so läge überhaupt nicht Rechtspacht, sondern unmittelbare Grundstückspacht in Ansehung einzelner Nutzungen vor¹⁴⁴. In Wahrheit ist das Jagdrecht ein besonderes Recht geblieben, das nur untrennbar mit dem Eigentum am Grundstück verbunden ist. Die Jagdpacht ist also Rechtspacht. Allein da es sich um ein Realrecht handelt, ist die von der Praxis daraus gezogene Folgerung, daß die Regeln über die Grundstückspacht unanwendbar seien¹⁴⁵, hinfällig. Dem Jagdpächter kommt also vor allem der Satz „Kauf bricht nicht Pacht“ zustatten¹⁴⁶.

Grundstückspacht liegt auch in der entgeltlichen Überlassung der Ausübung eines dinglichen Nutzungsrechtes am Grundstücke. Allein dies ist kein Fall der Rechtspacht. Vielmehr erscheint, soweit es sich nicht um eine verselbständigte Gerechtigkeit oder um ein Realrecht handelt, das Grundstück selbst in Ansehung des vom dinglichen Recht gewährten Gebrauchs- und Nutzungsrechtes als Gegenstand der Verpachtung. Darum wird die Verpachtung durch den Nießbraucher als eine nur in ihrer zeitlichen Wirksamkeit begrenzte Verpachtung des Grundstückes behandelt¹⁴⁷. Gleiches aber muß gelten, wenn der Nießbraucher nur einzelne Grundstücksnutzungen oder der Inhaber einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit, deren Ausübung einem

¹⁴⁴ So namentlich Dickel, Das deutsche bürgerliche Recht für Forstmänner S. 510 ff., Festschrift der Berliner Fakultät für mich (1910) II 365 ff. Ebenso v. Seeler ebd. S. 345 ff., der aber zutreffend bemerkt, daß auch die Auffassung des Jagdrechts als eines besonderen Rechts zu demselben Ergebnis führen muß. Insbesondere sind auch die Erträgnisse eines Realrechtes Früchte des Grundstücks.

¹⁴⁵ So R.Ger. LI Nr. 67, LXX Nr. 22, Rspr. d. O.L.G. XIII 382, 385. Ebenso Kohler S. 316, Oertmann Vorbem. vor § 581 Bem. 4. Auch Frommhold, Jahrb. f. D. LIII 206, erklärt das Jagdrecht für eine „bewegliche Sache“.

¹⁴⁶ Daß in der Gestattung der Ausübung die nach § 571 B.G.B. erforderliche „Überlassung“ liegt, weist v. Seeler a. a. O. S. 349 ff. überzeugend nach. Für die Anwendung des Satzes „Kauf bricht nicht Pacht“ tritt übrigens auch Frommhold a. a. O. S. 207 ff. auf Grund des Rechtsbesitzes des Pächters ein. — An sich ist hiernach auch die Formvorschrift des § 566 anwendbar; eine andere Frage ist, inwieweit das Landesrecht, das hierzu die Macht hat, Abweichendes bestimmt; nach der Preuss. JagdO. v. 15. Juli 1907 bedürfen Pachtverträge der Jagdgenossenschaften, für die überhaupt zahlreiche besondere gesetzliche Erfordernisse gelten, stets zur Vermeidung der Nichtigkeit der Schriftform (§ 22 Z. 1, § 24¹).

¹⁴⁷ B.G.B. § 1056; oben S. 549 zu II 6i. Wäre das Nießbrauchsrecht Pachtgegenstand, so könnte, da der Pachtgegenstand mit der Beendigung des Nießbrauchs verschwände, das Pachtverhältnis nicht auf den Eigentümer übergehen.

Anderen überlassen werden darf, die ihm gebührenden Nutzungen ganz oder teilweise verpachtet. Denn auch der Eigentümer, der durch einen Pachtvertrag nur bestimmte Nutzungsrechte einräumt, verpachtet das Grundstück selbst, nicht etwa ein zu diesem Behufe konstituiertes besonderes Recht¹⁴⁸.

Wird ein als beweglich zu erachtendes Recht, z. B. ein Patentrecht oder ein Urheberrecht, verpachtet, so gelten die Grundsätze der Fahrnispacht.

Verpachtet werden können auch andere unkörperliche Gegenstände, die als verkehrsfähige Vermögensobjekte anerkannt sind, ohne in die Form von Rechten gegossen zu sein. So kann den Gegenstand eines Pachtvertrages namentlich ein Gewerbebetrieb als solcher, ein Handelsgeschäft oder ein sonstiges wirtschaftliches Unternehmen bilden¹⁴⁹. Auch ein Teil eines Betriebes kann verpachtet werden¹⁵⁰. Die einzelnen zum Betriebe gehörigen Sachen und Rechte, deren Gebrauch dem Pächter überlassen wird, sind hier als Bestandteile eines einheitlichen Ganzen verpachtet¹⁵¹. Soweit aber zu ihnen ein Grundstück gehört, werden auf das Pachtverhältnis im ganzen die Regeln über Grundstücks-pacht anwendbar¹⁵².

V. Fahrnismiete und Fahrnispacht.

1. Überhaupt. In allen Fällen der Vermietung oder Verpachtung einer beweglichen Sache gelten besondere Regeln über die Kündigungsfrist, wonach bei unbestimmter Miets- oder Pacht-

¹⁴⁸ So z. B. Verpachtung der Rohrnutzung; R.Ger. LVI Nr. 21 S. 84. Auch die entgeltliche Überlassung von Grundstücken oder Grundstücksteilen zur Gewinnung von Bodenbestandteilen, wie Steinen, Ton, Torf usw., ist, während für das preussische Recht darüber lebhafter Streit herrschte (vgl. R.Ger. XXVII Nr. 68), jedenfalls nach geltendem Recht (gemäß B.G.B. § 99) Pacht. Vgl. darüber ausführlich Sehling a. a. O. S. 113 ff.

¹⁴⁹ Verpachtung eines Handelsgeschäftes mit oder ohne Firma sieht das H.G.B. § 22² als möglich an. Vgl. dazu Seuff. LVI Nr. 174, R.Ger. LXX Nr. 6. Pachtgegenstand ist der Gewerbebetrieb als solcher einschliesslich der durch ihn gesicherten tatsächlichen vermögenswerten Verhältnisse (wie Kundschaft, Geschäftsbeziehungen, Geschäftsgeheimnisse). Der Pächter bezieht als Frucht den Geschäftsgewinn, hat aber den Betrieb ordnungsmässig zu führen und die Betriebskosten zu tragen. — Vgl. auch R.Ger. LXXXII Nr. 74 (Verpachtung des öffentlichen Anschlagswesens).

¹⁵⁰ R.Ger. LXX Nr. 6 (Inseratenteil eines Zeitungsunternehmens).

¹⁵¹ Hiernach ist namentlich das Maß der dem Pächter zustehenden Verfügungsmacht, seine Gefahrtragung und seine Rückgewährpflicht zu beurteilen.

¹⁵² So bei der Pacht einer Gartenwirtschaft, eines Gasthofs, einer Fabrik, eines Theaterunternehmens, eines Warengeschäftes mit Laden oder Magazin usw.

zeit die Kündigung spätestens am dritten Tage vor der Beendigung erfolgen muß, dann jedoch, wenn der Zins nach Tagen bemessen ist, an jedem Tage für den folgenden Tag zulässig ist¹⁵³. Für die Miete oder Pacht eines Tieres ist allgemein vorgeschrieben, daß der Mieter oder Pächter die Fütterungskosten zu tragen hat¹⁵⁴.

2. Viehpacht¹⁵⁵. Das deutsche Recht hat schon seit dem Mittelalter mancherlei verschiedene Formen der Viehpacht entwickelt, die in neuerer Zeit mit andersgearteten Verträgen, bei denen gleichfalls Nutzvieh einem Anderen zu Pflege und Fütterung übergeben wird, in dem Gattungsbegriff der Viehverstellung zusammengefaßt wurden. Die Viehverstellung ist namentlich im französischen Recht als eigne Vertragsart (*bail à cheptel*) eingehend geregelt¹⁵⁶. Auch das Schweizerische Obligationenrecht handelt von „Viehpacht und Viehverstellung“¹⁵⁷. Dagegen ist dieser Mischbegriff in das gemeine deutsche Recht nicht übergegangen und

¹⁵³ B.G.B. § 565²⁻⁴. Nach r. M. muß der Ablauf des dritten oder folgenden Tages nach Ablauf des Kündigungstages abgewartet werden; oben S. 535 Anm. 10. — Das Preuss. L.R. hat bei der Fahrnismiete eine Kündigungsfrist von 24 Stunden, verlangt dagegen bei der Fahrnispacht Kündigung spätestens am dritten Tage eines Quartals für den Quartalschluß; § 344, 345. Das Österr. Gb. § 1116 setzt die Kündigungsfrist bei der Fahrnismiete gleichfalls auf 24 Stunden, bei jeder Verpachtung aber auf 6 Monate fest. Nach dem Sächs. Gb. § 1217 kann, wenn nicht die Zeitbestimmung für den Mietszins oder der Gebrauchszweck etwas anderes ergibt, jeder Teil den Vertrag zu jeder Zeit aufheben. In der Schweiz kann die Miete beweglicher Sachen drei Tage vorher zu jedem Zeitpunkt, jedoch die Miete eines Wohnungsmobiliars nur zwei Wochen vorher zum Ende einer dreimonatigen Dauer gekündigt werden; O.R. a. 267 (289). Bei der Pacht gilt sechsmonatige Kündigungsfrist zu beliebigem Termin, a. 290 (309). Die Viehpacht kann nach dem neuen O.R. a. 304, wo Vertrag oder Ortsgebrauch es nicht anders bestimmen, auf einen beliebigen Termin, soll jedoch nur „in guten Treuen und nicht zur Unzeit“ gekündigt werden.

¹⁵⁴ B.G.B. § 547 Abs. 1 S. 2, § 581².

¹⁵⁵ Scholz der Dritte, Z.f.D.R. III 149 ff. Huck, Die Viehverstellung, ebd. V 226 ff. Mittermaier, D.P.R. § 293. Walter § 314 ff. Bluntschli § 125. Gerber-Cosack § 209. Beseler § 197. Stobbe-Lehmann § 235 B. Hübner § 84 III. — Reyscher, Württ. P.R. II § 446. — Älteres nord. R. b. v. Amira I 630 ff., II 762 ff. Schweiz. R. b. Huber IV 863 ff. Italien. R. b. Pertile IV 600 ff. Französ. R. b. Zachariae-Crome II § 355—356.

¹⁵⁶ Code civ. a. 1800—1831 (mit Unterscheidung von fünf Arten). Ebenso Bad. L.R. mit Zusatzartikeln hinter a. 1831. In Elsaß-Lothringen neu geregelt durch Ges. v. 18. Juni 1890.

¹⁵⁷ Während es ursprünglich in a. 320 lediglich auf Kantonal- und Ortsrecht verwies, enthält es jetzt in a. 302—304 subsidiäre Bestimmungen. Von den älteren Gesetzen ist namentlich Zürch. Gb. § 1547—1552 hervorzuheben.

auch den meisten deutschen Partikularrechten fremd geblieben¹⁵⁸. Doch begegnen in den Gesetzbüchern einzelne Sonderbestimmungen über Viehpacht¹⁵⁹. Das B.G.B. enthält solche Sonderbestimmungen nicht; legt aber der vertragsmäßigen Ausgestaltung der Viehpacht im Sinne der deutschrechtlichen Gepflogenheiten kein Hindernis in den Weg¹⁶⁰.

Die Viehpacht kommt als gewöhnliche Pacht vor, so daß der Einsteller des Viehs gegen festen Pachtzins alle Nutzungen für sich bezieht. Pflege und Fütterung liegen ihm hier nach den allgemeinen Grundsätzen von Miete und Pacht ob. Hieran ändert es nichts, wenn der Eigentümer des Viehs sich einzelne Nutzungen vorbehält. Dagegen liegt kein Pachtvertrag, sondern ein Arbeitsvertrag vor, wenn der Einsteller überhaupt keinen Pachtzins zu entrichten, sondern einzelne ihm zufallende Nutzungen lediglich durch die Pflege und Fütterung des Viehs zu vergelten hat¹⁶¹.

Die Viehpacht kann auch als Teilpacht abgeschlossen werden, so daß der Pachtzins in einem Teil der Nutzungen besteht¹⁶². Dies ist im Zweifel auch die Natur der sogenannten „halbteiligen Viehverstellung“, bei der das Eigentum bei dem Viehgeber bleibt, der Einsteller aber Milch, Dünger und Arbeit der Tiere genießt und nur von Zuwachs und Wolle die Hälfte abzugeben und überdies die Gefahr aus zufälligem Verlust zur Hälfte zu tragen hat¹⁶³.

¹⁵⁸ Abgesehen von den Gebieten des französ. und bad. Rechts (oben Anm. 156) hat nur das Württ. R. den Begriff rezipiert; vgl. Reyscher a. a. O.

¹⁵⁹ So Preuss. L.R. I, 21 § 452 ff., wo aber nur die mit Gutspacht verbundene Viehpacht berücksichtigt wird. Sächs. Gb. § 1210.

¹⁶⁰ Der bei diesen Geschäften nicht seltenen Übervorteilung des Viehübernehmers setzt nur das allgemeine Wucherverbot Schranken. Über die Bekämpfung des in ihnen versteckten Wuchers durch die Kanonisten vgl. Endemann, Studien I 409 ff. Ältere partikularrechtliche Verordnungen verboten bestimmte Abreden als wucherisch; Beispiele b. Reyscher Anm. 2, Stobbe-Lehmann Anm. 63. Zwingendes Recht enthalten auch Code civ. a. 1811, 1819, 1828, Bad. L.R. a. 1831 b.

¹⁶¹ So verhält es sich bei der „uneigentlichen Viehverstellung“ des Code civ. a. 1831, bei der dem Eigentümer von eingestelltem Melkvieh lediglich der Vorteil aus den geworfenen Jungen gebührt. Ebenso erst recht, wenn der Einsteller etwa nur den Dünger oder sonstige geringe Nutzungen und außerdem noch Lohn oder sonstige Vergütung erhält; Beseler § 197 b.

¹⁶² Schweiz. O.R. a. 302.

¹⁶³ In diesem Sinne regelt der Code civ. a. 1804—1817 den „cheptel simple“. Dahin gehört auch der im Bad. L.R. a. 1831 b vorgesehene Vertrag, bei dem die Jungen von Melkvieh geteilt werden, überdies aber ein Milchzins in Milch oder Geld, der aber den Gewinn des Einstellers aus den Jungen nicht übersteigen darf, zu zahlen ist. — In Italien heißt der Vertrag socida (soccio).

Der Vertrag geht aber in einen Gesellschaftsvertrag über, wenn das Eigentum an dem eingestellten Vieh beiden Teilen gemeinschaftlich zusteht¹⁶⁴. Andererseits liegt kein Pachtvertrag, sondern ein Dienstvertrag mit partiarischer Lohnbemessung vor, wenn einem Hirten oder Viehwärter als Lohn oder Teil des Lohnes für die von ihm als Hauptverpflichtung übernommene Hut und Pflege ein Anteil am Ertrage gewährt wird¹⁶⁵.

Die Viehpacht kann sich auf einzelne Stücke richten, wird aber, mag sie nun als gewöhnliche Pacht oder als Teilpacht geschlossen werden, häufig auf eine Viehherde als solche abgestellt. Dann bildet den Gegenstand des Pachtvertrages die Herde als einheitliche Gesamtsache. Der Pächter hat daher die Herde nicht nur unter Anwendung aller Sorgfalt in ihrem Bestande zu erhalten und für eine von ihm verschuldete Verminderung oder Verschlechterung einzustehen, sondern auch den gewöhnlichen Abgang der Tiere aus eignen Mitteln zu ergänzen. Insoweit trägt er die Gefahr auch des zufälligen Unterganges der einzelnen Stücke, während die Gefahr des Ganzen den Eigentümer trifft¹⁶⁶. Zur Verfügung über die zum Bestande der Herde gehörigen Stücke ist er im Zweifel nicht befugt¹⁶⁷.

Eine besondere Art der Herdenpacht ist der Eisernviehvertrag, der schon im Mittelalter ausgebildet wurde¹⁶⁸ und auch

¹⁶⁴ So bei dem in Code civ. a. 1818—1820 geregelten „cheptel à moitié“, bei dem jeder Teil die Hälfte der Tiere liefert. Dahin gehört auch der im Bad. L.R. a. 1831^c geregelte Vertrag; vgl. Kraut, Grundrifs § 136 Nr. 15.

¹⁶⁵ Crome, Partiarische Rechtsgeschäfte S. 160 ff. Vgl. auch Beseler § 184 Anm. 14, § 197 Anm. 3 u. die dort angef. Lit.

¹⁶⁶ Das Preufs. L.R. I, 21 § 453—455 legt dem Pächter den Abgang durch Alter, Gebrauch und nicht ansteckende Krankheiten zur Last, während der Verlust durch Seuchen, Feuer oder andere ungewöhnliche Unglücksfälle den Verpächter trifft. Heute ist jedenfalls B.G.B. § 586 Abs. 2 S. 2 (oben S. 556) entsprechend anzuwenden. — Nach Code civ. a. 1810 trägt beim cheptel simple die Gefahr der einzelnen Stücke der Einsteller zur Hälfte, die Gefahr des Ganzen aber der Eigentümer allein. — Nach Schweiz. O.R. a. 303 haftet der Einsteller, wenn Vertrag oder Ortsgebrauch nicht abweichen, für allen dem Vieh widerfahrenden Schaden, kann sich aber durch den Nachweis befreien, daß der Schaden trotz aller schuldigen Hut und Pflege nicht habe vermieden werden können.

¹⁶⁷ Wohl aber über die als Früchte in sein Eigentum fallenden Tierjungen. (Anders Code civ. a. 1812.) — Eine Schätzung ist nur als Anhaltspunkt für Ersatzansprüche bedeutungsvoll.

¹⁶⁸ Vgl. Urk. v. 1253 b. Kraut a. a. O. Nr. 11: XI vaccas, quae dicuntur Immerkue. Bayr. Urk. b. Huck a. a. O. S. 231—232. Purgoldt VIII, 51. Pertile IV 600 ff. (a ferro, a capo salvo).

aus dem heutigen Recht nicht verschwunden ist¹⁶⁹. Er hat, wie schon erwähnt ist, eine bedeutungsvolle geschichtliche Rolle gespielt, indem aus seiner Verbindung mit der Landgüterpacht und seiner Erweiterung auf das tote Inventar die Übernahme des Grundstücksinventars als eisern hervorgegangen ist. Doch sind, wenn er als selbständiger Vertrag geschlossen wird, die für das eiserne Inventar geltenden Vorschriften nur teilweise entsprechend anwendbar¹⁷⁰. Den Gegenstand des Pachtverhältnisses bildet beim Eisernviehvertrage die Herde als eine nicht nur im Wechsel der Stücke beständige, sondern überhaupt nur nach Zahl und Beschaffenheit der Stücke bestimmte, also gewissermaßen fungible Gesamtsache. Der Pächter hat daher eine Herde von gleicher Stückzahl und Beschaffenheit zurückzugewähren¹⁷¹. Er trägt die volle Gefahr: „Eisern Vieh stirbt nie.“ Ihm steht aber auch innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft die Verfügung über die einzelnen Stücke zu. Gleichwohl ist im Zweifel auch hier das Eigentum an der Herde beim Verpächter¹⁷². Doch ist es auch möglich, daß das Eigentum auf den Pächter übergehen soll. Dies ist namentlich anzunehmen, wenn ihm ein Wahlrecht zwischen Rückgewähr einer gleichartigen Herde oder Zahlung des Taxpreises gewährt oder er sogar zur Zahlung des Taxpreises verpflichtet wird¹⁷³. Dann aber tritt der Vertrag aus dem Rahmen des Pachtvertrages überhaupt heraus.

§ 198. Leihe und Darlehen.

I. Leihe. Unter „Leihe“ wird heute die Überlassung einer Sache zu unentgeltlichem Gebrauch verstanden. Manche Gesetzbücher sprechen von „Gebrauchsleihe“¹. Das Wort hat diesen

¹⁶⁹ Fälle aus der gemeinrechtlichen Praxis bei Seuff. XXXVI Nr. 116, XXXVII Nr. 108. Von den Gesetzbüchern behandelt ihn nur das Sächs. Gb. § 1210. Der Code civ. regelt nur den mit Landpacht (a. 1821—1826) oder Teilpacht (a. 1827—1830) verbundenen cheptel de fer; oben S. 557 Anm. 106.

¹⁷⁰ Vgl. Motive zum Entw. des B.G.B. II 442—443.

¹⁷¹ Dabei ist eine bei der Übergabe vorgenommene Schätzung zugrunde zu legen. Doch braucht der Pächter hier niemals mehr Vieh, als er erhalten hat, herauszugeben.

¹⁷² Seuff. XXXVI Nr. 116, XXXVII Nr. 108; Beseler § 197 Anm. 10. Auch neu eingestellte Tiere fallen (wie nach B.G.B. § 588²) in das Eigentum des Verpächters, jedoch nur bis zu der festgesetzten Stückzahl.

¹⁷³ Seuff. XXXVII Nr. 108. Die älteren Juristen sprachen hier von einer „taxatio venditionis causa“.

¹ So Sächs. Gb. § 1173, Schweiz. O.R. Tit. 9 (jetzt Tit. 9 Abs. 1), auch Entw. I § 549. Code civ. a. 1874: prêt à usage.

technischen Sinn erst allmählich empfangen. Ursprünglich umfaßte es auch die entgeltliche Gebrauchsüberlassung² und wird im Leben noch heute in dieser umfassenderen Weise verwandt³.

1. Geschichte. Die unentgeltliche Gebrauchsleihe war schon dem ältesten deutschen Recht bekannt. Sie war ein Realvertrag, bei dem der Empfang der Sache eine Haftung für das Versprechen unversehrter Rückgabe erzeugte⁴. Mit den schuldrechtlichen Wirkungen verbanden sich, da der Entleiher Gewere erlangte, sachenrechtliche Wirkungen⁵.

Nach der Rezeption wurde die unentgeltliche Gebrauchsleihe dem römischen Begriff des *Commodats* unterstellt⁶. Damit traten in schuldrechtlicher Hinsicht nur unwesentliche Abwandlungen des bisherigen Rechts ein. Der Leihvertrag blieb Realvertrag; es wurde nur, seitdem im gemeinen Recht die Klagbarkeit formloser Verträge durchgedrungen war, auch das *pactum de commodando* als klagbarer Vertrag anerkannt⁷. Sodann wurde dem Entleiher die ihm vom deutschen Recht grundsätzlich auferlegte Tragung der Gefahr der Sache abgenommen⁸. Auch wurde die ohne bindende Verpflichtung zur Belassung des Gebrauchs erfolgte Gebrauchsüberlassung dem Rechte des Leihvertrages entzogen und unter die besondere Vertragsfigur des römischen *Prekarium* gebracht⁹. Die sachenrechtlichen Wirkungen der deutschen Leihe tilgte das gemeine Recht grundsätzlich aus.

² Vor allem die Landleihe gegen Zins oder Dienst, wie ja auch das Lehen nichts anderes als geliehenes Gut ist.

³ So beim Leihbibliothekar, dem Garderobenverleiher, dem Pferdeverleiher, deren Verleihen Vermieten ist. Der Sprachgebrauch hat sich sogar in die Urhoberr.G. v. 19. Juni 1901 § 11¹ u. v. 9. Jan. 1907 § 15¹ verirrt.

⁴ So schon nach den Volksrechten; vgl. bes. l. *Salica* tit. 52 de rem prestita und dazu Schuld und Haftung S. 82 u. 165 ff. Ferner Sachsensp. I 15, III 5 § 2, 43 § 2. Über nord. R. v. *Amira* I 654 ff., II 796 ff.

⁵ Vgl. oben Bd. II 199, 201, 206; Sachsensp. I 15 § 1, II 60, III 5 § 1, 22 § 1—3, 43 § 2, Richtst. L.R. 14 c. 3—4. Über die scharfe Scheidung der schuldrechtlichen und der sachenrechtlichen Ansprüche in Sachsensp. I 15 vgl. Schuld und Haftung S. 83.

⁶ Über das röm. u. gem. R. vgl. Glück XIII 246 ff., Windscheid § 374 ff. u. die dort angef. Lit.

⁷ Vgl. oben § 186 S. 344.

⁸ Über das deut. R. oben § 178 S. 126 Anm. 37. Doch wurde gerade hier durch Annahme einer Haftung für culpa levissima (ebd. S. 120 Anm. 11) lange eine Annäherung an das deutsche Recht erzielt.

⁹ G. E. Schmidt, Das commodatum und precarium, 1841; Windscheid § 376 und die dort angef. Lit.

Die neueren Gesetzbücher stellten sich auf den Boden des gemeinen Rechts¹⁰. Sie konstruierten meist ausdrücklich den Leihvertrag als Realvertrag und sonderten von ihm den Vertrag über Hingabe und Hinnahme der Sache als Vorvertrag¹¹. Auch an der Unterscheidung von Leihe und Prekarium hielten sie zunächst fest¹²; erst die neuesten Gesetzbücher haben sie über Bord geworfen¹³. Die sachenrechtliche Kraft der deutschen Leihe stellte nur das preussische Landrecht wieder her¹⁴.

Das Bürgerliche Gesetzbuch folgt ebenfalls dem gemeinrechtlichen Vorbilde¹⁵. Dafs es den Leihvertrag als Realvertrag auffafst, geht allerdings nicht aus dem Wortlaut seiner Bestimmungen, wohl aber aus deren Inhalt hervor¹⁶. Den besonderen Begriff des Prekarium hat es endgültig fallen lassen¹⁷. Sachen-

¹⁰ Preufs. A.L.R. I, 21 § 229 ff.; Code civ. a. 1875 sq.; Öst. Gb. § 871 ff.; Sächs. Gb. § 1173 ff.; Schweiz. O.R. a. 321 ff. (305 ff.). Vgl. Dernburg, Preufs. P.R. II § 174 ff. Zachariae-Crome § 371 ff. v. Schey, Die Obligationsverhältnisse des österr. Allgemeinen Privatrechts, Bd. I, Wien 1907, S. 187 ff.

¹¹ So Österr. Gb. § 971; Sächs. Gb. § 1173 mit § 1174. Ebenso setzt die Fassung des preufs. u. des französ. Gesetzbuches voraus, dafs nur der durch Hingabe der Sache geschlossene Vertrag Leihvertrag ist. Anders das Schweiz. O.R. a. 321 (305).

¹² Preufs. L.R. § 231—232. Österr. Gb. § 974; dazu v. Schey a. a. O. S. 260 ff. Französ. R. nach Zachariae-Crome § 371 Anm. 4.

¹³ So das Sächs. u. Schweiz. Gb. — Wie wenig sich das Prekarium als besondere Vertragsart bei uns eingebürgert hat, zeigt schon der Mangel eines deutschen Namens. Das Österr. Gb. nennt es „unverbindliches Bittleihen“.

¹⁴ Dernburg, Preufs. P.R. § 174. Dagegen versagt es dem Prekaristen Besitz und dingliches Recht und spricht ihm blofse Inhabung zu; § 231. Ebenso dem Entleiher einer unbeweglichen Sache oder eines Rechts, wenn der Vertrag nicht schriftlich abgefafst ist; § 233.

¹⁵ B.G.B. § 598—606. Vgl. Klein, Die Rechtsformen der Gebrauchsleihe im deut. B.G.B., Wien 1902. Zabel, Leihvertrag 1910. Schollmeyer S. 82 ff. Cosack § 141. Endemann § 183. Dernburg § 230 ff. Landsberg § 143. Matthiafs § 120. Crome § 246. Enneccerus § 360 ff. Komm. zu § 598 ff.

¹⁶ Sie setzen alle die erfolgte Hingabe der Sache voraus. Das pactum de commodando ist also ein vom Leihvertrag verschiedener Vorvertrag. Vgl. Endemann a. a. O., Dernburg § 230 II, Crome § 246 I 1 b, Enneccerus § 360, 2, Planck Vorbem. 1, Staudinger Vorbem. 2, Oertmann Vorbem. 2—3. Auch Schloßmann, Jahrb. f. D. XLV 1 ff., 72 ff., nimmt Realvertrag an, sieht aber im Vorvertrage nur dessen konsensuales Element. Andere dagegen halten den heutigen Leihvertrag für Konsensualvertrag; so Cosack § 141 III, Kipp b. Windscheid S. 591, Landsberg § 143, Hellmann, Kr.V.Schr. XLI 222, Stintzing, Vorverpflichtung S. 73; vgl. auch Kohler, Arch. f. b. R. II 217 ff.

¹⁷ Entw. I widmete ihm noch seinen § 558.

rechtliche Wirkungen legt es der Leihe nicht bei. Doch wird eine Annäherung an das deutsche Recht durch die Rechtsfolgen herbeigeführt, die sich aus der Anerkennung des Besitzes des Entleiher ergeben¹⁸.

2. Zustandekommen. Der Abschluss des Leihvertrages erfolgt durch Hingabe einer Sache unter Willenseinigung darüber, daß der Entleiher zum Gebrauch der Sache befugt und zu ihrer Rückgabe an den Verleiher verpflichtet sein soll¹⁹. Die Sache kann unbeweglich oder beweglich sein²⁰. Verbrauchbare Sachen können insoweit den Gegenstand einer Leihe bilden, als von ihnen ein Gebrauch, der nicht Verbrauch ist, gemacht werden soll²¹. Das Gebrauchsrecht des Entleiher kann beliebig eingeschränkt, es kann andererseits auch auf Fruchtgenuss erstreckt werden²².

3. Verbindlichkeiten des Verleiher. Der Verleiher ist verpflichtet, dem Entleiher den Gebrauch der Sache unentgeltlich zu gestatten²³. Er hat nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit

¹⁸ In jedem Falle Besitzschutz, bei der Fahrnisleihe Schutz gegen einen Dritten, der vom Verleiher das Eigentum erwirbt, aus § 986² B.G.B. und Herausgabeanspruch gegen Dritte aus § 1007 B.G.B.; vgl. oben Bd. II 249 ff., 261 ff. — Diese Wirkungen treten nicht ein, wenn dem Entleiher nicht Besitz, sondern nur unselbständige oder vorübergehende Inhabung (z. B. an einem Operngucker, einem Kursbuch, einer Reisedecke) eingeräumt wird; das Vorhandensein eines Leihvertrages hier zu bestreiten, liegt kein Grund vor, da die schuldrechtlichen Verpflichtungen aus einem solchen entstehen.

¹⁹ Die Gestattung von unentgeltlichem Gebrauch oder Fruchtgenuss ohne Hingabe der Sache oder eines abgesonderten Sachteils ist keine Leihe. So verleiht man sein Grundstück nicht, wenn man einem Anderen gestattet, es als Weg zu benutzen, auf ihm Blumen oder Obst zu pflücken usw. Bedenklich ist es auch, wenn das O.L.G. Kolmar in Rspr. d. O.L.G. IX 304 in der Gestattung des Gebrauches eines Daches zur Vornahme von Arbeiten für eine elektrische Anlage einen Leihvertrag erblickt.

²⁰ Ein Recht kann nach B.G.B. nicht, wie nach Preufs. L.R. § 233 u. Öst. R. (vgl. v. Schey S. 199 ff.), Gegenstand des Leihvertrages sein. Indessen können die Vorschriften über den Leihvertrag auf die unentgeltliche Überlassung eines Rechtsgebrauchs entsprechend angewandt werden; R.Ger. in J.W.Schr. 1904 S. 228. Im Sächs. Gb. § 1186 war dies ausdrücklich angeordnet.

²¹ So z. B. Geld, das vorgezeigt, Obst, das zur Schau gestellt werden soll; auch Inhaberpapiere, deren Gebrauch in ihrer Verpfändung bestehen soll; R.Ger. XIII Nr. 32.

²² Mangels besonderer Abrede sind die Früchte dem Verleiher herauszugeben; Preufs. L.R. § 238, Sächs. Gb. § 1183. — Nach Preufs. L.R. § 239—240 schließt jede Gewährung von Fruchtgenuss den Begriff des Leihvertrages aus.

²³ B.G.B. § 598. Jede dem Entleiher auferlegte Gegenleistung, auch wenn sie in Diensten besteht (z. B. Zureiten des geliehenen Pferdes), schließt den Begriff des Leihvertrages aus. Ebenso ist nach Preufs. L.R. § 229, Code civ.

zu vertreten²⁴. Zur „Gewährung“ des Gebrauchs und zur Erhaltung der Sache in gebrauchsfähigem Zustande ist er nicht verpflichtet²⁵. Darum trifft ihn auch keine Gewährleistungspflicht; nur im Falle arglistiger Verschweigung eines Rechtsmangels oder Sachfehlers haftet er dem Entleiher für den daraus entstehenden Schaden²⁶. Außergewöhnliche Verwendungen auf die Sache muß er dem Entleiher wie einem unbeauftragten Geschäftsführer ersetzen, auch die Wegnahme einer von diesem mit der Sache verbundenen Einrichtung dulden²⁷.

4. Verbindlichkeiten des Entleihers. Der Entleiher hat die Sache gehörig zu bewahren und haftet dabei für jedes Verschulden²⁸. Ihm fallen die gewöhnlichen Erhaltungskosten, insbesondere die Fütterungskosten eines geliehenen Tieres, zur Last²⁹. Er darf von der Sache keinen anderen als den vertrags-

a. 1876, Öst. Gb. § 971, Schweiz. O.R. a. 321 (305) die Unentgeltlichkeit essentiell. Dagegen liegt nach Sächs. Gb. § 1175 trotz Vereinbarung einer „Gebühr“ für den Gebrauch dann eine Gebrauchsleihe vor, wenn die Vertragschließenden eine solche beabsichtigt haben.

²⁴ B.G.B. § 599. Vgl. Preufs. L.R. § 257, Sächs. Gb. § 1177.

²⁵ Er darf also nur den Gebrauch der Sache, wie sie ist, nicht hindern oder stören. Vgl. Cosack § 141, Schollmeyer S. 83 ff., Planck zu § 598 Bem. 7, Oertmann Vorbem. 1e u. zu § 599 Bem. 2.

²⁶ B.G.B. § 600. Vgl. Code civ. a. 1891.

²⁷ B.G.B. § 601². Vgl. Preufs. L.R. § 241—244, Code civ. a. 1890, Öst. Gb. § 991, Sächs. Gb. § 1179, Schweiz. O.R. a. 323² (307²).

²⁸ Insoweit es zur Erhaltung der Sache erforderlich ist, darf er auch den Gebrauch (z. B. die Bewegung eines Pferdes) nicht unterlassen. Eine der Sache drohende Gefahr hat er tunlichst abzuwenden oder zu verringern, zum mindesten dem Verleiher anzuzeigen. Vgl. Preufs. L.R. § 253, Code civ. a. 1880. Dafs er, wie in Anlehnung an l. 5 § 4 D. 13, 6 Preufs. L.R. § 250, Code civ. a. 1882 u. Sächs. Gb. § 1177 ausdrücklich bestimmen, unbedingt haftet, wenn er bei der Rettung aus einer gemeinsamen Gefahr der eignen Sache vor der entliehenen fremden den Vorzug gibt, entspricht Treu und Glauben und muß auch für das heutige Recht als Regel gelten. Eine Abwägung nach dem Wertverhältnis ist dabei nicht angebracht. — Für Zufall haftet der Entleiher im Gegensatz zum älteren deut. R. heute nicht. Doch läßt er sich durch vertragswidrigen Gebrauch oder unbefugte Gebrauchsüberlassung an einen Anderen eine Haftung für Zufall in gleichem Umfange auf, wie (nach B.G.B. § 287) durch Verzug. Dies ist in Übereinstimmung mit Preufs. L.R. § 251, Code civ. a. 1881, Öst. Gb. § 979 u. Schweiz. O.R. a. 322 (306) auch für das heutige deut. R. anzunehmen. Darüber hinaus haftet er für Zufall, soweit er die Gefahr übernommen hat. In vielen Fällen wird die Berufung auf zufälligen Untergang oder Verderb der Sache nicht nur als unanständig empfunden, sondern muß auch als durch stillschweigende Vereinbarung ausgeschlossen gelten.

²⁹ B.G.B. § 601¹. Vgl. Preufs. L.R. § 241, Code civ. a. 1886, Öst. Gb. § 981, Sächs. Gb. § 1179, Schweiz. O.R. a. 323 (307).

mäßigen Gebrauch machen und ohne Erlaubnis des Verleihers den Gebrauch nicht einem Dritten überlassen³⁰. Dagegen hat er Veränderungen oder Verschlechterungen, die durch den vertragsmäßigen Gebrauch herbeigeführt werden, nicht zu vertreten³¹. Nach Beendigung der Leihe muß er die Sache zurückgeben³².

5. Beendigung. Die Leihe ist gleich der Miete ein dauerndes Schuldverhältnis. Ihre Zeitdauer kann vertragsmäßig bestimmt sein. Andernfalls läuft sie ab, nachdem der Entleiher den sich aus dem Zweck der Leihe ergebenden Gebrauch gemacht oder der Verleiher, weil die Zeit, in der dieser Gebrauch hätte gemacht werden können, verstrichen ist, die Sache zurückgefordert hat³³. Ist die Dauer der Leihe weder bestimmt, noch aus dem Zwecke zu entnehmen, so kann der Verleiher sie jederzeit durch Zurückforderung der Sache beenden³⁴. Außerdem kann der Verleiher die Leihe durch fristlose Kündigung vorzeitig beenden, wenn er selbst infolge eines unvorhergesehenen Umstandes der Sache bedarf³⁵, wenn der Entleiher einen vertragswidrigen Gebrauch von der Sache macht³⁶ und wenn der Entleiher stirbt³⁷. Der Entleiher seinerseits ist im Zweifel stets befugt, durch Rückgabe der Sache der Leihe ein verfrühtes Ende zu bereiten³⁸.

Mit der Beendigung der Leihe erlöschen natürlich nicht die einzelnen ihr entsprungenen Forderungsrechte. Doch sind die

³⁰ B.G.B. § 603. Vgl. Preufs. L.R. § 237, Code civ. a. 1880, Öst. Gb. § 978 ff., Sächs. Gb. § 1176, Schweiz. O.R. a. 322 (306).

³¹ B.G.B. § 602. Vgl. Code civ. a. 1884, Sächs. Gb. § 1178; Öst. R. b. Seuff. XXXIX Nr. 296.

³² B.G.B. § 604. Die Rückgabepflicht ist, wie schon nach älterem deut. R. (Sachsensp. III 5 § 2) u. gem. R. (Windscheid § 282 Anm. 4), Bringschuld; Seuff. LXIII Nr. 222. — Das Zurückbehaltungsrecht wegen seiner Gegenansprüche ist dem Entleiher nicht versagt. Anders nach gem. R. (Dernburg, Pand. II § 90 Anm. 12) und Code civ. a. 1885.

³³ B.G.B. § 604¹⁻². Vgl. Preufs. L.R. § 230, 234; Code civ. a. 1888; Ost. Gb. § 973; Schweiz. O.R. a. 325 (309¹).

³⁴ B.G.B. § 604³. Ebenso Sächs. Gb. § 1181, Schweiz. O.R. a. 327 (310).

³⁵ B.G.B. § 605 Z. 1. So auch Preufs. L.R. § 235—236, Code civ. a. 1889, Schweiz. O.R. a. 326 (309²). Anders Öst. Gb. § 976. Auch dem Sächs. Gb. ist dies Kündigungsrecht unbekannt.

³⁶ B.G.B. § 605 Z. 2. Ebenso Preufs. L.R. § 237, Öst. Gb. § 978, Sächs. Gb. 1180, Schweiz. O.R. a. 326 (309²).

³⁷ B.G.B. § 605 Z. 3. Ebenso Sächs. Gb. § 1182, Schweiz. O.R. a. 328 (311). Anders nach gem. R., preufs. u. österr. R. und der Regel nach auch nach Code civ. a. 1879.

³⁸ Dies folgt aus B.G.B. § 271². Ausdrücklich bestimmt ist es im Preufs. L.R. § 245 u. Öst. Gb. § 977.

Ersatzansprüche des Verleihers wegen Verschlechterung oder Veränderung der Sache und die des Entleihers wegen Verwendungen der gleichen sechsmonatigen Verjährung unterworfen, wie die entsprechenden Ansprüche bei der Miete³⁹.

6. Rückforderungsrecht gegen Dritte. Wenn der Entleiher den Gebrauch der Sache befugt oder unbefugt einem Dritten überlassen hat, steht dem Verleiher nach Beendigung der Leihe auch gegen den Dritten dasselbe unmittelbare Rückforderungsrecht zu, das dem Vermieter eingeräumt ist⁴⁰.

II. Darlehen. Das Darlehen ist die Hingabe von Geld oder anderen vertretbaren Sachen unter Ausbedingung der Rückerstattung des Empfangenen in Sachen von gleicher Art, Güte und Menge.

1. Darlehen überhaupt. Im älteren deutschen Recht wurde das Darlehen vom Begriff der Leihe mitumfaßt⁴¹. Als es später, zunächst als Getreidedarlehen und sonstiges Naturaldarlehen, sodann auch als Gelddarlehen grössere Bedeutung gewann, mußte es sich von der Gebrauchsleihe schärfer absondern, erschien aber stets als Unterart der Leihe. Nach der Rezeption trat es dem *commodatum* als *mutuum* gegenüber und wurde im gemeinen Recht auf römischrechtlicher Grundlage fortgebildet⁴². Doch blieb die innere Verwandtschaft des Darlehens mit der Gebrauchsleihe anerkannt und kam in den Gesetzbüchern zum Ausdruck. Nur das preussische Landrecht reißt beide Verträge völlig auseinander⁴³. Das französische Gesetzbuch und jetzt auch das schweizerische Obligationenrecht unterstellt sie dem Gattungsbegriff der Leihe⁴⁴. Im österreichischen und sächsischen Gesetzbuch ist

³⁹ B.G.B. § 606. Das Öst. Gb. § 982 hat eine Ausschlussfrist von 30 Tagen; v. Schey S. 245 ff.

⁴⁰ B.G.B. § 604⁴. Dazu oben § 196 S. 525 ff. Anm. 84—85.

⁴¹ Brunner, R.G. II 520 Anm. 1. Schuld u. Haftung S. 83. Nord. R. b. v. Amira I 654 ff., II 797 ff.

⁴² Vgl. Glück, Komm. XI 464 ff., XII 1 ff. G. E. Heimbach, Die Lehre vom Kreditum nach dem in Deutschland geltenden Rechte, 1849. Huschke, Die römische Lehre vom Darlehen und die dazu gehörigen Materien, 1882. Dernburg, Pand. II § 85 ff. Windscheid § 370 ff.

⁴³ Während es den Leihvertrag unter den eingeschränkten Gebrauchs- und Nutzungsrechten an fremder Sache behandelt, regelt es den Darlehensvertrag unter den Eigentumserwerbstiteln I, 11 § 653—858. Dafs es damit den inneren Zusammenhang nicht zerstören konnte, zeigen die Darstellungen der Lehrbücher; vgl. Förster-Eccius II § 137, Dernburg II § 178.

⁴⁴ Code civ. handelt in L. III t. 10 „du prêt“, und zwar in Ch. 1 du prêt à usage, in Ch. 2 du prêt de consommation (Verbrauchsleihe) ou simple prêt, in Ch. 3 du prêt à intérêt. Vgl. Zachariae-Crome § 374 ff. Das neue

das Darlehen im engen Zusammenhange mit der Gebrauchsleihe geregelt⁴⁵. Auch das B.G.B. läßt die wenigen Bestimmungen, die es dem Darlehen widmet, unmittelbar auf die Vorschriften über die Leihe folgen⁴⁶.

In der Tat ist seinem Wesen nach das Darlehen gleich der Leihe Gebrauchsüberlassung, die im Vertrauen auf Rückerstattung nach gemachtem Gebrauch erfolgt. Nur ist Gegenstand der Gebrauchsüberlassung hier nicht ein Sachindividuum, sondern ein gattungsmäßig bestimmtes Sachquantum und meist überhaupt nur ein durch Geld dargestelltes Wertquantum⁴⁷. Erfolgt eine solche Kapital- oder Wertleihe gegen Entgelt, so entspricht sie natürlich insoweit vielmehr der Miete⁴⁸. Die als Darlehen hingeegebenen Sachen sind also hier gar nicht das, was geliehen oder vermietet wird. Sie sollen nicht gebraucht und zurückerstattet, sondern verbraucht werden. Darum geht das Eigentum an ihnen auf den Empfänger über, während das dem Verleiher vorbehaltene Recht sich in einem Forderungsrecht erschöpft⁴⁹. Allein diese Sachen repräsentieren den wahren Gegenstand des Darlehens, ihre Über-eignung ist das Mittel, um in das Vermögen des Empfängers das Kapital überzuführen, das ihm zum Gebrauch überlassen wird, und das dafür erworbene Forderungsrecht ist die Erscheinungsform der fortdauernden Kapitalherrschaft des Verleihers. Das als Darlehen Empfangene ist somit Träger des kreditierten Vermögenswertes und wird darum als „Valuta“ bezeichnet.

Schweiz. O.R. überschreibt seinen 9. Titel „Die Leihe“ und regelt in Abschn. 1 „Die Gebrauchsleihe“, in Abschn. 2 „Das Darlehen“ (§ 312—318).

⁴⁵ Österr. Gb. § 983—1001 (hinter der Leihe). Dazu v. Schey a. a. O. S. 15—186. Sächs. Gb. § 1067—1081 (vor der Gebrauchsleihe).

⁴⁶ B.G.B. § 607—610. Dazu die Kommentare. Lübbert, Jahrb. f. D. LII 313 ff. Schollmeyer S. 87 ff. Cosack § 142. Endemann § 184. Dernburg § 233 ff. Landsberg § 146. Matthiafs § 121. Crome § 247 ff. Enneccerus S. 360 ff.

⁴⁷ Dieses ist nicht nur bei dem eigentlichen Gelddarlehen, sondern bei jedem in Geld rückzahlbaren Darlehen, jenes bei dem in anderen vertretbaren Sachen gegebenen und zurückzuerstattenden Darlehen, aber auch bei dem auf eine bestimmte Münzsorte abgestellten Gelddarlehen der Fall.

⁴⁸ Die entgeltliche Kapitalleihe hat sich aber von der unentgeltlichen Kapitalleihe nicht in gleicher Weise, wie die Sachmiete von der Gebrauchsleihe, als besonderer Vertragstypus abgezweigt. Zum vollen gegenseitigen Vertrage ist sie nicht geworden.

⁴⁹ Das Darlehen als „Verbrauchsleihe“ verhält sich in dieser Hinsicht zur Gebrauchsleihe nicht anders, wie der sog. uneigentliche Nießbrauch zum eigentlichen (oben Bd. II 688) oder das depositum irregulare zum depositum regulare.

Gleich der Leihe war das Darlehen im deutschen wie im römischen Recht Realvertrag und ist es im gemeinen Recht und in den meisten Gesetzbüchern geblieben⁵⁰. So auch im B.G.B.⁵¹.

Von dem Darlehensvertrage ist daher der Vertrag, durch den das Geben oder Nehmen eines Darlehens oder gleichzeitig von dem einen Teil das Geben und von dem anderen Teil das Nehmen versprochen wird, als Darlehensvorvertrag zu unterscheiden⁵². Ein solcher Vertrag ist bindend, begründet aber noch keine Darlehensschuld, sondern die Verpflichtung zum Abschluss eines die Darlehensschuld begründenden Vertrages durch Hingabe oder Annahme der Valuta⁵³. Die bindende Kraft des Versprechens, das Darlehen zu geben, ist durch die gesetzliche Regel abgeschwächt, nach der im Zweifel dieses Versprechen widerrufen werden kann, wenn in den Vermögensverhältnissen des anderen Teils eine Verschlechterung eintritt, durch die der Anspruch auf Rückerstattung gefährdet wird⁵⁴.

⁵⁰ Vgl. für das gem. R. oben § 186 S. 344 Anm. 81. Dafs das Preufs. L.R. das Darlehen als Realvertrag auffafst, ergibt sich deutlich aus § 653 in Verbindung mit § 654—661. Gegen Förster, der trotzdem Konsensualvertrag annahm (II § 137 S. 235), wendet sich Eccius in seiner Bearbeitung. Desgleichen Dernburg § 178. Auch Code civ. a. 1892 geht vom Begriff des Realvertrages aus; dafs er daneben, wie das R.Ger. XXXII Nr. 65 S. 266 meint, ein Konsensualdarlehen zulasse, ist nicht anzunehmen. Ausdrücklich unterscheidet das Öst. Gb. § 983 den Darlehensvertrag als Realvertrag vom Darlehensvorvertrage; vgl. v. Schey S. 36 ff. Ebenso Sächs. Gb. § 1067 mit § 1068—1069. — Dagegen führt das Schweiz. O.R. a. 329—337 (312—318) die Theorie des Konsensualvertrages konsequent durch.

⁵¹ Der Wortlaut des § 607 und die Stellung des § 610 schließt hier jeden Zweifel aus. Vgl. Cosack § 142 III, der bei der Leihe anderer Meinung ist (oben Anm. 16), Endemann § 184, Dernburg § 234 I, Eck S. 506, Schollmeyer S. 88, Crome § 247, Enneccerus § 362 II, Regelsberger, Jahrb. f. D. LII 410 ff., Planck Vorbem. III 3a, Staudinger Vorbem. 2, Oertmann Vorbem. 2. — Abweichend Kohler, Arch. f. b. R. II 211 ff., XXXIII 1 f., Affolter, ebd. XXVI 3 ff., Hoeniger, ebd. XXXIII 278 ff., G. Boehmer, ebd. XXXVIII 314 ff., Lübbert, Jahrb. f. D. LII 313 ff., Schloßmann, ebd. XLV 1 ff., 38 ff., 71, Reichel, Die Maklerprovision, 1913, S. 18 ff.

⁵² Preufs. L.R. § 654—660. Öst. Gb. § 983. Sächs. Gb. § 1068—1069. Vgl. bes. v. Schey S. 172 ff.; Lübbert a. a. O. S. 372 ff.; Oertmann zu B.G.B. § 610; Enneccerus § 364; Dernburg § 236.

⁵³ Darum ist gegenüber der Forderung aus dem Darlehensversprechen die Aufrechnung ausgeschlossen; Seuff. LXIII Nr. 8. Auch ist die Forderung auf Auszahlung des Darlehens unübertragbar; oben § 180 S. 200 Anm. 97, dazu jetzt auch Raape b. Dernburg⁴ § 236 Anm. 5. — Nach Sächs. Gb. § 1069 verjährt die Klage jedes Teils auf Erfüllung in einem Jahre; nach Schweiz. O.R. a. 331 (315) in 6 Monaten.

⁵⁴ B.G.B. § 610 und dazu oben § 184 S. 305 Anm. 115—116 über die Binding, Handbuch. II. 3. III: Gierke, Deutsches Privatrecht. III. 37

Der Darlehensvertrag als solcher kommt durch Geben und Nehmen der Valuta in Verbindung mit der Willenseinigung über Begründung einer Darlehensschuld zustande. Die Willenseinigung fordert eine gültige Willenserklärung des einen Teils, daß er die Valuta als Darlehen gebe, des anderen Teils, daß er sie als Darlehen empfangen. Darin liegt das Versprechen des Gebers, die Valuta während der Darlehenszeit dem Empfänger zum Gebrauch zu überlassen, und das Versprechen des Empfängers, die Valuta nach Ablauf der Darlehenszeit dem Geber zurückzuerstatten. Ist die eine oder die andere dieser Willenserklärungen nichtig, so entsteht keine Darlehensforderung und keine Darlehensschuld⁵⁵. Die Willenseinigung reicht aber nicht aus, um das Darlehensschuldverhältnis zu erzeugen. Hierzu bedarf es vielmehr einer rechtswirksamen Überführung der Valuta in das Vermögen des Darlehensempfängers⁵⁶. Diese kann durch reale Hingabe von Geld oder solchen vertretbaren Sachen, wie sie zurückerstattet werden sollen, erfolgen. Dann ist Übereignung mittels Übergabe erforder-

hierin enthaltene Unterstellung der *clausula rebus sic stantibus*. Über Ausschluß des Widerrufs bei ausreichender hypothekarischer Sicherung *Seuff. LXIII Nr. 132*. — Vgl. *Preuss. L.R. § 656—657*, *Schweiz. O.R. a. 332 (316)*.

⁵⁵ Regelmäßig geht dann auch das Eigentum am Empfangenen nicht auf den Empfänger über, der Geber kann es also mit dem Eigentumsanspruch herausverlangen. Ist das Eigentum trotzdem übergegangen oder war es schon beim Empfänger oder wird es von diesem durch Verbrauch oder Vermischung erworben, so kann der Geber Wertersatzung nur aus einem etwaigen sonstigen Rechtsgrunde und mangels eines solchen auf Grund ungerechtfertigter Bereicherung fordern, der Empfänger aber die Wertersatzung nicht auf Grund von Darlehensgewährung weigern. — Dagegen ist das Darlehen nicht nichtig, wenn ein Darlehensvorvertrag nichtig ist und infolge davon eine angenommene Verpflichtung zum Abschluß des Realvertrages nicht bestand. So kann z. B. das Zustandekommen des Darlehens nicht unter Berufung auf § 139 B.G.B. deshalb in Abrede gestellt werden, weil eine Pfandbestellung oder Bürgschaftsleistung nichtig ist, ohne die das Darlehen nicht gegeben worden wäre. Vgl. *R.Ger. LXXXVI Nr. 79*.

⁵⁶ Zur Geltendmachung der Darlehensforderung gehört daher die Behauptung und der Beweis, daß der Schuldner die Valuta empfangen hat. Die Erbringung dieses Beweises durch Empfangsbekanntnis oder Valutaquittung im Schuldschein richtet sich heute nach den allgemeinen Beweisregeln. Das spätrömische Institut der zwei Jahre lang zulässigen *querela non numeratae pecuniae*, durch die jede Beweiskraft der Urkunde vernichtet wurde, ging zwar in das gemeine Recht über, wurde aber durch die Praxis und die Partikularrechte mannigfach umgebildet, mehr und mehr abgeschwächt und endlich wieder abgestoßen; vgl. *Windscheid § 372*, *Stobbe-Lehmann § 236, 2*; v. *Schey a. a. O. S. 164 ff.*

lich. Kommt durch die Übergabe der Eigentumsübergang nicht zustande, so entsteht auch keine Darlehensschuld⁵⁷. Der realen Hingabe der Valuta steht aber jede andere Vermögensverschiebung gleich, die dem Empfänger den als Valuta vereinbarten Wert verschafft. So kann ein Gelddarlehen in der Weise zustande kommen, daß andere Sachen, insbesondere Wertpapiere oder Waren, mit der Abrede übereignet werden, daß ihr Wert als empfangene Valuta gelten soll⁵⁸. Die Übergabe von Sachen kann aber auch mit der Abrede erfolgen, daß der Empfänger sie verkaufen und ihren Erlös als Valuta empfangen, somit erst mit dem Eingange des Erlöses in dessen Höhe zum Darlehensschuldner werden soll⁵⁹. Möglich ist auch, daß als Empfang der Valuta der Erwerb einer Forderung gelten soll, die der Darlehensgeber dem Darlehensnehmer abtritt⁶⁰ oder auf anderem Wege verschafft⁶¹. Endlich genügt es auch zum Abschlusse eines Darlehensvertrages, wenn ein Schuldner von Geld oder anderen vertretbaren Sachen mit dem Gläubiger vereinbart, daß das Geld oder die Sachen von nun an als Darlehen geschuldet werden sollen⁶². Der Empfang der Valuta

⁵⁷ Rückerstattung kann dann mit dem Eigentumsanspruch oder auf Grund ungerechtfertigter Bereicherung, möglicherweise auch auf Grund unerlaubter Handlung durchgesetzt werden. Ein Anspruch des Empfängers auf Eigentumsverschaffung oder auf Schadensersatz wegen Nichtverschaffung kann nur aus dem Vorvertrage entspringen.

⁵⁸ Im Zweifel gilt dann der Kurswert oder Marktpreis zur Zeit und am Orte der Hingabe als Darlehenssumme. Doch ist abweichende Vereinbarung möglich. Dagegen ist nach Schweiz. O.R. a. 333 (317) eine entgegenstehende Übereinkunft nichtig; unten S. 590 Anm. 121. — Juristisch wird der Vorgang in der Regel als Hingabe an Zahlungsstatt zur Erfüllung eines auf ein Gelddarlehen lautenden Darlehensversprechens aufzufassen sein, kann sich aber auch als Verkauf mit Belassung der Kaufsumme als Valuta darstellen.

⁵⁹ Dann bleibt im Zweifel das Eigentum und die Gefahr beim Verleiher, bis sie auf den Käufer übergehen (anders Sächs. Gb. § 1073). Das Eigentum am Kaufpreise aber erlangt der Empfänger kraft der Vereinbarung mit der Aushändigung seitens des Käufers. — Möglich ist übrigens auch, daß das Darlehen schon mit dem Verkauf zustande kommen, die Valuta also mit dem Erwerb der Forderung auf den Kaufpreis als empfangen gelten soll.

⁶⁰ Sei es zum Nennwert oder sei es zum Schätzwert. Natürlich kann auch verabredet sein, daß erst mit der Einziehung der Forderung in Höhe des empfangenen Betrages das Darlehen entsteht.

⁶¹ So durch Anweisung eines Bankiers zur Gutschreibung des Betrages beim Bankkonto des Empfängers, falls eben vereinbart ist, daß mit der Gutschrift die Valuta beglichen sein soll.

⁶² B.G.B. § 607². So auch Sächs. Gb. § 1071. Vgl. v. Schey a. a. O. S. 84 ff. Martin, Verwandlung bestehender Schulden in Darlehensschulden,

liegt hier in dem gestatteten Behalten des Geschuldeten, setzt also den vollwirksamen Bestand der bisherigen Schuld voraus⁶³. Ob bei solcher Umwandlung einer andersgearteten Schuld in Darlehensschuld die alte Schuld nur verändert wird oder infolge ihres Ersatzes durch eine neue Schuld untergeht, ist Auslegungsfrage⁶⁴.

Dem Darlehensvertrage entspringt ein dauerndes Schuldverhältnis. Ein sofort zurückzuerstattendes Darlehen wäre sinnlos. Immer vielmehr wird der Gebrauch des geliehenen Kapitals dem Darlehensnehmer für eine gewisse Zeit überlassen, mit deren Ablauf erst seine Rückerstattungsschuld fällig wird⁶⁵. Die Dauer dieser Leihezeit kann vertragsmäßig bestimmt sein^{65 a}. Die Bestimmung kann in der Weise erfolgen, daß zu wiederkehrenden Terminen feste Teilbeträge der Rückerstattungsschuld fällig werden, somit das Schuldverhältnis ruckweise sich mindern und allmählich erlöschen soll (Tilgungs- oder Amortisationsdarlehen). Ist die Zeit unbestimmt, so hängt ihr Ablauf von der Kündigung des einen oder anderen Teiles ab⁶⁶. Die Kündigungsfrist beträgt nach der

1903. Klein, Vertragliche Änderung des Inhaltes eines Schuldverhältnisses, 1907. Klemperer b. Gruchot XLIII 567 ff. Rümelin, Arch. f. z. Pr. XCVII 258, 309 ff. Dernburg § 234 IV. Crome § 288 II. Endemann § 184 Anm. 10. Enneccerus § 362 III. Planck Bem. 7. Oertmann Bem. 2b.

⁶³ Daher kommt das Darlehen nicht durch Vereinbarung nach § 607 zustande, wenn die Schuld nichtig (z. B. wucherisch) oder klaglos (z. B. Spielschuld) ist oder (z. B. infolge wirksamen Erlasses) nicht mehr besteht; R.Ger. b. Gruchot LI 941, Z.S. LXII Nr. 15, LXXVI Nr. 13 S. 60. Nicht zu billigen dagegen ist es, wenn das R.Ger. LXXVIII Nr. 35 S. 168 ff. auch die Umwandlung einer verjährten Forderung in eine Darlehensforderung durch formfreie Vereinbarung nach § 607 ausschließt. Zulässig ist eine Vereinbarung gemäß § 607 hinsichtlich einer künftigen Schuld; R.Ger. b. Seuff. LXII Nr. 9.

⁶⁴ Man wird mit Enneccerus a. a. O. im Zweifel bloße Änderung anzunehmen haben. Hiernach entscheidet sich, ob Bürgen und Pfänder fort-haften, Einwendungen gegen die bisherige Schuld erhalten bleiben usw. Auch im Falle voller Schuldneuerung ist die neue Schuld, weil auf Valutenempfang gegründet, Darlehensschuld. Soll sie abstrakte Schuld sein, so liegt überhaupt ein Fall des § 607² nicht vor. Zusammenstellung der reichsgerichtlichen Praxis im Komm. d. R.G.R. Nr. 6.

⁶⁵ Vgl. meine Abh. über dauernde Schuldv. S. 399 ff. Zutreffend sagt auch G. Boehmer a. a. O. S. 320 ff., die Rückgabepflicht sei nicht der Zweck des Vertrages, sondern „juristische Formulierung der zeitlichen Begrenzung“, Zweck sei vielmehr die Nutzbarmachung fremder Werte.

^{65 a} Nicht nur fest, sondern auch durch den Eintritt einer Bedingung (R.Ger. b. Gruchot LII 430 ff.), die Lebenszeit eines Teiles usw.

⁶⁶ B.G.B. § 609¹. Die dem röm. R. unbekannte Bindung der Darlehensbeendigung an eine Kündigung mit Kündigungsfrist entstammt dem deutschen Recht. Vgl. Immerwahr, Kündigung S. 26 ff. über Gläubigerkündigung und

gesetzlichen Regel bei Darlehen von mehr als 300 Mark drei Monate, bei kleineren Darlehen einen Monat⁶⁷. Nur bei einem unverzinslichen Darlehen steht dem Darlehensschuldner regelmäßig das Recht zu, das Schuldverhältnis durch Rückerstattung vorzeitig zu beenden⁶⁸. Dem Darlehensgläubiger ist ein gesetzliches Recht vorzeitiger Rückforderung in keinem Falle gewährt⁶⁹. Durch Vereinbarung können abweichende Bestimmungen über die Kündigung getroffen werden. Häufig werden neben den Kündigungsfristen Kündigungstermine, zu denen allein gekündigt werden kann, ausbedungen. Der Gläubiger kann sich auch bei einem Darlehen auf bestimmte Zeit ein Recht zu vorzeitiger Kündigung mit oder ohne Kündigungsfrist allgemein oder für bestimmte Fälle (z. B. bei unpünktlicher Zinszahlung) vorbehalten⁷⁰ und stets eine beliebig abgekürzte Kündigungsfrist einräumen lassen. Er kann aber auch auf das Kündigungsrecht für beliebig lange Zeit oder sogar für immer, sei es schlechthin oder sei es mit Vorbehalt, verzichten⁷¹. Das für den Gläubiger unkündbare verzinsliche Darlehen nähert sich einer bloßen Rentenschuld, bleibt aber begrifflich Kapitalschuld⁷². Auch der Schuldner kann sich nicht nur beim verzins-

S. 28 ff. über Schuldnerkündigung im deutschen Mittelalter und S. 86 ff. über die spätere Entwicklung. Dem gemeinen Recht blieb sie fremd. Auch dem Code civ. a. 1900 und dem Sächs. Gb. § 1077 fehlt eine gesetzliche Kündigungsfrist; es soll nur dem Schuldner eine angemessene Frist zur Rückerstattung gewährt werden. Ähnlich nach Öst. R.; vgl. v. Schey S. 101 ff. Dagegen führte das Preufs. L.R. § 761 ff. eine gesetzliche Kündigungsfrist für beide Teile ein. Ebenso das Schweiz. O.R. a. 336 (318).

⁶⁷ B.G.B. § 609². Vorbildlich wurde auch hier das Preufs. L.R. (3 Monate, bei Darlehen von 50 Tl. und darunter 4 Wochen). Das Schweiz. R. hat 6 Wochen.

⁶⁸ B.G.B. § 609³. Was hier für das unbefristete Darlehen bestimmt ist, gilt nach § 271² im Zweifel auch für das befristete unverzinsliche Darlehen.

⁶⁹ Auch nicht im Falle unpünktlicher Zinszahlung, wie Manche (z. B. Lübbert S. 395, Oertmann Bem. 18) nach Analogie der Miete annehmen. Ebenso wenig im Falle der Vermögensverschlechterung.

⁷⁰ Doch ist bei Amortisationsdarlehen von Hypothekenbanken die Ausbedingung eines Kündigungsrechtes ausgeschlossen; oben Bd. II 951.

⁷¹ Vgl. Seuff. LXIII Nr. 245. Dauernde Einschränkung des Kündigungsrechtes für den Gläubiger begegnet namentlich bei den hypothekarisch gesicherten Darlehen der Pfandbriefverbände an Grundbesitzer; vgl. oben Bd. II 945 Anm. 13, 951 Anm. 45. Völliger Ausschluss des Kündigungsrechtes bei Darlehen, über die Schuldverschreibungen auf den Inhaber ausgegeben werden (z. B. bei öffentlichen Anleihen, bei Pfandbriefen usw.).

⁷² Anders Code civ. a. 1909, nach dem es in „constitution de rente“ übergeht.

lichen Darlehen ein Kündigungsrecht vor Ablauf der bestimmten Leihezeit oder eine Abkürzung der Kündigungsfrist ausbedingen, sondern auch sich an eine verlängerte Kündigungsfrist binden oder sich des Kündigungsrechtes für einen längeren Zeitraum ganz begeben. Dagegen muß die immerwährende Ausschließung des Kündigungsrechtes des Schuldners für unzulässig erachtet werden⁷³.

Die Verpflichtungen aus dem Darlehensvertrage sind beschränkter Natur. Der Darlehensgeber ist aus ihm lediglich verpflichtet, dem Darlehensempfänger den Gebrauch des geliehenen Kapitals während der Leihezeit zu belassen. Sonstige Verpflichtungen können für ihn nur aus dem Darlehensvorvertrage entstehen⁷⁴. Daß er aber das Darlehen nicht vorzeitig zurückfordern darf, ist nicht bloß eine Befristung seines Forderungsrechts, sondern eine trotz ihres negativen Inhaltes selbständige schuldrechtliche Verpflichtung⁷⁵. Dem Darlehensempfänger erwächst aus dem Dar-

⁷³ Bei einem höheren Zinsfuß als 6 v. H. träte trotzdem das unverzichtbare halbjährige Kündigungsrecht aus § 247 B.G.B. ein. Der Ausschließung des Kündigungsrechtes bei hypothekarisch gesicherten Darlehen werden den Hypothekenbanken gegenüber durch das Reichsrecht (oben Bd. II 951 Anm. 46), allgemein durch viele Landesgesetze (ebd. S. 850 Anm. 50) feste zeitliche Grenzen gezogen. Im übrigen wird man kaum mit Dernburg § 235 III d u. Oertmann Bem. 1d die bei der Miete und Rentenschuld gesetzte Höchstfrist von 30 Jahren analog anwenden dürfen, wohl aber eine den Umständen nach die Freiheit des Schuldners übermäßig einschränkende, zu lange Bindung für nichtig erachten müssen. Denn die Übernahme einer unabwälbaren ewigen Schuld widerspricht nach heutiger Auffassung den guten Sitten. — Der Code civ. a. 1911 erklärt die *rente constituée en perpétuel* für *essentiellement rachetable* und läßt den Ausschluß des Wiederkaufsrechtes höchstens für 10 Jahre zu.

⁷⁴ So die Verpflichtung zur Eigentumsverschaffung oder zur Ersatzleistung wegen Mängel im Rechte oder Fehler der Sache. A. M. die Anhänger der Konsensualvertragstheorie und auch Cosack § 142 IV 2.

⁷⁵ Als solche führt sie Code civ. a. 1899 unter den „obligations du prêteur“ auf. In der Tat besteht ein innerer Unterschied zwischen dieser im Wesen des Darlehens als Gebrauchsüberlassung begründeten Unterlassungspflicht und dem Mangel des Rechts, die zu einem künftigen Zeitpunkt geschuldete Leistung vor Eintritt der Fälligkeit der Forderung zu verlangen. Nicht die Hingabe, sondern die Belassung der Valuta ist es ja auch, die beim entgeltlichen Darlehen vergolten wird. Man wird daher dem Schuldner auch gegenüber dem Gläubiger, der seine Unterlassungspflicht durch vorzeitige Rückforderung verletzt, die Unterlassungsklage nicht versagen dürfen; vgl. Dauernde Schuldv. S. 400. Die gestundete Forderung nähert sich der Darlehensforderung an. Doch bleibt sie, wenn sie auch als „kreditiert“ Merkmale der Darlehensforderung annimmt, begrifflich von einer solchen verschieden. Wird aber dem Schuldner vertragsmäßig ein Gebrauchsrecht an dem geschuldeten Geldbetrage eingeräumt, so erfolgt gemäß § 607² die Umwandlung in eine

lehensvertrage begriffsnotwendig nur die Verpflichtung zur Rück-
erstattung des Empfangenen in gleichem Betrage. Doch ist die
Vereinbarung möglich, daß er einen geringeren oder einen höheren
Betrag zu erstatten hat⁷⁶. Andere Verpflichtungen können für
ihn aus dem Darlehensvorvertrage entspringen⁷⁷. Einen Bestand-
teil des Darlehensvertrages selbst aber bildet heute die Neben-
abrede, durch die er sich zur Leistung von Zinsen verpflichtet⁷⁸.
Vom zinsbaren Darlehen ist noch besonders zu handeln.

2. Zinsbares Darlehen. Das zinsbare Darlehen ist die
Hauptform des entgeltlichen Darlehens. Die Zinsen bilden den
während der Leihezeit geschuldeten dauernden Entgelt für den
Gebrauch des fremden Kapitals⁷⁹.

Die Geschichte des zinsbaren Darlehens in Deutschland
fällt zusammen mit der Geschichte des Wucherverbotes⁸⁰. Der

Darlehensforderung, mit deren Erwerb der Gläubiger eben auch eine Ver-
pflichtung zur Gebrauchsbelassung übernimmt.

⁷⁶ Im ersten Falle kann ein mit Schenkung gemischter Darlehensvertrag
vorliegen. Aber nicht notwendig! Man denke z. B. an die Ausgabe von In-
haberschuldverschreibungen aus einer öffentlichen Anleihe über dem Nenn-
wert, wobei der Gläubiger die Entschädigung für den etwaigen Kapitalverlust
in der Sicherheit und guten Verzinslichkeit seiner Kapitalanlage findet. Im
zweiten Falle ist der zu erstattende Mehrbetrag eine Form des Entgeltes für
den Kapitalgebrauch, wovon nachher noch zu reden ist.

⁷⁷ Z. B. zur Sicherstellung des Gläubigers durch Hypothek, Pfand oder
Bürgen.

⁷⁸ Während das röm. R. dazu einen besonderen Nebenvertrag forderte,
ist das Zinsversprechen heute Bestandteil des einheitlichen Darlehensvertrages.
Auch heute aber bedarf es einer besonderen Vereinbarung, um das Darlehen
verzinslich zu machen (Ausnahme in H.G.B. § 354²). — Ohne Vereinbarung
werden natürlich nach allgemeinen Grundsätzen Verzugs- und Prozeßzinsen
geschuldet. Sie aber sind nicht Entgelt für befugten Gebrauch, sondern Er-
satz für unbefugte Vorenthaltung.

⁷⁹ Über den Begriff der Zinsen vgl. oben § 176 II 4 S. 72 ff. — Möglich
ist auch ein Darlehen gegen Dividende, das sich von einer gesellschaftlichen
Einlage unterscheidet; R.Ger. XXXI Nr. 7, Crome, Partiarische Rechtsgeschäfte
S. 368 ff. In diesem Falle sind auf den zugesagten Gewinnanteil die Vorschriften
über Zinsen nicht anwendbar, vgl. unten S. 587 Anm. 107 a. E.

⁸⁰ M. Neumann, Geschichte des Wuchers in Deutschland, Halle 1865.
Endemann, Studien in der romanistisch-kanonistischen Wirtschafts- u. Rechts-
lehre I, Berlin 1876, S. 9 ff. F. X. Funk, Geschichte des kirchlichen Zins-
verbots, Tübingen 1876. L. v. Stein, Der Wucher und sein Recht, Wien 1880.
v. Below, Art. „Wucher“ im Wörterbuch der Volkswirtschaft² II 1361 ff.
Lexis, Art. „Wucher“ im Handwörterb. d. Staatswiss.³ VIII 970 ff., Th. Som-
merlad, Art. „Zinsfuß im Mittelalter“, ebd. S. 1023 ff. — Beseler, D.P.R.
§ 114. Stobbe-Lehmann § 236, 3. Hübner, Grundz. § 86.

kirchliche Grundsatz, daß alles Zinsennehmen strafbarer Wucher sei, konnte in der Frühzeit des Mittelalters, so lange der Zustand der Naturalwirtschaft die Verselbständigung des beweglichen Kapitals hinderte, sich im Rechtsleben durchsetzen⁸¹. Als aber das kanonische Recht unter veränderten wirtschaftlichen Verhältnissen das Zinsverbot festhielt und sogar noch verschärfte⁸², bot ihm die Entwicklung Trotz. Zum Teil freilich genügte dem mit dem Beginn der Geldwirtschaft sich einstellenden Bedürfnis entgeltlicher Kreditgewährung und Kreditnahme das nunmehr aufblühende, von der Kirche gebilligte Institut des Rentenkaufes⁸³. Allein zur Befriedigung des Personalkredites war es untauglich. Obwohl daher das weltliche Recht das kirchliche Zinsverbot grundsätzlich anerkannte⁸⁴, gewann doch in den letzten Jahrhunderten des Mittelalters das verzinsliche Darlehen wachsende Verbreitung. Vor allem liehen die Juden, die das kanonische Recht nicht band und denen von Landesherrn und Städten durch besondere Privilegien das Zinsennehmen gestattet wurde, Geld auf Zinsen aus⁸⁵. Ähnliche Privilegien wurden auch christlichen Bankiers erteilt⁸⁶. Dazu kamen seit dem 15. Jahrhundert die Privilegien der Leihhäuser. Im übrigen fand man mancherlei Mittel, um das Zinsverbot zu umgehen⁸⁷. Aber auch unverhüllt wurden verzinsliche Darlehen von geistlichen und weltlichen Personen jedes Standes

⁸¹ Fränkische Kapitularien nahmen den kirchlichen Wucherbegriff auf; so schon Cap. min. a. 806 c. 11 u. 16 M.G. Leg. Sect. II T. I 132. Mehrfach verboten sie ausdrücklich das Zinsennehmen den Laien wie den Geistlichen; Cap. Olonn. a. 825 c. 5 ebd. S. 327, Cap. Loth. a. 832 c. 4 ebd. II 63, Cap. a. 850 c. 19 ebd. S. 122. (Ob das c. 17 des Cap. Ital. ebd. I 219 echt ist, ist zweifelhaft.)

⁸² Vgl. bes. c. 3 X de usuris 5, 19 (v. 1179), c. 1 u. 2 in VI^o de usuris 5, 5 (v. 1274) u. c. un. Clement. de usuris 5, 5 (v. 1311).

⁸³ Vgl. oben Bd. II 753—754.

⁸⁴ Glosse zu Sachsensp. I, 54; Schwabensp. (L.) c. 160 u. 361. Clemens V. erklärte weltliche Gesetze, die das Zinsennehmen erlaubten, für null und nichtig (oben Anm. 82).

⁸⁵ Stobbe, Die Juden im M.A. S. 103 ff., 233 ff. Über vereinzelte erfolglose Verbote auch für Juden S. 108, 234.

⁸⁶ Insbesondere den „Lombarden“ und „Kawerzen“, aber auch einheimischen Wechslern.

⁸⁷ Da das kanonische Recht Verzugszinsen zuließ, bestimmte man einen nahen Rückerstattungstermin und ließ sich von dessen Ablauf an Verzugszinsen versprechen. Städte nahmen eine verzinsliche Anleihe auf und kleideten sie in die Form eines den gesamten städtischen Grundbesitz belastenden Rentenkaufs.

gegeben und genommen⁸⁸. Trotzdem blieb das kanonische Zinsverbot in Kraft und überdauerte, zumal die Reformatoren sich für dasselbe aussprachen⁸⁹, auch die Reformation. Viele Partikularrechte des 16. Jahrhunderts hielten es ausdrücklich aufrecht⁹⁰. Doch waren seine Tage nunmehr gezählt. Seit der Mitte des 16. Jahrhunderts mehrten sich die Partikularrechte, die es durchbrachen⁹¹, und durch den jüngsten Reichsabschied von 1654 wurde das zinsbare Darlehen reichsgesetzlich erlaubt⁹².

Mit der Gestattung des zinsbaren Darlehens aber ging die Beschränkung des erlaubten Zinssatzes Hand in Hand⁹³. Als „Wucher“ erschien seitdem nicht mehr das Zinsennehmen überhaupt, sondern nur noch die Überschreitung des gesetzlichen Zinsmaßes. Das Höchstmaß der zulässigen Zinsen wurde durch die Reichsgesetzgebung auf 5 vom Hundert festgesetzt⁹⁴. Hieran schlossen sich die meisten Partikularrechte und neueren Gesetzbücher an⁹⁵. Da aber das Justinianeische Recht Zinsen bis zu 6 vom Hundert gestattet hatte, wurde in manchen Partikularrechten das Zinsmaximum auf diesen Betrag erhöht⁹⁶ oder doch bestimmt, daß der sechste Zinstaler nicht zurückgefordert werden

⁸⁸ Hohe und niedere Geistliche, Adlige und Bürger ließen sich Zinsen versprechen, Landesherrn, Städte und Privatpersonen nahmen verzinsliche Anleihen auf. Beispiele bei Neumann S. 512 ff., Stobbe-Lehmann § 236 Anm. 22, Lörsch-Schröder-Perels Urk.³ Nr. 186.

⁸⁹ Vgl. Neumann S. 479. Anders nur Calvin; ebd. S. 492 ff.

⁹⁰ So Nürnberg. Ref. v. 1522 XXII c. 3 u. 4, Kurköln. Ref. v. 1538, Solms. L.R. v. 1571 II, 3 § 10 und noch Württ. L.R. v. 1610; vgl. Stobbe-Lehmann Anm. 31, v. Wächter, Württ. P.R. I 495 ff.

⁹¹ So Zürich. R. schon 1529 (Bluntschli II 263), Sächs. Ges. seit 1550 u. Const. Bl. 1572, Nürnberg. Ref. v. 1564 XIII, 3 usw.; vgl. Stobbe-Lehmann Anm. 32 u. 33.

⁹² I.R.A. § 174; Neumann S. 555 ff.

⁹³ Schon im Mittelalter setzen die Privilegien, die das Zinsennehmen gestatten, oft Zinsmaxima (meist sehr hohe) fest. So für die Juden; Wiener Neustadt c. 111 b. Winter S. 211; Stobbe, Juden S. 110, 234 ff.

⁹⁴ So nach dem Vorbilde der Bestimmungen über den Rentenkauf (oben Bd. II 757 Anm. 18) zuerst für die Juden in R.P.O. v. 1577 Tit. 20 § 6, dann für Verzugszinsen im R.D.A. v. 1600 § 139 und allgemein im I.R.A. § 174.

⁹⁵ Zusammenstellung älterer Partikularrechte bei Stobbe-Lehmann § 236 Anm. 32. Preuß. L.R. I, 11 § 804. Franz. Ges. v. 3. Sept. 1807 a. 1. Öst. Gb. § 991 (für Darlehen mit Pfandsicherung).

⁹⁶ So Hamb. Stadtr. II, 1 § 4, Hohenloher L.R. III, 12 § 6 und andere ältere Partikularrechte bei Stobbe-Lehmann Anm. 33. Bad. L.R. a. 1907 a b. Österr. Gb. § 991 (für Darlehen ohne Pfandsicherung). Publ.V. zum Sächs. Gb. v. 2. Jan. 1863 § 4—5.

dürfe⁹⁷. Andere Gesetze erlaubten den Kaufleuten, Zinsen bis zu 6 vom Hundert zu nehmen⁹⁸. Bei einzelnen Arten von Darlehen wurde die Ausbedingung noch höherer Zinsen zugelassen⁹⁹. Zugleich wurden die sonstigen römischrechtlichen Beschränkungen der Zinsverbindlichkeit aufgenommen¹⁰⁰.

Im 19. Jahrhundert wurden die festen Zinstaxen mehr und mehr als willkürliche Einschränkungen der Vertragsfreiheit empfunden und endlich abgeschafft¹⁰¹. Für ganz Deutschland hob sie das Handelsgesetzbuch bei kaufmännischen Darlehen auf¹⁰². Allgemein beseitigte sie das norddeutsche Bundesgesetz vom 14. November

⁹⁷ Nürnbg. Ref. v. 1564 XIII, 3, Frankf. Ref. II, 11 § 11, Lüneb. Ref. II, 11 § 5; Beseler § 114 Anm. 11; Stobbe-Lehmann Anm. 37.

⁹⁸ Zürch. Ges. v. 1653 b. Bluntschli II 263; Braunsch. R. b. Steinacker S. 255; Württemb. R. v. 1798 b. Wächter I 500; Preufs. L.R. I, 11 § 805; Französ. Ges. v. 3. Sept. 1807 a. 1.

⁹⁹ So durften nach Preufs. L.R. I, 11 § 805—806 Juden, falls sie nicht die Rechte christlicher Kaufleute hatten, 8 v. H. nehmen; aufgehoben durch Deklar. v. 20. April 1813. Besondere höhere Zinsmaxima galten für die Darlehen öffentlicher Pfandleiher; Preufs. L.R. I, 11 § 809, 20 § 269, Pfand- und Leihreglement v. 13. März 1787 § 90—96, Kab.O. v. 28. Juni 1826 Z. 7. Allgemein liefs die Sächs. Publ.V. § 4 bei kleinen kurzfristigen Darlehen 8 v. H. zu.

¹⁰⁰ So das Verbot des Anatozismus; gemeines R. b. Windscheid § 261 Anm. 2, Preufs. L.R. I, 11 § 810 ff., Öst. Gb. § 998, Sächs. Gb. § 679—680; andere Partikularrechte b. Stobbe-Lehmann § 236 Anm. 57—59. — Ferner das Verbot des Zinsenlaufes ultra alterum tantum; vgl. über das gemeine Recht und die Abschwächungen der Praxis Windscheid a. a. O. Anm. 3, Stobbe-Lehmann § 236 Anm. 46—49 u. 52; Partikularrechte ebd. Anm. § 51 u. 53. Aufgehoben im Preufs. L.R. I, 11 § 851, Sächs. Gb. § 682 und für Handelsgeschäfte im A.D.H.G. art. 293. — Dazu das Verbot des Vorabzugs der Zinsen vom Kapital im Preufs. L.R. I, 11 § 815 ff., Sächs. Gb. § 683.

¹⁰¹ Vgl. über diese Entwicklung Goldschmidt, Verh. des VI. Deut. Juristent. 1865 I 225 f.; Hinschius, Z. f. Gesetzg. u. Rechtspflege in Preußen II 14 ff., 336 ff.; Lexis a. a. O. S. 973 ff.; v. Schey a. a. O. S. 137 ff.; Hedemann, Die Fortschritte des Zivilrechts im 19. Jahrh., T. I, Berlin 1910, S. 9 ff. — Für den kaufmännischen Großverkehr gewährte schon das Preufs. A.L.R. II, 8 § 692 Zinsfreiheit. Vgl. dazu auch Sächs. Publ. V. § 4. Allen Wechselfähigen entzog ein Württ. Ges. v. 2. Okt. 1839 den Schutz der Wuchergesetze. Die völlige Aufhebung der Wucherverbote erfolgte 1858 in Bremen, Oldenburg u. Sachsen-Weimar, 1860 in Koburg-Gotha, 1862 in Lübeck, 1864 in Frankfurt a. M. und im Königr. Sachsen, 1865 in Hamburg, 1867 in Preußen, Braunschweig und Meiningen. — In Österreich, wo schon Joseph II. es mit der Zinsfreiheit versucht hatte, wurde sie durch Ges. v. 14. Juni 1868 eingeführt. — In Frankreich enthielt der Code civ. keine Zinsbeschränkungen, doch stellte sie schon das Ges. v. 3. Sept. 1807 wieder her; erst 1886 wurden sie für den Handelsverkehr beseitigt.

¹⁰² A.D.H.G. a. 292.

1867¹⁰³. Auch das B.G.B. kennt sie nicht. Nur für das Pfandleihgewerbe gelten kraft reichsgesetzlicher Ermächtigung landesgesetzliche Vorschriften, die ein Höchstmaß der Zinsen festsetzen¹⁰⁴.

Somit hängt heute die Höhe der geschuldeten Zinsen von freier Vereinbarung ab. Nur in Ermangelung einer vertragsmäßigen Bestimmung über den Zinssatz tritt der gesetzliche Zinssatz von 4 vom Hundert oder bei einem beiderseitigen Handelsgeschäft von 5 vom Hundert ein. Die Zinsen sind mangels anderer Abrede nach dem Ablaufe je eines Jahres oder im Falle früherer Beendigung des Darlehens bei der Rückerstattung des Kapitals zu entrichten¹⁰⁵. Es können aber beliebige andere Zinstermine vereinbart werden, so daß sich der Darlehensgeber auch die Vorauszahlung ausbedingen kann¹⁰⁶. Indessen ist in Ansehung der Höhe des Zinssatzes der Vertragsfreiheit dadurch eine feste Schranke gezogen, daß die Vereinbarung eines höheren Zinssatzes als 6 vom Hundert zwar gültig, jedoch in ihrer Bindungskraft beschränkt ist. Denn kraft zwingender Gesetzesvorschrift kann in diesem Falle der Schuldner nach Ablauf von 6 Monaten das Kapital unter Einhaltung einer sechsmonatigen Kündigungsfrist kündigen¹⁰⁷. Außerdem ist das gemeinrechtliche Verbot des Anatozismus in das geltende Recht übergegangen¹⁰⁸. Doch ist nur die im voraus ge-

¹⁰³ Das Gesetz wurde sodann zum Reichsgesetz erhoben, jedoch mit Ausnahme Bayerns, wo das besondere Ges. v. 5. Dez. 1867 fortgalt. Durch E.G. zum B.G.B. a. 39 ist es aufgehoben.

¹⁰⁴ Oben Bd. II 999 Anm. 136.

¹⁰⁵ B.G.B. § 608. Ebenso Österr. Ges. v. 14. Juni 1868 § 4, neues Schweiz. O.R. a. 314².

¹⁰⁶ Damit sind die Verbote des Vorabzugs der Zinsen vom Kapital (oben Anm. 100 a. E.) beseitigt. Ausdrücklich ausgesprochen ist dies im Österr. Ges. v. 1868 § 4.

¹⁰⁷ B.G.B. § 247. Die Bestimmung stammt aus dem Ges. v. 14. Nov. 1867 § 2, das sich an ältere Vorbilder anlehnte (Stobbe-Lehmann § 236 Anm. 43), war dagegen dem bayr. Ges. v. 5. Dez. 1867 fremd. Sie gilt nicht für Schuldverschreibungen auf den Inhaber. Dagegen sind die weitere Ausnahme, die das Ges. v. 1867 für kaufmännische Darlehen machte, und die Vorbehalte für abweichendes Landesrecht weggefallen. — Die erste Frist von 6 Monaten, vor deren Ablauf nicht gekündigt werden kann, ist vom Eintritt der Zinsverbindlichkeit an, regelmäßig also vom Empfange der Valuta an, zu berechnen (Beseler § 114 Anm. 17, Schollmeyer zu § 247), nicht, wie Andere (z. B. Dernburg, Pand. II § 30 Anm. 7, jetzt auch Oertmann zu § 247 Bem. 3) annehmen, vom Tage der Vereinbarung an. — Auf die Hingabe von Geld gegen einen auf Zinsen bis zu 6 v. H. zugesagten Gewinnanteil ist § 247 auch dann, wenn darin ein Darlehen zu finden ist, nicht anwendbar; R.Ger. LXXXVI Nr. 98.

¹⁰⁸ B.G.B. § 248; oben Anm. 100. Auch das Ges. v. 1867 hatte es un-

troffene Vereinbarung, daß fällige Zinsen wieder Zinsen tragen sollen, nichtig¹⁰⁹. Und diese Beschränkung gilt nicht für die Einlagen bei Sparkassen, Kreditanstalten und Inhabern von Bankgeschäften, für die von Kreditanstalten unter Ausgabe von Inhaberschuldverschreibungen gewährten Darlehen und für das kaufmännische Kontokorrent¹¹⁰.

Mit der Aufhebung der festen Zinstaxen war zunächst die Wucherfreiheit proklamiert. Bedenkliche Folgen blieben nicht aus. Als die Gesetzgebung sich demgegenüber auf ihre soziale Aufgabe besann, kehrte sie zum Wucherverbot zurück¹¹¹. In diesem Sinne erging das Reichsgesetz über den Wucher vom 24. Mai 1880. Doch führte man nicht von neuem ein ziffernmäßig bestimmtes Zinsmaximum ein, sondern schuf einen neuen elastischen Wucherbegriff. Man forderte zum Tatbestande eines wucherischen Kreditgeschäftes einerseits, daß die als Entgelt versprochenen oder gewährten Vermögensvorteile den üblichen Zinsfuß dergestalt überschreiten, daß sie in auffälligem Mißverhältnis zur Leistung stehen. Und man erklärte andererseits das Geschäft nur dann für wucherisch, wenn der Gläubiger derartige übermäßige Vorteile sich oder einem Dritten unter Ausbeutung der Notlage, des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit des anderen Teils versprechen oder gewähren läßt. Das Gesetz ist in erster Linie Strafgesetz. Es enthielt aber auch privatrechtliche Bestimmungen, durch die das wucherische Geschäft für ungültig erklärt und die Rückerstattung des Empfangenen geregelt wurde¹¹². In dieser Hinsicht

berührt gelassen; R.Ger. VI Nr. 91, Seuff. XLVII Nr. 189, XLIX Nr. 153. Dagegen hatten es einzelne Partikularrechte, wie das Lüb. G. v. 23. Juni 1862 a. 4, Frankf. G. v. 2. Febr. 1864 § 5, Bayr. G. v. 5. Dez. 1867 a. 1, aufgehoben. — In Österreich ist es durch das G. v. 14. Juni 1868 § 3 beseitigt. Dagegen stimmt das Schweiz. O.R. a. 314³ (335) mit dem B.G.B. überein.

¹⁰⁹ Die Vereinbarung, daß verfallene Zinsen als verzinsliche Schuld fortgeschuldet werden sollen, ist somit gültig. Dies wurde mitunter schon für das gemeine Recht angenommen (Seuff. XXXVIII Nr. 112) und ist auch im Preuß. L.R. I, 11 § 819—820 (mit Beschränkungen), im Code civ. a. 1154, im Öst. Gb. § 998 und im Sächs. Gb. § 680 bestimmt.

¹¹⁰ B.G.B. § 248²; H.G.B. § 355. Dies stimmt mit dem früheren Recht überein; Stobbe-Lehmann § 236 Anm. 55—56.

¹¹¹ Übersicht b. Lexis a. a. O. S. 976 ff., Hedemann a. a. O. S. 132 ff. — Österr. Ges. v. 28. Mai 1881; darüber v. Schey S. 138 ff. Neues Schweiz. O.R. a. 21.

¹¹² Ges. v. 1880 art. 3; dazu Mandry, Der zivilrechtliche Inhalt der Reichsges.² S. 536 ff. Der Wucherer hat die geleisteten Vermögensvorteile mit Zinsen zurückzuerstatten, behält aber seinerseits den Anspruch auf Rück-

ist es durch die allgemeine Vorschrift des § 138 Abs. 2 B.G.B. ersetzt¹¹³, die den privatrechtlichen Begriff des wucherischen Geschäftes von dem strafrechtlichen Tatbestande des Wuchers loslöst und die Nichtigkeit jedes wucherischen Rechtsgeschäftes ausspricht¹¹⁴.

Die für Darlehenszinsen entwickelten Rechtssätze wurden stets auf die bei anderen Kreditgeschäften als Entgelt für die Kreditgewährung vereinbarten Zinsen übertragen. Wie das kanonische Verbot des Zinsnehmens sich auf alle Vertragszinsen bezog, so galten die festen Zinsmaxima für jede Verzinsung kreditierter Forderungen¹¹⁵. Dieselbe allgemeine Bedeutung hatte die Aufhebung der Zinstaxen, haben aber auch die fortbestehenden Beschränkungen der Verzinslichkeit¹¹⁶. Ebenso traf das neue Wucherverbot von vornherein den gesamten Kreditwucher¹¹⁷. Sodann aber wurde durch die Novelle zum Wuchergesetz vom 19. Juni 1893 der Begriff des Wuchers über den Kreis der Kreditgeschäfte hinaus auf alle Rechtsgeschäfte erstreckt, bei denen der eine Teil unter Ausbeutung der Notlage, der Unerfahrenheit oder des Leichtsinns des anderen Teils sich als Entgelt für seine Leistung übermäßige Vorteile ausbedingt. Doch schränkt das Wuchergesetz außerhalb des Bereiches der Kreditgeschäfte das Wucherverbot auf den gewerbs- oder gewohnheitsmäßigen Betrieb wucherischer Geschäfte

erstattung des wirklich Gegebenen, für den ihm auch eine bestellte Sicherheit forthaftet.

¹¹³ Art. 3 des Wucherges. ist durch Art. 47 E.G. z. B.G.B. aufgehoben.

¹¹⁴ Der Begriff des Wuchers deckt sich, soweit Kreditwucher in Frage steht, mit dem des Wuchergesetzes. Als Rechtsfolge aber ist nur die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts ausgesprochen. Die beiderseitigen Rückerstattungsansprüche richten sich daher nunmehr lediglich nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen, insbesondere nach B.G.B. § 812, 817, 819. Darüber, ob im Gegensatz zu a. 3 des Wucherges. dem Gläubiger nun auch das Recht zur Rückforderung des wirklich Geleisteten entzogen ist, vgl. unten § 218 Anm. 97.

¹¹⁵ Vgl. Windscheid § 260; Preufs. L.R. I, 11 § 853 ff., 861 ff.; Sächs. Publ.V. § 4.

¹¹⁶ Ges. v. 14. Nov. 1867 § 1—4 („für Darlehen und für andere kreditierte Forderungen“). Das Verbot des Zinseszinses und das unverzichtbare Kündigungsrecht bei einem Zinssatze von mehr als 6 v. H. sind daher im B.G.B. nicht mehr in die Lehre vom Darlehen, sondern in den allgemeinen Teil des Schuldrechts gestellt.

¹¹⁷ Das Wucherges. v. 24. Mai 1880 stellt dem Falle des Darlehens den „der Stundung einer Geldforderung“ gleich, die Fassung vom 19. Juni 1893 fügt „Rechtsgeschäfte, welche den gleichen wirtschaftlichen Zwecken dienen“, hinzu.

ein¹¹⁸. Dagegen hat das B.G.B. für das Privatrecht den erweiterten Wucherbegriff ohne diese Einschränkung aufgenommen¹¹⁹.

Andererseits zogen beim Darlehen die Zinsverbote und Zinsbeschränkungen auch Verbote und Beschränkungen des vom Schuldner statt oder neben Zinsen in anderer Form gewährten Entgeltes nach sich. Ein solcher Entgelt kann namentlich in dem Empfange einer minderwertigen Valuta, die der Schuldner als vollwertig anzuerkennen hat, oder in der Ausbedingung einer den Betrag der Valuta übersteigenden Rückerstattungssumme bestehen. Die Gesetze, die für den Zinssatz ein Höchstmaß festsetzten, suchten der Umgehung des Wucherverbotes mittels solcher und ähnlicher Abreden durch mancherlei Schutzbestimmungen vorzubeugen¹²⁰. Mit der Aufhebung der festen Zinstaxen fielen auch diese Schranken der Vertragsfreiheit weg¹²¹. Dagegen wurde bei der Erneuerung des Wucherverbotes von vornherein der Begriff des Wuchers auf alle als Entgelt versprochenen oder gewährten „Vermögensvorteile“ abgestellt¹²².

§ 199. Dienstvertrag¹.

I. Begriff. Der Dienstvertrag des heutigen Rechts ist ein entgeltlicher Arbeitsvertrag, dessen Gegenstand die Leistung von

¹¹⁸ Ges. v. 1893 art. I § 302 e. Auch heute tritt nur in diesem Falle Strafe ein. Nach dem aufgehobenen art. III des Wucherges. aber war auch nur in diesem Falle das Geschäft ungültig.

¹¹⁹ In § 138² wird der Kreditwucher nicht einmal mehr besonders erwähnt. Auch Kauf-, Miets-, Pacht-, Werk-, Dienst-, Gesellschaftsverträge usw. können somit als wucherisch nichtig sein. — Denselben weiten Wucherbegriff hat das neue Schweiz. O.R. a. 21, erklärt aber das Geschäft nicht für nichtig, sondern gewährt dem Verletzten nur ein binnen Jahresfrist auszuübendes Rücktrittsrecht. Dagegen ist in Österreich bisher nur der Kreditwucher unter Strafe gestellt und die Nichtigkeit durch Ausspruch im Strafurteil bedingt; Österr. Ges. v. 28. Mai 1881.

¹²⁰ Vgl. Preuß. L.R. I I, 11 § 715—725 (Verbot der Hingabe von Waren als Valuta), § 793—795 (Darlehen in Wertpapieren), § 812—814 (Anrechnung von Nebenleistungen auf den Zinssatz); Österr. Gb. § 993; Sächs. Gb. § 684, 1081.

¹²¹ R.Ges. v. 1867 § 1: Die Höhe der Zinsen sowie die Höhe und Art der Vergütung für Darlehen unterliegen der freien Vereinbarung. — Dagegen hält das Schweiz. O.R. a. 317 (früher 333) an der Nichtigkeit jeder Vereinbarung fest, durch die bei Hingabe von Waren und Wertpapieren als Valuta für ein Gelddarlehen eine andere Darlehenssumme bestimmt wird als der Kurswert oder Marktpreis zur Zeit und am Orte der Hingabe.

¹²² So im Wucherges. und im B.G.B. § 138².

¹ Danckwardt, Der Arbeitsvertrag, Jahrb. f. D. XIV (1875) S. 228 ff. Lotmar, Arch. f. soziale Gesetzgebung VIII 1 ff.; Der Arbeitsvertrag, 2 Bde.,

Arbeit im Sinne persönlicher Tätigkeit bildet. Die vom Dienstpflichtigen versprochene Tätigkeit kann beliebiger Art sein, so daß es insbesondere heute unerheblich ist, ob sie sozial niedriger oder höher bewertet wird, ob sie überwiegend körperliche oder geistige Kraftanstrengung fordert, ob sie besondere technische, wissenschaftliche oder künstlerische Ausbildung voraussetzt. Auch die vom Dienstberechtigten versprochene Gegenleistung kann heute in jeder Art sachlicher Vergütung bestehen. Begriffswesentlich aber ist, daß Arbeit als solche, als zweckbestimmte Betätigung der Persönlichkeit selbst, als „Dienst“ geschuldet wird. Dadurch unterscheidet sich der Dienstvertrag vom Werkvertrage, bei dem sich die Verpflichtung dessen, der Arbeit gegen Entgelt leisten soll, auf ein bestimmtes Arbeitsergebnis, einen objektiven Leistungserfolg, ein gegenüber der arbeitenden Persönlichkeit verselbständigtes „Werk“ richtet². Der Dienstverpflichtete schuldet ein

1902 u. 1908. G. Rümelin, Dienstvertrag und Werkvertrag, 1905. E. Loening, Art. „Arbeits- und Dienstvertrag“ im Handwörterb. d. St.W.⁹ I 1162 ff. „Arbeitsrecht“; Jahrbuch für das gesamte Dienstrecht der Arbeiter, Angestellten und Beamten, herausg. von Potthoff und Sinzheimer, 1914 ff. — Älteres deut. R.: G. Hertz, Die Rechtsverhältnisse des freien Gesindes nach den deutschen Rechtsquellen des M.A., Unters. z. D. St. u. R.G. VI (1879). R. Loening, Vertragsbruch S. 458 ff. Sickel, Bestrafung des Vertragsbruchs S. 96 ff. R. Hübner, Grundz. § 85 II. O. Könncke, Rechtsgeschichte des Gesindes in West- und Süddeutschland, 1912. Meine Abhandlung: Die Wurzeln des Dienstvertrages, 1914 (in Berliner Festschr. f. Brunner S. 37 ff.). Nord. R. b. v. Amira I 636 ff., II 771 ff. — Röm. u. gem. R.: Windscheid-Kipp § 401. Dernburg, Pand. § 113. — Preuß. R.: Dernburg § 192 ff. Förster-Eccius II § 138. — Französ. R.: Zachariae-Crome § 352. — Österr. R.: Krainz-Pfaff-Ehrenzweig § 373 ff. Schreiber, Der Arbeitsvertrag des österr. Privatrechts, 1887. — Recht des B.G.B.: Kommentare zu B.G.B. § 611 ff., bes. Oertmann, Planck, Staudinger. Hachenburg, Dienst- u. Werkvertrag, 1898. Schollmeyer S. 89 ff. Cosack § 143 ff. Endemann § 174. Dernburg § 304 ff. Enneccerus § 365 ff. Crome § 257 ff. Matthiafs § 122. Landsberg § 135. Kohler, Arch. f. z. Pr. LXXXIV 1 ff., Lehrb. II 341 ff., Enzykl.⁷ II 74 ff., 114 ff. — Dazu die umfangreiche Spezialliteratur über das für einzelne Arten von Dienstverträgen geltende Sonderrecht; vgl. unten § 200 Anm. 1—7 u. 12.

² Nach der gesetzlichen Regel trägt daher die Gefahr der Erfolglosigkeit der Arbeit beim Werkvertrage der Arbeiter, beim Dienstvertrage der Arbeitgeber. Hierin allein will Rümelin a. a. O. (ähnlich schon Riezler, Werkvertrag S. 43 ff.) das Unterscheidungsmerkmal erblicken. Zustimmend Oertmann Vorbem. 1b. Allein die Regel ist vertragsmäßig abänderlich und erschöpft keineswegs die Verschiedenheit der Wirkungen. Vgl. Planck Vorbem. VIII 3; Lotmar II 828 ff.; Enneccerus § 365 Anm. 2—3; Raape b. Dernburg⁴ § 304 Anm. 3.

„Wirken“, aber kein „Werk“³. Die Unterscheidung zwischen Dienstvertrag und Werkvertrag bietet im einzelnen Falle mancherlei Schwierigkeiten⁴. Sie ist aber nicht nur geschichtlich begründet⁵,

³ Darum ist seine Verpflichtung eine kontinuierlich zu erfüllende, nur durch Zeitablauf (wennschon möglicherweise den Ablauf einer durch Eintritt eines Erfolges bestimmten Zeit) begrenzte Dauerverpflichtung, während die Verpflichtung des Werkmeisters sich auf eine in sich abgeschlossene Leistung richtet und mit ihrer Erfüllung erschöpft. Dem entspricht es, daß die geschuldete Vergütung beim Dienstvertrage als fortgesetzte Vergeltung der Tätigkeit, beim Werkvertrage als einmaliger Entgelt der Leistung erscheint, wenn auch bei diesem eine Zerlegung der Vergütungsschuld nach Leistungsabschnitten möglich ist, bei jenem statt kontinuierlicher oder periodisch wiederkehrender Vergütungsschuld (wie einerseits Wohnung und Kost, andererseits Lohn oder Gehalt) eine auf einen einheitlichen Betrag festgesetzte Gegenleistungspflicht vorkommt. Damit berührt sich, deckt sich aber keineswegs der Unterschied der Bemessung der Vergütung nach der Arbeitszeit oder der Arbeitsleistung. Wenn Lotmar (bes. I 328 ff., II 820 ff.) das ganze System der Arbeitsverträge auf die Einteilung nach den beiden Grundformen des Zeitlohnvertrages und des Akkordes baut, so überschätzt er die Bedeutung der Lohnbemessung. Übrigens läßt er selbst nur den römischen Unterschied von *l. c. operarum* und *operis* mit dieser Einteilung zusammenfallen (vgl. dagegen Enneccerus § 365 Anm. 9), unterstellt aber dem heutigen Dienstvertrage auch Akkordverträge und weist nachdrücklich auf die Häufigkeit und Wichtigkeit der Dienstverträge gegen Stücklohn hin. In der Tat ist es mit dem Wesen einer fortlaufenden Vergütung für dauernde Tätigkeit durchaus vereinbar, daß ihr Betrag durch die einzelnen Arbeitsergebnisse bestimmt wird. Andererseits schließt der Begriff des Werkvertrages Zeitlohn nicht aus. Dies nimmt Lotmar II 864 ff. an. Indessen kann sehr wohl eine als Entgelt für den Arbeitserfolg gemeinte Vergütung nach der darauf verwandten Zeit bemessen werden. Beispiele bei Enneccerus a. a. O. Anm. 4, Sinzheimer, Arch. f. b. R. XXXIV 317 ff., Raape b. Dernburg⁴ § 304 Anm. 2. Für das ältere deut. R. Rothenbücher, Geschichte des Werkvertrages nach deut. R., 1909 (Unters. z. D. St. u. R.G. LXXXVII) S. 8 ff., 90.

⁴ Über die zahlreichen Grenzstreitigkeiten vgl. Lotmar I 264 ff., II 820 ff., Rümelin a. a. O., Planck Vorbem. VIII 3, Staudinger Vorbem. I 6, Oertmann Vorbem. 1b. Besonders streitig ist die Natur der Verträge mit Anwälten und Notaren, Ärzten und anderen Trägern öffentlicher Berufe. Manche (z. B. Kober bei Staudinger a. a. O.) wollen sie überhaupt als besondere Vertragsarten aussondern. In Theorie und Praxis aber überwiegt die Meinung, daß sie je nach den Umständen Dienstverträge oder Werkverträge sind. Gleiches gilt von den Verträgen mit Architekten (R.Ger. LXXXVI Nr. 17), Lehrern, Technikern, Schauspielern, Musikern (Seuff. LXXI Nr. 38), aber auch von denen mit Kutschern und anderen Transportbesorgern. — Bei den Notaren verneint jetzt das R.Ger. LXXXV Nr. 91 insoweit, als sie ihre amtliche Beurkundungspflicht erfüllen, überhaupt jedes Vertragsverhältnis mit dem Ansuchenden.

⁵ Daß sie auch dem deut. M.A. bekannt war, weist Rothenbücher a. a. O. (oben Anm. 3 a. E.) S. 24 ff. nach. Vgl. Wurzeln des Dienstvertrages S. 49.

sondern in ihrer typischen Ausgestaltung der Ausdruck eines tief liegenden Gegensatzes der sozialen und wirtschaftlichen Ordnung⁶. Die Funktion des Dienstvertrages besteht in der Organisation der Arbeit durch ihre Einfügung in ein herrschaftlich geleitetes Ganze, während der Werkvertrag eines der Mittel ist, um die selbständige Unternehmerarbeit für Dritte nutzbar zu machen⁷.

II. Geschichte. Der heutige Dienstvertrag ist deutschrechtlichen Ursprungs.

Der deutschrechtliche Dienstvertrag wurzelt im Personenrecht. Sein Vorläufer und sein Keim war der Treudienstvertrag, dessen älteste Form der Vertrag des Gefolgsmanns mit dem Gefolgsherrn ist und der dann seit der fränkischen Zeit als Komendation in mannigfach ungleicher Ausgestaltung begegnet. Der Treudienstvertrag ist Selbsthingabe in fremde Munt unter Vorbehalt der Freiheit gegen Zusage dauernden Schutzes und Unter-

⁶ Dies schließt keineswegs ihre Subsumtion unter den Gattungsbegriff des entgeltlichen Arbeitsvertrages aus, unter den aber noch andere Vertragsarten fallen. Den einheitlichen Begriff des Arbeitsvertrages führt in großzügiger Weise Lotmar durch. Aus der begrifflichen Zusammengehörigkeit ergeben sich auch praktische Folgen für die entsprechende Anwendbarkeit der für die eine Vertragsart geltenden Rechtssätze auf die ihr nahestehenden Formen der anderen Vertragsart. Viel zu weit darin geht freilich Rümelin S. 177 ff.

⁷ Von diesem Gesichtspunkte aus schließt auch der selbständige Gewerbetreibende oder sonstige Unternehmer einen Dienstvertrag, wenn er seine Tätigkeit einem fremden Betriebe eingliedert und insoweit eben sich seiner Selbständigkeit begiebt. Darum ist z. B. der Heimarbeitsvertrag Dienstvertrag, nicht Werkvertrag; vgl. Lotmar II 910 ff.; Hausarbeitsges. v. 20. Dez. 1911 (bes. § 27); Schweiz. O.R. a. 329 (wo nur im Falle der Akkordarbeit hinsichtlich der Verantwortlichkeit für den Stoff und der vertragsmäßigen Ausführung der Arbeit auf entsprechende Anwendung der Vorschriften über den Werkvertrag verwiesen wird). Ebenso der Vertrag des Handlungsagenten, der den anderen Teil zwar nicht zum „Prinzipal“, aber zum „Geschäftsherrn“ macht; H.G.B. § 84 ff. Auch der Arzt schließt nicht nur als Anstalts- oder Kassenarzt, sondern auch als Hausarzt einen Dienstvertrag. Ebenso der Rechtsanwalt, wenn er die Stellung als Syndikus oder ständiger Berater eines Betriebes übernimmt. Dagegen ist der gewöhnliche Einzelvertrag über die Gewährung ärztlicher Hilfe oder die Vertretung in einer Rechtssache Werkvertrag, nicht Dienstvertrag. Wenn in Theorie und Praxis sich eine gewisse Neigung bemerklich macht, den Begriff des Dienstvertrages, weil er für den Arbeitenden günstiger ist, weiter zu erstrecken, so ist doch grundsätzlich daran festzuhalten, daß im Kern der Dienstvertrag — nicht bloß, wie Steinbach, Rechtsgeschäfte der wirtschaftlichen Organisation, Wien 1897, S. 8 ff., 87 ff., meint, der Beamtenvertrag — ein organisatorischer Vertrag, der Werkvertrag ein Austauschgeschäft ist.

halts. Er ist kein Schuldvertrag, sondern ein personenrechtlicher Vertrag, der mit Hand und Mund in feierlicher Form geschlossen wird, das personenrechtliche Verhältnis von Herrn und Diener begründet und als Folgeerscheinung eine Fülle gegenseitiger Rechte und Pflichten hervorruft, die der einheitliche Zentralbegriff der beiderseits geschuldeten Treue zusammenfaßt und durchdringt. Allein der Treudienstvertrag enthält als unselbständige Bestandteile die Elemente eines Dienstvertrages in sich, weil eben aus dem von ihm geschaffenen personenrechtlichen Bande ein dauerndes Schuldverhältnis entspringt, das den einen Teil zur Dienstleistung, den anderen Teil zur Vergütung verpflichtet, beiderlei Verpflichtungen aber auf vertragsmäßiger Übernahme durch angenommenes Versprechen beruhen und im Einzelfalle durch Vereinbarung näher bestimmt und begrenzt werden können. So erfüllte der Treudienstvertrag mit seiner wachsenden Verbreitung in steigendem Maße die Funktion eines entgeltlichen Arbeitsvertrages. Er war es, der die besoldete freie Arbeit in das Rechtsleben einführte und nicht nur auf dem Gebiete der kriegerischen und höfischen Dienstleistungen, sondern auch für Dienstleistungen geringerer Art die einseitig auferlegte unfreie Arbeit zurückdrängte oder umgestaltete. Darum war er befähigt, in Anpassung an veränderte soziale und wirtschaftliche Zustände in einen schuldrechtlichen Dienstvertrag überzugehen⁸.

Die Umwandlung des Treudienstvertrages in den Dienstvertrag war vollzogen, sobald den primären Inhalt des Vertrages das Versprechen von Dienstleistung und das Gegenversprechen von Vergütung bildete. Der personenrechtliche Inhalt des Treudienstvertrages war damit keineswegs abgestreift. Vielmehr blieb die Begründung der Rechtsstellung von Herrn und Diener wesentlicher Vertragsinhalt. Allein die personenrechtliche Über- und Unterordnung war nicht mehr Grund, sondern Folge des Dienstverhältnisses und trat nur ein, weil und soweit das Dienstverhältnis es mit sich brachte. So entstand der deutschrechtliche Dienstvertrag als ein eigenartiger Schuldvertrag mit gleichzeitig personenrechtlichen Wirkungen. Als dessen ältester, voll ausgeprägter Typus

⁸ Über das Wesen des Treudienstvertrages und sein Verhältnis zum Dienstvertrage vgl. meine Abh. über die Wurzeln des Dienstvertrages S. 40 ff.; dazu Schuld u. Haftung S. 133 ff. und die dort angef. Lit. — Dafs der Treudienstvertrag des Vasallen nicht in einen Schuldvertrag überging, sondern vermöge der Ausbildung des Lehnrechts einem sachenrechtlichen Geschäfte eingliedert wurde, ist bekannt; vgl. Wurzeln S. 43 ff.

begegnet seit dem 13. Jahrhundert der Gesindevertrag, der bereits in den mittelalterlichen Quellen die scharf ausgeprägte Gestalt eines entgeltlichen Arbeitsvertrages zeigt. Denn so kräftig die Stellung des freien Gesindes durch die Eingliederung in die Hausgemeinschaft und die mit ihr verbundene Unterwerfung unter die hausherrliche Gewalt bestimmt blieb, so wurde doch als Grundlage des ganzen Verhältnisses das gegenseitige Versprechen von Dienst und Lohn aufgefaßt⁹. In ähnlicher Weise bildete sich in den Städten der gewerbliche Arbeitsvertrag aus, der namentlich als Vertrag zwischen Meister und Gesellen ursprünglich den Eintritt in die Hausgemeinschaft nach sich zog, allmählich aber davon unabhängig wurde und nur noch ein geschäftliches Herrschaftsverhältnis begründete¹⁰. Dazu kamen die Verträge mit den Handlungsgehilfen, mit dem Schiffsvolk¹¹, mit den Bergleuten¹², mit den Soldkriegern¹³. Auch wurden bei der Anstellung von besoldeten Beamten zuerst in den Städten Verträge geschlossen, die den Charakter von Dienstverträgen trugen¹⁴. In allen diesen Fällen beruhte die Verpflichtung zum Dienst auf dem freien schuld-

⁹ Vgl. Hertz a. a. O. S. 5 ff.; Könnecke a. a. O. S. 239 ff.; Wurzeln S. 45 ff.; Näheres unten § 200 III. In scharfer Zuspitzung sagt das kl. Kaiserr. II 28: „ein iglich man, dem got hat beschert, daz er hat gesinde, beide magede und knechte, der enhat keyn recht uber sie nit dan alz vil als im ir dienst gevellet um sinen lohn.“ Vgl. auch Gl. zu Sachsensp. II 33 § 1 u. 33 (Wurzeln S. 46 Anm. 1).

¹⁰ Mein Genossenschaftsr. I 403 ff.; Sickel, Vertragsbruch S. 123 ff.; Schanz, Zur Geschichte der deutschen Gesellenverbände S. 3 ff., 111 ff.; Wurzeln S. 47 ff. Bezeichnend für die Umwandlung ist die Verdrängung des Namens „Knecht“ durch „Geselle“.

¹¹ Pappenheim, Die geschichtliche Entwicklung des Seehandels und seines Rechts, Schr. des Vereins f. Sozialpol. CIII 2, S. 173 ff.; Sickel S. 141 ff.; v. Amira I 645 ff., II 786 ff.

¹² Sickel S. 141 ff.; Menzel, Z. f. d. P. u. ö. R. d. G. XVIII 494 ff.; Opet, Z. f. Bergr. XXXIV 312 ff.; L. Bernhard, Die Entstehung und Entwicklung der Gedingeordnungen im deut. Bergrecht, Schmollers Forsch. XV 2, 1903; dazu jedoch Zycha, V.J.Schr. für Sozial- u. Wirtschaftsgesch., 1908, S. 268 ff.

¹³ v. Maurer, Gesch. der Städtev. I 510 ff.; mein Genossenschaftsr. I 447 ff., II 730.

¹⁴ v. Maurer a. a. O. III 236 ff.; mein Genossenschaftsr. II 744 Anm. 166; Immerwahr, Kündigung S. 61 ff. So namentlich mit dem Stadtschreiber (Syndikus); vgl. z. B. Urk. v. 1270 im Lüb. Urkb. I 303 ff., v. 1390 b. Schreiber, Freib. Urkb. II 84 (jährliches „Dingen“). Aber auch mit städtischen Brunnenmeistern (Freiburg. Urk. v. 1333 a. a. O. I 301), Werkmeistern (Urk. v. 1399 ebd. II 359), Ärzten (z. B. Lüb. Urkb. II 1081), Fürsprechen (Rothenbücher a. a. O. S. 24), Schulmeistern (ebd. S. 21), Apothekern usw.

rechtlichen Versprechen bestimmter Arbeitsleistungen und wurde durch das Versprechen einer Vergütung als Gegenleistung bedingt. Darum sprach man von einem „Dingen um Lohn“, einer „Miete“ oder „Heuer“; der Dienende verdingt, vermietet oder verheuert sich und wird vom Herrn gedungen, gemietet oder geheuert¹⁵. Immer aber bewirkt der Schuldvertrag im Einklange mit seiner Herkunft zugleich ein personenrechtliches Verhältnis. Auch wenn der Begriff des Dienstvertrages, einmal entstanden, auf entgeltliche Arbeitsverträge erstreckt wurde, die eine ständige Einordnung in den häuslichen, gewerblichen oder politischen Verband nicht herbeiführten, war für ihn wesentlich, daß mindestens vorübergehend die Vertragsteile zueinander in ein Verhältnis persönlicher Über- und Unterordnung traten. So verhielt es sich z. B. bei dem Dingen um Tagelohn oder bei der Übertragung bestimmter, in fremdem Hause unter Leitung des Hausherrn auszuführender Handwerksarbeiten. Dem deutschrechtlichen Dienstvertrag blieb die Schaffung eines Treubandes zwischen „Herrn“ und „Diener“ begrifflich immanent¹⁶.

Mit der Rezeption wurde in Deutschland der römischrechtliche Begriff der *locatio conductio operarum* aufgenommen. Dieser Begriff hatte seinen Ausgang von der als Sachmiete konstruierten Sklavenmiete genommen und die innere Verwandtschaft mit der Sachmiete, mit der er zum Gattungsbegriff zusammengefaßt blieb, niemals abgestreift. Von seinem Ursprunge her haftete ihm die Einschränkung auf solche Dienste, wie sie von Unfreien geleistet zu werden pflegen (*operae illiberales*), an, während höhere, des freien Mannes würdige Tätigkeit nicht den Gegenstand einer Miete bilden kann. Hatte einst bei den Römern es überhaupt als unanständig gegolten, sich für freie geistige Arbeit bezahlen zu lassen, und war auch später zwar die Honorierung solcher Arbeit üblich geworden, jedoch die Ausbedingung

¹⁵ Aus der Anwendung der auch für die Sachmiete gebräuchlichen Ausdrücke darf nicht geschlossen werden, daß der deutsche Dienstvertrag aus der Sachmiete oder in Anlehnung an sie entstanden sei. „Miete“ ist von Hause aus nichts als Gabe, Preis, Entgelt, somit „Mieten“ hier dasselbe, was auch „Dingen um Lohn“ heißt. Den gleichen allgemeinen Sinn hat „Heuer“. Vgl. Wurzeln S. 50.

¹⁶ Im englischen Recht blieb sogar der Dienstvertrag stets ein personenrechtlicher Vertrag von „master and servant“ und wurde als Anwendungsfall der *Munt* zusammen mit Ehe, Kindschaft und Vormundschaft unter der Kategorie der *rights in private relations* außerhalb des Obligationenrechts behandelt. Vgl. Heymann, Enzykl.⁷ II 836.

eines Honorars ohne streng rechtliche Verpflichtungskraft geblieben, so konnte freilich im gemeinen deutschen Recht sich diese Anschauungsweise nicht durchsetzen. Allein dem Begriff der Dienstmiete wurde der entgeltliche Arbeitsvertrag im Gebiete der höheren Berufsarten nicht unterstellt, sondern als Honorarvertrag, Freidienstvertrag oder Anstellungsvertrag von ihr gesondert¹⁷. Eine andere Einengung des Begriffes der *locatio conductio operarum*, die aus ihrer Herkunft stammte, bestand in dem Erfordernis der Entlohnung in Geld¹⁸. Als Unterfall der *locatio conductio* war die Dienstmiete ein Konsensualkontrakt, der sich in rein obligationenrechtlicher Wirkungskraft erschöpfte. Mit Personenrecht berührte sie sich nicht.

Die deutschen Gesetzbücher entfernten sich in verschiedenem Maße vom gemeinrechtlichen Schema¹⁹. Sie ließen den Begriff der Dienstmiete und deren Verkoppelung mit der Sachmiete fallen und gingen vom Gattungsbegriff des entgeltlichen Arbeitsvertrages aus. Das preussische allgemeine Landrecht regelt den Dienstvertrag unter seiner generellen Rubrik der „Verträge über Handlungen“²⁰, das österreichische Gesetzbuch in seinem Abschnitt „von entgeltlichen Verträgen über Dienstleistungen“²¹, im sächsischen Gesetzbuch, im schweizerischen Obligationenrecht und im deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch ist der „Dienstvertrag“ unter eben diesem technischen Namen verselbständigt²². Allgemein drang dabei die Gleichstellung jeder Art von Vergütung mit dem Geldlohn durch²³. Mehr und mehr erfolgte auch die Einbeziehung

¹⁷ Vgl. Löwenfeld, Inästimabilität und Honorierung der *artes liberales* nach röm. R., Münchener Festgabe f. Planck, 1887, S. 363 ff.; Gutachten aus dem Anwaltstande zum Entw. des B.G.B. S. 858 ff. (unter Bekämpfung der Unterstellung unter den Dienstvertrag im Entw.). Pernice, Z. f. R.G. XXII R.A. S. 242 ff. Windscheid-Kipp § 404 Anm. 2—3.

¹⁸ Windscheid-Kipp § 404 Anm. 1. Für das gem. R. fiel die praktische Bedeutung dieses Erfordernisses schon mit der Klagbarkeit aller Konsensualverträge weg.

¹⁹ Dagegen folgt ihm der Code civ. a. 1708, 1710—1711, 1779—1791. Der Begriff des reinen Schuldvertrages wird hier streng durchgeführt und nicht einmal beim Gesindevertrage durch die Annahme einer persönlichen Beziehung abgewandelt.

²⁰ Preufs. A.L.R. I, 11 §§ 869 ff., 894 ff.

²¹ Österr. Gb. § 1151 ff. Es faßt Dienstvertrag und Werkvertrag als „Lohnvertrag“ zusammen.

²² Sächs. Gb. § 1229—1242. Schweiz. O.R. a. 338—349, neues a. 319—362. B.G.B. § 611—630.

²³ Preufs. L.R. I, 11 § 875. Österr. Gb. § 1173. Sächs. Gb. § 1231. Schweiz. O.R. a. 338.

von Dienstleistungen höherer Art²⁴. Gegenüber der römischen Auffassung siegte der vom germanischen Recht errungene Gedanke, daß alle Arbeit Betätigung der freien Persönlichkeit, daß jede Arbeit ehrenvoll, jede aber auch ihres Lohnes wert sei.

Weit lebendiger aber, als in den im gemeinen Recht und in den Gesetzbüchern aufgestellten allgemeinen Regeln für den Dienstvertrag, erhielt sich das deutsche Dienstvertragsrecht in dem Sonderrecht, das für einzelne Arten von Dienstverträgen in Geltung blieb und partikularrechtlich fortgebildet wurde. Auf diesen Gebieten gewann das römische Recht nur geringen Einfluß. Hier wahrte daher vor allem der Dienstvertrag fort und fort seine personenrechtliche Bedeutung, die nur im Laufe der Zeit ein mannigfach wechselndes Gepräge annahm. Immer erhielt sich ein auf rein deutschrechtlicher Grundlage entfaltetes Sonderrecht für den mit Aufnahme in die Hausgemeinschaft oder die ländliche Wirtschaftsgemeinschaft verbundenen Gesindevertrag²⁵. Aber auch für den gewerblichen Arbeitsvertrag wurde aus den mittelalterlichen Keimen ein umfassendes Sonderrecht entwickelt, das der vertragsmäßig vollzogenen Einfügung der Person in eine aus Haupt und Gliedern bestehende Berufsgemeinschaft Ausdruck verlieh und nur die alte genossenschaftliche Arbeitsordnung mehr und mehr durch obrigkeitliche Regelung ersetzte. Am entschiedensten war dies im Bergrecht der Fall²⁶. In eigenartiger Weise kam es im Seerecht zur Geltung²⁷. Dem gleichen Zuge folgte das Gewerberecht bei der Regelung der Verträge mit den Handwerksgesellen und sodann mit den Fabrikarbeitern. Nicht minder schlug das Handelsrecht bei der Ausgestaltung des Sonderrechts für die Handlungsgehilfen eigne Wege ein. Zu beachten ist auch, wie sehr der Würdigung der personenrechtlichen Funktion des Dienstvertrages seine Berührung mit dem Beamtenrecht zugute

²⁴ Das Preufs. L.R. erwähnt sie nicht besonders. Das Öst. Gb. § 1163 unterwirft sie den gleichen Vorschriften. Das Sächs. Gb. § 1230 bezieht sie ein. Ebenso das Schweiz. O.R. a. 348 (361). Das B.G.B. bestimmt von vornherein in § 611²: „Gegenstand des Dienstvertrages können Dienste jeder Art sein.“

²⁵ Vgl. unten § 200 III.

²⁶ Eine Übersicht über die bergrechtlichen Bestimmungen, in denen ununterbrochen „soziale Gedanken“ in Ansehung des Arbeitsverhältnisses Gestalt gewannen und so das Bergrecht für das moderne Arbeitsrecht vorbildlich wirkte, gibt Menzel in der oben S. 595 Anm. 12 angef. Abhandlung.

²⁷ Vgl. bes. Pappenheim in der oben S. 595 Anm. 11 angef. Schrift über die Umbildung der Schiffsgemeinschaft und ihren Einfluß auf die Heuerverträge.

kommen mußte²⁸. Im 19. Jahrhundert drang dann freilich zeitweise auch auf den Sonderrechtsgebieten eine individualistische Tendenz durch, die im Zusammenhange mit der Einführung der Gewerbefreiheit den Arbeitsvertrag der freien Einzelvereinbarung zu überlassen und zugleich nach Möglichkeit einem reinen Schuldvertrage anzunähern suchte. Allein die bedenklichen Folgen, die dieses System im Rahmen der modernen Entwicklung des Großunternehmens und der sich steigernden Klassengegensätze zeitigte, riefen eine soziale Gegenströmung hervor, die zu einer tiefgreifenden Neuordnung des Arbeitsvertragsrechts im Geiste des deutschen Rechtes führte. So schuf die neueste Gesetzgebung wieder ein Arbeitsrecht, in dem auf Kosten der Vertragsfreiheit die Funktion des Dienstvertrages als Grundlage der Berufsorganisation und seine personenrechtliche Bedeutung zu machtvoller Geltung gelangt ist. Darüber hinaus haben freie genossenschaftliche Verbände die Regelung der Arbeitsverträge in die Hand genommen und in erheblichem Umfange an Stelle der Vereinzelung ein berufsständisches Gemeinschaftsrecht gesetzt.

So setzt sich das geltende Recht des Dienstvertrages aus gemeinrechtlichen und sonderrechtlichen Sätzen zusammen. Dabei nehmen sich die allgemeinen Vorschriften der Gesetzbücher gegenüber der Fülle der Sonderrechte nur wie ein dürftiger Abriss aus. Insoweit sie für alle Dienstverträge mit Einschluss der lose und kurzzeitig bindenden Verträge über einzelne Dienstleistungen gelten wollen, müssen sie sich mit der Aufstellung weniger schuldrechtlicher Sätze begnügen. Doch hat das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch dadurch einen reicheren Inhalt empfangen, daß es einige Sondervorschriften für solche Dienstverhältnisse trifft, die durch Dauer, Erstreckung auf die ganze oder hauptsächlichliche Erwerbstätigkeit, Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft oder Eigenart der Dienste ausgezeichnet sind²⁹. Hier stattet es den Dienstvertrag auch mit personenrechtlichen Wirkungen aus.

²⁸ Wurde doch zeitweise das ganze Beamtenverhältnis auf einen Dienstvertrag gegründet! Und hat doch, nachdem das öffentliche Beamtenrecht aus dem Privatrecht ausgeschieden ist, der privatrechtliche Dienstvertrag die Fähigkeit bewahrt, ein Privatbeamtenverhältnis zu erzeugen, das dem Verhältnis der Staats- und Gemeindebeamten nachgebildet ist und gleich ihm die ganze Persönlichkeit ergreift. Vgl. Wurzeln des Dienstv. S. 52, sowie unten § 200 II.

²⁹ Ungleich dürftiger war Entw. I, der dem Dienstvertrage nur acht Paragraphen (559—566) widmete und über schuldrechtliche Regeln nach Analogie der Sachmiete nicht hinauskam. Vgl. meine Schrift über den Entw. S. 104 ff., 245 ff.

Immerhin bleibt es von dem Versuche einer Kodifikation des modernen Arbeitsvertragsrechts weit entfernt. Einen solchen Versuch hat das neue schweizerische Obligationenrecht unternommen³⁰. Das deutsche B.G.B. dagegen wird in Ansehung der wichtigsten Anwendungsfälle des Dienstvertrages durch reichsgesetzliche Bestimmungen des Handelsgesetzbuches, der Gewerbeordnung und ihrer Nebengesetze, der Seemannsordnung, des Binnenschiffahrtsgesetzes, und des Flössereigesetzes, sowie durch landesgesetzliche Bestimmungen der Berggesetze und der Gesindeordnungen ergänzt. Nur unter Heranziehung dieser Sonderrechtssätze läßt sich das Wesen des heutigen Dienstvertrages erschließen³¹. Und nur aus dem Überblick über die Gesamtheit der Rechtssätze ergibt sich die überragende Wichtigkeit dieses Schuldvertrages, der für die Mehrheit der Bevölkerung Quelle der Erwerbstätigkeit und Grundlage der Berufsstellung ist.

III. Zustandekommen und Vertragsinhalt. Der Dienstvertrag ist ein gegenseitiger Vertrag. Er kommt durch formfreie Willenseinigung darüber zustande, daß der eine Teil zur Leistung von Diensten, der andere Teil zur Gewährung einer Vergütung verpflichtet sein soll.

Die versprochenen Dienste können beliebiger Art sein³². Bestehen sie aber in einer Geschäftsbesorgung, so werden die für den Dienstvertrag geltenden Rechtsgrundsätze dadurch vervollständigt, daß zugleich die meisten Vorschriften über den Auftrag entsprechende Anwendung finden³³.

Als Vergütung kann jede Art von Sachleistung bedungen werden: ein nach der Zeit bemessener Zeitlohn, sei es nun ein nach der Dauer des Dienstverhältnisses fest bestimmtes Gehalt oder ein nach der Arbeitszeit berechneter Tages- oder Stunden-

³⁰ Seine Art. 319—361 gelten auch für die Verträge mit dem Gesinde, den gewerblichen Gehilfen, Arbeitern und Lehrlingen, den Handlungsgehilfen und sonstigen Privatangestellten, sowie für Dienstverträge über die Leistung wissenschaftlicher oder künstlerischer Arbeiten gegen Honorar (a. 361). Ausgenommen wird nur durch a. 362¹ das öffentliche Beamtenrecht. Außerdem behält a. 362² die Bundesgesetzgebung über die Arbeit in den Fabriken und das Gewerbewesen vor.

³¹ Darum können sie hier nicht ganz übergangen werden. Im übrigen ist, vom Gesindevertrage abgesehen, das Recht der besonderen Dienstvertragsarten hier nicht darzustellen; vgl. unten § 200 I.

³² Oben S. 598 Anm. 24; dazu S. 592 Anm. 4 u. S. 593 Anm. 7. Selbstverständlich dürfen sie nicht verboten sein oder den guten Sitten widersprechen.

³³ B.G.B. § 675. Davon ist beim Auftrage in § 203 zu reden.

lohn; ein nach der geleisteten Arbeit bemessener Stücklohn oder Akkordlohn; die Gewährung von Unterhalt, Wohnung und Kost; die Lieferung von Naturalien; eine nach dem Erfolge geschäftlicher Tätigkeit abgestufte Provision oder ein Anteil am Geschäftsgewinne des Dienstberechtigten; sonstige Vermögensvorteile verschiedener Art³⁴. Wenn es sich um eine Dienstleistung handelt, die den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist, kommt durch Annahme des Dienstversprechens oder der Dienste auch ohne besonderes Gegenversprechen ein Dienstvertrag zustande, so daß eine Vergütung als stillschweigend vereinbart gilt³⁵.

Der Vertragsinhalt unterliegt heute grundsätzlich der freien Vereinbarung. Doch werden die allgemeinen Schranken der Vertragsfreiheit hier mit Rücksicht auf die Bedeutung der Dienstverpflichtung für die Persönlichkeit durch besondere Schranken ergänzt. Enthält das B.G.B. nur einzelne zwingende Rechtssätze, so gilt für die sonderrechtlich geregelten Arten der Dienstverträge ein umfassendes System unabänderlicher Vorschriften³⁶.

In Ermangelung besonderer Abrede wird der Vertragsinhalt zunächst durch die gesetzlichen Regeln bestimmt. Vielfach aber sind für einzelne Arten von Dienstverträgen Normativbestimmungen maßgebend, die insoweit, als keine Abweichung vereinbart ist, als gewollter Inhalt des einzelnen Vertrages gelten. Solche Normativbestimmungen können behördlich oder unter behördlicher Mitwirkung festgesetzt sein³⁷. In diesem Falle kann

³⁴ Insbesondere die Verschaffung einer Erwerbsgelegenheit; Lotmar I 689 ff. Dahin gehört namentlich die Entlohnung durch Verschaffung der Gelegenheit zum Bezuge von Trinkgeldern; ebd. I 702 ff., II 43, 205, 310, 368.

³⁵ B.G.B. § 612¹; dazu Lotmar I 124 ff. Vgl. Schweiz. O.R. a. 320², wo die mit dem B.G.B. übereinstimmende Fassung des früheren a. 338² verbessert ist.

³⁶ Die Vorschriften der Seemannsordnung sind sogar nach § 1² sämtlich der Abänderung durch Vertrag entzogen, soweit nicht eine anderweitige Vereinbarung ausdrücklich zugelassen ist.

³⁷ So z. B. Taxen für die in Gew.O. § 76 ff. aufgeführten gewerblichen Dienstleistungen. Normative Kraft hat ferner der Inhalt der vom Seemannsamt ausgefertigten Musterrolle in Ansehung der eingetragenen Abreden mit der Schiffsmannschaft für spätere Heuerverträge; SeemannsO. § 31 mit § 14. — Das neue Schweiz. O.R. a. 324 ermächtigt den Bundesrat und die von den Kantonen bezeichneten Behörden, nach Anhörung der beteiligten Berufsverbände oder gemeinnützigen Vereinigungen über einzelne Arten von Dienstverträgen und den Lehrvertrag Normalarbeitsverträge aufzusetzen, deren Inhalt als Vertragswille angenommen wird, sobald keine Abweichungen schriftlich vereinbart werden.

zugleich vom öffentlichen Rechte her die Vereinbarung von Abweichungen beschränkt werden³⁸. Vor allem aber hat die moderne Entwicklung beim gewerblichen Arbeitsvertrage die Feststellung des Vertragsinhaltes in großem Umfange den beteiligten Einzelnen entwunden und in die Hände von genossenschaftlichen Verbänden gelegt. Aus den durch die Koalitionsfreiheit ermöglichten Kämpfen zwischen Arbeitgebern und Arbeitern, bei denen diese und mehr und mehr auch jene einander in geschlossenen Vereinigungen gegenübertraten und als Kampfmittel namentlich Arbeitsaussperungen und Arbeitseinstellungen verwenden, gehen zeitweilige Festsetzungen der Vertragsbedingungen hervor, die für die Einzelverträge tatsächlich maßgebend sind³⁹.

In eine rechtliche Form wird die Vereinbarung von Normativbestimmungen für die in einem bestimmten gewerblichen Bereiche abzuschließenden Verträge durch die Tarifverträge gebracht, die in neuerer Zeit eine stets wachsende Bedeutung gewonnen haben und namentlich durch Beilegung und Verhütung von Arbeitskämpfen dem sozialen Frieden dienen⁴⁰. Die Tarifverträge sind weder Arbeitsverträge noch Vorverträge für Arbeitsverträge, wohl aber rechtlich bindende Verträge über das Verhalten beim Abschluss

³⁸ So z. B. durch das Verbot der Überschreitung von Taxen.

³⁹ Dafs nach Gew.O. § 152 die Verabredungen und Vereinigungen zur Erzielung günstiger Lohn- und Arbeitsbedingungen nicht rechtlich binden, ist für die Bindungskraft der durch sie erwirkten Dienstvertragsschlüsse unerheblich.

⁴⁰ Lotmar, Arch. f. soziale Gesetzg. XV 1 ff.; Arbeitsvertrag I 755 ff. (u. sonst an vielen Stellen). Baum b. Gruchot XXIX 281 ff. Rundstein, Tarifverträge im französ. Privatr., 1905; Die Tarifverträge u. die moderne Rechtswissenschaft, 1906; Tarifrechtliche Streitfragen, 1907; Z. f. H.R. LXXII 83 ff. Schall, Jahrb. f. D. LII 1 ff. Oertmann, Z. f. Sozialwiss. X 1 ff.; Vorbem. 3f zu B.G.B. § 611 ff. Sinzheimer, Der korporative Arbeitsnormenvertrag, 2 Tle., 1907 u. 1908; Rechtsfragen des Arbeitertarifvertrages, 1913; Arbeitsrecht, Jahrg. I 143 ff. Sinzheimer u. Zimmermann, Arbeitertarifverträge, 1908. Wölbling, Der Akkordvertrag und der Tarifvertrag, 1908. Rosenthal, Gesetzliche Regelung des Tarifvertrages, Festschr. f. Laband, 1908, II 111 ff. Köppe, Der Tarifvertrag als Gesetzgebungsproblem, 1908. Weigelt, Z. f. d. ges. Staatswiss. LXVI 644 ff. Enneccerus § 365 IV. Landsberg, Einiges zur Gestaltung des Tarifvertrages, Festgabe f. Krüger, 1911, S. 165 ff. W. Zimmermann, Art. „Tarifvertrag“ im Handwörterb. d. Staatsw. VII 1094 ff.; Rechtsfragen des Arbeitertarifvertrages, 1913. H. Lehmann, Grundfragen des Industrierechts, in Festschr. f. Zitelmann, 1913, S. 20 ff. Raape b. Dernburg⁴ § 304 Anm. 18. Meine Abh. über die Wurzeln des Dienstv. S. 66 ff. — Dazu Verh. des XXIX. D. Juristent. II 202 ff. (v. Schulz), III 187 ff. (Zimmermann), IV 3 ff. (Kobatsch), 83 ff. (Ettlinger), V 18 ff., 826 ff.

von Arbeitsverträgen⁴¹. Sie kommen durch freie Vereinbarung zustande und gehören dem Privatrecht an⁴². Vertragsschließende sind der Regel nach organisierte Verbände der Arbeitgeber und Arbeiter⁴³, können aber auch mit ihnen zugleich oder für sich allein einzelne Arbeitgeber oder Arbeiter sein⁴⁴. Die Vertragsschließenden sind einander zur Erfüllung verpflichtet⁴⁵. Für Ver-

⁴¹ Wenn das R.Ger. ihre Bindungskraft eine Zeitlang auf Grund des § 152 Gew.O. in Frage stellte (Entsch. in Str.S. XXXVI 237 ff.), so hat es diesen Standpunkt, gegen den die Literatur einstimmig Widerspruch erhob, seit dem Erk. v. 20. Jan. 1910 Z.S. LXXIII Nr. 25 endgültig aufgegeben; vgl. auch das Erk. v. 29. Jan. 1915 ebd. LXXXVI Nr. 38 (wo die trotzdem erfolgte Abweisung der Klage gegen einen Arbeiterverband kaum genügend begründet ist). Man kann es heute als unstreitig bezeichnen, daß die Tarifverträge bindend und klagbar sind.

⁴² Hieran ändert es nichts, wenn gemäß Gewerbe- oder Kaufmannsgerichtsges. § 61—69 oder Kaufmannsgerichtsges. § 17 ein Gewerbe- oder Kaufmannsgericht auf Anrufen beider streitender Teile als „Einigungsamt“ mitgewirkt hat. Denn das Einigungsamt hat nur den freien Vertragsschluss zu fördern und zu vermitteln, eine von ihm zustande gebrachte Vereinbarung mit zu beurkunden und zu veröffentlichen, mangels Einigung aber einen Schiedsspruch abzugeben, dessen Annahme oder Ablehnung jedem Teil frei steht. Ebenso beschränkt sich nach dem Hausarbeitsges. § 17 die Aufgabe von „Fachausschüssen“ darauf, „den Abschluss von Lohnabkommen oder Tarifverträgen zu fördern“.

⁴³ Sie schließen stets, mögen sie nun rechtsfähige oder nicht rechtsfähige Vereine sein, als solche für sich, niemals bloß, wie Manche annehmen (sog. „Vertretungstheorie“), als Vertreter der Einzelnen den Tarifvertrag.

⁴⁴ Wenn Verbände kontrahieren, können deren Mitglieder dem Verträge beitreten, aber auch, falls sie Vollmacht erteilt haben, durch den Verband als Mitkontrahenten vertreten werden. Wann und inwieweit dies anzunehmen ist, ist sehr bestritten und nur nach den Umständen des einzelnen Falles zu entscheiden. Man wird weder (wie Landsberg) für die sog. reine „Verbandstheorie“, noch (wie Enneccerus a. a. O. Anm. 28) für die sog. „Kombinationstheorie“ eine allgemeine Vermutung aufstellen dürfen. Sind die Mitglieder als Einzelne mitverpflichtet, so werden sie auch durch Austritt nicht befreit; Rundstein, Tarifv. S. 179 ff., Landsberg S. 177 Anm. 1. Nichtmitglieder kann der Verband niemals verpflichten. — Fehlt es an einem Verbände, so werden nur die den Vertrag selbst oder durch Vertreter abschließenden Einzelnen verpflichtet. Die von Manchen angenommene Erstreckung der Verpflichtung auf die Gesamtheit aller Arbeiter eines Gewerbszweiges, für die bei dem sog. „unbegrenzten Tarifvertrag“ die von einer unorganisierten Menge gewählten Führer handeln, scheidet an dem Mangel einer wirksamen Vollmacht. Vgl. über den unbegrenzten Tarifvertrag bes. Rundstein, Z. f. H.R. LXXII 83 ff., Enneccerus S. 423 ff. Z. 4.

⁴⁵ Die Erfüllungspflicht der Verbände geht nicht nur dahin, jede Handlung zu unterlassen, durch die ein tarifvertragswidriges Verhalten ihrer Mitglieder veranlaßt oder begünstigt würde (R.Ger. LXXIII 101), sondern auch dahin, mit den ihnen zu Gebote stehenden erlaubten Mitteln auf ein tarif-

tragsbruch sind die kontrahierenden Verbände als solche verantwortlich und mit ihrem Vermögen haftbar, ebenso aber, soweit sie Vertragschließende sind, die einzelnen Arbeitgeber und Arbeiter⁴⁶. Der Anspruch auf Erfüllung oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung steht dem anderen Vertragsteil zu, kann aber nach den Regeln über Verträge zugunsten Dritter auch für Personen begründet sein, die am Vertragsschluss nicht beteiligt sind⁴⁷. Ihrem Verbände gegenüber können dessen Mitglieder auch insoweit, als sie der Tarifvertrag dem anderen Vertragsteil nicht verpflichtet, durch Satzungsrecht zur Beobachtung des Tarifvertrages verpflichtet sein⁴⁸. Zum Inhalte des einzelnen Dienstvertrages wird nach geltendem deutschem Recht das im Tarifvertrage über die Arbeitsbedingungen Vereinbarte immer erst durch Aufnahme in den besonderen Vertrag. Doch ist im Zweifel anzunehmen, daß bei jedem in den Bereich des Tarifvertrages fallenden Vertragsschlusse der für ihn durch den Tarifvertrag vorgeschriebene Inhalt gewollt ist⁴⁹.

vertragsmäßiges Verhalten ihrer Mitglieder und selbst Dritter positiv hinzuwirken; Schall S. 130, Köppe S. 104 ff., Landsberg S. 178 ff., Enneccerus S. 421 ff. — Die Erfüllungspflicht der Einzelnen aus dem Tarifvertrage richtet sich niemals auf den Abschluss von Dienstverträgen, wohl aber darauf, daß sie, wenn sie einen Dienstvertrag schließen oder erneuern, ihn tarifvertragsmäßig gestalten oder umgestalten. Auch dies ist keine bloße Unterlassungspflicht. Vgl. dazu Enneccerus Anm. 19—20.

⁴⁶ Beiderlei Haftungen sind, da der Inhalt der Verpflichtungen und die Voraussetzungen der Vertragsverletzung für Verbände und Einzelne auseinandergehen, unabhängig voneinander, begründen daher auch, wenn sie nebeneinander eintreten, keine Gesamtschuld.

⁴⁷ So für die Mitglieder des kontrahierenden Verbandes, wenngleich sie nicht von diesem vertreten sind, aber auch für Nichtmitglieder; R.Ger. LXXIII 105 ff., Landsberg S. 171 ff., Enneccerus S. 423 Z. 2 u. 3. A. M. Oertmann, Z. f. Sozialwiss. a. a. O. S. 19 ff., Schall S. 143 ff., Rundstein, Streitfr. S. 57 ff.

⁴⁸ Diese Verpflichtung ergreift auch später eingetretene Mitglieder, erlischt aber mit dem Ausscheiden; zu ihrer Geltendmachung ist nach dem oben Anm. 45 Bemerkten der Verband dem anderen Vertragsteil gegenüber verpflichtet. — Die von Manchen (z. B. Köppe S. 108 ff., Schall S. 43 ff.) verfochtene Meinung, daß die Bindungskraft der entsprechenden Vereinbarungen im Innenverhältnis des Verbandes und der Mitglieder durch Gew.O. § 152² beschränkt sei, ist unhaltbar; vgl. Enneccerus Anm. 27 a. E.

⁴⁹ Für diese sog. „automatische“ Wirkung der Tarifverträge spricht sich die herrschende Meinung aus. Vgl. Oertmann S. 26 ff., Baum a. a. O. S. 261 ff., Sinzheimer, Arbeitsnormenvertrag II 23 ff., Landsberg a. a. O. S. 179 ff., Enneccerus S. 424, Rundstein, Z. f. H.R. LXXII 94. Die Begründung ist verschieden. Landsberg nimmt Gewohnheitsrecht an. Es dürfte aber die Berufung auf Treu und Glauben und die Verkehrssitte genügen. Auch der

Dagegen ist eine abweichende Vereinbarung nicht nichtig und kann noch weniger ohne weiteres durch die Bestimmungen des Tarifvertrages ersetzt werden⁵⁰. Freilich scheint es, als triebe die Entwicklung dem Ziele eines echten kollektiven Arbeitsnormenvertrages zu. So hat das neue schweizerische Obligationenrecht dem „Gesamtarbeitsverträge“ die Kraft verliehen, „bestimmte Vorschriften für die Dienstverhältnisse der beteiligten Arbeitgeber und Arbeiter“ mit unmittelbarer Wirkung aufzustellen, so daß widersprechende Bestimmungen der von den verpflichteten Arbeitgebern und Arbeitern geschlossenen Dienstverträge nichtig sind und durch die Bestimmungen des Gesamtarbeitsvertrages ersetzt werden⁵¹. Allein wo es, wie im deutschen Recht, an einer derartigen gesetzlichen Ermächtigung fehlt, kann dem Tarifvertrage nicht die Kraft einer autonomen Satzung beigelegt werden. Nur als solche aber könnte er zwingende Rechtsnormen über die privatrechtliche Wirksamkeit künftiger Dienstverträge schaffen.

Dagegen ist die Kraft einer autonomen Satzung der Arbeitsordnung verliehen, die nach gesetzlicher Vorschrift in größeren Betrieben vom Unternehmer unter Mitwirkung der Gesamtheit der Arbeiter oder eines Arbeiterausschusses zu erlassen, durch Aushang bekanntzumachen und jedem neu eintretenden Arbeiter einzuhändigen ist⁵². Der Inhalt der Arbeitsordnung ist

unbegrenzte Tarifvertrag (oben S. 603 Anm. 44) hat, wenn er nur gehörig kundgemacht ist, für alle in seinen Bereich fallenden Dienstverträge diese Kraft eines Normalarbeitsvertrages. Kenntnis des Tarifvertrages im einzelnen Falle ist nicht erforderlich, da stillschweigende Unterwerfung unter das nach der Verkehrssitte Normale ausreicht.

⁵⁰ Für die sog. „Unabdingbarkeit“ oder „absolute Wirkung“ der Tarifverträge erklären sich Lotmar I 776, 778 ff., Rundstein, Tarifv. S. 147, Streitfr. S. 55 u. sonst. Allein selbst wenn der einzelne Arbeitgeber oder Arbeiter schuldrechtlich verpflichtet ist, nur tarifmäßig zu kontrahieren (was Lotmar S. 797 ff. in zu weitem Umfange annimmt), folgt daraus keine Nichtigkeit des tarifwidrigen Vertrages. Auch die Annahme von Zimmermann (Handwörterb. a. a. O. S. 1130), daß ein solcher Vertrag wider die guten Sitten verstöße, ist nicht haltbar. — Vgl. Oertmann S. 23 ff., Baum S. 265, Schall S. 152 ff., Sinzheimer (früher für Unabdingbarkeit), Enneccerus S. 422 Anm. 22—23, Landsberg S. 187 ff.

⁵¹ Schweiz. O.R. a. 322—323. Der Gesamtarbeitsvertrag bedarf der Schriftform. Er kann mangels anderer Verabredung nach Ablauf eines Jahres jederzeit auf 6 Monate gekündigt werden. Über die Abgrenzung des Kreises der „Verpflichteten“ schweigt das Gesetz.

⁵² Gew.O. § 134^a—134^g, 139^k; für bergmännische Betriebe Preuß. Berges. § 80^a—80^e u. 80^g—80ⁱ und die übrigen Berggesetze. Die Arbeitsordnung wird

für die Arbeitgeber und Arbeiter rechtsverbindlich⁵³. Ihre Bestimmungen haben die Natur von Rechtsnormen, durch die in Ergänzung des Gesetzesrechtes der Inhalt der einzelnen Dienstverträge in bestimmten Punkten (Arbeitszeit, Lohnzahlung, von der gesetzlichen Regel abweichende Beendigungsgründe, Strafen für Verletzung der Dienstpflicht und Verwendung der Strafgeelder) einheitlich geregelt werden muß und in anderen Punkten einheitlich geregelt werden kann⁵⁴. Diese Normen gelten, soweit sie dem Gesetz nicht widersprechen, unabhängig vom Vertragswillen für jedes einzelne in ihren Bereich fallende Dienstvertragsverhältnis und sind zum Teil der Abänderung durch den einzelnen Dienstvertrag entzogen. Sie haben also in der Tat die Natur eines von einem Herrschaftsverbande durch sein Haupt geschaffenen Satzungsrechtes, das gewisse Rechtswirkungen der vertragsmäßigen Eingliederung in den Verband objektiv ordnet⁵⁵.

einseitig vom Arbeitgeber erlassen. Die Mitwirkung der ihr unterstellten Arbeiter erschöpft sich regelmässig darin, daß die volljährigen Arbeiter oder statt ihrer ein ständiger Arbeiterausschuß vorher anzuhören sind; nur gewisse Bestimmungen bedürfen der Zustimmung eines Arbeiterausschusses (Gew.O. § 134^b Abs. 3, Bergges. § 80^d Abs. 3). Staatliche Behörden haben nur den gehörigen Erlaß zu überwachen, die nebst den von den Arbeitern geäußerten Bedenken ihnen einzureichenden Arbeitsordnungen auf ihre Gesetzmässigkeit zu prüfen und bei Beanstandungen Abhilfe zu schaffen. (Nur gewisse Bestimmungen der bergrechtlichen Arbeitsordnungen bedürfen einer „Genehmigung“ des Oberbergamts; Bergges. § 80^{fr}).

⁵³ Gew.O. § 134^c; Bergges. § 80^e. Doch tritt die Arbeitsordnung und jede Abänderung frühestens zwei Wochen nach ihrem Erlaß in Kraft; Gew.O. § 134^a Abs. 4, Bergges. § 80^a Abs. 4.

⁵⁴ Gew.O. § 134^b; Bergges. § 80^b—80^d. Dabei sind aber dem autonomen Belieben im einzelnen mancherlei gesetzliche Schranken gezogen.

⁵⁵ So namentlich auch Oertmann, Festgabe für Hübler, 1905, S. 1 ff. Vgl. dazu Lotmar I 231 ff.; meine Abh. über die Wurzeln des Dienstv. S. 65 ff.; Raape b. Dernburg⁴ § 309 Anm. 5. Wenn Andere die Verbindlichkeit der Arbeitsordnung auf ein durch den Abschluß des Dienstvertrages angenommenes Vertragsangebot gründen, so scheidet dies schon daran, daß die Arbeitsordnung dem Arbeiter erst „bei seinem Eintritt in die Beschäftigung“ einzuhändigen ist, nach dem Eintritt aber ihre Abänderung auch bestehende Vertragsverhältnisse ergreift. Die Annahme von Kohler, Enzykl.⁶ I 641 ff. (7 II 75), daß eine einseitige rechtsgeschäftliche Gestaltungserklärung des Arbeitsherrn vorliege, entfernt sich im Ergebnis kaum von der Satzungstheorie, beruht aber auf der irrigen Voraussetzung, daß es eine privatrechtliche Autonomie nicht gebe. Eine öffentlichrechtliche Handlung ist der Erlaß der Arbeitsordnung freilich nicht und wird dazu auch durch die behördliche Mitwirkung (oben Anm. 52) nicht gemacht. Allein er ist eben ein gesetzlich autorisierter privatrechtlicher Rechtsetzungsakt; vgl. dazu oben Bd. I 153, 155, 699. — Soweit

IV. Verpflichtungen des Dienstpflichtigen.

1. Die wesentliche Verpflichtung des Dienstpflichtigen geht auf Leistung der versprochenen Dienste. Sie ist im Zweifel in Person zu erfüllen⁵⁶. Ebenso ist sie im Zweifel nur der Person des Dienstberechtigten gegenüber begründet⁵⁷. Der gesetzlichen Regel nach ist sie Vorleistungspflicht⁵⁸. Art und Umfang der zu leistenden Dienste richten sich nach dem Vertrage und mangels besonderer Abrede nach Treu und Glauben gemäß der Verkehrssitte⁵⁹.

Bei einzelnen Arten von Dienstverträgen ist die Regelung der Arbeitszeit während der Dauer des Dienstverhältnisses der individuellen Vereinbarung ganz oder zum Teil entzogen. Dies gilt namentlich für das Gebiet der gewerblichen Arbeit, auf dem im älteren deutschen Recht genossenschaftliche, später behördliche Festsetzungen zwingend eingriffen, in neuester Zeit aber, nachdem gerade in diesem Punkte die Durchführung der Vertragsfreiheit sich als verderblich erwiesen hatte, die moderne Arbeiterschutzgesetzgebung eine Fülle von Beschränkungen eingeführt hat. Diese

eine Arbeitsordnung ohne gesetzliche Autorisation erlassen wird, kann sie den Arbeiter nur kraft vertragsmäßiger Unterwerfung im Dienstvertrage verpflichten. In diesem Sinne bestimmt das Schweiz. O.R. a. 321: „Wird im Gewerbebetriebe vom Dienstherrn eine einheitliche Arbeits- oder Hausordnung aufgestellt, so ist sie für den einzelnen Dienstpflichtigen nur dann verbindlich, wenn sie schriftlich aufgesetzt und ihm vor seiner Anstellung zur Kenntnis gebracht ist.“

⁵⁶ B.G.B. § 613. Schweiz. O.R. a. 327¹. Die Zuziehung von Gehilfen ist dadurch nicht ausgeschlossen, kann aber nach der Art der Dienste gleichfalls unzulässig sein. Dagegen hat der Dienstpflichtige das Recht oder auch die Pflicht zur Stellung eines Vertreters nur kraft ausdrücklicher oder nach den Umständen des Falles zu unterstellender Abrede. — Der sog. „Dienstverschaffungsvertrag“ kann ein durch Gehilfen auszuführender Dienstvertrag sein (vgl. Seuff. LXVIII Nr. 231 für eine Eilbotenanstalt), aber auch sich in der Verpflichtung zur Stellung und Besoldung eines Bediensteten erschöpfen (R.Ger. LXXXII Nr. 92, Seuff. LXVIII Nr. 124).

⁵⁷ B.G.B. § 613: „Der Anspruch auf die Dienste ist im Zweifel nicht übertragbar.“ Ebenso Schweiz. O.R. a. 327². Das Gegenteil kann vereinbart sein. Stets ist als gewollt anzunehmen, daß der Anspruch auf die für ein geschäftliches Unternehmen zugesagten Dienste mit der Übertragung des Geschäfts auf den Geschäftsnachfolger übergehen soll. Auch kann derartige Dienste der Geschäftsherr stets durch Vertreter entgegennehmen.

⁵⁸ B.G.B. § 614. Vgl. Sächs. Gb. § 1238. Dazu Lotmar I 366, 372 ff., 723.

⁵⁹ H.G.B. § 59 verweist auf den Ortsgebrauch und eventuell auf das Angemessene. Wenn das Schweiz. O.R. a. 341¹ allgemein bestimmt, daß der Dienstherr dem Dienstpflichtigen die üblichen freien Stunden oder Tage zu gewähren hat, so gilt dies auch nach deut. R.

Beschränkungen sind öffentlichrechtlicher Natur, und ihre Beobachtung wird staatlich überwacht und erzwungen. Allein sie greifen zugleich in das Privatrecht ein, indem die ihnen widersprechenden Vertragsbestimmungen nichtig sind. So verhält es sich mit dem Verbot der Arbeit an Sonntagen und Festtagen: das Versprechen der Arbeitsleistung an einem Sonn- oder Festtage erzeugt keine Verpflichtung, es müßte sich denn um eine Arbeit handeln, die kraft öffentlichen Rechts an einem solchen Tage zulässig ist⁶⁰. Ebenso ist jede Vertragsbestimmung nichtig, die gegen die gesetzlichen oder kraft gesetzlicher Ermächtigung behördlich angeordneten Einschränkungen der Arbeitszeit durch Festsetzung eines Höchstmaßes der Tagesarbeit (Normalarbeitstag) und eines Mindestmaßes von Ruhepausen, durch das Verbot von Nachtarbeit usw. verstößt, wie sie für die Beschäftigung von Kindern, jugendlichen Arbeitern und Frauen gelten⁶¹, zum Teil aber auch erwachsene männliche Arbeiter ergreifen⁶². Soweit es an zwingenden gesetzlichen Normen fehlt, hat in größeren Betrieben die Arbeitsordnung über die Arbeitszeit und ihre Pausen einheitliche Anordnungen zu treffen⁶³. Im übrigen bildet gerade die Arbeitszeit einen Hauptgegenstand der generellen Vereinbarung in Tarifverträgen.

Auch hinsichtlich der Art der bedungenen Dienstleistungen sind der Vertragsfreiheit durch das Verbot der Beschäftigung von Frauen, jugendlichen Arbeitern und Kindern in manchen Gewerbszweigen oder mit gewissen Arbeiten Schranken gezogen⁶⁴.

Andererseits kann in Fällen dringenden Bedürfnisses der Dienstherr unter Umständen auch Dienstleistungen verlangen, die das vereinbarte Maß überschreiten⁶⁵ oder ihrer Art nach nicht zugesagt sind⁶⁶.

⁶⁰ Gew.O. § 105^a; dazu § 105^b—105ⁱ, 41^a—41^b. Vgl. auch Seem.O. § 37—39.

⁶¹ Gew.O. § 135—137^a, 138^a, 139, 139^a; Kinderschutzges. v. 30. März 1903 § 4 ff.

⁶² Gew.O. § 120^e (nach Bundesratsbeschluss in gesundheitsgefährlichen Betrieben), § 139^c—139^f (in offenen Verkaufsstellen). SeemannsO. § 35. Preuß. Bergges. § 39^a—39^e.

⁶³ Gew.O. § 134^b Z. 1. Preuß. Bergges. § 80^b Z. 1.

⁶⁴ Gew.O. § 135¹, 137⁶⁻⁷, 139^a Z. 1, 154^{a v}; Kinderschutzges. § 4, 6, 7. Vgl. auch Seem.O. § 7.

⁶⁵ Die Verpflichtung zur Mehrarbeit (Überstunden) auf Geheiß des Dienstherrn kann sich nach Treu und Glauben aus dem Vertrage ergeben, aber auch auf der Arbeitsordnung (vgl. Bergges. § 80^b Z. 1) oder auf gesetzlicher Bestimmung (Seem.O. § 35¹, 37¹, 38¹) beruhen. Vgl. Lotmar II 380, 383 ff. Allgemein ist sie im Schweiz. O.R. a. 336¹ ausgesprochen und begrenzt.

⁶⁶ Über den Umfang, in dem Handlungsgehilfen verpflichtet sind, kauf-

Bei der Erfüllung seiner Dienstpflicht hat der Dienstpflichtige für jedes Verschulden einzustehen. Das Maß der Sorgfalt, die er aufzuwenden hat, bestimmt sich nach seiner Berufsstellung und der auf Grund derselben zu erwartenden Arbeitsfähigkeit, Sachkunde und Kunstfertigkeit⁶⁷.

Der Anspruch auf Leistung der geschuldeten Dienste ist klagbar, aber nicht unmittelbar erzwingbar⁶⁸. Im übrigen gelten im Falle der Nichterfüllung oder nicht gehörigen Erfüllung der Dienstpflicht grundsätzlich die allgemeinen Regeln über gegenseitige Verträge⁶⁹. Insbesondere ist der Dienstpflichtige im Falle des Verschuldens dem Dienstberechtigten zum Ersatz des entstandenen Schadens verpflichtet⁷⁰.

2. Jeder Dienstvertrag begründet in irgendeinem Umfange ein persönliches Herrschaftsverhältnis. Denn er verpflichtet zu persönlicher Tätigkeit für die Zwecke und Bedürfnisse einer anderen Person. Er setzt die Parteien zueinander in die Beziehung von Diener und Herr. Diese Beziehung kann sehr lose und vorübergehend sein. Immer aber äußert sie sich darin, daß der Dienstherr über die Arbeitskraft des Dienstpflichtigen zu verfügen und dessen Tätigkeit nach seinem Willen zu leiten hat. Freilich darf der Dienstpflichtige die Anweisungen des Dienstherrn nicht befolgen, wenn er dadurch eine eigne gesetzliche oder beruf-

männische Dienste anderer Art zu leisten, als sie ihre besondere Stellung mit sich bringt, vgl. Horowitz, Das Recht der Handlungsgehilfen S. 42, Lehmann, H.R.² S. 198, Seuff. LVII Nr. 14. Ausdrückliche Bestimmungen finden sich in den Gesindeordnungen; unten § 200 Anm. 56.

⁶⁷ Vgl. Schweiz. O.R. a. 328.

⁶⁸ Z.Pr.O. § 888². Doch kann, wenn der Schuldner zur Leistung der Dienste verurteilt wird, möglicherweise eine Zwangsvollstreckung nach Z.Pr.O. § 887 stattfinden. — Ausnahmsweise ist ein polizeilicher Zwang zur Erfüllung der Dienstpflicht nach der Seem.O. § 33 gegen den Schiffsmann (durch das Seeamt) und nach vielen Gesindeordnungen gegen Gesinde zulässig.

⁶⁹ Also B.G.B. § 323—326. Doch gelten Besonderheiten bei Unmöglichkeit der Erfüllung (unten V 1 e). Ferner wird das Rücktrittsrecht wegen Nichterfüllung hier durch das Kündigungsrecht zurückgedrängt. Doch ist es keineswegs ausgeschlossen und kann namentlich praktisch werden, wenn der Dienstpflichtige den Dienst überhaupt nicht antritt. Dem Kapitän oder Reeder gibt die SeemannsO. § 32, wenn der Schiffsmann den Dienstantritt länger als 24 Stunden verzögert, ein Rücktrittsrecht nebst Schadensersatzanspruch. Besonders geregelt ist das Rücktrittsrecht in vielen Gesindeordnungen; unten § 200 III 5 b.

⁷⁰ Vgl. Lotmar II 82 ff., 140 ff., 182, 647; Schweiz. O.R. a. 328². Über sonderrechtliche Vorschriften in Ansehung der Ersatzleistung vgl. unten VI 3.

liche Pflicht verletzen würde⁷¹. Innerhalb der hierdurch gezogenen Schranken jedoch muß er sich den Anordnungen des Dienstherrn fügen. Eine stärkere personenrechtliche Gebundenheit begründet der Dienstvertrag, wenn er den Verpflichteten als dienendes Glied einer herrschaftlichen Gemeinschaft einfügt. Mit der Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft wird nicht nur der Dienstherr, sondern auch der zu Diensten höherer Art Verpflichtete der Hausherrschaft unterworfen. Der Eintritt in das kaufmännische Geschäft ordnet den Handlungsgehilfen einem „Prinzipal“ unter. Durch die gewerblichen Arbeitsverträge werden die Arbeiter und Angestellten einem herrschaftlich organisierten Unternehmen eingegliedert und in größeren Betrieben der Regelung ihres Verhaltens durch eine autoritative Arbeitsordnung unterworfen⁷². Die Heuerverträge mit den Schiffsleuten bewirken mit dem Eintritt in die Schiffsgemeinschaft ein besonders strenges Unterordnungsverhältnis unter die Schiffsgewalt⁷³.

3. Der Dienstvertrag begründet stets eine persönliche Treuerverpflichtung⁷⁴. Auch ohne besondere gesetzliche oder vertragsmäßige Bestimmung gewinnt die nach allgemeinen Grundsätzen geschuldete Vertragstreue infolge der Eigenart des Dienstvertrages für den Dienstpflichtigen den persönlichen Inhalt der Diensttreue⁷⁵. Doch erfährt die Diensttreue je nach der besonderen

⁷¹ Dies gewinnt bei Dienstleistungen höherer Art, wie denen des Arztes, Anwalts, Lehrers oder Technikers, eine besondere Bedeutung. Es gilt aber in engeren Grenzen bei jedem Dienstverhältnis.

⁷² Allgemein legt ihnen die Gew.O. § 121 die Verpflichtung auf, den Anordnungen des Arbeitgebers hinsichtlich der übertragenen Arbeiten und der häuslichen Einrichtungen Folge zu leisten. Vgl. über die Aufsicht, der die Arbeit unterliegt, Lotmar II 49 ff. — Die Arbeitsordnung kann mit Zustimmung eines Arbeiterausschusses auch Vorschriften für das Verhalten bei der Benutzung von Wohlfahrtseinrichtungen und für das Verhalten minderjähriger Arbeiter außerhalb des Betriebes treffen; Gew.O. § 134^b Abs. 3, Preufs. Bergges. § 80^d Abs. 3. — Besonders charakteristisch ist, daß die Arbeitsordnung Strafbestimmungen treffen kann; nur dürfen keine ehrenrührigen Strafen und Geldstrafen nur bis zu einer bestimmten Höhe verhängt und müssen alle Strafgeelder zum Besten der Arbeiter verwendet werden; Gew.O. § 134^b Abs. 1 Z. 4 u. Abs. 2, Preufs. Bergges. § 80^b Z. 5, § 80^d. Diese Strafen sind keineswegs Vertragsstrafen, sondern haben die Natur von Disziplinarstrafen, die kraft herrschaftlicher Verbandsgewalt angedroht und vollzogen werden.

⁷³ Seem.O. § 34 u. 41; dazu die Vorschriften der §§ 84—92 über die Disziplinargewalt des Kapitäns.

⁷⁴ So mit Recht Dernburg § 306 II. Vgl. auch R.Ger. LXXXVI Nr. 76.

⁷⁵ Das H.G.B. § 72 Z. 1 hebt bei Handlungsgehilfen, die Gew.O. § 133^c Z. 2 bei gewerblichen Beamten es als wichtigen Grund, der ihre sofortige Ent-

Beschaffenheit des Dienstverhältnisses eine mannigfach ungleichartige Ausprägung⁷⁶. Ausflüsse der Dienstreue sind z. B. die Pflicht zu achtungsvollem Benehmen⁷⁷, zur Abwendung von Schaden und Hilfeleistung in Gefahr⁷⁸, zur Verschwiegenheit hinsichtlich anvertrauter oder sonst infolge des Dienstverhältnisses erkundeter Geheimnisse⁷⁹.

4. Der Dienstvertrag kann dem Dienstpflichtigen Nebenverpflichtungen auferlegen. So kann ihm die Beschaffung des erforderlichen Arbeitsgerätes oder Arbeitsstoffes obliegen⁸⁰. Er kann ferner, weil er seine gesamte berufliche Tätigkeit dem Dienstherrn widmen soll, zur Unterlassung anderweiter beruflicher Tätigkeit oder doch bestimmter sonstiger Tätigkeit verpflichtet sein⁸¹. Auch kann er verpflichtet werden, Erfindungen, die er bei Ausübung seiner beruflichen Tätigkeit macht, dem Dienstherrn zu überlassen⁸².

lassung rechtfertigt, hervor, „wenn sie im Dienste untreu sind oder das Vertrauen mißbrauchen“. Untreue im Dienst wird aber auch ein wichtiger Grund nach B.G.B. § 626 u. Gew.O. § 124^a sein. Ausdrückliche Bestimmungen über die Treupflicht und ihren Inhalt finden sich in den Gesindeordnungen; unten § 200 III 6 a.

⁷⁶ Die Treupflicht des Privatbeamten ist mit der das ganze Dienstverhältnis durchdringenden Treupflicht des öffentlichen Beamten verwandt. Dienste, die auf Grund eines besonderen Vertrauens übertragen werden (B.G.B. § 627), fordern entsprechende Treue. Aufnahme in die Hausgemeinschaft steigert die Treupflicht im Sinne der Annäherung an familienrechtliche Beziehungen.

⁷⁷ Seem.O. § 85².

⁷⁸ Seem.O. § 41.

⁷⁹ R.Ger. LXXXVI Nr. 76. Diese Pflicht setzt das U.W.G. § 17 bei der Strafandrohung gegen Angestellte, Arbeiter und Lehrlinge, die ein Betriebsgeheimnis während der Geltungsdauer des Dienstverhältnisses zu Zwecken des Wettbewerbes oder in Schädigungsabsicht verraten, als vertraglich begründet voraus. — Pflicht zu wahrheitsgemäßen Mitteilungen nach Seem.O. § 88.

⁸⁰ Weil es verabredet oder bei Dienstleistungen bestimmter Art üblich ist. Regelmäßig liegt die Beschaffung dem Dienstherrn ob. Vgl. Schweiz. O.R. a. 338.

⁸¹ Ohne besondere Abrede treten die in § 60—61 H.G.B. geregelten Beschränkungen von Handlungsgehilfen und Handlungslehrlingen ein. Vgl. auch H.G.B. § 236.

⁸² Vgl. oben Bd. I 869—870; Verh. des XXVIII. D.J.T. II 194 ff., 282 ff., III 469 ff., des XXIX. D.J.T. I 82 ff., III 253 ff., V 313 ff.; Lüdemann, Arbeitsrecht, Jahrg. I 67 ff. Wenn der Dienstpflichtige angestellt ist, um erfinderisch tätig zu sein, so gehört die Erfindung ohne weiteres dem Dienstherrn, ist aber gewöhnlich überhaupt dessen Erfindung, bei dem der Dienstpflichtige nur Gehilfe war. Im übrigen hat der Dienstherr einen Anspruch auf die Erfindung, wenn er ihn sich ausbedungen hat. So entscheidet jetzt auch das Schweiz. O.R.

5. Öffentlichrechtliche Verpflichtungen, die den Dienstpflichtigen auf Grund der Zugehörigkeit zu einem bestimmten Berufsstande auferlegt sind, gehören nicht zum Inhalte der Dienstverträge. Sie können sich aber an die vertragsmäßig begründeten Dienstverhältnisse anlehnen und auf die beiderseitigen Rechte und Pflichten maßgebend einwirken⁸³.

V. Verpflichtungen des Dienstberechtigten.

1. Der Dienstberechtigte ist verpflichtet, die vereinbarte oder als vereinbart geltende Vergütung zu gewähren⁸⁴.

a. Die Zeit, zu der die Vergütung zu entrichten ist, wird der gesetzlichen Regel nach im Sinne der Vorleistungspflicht des Dienstpflichtigen dahin bestimmt, daß eine einheitlich festgesetzte Vergütung erst nach Leistung der durch sie zu vergeltenden Dienste, eine nach Zeitabschnitten bemessene wiederkehrende Vergütung aber nach Ablauf der einzelnen Zeitabschnitte fällig wird⁸⁵. Doch können abweichende Fälligkeitstermine vereinbart sein⁸⁶ oder sich aus der Beschaffenheit der zugesagten Vergütung ohne weiteres ergeben⁸⁷. Für einzelne Arten von Dienstverträgen gelten sonderrechtliche Bestimmungen⁸⁸, durch die zum Teil die vertragsmäßige

a. 343, das aber im letzteren Falle dem Dienstpflichtigen einen Anspruch auf angemessene Vergütung gewährt, falls die Erfindung von erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung ist.

⁸³ So sind die den Arbeitern obliegenden Beitragspflichten aus der öffentlichrechtlichen Kranken- und Invaliden- und Hinterbliebenenversicherung keine Vertragspflichten gegen den Arbeitgeber, die Arbeiter aber gesetzlich verpflichtet, sich in Höhe der vom Arbeitgeber für sie entrichteten Beitragsteile Lohnabzüge in bestimmter Form und Frist gefallen zu lassen; R.V.O. § 394—395, 463, 1432—1433, Angest.V.G. § 178—180. Vgl. auch R.V.O. § 1414 (Recht des Arbeitgebers zurlohneinbehaltung wegen Anschaffung der Quittungskarte, wenn der Arbeiter die Anschaffungspflicht nicht erfüllt hat). Ferner sind die staatlich auferlegten berufsständischen Pflichten zugleich maßgebend für die bei der Dienstleistung geschuldete Sorgfalt (oben Anm. 67); so namentlich bei Anwälten, Ärzten und öffentlich angestellten Gewerbetreibenden, vgl. Triepel, Staatsdienst und staatlich gebundener Beruf, 1911 (aus Festschrift für Binding), S. 16 ff.

⁸⁴ B.G.B. § 611.

⁸⁵ B.G.B. § 614. Vgl. oben S. 607 Anm. 58.

⁸⁶ Vorauszahlung des Lohnes, Zahlung in kürzeren Fristen, aber auch spätere Termine (z. B. bei Stundenlohn Tages- oder Wochenschluß, bei Tageslohn Wochenschluß, bei Wochenlohn oder Monatslohn Vierteljahrsschluß usw.).

⁸⁷ So ist Wohnung und Kost vom Dienstantritte an kontinuierlich zu gewähren. Die Lieferung mancher zugesagten Sachbezüge (z. B. Heizungs-material) ist im Zweifel nach Bedürfnis zu bewirken.

⁸⁸ So H.G.B. § 64 für das Gehalt des Handlungsgehilfen. Seem.O. § 45

Hinausschiebung der Fälligkeit über einen spätesten Zeitpunkt ausgeschlossen wird⁸⁹. Ein vor der Fälligkeit der Lohnschuld gewährter Vorschuss ist kein Darlehen, sondern verfrühte Zahlung künftiger Schuld⁹⁰. Eine Verpflichtung des Dienstherrn zur Vorschussgewährung kann vereinbart sein und tritt bei manchen Dienstverträgen im Bedürfnisfalle kraft Gesetzes ein⁹¹.

b. Die Höhe der Vergütung richtet sich nach der Vereinbarung und in Ermangelung einer solchen nach dem Üblichen⁹². Für manche Dienstleistungen gelten Taxen, die mangels besonderer Abrede maßgebend sind⁹³. Einschränkungen der Vertragsfreiheit wurden früher in umfassendem Maße durch genossenschaftliche oder behördliche Lohnordnungen herbeigeführt. Heute gibt es nur für einzelne Berufsarten Taxen, die ein Höchstmaß der Vergütung, die ausbedungen werden darf, festsetzen⁹⁴. Gesetzliche Vorschriften über ein Mindestmaß der zu gewährenden Vergütung fehlen⁹⁵. Die Ausfüllung dieser Lücke bildet einen Hauptinhalt der kollektiven Vereinbarungen über die Arbeitsbedingungen⁹⁶. Werden Dienste

für die Heuer der Schiffsleute. Einheitliche Bestimmungen über die Zeit der Lohnzahlungen müssen die Arbeitsordnungen treffen; Gew.O. § 134^b Z. 2, Bergges. § 80^b Z. 3.

⁸⁹ H.G.B. § 64: Nichtigkeit einer Vereinbarung, nach der das Gehalt später als monatlich zu zahlen ist. — Nach Schweiz. O.R. a. 333 ist, wenn nicht kürzere Fristen vereinbart oder üblich sind, der Lohn für Arbeiter und außerhäusliche Dienstboten alle zwei Wochen, für Angestellte jeden Monat, für häusliche Dienstboten alle drei und in landwirtschaftlichen Betrieben alle sechs Monate zu entrichten.

⁹⁰ Lotmar I 387 ff.; Oertmann Vorbem. 7 vor § 607.

⁹¹ Seem.O. § 47 (nach Ortsgebrauch), § 48. Allgemein nach Schweiz. O.R. a. 334.

⁹² B.G.B. § 612². H.G.B. § 59 (Ortsgebrauch, sonst das Angemessene).

⁹³ B.G.B. § 612². Dahin gehören die Medizinaltaxen (Gew.O. § 80²) und die Gebührenordnungen für Anwälte.

⁹⁴ Für Dienstverträge kommen die nach Gew.O. § 76—78 zulässigen Taxen in Betracht. Die Ausbedingung einer geringeren Vergütung bleibt gestattet; ebd. § 79.

⁹⁵ Auch das Hausarbeitsgesetz hat sich nicht entschlossen, die behördliche Festsetzung von Mindestlöhnen zu ermöglichen; nur eine Hinwirkung auf die Vereinbarung von angemessenen Entgelten liegt nach § 19 Z. 4 den Fachausschüssen ob. Zweifellos aber kann ein Dienstvertrag wegen Ausbedingung einer unverhältnismäßig geringen Vergütung als wucherisch nichtig und wegen bereits geleisteter Dienste dann ein Bereicherungsanspruch in Höhe angemessener Vergütung begründet sein.

⁹⁶ Das Schweiz. O.R. a. 330¹ verweist direkt auf Normalarbeitsverträge und Gesamtarbeitsverträge.

geleistet, die nach Art oder Umfang durch die vereinbarte Vergütung nicht vergolten sind, so ist, wenn dies der Übung entspricht oder durch Gesetz oder Satzung bestimmt ist, der Dienstherr auch ohne besondere Abrede zu einer angemessenen Mehrvergütung verpflichtet⁹⁷. Durch den Dienstvertrag kann auch ein Anspruch auf Erhöhung des Lohnes auf Grund ordnungsmäßiger Dienstleistung nach Ablauf eines Zeitabschnittes begründet sein⁹⁸. Andererseits ist die Ausbedingung einer Minderung der zu entrichtenden Vergütung wegen quantitativ oder qualitativ unterwertiger Dienstleistung oder wegen Verletzung der Dienstpflicht möglich; doch sind zugunsten der gewerblichen Arbeiter den vertragsmäßig vorbehaltenen oder in der Arbeitsordnung vorgesehenen Lohneinbehalten, Lohnkürzungen oder Lohnverwirkungen feste gesetzliche Schranken gezogen⁹⁹. Auch das Recht des Dienstherrn zur einseitigen dauernden Herabsetzung des Lohnes wegen Dienstuntauglichkeit kommt vor¹⁰⁰.

Ist Stücklohn vereinbart, so richtet sich die Höhe des verdienten Lohnes nach dem Maße der geleisteten Arbeit, hängt also nicht lediglich von der Tätigkeit im Dienste des Berechtigten, sondern auch vom Erfolge dieser Tätigkeit ab. Im übrigen ist der Akkord beim Dienstvertrage mannigfach ungleicher Ausgestaltung fähig¹⁰¹, so daß auch für die Berechnung des verdienten Lohnes kraft Vereinbarung oder Verkehrssitte verschiedenartige Grundsätze maßgebend sein können¹⁰². Auch begegnen allerlei Kombinationen

⁹⁷ Gesetzliche Bestimmungen darüber in Seem.O. § 35³, 37³, 50. Satzungs-mäßige Regelung in Arbeitsordnungen. Vgl. im übrigen bes. Lotmar I 506 ff., II 388 ff., 412 ff. — Allgemeine Bestimmung im Schweiz. O.R. a. 336².

⁹⁸ Kraft Gesetzes tritt nach der Seem.O. § 52, wenn ein Schiff länger als zwei Jahre auswärts weilt, für den seit zwei Jahren im Dienst befindlichen Schiffsmann eine Erhöhung der nach Zeit bedungenen Heuer (für den Schiffsjungen und Leichtmatrosen zugleich mit Rangerhöhung) ein.

⁹⁹ Gew.O. § 119^a Abs. 1, 134¹, 134^b Z. 5; Preuss. Bergges. § 80², 80^b Z. 6 und die besonderen Bestimmungen in § 80^c u. 80^k Abs. 3.

¹⁰⁰ Seem.O. § 43. Pappenheim S. 496 ff.

¹⁰¹ Erschöpfend über alle Formen des „Akkords“ handelt Lotmar II 422 ff. Vgl. ferner Koehne, Der Rechtscharakter des gewerblichen Akkordvertrages, Arch. f. b. R. XIX 46 ff., Wölbling, Akkordvertrag und Tarifvertrag, 1908 (oben S. 602 Anm. 40). „Akkord“ ist ein weiterer Begriff als Stücklohnvertrag und kommt auch beim Dienstvertrage in anderen Formen vor (z. B. als Ausbedingung eines Gesamtlohnes für eine Dienstleistung von nicht fest bestimmter Zeitdauer „in Bausch und Bogen“, vgl. Seem.O. § 80, H.G.B. § 549); doch wird der Ausdruck „Stücklohn“ oft generell gebraucht, vgl. Lotmar II 463 ff.

¹⁰² Zwingende gesetzliche Regeln gelten für das bergrechtliche „Gedinge“

von Stücklohn und Zeitlohn¹⁰³. Eigenartige Verhältnisse begründet der Gruppenakkord, bei dem die Arbeiter einer Gruppe unter sich eine dem Arbeitgeber gegenüber verpflichtete und berechnete Gesellschaft bilden¹⁰⁴. Für die Bewertung von Werkzeugen und Stoffen, die der Arbeitgeber liefert, gelten bei gewerblichen Akkordarbeiten besondere Regeln¹⁰⁵. Ist der Akkordarbeiter während der Vertragszeit ausschließlich für ein bestimmtes Geschäft tätig, so ist der Dienstherr für verpflichtet zu erachten, dem Arbeiter ausreichende Akkordarbeit zu verschaffen, andernfalls aber ihn zu entschädigen¹⁰⁶.

Besteht die Vergütung ganz oder teilweise in Provision, so ist für ihre Höhe gleichfalls der Erfolg der Diensttätigkeit maßgebend, da sie nach Prozenten des Gegenstandswertes der für den Dienstberechtigten vermittelten oder abgeschlossenen Geschäfte berechnet wird¹⁰⁷.

und die Berechnung des „Gedingelohnes“ (im Gegensatz zum „Schichtlohn“); Preufs. Bergges. § 80^b Z. 2, 80^c, 80^k. Generelle Bestimmungen finden sich in Tarifverträgen und Arbeitsordnungen.

¹⁰³ Lotmar II 772 ff. So namentlich bei der Zusage eines nach der Zeit bemessenen Mindestlohnes.

¹⁰⁴ Die Rechtsverhältnisse beim Gruppenakkord und die dabei vorkommenden mannigfachen Kombinationen untersucht eingehend Lotmar II 490—549.

¹⁰⁵ Gew.O. § 115². Die Verabfolgung von Werkzeugen und Stoffen für die übertragenen Arbeiten, die beim Zeitlohnvertrage nur für den Betrag der durchschnittlichen Selbstkosten erfolgen darf, ist bei Akkordarbeiten zu einem höheren Preise zulässig, sofern nur derselbe den ortsüblichen nicht übersteigt und im voraus vereinbart ist. — Bei der Heimarbeit kommt der Stücklohn öfter in einem „Preise“ für das fertigestellte Arbeitserzeugnis zum Ausdruck, ohne damit seine Natur als Arbeitsentgelt zu ändern; Hausarbeitsges. § 3.

¹⁰⁶ Die Gew.O. § 124 Z. 4 gibt dem gewerblichen Arbeiter das Recht, die Arbeit sofort ohne Kündigung zu verlassen, wenn der Arbeitgeber „bei Stücklohn“ nicht für seine ausreichende Beschäftigung sorgt. Ebenso Preufs. Bergges. § 83 Z. 4 „bei Gedingelohn“. Nach Treu und Glauben aber muß dem Arbeiter, der von diesem Rechte keinen Gebrauch macht, ein Entschädigungsanspruch zugebilligt werden. Nach Schweiz. O.R. a. 331 kann der Arbeitgeber dem ausschließlich für ihn arbeitenden Akkordarbeiter, wenn es an Akkordarbeit fehlt, Arbeit nach Stunden- oder Tagelohn zuweisen; fehlt es aber an beiderlei Arbeit, so ist er, falls er nicht seine Schuldlosigkeit beweist, schadensersatzpflichtig.

¹⁰⁷ Unter den Dienstverträgen bietet der dem Werkvertrage nahekommende Vertrag mit dem Handlungsagenten die Besonderheit, daß mangels anderer Vereinbarung als Vergütung Provision geschuldet wird; der Provisionsanspruch des Handlungsagenten ist im H.G.B. § 88—91 gesetzlich geregelt. Von diesen Vorschriften sind die der §§ 89—90 u. 91 S. 2 durch die Eigenart des Agenten-

Wird ein Gewinnanteil als Vergütung geschuldet, so hängt deren Höhe nicht nur vom Erfolge der Diensttätigkeit, sondern auch vom Gesamterfolge des Unternehmens, dem sie gewidmet ist, ab. Es gelten die allgemeinen Grundsätze über partiarische Rechtsgeschäfte¹⁰⁸. Wenn aber der Dienstpflichtige seine Erwerbstätigkeit ganz oder überwiegend dem Geschäftsbetriebe des Dienstherrn widmet, ist ein Dienstvertrag, der als Vergütung lediglich einen Gewinnanteil zusagt, dahin auszulegen, daß unabhängig vom Geschäftsergebnis mindestens der normale Arbeitslohn zu zahlen sein soll¹⁰⁹.

c. Auch die Art der Vergütung unterliegt freier Vereinbarung. Ist aber Geldlohn bedungen, so gelten für den gewerblichen Arbeitsvertrag zwingende gesetzliche Vorschriften. Dahin gehört vor allem das Gebot der Barzahlung (Verbot des Trucksystems)¹¹⁰, von dem nur bestimmte Ausnahmen zugunsten der Anrechenbarkeit gewisser Sachbezüge bei der Lohnzahlung gemacht sind¹¹¹, während im übrigen die Hingabe von Waren an Zahlungsstatt keine Tilgung der Lohnschuld bewirkt¹¹² und Forderungen für kreditierte Waren

verhältnisses bedingt, die anderen nach § 65 auch anwendbar, wenn einem Handlungsgehilfen Provision versprochen ist. Sie können auch in anderen Fällen entsprechend angewandt werden, wenn geleistete Dienste durch Provision zu vergelten sind (z. B. auf Grund von § 354 H.G.B.).

¹⁰⁸ Crome, Partiarische Rechtsgeschäfte S. 141 ff. — Sondervorschriften in H.G.B. § 237, 245, Seem.O. § 81. Vgl. Schweiz. O.R. a. 330².

¹⁰⁹ Crome a. a. O. S. 209. — Daß ein derartiger Vertrag überhaupt als sittenwidrig nichtig sei, hat gegenüber dem K.Ger. das R.Ger. b. Seuff. LXIX Nr. 128 mit Recht verneint.

¹¹⁰ Gew.O. § 115, 119, 119^b. Das Gebot bezieht sich nur auf den Fall der Vereinbarung von Geldlohn, enthält daher kein Verbot der Ausbedingung von Naturalvergütung; so mit Recht Lotmar I 677 ff. Es wird ergänzt durch das Verbot der Kreditierung von Waren; Lotmar I 415 ff., oben § 192 S. 446 Anm. 61. Ferner durch das Verbot von Abreden, die den Arbeiter an bestimmte Verkaufsstellen binden oder ihm die Verwendung seines Verdienstes zu einem anderen Zwecke als zur Beteiligung an Wohlfahrtseinrichtungen auferlegen; Gew.O. § 117. Zuwiderlaufende Verträge sind nichtig. — Über Zahlungen an Schiffsleute in bar oder mittels Anweisung auf den Reeder vgl. Seem.O. § 48.

¹¹¹ Lebensmittel zum Betrage der Anschaffungskosten, Wohnung und Landnutzung zum ortsüblichen Miets- oder Pachtprice, Feuerung, Beleuchtung, Arznei und ärztliche Hilfe zum durchschnittlichen Selbstkostenprice, Arbeitswerkzeuge und Arbeitsstoffe desgleichen mit der oben Anm. 105 erwähnten Modifikation bei Akkordarbeitern.

¹¹² Gew.O. § 116. Doch fällt die Bereicherung an eine geeignete Kasse.

vom Arbeitgeber nicht geltend gemacht werden können¹¹³. Außerdem wird die Vertragsfreiheit in Ansehung des Ortes und der Zeit der Lohnauszahlungen und der Person des Zahlungsempfängers durch bindende Vorschriften beschränkt, die teils unmittelbar durch das Gesetz getroffen sind, teils durch Ortsstatut getroffen werden können, teils durch die Arbeitsordnung getroffen werden müssen¹¹⁴.

Sind neben Geldlohn oder anstatt desselben Sachbezüge als Vergütung zu gewähren, so entscheiden über die gehörige Beschaffenheit der Leistungen, die Verrechnung der einzelnen Leistungen auf die Gesamtvergütung und den etwa zu leistenden Ersatz die allgemeinen Rechtsgrundsätze. Je nachdem es sich um die Gewährung von Wohnung und Kost infolge der Aufnahme in die häusliche oder eine andere wirtschaftliche Gemeinschaft oder um außerhäusliche Gewährungen, wie Dienstwohnung, Landnutzung, Lieferung von Lebensmitteln und anderen Bedürfnisgegenständen handelt, werden sich mannigfach ungleiche Regeln ergeben¹¹⁵. Bei manchen Arten von Dienstverträgen aber greifen zwingende sonderrechtliche Vorschriften ein¹¹⁶.

d. Zur Entgegennahme der Dienste ist der Dienstberechtigte nicht verpflichtet¹¹⁷. Er hat aber, wenn er in Annahmeverzug gerät, für die infolge seines Verzuges nicht geleisteten Dienste gleichwohl die vereinbarte Vergütung zu entrichten, ohne Nachleistung fordern zu können; doch muß der Dienstpflichtige sich den Wert dessen anrechnen lassen, was er infolge des Unterbleibens der Dienstleistung erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Dienste erwirbt oder zu erwerben

¹¹³ Gew.O. § 118. Mit der Forderung kann auch nicht aufgerechnet werden. Sie besteht aber zu Recht und fällt an die dazu bestimmte Kasse.

¹¹⁴ Gew.O. § 115^a, 119^a Abs. 2, 134^b Z. 2. Seem.O. § 46.

¹¹⁵ Dafs der Unterhalt des in die Hausgemeinschaft aufgenommenen Dienstpflichtigen im Zweifel einen Teil der Löhnung bildet, bestimmt allgemein das Schweiz. O.R. a. 344¹. Über Dienstwohnung vgl. oben § 196 S. 522 Anm. 65. Über Landnutzung Schlegelberger, Landarbeitervertrag, 1907, S. 87.

¹¹⁶ So Seem.O. § 54—58. Ferner manche Gesindeordnungen.

¹¹⁷ Das Gegenteil kann jedoch ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart sein, wie dies z. B. regelmäfsig beim Bühnengagementsvertrage der Fall ist. Hier steht dem Bühnenkünstler der Anspruch auf gehörige Beschäftigung in geeigneten Rollen unabhängig von dem Anspruch auf Vergütung zu. Ein Anspruch auf ausreichende Beschäftigung begegnet auch bei der Akkordarbeit (oben Anm. 106, Schweiz. O.R. a. 331¹), richtet sich aber hier nur auf Nichtvereitelung des Vergütungsanspruches und kann daher durch eine entsprechende Ersatzleistung erfüllt werden. Über Besonderheiten beim Gesindevertrage vgl. unten § 200 III 5 c.

böswillig unterläßt¹¹⁸. Dieser Anspruch auf Vergütung für nicht geleistete Dienste tritt unabhängig vom Verschulden des Dienstherrn ein, falls nur der Dienstpflichtige die Dienstleistung angeboten hatte und zu ihr imstande war¹¹⁹; er wird daher auch dadurch nicht ausgeschlossen, daß die zur Erfüllung erforderliche Mitwirkung des Dienstherrn durch einen von ihm nicht zu vertretenden Umstand unmöglich wurde¹²⁰.

e. Wird die Dienstleistung unmöglich, so gelten, wenn einer von beiden Teilen dafür verantwortlich ist, die allgemeinen Grundsätze, so daß der Dienstberechtigte, wenn er die Verantwortung trägt, die vereinbarte Vergütung zu entrichten hat, wenn dagegen der Dienstpflichtige verantwortlich ist, befreit wird¹²¹. Trifft keinen der beiden Teile eine Verantwortlichkeit, so fällt zwar an sich mit dem Anspruch auf Dienstleistung auch die Ver-

¹¹⁸ B.G.B. § 615; fast gleichlautend Schweiz. O.R. a. 332. Über die zahlreichen Streitfragen, die sich an diese Bestimmung knüpfen, vgl. bes. Sigel a. a. O. S. 50 ff., Lotmar II 241 ff., 723 ff., Planck u. Oertmann zu § 615, Enneccerus § 367 IV, Dernburg § 307 II 4. Der Vergütungsanspruch ist nicht Schadensersatzanspruch, sondern der ursprüngliche Vertragsanspruch; bei Stücklohn richtet er sich auf den Durchschnittsverdienst, bei Sachbezügen, die nicht nachgeholt werden können (z. B. Wohnung und Kost) oder deren künftige Gewährung den Umständen nach ausgeschlossen ist, auf den Geldwert. Die Anrechnung des anderweitigen Arbeitsverdienstes erfolgt, auch wenn derselbe nur während eines Teils der Zeitdauer des Annahmeverzuges gemacht ist, auf den gesamten für die Verzugszeit geschuldeten Lohn; R.Ger. LVIII Nr. 102. Zu dem durch anderweitige Verwendung der „Dienste“ Erworbenen gehört auch, was durch Verwendung der Arbeitskraft für eigene Rechnung erworben ist; das Schweiz. O.R. a. 332 sagt deutlicher: „durch anderweitige Arbeit“. Die Beweislast trifft den Dienstherrn; R.Ger. b. Seuff. LXI Nr. 79. Solange der Dienstvertrag besteht, ist der Dienstpflichtige nur von der Nachleistung von Diensten, nicht von der Leistung der nach Beseitigung des Annahmeverzuges geforderten Dienste befreit. Daran ändert auch ein inzwischen eingegangenes anderweitiges Dienstverhältnis nichts. Doch können die Umstände so liegen, daß dem zu Unrecht Entlassenen der Wiedereintritt in den bisherigen Dienst trotz Fortdauer des alten Dienstvertrages nicht zugemutet werden kann.

¹¹⁹ Ist er zu Unrecht entlassen, so braucht er die Dienste nicht nachträglich anzubieten; Seuff. LVII Nr. 190, LX Nr. 104, Rspr. d. O.L.G. X 179, XII 268; a. M. ebd. VII 472. Anders zum Teil nach Gesinderecht.

¹²⁰ Anders verhält es sich, wenn die Leistung als solche objektiv unmöglich wird. Keine Unmöglichkeit der Leistung, sondern bloße Verhinderung an der Annahme liegt in der Regel vor, wenn die Betriebsstätte untergeht oder sonstige Betriebsunterbrechung eintritt. Enneccerus § 367 IV, Oertmann zu § 615 Bem. 5c. A. M. Dernburg II § 305 II 1 b, Planck zu § 616 Bem. 5.

¹²¹ Enneccerus § 367 II. Oertmann zu § 615 Bem. 5.

pflichtung zur Gegenleistung weg. Hiervon aber gilt eine wichtige Ausnahme. Ist nämlich der Dienstpflichtige nur für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit durch einen in seiner Person liegenden Grund ohne sein Verschulden an der Dienstleistung verhindert, so behält er für diese Zeit den Anspruch auf die vereinbarte Vergütung. Besteht der Grund in einem unverschuldeten Unglück, so erstreckt sich für Handlungsgehilfen und für gewerbliche Betriebsbeamte, Werkmeister und Techniker nach sonderrechtlicher Bestimmung der Anspruch auf die Zeitdauer von sechs Wochen und bleibt auch von einer aus diesem Grunde erfolgten Kündigung unberührt. Die Vergütung mindert sich nach der gesetzlichen Regel um den Betrag, der dem Dienstpflichtigen für die Zeit der Verhinderung aus einer auf Grund gesetzlicher Verpflichtung bestehenden Kranken- oder Unfallversicherung zukommt. Nur der Handlungsgehilfe braucht sich diesen Betrag nicht anrechnen zu lassen. Dieses Privileg der Handlungsgehilfen ist sogar zwingendes Recht, während im übrigen abweichende Vereinbarungen nicht ausgeschlossen sind ¹²².

f. Die Lohnforderungen aus Dienstverträgen sind begünstigt. Sie sind einerseits insoweit, als das Dienstverhältnis die Erwerbsfähigkeit des Vergütungsberechtigten vollständig oder hauptsächlich in Anspruch nimmt und sie der Lebensnotdurft dienen (bis zum Jahresbetrage von 1500 Mark), dem Zugriff der Gläubiger (mit gewissen Ausnahmen) und in gleichem Umfange der Verfügung des Berechtigten entzogen ¹²³. Sie gewähren andererseits insoweit,

¹²² B.G.B. § 616 (nach Preufs. A.G. a. 14 § 1 Abs. 1 auch auf das Gesindeverhältnis anwendbar). H.G.B.-§ 63, 72². Gew.O. § 133^c Abs. 2. Bergges. § 90^a.

¹²³ Lohnbeschlagnahmeges. v. 21. Juni 1869 in der Fassung des R.G. v. 29. März 1897 u. E.G. z. Z.P.O. Nov. v. 17. Mai 1898 a. III; Z.P.O. § 850 Z. 1. Hausarbeitsges. § 27 (aller Entgelt für Hausarbeit ist Arbeitslohn im Sinne des LohnB.G.). Dazu das Verbot der Auszahlung des Lohnes an Dritte auf Grund unwirksamer Übertragungsgeschäfte in Gew.O. § 115^a mit Strafsanktion in § 148 Z. 13. — Bekanntlich sind in neuerer Zeit die sog. Fünfzehnhundertmarkverträge üblich geworden, durch die ein Angestellter sich die Leistung des Mehrbetrages seines Gehaltes über 1500 Mark an seine Ehefrau (oder eine andere dritte Person) ausbedingt, um das ganze Gehalt der Gläubigerpfändung zu entziehen. Insoweit dieser Vertrag gültig ist, entsteht die Gehaltsforderung in der Person eines Dritten, kann also von den Gläubigern des Angestellten nicht gepfändet werden. Das R.Ger. aber nimmt mit Recht an, daß der Vertrag an sich gültig ist, da er weder Scheingeschäft ist, noch gegen das Gesetz oder die guten Sitten verstößt; Z.S. LXIX Nr. 14, LXXXI Nr. 11. Nur im Falle der Sicherung eines übermäßigen, den angemessenen Familienunterhalt überschreitenden Betrages nimmt es Sittenwidrigkeit an. Vgl. über die Frage Becker b. Gruchot LVIII 1 ff. mit weiteren Nachweisen.

als die Dienste für den Haushalt, den Wirtschaftsbetrieb oder das Erwerbsgeschäft des Gemeinschuldners geleistet sind, ein Konkursvorrecht vor allen anderen Konkursgläubigern ¹²⁴.

2. Der Dienstberechtigte ist zur Fürsorge für die Person des Dienstpflichtigen verpflichtet. Diese Fürsorgepflicht, in der die personenrechtliche Seite der alten Verpflichtungen des Herrn, wie sie die Herrentreue bedingt, fortlebt, hat je nach der Art des Dienstverhältnisses einen ungleichen Inhalt. Soweit sie durch gesetzliche Vorschriften geregelt ist, kann sie vertragsmäßig nicht wegbedungen oder eingeschränkt werden ¹²⁵.

a. Allgemein liegt dem Dienstberechtigten die Verpflichtung ob, Räume, Vorrichtungen und Gerätschaften, die er zu beschaffen hat, so einzurichten und zu erhalten und Dienstleistungen, die unter seiner Anordnung oder seiner Leitung vorzunehmen sind, so zu regeln, daß der Dienstverpflichtete gegen Gefahr für Leben und Gesundheit soweit geschützt ist, als die Natur der Dienstleistung dies gestattet ¹²⁶. Ist der Dienstverpflichtete in die häusliche Gemeinschaft aufgenommen, so tritt die Verpflichtung hinzu, in Ansehung des Wohn- und Schlafrums, der Verpflegung, sowie der Arbeits- und Erholungszeit diejenigen Einrichtungen und Anordnungen zu treffen, die mit Rücksicht auf die Gesundheit, die Sittlichkeit und die Religion des Dienstverpflichteten erforderlich sind ¹²⁷. Die Nichterfüllung dieser Verpflichtungen ist Vertragsverletzung, hat aber insoweit, als es sich um die Fürsorge für Leben und Gesundheit handelt, hinsichtlich der Verpflichtung zum Schadensersatz die strengeren Rechtsfolgen der unerlaubten Handlung ¹²⁸.

¹²⁴ K.O. § 61 Z. 2. Dazu Vorzugsrecht vor den Realgläubigern bei der Zwangsvollstreckung in land- oder forstwirtschaftliche Grundstücke nach Z.V.G. § 10 Z. 2. Bevorzugtes Schiffsgläubigerrecht der Schiffsbesatzung wegen Forderungen aus Dienst- und Heuerverträgen nach H.G.B. § 754 Z. 3. — Die Vorzugsrechte gehen auf das schon dem Sachsensp. I 22 § 2 bekannte Vorrecht des Gesindelohns (Lidlohn) zurück, an dem das deut. R. stets festhielt; Hertz a. a. O. S. 91, Stobbe-Lehmann § 249 Anm. 38, Könnicke a. a. O. S. 760 ff.

¹²⁵ B.G.B. § 619. Für das ältere Recht R.Ger. VIII Nr. 256.

¹²⁶ B.G.B. § 618¹. Eine gleiche Vertragspflicht war auch nach gemeinem Recht anzunehmen; R.Ger. VIII Nr. 38, Seuff. XXXVII Nr. 242, XLIX Nr. 40. Vgl. Schweiz. O.R. a. 339.

¹²⁷ B.G.B. § 618².

¹²⁸ B.G.B. § 618³. Verwiesen ist auf § 842—846 (nicht auf § 847, dessen Anwendbarkeit trotzdem vielfach angenommen wird, aber zu verneinen ist, vgl. Oertmann zu § 618 Bem. 5^a). Im übrigen gilt auch in Ansehung des

Die allgemeinen Vorschriften des B.G.B. werden durch sonderrechtliche Vorschriften für einzelne Arten von Dienstverhältnissen ergänzt. Das H.G.B. legt dem Prinzipal eine erweiterte Fürsorgepflicht gegenüber dem Handlungsgehilfen auf¹²⁹. Sehr ins einzelne gehende Bestimmungen über die dem Gewerbeunternehmer obliegenden Verpflichtungen zur Fürsorge für die Arbeiter enthält die Gewerbegesetzgebung. Sie beziehen sich auf die Sicherung von Leben und Gesundheit, aber auch auf die Wahrung von Sittlichkeit und Anstand, wobei die besonderen Bedürfnisse von jugendlichen und weiblichen Arbeitern zu berücksichtigen sind¹³⁰, und können für einzelne Betriebe durch Polizeiverfügungen speziell entfaltet und für einzelne Arten von Betrieben durch Bundesratsbeschlüsse oder Polizeiverordnungen der Landesbehörden generell ergänzt und verschärft werden¹³¹. Hinzu tritt die Verpflichtung, jugendlichen Arbeitern die erforderliche Muße zum Besuch von Fortbildungs- oder Fachschulen zu gewähren und sie, soweit der Besuch obligatorisch ist, dazu anzuhalten¹³². Besondere Schutzvorschriften treten nach den Berggesetzen hinzu¹³³. Eine den Verhältnissen der Schiffsgemeinschaft angepasste Fürsorgepflicht wird durch die Seemannsordnung begründet¹³⁴. Alle diese sonderrechtlichen Bestimmungen normieren in zwingender Weise den Vertragsinhalt. Ihre Beobachtung aber wird größtenteils durch Strafdrohungen gesichert und staatlich überwacht. Insoweit dies der Fall ist, liegt in ihrer schuldhaften Verletzung stets zugleich im Sinne des Privatrechts eine unerlaubte Handlung¹³⁵.

Die Schadensersatzansprüche wegen Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit durch Nichterfüllung der Für-

Schadensersatzes das Recht der Vertragsverletzungen. Immer bedarf es, damit ein Schadensersatzanspruch begründet sei, irgendeines Verschuldens; R.Ger. XII Nr. 28, Seuff. XLIII Nr. 290.

¹²⁹ H.G.B. § 62. Ganz übereinstimmend mit B.G.B. § 618—619, die Fürsorgepflicht gilt aber unbedingt hinsichtlich der Geschäftsräume und der für den Geschäftsbetrieb bestimmten Vorrichtungen und Gerätschaften und erstreckt sich stets auch auf die Sicherung der Aufrechterhaltung der guten Sitten und des Anstandes. Dazu Gew.O. § 139 g u. 139 h.

¹³⁰ Gew.O. § 120 a—120 c.

¹³¹ Gew.O. § 120 d—120 g, auch § 139 g—139 h u. Hausarbeitsges. § 6—10.

¹³² Gew.O. § 120. H.G.B. § 76⁴ mit Gew.O. § 139 i.

¹³³ Preufs. Bergges. § 196—203; auch § 80^f—80^{fs} (Sicherheitsmänner). Über Fortbildungsschulen § 87.

¹³⁴ Seem.O. § 55—65, 83.

¹³⁵ Nach B.G.B. § 823². Somit kann hier auch außerhalb der Grenzen des § 618³ B.G.B. Schadensersatz nach Deliktsrecht gefordert werden.

sorgepflicht werden durch die öffentlichrechtliche Arbeiterversicherung nicht beseitigt, gehen aber insoweit, als die Versicherungsträger zur Ersatzleistung verpflichtet sind, auf die Versicherungsträger über¹³⁶. Anders verhält es sich nur im Bereiche der Unfallversicherung. Durch diese wird der Unternehmer dem Versicherten gegenüber von der Haftung für Betriebsunfälle — abgesehen von der ihm im Falle vorsätzlicher, durch Strafurteil festgestellter Verletzung auferlegten Haftung für den durch die Versicherung nicht gedeckten Schadensbetrag — überhaupt befreit¹³⁷.

b. Eine besondere Fürsorgepflicht für den Fall der Erkrankung des Dienstverpflichteten trifft den Dienstberechtigten, wenn jener in seine häusliche Gemeinschaft aufgenommen ist und es sich um ein dauerndes Dienstverhältnis handelt, das die Erwerbstätigkeit des Verpflichteten vollständig oder hauptsächlich in Anspruch nimmt. Hier schuldet er dem Dienstverpflichteten die Gewährung der erforderlichen Verpflegung und ärztlichen Behandlung bis zur Dauer von sechs Wochen oder bis zur früheren Beendigung des Dienstverhältnisses, soweit nicht Beendigungsgrund eine um der Erkrankung willen erfolgte Kündigung ist. Die Verpflichtung tritt nicht ein, wenn der Dienstpflichtige seine Erkrankung vorsätzlich oder grob fahrlässig herbeigeführt hat. Sie kann durch Unterbringung in einer Krankenanstalt erfüllt werden. Die Kosten kann der Dienstberechtigte auf die für die Zeit der Erkrankung geschuldete Vergütung anrechnen¹³⁸. Die Krankenfürsorgepflicht fällt aber weg, wenn für die Verpflegung und ärztliche Behandlung durch eine Versicherung oder eine Einrichtung der öffentlichen Krankenpflege Vorsorge getroffen ist¹³⁹. Sie wird daher namentlich durch die Durchführung der öffentlichrechtlichen Krankenversicherung stark in den Hintergrund gedrängt¹⁴⁰. Mit deren Erstreckung

¹³⁶ R.V.O. § 1527, 1541—1543. Angestellten-V.G. § 81, 91.

¹³⁷ R.V.O. § 898—902, 1042, 1219. Vgl. unten § 213 III 5. Dagegen bleibt dem Versicherungsträger mit gewissen Einschränkungen ein Regressanspruch gegen den Unternehmer vorbehalten; R.V.O. § 902—907, 1042, 1219.

¹³⁸ B.G.B. § 617¹. Soweit die Erkrankung durch Verletzung der dem Dienstherrn nach § 618 obliegenden Fürsorgepflicht verursacht ist, trifft natürlich den Dienstherrn die Schadensersatzpflicht.

¹³⁹ B.G.B. § 617².

¹⁴⁰ Durch besondere Vereinbarung kann der Dienstherr auch versicherten Dienstpflichtigen gegenüber Verpflichtungen für den Erkrankungsfall übernehmen. Doch wird davon das öffentlichrechtliche Versicherungsverhältnis nicht berührt. Nur für die in der Landwirtschaft beschäftigten Personen und

auf Dienstboten haben auch die landesrechtlichen Erweiterungen der Krankenfürsorgepflicht, die durch das Gesinderecht begründet sein können, im wesentlichen ihre Bedeutung verloren¹⁴¹.

Die durch die seerechtlichen Dienstverträge begründete Verpflichtung des Reeders zur Fürsorge für den nach Antritt des Dienstes erkrankten Schiffer und des Reeders und Kapitäns zur Fürsorge für den nach Antritt des Dienstes oder nach der Anmusterung erkrankten Schiffsmann ist sonderrechtlich geregelt¹⁴².

3. Der Dienstvertrag begründet für den Dienstherrn **Beurkundungspflichten**. Allgemein ist er nur verpflichtet, bei der Beendigung eines dauernden Dienstverhältnisses dem Dienstverpflichteten ein schriftliches Zeugnis zu erteilen, das sich auf das Dienstverhältnis und dessen Dauer zu beschränken hat, auf Verlangen aber auch auf die Leistungen und die Führung im Dienst zu erstrecken ist¹⁴³. Bei einzelnen Arten von Dienstverträgen

für Dienstboten tritt auf Grund ausreichender und genügend gewährleisteter Vertragsansprüche auf Antrag des Arbeitgebers für die Dauer des Arbeitsvertrages Befreiung von der Versicherungspflicht (oder bei den ersteren auch Einschränkung der öffentlichrechtlichen Versicherung durch Ermäßigung der Beiträge unter Wegfall des Krankengeldes) ein; R.V.O. § 418—422, 435.

¹⁴¹ Vgl. unten § 200 III 6 b.

¹⁴² H.G.B. § 553—553^b; Seem.O. § 59—62. Die öffentlichrechtliche Krankenversicherung tritt für die durch diese Bestimmungen gesicherten Personen überhaupt nicht ein; R.V.O. § 165 Abs. 1 Z. 7. Durch die Unfallversicherung wird die Fürsorgepflicht des Reeders nicht berührt; R.V.O. § 1219^b. — Besondere Verpflichtungen löst hier der Tod des Dienstpflichtigen aus (Bestattung, Belohnung im Falle der Tötung bei Verteidigung des Schiffes, Beurkundung, Nachlassfürsorge); H.G.B. § 554, Seem.O. § 64—66.

¹⁴³ B.G.B. § 630 (ebenso neues Schweiz. O.R. a. 342). Mit § 630 B.G.B. stimmen H.G.B. § 73, Gew.O. § 113—114, Preufs. Bergges. § 84, 85 a überein, enthalten jedoch Zusatzbestimmungen über kostenlose öffentliche Beglaubigung, Verbot der Anbringung geheimer Merkmale (strafbar nach Gew.O. § 146 Abs. 1 Z. 3), Aushändigung an den gesetzlichen Vertreter. — Bei minderjährigen Arbeitern ist eine Bescheinigung über das Dienstverhältnis und dessen Dauer im Arbeitsbuch obligatorisch, während die Eintragung eines Führungszeugnisses verboten ist; Gew.O. § 111, Preufs. Bergges. § 85^f. Gleiches gilt für das Seefahrtsbuch bei Schiff sleuten, auch der Schiffsmann aber kann ein besonderes Führungszeugnis verlangen; Seem.O. § 19—21. — Der Anspruch auf das Dienstzeugnis ist privatrechtlicher Vertragsanspruch, aber zugleich im öffentlichen Interesse gewährt, daher zwingendes Recht; er greift über das Vermögensrecht hinaus ins Personenrecht ein; die von Manchen (z. B. Oertmann zu § 630 Bem. 3) behauptete Verwandtschaft mit dem Anspruch auf Quittung ist abzulehnen. Vgl. K. Pfeiffer, Die Natur des Anspruches auf Erteilung des Dienstzeugnisses, Arch. f. b. R. XXXIX 314 ff.; Wurzeln des Dienstv. S. 60 Anm. 1; Seuff. LXIX Nr. 39.

jedoch treten weitere Beurkundungspflichten hinzu. Ein schriftlicher Ausweis über den Abschluss des Dienstvertrages (Heuerschein) ist dem Schiffsmann bei der Anheuerung zu geben¹⁴⁴. Öffentlich-rechtlicher Natur ist die Verpflichtung, bei Eingehung gewisser Dienstverträge sich ein behördlich ausgestelltes Buch, das über die persönlichen Verhältnisse des Dienstpflichtigen Auskunft gibt — bei minderjährigen Arbeitern das Arbeitsbuch, bei Schiff sleuten das Seefahrtbuch, bei Dienstboten nach manchen Gesindeordnungen das Gesindebuch —, aushändigen zu lassen, dasselbe aufzubewahren und mit den vorgeschriebenen Eintragungen versehen zurückzugeben¹⁴⁵; allein die Verpflichtung, mit dem Buch gehörig zu verfahren und insbesondere in demselben die erforderlichen Beurkundungen zu bewirken und unrichtige und unzulässige Eintragungen zu unterlassen, bildet zugleich einen Bestandteil der privatrechtlichen Vertragsverbindlichkeiten gegenüber dem Dienstpflichtigen¹⁴⁶. Zum Inhalte des Dienstvertrages gehört auch trotz ihres gleichzeitig öffentlich-rechtlichen Charakters die bei manchen Gewerbebetrieben dem Arbeitgeber auferlegte Verpflichtung, Lohnbücher oder Arbeitszettel zu beschaffen und mit den gesetzlich vorgeschriebenen Eintragungen versehen dem Arbeiter auszuhändigen¹⁴⁷.

4. Die an die privatrechtlichen Dienstverträge durch das moderne Recht in grosser Fülle angeknüpften öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen der Arbeitgeber sind als solche kein Bestandteil des Vertragsinhaltes. Sie sind dem Staate gegenüber begründet, der ihre Erfüllung durch behördliche Überwachung und verwaltungsrechtlichen Zwang sichert und ihre Nichterfüllung

¹⁴⁴ Seem.O. § 27¹. Die Formfreiheit des Heuervertrages wird davon nicht berührt.

¹⁴⁵ Vgl. über Arbeitsbücher Gew.O. § 107—112, Preufs. Bergges. § 85^b—85^h; über Seefahrtbücher Seem.O. § 7—11, 16, 17, 19—22, 43⁴; über Gesindebücher unten § 200 III 9.

¹⁴⁶ Vgl. Wurzeln des Dienstv. S. 63 Anm. 2. Ausdrücklich gewährt daher die Gew.O. § 112 wegen Verletzung dieser Pflichten betreffs des Arbeitsbuches dem Dienstpflichtigen einen Entschädigungsanspruch, der jedoch an eine Ausschlussfrist von vier Wochen gebunden ist. Ebenso Preufs. Bergges. § 85^g. Vertragsanspruch ist ja auch der Anspruch auf Zeugniserteilung mittels des Buches; oben Anm. 143. — Auch die Beurkundung im Schiffstagebuch in Fällen der §§ 43 u. 70 der Seem.O. ist Vertragspflicht.

¹⁴⁷ Gew.O. § 114^a—114^e; Hausarbeitsges. § 4. Ebenso verhält es sich mit dem für den Schiffsmann anzulegenden „Abrechnungsbuch“, während sein Recht, ausserdem ein besonderes „Heuerbuch“ zu verlangen, rein privatrechtliche Natur hat; Seem.O. § 49. — Über die in grösseren Betrieben bei den einzelnen Lohnzahlungen auszuhändigenden Lohnzettel vgl. Gew.O. § 134².

bestraft. In erheblichem Umfange freilich decken sie sich, wie wir gesehen haben, inhaltlich mit den kraft zwingender Norm vom Arbeitgeber zu übernehmenden Vertragspflichten, so daß mit den öffentlichrechtlichen Ansprüchen privatrechtliche Ansprüche der Dienstverpflichteten konkurrieren. Allein dies ist keineswegs durchgängig der Fall und folgt noch nicht aus einer ihnen beigelegten mittelbaren Bedeutung für Bestimmung des Vertragsinhaltes. So ist die durch das öffentliche Recht auferlegte Verpflichtung zur generellen Festsetzung und Kundmachung von Arbeitsbedingungen, obschon sie auf bindende Erklärungen über den Vertragsinhalt abzielt, keine Vertragspflicht¹⁴⁸. Ebenso sind die Verpflichtungen der Arbeitgeber aus der Zwangsversicherung der Arbeiter keine Vertragspflichten¹⁴⁹, wenngleich ihre Erfüllung oder Nichterfüllung gestaltgebend auf die Verpflichtungen aus dem Dienstvertrage einwirkt¹⁵⁰.

VI. Beendigung.

1. Beendigungsgründe. Der Dienstvertrag erzeugt ein dauerndes Schuldverhältnis. Wenn das B.G.B. besondere Regeln für „dauernde Dienstverhältnisse“ aufstellt, so zeichnet es damit

¹⁴⁸ Vgl. über die Arbeitsordnung oben S. 605 ff. Gleiches gilt hinsichtlich der Verpflichtung zur Aushängung von Lohnverzeichnissen oder Lohn tafeln für die Hausarbeit nach Hausarbeitsges. § 3. — Bedeutungsvoll für den Vertragsinhalt ist auch die rein öffentlichrechtliche Verlautbarung der Heuerverträge durch Anmusterung und Abmusterung; Seem.O. § 7—26 mit § 30—34. — Keine Einwirkung auf das Vertragsverhältnis haben die nach Gew.O. § 105^c Abs. 2 u. Hausarbeitsges. § 13—14 anzulegenden Verzeichnisse.

¹⁴⁹ Dies gilt auch von seiner gesetzlichen Verpflichtung, die Krankenkassenbeiträge zu zahlen (R.V.O. § 393) und die Beiträge zur Invaliden- und Hinterbliebenenversicherung durch Markenkleben zu entrichten (R.V.O. § 1426—1431). Die Nichterfüllung ist also an sich keine Vertragsverletzung gegenüber dem Arbeiter. Anders verhält es sich jedoch, wenn er sich ausdrücklich oder stillschweigend dem Arbeiter zum Zahlen oder Kleben verpflichtet hat. Vgl. R.Ger. LXIII Nr. 13. Lediglich auf Vereinbarung mit dem Dienstpflichtigen beruht die Steigerung der Beitragspflicht des Arbeitgebers im Falle freiwilliger Versicherung in einer höheren Lohnklasse; R.V.O. § 1248, Angest.V.G. § 19.

¹⁵⁰ So durch Begründung und Begrenzung der Lohnabzugsrechte in Höhe der den Arbeitern obliegenden Beitragsteile; oben S. 612 Anm. 83. Auch durch den spätestens bei der zweitnächsten Lohnzahlung zu erhebenden Erstattungsanspruch des Arbeiters, der selbst die vollen Beiträge entrichtet hat; R.V.O. § 1439. Ferner durch die Abschwächung der Haftung aus Verletzung der Fürsorgepflicht (oben S. 622 Anm. 136—137) und den Wegfall der Krankenfürsorge (oben S. 623 Anm. 141). Vgl. auch R.V.O. § 422. Angest.V.G. § 119. Dazu R.V.O. § 139 u. Angest.V.G. § 345 über die Nichtigkeit aller den Gesetzesbestimmungen widersprechender Vereinbarungen.

nur die auf längere Dauer angelegten Dienstverhältnisse vor solchen aus, die auf kürzere Dauer berechnet sind ¹⁵¹.

Darum ist regelmässiger Beendigungsgrund des Dienstvertrages, mag nun seiner Lebensdauer von vornherein ein Ziel gesetzt sein oder erst durch eine jedem Teile vorbehaltene Erklärung (Kündigung) ein Ziel gesetzt werden, der Zeitablauf. Doch wohnt einerseits dem Dienstverhältnis die Fähigkeit einer Verlängerung seiner Lebensdauer inne. Es besteht trotz Ablaufes der Dienstzeit fort, wenn beide Teile über seine Fortsetzung einig sind, und die Verlängerung gilt als vereinbart, wenn der Dienstverpflichtete es mit Wissen des Dienstberechtigten tatsächlich fortsetzt und dieser nicht unverzüglich widerspricht ¹⁵². Andererseits kann es ein vorzeitiges Ende erreichen, wenn vor Ablauf der Dienstzeit ein ausserordentlicher Beendigungsgrund eintritt. In dieser Hinsicht gelten die allgemeinen Regeln über Beendigung der Schuldverhältnisse. Als besonderer Beendigungsgrund tritt der Tod des Dienstverpflichteten hinzu ¹⁵³. Vor allem aber ist aus bestimmten Gründen jeder Teil zur vorzeitigen Aufhebung des Dienstverhältnisses durch einseitige Erklärung befugt ¹⁵⁴.

a. Die Zeitdauer ist vertragsmässig bestimmt, wenn die Dienstleistung während einer festen Frist oder bis zu einem festen Termin erfolgen soll oder für einen zwar noch ungewissen, aber durch ein künftiges Ereignis begrenzten Zeitraum zugesagt wird (z. B. beim Heuervertrag für eine Schiffsreise) oder wenn sich aus der Beschaffenheit oder dem Zweck der Dienste ein Endtermin ergibt. Dann endet das Dienstverhältnis mit dem Ablauf der

¹⁵¹ Oben § 176 S. 86 Anm. 93. Vgl. oben S. 592 Anm. 3.

¹⁵² B.G.B. § 625. Vgl. R.Ger. b. Gruchot LII 988 ff. (anwendbar auf Agenturverträge). — Ähnlich schon Sächs. Gb. § 1234.

¹⁵³ Vgl. Binder, Stellung des Erben II 24 ff.; Oertmann zu § 620 Bem. 3; Schweiz. OR. a. 355¹. Dagegen ist der Tod des Dienstberechtigten, soweit er nicht Unmöglichkeit der Erfüllung herbeiführt, nicht ohne weiteres Beendigungsgrund und wird nur oft kraft vermutlichen Parteiwillens dafür zu erachten sein; vgl. Schweiz. O.R. a. 355². — Beim seerechtlichen Heuervertrage ist auch Schiffsverlust Beendigungsgrund; Seem.O. § 69.

¹⁵⁴ Das Mittel hierzu ist die „Kündigung ohne Kündigungsfrist“. Das Recht vorzeitiger befristeter Kündigung spielt hier nicht die gleiche Rolle wie bei der Miete und Pacht. Es tritt nach Reichsrecht für jeden Teil nur im Falle des Konkurses des Dienstberechtigten bei einem im Haushalt, Wirtschaftsbetriebe oder Erwerbsgeschäft desselben angetretenen Dienstverhältnis ein; K.O. § 22. Ausserdem für den Dienstverpflichteten im Falle des § 624 B.G.B. (unten Anm. 156). Landesrechtlich begegnet es im Gesinderecht; vgl. unten § 200 III 7.

Dienstzeit¹⁵⁵. Es endet normalerweise erst mit diesem Zeitpunkt. Nur kann der Dienstpflichtige sich nicht auf längere Zeit als fünf Jahre im voraus binden, vielmehr, wenn er sich für einen längeren Zeitraum oder für die Lebenszeit einer Person verpflichtet hat, nach Ablauf von fünf Jahren mit Einhaltung einer Kündigungsfrist von sechs Monaten kündigen¹⁵⁶. Mit dem Ablauf der Dienstzeit aber endet das Dienstverhältnis von Rechts wegen. Doch kann der Vertrag dies ändern und auch die Beendigung des auf bestimmte Zeit eingegangenen Dienstverhältnisses von vorheriger Kündigung abhängig machen, so daß bei Unterlassung der Kündigung Verlängerung auf bestimmte oder unbestimmte Zeit eintritt¹⁵⁷.

b. Der Dienstvertrag kann auf unbestimmte Zeit geschlossen werden. Als auf unbestimmte Zeit eingegangen gilt mangels anderer Abrede auch das nach Ablauf der Dienstzeit verlängerte Dienstverhältnis¹⁵⁸. Dann endet das Dienstverhältnis normalerweise nur mit dem Ablauf der Frist, die ihm durch Kündigung gesetzt wird¹⁵⁹.

Für die Kündigung, zu der jeder Teil befugt ist, gelten mangels anderer Abrede gesetzliche Fristen und Termine. Sie richten sich, wenn die Vergütung nach Zeitabschnitten bemessen ist, nach deren Länge. Je nachdem die Zeitabschnitte Tage, Wochen, Monate oder Vierteljahre oder noch längere Abschnitte (Halbjahre,

¹⁵⁵ B.G.B. § 620. So auch nach gem. R. u. allen Gesetzbüchern. Vgl. Schweiz. O.R. a. 345. — Anwendungsfälle mit erheblichen Abwandlungen in Seem.O. § 66—68. Vgl. ferner Flößerei-G. § 16², § 21¹.

¹⁵⁶ B.G.B. § 624 (gilt nach E.G. a. 95 auch für das Gesinderecht). Doch nimmt das R.Ger. LXXX Nr. 64 an, daß schon eine angemessene Zeit vor Ablauf der fünf Jahre (bei Schauspielern im vierten Jahre) eine Verlängerung vereinbart werden kann. Vgl. Schweiz. O.R. a. 351 (mit Hinaufsetzung der Frist auf zehn Jahre). — Der Dienstherr hat dies Kündigungsrecht nicht, wird also auch durch lebenslängliche Anstellung eines Beamten oder Arbeiters gebunden. Vgl. R.Ger. b. Seuff. LXX Nr. 64.

¹⁵⁷ Vgl. H.G.B. § 67², Gew.O. § 133^{aa} Abs. 3 u. Preufs. Bergges. § 88^a Abs. 3, wo die Bestimmung, daß die Kündigungsfrist für beide Teile gleich sein und mindestens einen Monat betragen muß, auf diesen Fall erstreckt wird. Schweiz. O.R. a. 346². — Kraft gesetzlicher Regel gilt dies vielfach beim Gesindevertrage; vgl. unten § 200 III 7.

¹⁵⁸ B.G.B. § 625. Abweichend Schweiz. O.R. a. 346¹ (Verlängerung auf gleiche Zeit, jedoch höchstens ein Jahr).

¹⁵⁹ Das Erfordernis der Kündigung, das dem röm. R. auch hier unbekannt war, begegnet auch beim Dienstvertrage schon im deut. R. des M.A.; Immerwahr, Kündigung S. 60 ff.; Hertz a. a. O. S. 64 Anm. 2; Könncke S. 739 ff. Über die neuere Entwicklung vgl. Immerwahr S. 159 ff.

Jahre) sind, ist Kündigungstermin ein folgender Tag, der Schluss einer Kalenderwoche, eines Kalendermonats oder eines Kalendervierteljahrs, während die Kündigungsfrist mit dem vorhergehenden Tage, dem ersten Werktag der Woche, dem fünfzehnten des Monats oder sechs Wochen vor dem Vierteljahrsschluss abläuft¹⁶⁰. Nur das Dienstverhältnis der mit festen Bezügen zur Leistung von Diensten höherer Art angestellten Personen, insbesondere von Lehrern, Erziehern, Privatbeamten und Gesellschafterinnen, kann, falls es ihre Erwerbstätigkeit ganz oder hauptsächlich in Anspruch nimmt, stets nur zum Schluss des Kalendervierteljahrs mit sechswöchiger Frist gekündigt werden¹⁶¹. Ist die Vergütung nicht nach Zeitabschnitten bemessen, so kann jeder Teil jederzeit, jedoch, wenn das Dienstverhältnis die Erwerbstätigkeit ganz oder hauptsächlich absorbiert, nur unter Einhaltung einer zweiwöchigen Frist kündigen¹⁶².

Für einzelne Arten von Dienstverhältnissen gelten sonderrechtliche Bestimmungen. Bei Handlungsgehilfen, Handlungsagenten und höheren gewerblichen Angestellten ist die Kündigung nach gesetzlicher Regel immer nur zum Schluss eines Kalendervierteljahrs unter Einhaltung einer sechswöchigen Kündigungsfrist zulässig¹⁶³. Für das Dienstverhältnis der gewerblichen Gesellen und Gehilfen gilt eine gesetzliche Kündigungsfrist von vierzehn Tagen¹⁶⁴.

¹⁶⁰ B.G.B. § 621. — Von der Lohnbemessung unabhängige gesetzliche Kündigungstermine hat das Schweiz. O.R. a. 347—349 (bei Arbeitern das Ende der auf die Kündigung folgenden Woche, bei Angestellten das Ende des folgenden Monats, sonst das Ende der zweiten folgenden Woche; nach mehr als Jahresdauer stets erst das Ende des zweiten folgenden Monats; dazu eigenartige Sondervorschriften für das landwirtschaftliche Dienstverhältnis mit Hausgemeinschaft).

¹⁶¹ B.G.B. § 622. Dies entspricht den Bestimmungen des Preufs. A.L.R. II, 5 § 180 für Hausoffizianten, während bei höheren Hausangestellten die Kündigungsfrist nach § 195 ein Vierteljahr betrug.

¹⁶² B.G.B. § 623.

¹⁶³ H.G.B. § 66, § 92¹; Gew.O. § 133^a; FlößereiG. § 16³ (für Floßführer); Preufs. Bergges. § 88 (für Bergbeamte usw.). Beim Binnenschiffer ist der Kündigungstermin jeder Monatsschluss, die Kündigungsfrist gleichfalls sechs Wochen; B.Sch.G. § 20². — Ganz abweichende Bestimmungen gelten für den auf unbestimmte Zeit geschlossenen Dienstvertrag des Seeschiffers; H.G.B. § 551.

¹⁶⁴ Gew.O. § 122. Fabrikarbeiter sind gleichgestellt, Gew.O. § 134¹. Ebenso die Schiffsmannschaft der Binnenschiffe, B.Sch.G. § 25¹; die Bergleute nach Preufs. Bergges. § 81. — Über die Kündigungsfristen des Gesinderechts vgl. unten § 200 III 7.

Durch Vereinbarung können nach gemeinem Recht beliebige andere Kündigungsfristen und Kündigungstermine ausbedungen werden¹⁶⁵. Bei den sonderrechtlichen Dienstverhältnissen aber ist vielfach die Vertragsfreiheit beschränkt. Vor allem gilt nach Handels- und Gewerberecht der Grundsatz, daß, von gewissen Ausnahmen abgesehen, jede bedungene kürzere oder längere Kündigungsfrist für beide Teile gleich sein muß¹⁶⁶. Bei Handlungsgehilfen und gewerblichen Angestellten kann überdies in den Regelfällen die Kündigungsfrist nicht weniger als einen Monat betragen und als Kündigungstermin immer nur der Schluß eines Kalendermonats vereinbart werden¹⁶⁷.

c. Zur vorzeitigen Aufhebung des Dienstverhältnisses durch Kündigung ohne Kündigungsfrist ist stets, mag der Vertrag auf bestimmte oder unbestimmte Zeit geschlossen sein, jeder Teil berechtigt, wenn ein wichtiger Grund vorliegt¹⁶⁸. Der wichtige Grund kann in der Person des Kündigenden oder des anderen Teiles eintreten oder auch unpersönlicher Art sein; er kann auf dem Verschulden eines Teils oder auf einem von keinem Teil zu vertretenden Umstande beruhen¹⁶⁹. Auch ohne wichtigen Grund kann jeder Teil ohne Kündigungsfrist kündigen, wenn der Dienstverpflichtete, ohne in einem dauernden Dienstverhältnis mit festen

¹⁶⁵ Dabei ist Ungleichheit für beide Teile nicht ausgeschlossen; Planck zu § 621 Bem. 2^b, Oertmann Bem. 3. Anders Schweiz. O.R. a. 347⁸. — Möglich ist die Vereinbarung einer Probezeit, binnen deren jeder Teil oder ein Teil fristlos oder mit kurzer Frist kündigen kann. Das Schweiz. O.R. a. 350 bestimmt, daß eine vereinbarte Probezeit im Zweifel zwei Monate und die Kündigungsfrist sieben Tage beträgt und daß bei dem Gesellen- und Dienstbotenverhältnis im Zweifel eine Probezeit von zwei Wochen mit dreitägiger Kündigungsfrist als vereinbart gilt. Im deut. R. gelten gesetzliche Bestimmungen für die Probezeit nur beim Lehrlingsvertrage, bei dem sie obligatorisch ist; unten § 200 IV.

¹⁶⁶ H.G.B. § 67. Gew.O. § 122, § 133^{aa}. Seem.O. § 27². B.Sch.G. § 25¹. Preufs. Bergges. § 81², § 88^a. Über die zulässigen Ausnahmen H.G.B. § 68, Gew.O. § 133^{ab}, Bergges. § 88^b. Vgl. Lotmar I 590 ff. — Nicht unbedenklich R.Ger. b. Seuff. LXIX Nr. 223.

¹⁶⁷ H.G.B. § 67, Gew.O. § 133^{aa}, Preufs. Bergges. § 88^a. Ausnahmen sind in den Fällen, in denen vom Paritätsprinzip abgewichen werden darf (vgl. die vor. Anm.), und überdies bei Aushilfediensten nach H.G.B. § 69, Gew.O. § 133^{ac}, Bergges. § 88^c zulässig.

¹⁶⁸ B.G.B. § 626. Ebenso H.G.B. § 70, 92^a; Gew.O. § 133^b, Bergges. § 88^d. Anwendung auf einen agenturähnlichen Vertrag b. Seuff. LXX Nr. 65. — Vgl. Schweiz. O.R. a. 352.

¹⁶⁹ Vgl. bes. Fuld b. Gruchot XLIV 552 ff.; Rümelin a. a. O. S. 292 ff.; Oertmann zu § 626.

Bezügen zu stehen, solche Dienste höherer Art schuldet, die auf Grund besonderen Vertrauens übertragen zu werden pflegen; doch darf der Dienstverpflichtete nicht ohne wichtigen Grund zur Unzeit kündigen, widrigenfalls die Kündigung zwar wirksam ist, er aber den aus ihrer unzeitigen Vornahme entstehenden Schaden zu ersetzen hat¹⁷⁰.

Bei einzelnen Arten von Dienstverträgen sind durch sonderrechtliche Vorschriften die Gründe fristloser Kündigung näher geregelt. Dabei werden die Gründe, die eine sofortige Entlassung aus dem Dienste rechtfertigen, und die Gründe, aus denen die sofortige Verlassung des Dienstes zulässig ist, unterschieden und einzeln aufgeführt. Zum Teil handelt es sich dabei nur um beispielsweise hervorgehobene Tatbestände, die der Regel nach als wichtige Gründe anzusehen sind¹⁷¹. Dagegen sind beim gewerblichen Arbeitsvertrage die Gründe erschöpfend aufgezählt¹⁷²; nur wenn das Arbeitsverhältnis auf mindestens vier Wochen eingegangen oder eine längere als vierzehntägige Kündigungsfrist vereinbart ist, kann jeder Teil auch aus einem sonstigen wichtigen Grunde ohne Kündigungsfrist kündigen¹⁷³. Bei manchen Arten der Dienstverträge ist überhaupt die fristlose Kündigung lediglich aus den im Gesetz aufgezählten Gründen zulässig¹⁷⁴. Die Dienstverträge des Schiffsrechtes zeichnen sich dadurch aus, daß der Dienstherr sie stets auch durch grundlose Entlassung des Dienstpflichtigen beenden kann, und somit die Gründe, die eine vorzeitige Entlassung

¹⁷⁰ B.G.B. § 627. Vgl. R.Ger. LXXX Nr. 6, LXXXII Nr. 63 (unanwendbar auf bauleitende Architekten).

¹⁷¹ So die Gründe, aus denen der Handlungsgehilfe nach H.G.B. § 71 den Dienst aufsagen und nach § 72 entlassen werden kann. Ebenso die für höhere gewerbliche Angestellte in der Gew.O. § 133^c—133^d angeführten Entlassungs- und Aufsayungsgründe. Sie gelten in gleicher Weise für Binnenschiffer und Flossführer; B.Sch.G. § 20³, Flöfs.G. § 16³. Ganz ähnlich für Bergbeamte usw. Bergges. § 89—90.

¹⁷² Gew.O. § 123 (Entlassungsgründe) u. § 124 (Verlassungsgründe). Ganz ähnlich Bergges. § 82—83^a.

¹⁷³ Gew.O. § 124^a. Anwendbar nebst § 123—124 auf die Schiffsmannschaft der Binnenschiffe und die Flossmannschaft; B.Sch.G. § 25¹, Flöfs.G. § 21². Bergges. § 83^a. Die Generalklausel des B.G.B. § 626 ist gegenüber diesem Sonderrecht unanwendbar; Lotmar I 544 ff.

¹⁷⁴ So sind in der Seem.O. die Gründe, aus denen der Schiffsmann vorzeitig entlassen werden kann, in § 70, die, aus denen er vorzeitig seine Entlassung fordern kann, in § 74—75 vorbehaltlos aufgeführt. Ebenso in manchen Gesindeordnungen; unten § 200 III 7.

rechtfertigen, nur für die Frage der Entschädigung in Betracht kommen¹⁷⁵.

Die gesetzlichen Bestimmungen über das Recht zur vorzeitigen Aufhebung des Dienstvertrages sind zwingendes Recht¹⁷⁶.

2. Beendigungsfolgen. Mit der Beendigung des Dienstvertrages erlöschen die aus ihm entspringenden beiderseitigen Verbindlichkeiten für die Zukunft. Der Dienstverpflichtete wird also von der Dienstpflicht, der Dienstberechtigte von der Vergütungs- und Fürsorgepflicht befreit. Dagegen bleiben die aus dem Dienstverhältnisse während seines Bestandes erwachsenen konkreten Ansprüche bestehen. Der Dienstpflichtige behält also den Anspruch auf rückständigen Lohn oder sonstigen verdienten Entgelt und die Schadensersatzansprüche wegen Verletzung der Fürsorgepflicht oder sonstiger dienstherrlicher Pflichten, der Dienstberechtigte die Ersatzansprüche wegen Verletzung der Dienstpflicht während des Bestandes des Dienstverhältnisses. In einzelnen Punkten aber löst die Beendigung besondere Verpflichtungen aus.

a. Bei einem dauernden Dienstverhältnis muß, wenn die Beendigung bevorsteht, der Dienstherr dem Dienstpflichtigen angemessene Zeit zur Aufsuchung eines anderen Dienstes gewähren¹⁷⁷. Auch trifft ihn bei der Beendigung die schon erwähnte Zeugnispflicht¹⁷⁸.

b. Im Falle vorzeitiger Beendigung des Dienstverhältnisses muß grundsätzlich stets der schon geleistete Dienst vergolten

¹⁷⁵ So H.G.B. § 545 mit § 546—552 für den Seeschiffer, B.Sch.G. § 20⁶ für den Binnenschiffer, Flöfs.G. § 16⁴ für den Flosführer; aber auch Seem.O. § 72 für den Schiffsmann, der für eine Reise geheuert ist, B.Sch.G. § 25⁴ für den Schiffsmann, Flöfs.G. § 21³ für den Flosmann.

¹⁷⁶ Dies folgt aus ihrem rechtspolitischen Zweck. Es muß mit Lotmar I 613 auch für B.G.B. § 627 angenommen werden, obwohl das R.Ger. LXIX Nr. 83 hier Verzicht zuläßt. A. M. Planck Bem. 5, auch (abweichend von 2. Aufl.) Oertmann³ Bem. 4.

¹⁷⁷ B.G.B. § 629. Ausdrücklich bestimmt ist dies hier nur für den Fall, daß die Beendigung infolge Kündigung bevorsteht. Ebenso Schweiz. O.R. a. 341². Dasselbe aber muß gelten, wenn die Beendigung durch Ablauf der vertragsmäßig vereinbarten Zeit herannaht.

¹⁷⁸ Oben S. 623 Anm. 143, S. 624 Anm. 146. Manche Schriftsteller nehmen an, daß auch der Anspruch auf ein Zeugnis (gleich dem Anspruch aus § 629) schon geltend gemacht werden kann, wenn gekündigt ist. So Bendix, Arch. f. b. R. XXVIII 116 ff., Staub zu H.G.B. § 73 Anm. 1—2, Oertmann zu § 630 Bem. 4 (anders früher). Mit Recht aber verlangt die herrschende Meinung den Ablauf der Dienstzeit; Staudinger zu § 630 Bem. 2b, Planck Bem. 2b, Pfeiffer a. a. O. S. 316, Seuff. LVII Nr. 15.

werden¹⁷⁹. Der Dienstpflichtige kann also einen der bisherigen Dienstzeit oder (z. B. bei Stücklohn) den bisherigen Leistungen entsprechenden Teil der Vergütung verlangen¹⁸⁰. Doch hat er, wenn er selbst ohne Veranlassung durch vertragswidriges Verhalten des Dienstberechtigten vorzeitig gekündigt oder durch eignes vertragswidriges Verhalten dessen Kündigung veranlaßt hat, keinen Vergütungsanspruch für solche bisherigen Leistungen, die infolge der Kündigung für den Dienstberechtigten kein Interesse haben¹⁸¹. Vorausempfangene Vergütung hat er nach den für den Fall des Rücktritts geltenden Regeln oder, wenn ihn keine Verantwortlichkeit trifft, nach den Vorschriften über ungerechtfertigte Bereicherung zurückzuerstatten¹⁸².

Einen Anspruch auf Ersatz des Schadens, der ihm durch die vorzeitige Beendigung des Dienstverhältnisses entsteht, hat derjenige, der durch vertragswidriges Verhalten des anderen Teils zur Aufhebung des Dienstvertrages veranlaßt ist¹⁸³. Der kündigende Dienstberechtigte kann also in diesem Falle für die Kosten anderweitiger Dienstverschaffung, für die Nachteile aus Betriebsunterbrechung usw. Ersatz fordern. Der kündigende Dienstverpflichtete kann die volle Vergütung verlangen, die er bis zum Ablaufe der Vertragszeit oder bis zum nächsten ordentlichen Kündigungstermin verdient hätte¹⁸⁴. Nach Schiffsrecht steht ein derartiger Schadensersatzanspruch auch dem vorzeitig entlassenen Dienstverpflichteten zu, falls der Dienstberechtigte ihm gegenüber von

¹⁷⁹ So schon nach mittelalterlichem Gesinderecht bei Lösung des Dienstvertrages durch Tod eines Teils und durch gerechtfertigte vorzeitige Entlassung oder Aufsaye; Sachsensp. I a. 22 § 2 u. a. 33, bayr. Quellen b. Hertz S. 66 Anm. 9, S. 68 Anm. 13 u. 15. Ebenso nach den neueren Gesindeordnungen. Desgleichen nach Seerecht; H.G.B. § 546, 547¹, 554, Seem.O. § 64¹, 69², 71¹, 72², 76².

¹⁸⁰ B.G.B. § 628 Abs. 1 S. 1. Sonderbestimmungen über die Berechnung der verdienten Heuer, wenn diese in Bausch und Bogen bedungen war, in H.G.B. § 549, Seem.O. § 80.

¹⁸¹ B.G.B. § 628 Abs. 1 S. 2.

¹⁸² B.G.B. § 628 Abs. 1 S. 3. Nach älterem deut. R. brauchte er, wenn ihm wegen Todes des Dienstherrn gekündigt wurde, überhaupt nichts zurückzuzahlen; unten § 200 Anm. 118.

¹⁸³ B.G.B. § 628 Abs. 2. — Vgl. Schweiz. O.R. a. 353.

¹⁸⁴ Zur Berechnung des Grenztermins vgl. Seuff. LXX Nr. 200. Anderweitigen Verdienst muß er sich gemäß § 615 B.G.B. anrechnen lassen. — Gesetzlich fixiert ist der Ersatzanspruch in Gestalt des Fortbezuges der Heuer für bestimmte Zeit zugunsten des Schiffsmanns; Seem.O. § 76; vgl. Seuff. LXIX Nr. 14. Ebenso finden sich feste Maßstäbe für das Gesinde; unten § 200 III 7.

seinem freien Entlassungsrecht Gebrauch gemacht hat, ohne daß ein besonderer gesetzlicher Entlassungsgrund vorliegt¹⁸⁵. Schadensersatz kann ferner der Dienstpflichtige verlangen, wenn durch Kündigung seitens des Konkursverwalters das Dienstverhältnis vorzeitig beendet wird¹⁸⁶. Endlich kommt auch ein Entschädigungsanspruch des Dienstpflichtigen wegen verfrühter Auflösung des Dienstvertrages infolge eines zufälligen Ereignisses vor¹⁸⁷.

Durch den Vertrag kann die für den Fall schuldhafter Herbeiführung seiner vorzeitigen Beendigung zu leistende Entschädigung im voraus festgesetzt oder eine Strafe ausbedungen werden. Doch gelten beim gewerblichen Arbeitsvertrage gewisse Beschränkungen¹⁸⁸.

c. Das Dienstverhältnis kann nach seiner Beendigung Nachwirkungen äußern. So überdauert in gewissen Fällen nach gesetzlicher Bestimmung die Fürsorgepflicht für den erkrankten Dienstpflichtigen seine Entlassung¹⁸⁹. Ferner kann dem Dienstpflichtigen für den Fall, daß er außerhalb seines Heimatsortes entlassen wird, ein Anspruch auf freie Rückbeförderung gewährt sein¹⁹⁰; nach Schifffahrtsrecht besteht kraft Gesetzes ein nach den Umständen und insbesondere auch nach dem Grunde der Auflösung des Dienstverhältnisses mannigfach abgestufter Anspruch auf Rückbeförderung mit oder ohne Fortbezug der Heuer¹⁹¹. Sodann können

¹⁸⁵ B.Sch.G. § 20⁶, § 25⁴, Flöfs.G. § 16⁴, § 21³. Gesetzlich fixiert ist die Höhe der „Entschädigung“ im Seerecht; vgl. H.G.B. § 548—549 für den Schiffer, Seem.O. § 72 für den Schiffsmann.

¹⁸⁶ K.O. § 22 (oben S. 626 Anm. 154). Aber nur als Konkursgläubiger.

¹⁸⁷ Seem.O. § 69²; vgl. auch § 71³. Das Schweiz. O.R. a. 355³ gewährt im Falle der Auflösung des Dienstverhältnisses durch den Tod des Dienstherrn dem Dienstpflichtigen „billigen Ersatz“.

¹⁸⁸ Nach Gew.O. § 119^a dürfen Lohneinbehaltungen, die zur Sicherung von Schadensersatz oder Strafe ausbedungen werden, bei den einzelnen Lohnzahlungen ein Viertel des fälligen Lohns und im ganzen den Betrag eines durchschnittlichen Wochenlohns nicht übersteigen. Die Verwirkung des rückständigen Lohns darf nach Bergges. § 80², wie früher in allen größeren Betrieben nach Gew.O. § 134², nicht über den Betrag des durchschnittlichen Wochenlohns hinaus ausbedungen werden.

¹⁸⁹ B.G.B. § 617 Abs. 1 S. 4 (oben Anm. 138). Zweifellos auch nach H.G.B. § 252—253^b, Seem.O. § 59—63. Vgl. ferner H.G.B. § 72², Gew.O. § 133^c Abs. 2, Bergges. § 90^a Abs. 1 S. 2 u. dazu oben V 1 e.

¹⁹⁰ Erheblich im Falle der Anstellung in einer außereuropäischen Niederlassung nach H.G.B. § 68², Gew.O. § 133^{a b} Abs. 2, weil die Zusicherung dem Prinzipal die Möglichkeit verschafft, ungleiche Kündigungsfristen zu vereinbaren.

¹⁹¹ H.G.B. § 547²⁻³, Seem.O. § 66³, 69², 72², 73, 76¹, 78—79; B.Sch.G. § 20⁵, 25³; Flöfs.G. § 16⁵, 21⁴.

Vertragspflichten für den Fall der Beendigung des Dienstverhältnisses durch den Tod des Dienstpflichtigen übernommen sein und treten nach Seerecht kraft Gesetzes ein¹⁹². Auch kann durch den Dienstvertrag dem Dienstpflichtigen ein Anspruch auf Ruhegehalt, Alters- oder Invalidenrente oder Fürsorge für seine Hinterbliebenen zugesichert sein; solche Bezüge bilden dann einen nach Beendigung des Dienstverhältnisses zu entrichtenden Teil der Vergütung für die früher geleisteten Dienste¹⁹³. Ebenso hat die Entschädigung, zu deren Zahlung an den Handlungsgehilfen während der Dauer eines vereinbarten Wettbewerbsverbots nach Beendigung des Dienstverhältnisses der Prinzipal seit der Novelle vom 10. Juni 1914 sich verpflichten muß, damit das Wettbewerbsverbot Verbindlichkeit erlangt, die Natur einer nachträglichen Leistung aus dem Dienstvertragsverhältnis¹⁹⁴. Andererseits kann der Dienstvertrag dem Dienstpflichtigen für die Zeit nach der Beendigung des Dienstverhältnisses Unterlassungspflichten auferlegen, wie dies vor allem durch die vertragsmäßigen Wettbewerbsverbote geschieht¹⁹⁵.

3. Das Dienstverhältnis kann tatsächlich aufgelöst werden, ohne rechtlich zu endigen. Dann treten an sich die Beendigungsfolgen nicht ein. Wenn aber ein Teil einseitig eine derartige Auflösung vollzieht, ergeben sich ähnliche Rechtsfolgen wie bei vorzeitiger Beendigung. In den Gesetzen werden oft beiderlei Fälle zusammengeworfen oder doch nicht deutlich unterschieden.

¹⁹² Oben S. 623 Anm. 142.

¹⁹³ R.Ger. LXXX Nr. 48. Dies gilt auch von einer als Entgelt für Dienstleistungen nachträglich freiwillig gewährten Vergütung, die deshalb keine Schenkung ist; vgl. oben § 191 S. 416 Anm. 5. Ebenso von einer als Entgelt für lebenslängliche Dienstleistung vertragsmäßig zugesicherten Leibrente, die deshalb von den Erben nicht unter dem Gesichtspunkt einer Verfügung von Todes wegen angefochten werden kann; Seuff. LXXI Nr. 42.

¹⁹⁴ Diese in H.G.B. § 74, 74^b u. 74^c geregelte Entschädigung hat daher nach § 75^e Teil an dem Konkursvorrecht der Dienstbezüge aus K.O. § 61 Nr. 1 und unterliegt (bis zum Betrage von 1500 Mark) den Pfändungsbeschränkungen des Lohnbeschlagnahmegesetzes. Gleiches gilt für die Fortgewährung der vollen zuletzt bezogenen vertragsmäßigen Leistungen, falls der Prinzipal durch sie gemäß § 75² bei grundloser Kündigung das Wettbewerbsverbot in Wirksamkeit erhält.

¹⁹⁵ Soweit sie überhaupt wirksam sind, begründen sie aus dem Dienstverhältnis entspringende nachträgliche Verpflichtungen. In diesem Sinne behandelt sie auch das H.G.B., das ihnen jetzt durch die §§ 74 ff. zugunsten der Handlungsgehilfen überaus enge Schranken zieht. Für gewerbliche Angestellte gilt noch Gew.O. § 133^f. — Allgemeine Vorschriften über die Zulässigkeit und die Wirkungen von Konkurrenzverboten in Dienstverträgen enthält das neue Schweiz. O.R. a. 356—360.

a. Wenn der Dienstverpflichtete vor Ablauf der Dienstpflicht den Dienst verläßt, ohne daß ihm ein Recht zu sofortiger Kündigung zusteht, besteht das Dienstverhältnis fort. Dies ist z. B. der Fall, wenn der Arbeiter unbefugt die Arbeit einstellt, der Angestellte seine Stellung niederlegt, der Diensthote oder ein anderer in die häusliche Gemeinschaft aufgenommenener Dienstpflichtiger das Haus verläßt. Dabei macht es keinen Unterschied, ob er überhaupt nicht kündigt oder ob seine Kündigung unwirksam ist. Ebenso ist es gleichgültig, ob er in ein anderes Dienstverhältnis eintritt oder nicht. Somit kann der Dienstberechtigte nach allgemeinen Grundsätzen Erfüllung des Vertrages durch Wiedereintritt in den Dienst (nebst Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung) verlangen. Da aber auf Grund der Verurteilung zur Leistung der geschuldeten Dienste eine Zwangsvollstreckung nicht stattfindet, ist er regelmäÙig auf die Geltendmachung des Schadensersatzanspruches wegen Nichterfüllung angewiesen¹⁹⁶. Damit erreicht er nicht mehr, als wenn er wegen der Dienstverweigerung fristlos kündigt und Schadensersatz wegen vorzeitiger Aufhebung des Dienstverhältnisses verlangt. Doch gibt das Gewerberecht gegenüber vertragsbrüchigen Arbeitern und Angestellten dem Dienstherrn das Recht, ohne Schadensnachweis als Entschädigung für die entzogenen Dienste einen bestimmten Betrag — den ortsüblichen Tagelohn für den Tag des Vertragsbruches und jeden folgenden Tag der Dienstzeit bis zum Ablauf einer Woche — zu fordern. Durch die Geltendmachung dieses Rechtes aber wird der Anspruch auf Vertragserfüllung und auf weiteren Schadensersatz ausgeschlossen¹⁹⁷.

Eine selbstschuldnerische Mithaftung für die Ersatzschuld des vertragsbrüchigen Dienstpflichtigen legt das Gewerberecht allgemein einem Arbeitgeber auf, der den Dienstpflichtigen zum Vertragsbruch verleitet oder, obschon er weiß, daß jener einem anderen Arbeitgeber noch zur Arbeit verpflichtet ist, annimmt oder während der Dauer dieser Verpflichtung, falls nicht bereits 14 Tage seit

¹⁹⁶ Nach Maßgabe des § 326 B.G.B. Auch wo ihm ausnahmsweise ein polizeiliches Zwangsmittel zugebote steht (oben S. 609 Anm. 68), braucht er dasselbe nicht zu benutzen, kann vielmehr statt dessen Schadensersatz fordern. Eine Frist zu nachträglicher Erfüllung wird er nach § 326² regelmäÙig nicht zu setzen brauchen. — Auch das Rücktrittsrecht aus § 326 und unter Umständen aus § 361 ist ihm nicht zu versagen; oben S. 609 Anm. 69.

¹⁹⁷ Gew.O. § 124^b und § 133^e.

der rechtswidrigen Lösung des Arbeitsverhältnisses verstrichen sind, in der Beschäftigung behält¹⁹⁸.

b. Auch wenn der Dienstherr den Dienstpflichtigen ohne zureichenden Grund vor Beendigung der Dienstzeit aus dem Dienste entläßt, ihm z. B. die Arbeitsstätte sperrt oder ihn aus dem Hause weist, besteht der Dienstvertrag fort. Doch kann der Dienstpflichtige regelmäßig die Wiederaufnahme in den Dienst nicht verlangen¹⁹⁹. Vielmehr richtet sich sein Erfüllungsanspruch nur auf Fortgewährung der vereinbarten Vergütung unter Abzug dessen, was er anderweitig verdient oder zu verdienen böswillig unterlassen hat²⁰⁰. Nur wegen Verweigerung der Vergütung kann er auch den Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung geltend machen²⁰¹. Damit erreicht er wiederum nicht mehr, als wenn er fristlos kündigt und Schadensersatz wegen vorzeitiger Aufhebung des Vertrages fordert²⁰². Das Gewerberecht aber gewährt dem Arbeiter oder Angestellten das Recht, ohne Schadensnachweis denselben Betrag, der im Falle seines Vertragsbruches ihm als Entschädigung abverlangt werden könnte, vom vertragsbrüchigen Arbeitgeber als Entschädigung zu fordern, womit er dann wieder den Anspruch auf Erfüllung und weiteren Schadensersatz verliert²⁰³.

Unberührt bleibt der Bestand eines Dienstvertrages auch von der tatsächlichen Auflösung des Dienstverhältnisses durch die Entziehung einer mit Vertretungsmacht verbundenen Vertrauensstellung seitens des hierzu befugten Dienstherrn. So verhält es sich z. B., wenn ein Vereinsvorsteher oder ein Vorstandsmitglied,

¹⁹⁸ Gew.O. § 125, 133^e; Bergges. § 86, 91 (dazu § 95). Über das Gesinde-recht unten § 200 III 8 d.

¹⁹⁹ Die Weigerung des Dienstherrn ist nur Annahmeverzug, nicht Leistungsverzug; oben S. 617 Anm. 117. Der Dienstpflichtige braucht auch den Wiedereintritt nicht anzubieten; oben S. 618 Anm. 119. Ob er auf Verlangen des Dienstherrn zum Wiedereintritt verpflichtet ist, richtet sich nach den Umständen; oben S. 618 Anm. 118. — Sonderbestimmungen gelten vielfach nach Gesinde-recht; unten § 200 III 8.

²⁰⁰ Oben S. 618 Anm. 118.

²⁰¹ Gemäß B.G.B. § 326 (regelmäßig aber erst nach vergeblicher Fristsetzung). Auch das Rücktrittsrecht aus § 326 steht ihm zu.

²⁰² Zur fristlosen Kündigung wird er regelmäßig nach B.G.B. § 626 befugt sein. Jedenfalls nach H.G.B. § 71 Nr. 2, Gew.O. § 124 Z. 4, § 133 Z. 2, Bergges. § 83 Z. 4, § 90 Z. 2. Ist er es freilich nicht, so verliert er, wenn die Kündigung angenommen wird, seinen Vergütungsanspruch. Andererseits befreit er sich durch gerechtfertigte Kündigung jedenfalls von der Verpflichtung zum Wiedereintritt in den Dienst.

²⁰³ Gew.O. § 124^b S. 3, § 133^e.

ein Prokurist oder ein Korrespondentreeeder seiner Stellung entsetzt wird. In allen diesen Fällen tritt, falls ein Dienstvertrag geschlossen ist, dessen Beendigung nur durch gleichzeitige rechtmäßige Kündigung ein. Fehlt es an einer Kündigung oder ist die Kündigung mangels eines sie rechtfertigenden Grundes unwirksam, so kann der Entsetzte die vertragsmäßige Vergütung trotz Wegfalles seiner Dienstpflicht bis zum Ablaufe der Dienstzeit fordern²⁰⁴.

§ 200. Besondere Arten von Dienstverträgen.

I. **Überhaupt.** Das für einzelne Arten von Dienstverträgen geltende Sonderrecht haben wir nur in seinen wichtigsten grundsätzlichen Abweichungen vom gemeinen bürgerlichen Recht herangezogen, um das Gesamtbild des geltenden Dienstvertragsrechtes zu vervollständigen. Eine zusammenhängende Darstellung können die auf deutschrechtlicher Grundlage ausgebildeten besonderen Dienstvertragstypen nur im Rahmen der in sich geschlossenen Rechtsgebiete, denen sie angehören, finden.

Darum ist für das umfassende Recht der gewerblichen Arbeitsverträge auf das Gewerberecht zu verweisen¹. In ihm bilden dann wieder die Dienstverträge der Handwerksgesellen und sonstigen Gehilfen, der Fabrikarbeiter und Arbeiter anderer größerer Betriebe, der Heimarbeiter und schließlich der Betriebsbeamten, Werkmeister und ähnlichen Angestellten, sowie der höheren Techniker (Maschinentechner, Bautechniker, Chemiker, Zeichner und dergleichen) eigne Typen.

Das in manchen Punkten abweichende und im einzelnen reicher ausgestaltete Recht der Bergarbeiterverträge ist im Bergrecht darzustellen². Auch hier treten die Dienstverträge der Bergleute und die der Betriebsbeamten und Techniker auseinander.

²⁰⁴ Vgl. B.G.B. § 27², H.G.B. § 52¹, 231³, 492², V.A.G. § 34. Ebenso Genoss.G. § 24³ u. G.m.b.H.G. § 38¹ (mit der weniger genauen Fassung „unbeschadet der Entschädigungsansprüche aus bestehenden Verträgen“). Anders bei Aufsichtsratsmitgliedern nach R.Ger. LXXXI Nr. 34. — Die Rechtslage ist also hier eine andere als nach Schiffsrecht, nach dem die grundlose Entlassung den Dienstvertrag beendet; oben S. 631 Anm. 175.

¹ Oben § 199 S. 595 Anm. 10. Komm. zur Gew.O. Tit. VII (bes. Landmann). Prenner, Der gewerbliche Arbeitsvertrag nach deut. R., 1902. Sigel, Der gewerbliche Arbeitsvertrag, 1903.

² Oben § 199 S. 595 Anm. 12, S. 598 Anm. 26. Arndt, Art. „Bergarbeiter“ im Hdwb. d. St.W. II 754 ff. Komm. zu den Berggesetzen, bes. zum preuß. Tit. 3 Abschn. 3 von Arndt, 8. Aufl., 1914; Fürst-Thielmann, 6. Aufl. 1911. Oertmann, Bayr. Landesprivatr. § 102 I—II. Klofs, Sächs. Landesprivatr. § 100.

Das Sonderrecht der Dienstverträge der Handlungsgehilfen gehört ins Handelsrecht³. Im Handelsrecht ist auch von den durchaus eigenartigen Dienstverträgen der Handlungsagenten zu handeln⁴.

Mit den Heuerverträgen des Schiffers und der Schiffleute hat sich das Seerecht zu beschäftigen⁵, während die nur in einzelnen Punkten ihnen angeglichenen Dienstverträge des Binnenschiffrechts und des Flößereirechts in diesen Materien darzustellen sind⁶.

Auch manche andere Dienstvertragsarten, für die ein umfassendes Sonderrecht gewohnheitsrechtlich ausgebildet ist und gesetzlicher Regelung harret, bedürfen einer abgesonderten Behandlung. Es sei nur an den Bühnenengagementsvertrag erinnert, dessen Eigenart nur im Zusammenhange des gesamten Theaterrechts begriffen werden kann⁷.

II. Beamtenrecht. Mancherlei Berührungen mit dem Dienstvertragsrecht weist das Beamtenrecht auf.

Die Rechtsverhältnisse der öffentlichen Beamten, mag es sich um Staatsbeamte, Gemeindebeamte oder Beamte anderer öffentlichrechtlicher Körperschaften oder Anstalten handeln, gehören in ihrem Kern dem öffentlichen Rechte an. Allerdings sind ihnen Privatrechtsverhältnisse beigemischt. Denn die vermögensrechtlichen Ansprüche und Verbindlichkeiten der Beamten aus ihrem Amts- oder Dienstverhältnis sind nach richtiger Ansicht privatrechtlicher Natur und werden jedenfalls vom geltenden deutschen Recht als Privatrechte gewertet⁸. Allein sie sind privatrechtliche

³ Komm. zum H.G.B. § 59 ff. (bes. Staub). Lehrb. des Handelsrechts, bes. K. Lehmann § 37, Cosack § 19. Fuld, Das Recht der Handlungsgehilfen, 1897. Horowitz, Das Recht der Handlungsgehilfen, 2. Aufl., 1905. Über das durch Ges. v. 10. Jan. 1910 neu geordnete österreichische Handlungsgehilfenrecht Pisko, Z. f. H.R. LXVI 453 ff.

⁴ Komm. zu H.G.B. § 84 ff. Immerwahr, Das Recht der Handlungsagenten, 1900. K. Lehmann § 43. Gareis § 54. Cosack § 51.

⁵ Oben § 199 S. 595 Anm. 11, S. 598 Anm. 27. Komm. zu H.G.B. § 511 ff. (bes. Lewis u. Schaps) und zur Seemannsordnung (bes. L. Perels). Pappenheim, Handb. des Seerechts II § 31—40. K. Lehmann § 46, 49.

⁶ Komm. zum Binnenschiffahrtsges. Abschn. II u. III und zum Flößereiges. § 16—21 (bes. Mittelstein u. Löwe).

⁷ Vgl. Opet, Arch. f. z. Pr. LXXXVI 155 ff.; Deutsches Theaterrecht, 1897, S. 159 ff. Marwitz, Der Bühnenengagementsvertrag, 1902. — Über die Eigenart des Bergführervertrages vgl. G. Martius, Der Bergführervertrag, 1906.

⁸ Fast allgemein ist ihre Verfolgung im ordentlichen Rechtswege zulässig. Das B.G.B. enthält besondere Bestimmungen über Verjährung (§ 197) und Ab-

Ausflüsse eines öffentlichrechtlichen Verhältnisses und bleiben durch dieses bedingt und bestimmt. Darum sind alle Schuldverhältnisse aus dem Amts- oder Dienstverhältnis der öffentlichen Beamten von den Schuldverhältnissen aus Dienstverträgen in ihrem innersten Wesen verschieden. Sie entspringen keinem Schuldvertrage, sondern sind Wirkungen der personenrechtlichen Beamtenstellung⁹. Diese wird heute nach richtiger Auffassung überhaupt nicht durch Vertrag, sondern durch einseitigen Verbandsakt begründet. Soweit dabei, weil die Anstellung Willenseinigung voraussetzt und bindende Vereinbarungen über einzelne Rechtsfolgen der Anstellung möglich sind, Verträge eine Rolle spielen, handelt es sich doch niemals um Schuldverträge¹⁰. Im Gegensatze zum Dienstvertrage ist hier das personenrechtliche Band nicht Folge, sondern Quelle schuldrechtlicher Beziehungen. Doch wird dadurch keineswegs jede Heranziehung des Dienstvertragsrechts zum Verständnis des Be-

tretung (§ 411) der Ansprüche und zeigt damit, daß im übrigen die allgemeinen Regeln des Schuldrechts auf sie anwendbar sein sollen. Die Zuständigkeit der Landesgesetzgebung auf diesem Gebiet beruht auf besonderer reichsrechtlicher Ermächtigung durch E.G. a. 80. — Die Praxis hält einstimmig an der privatrechtlichen Natur der vermögensrechtlichen Ansprüche und Verbindlichkeiten aus dem Dienstverhältnis fest; vgl. für das gemeine Recht R.Ger. II Nr. 20 S. 70 ff., XVI Nr. 60 S. 265, XVIII Nr. 36, XXXVII Nr. 41, Seuff. XXV Nr. 235, XXXIX Nr. 49; für das preuß. R. O.Trib.Entsch. LII 324 ff., Strieth. LXXXV 368 ff., R.Ger. XI Nr. 66 S. 295, LXIII Nr. 107 S. 432, LXXXVI Nr. 64 S. 267 ff.; für das bayr. R. Seuff. XLV Nr. 123; für das Reichsbeamtenrecht R.Ger. XII Nr. 16. In der Theorie herrscht Streit. Doch beruht es auf einer Überspannung des Gegensatzes zwischen öffentlichem und Privatrecht, wenn Laband, Seydel, Rehm, O. Stölzel u. A. die Anerkennung privatrechtlicher Wirkungen des Beamtenverhältnisses für prinzipwidrig erklären. Vgl. dagegen Dernburg, B.R. II § 316, Oertmann a. a. O. § 52, P. Wolf, Hess. L.P.R. § 39.

⁹ R.Ger. XVIII Nr. 36, XXXVII Nr. 41, XXXVIII Nr. 86; Seuff. XXXIX Nr. 49, XLV Nr. 123.

¹⁰ Vgl. die Entsch. des K.Ger. Berlin b. Seuff. LVI Nr. 123, die richtig ausführt, daß die zur Wirksamkeit des einseitigen Anstellungsaktes erforderliche Willenseinigung zwar ein Vertrag, aber ein öffentlichrechtlicher Vertrag ist, auf den nicht alle Vorschriften über privatrechtliche Verträge, wohl aber solche, die auf dem Wesen des Vertrages als Willenseinigung beruhen, Anwendung finden. Ähnlich R.Ger. LXXXIII Nr. 94 S. 433 (entsprechende Anwendung der Vorschriften über die Bedeutung von Irrtum und Täuschung). Vgl. auch R.Ger. LIII Nr. 106 (Zusicherung eines künftigen Amtes als Vertrag, aber auf beiden Seiten ein rein staatsrechtlicher Vertrag, aus dem ein klagbarer Anspruch auf das Amt nicht entsteht). — Auch die Labandsche Theorie, die das Beamtenverhältnis selbst auf Vertrag gründet, nimmt einen öffentlichrechtlichen Vertrag an, der personenrechtlichen, nicht schuldrechtlichen Inhalt hat.

amtenrechts ausgeschlossen. In gewissem Umfange wird sie vielmehr durch den auf gemeinsame Wurzeln zurückführenden geschichtlichen Zusammenhang gefordert und durch die inhaltliche Übereinstimmung der Schuldverhältnisse gerechtfertigt¹¹.

Umgekehrt bedarf es der Heranziehung des öffentlichen Beamtenrechts zur sachgemäßen Würdigung der Rechtsverhältnisse der Privatbeamten. Der privatrechtliche Beamtenvertrag fällt heute durchaus unter den Begriff des Dienstvertrages, empfängt aber dadurch ein eigenartiges Gepräge, daß er dem Dienstpflichtigen eine ähnliche Stellung zu verschaffen sucht, wie sie den Staats- oder Gemeindebeamten zukommt. Dies ist z. B. bei den Anstellungsverträgen mit Hofbeamten^{11a}, standesherrlichen Beamten, höheren Verwaltungsbeamten, Forstbeamten und anderen technischen Beamten in landwirtschaftlichen oder gewerblichen Großbetrieben, Vorstehern von Aktiengesellschaften und anderen privatrechtlichen Verbandspersonen der Fall. Hier werden vielfach das Gewalt- und Treuverhältnis, die Berufspflichten, die Besoldungsverhältnisse, die Dauer des zugunsten des Beamten nicht selten lebenslänglichen Anstellungsverhältnisses, die Beendigungsgründe und die Beendigungsfolgen durchaus nach dem Vorbilde des öffentlichen Beamtenrechts geordnet. Der Dienstvertrag bewährt so die Fähigkeit, mit den Mitteln des Schuldrechts eine ähnliche personenrechtliche Verbindung zu schaffen, wie sie der Beamtenernennung entspringt. Bei den Anstellungsverträgen mit Aktiengesellschaftsdirektoren, Stiftungsverwaltern und anderen Leitungsbeamten privatrechtlicher

¹¹ Die Praxis verwertet die „Analogie des Dienstvertrages“ nicht selten für die Beurteilung der privatrechtlichen Wirkungen des Amtsverhältnisses. So z. B. auch zur Begründung von Ersatzansprüchen des Beamten gegen den Staat aus mangelhafter Fürsorge für Diensträume usw. nach B.G.B. § 618 (R.Ger. XVIII Nr. 36 u. Seuff. LXX Nr. 10, O.L.G. Karlsruhe Seuff. LXX Nr. 176) und des Staates gegen den Beamten aus Verletzung der Dienstpflicht (R.Ger. LXIII Nr. 107). Dagegen versagt die Analogie hinsichtlich der Gehalts- und Versorgungsansprüche der Beamten insoweit, als deren Verhältnis zu der öffentlichrechtlichen Dienstleistungspflicht in Frage steht. Denn hier handelt es sich nicht um vertragsmäßige Gegenleistung für einzelne Dienste, sondern um eine wegen Hingabe der Person in den öffentlichen Dienst geschuldete Unterhaltsrente; vgl. R.Ger. XXXVII Nr. 41, XXXVIII Nr. 86, XLV Nr. 62. — Vgl. auch R.Ger. LXXVIII Nr. 1, LXXXII Nr. 1.

^{11a} Für die preussischen Hofbeamten (einschließlich der prinzlichen) führt jedoch das R.Ger. LXXXIV Nr. 31 S. 167—188 mit sehr eingehender historischer Begründung aus, daß sie „Staatsbeamte im weiteren Sinne“ seien, mithin ein Dienstvertrag des bürgerlichen Rechts ihrer Anstellung überhaupt nicht zugrunde liege.

Körperschaften oder Anstalten findet überdies die dem Beamtenrecht eigentümliche Verflechtung privatrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Beziehungen ihr Abbild in dem Zusammenhange, der zwischen den Rechten und Pflichten aus dem Dienstvertrage und der im überindividuellen Verbandsrecht wurzelnden Organstellung besteht. Doch läßt die dienstvertragliche Nachbildung des Beamtenverhältnisses im einzelnen für unübersehbare Verschiedenheiten Raum. Auch scheitert die Aufstellung einer allgemeinen Theorie des Privatbeamtenvertrages schon daran, daß der Begriff der „Beamten“ im Privatrecht der festen Abgrenzung entbehrt und mit dem noch fließenderen Begriff der „Angestellten“ konkurriert. Das Gewerberecht und das Bergrecht fassen die „Betriebsbeamten“ mit anderen höheren „Angestellten“ in eine Gruppe zusammen, deren Dienstverträge einem gesetzlichen Sonderrecht unterliegen; das Handlungsgehilfenrecht gilt für viele in mehr oder minder ausgeprägter Beamtenstellung befindliche Personen; es gibt sogar Haus- und Wirtschaftsbeamte, auf die sich das Gesinderecht erstreckt. Immerhin läßt sich nicht verkennen, daß bei allen Dienstverhältnissen von Angestellten in gehobener Stellung in dem Maße, in dem sie einerseits die gesamte Berufstätigkeit umfassen und andererseits eine ständige Eingliederung in einen Herrschaftsverband herbeiführen, eine Tendenz zur Annäherung an das öffentliche Beamtenrecht waltet.

III. Gesinderecht¹². Einer besonderen Darstellung bedarf

¹² Über das Recht des deutschen Mittelalters vgl. die oben S. 590 Anm. 1 zu § 199 angef. Schriften von G. Hertz, R. Loening, Sickel u. Könnecke S. 3 ff., sowie meine Wurzeln des Dienstvertrages S. 44 ff. Über die Entwicklung nach der Rezeption: Hedemann, Die Fürsorge des Gutsherrn für sein Gesinde, Festg. f. Dahn I 169 ff., 1905; Lennhof, Das ländliche Gesindewesen in der Kurmark Brandenburg vom 16. bis 19. Jahrh., Unters. z. D. St. u. R.G. LXXIX, 1906; Wuttke, Gesindeordnungen und Gesindezwangsdienst in Sachsen bis zum Jahre 1835, Schmollers Forsch. XII, 4, 1893; Könnecke S. 27 ff., 239 ff. Zusammenfassende Darstellungen in den Lehrb. des D.P.R.: Eichhorn § 328; Mittermaier § 294; Beseler § 113 II c; Gerber-Cosack § 210; Bluntschli § 185; Gengler § 121; Stobbe-Lehmann § 242; ferner bei v. Brünneck, Hdwrth. d. St.W. IV 372 ff. Zusammenstellung der Partikularrechte bei Neubauer II, 1880, S. 145 ff.; K. Suchsland, Das Recht des Gesindes in allen Bundesstaaten des Reichs, 1895; Kähler, Gesindewesen u. Gesinderecht in Deutschland, 1896. Preufs. R.: Förster-Eccius IV § 237; Dernburg, B.R. § 311—314; Birkenbihl, Die Gesindeordnungen für die preussische Monarchie, 3. Aufl., 1892; Lindenberg, Das preussische Gesinderecht, 7. Aufl., 1907; Süskind, Das Gesinderecht der Provinz Hessen-Nassau, 1908. Bayr. R.: Oertmann § 51 ff. Sächs. R.: Klofs § 49; älteres Binding, Handbuch. II. 3. III: Gierke, Deutsches Privatrecht. III. 41

an dieser Stelle das Gesinderecht. Denn gerade der Gesindevertrag, von dem, wie oben bemerkt ist, das deutsche Dienstvertragsrecht seinen Ausgang nahm, unterliegt bis heute einem Sonderrecht, das sich in kontinuierlichem Zusammenhange mit dem alten Recht auf einheimischer Grundlage entwickelt hat.

1. Quellen. Nach dem Vorgange des Sachsenspiegels enthalten die mittelalterlichen Quellen eingehende Bestimmungen über das Gesinderecht. Die in ihnen ausgesprochenen Rechtssätze erhielten sich nach der Rezeption im partikulären Gesetzes- oder Gewohnheitsrecht, wurden aber vielfach durch die polizeiliche Gesetzgebung und seit dem 17. Jahrhundert durch zahlreiche besondere Gesindeordnungen im Geiste des obrigkeitlichen Staates umgebildet und ergänzt. Von den großen Gesetzbüchern regelte nur das preussische allgemeine Landrecht die Rechtsverhältnisse des Gesindes¹³. Seine Vorschriften wurden durch die Gesindeordnung vom 8. November 1810 ersetzt¹⁴. Im 19. Jahrhundert ergingen zahlreiche neue Gesindeordnungen, die sich vielfach an das preussische Vorbild anlehnten. Das E.G. zum B.G.B. hat in Art. 95 das Gesinderecht mit einigen Einschränkungen der Landesgesetzgebung vorbehalten. In Preußen sind die alten Gesindeordnungen mit den durch das Reichsrecht bedingten Änderungen in Kraft geblieben, so daß im größten Teile der Monarchie die Gesindeordnung von 1810 fortgilt, in den ihr nicht unterworfenen Landesteilen aber verwandte ältere Gesindeordnungen gelten¹⁵. Dagegen sind in den

b. Haubold I § 95 ff. Thüring. R. b. Boeckel, Landesprivatr. der Thür. Staat. § 36—42, älteres b. Heimbach § 117 ff., Weim. b. Sachse § 172 ff., Goth. b. Brückner § 849 ff. Bad. R.: Dorner u. Seng § 27. Hess. R.: Wolf § 38. Meckl. R.: Buchka § 15. Braunsch. R.: Steinacker § 32 ff. Hamb. R.: Baumeister I § 52, Nöldeke § 43. Waldeck. R.: R. Lange § 9. Elsaß-Lothr. R.: Kisch § 47 ff.

¹³ T. II Tit. 5. Jedoch nur subsidiär. — Das Österr. Gb. § 1172 verweist auf die besonderen Dienstbotenordnungen, deren es 25 gibt; Morgenstern, Die in Österreich geltenden Dienstboten-O., 1901; Krainz § 343 Anm. 10; Ausgabe des A.B.G.B. von Schey, 1914, Zusatz zu § 1172. — Der Code civ. kennt überhaupt kein besonderes Gesinderecht. Ebenso wenig das Schweiz. O.R.

¹⁴ Sie hob die §§ 1—176 des Landrechtstitels auf; die §§ 177 ff. über Hausoffizianten blieben in Kraft, sind aber durch das A.G. zu B.G.B. a. 89 aufgehoben.

¹⁵ Preufs. A.G. a. 14. Über den Geltungsbereich der Ges.O. v. 1810, der auch die Schutzgebiete und Konsulargerichtsbezirke umfaßt, vgl. Dernburg § 311 Anm. 4. Außerdem gelten: Ges.O. für die Rheinprovinz v. 19. Aug. 1844, für Neuvorpommern und Rügen v. 11. Apr. 1845, für Schleswig-Holstein v. 25. Febr. 1840 (jedoch in Lauenburg noch Dienstboten-Ed. v. 22. Dez. 1732),

meisten übrigen Staaten aus Anlaß der Neuordnung des bürgerlichen Rechts neue Gesindeordnungen erlassen oder doch die bisherigen Gesindeordnungen einer umfassenden Revision unterzogen¹⁶.

2. Die Eigenart des Gesindevertrages beruht auf der besonderen Stärke seiner personenrechtlichen Wirkungen und seiner öffentlichrechtlichen Beeinflussung.

In personenrechtlicher Hinsicht empfing das Gesindeverhältnis wegen der Zugehörigkeit des Gesindes zum Hausstande im deutschen Recht ein familienrechtliches Gepräge. Wenn zeitweise das Gesinderecht überhaupt dem Familienrecht eingliedert wurde¹⁷, so hat es mit der Zurückdrängung ins Schuldrecht seine familienrechtliche Seite nicht eingebüßt. Immer noch

für Hannover fünf (von 1838 f. Osnabr., 1844 f. Bremen u. Verden, 1844 f. Hannover usw., 1853 f. Hadeln, 1859 f. Ostfriesland), für Hessen-Nassau fünf (Kurhess. f. Städte v. 1797, für das Land v. 1801, f. Fulda v. 1816, Nassau. v. 1819, Frankf. v. 1822), für Hohenzollern zwei (v. 1843) verschiedene Ges.O. Aufzählung bei Süskind a. a. O. S. 6—10. — Auch in Waldeck ist noch die Ges.O. v. 14. März 1850 mit Nachträgen von 1856, 1860 u. 1891 u. Zusätzen des A.G. zum B.G.B. a. 11 in Kraft.

¹⁶ Bayern: A.G. zum B.G.B. a. 15—31 (über das frühere überaus bunte Recht Neubauer S. 147—154). Sachsen: Revid. Ges.O. v. 31. Mai 1898 mit Nov. v. 9. Jan. 1906 (Grundlage die Ges.O. v. 10. Jan. 1835). Württemberg: Ges.O. v. 28. Juli 1899. Baden: Ges.O. v. 3. Febr. 1868 in Fassung v. 14. Aug. 1899. Hessen: Ges.O. v. 28. Apr. 1877 in Fassung v. 7. Aug. 1899. Mecklenburg-Schwerin und M.-Strelitz: Ges.O. v. 9. Apr. 1899 (früheres R. b. Neubauer S. 156—159). S.-Weimar: Ges.O. v. 11. Okt. 1899. Oldenburg: Ges.O. v. 15. Mai 1899 (frühere v. 24. Aug. 1853, f. Birkenfeld v. 13. Juni 1861, f. Lübeck v. 11. Jan. 1873). Braunschweig: Ges.O. v. 15. Okt. 1832 mit Abänderungsges. v. 12. Juni 1899. S.-Meiningen: Ges.O. v. 1901 (frühere v. 22. Febr. 1838). S.-Altenburg: Ges.O. v. 25. Nov. u. A.G. z. B.G.B. § 15. S.-Koburg-Gotha: Ges.O. v. 8. Dez. 1899 (frühere für Gotha v. 24. Juli 1797, für Koburg v. 11. März 1814). Anhalt: Ges.O. v. 21. Apr. 1899 (frühere v. 19. April 1851). Schwarzburg-Rudolstadt: Ges.O. v. 28. Febr. 1900 (frühere v. 3. Juni 1822). Schwarzburg-Sondershausen: Ges.O. v. 29. Juli 1899 (frühere v. 1. Febr. 1864). Reufs ä. L.: Ges.O. v. 15. Jan. 1910 (frühere v. 23. Jan. 1841). Reufs. j. L.: Revid. Ges.O. v. 7. Dez. 1893 (ältere v. 23. Jan. 1841 b. Neubauer S. 164—166). Schaumburg-Lippe: Ges.O. v. 14. Aug. 1899 (frühere v. 5. Febr. 1848). Lippe: Ges.O. v. 17. Nov. 1899 (frühere v. 29. Febr. 1862). Lübeck: Ges.O. v. 19. Juli 1899 (frühere v. 25. Febr. 1862). Bremen: Ges.O. v. 18. Juli 1899 (frühere v. 1733, 1829, 1868). Hamburg: Ges.O. v. 7. Dez. 1898 (früher Stadtr. II 9 a. 1—8 u. bes. Ges.O. für die Landbezirke, vgl. Neubauer S. 168—171). Elsaß-Lothringen: Ges.O. v. 26. Juli 1903.

¹⁷ So stellte es das Preufs. A.L.R. an den Schluß des Familienrechts. Dies entspricht der naturrechtlichen Gesellschaftslehre, nach der sich die Familie aus der *societas nuptialis*, der *societas paterna* und der *societas herilis* zusammensetzt; vgl. mein Genossenschaftsr. IV 333 Anm. 1, 490 Anm. 1.

gehört das Gesinde zur Familie im weiteren Sinne. Freilich sind die Rechtswirkungen dieser Familienzugehörigkeit in neuerer Zeit mehr und mehr abgeschwächt. Allein grundsätzlich halten die meisten geltenden Gesindeordnungen an dem patriarchalen Gedanken fest. Und ganz sind auch in den zur rein schuldrechtlichen Auffassung neigenden Gesindeordnungen, wie sie namentlich in Süddeutschland überwiegen¹⁸, die familienrechtlichen Züge des Gesinderechts nicht ausgetilgt.

Die öffentlichrechtliche Seite des Gesinderechts kam schon früh in besonderen strafrechtlichen Bestimmungen, dann aber vor allem in seiner Unterstellung unter polizeiliche Gewaltbefugnisse zum Ausdruck, die im obrigkeitlichen Staate eine außerordentliche Steigerung erfuhren und beim ländlichen Gesinde sich mit den aus Hörigkeits- oder Erbuntertänigkeitsverhältnissen fließenden gutsherrlichen Befugnissen, insbesondere dem zur Rückbildung des freien Gesindevertrages führenden Gesindezwange, verflochten^{18a}. Aber auch nach dem Wegfall des alten Polizeirechts hat sich eine umfassende Zuständigkeit der Polizeibehörden in Gesindesachen behauptet. Nur ist regelmässig polizeilichen Verfügungen gegenüber die Beschreitung des Rechtsweges zugelassen. Auch haben die Gesindeordnungen neben dem früher sehr einseitig betonten Schutze der Autorität der Herrschaft mehr und mehr sich zugleich den Schutz des Gesindes mit den Mitteln des öffentlichen Rechtes zum Ziel gesetzt. Manche neueren Gesindeordnungen, besonders süddeutsche, haben unter Annäherung des Gesinderechts an das Recht des gewerblichen Arbeitsvertrages die besonderen gesindepolizeilichen Einrichtungen stark beschnitten, aber doch nicht völlig aufgehoben.

3. Der Begriff des Gesindevertrages bestimmt sich nach Landesrecht. Viele Gesindeordnungen enthalten ausdrückliche Begriffsbestimmungen, die aber nicht nur unter sich ungleich, sondern auch meist unzureichend sind und für mancherlei Zweifel im Einzelfalle Raum lassen¹⁹. Die Entscheidung über die Abgrenzung hängt

¹⁸ Eine entschiedene Abkehr vom patriarchalen Prinzip vollzog zuerst die bad. Ges.O. v. 1868. Das neue Gesinderecht in Württemberg und Elsaß-Lothringen schaltet es gleichfalls möglichst aus, während das bayrische und hessische mehr vermitteln.

^{18a} Darüber vgl. bes. Wuttke a. a. O., Lennhof a. a. O. S. 103 ff., Könnecke S. 324 ff., auch S. 29 ff.

¹⁹ Definitionen z. B. in Preufs. Ges.O. § 1, Rhein. § 1, Vorpomm. § 1, Nassau. § 2, Frankf. § 2, Sächs. § 2 u. 4, Weim. § 2—3, Kob.-Goth. § 2—3,

von der Lebensauffassung ab und kann nach den örtlichen Gewohnheiten verschieden ausfallen. Wesentlich ist vor allem Eintritt in die häusliche Gemeinschaft des Dienstherrn²⁰. Doch wird die Zugehörigkeit zum Hausstande durch das Fehlen einzelner Momente der vollen Hausgemeinschaft nicht ausgeschlossen²¹. Erforderlich ist ferner ein auf längere Dauer angelegtes Dienstverhältnis mit fest bestimmter Vergütung²². Sodann muß es sich um häusliche oder gleichgestellte wirtschaftliche Dienste handeln. Gewerbliche Dienste schliessen nur dann, wenn sie als Nebenleistungen geschuldet werden, den Begriff des Gesindevertrages nicht aus; bilden sie den Hauptinhalt der Verpflichtung, so gilt trotz Aufnahme ins Haus und Leistung einzelner häuslicher Dienste nicht Gesinderecht, sondern Gewerberecht²³. Dagegen ist in ganz Deutschland der Begriff des Gesindedienstes auf die Tätigkeit im landwirtschaftlichen Betriebe des Dienstherrn erweitert²⁴. Schliesslich dürfen

Bad. § 1, Oldenb. § 1, Anh. § 2, Schwarzburg-Rudolst. § 1, Schwarzburg-Sondersh. § 1, Reufs ä. L. u. j. L. § 1—2, Schaumb. § 2—3, Wald. § 1, Lüb. § 1, Brem. § 1, Hamb. § 2. Dagegen fehlt es an jeder Begriffsbestimmung in den Ges.O. v. Bayern, Württemberg, Mecklenb., Lippe, Elsass-Lothringen, sowie v. Hessen (wo nur a. 1 die Ausschließung höherer Dienste ausdrücklich feststellt). — Vgl. Oertmann S. 209 ff., Böckel S. 160 ff. u. bes. eingehend Süskind S. 13—33.

²⁰ Ausdrücklich gefordert wird Eintritt in die „häusliche Gemeinschaft“ in Weim. § 2 u. Kob.-Gotha § 2, Zugehörigkeit zum „Hausstande“ in Lübeck § 1, Aufnahme in die „Hausgenossenschaft“ in Bremen § 2. Die Ges.O. v. Oldenb. § 1, Schwarzb.-S. § 1 u. Schaumb. § 2 fordern „persönliche Unterordnung“, die von Reufs ä. L. § 1 Verpflichtung zu einem der Ges.O. entsprechenden „persönlichen Verhalten“. — Über die älteren Ges.O. vgl. Süskind S. 24 ff.

²¹ Gewährung von Kostgeld statt Kost und abgesonderter Wohn- oder Schlafräum sind mit dem Gesindeverhältnis vereinbar, was die Brem. Ges.O. § 2 ausdrücklich hervorhebt. Nicht aber ein selbständiger eigener Hausstand. Darum gehören auch ständig im Hause beschäftigte Aufwartefrauen, Näherinnen usw. nicht zum Gesinde. Ebenso wenig die auf Gutsland abgesondert siedelnden ländlichen Arbeiterfamilien (Dienstfamilien, Instleute usw.).

²² Dies ist in vielen Ges.O. ausdrücklich gesagt. Hamb. § 2 begnügt sich aber mit einer Mindestdauer von einer Woche im Stadtgebiet und vier Wochen im Landgebiet.

²³ Unsicher ist die Abgrenzung namentlich bei den Bediensteten von Gasthäusern.

²⁴ Der Grund liegt in der geschichtlichen Entwicklung und in der heute noch fortdauernden engen Verbindung zwischen Hauswirtschaft und Landwirtschaft. Darum gehören die in der Feld- oder Stallarbeit beschäftigten Knechte und Mägde, aber auch Hirten, Gutsschäfer, Kutscher, Gärtner usw. zum Ge-

die geschuldeten häuslichen oder wirtschaftlichen Dienste nicht Dienste höherer Art sein; wer Dienste zu leisten übernimmt, die eine wissenschaftliche oder sonstige höhere Ausbildung erfordern, gehört niemals zum Gesinde²⁵.

4. Vertragsschluss.

a. Die Fähigkeit, Gesinde zu dingen oder sich als Gesinde zu verdingen, richtet sich heute nach gemeinem bürgerlichem Recht. Abweichende Sonderbestimmungen älterer Gesindeordnungen sind außer Kraft getreten²⁶. Doch enthalten auch die neuen Gesindeordnungen mancherlei besondere Vorschriften, die innerhalb des dem Landesrecht gelassenen Spielraums ergänzend eingreifen. Dahin gehören die vielfach begegnenden Bestimmungen, die den bei der Gesindemiete der Ehefrau des Dienstherrn kraft ihrer Schlüsselgewalt gebührenden Machtbereich abgrenzen²⁷. Desgleichen die sich an das bürgerliche Recht anlehnenen Bestimmungen über die Verdingung von minderjährigen und anderen in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Personen²⁸, sowie von Ehe-

sinde. Zweifelhaft ist die Stellung der Gärtnereihilfen; ausdrücklich werden sie in der Lüb. Ges.O. § 1 dem Gesinde zugerechnet.

²⁵ Dies ist in vielen Ges.O. (vgl. z. B. Sächs. § 4, Weim. § 3, Kob.-Goth. § 3, Anh. § 2, Schaumb. § 3, Schwarzb.-R. § 1, Reufs ä. L. § 2, Brem. § 2, Lüb. § 1, auch Hess. oben S. 645 Anm. 19) ausdrücklich bestimmt. Als Beispiele werden in einigen die Dienste von Erziehern und Erzieherinnen, Hausdamen, Privatbeamten, Gesellschafterinnen, Inspektoren und Verwaltern aufgeführt. Gleiches gilt aber auch ohne besondere Gesetzesvorschrift überall. — Das Preufs. A.L.R. nahm nur Erzieher und Erzieherinnen und andere Personen, „die mit erlernten Wissenschaften und schönen Künsten im Hause Dienste leisten“, vom Gesinderecht völlig aus (II, 5 § 187—195). Dagegen schob es zwischen sie und das „gemeine Gesinde“ die „Hausoffizianten“, zu denen z. B. Gutsinspektoren, Forstaufseher, Rentmeister, Haushofmeister gerechnet wurden, als eine besondere Klasse ein, für die zwar eine Reihe von Sondervorschriften, im übrigen aber das Gesinderecht galt (§ 177—186). Mit der Aufhebung des ganzen fünften Titels (oben S. 642 Anm. 14) ist auch auf sie das Gesinderecht unanwendbar geworden.

²⁶ Nach E.G. a. 95 finden die Vorschriften der §§ 104—115, 131 u. 1358 auf das Gesinderecht Anwendung.

²⁷ Vgl. z. B. Preufs. § 2—4, Rhein. § 2, Vorpomm. § 2—4, Nassau. § 3, Sächs. § 6—8, Meckl. § 3 u. 54, Weim. § 5, Oldenb. § 3, Braunsch. § 3, Anh. § 5, Kob.-Goth. § 6—7, Schwarzb.-R. u. S. § 2, Reufs ä. L. u. j. L. § 7, Lüb. § 6, Brem. § 10. Überall wird der Ehefrau das Recht, weibliche Dienstboten zu mieten, eingeräumt, in manchen Ges.-O. aber dem Manne ein Kündigungsrecht oder Widerspruchsrecht gewährt. Die Meckl. Ges.O. § 54 erstrecken die Schlüsselgewalt auf dem platten Lande auch auf das Mieten von männlichem Gesinde. — Über das ältere Recht Könnicke S. 443.

²⁸ Vgl. z. B. Preufs. Ges.O. § 5—6, Rhein. § 3—5, Sächs. § 11—13c, Weim.

frauen²⁹. Außerdem finden sich polizeirechtliche Einschränkungen der Befugnis zum Abschluss von Gesindeverträgen oder zum Halten von Gesinde³⁰.

b. Mietsgeld. Nach alter Übung, die seit dem Mittelalter sich zäh erhalten hat, empfängt der Dienstbote beim Abschluss des Gesindevertrages einen vereinbarten, meist jedoch ortsgebräuchlich feststehenden Geldbetrag als Mietsgeld (Draufgeld, Haftgeld, Handgeld, Dinggeld, Weinkauf, Leikauf, Gottesgeld)³¹. Das Mietsgeld ist eine Draufgabe, für die aber mancherlei sonderrechtliche Regeln deutscher Herkunft gelten.

Viele Gesindeordnungen behandeln das Mietsgeld als Form-erfordernis, so daß vom Geben und Nehmen des Mietsgeldes die Verbindlichkeit des Vertragsschlusses abhängt, die Form jedoch im Einklange mit den Grundsätzen der deutschen Arrhalverträge durch Antritt des Dienstes ersetzt und überdies meist dem Vertragsschluss in Schriftform gleiche Bindungskraft beigelegt wird³².

§ 6—7, Old. § 4—5, Anh. § 6—11, Kob.-Goth. § 10—15, Schwarzb.-R. u. S. § 3—8, Reufs ä. L. § 4—5, Schaumb. § 6—7, Lüb. § 5, Brem. § 7—8. — Die Lüb. Ges.O. § 1 fordert unbedingt ein Alter über 14 Jahre. In anderen Ges.O. wird das Mieten schulpflichtiger Kinder verboten oder beschränkt; so Sächs. § 14, Meckl. § 62, Weim. § 8, Kob.-Goth. § 16, Schwarzb.-R. u. S. § 3, Reufs ä. u. j. L. § 6.

²⁹ Das früher oft aufgestellte Erfordernis der Einwilligung des Ehemanns (vgl. z. B. Preufs. Ges.O. § 7, Vorpomm. § 7—8) ist weggefallen. Dem Ehemann, der nicht zugestimmt hat, steht aber das Kündigungsrecht aus § 1358 B.G.B. zu, was manche Ges.O. unnötigerweise konstatieren, Sächs. § 7, Weim. § 10, Oldenb. § 6, Anh. § 12, Kob.-Goth. § 18, Schwarzb.-R. u. S. § 9, Schaumb. § 8, Brem. § 9.

³⁰ So die Bestimmungen, nach denen Dienstherren, die sich nicht im Besitz der bürgerlichen Ehrenrechte befinden oder unter Polizeiaufsicht stehen, minderjährige Dienstboten oder doch Dienstboten unter 18 Jahren nicht annehmen oder halten dürfen, widrigenfalls die sofortige Entlassung polizeilich erzwungen werden kann; vgl. Bayr. a. 16, Sächs. § 5, Württ. a. 4, Weim. § 4, Anh. § 4, Altenb. § 5, Kob.-Goth. § 5, Reufs j. L. § 5, Schaumb. § 5. Oder die sanitäts-polizeilichen Einschränkungen der Indienstnahme und des Indiensttretens von Ammen in Hamb. Ges.O. § 4.

³¹ Sehr selten kommt es vor, daß der Dienstherr das Mietsgeld empfängt; noch heute aber ist dies nach den Hohenzoll. Ges.O. der Fall; Kähler a. a. O. S. 141, Könncke S. 421 ff., 444. — Über die früheren Tarifierungen des Mietsgeldes vgl. Könncke S. 433 ff.

³² Vgl. über das ältere Recht Schuld und Haftung S. 374 Anm. 28, Könncke S. 417 ff. Dazu Preufs. Ges.O. § 22—23 (vgl. Dernburg § 312 Anm. 2), Nass. § 5 u. Frankf. § 3 (vgl. Süskind S. 35 ff.), Oldenb. § 11, Meining. a. 1, Schwarzb.-S. § 18, Waldeck. § 7, Schaumb. § 13, Lüb. § 7; ebenso Schwarzb.-R. § 18 für den Fall, daß Mietsgeld vereinbart ist. Mehrfach wird

In Ermangelung eines besonderen Rechtssatzes hat das Geben und Nehmen des Mietsgeldes wie jeder anderen Draufgabe nur die beweisrechtliche Bedeutung eines Zeichens des Vertragsschlusses³³.

Nach den meisten Gesindeordnungen ist das Mietsgeld eine Zugabe, die auf den Lohn nicht angerechnet wird und nur zurückgegeben werden muß, wenn infolge eines vom Dienstboten zu vertretenden Umstandes der Vertrag verfrüht aufgehoben wird³⁴. Einzelne Gesindeordnungen behandeln indes das Mietsgeld als Angeld³⁵.

Überall ist das Mietsgeld Haftgeld; viele Gesindeordnungen heben ausdrücklich hervor, daß einseitiger Rücktritt gegen Rücknahme oder Rückgabe des Mietsgeldes ausgeschlossen ist³⁶.

c. Doppelverdingung. Schon seit dem Mittelalter galten aber ausdrücklich bestimmt, daß es bei der Erneuerung des Gesindevertrages des Gebens und Nehmens von Mietsgeld nicht bedarf; Oldenb. § 14, Schwarzb.-S. § 18, Schaumb. § 16; vgl. auch Kob.-Goth. § 20; anders früher Waldeck. unten Anm. 101.

³³ Ausdrücklich bestimmt in Rhein. Ges.O. § 9, Sächs. § 17, Bad. § 2, Anh. § 3, Kob.-Goth. § 20 (unter Hinzufügung einer gleichen Vermutung aus Dienstantritt oder Eintragung ins Dienstbuch), Reufs ä. L. § 8, Lippe § 2, Brem. § 11—12, Hamb. § 3. Älteres R. b. Könncke S. 415 ff. — Nach Sächs. Ges.O. § 17, Altenb. § 16, Kob.-Goth. § 19, Schwarzb.-R. § 18 u. Reufs j. L. § 17 kann jeder Teil schriftliche Abfassung verlangen.

³⁴ Schuld u. Haftung S. 352 Anm. 72, Könncke S. 423 ff.; Rhein. Ges.O. § 9, Kurhess., Nass. u. Frankf. b. Süskind S. 38 ff., Bayr. a. 18, Württ. a. 3, Hess. a. 2, Meckl. § 2, Weim. § 11, Oldenb. § 13, Anh. § 3, Kob.-Goth. § 20, Schwarzb.-R. § 18 (mit der Besonderheit, daß eine abweichende Vereinbarung der Schriftform bedarf), Schwarzb.-S. § 19, Reufs ä. L. § 8, j. L. § 17, Schaumb. § 15, Wald. § 7, 18, Lüb. § 7, Brem. § 14, Hamb. § 3 (nach dem Dienstantritt ist es hier nach § 29 immer nur zurückzugeben, wenn das Dienstverhältnis nicht länger als einen Monat gedauert hat). Regelmäßig ist auch die Anrechnung auf den vom Dienstherrn wegen einer von ihm zu vertretenden verfrühten Aufhebung zu leistenden Schadensersatz ausgeschlossen. Abweichend Schwarzburg-S. § 19.

³⁵ So Preufs. u. Vorpomm. Ges.O. § 25—26 vorbehaltlich anderer Vereinbarung und doch wohl auch abweichenden Ortsgebrauchs; Sächs. § 17; Altenb. § 16; ältere Ges.O. b. Könncke S. 426 ff.

³⁶ Preufs. Ges.O. § 46, Vorpomm. § 40, Rhein. § 9, Nassau. § 9, Sächs. § 20, Württ. a. 2, Meckl. § 2, Oldenb. § 12, Anh. § 3, Lipp. § 2, Lüb. § 7, Brem. § 13. Doch soll es nach Weim. § 11, Meining. a. 2, Altenb. § 19, Kob.-Goth. § 20, Schwarzb.-R. § 18, Reufs ä. L. § 8, j. L. § 20 als Aufhebung gelten, wenn das Mietsgeld unbeanstandet zurückgenommen oder zurückgegeben wird. — Über die Behandlung des Mietsgeldes als Reugeld in einzelnen älteren Quellen Könncke S. 444 ff.; noch heute kann in Hohenzollern vier Wochen lang der Herr gegen Zahlung des verdoppelten Mietsgeldes, der Dienstbote gegen Verlust des Mietsgeldes zurücktreten; Kähler S. 141.

für den Fall, daß ein Dienstbote sich mehreren Herrschaften für denselben Zeitraum verdingt, neben mancherlei Strafbestimmungen besondere Privatrechtssätze³⁷. In Anlehnung an das ältere Recht ordnen auch viele geltende Gesindeordnungen die Rechtsfolgen einer solchen Doppelverdingung abweichend vom gemeinen Recht: der zuerst abgeschlossene Vertrag geht vor, so daß der erste Dienstherr den Eintritt des Dienstboten in seinen Dienst verlangen kann, der nachstehende Dienstherr dagegen nur einen Anspruch auf Rückgabe des Mietsgeldes und auf Schadensersatz hat³⁸.

5. Dienstantritt. Der Abschluß des Gesindevertrages verpflichtet den Dienstherrn zur Aufnahme des Dienstboten in die Hausgemeinschaft, den Dienstboten zum Eintritt in das Dienstverhältnis³⁹. Nach einigen Gesindeordnungen ist jedoch ein Vertrag unverbindlich, der länger als vier Monate vor dem Zeitpunkte des Dienstantrittes geschlossen ist⁴⁰.

a. Der Zeitpunkt des Dienstantrittes wird mangels besonderer Vereinbarung durch die festen Termine bestimmt, die nach den Gesindeordnungen oder den mitunter vorbehaltenen örtlichen Verordnungen oder Gebräuchen als allgemeine Ziehtage (Umzugstage, Dienstwechseltage) für den Ein- und Austritt des Gesindes gelten. Sie pflegen für städtisches und ländliches Gesinde ungleich zu sein⁴¹.

³⁷ Hertz a. a. O. S. 21 ff. R. Loening, Vertragsbruch S. 475 Anm. 23. Sickel S. 99 ff. Könncke S. 457 ff.

³⁸ Preufs. Ges.O. § 27—30, Vorpomm. § 27—28, Rhein. § 11, Kurhess. u. Nassau. b. Süskind S. 121, Bayr. a. 17, Sächs. § 27, Württ. a. 5, Hess. a. 3, Meckl. § 6, Oldenb. § 15, Weim. § 20, Altenb. § 26, Kob.-Goth. § 33, Anh. § 13, Schwarzb.-R. § 20, Reufs ä. L. § 17, j. L. § 27, Schaumb. § 17, Lipp. § 7, Brem. § 15—17. Doch fällt nach Württ. R. der Vorzug weg, wenn der Dienst beim zweiten Dienstherrn schon angetreten ist. — Auch besondere Strafen für Gesinde, das sich doppelt vermietet, begegnen noch vielfach; so Preufs. § 31, Rhein. § 12, Vorpomm. § 28, Sächs., Kob.-Goth., Schwarzb.-R. u. Lipp. a. a. O., Meckl. § 65, Oldenb. § 78 Z. 1, Schaumb. § 87 Z. 1, Anh. § 54 Z. 3, Weim. § 51 Z. 2, Reufs § 45, Brem. § 90 litt. a.

³⁹ Preufs. Ges.O. § 45, Vorpomm. § 39, Sächs. § 20, Weim. § 14—15, Altenb. § 19, Kob.-Goth. § 23, Lüb. § 8.

⁴⁰ Sächs. § 3, Weim. § 11, Altenb. § 3, Kob.-Goth. § 4, Reufs j. L. § 3 (3 M.).

⁴¹ Vgl. Preufs. Ges.O. § 42—44, Vorpomm. § 35—38, Rhein. § 13; Nass. § 11; Sächs. § 18; Württ. a. 6; Bad. § 3—5; Hess. a. 6—7; Meckl. § 30, 57; Weim. § 12; Oldenb. § 16; Anh. § 14; Kob.-Goth. § 21; Schwarzb.-R. § 22, S. § 23; Reufs ä. L. § 9, j. L. § 18; Schaumb. § 18; Lipp. § 8; Wald. G. v. 9. Dez. 1891 § 9; Lüb. § 3; Hamb. § 5; Elsass-Lothr. § 3. Fällt der Termin auf einen Sonntag oder Feiertag, so tritt nach preufs. R., abweichend vom

b. Rücktritt. Die Erfüllungspflicht fällt weg, wenn vor dem Dienstantritt ein Teil eine wirksame Rücktrittserklärung abgibt. Die meisten Gesindeordnungen enthalten eingehende Bestimmungen über den Rücktritt⁴². Sie weisen vor dem Dienstantritt der Aufhebung durch Rücktritt die Rolle zu, die nach dem Dienstantritt die Beendigung durch vorzeitige Kündigung spielt. Dabei werden die Gründe, aus denen einerseits der Dienstherr die Aufnahme in den Dienst, andererseits der Dienstherr den Dienstantritt verweigern darf, gesondert aufgeführt, in einigen Gesindeordnungen jedoch durch eine allgemeine Bestimmung ergänzt, nach der jeder Teil überhaupt aus einem wichtigen Grunde zurücktreten kann⁴³. Der Dienstherr kann regelmässig aus denselben oder doch ähnlichen Gründen zurücktreten, aus denen er nach dem Dienstantritt zu fristloser Kündigung befugt wäre; meist aber kann er überdies, statt auf Erfüllung zu bestehen, zurücktreten, wenn der Dienstherr den Dienstantritt verweigert oder ungebührlich verzögert⁴⁴. Der

B.G.B. § 193, der nächstvorhergehende Werktag an die Stelle. — Älteres R. b. Könecke S. 478 ff.

⁴² Die Gesindeordnungen treten hiermit in einen Gegensatz zum B.G.B., das besondere Vorschriften über das Rücktrittsrecht bei Dienstverträgen überhaupt nicht kennt; oben § 199 S. 609 Anm. 69. — Anders manche Ges.O., die ausdrücklich schon vor dem Dienstantritt die Vorschriften über fristlose Kündigung für anwendbar erklären; Bayr. a. 23, Meckl. § 39, Elsass-Lothr. § 4.

⁴³ So Württ. a. 11 u. 13, Weim. § 14, Kob.-Goth. § 26 u. 31, Oldenb. § 21 u. 23, Reufs ä. L. § 11, Schaumb. § 23 u. 25, Brem. § 20 u. 27.

⁴⁴ Preufs. § 48—50; Vorpomm. § 42—44; Ges.O. b. Süskind S. 53 ff.; Sächs. § 21; Württ. a. 11; Weim. § 15; Old. § 21—22; Altenb. § 20; Mein. a. 4; Kob.-Goth. § 26; Schwarzb.-R. § 24, S. § 25; Reufs. ä. L. § 12, j. L. § 21; Schaumb. § 23—24; Lipp. § 3; Wald. § 10—12; Lüb. § 10—11; Brem. § 20; Hamb. § 8. Mehrere Ges.O. verlangen Erklärung des Rücktritts binnen einer Woche nach Erlangung der Kenntnis vom Rücktrittsgrunde (Mein., Kob.-Goth. u. Brem. a. a. O.) oder sogar unverzüglich (Weim. § 15, Reufs ä. L. § 11, Schwarzb.-R.). Der Rücktritt wegen Verzögerung des Dienstantritts ist zum Teil erst nach Ablauf einer bestimmten Frist zulässig; so nach Württ. a. 11 nach einer Woche, nach Kob.-Goth. § 26 Z. 4 nach drei Tagen, nach Brem. § 20 litt. d nach einer Woche, nach den beiden letztgenannten Ges.O. aber schon vorher, wenn ein anderer Dienstherr zum Ersatz angenommen ist; nach Oldenb. § 18—19 u. Schaumb. § 20—21 bei schuldhafter Zögerung nach zwei Tagen, sonst, wenn der Dienstherr die unverschuldete Verhinderung nicht anzeigt, nach vier, andernfalls nach 14 Tagen; ähnlich Lüb. § 10 (nach einem Tag oder zwei Tagen); dagegen nach Hamb. § 8 schon, wenn der Dienstherr schuldhafterweise am Antrittstage sich bis 10 Uhr abends nicht eingefunden hat. — Über Rücktrittsrecht der Erben des Dienstherrn bei dessen Tod vor dem Dienstantritt (bis zu sechs Wochen vor dem Antritt unter bloßer Opferung des Hand-

Dienstbote kann ebenfalls aus ähnlichen Gründen, wie sie nach dem Dienstantritt fristlose Kündigung rechtfertigen, vielfach aber auch wegen solcher veränderter Umstände, wegen deren er nach dem Dienstantritt mit verkürzter Frist kündigen könnte, überdies oft wegen verweigerter oder ungebührlich verzögerter Aufnahme in den Dienst zurücktreten⁴⁵. Die Rechtsfolgen des Rücktritts sind je nach dem Rücktrittsgrunde ungleich und in den einzelnen Gesindeordnungen verschieden geregelt; der Dienstbote muß, wenn er aus einem in seiner Person liegenden Grunde zurücktritt oder dem Dienstherrn schuldhafterweise zum Rücktritt Anlaß gibt, das Mietsgeld zurückgeben, behält es aber, wenn der Dienstherr aus einem anderen Grunde oder er selbst wegen eines vom Dienstherrn zu vertretenden Umstandes zurücktritt; außerdem muß nach manchen Gesindeordnungen in gewissen Fällen der Zurücktretende, nicht selten auch der andere Teil, der den Rücktrittsgrund verschuldet, eine Entschädigung leisten⁴⁶. Vereinzelt steht das

geldes, später unter Entschädigung durch Zahlung des Lohnes für ein Vierteljahr und des Kostgeldes für sechs Wochen) Oldenb. § 28, Schaumb. § 30.

⁴⁵ Preufs. § 52—55, Vorpomm. § 46—49, Kurhess., Nass. u. Frankf. b. Süskind S. 53 ff.; Sächs. § 23—26; Württ. a. 13; Weim. § 17; Oldenb. § 23; Mein. a. 6; Altenb. § 22, 23, 25; Kob.-Goth. § 31; Schwarzb.-R. § 26, S. § 27; Reufs ä. L. § 13, j. L. § 23—26; Lipp. § 4; Wald. § 14—17; Lüb. § 13; Brem. § 27; Hamb. § 9. Der Rücktritt wegen veränderter Umstände (insbesondere Heirat) ist indes nach Oldenb. § 25—27 u. Schaumb. § 27—29 nur bis zu vier Wochen vor dem Antrittstage zulässig. Die Preufs. Ges.O. § 54 (Vorpomm. § 48) erkennt Heirat als Rücktrittsgrund überhaupt nur an, wenn tauglicher Ersatz gestellt wird. Als Rücktrittsgrund begegnet auch Verlegung des Wohnsitzes der Herrschaft aus dem Staatsgebiet; Sächs. § 24, Kob.-Goth. § 31 (schon aus Koburg nach Gotha oder umgekehrt!), Lüb. § 13, Hamb. § 9 Z. 2; vgl. Württ. a. 13 Z. 3. Ferner Tod des Dienstherrn (bis sechs Wochen vor Antritt unter Rückgabe des Handgeldes), Old. § 28, Schaumb. § 30. — Die Weigerung der Aufnahme ist Rücktrittsgrund nach Württ. a. 13 Z. 1, Weim. § 16, Reufs ä. L. § 14; ebenso, aber erst nach vergeblicher Aufforderung zur Aufnahme binnen einer Woche, nach Oldenb. § 20² u. Schaumb. § 22² (mit gleichem Vergütungsanspruch, wie bei Festhalten am Vertrage, aber unter Anrechnung von anderweitigem Verdienst).

⁴⁶ Entschädigungspflicht des zurücktretenden Dienstherrn z. B. nach Brem. § 20 d, § 22 Abs. 2, Oldenb. § 28 u. Schaumb. § 30 (oben Anm. 44 a. E.), des wegen Heirat usw. zurücktretenden Dienstboten (Ersatz des vom Dienstherrn zu zahlenden Mehrlohns) nach Sächs. § 26, Mecklb. § 16, Kob.-Goth. § 31, Wald. § 17. Eine Entschädigungspflicht wegen schuldhafter Veranlassung des Rücktritts des anderen Teils begegnet z. B. in Oldenb. § 18 u. 20 u. Schaumb. § 20 u. 22, Weim. § 16 u. 18, Reufs ä. L. § 14—15; im Falle absichtlicher Täuschung auch in Kob.-Goth. § 27, 31 Z. 2 u. Brem. § 21—22, 27 (hier auch in den Fällen des § 25² u. § 26).

Lübecker Recht, das jedem Teil ein freies Rücktrittsrecht gegen Belassung oder Rückgabe des Gottesgeldes und Zahlung einer fixierten Entschädigung gewährt⁴⁷.

c. Annahmepflicht des Dienstherrn. Die Verpflichtung des Dienstherrn, in dem für den Dienstantritt bestimmten Zeitpunkt das Gesinde „anzunehmen“, ist gegenüber dem Dienstvertragsrecht des B.G.B., das eine Verpflichtung zur Entgegennahme der Dienste nicht kennt, eine Besonderheit des Gesinderechts. Sie wurzelt darin, daß hier die Entgegennahme der Dienste nur als Folge der Aufnahme in die Hausgemeinschaft erscheint, die Aufnahme in die Hausgemeinschaft aber dem Gesinde als selbständige positive Leistung versprochen ist. Darum gerät der Dienstherr, wenn er schuldhafterweise den Dienstboten nicht rechtzeitig annimmt, nicht nur in Annahmeverzug, sondern zugleich in Leistungsverzug⁴⁸. Der Dienstbote kann die Aufnahme verlangen und nach vielen Gesindeordnungen die Polizeibehörde anrufen, die den Dienstherrn zur Aufnahme des Gesindes anhalten soll⁴⁹. Doch findet weder im polizeilichen Verfahren noch im ordentlichen Rechtswege ein Erfüllungszwang statt. Vielmehr ist der Dienstbote, wenn der Dienstherr seine Annahme beharrlich verweigert, auf einen Schadensersatzanspruch, dessen Umfang meist in gleicher Weise wie im Falle der grundlosen Entlassung gesetzlich fixiert ist, angewiesen⁵⁰.

⁴⁷ Lüb. Ges.O. § 12 u. 14. Die Entschädigung besteht in dem baren Lohn, der für die ersten drei Monate der Dienstzeit oder bei Monatsmiete für den ersten Monat, bei Wochenmiete für die erste Woche zu zahlen gewesen wäre.

⁴⁸ Sonderbestimmungen über die Verzugsfolgen finden sich z. B. in Weim. § 19, Oldenb. § 17, Schaumb. § 18, Reufs ä. L. § 16, Lüb. § 9, Brem. § 18—19.

⁴⁹ Preufs. § 47; Vorpomm. § 41; Rhein. § 15; Lipp. § 5. Eine Klage auf Aufnahme hat der Dienstbote hier nicht; Schadensersatz kann er erst fordern, wenn er die Polizei umsonst angerufen hat; vgl. unten Anm. 169. Dagegen gibt ihm Hess. a. 20 die Wahl zwischen gerichtlicher Klage auf Erfüllung, Anrufen der Polizei und alsbaldiger Forderung von Schadensersatz; vgl. unten Anm. 170—171.

⁵⁰ Preufs. § 47; Vorpomm. § 41; Rhein. § 15; Sächs. § 21; Kob.-Goth. § 28; Schwarzb.-R. § 23, S. § 24; Lipp. § 5; Hamb. § 6; Brem. § 23. Oldenb. § 20 u. Schaumb. § 22 geben dem Dienstboten Anspruch auf die volle Vergütung bis zum Ablauf der Dienstzeit (mit der Höchstgrenze von einem halben Jahr) oder bis zur nachträglichen Annahme, ohne die für den Fall des Rücktritts vorgeschriebene Anrechnung von anderweitem Verdienst. Die Württ. Ges.O. a. 12 gibt dem Dienstboten die Wahl zwischen dem Anspruche aus B.G.B. § 615 und dem Anspruche auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung; wählt er Schadensersatz, so kann er entweder den erweislichen vollen Schaden oder ohne Schadensnachweis einen nach dem Lohn fixierten Betrag (unten

Auch kann er, statt Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu fordern, vom Vertrage zurücktreten⁵¹.

d. **Antrittspflicht des Dienstboten.** Der Dienstbote ist verpflichtet, den Dienst rechtzeitig anzutreten. Durch Säumnis gerät er in Leistungsverzug⁵². Weigert der Dienstbote grundlos den Dienstantritt, so kann er nach vielen Gesindeordnungen auf Antrag der Herrschaft durch die Polizeibehörde zum Antritt gezwungen werden⁵³. Der Dienstherr braucht jedoch vom Polizeizwange nicht Gebrauch zu machen. Im übrigen kann er auf Erfüllung klagen, gerichtliche Zwangsvollstreckung behufs Erfüllung aber nicht erzielen. Vielmehr ist er auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung angewiesen, wobei wieder der Umfang des zu leistenden Ersatzes oft in gleicher oder doch ähnlicher Weise wie bei grundlosem Austritt aus dem Dienst gesetzlich fixiert ist⁵⁴. Der Dienstherr ist aber auch befugt, vom Vertrage zurückzutreten⁵⁵.

6. **Verpflichtungen während des Dienstverhältnisses.**

a. **Verpflichtungen des Gesindes.** Der Dienstbote ist zur Leistung der versprochenen Dienste, mangels anderer Abrede zu häuslichen Diensten jeder Art, auch bei Ausbedingung bestimmter Dienste aber in Notfällen zu Aushilfediensten anderer Art ver-

Anm. 156) fordern. — Das Mietsgeld behält er meist ohne Anrechnung auf den Schadensersatz; oben S. 648 Anm. 34.

⁵¹ Oben S. 651 Anm. 45. Dann behält er das Mietsgeld. Nach manchen Ges.O. kann er außerdem Schadensersatz fordern; oben S. 651 Anm. 46. Einige geben ihm überhaupt nur die Wahl zwischen den Ansprüchen aus B.G.B. § 615 und Rücktritt nebst Entschädigung; so Weim. § 16 u. Reufs ä. L. § 14 (erweislicher Schade oder fixierter Betrag). Dagegen stellen Old. § 20 u. Schaumb. § 22 ihm Schadensersatz wegen Nichterfüllung (oben S. 652 Anm. 50) und Rücktritt mit Entschädigungsanspruch (oben S. 651 Anm. 45) zur Wahl.

⁵² Sonderbestimmungen über die Verzugsfolgen z. B. in Weim. § 19, Oldenb. § 18—19, Altenb. § 21, Kob.-Goth. § 29—30, Schaumb. § 19—20, Reufs. ä. L. § 16, Brem. § 24—25.

⁵³ Preufs. § 51, Rhein. § 16, Vorpomm. § 45, Frankf. b. Süskind S. 111, Sächs. § 22, Weim. § 46, Oldenb. § 22, Schaumb. § 24, Anh. § 42, Altenb. § 21, Schwarzb.-R. § 25 u. S. § 26, Reufs j. L. § 22, Lipp. § 6. Überall gilt hier gleiches wie hinsichtlich der Wiederzuführung von entlaufenem Gesinde; vgl. unten Anm. 163. Außerdem sind vielfach öffentliche Strafen angedroht; unten Anm. 166—167. — Über älteres R. Könnicke S. 446 ff.

⁵⁴ So in den in vor. Anm. angef. Ges.O. (außer Weim.); ferner in Württ. a. 14, Bad. § 14, Hess. a. 18, Hamb. § 7, Brem. § 28—29; vgl. unten Anm. 172, 177 u. 178. Außerdem kann er das Mietsgeld zurückfordern.

⁵⁵ Vgl. oben S. 650 Anm. 44. Immer kann er dann das Mietsgeld zurückfordern. Nach manchen Ges.O. kann er außerdem Entschädigung fordern; oben

pflichtet⁵⁶. Ihn trifft überdies eine gesteigerte Gehorsams- und Treupflicht. In dieser Hinsicht weichen die Gesindeordnungen stark voneinander ab, indem sie bald sich mit wenigen leitenden Sätzen begnügen⁵⁷, bald die Pflichten des Gesindes bis ins einzelne ausmalen⁵⁸, zugleich aber das Mafß der personenrechtlichen Gebundenheit sehr ungleich bestimmen.

Die Gehorsamspflicht des Gesindes ist überall dahin erweitert, daß es nicht nur die dienstlichen Befehle der Herrschaft und ihrer Familienangehörigen und Vertreter zu befolgen, sondern sich auch allen häuslichen Einrichtungen und Anordnungen der Herrschaft zu unterwerfen hat⁵⁹. Die Gesindeordnungen aber, die

S. 651 Anm. 46. Nach Weim. § 18 u. Reufs ä. L. § 15 tritt auch hier das Rücktrittsrecht mit Schadensersatzanspruch an Stelle des Anspruches auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung.

⁵⁶ Preufs. § 57—60; Rhein. § 16—18; Vorpomm. § 51—54; Kurhess. § 11; Nass. § 13; Bayr. a. 19; Württ. a. 19; Bad. § 6; Hess. a. 13; Meckl. § 17—18; Weim. § 23; Oldenb. § 33—34; Anh. § 15; Wald. § 20—21; Schwarzb.-R. § 30, S. § 31; Reufs ä. L. § 20; Schaumb. § 35—36; Lüb. § 19; Hamb. § 13; Elsaß-Lothr. § 2; sehr ausführlich Sächs. § 33—35; Kob.-Goth. § 37, 39—43; Altenb. § 31—35, 38; Reufs. j. L. § 30—35; Brem. § 28—31, 45. Die Dienste sind auch Familienangehörigen und Gästen zu leisten; vgl. z. B. Vorpomm. § 52, Meckl. § 20, Oldenb. § 31, Weim. § 23, Mein. a. 11, Schwarzb.-R. § 30, S. § 31, Lüb. § 16, Brem. § 31, Hamb. § 10. Manche Ges.O. heben besonders hervor, daß sie auch an Sonn- und Feiertagen geschuldet werden (Meckl. § 21, Sächs. § 60, Weim. § 31, Altenb. § 59, Kob.-Goth. § 58, Reufs ä. L. § 28, j. L. § 59) oder nicht auf bestimmte Tage und Tageszeiten beschränkt sind (Lüb. § 21, Hamb. § 11). Daß der Dienstbote sich ohne besondere Erlaubnis der Herrschaft bei der Dienstleistung nicht vertreten lassen darf, ist selbstverständlich, wird aber oft ausdrücklich bestimmt; Preufs. § 62—63, Rhein. § 19, Vorpomm. § 56—57, Sächs. § 37, Württ. a. 19, Bad. § 6, Meckl. § 22, Oldenb. § 38, Schaumb. § 40, Altenb. § 36, Anh. § 16, Schwarzb.-R. § 30, S. § 31, Reufs j. L. § 37, Lüb. § 22, Brem. § 43. — Streitigkeiten unter dem Gesinde über die zu verrichtende Arbeit entscheidet der Dienstherr; Preufs. § 61, Vorpomm. § 53, Sächs. § 36, Meckl. § 19, Oldenb. § 36, Schaumb. § 38, Lipp. § 10, Lüb. § 20, Brem. § 42 (jedoch vorbehaltlich polizeilicher Entscheidung), auch § 35.

⁵⁷ So Bayr. a. 19, Württ. a. 19, Bad. § 6, Elsaß-Lothr. § 2.

⁵⁸ So Preufs. § 64, 70—79; Rhein. § 20, 22—23; Vorpomm. § 58, 64—72; Sächs. § 30—46; Oldenburg. § 30—38; Altenb. § 29—45; Kob.-Goth. § 37—46; Schwarzb.-R. § 29—33, S. § 30—34; Reufs ä. L. § 19—22, j. L. § 29—45; Schaumb. § 32—40; Lipp. § 11—16; Lüb. § 15—21; Brem. § 30—45. Kürzer Hess. a. 12—13; Meckl. § 15, 23—24; Weim. § 22; Mein. a. 10, 13. — Über die älteren Ges.O. Könecke S. 239 ff., 526 ff.

⁵⁹ Vgl. Preufs. § 73, Vorpomm. § 67, Sächs. § 38, Meckl. § 24, Oldenb. § 30, Schaumb. § 32, Reufs ä. L. § 19, Lüb. § 15, Brem. § 30, Hamb. § 10; aber auch Württ. a. 19, Bad. § 6, Hess. a. 13, Anh. § 15, Elsaß-Lothr. § 2. — In Meckl. § 61 ist bestimmt, daß die ländlichen Hofgänger (Dienstboten der Tage-

an der familienrechtlichen Prägung des Verhältnisses festhalten, ordnen das gesamte Betragen des Gesindes nach dem Mafsstabe dessen, was einem dienenden Hausgenossen geziemt⁶⁰, unterstellen auch sein auferhäusliches Verhalten der herrschaftlichen Aufsicht⁶¹ und leiten aus der Hausgewalt bestimmte einzelne Machtbefugnisse des Dienstherrn ab⁶². Zur Durchsetzung seiner Rechte steht dem Dienstherrn das Zuchtmittel von Ermahnungen und Verweisen zu, die der Dienstbote mit Bescheidenheit und ohne Widerrede entgegennehmen muß⁶³; dagegen ist das im älteren Recht dem Dienstherrn gewährte Recht der körperlichen Züchtigung, das schon vorher fast ganz verschwunden war, jetzt reichsgesetzlich ausgeschlossen⁶⁴.

löhner usw.) auch dem Dienstherrn ihres Dienstherrn und dessen Vertretern Gehorsam schulden.

⁶⁰ Vgl. z. B. Sächs. § 36; Weim. § 22; Mein. a. 14; Altenb. § 42—43; Kob.-Goth. § 37; Schwarzb.-R. § 35, S. § 36; Reufs ä. L. § 19, j. L. § 40—41; Kurhess. § 11 (Süskind S. 60 Anm. 1); Meckl. § 15; Oldenb. § 35; Schaumb. § 37; Lipp. § 11 u. 14; Lüb. § 17; Brem. § 34—35. Das Gesinde soll sich ehrerbietig gegen die Herrschaft und ihre Familienangehörigen, verträglich gegen das Nebengesinde, fleißig, reinlich, anständig und nüchtern betragen. Die Sächs. Ges.O. verlangt von ihm sogar „gottesfürchtigen und sittlichen Lebenswandel“.

⁶¹ So ausdrücklich Sächs. § 43, Weim. § 25, Reufs ä. L. § 22.

⁶² Oft wird bestimmt, daß der Dienstbote sich auch in eigenen Angelegenheiten nicht ohne Erlaubnis aus dem Hause entfernen und die erhaltene Erlaubnis nicht überschreiten darf; Preufs. § 74—75, Vorpomm. § 68—69, Rhein. § 23, Sächs. § 39, Meckl. § 28, Oldenb. § 37, Weim. § 22, Altenb. § 38, Kob.-Goth. § 42, Anh. § 17, Reufs ä. L. § 19, j. L. § 30, Schwarzb.-R. § 29, S. § 30, Schaumb. § 39, Lipp. § 13, Lüb. § 21, Brem. § 44, Hamb. § 11. — Einige Ges.O. gewähren dem Dienstherrn das Recht zum Verbot von übermäßigem Aufwand; Sächs. § 44, Weim. § 25, Altenb. § 43, Reufs ä. L. § 22, Brem. § 44, minderjährigen Dienstboten gegenüber auch Schwarzb.-R. § 33, S. § 33. — Mehrfach wird das Gesinde verpflichtet, auf Verlangen seine Sachen vorzuzeigen, Koffer oder Lade durchsuchen zu lassen; Sächs. § 42, Anh. § 18, Kob.-Goth. § 45, Schwarzb.-R. § 32, S. § 33, Brem. § 37. — Über Pflichten des Gesindes beim Abzuge vgl. Preufs. § 170—171, Vorpomm. § 163—164, Sächs. § 98, Weim. § 45, Kob.-Goth. § 90, Reufs ä. L. § 40, j. L. § 99, Lipp. § 30.

⁶³ Preufs. § 76, Vorpomm. § 58 („häusliche Zucht“) u. § 70, Rhein. § 20, Sächs. § 30, Meckl. § 15, Oldenb. § 31, Schwarzb.-R. § 31, S. § 32, Reufs ä. L. § 19, Lipp. § 15, Schaumb. § 39, Lüb. § 18, Brem. § 32. Aber auch Württ. a. 19, Hess. a. 12. Ein Recht zu beleidigenden Schimpfworten ist darin nicht enthalten, vgl. Vorpomm. § 90.

⁶⁴ E.G. a. 95³. Über die Grenzen des Züchtigungsrechts im mittelalterl. R. vgl. Hertz S. 30 ff.; über die spätere Zeit Könecke S. 171 ff. — Die Bestimmung der Preufs. Ges.O. § 77 (u. Vorpomm. § 71), nach der das Gesinde, wenn es durch ungebührliches Betragen die Herrschaft zum Zorn reizt, wegen

Die Verpflichtung des Gesindes zur *Treue* wird in den meisten Gesindeordnungen ausdrücklich hervorgehoben⁶⁵. Oft wird vom Gesinde allgemein verlangt, daß es im Dienst und außer dem Dienst nach Kräften das Beste der Herrschaft befördere und Schaden von ihm abwende⁶⁶. Mitunter wird ihm insbesondere die Verpflichtung auferlegt, bewiesene Untreue von Nebengesinde der Herrschaft anzuzeigen⁶⁷. Aus der Dienstreue folgt auch die Verpflichtung zur Verschwiegenheit über Vorgänge im Haus⁶⁸.

Ermäßigt wird in fast allen Gesindeordnungen die Verpflichtung des Gesindes zum Schadensersatz wegen Verletzungen der Dienstpflicht: es soll regelmäßig nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit haften, für ein geringeres Versehen dagegen nur aufkommen; wenn es ausdrücklichem Befehl zuwider gehandelt oder sich wiederholter Nachlässigkeit schuldig gemacht oder sich speziell für eine Arbeit verdungen hat, die besondere Aufmerksamkeit oder Geschicklichkeit voraussetzt⁶⁹. Dafür ist vielfach dem Dienstherrn die Aufrechnung seiner Entschädigungsansprüche gegen die Lohnforderung gestattet⁷⁰.

dadurch veranlaßter Scheltworte und geringer Tötlichkeiten keine gerichtliche Genugtuung fordern kann, ist, da sie kein Züchtigungsrecht einräumt, durch E.G. a. 95 nicht aufgehoben; Lindenbergl. S. 81, Dernburg § 311 Anm. 1, Planck zu a. 95 Bem. 4; a. M. Weisler, D.J.Z. v. 1899 S. 18 ff., Niedner zu a. 95 Bem. 2^b.

⁶⁵ Auch in Bayr. a. 19. Dagegen fehlt jeder Hinweis auf die Treue in Württ., Bad., Hamb. u. Elsass-Lothr. — Daß auch die Treue zugleich den Angehörigen des Dienstherrn geschuldet wird, betonen z. B. Lüb. § 16 u. Brem. § 33.

⁶⁶ Preufs. § 70, Rhein. § 22, Vorpomm. § 64, Kurhess. § 11, Sächs. § 30, Meckl. § 15, Altenb. § 29, Kob.-Goth. § 37, Schwarzb.-R. § 29, S. § 30, Reufs ä. L. § 19, Lipp. § 12, Brem. § 33.

⁶⁷ Preufs. § 71—72, Vorpomm. § 65—66, Sächs. § 31 (mit genauer Begrenzung), Altenb. § 30, Kob.-Goth. § 38, Schwarzb.-R. § 29, S. § 30, Reufs ä. L. § 19, j. L. § 30—31, Lipp. § 12, Brem. § 36. Die Verletzung macht ersatzpflichtig, meist auch strafbar.

⁶⁸ Besonders hervorgehoben und begrenzt mit Strafandrohung in Sächs. § 46. — Auch das Verbot übler Nachrede begegnet; vgl. z. B. Lipp. § 14.

⁶⁹ Preufs. § 65—67, Vorpomm. § 59—61, Rhein. § 21, Nass. § 13 (dazu Süskind S. 65), Frankf. § 9, Sächs. § 40—41, Württ. a. 20, Meckl. § 25, Weim. § 24, Oldenb. § 39—40, Anh. § 19, Mein. a. 12, Altenb. § 39—40, Kob.-Goth. § 44, Wald. § 32, Schwarzb.-R. § 35, S. § 36, Reufs ä. L. § 21, j. L. § 40—41, Schaumb. § 41—42, Lipp. § 11, Lüb. § 23, Brem. § 46—47, Hamb. § 12. — Dagegen legt Bad. § 64 ihm Schadensersatzpflicht nach den allgemeinen Bestimmungen auf.

⁷⁰ Abweichend von B.G.B. § 394; Näheres oben § 179 S. 170 Anm. 125.

b. **Verpflichtungen der Herrschaft.** Der Dienstherr hat die vereinbarte oder bei Gesinde der betreffenden Art ortsübliche Vergütung, die sich regelmäfsig aus barem Lohn und Sachbezügen zusammensetzt, zu entrichten⁷¹. Durch vorübergehende unverschuldete Verhinderung an der Dienstleistung wird der Vergütungsanspruch des Gesindes nicht verloren⁷². Die Fälligkeitstermine für die Lohnansprüche sind in den Gesindeordnungen vielfach abweichend von der Regel des B.G.B. § 614 bestimmt⁷³. Von

Manche Ges.O. gewähren ihm auch ein Zurückbehaltungsrecht (kein Pfandrecht) an der Habe des Gesindes; so Preufs. § 69, Bad. § 15, Hess. a. 22, Brem. § 29.

⁷¹ Preufs. § 32—33, Vorpomm. § 29—30, Sächs. § 48—49, Württ. a. 15, Weim. § 27, Altenb. § 48—49, Kob.-Goth. § 50—51, Reufs. ä. L. § 24, j. L. § 48. Obrigkeitliche Lohntaxen, wie sie vereinzelt im Mittelalter begegnen (Hertz S. 7 Anm. 11), später allgemein wurden (Könnecke S. 612 ff.), sind dem geltenden Rechte fremd; doch findet sich die Ermächtigung der Polizeibehörde zur Festsetzung dessen, was als Regel zu gelten hat; Preufs. § 33, Kob.-Goth. § 52. Dafs die Höhe des Lohnes vom Dienstherrn nach billigem Ermessen bestimmt werden soll, wie dies nach Sachsensp. I 22 § 2 und vielen anderen mittelalterlichen Quellen bei dem Dienen „auf Gnaden“ der Fall war (Hertz S. 84, Könnecke S. 42 ff., 606 ff.), kann auch heute vereinbart werden. Das mittelalterliche Beweisvorzugsrecht des Gesindes in Ansehung des verdienten Lidlohns (Sachsensp. I 22 § 2, Hertz S. 87, 89—90) ist ebenso weggefallen, wie das in Umkehr des alten Rechts von der Rhein. Ges.O. § 27 dem Dienstherrn gewährte Eidesprivileg.

⁷² In dieser Hinsicht findet in ganz Preussen nach A.G. z. B.G.B. a. 14 § 1 auf den Gesindevertrag B.G.B. § 616 Anwendung. Ebenso Waldeck A.G. a. 11¹. Das gleiche gilt überall, wo nichts Abweichendes bestimmt ist. Lüb. § 32 setzt eine feste Grenze von zwei Wochen.

⁷³ Oft ist, wenn das Dienstverhältnis nicht früher endet, der Lohn im Zweifel vierteljährlich zu zahlen; Sächs. § 55, Württ. a. 16, Meckl. § 7, Weim. § 72, Anh. 21, Altenb. § 51, Kob.-Goth. § 53, Schwarzb.-R. § 19, S. § 20, Schaumb. § 44, Lüb. § 30 (bei Stadtgesinde). Anderswo monatlich; Nass. § 12, Reufs. ä. L. § 24. Oder halbjährlich; Brem. § 48, Hamb. § 14, Lüb. § 30 (bei Landgesinde). Oder erst jährlich; Oldenb. § 47, Meckl. § 55 (bei Landgesinde), Wald. § 37. Manche Gesindeordnungen gewähren bei spätem Fälligkeitstermin nach bestimmter Zeit dem Gesinde einen Anspruch auf einen Teil des verdienten Lohnes als Vorschufs; so Bayr. a. 20 u. Elsass-Lothr. § 9 nach 3 Monaten auf die Hälfte, Bad. § 7 bei Jahreslohn nach 4 Monaten auf $\frac{1}{4}$ und nach 8 Monaten wieder auf $\frac{1}{4}$, Hess. a. 9 nach 5 Monaten auf $\frac{1}{4}$ und nach 8 Monaten wieder auf $\frac{1}{4}$, Oldenb. § 47 nach einem halben Jahre auf $\frac{1}{3}$, Mein. a. 15 auf die Hälfte. Andererseits begegnet auch ein Einbehaltungsrecht an einem Teile des fälligen Lohns; so nach Württ. a. 16 bei ländlichem Gesinde an der Hälfte bis zum Jahresschluss, nach Elsass-Lothr. § 9 allgemein an der Hälfte bis zu 6 Wochen, nach Bad. § 21 bei Fortsetzung des Dienstverhältnisses nach Ablauf der Dienstzeit an der Hälfte bis zu 6 Wochen.

dem einheitlich festgesetzten Jahreslohn des ländlichen Gesindes gilt nach manchen Gesindeordnungen ein größerer Teil als Sommerlohn und ein kleinerer als Winterlohn⁷⁴. Regelmäßig hat der Dienstherr außer dem Lohne Wohnung und Beköstigung von guter Beschaffenheit und in hinreichendem Maße zu gewähren⁷⁵ oder dafür eine genügende Entschädigung zu leisten⁷⁶. Männlichen Dienstboten hat er vielfach auch eine Dienstkleidung (Livree) zu liefern, die im Zweifel sein Eigentum bleibt⁷⁷. Dazu treten die üblichen Geschenke (Weihnachts-, Neujahrs- oder sonstige Festgeschenke), auf die aber ein klagbarer Anspruch von der preussischen Gesindeordnung überhaupt versagt, sonst nur im Falle eines ausdrücklichen Versprechens anerkannt wird⁷⁸. Trinkgelder, die der Dienstbote von Dritten erhält, braucht er sich auf den Lohn nicht anrechnen zu lassen⁷⁹.

⁷⁴ So nach Oldenb. § 47 in Lübeck und Birkenfeld, Lüb. § 4 u. Hamb. § 14 im Verhältnis von $\frac{2}{3}$ zu $\frac{1}{3}$. Nach Meckl. § 55 wird in der Zeit vom 24. Okt. bis Dienstag nach Ostern $\frac{1}{4}$, von da bis zum 24. Juni $\frac{1}{4}$, in den folgenden 4 Monaten die Hälfte verdient.

⁷⁵ Preufs. § 83, Vorpomm. § 76, Sächs. § 52—53, Oldenb. § 46, Anh. § 21, Altenb. § 52, Kob.-Goth. § 53, Schaumb. § 48, Lipp. § 18, Lüb. § 29, Brem. § 50. Hier greift überdies § 618 B.G.B. zwingend ein.

⁷⁶ Der Betrag der Entschädigung, das sog. „Kostgeld“, unterliegt vielfach ortspolizeilicher Festsetzung (so in Preußen); gesetzliche Fixierung begegnet in Sächs. Ges.O. § 56, Kob.-Goth. § 54. Nach Sächs. § 54, Altenb. § 52, Kob.-Goth. § 53, Anh. § 21 ist das Kostgeld wöchentlich im voraus zu zahlen.

⁷⁷ Sächs. § 51, Württ. a. 17, Meckl. § 10, Oldenb. § 48, Weim. § 27, Anh. § 27, Altenb. § 54, Kob.-Goth. § 56, Reufs ä. L. § 24, j. L. § 50, Schwarzb.-R. § 19, S. § 20, Schaumb. § 50, Lüb. § 31, Brem. § 49; auch Frankf. § 21 u. Kurh. § 6 (vgl. Süskind S. 70—72). Dagegen wird nach Preufs. Ges.O. § 37—39 die gewöhnliche Livree als Teil des Lohnes in bestimmter Zeit verdient (dazu in § 154—159 sehr spezielle Bestimmungen über die Schicksale der einzelnen Stücke bei verfrühter Beendigung); ähnlich Vorpomm. § 31—33, 97—98 u. 148—153.

⁷⁸ Preufs. § 34—36, Sächs. § 50, Meckl. § 8—9, Weim. § 28, Anh. § 26, Altenb. § 54, Kob.-Goth. § 55, Reufs ä. L. § 25, j. L. § 49, Schwarzb.-R. § 19, S. § 20, Schaumb. § 51. Öfter wird hervorgehoben, daß wiederholtes Geben keinen Anspruch begründet. Nach Preufs. u. Meckl. R. kann der Dienstherr sogar die gegebenen Geschenke auf den Lohn anrechnen, wenn der Dienstvertrag durch Schuld des Dienstboten vor Ablauf des Jahres (in Meckl. in den nächsten 3 Monaten) aufgehoben wird. In Reufs ä. L. kann umgekehrt, wenn ein fester Geldbetrag als Weihnachtsgeschenk verabredet ist, der Dienstbote im Zweifel bei früherer Auflösung einen verhältnismäßigen Teil fordern.

⁷⁹ Sächs. § 77, Weim. § 28, Reufs ä. L. § 25, j. L. § 56, Schwarzb.-R. § 19, S. § 20, Altenb. § 56, Kob.-Goth. § 55, Brem. § 48. Nach den sieben erstgenannten Ges.O. kann aber der Dienstherr die Vorzeigung der Trinkgelder

Die Verpflichtung des Dienstherrn zur Fürsorge für das Gesinde wird in zwingender Weise durch die reichsrechtlichen Vorschriften über den Dienstvertrag geregelt⁸⁰. Überdies aber legen die meisten Gesindeordnungen dem Dienstherrn eine Reihe besonderer Verpflichtungen auf. Er hat dem Gesinde die erforderliche freie Zeit zum regelmässigen Besuche des Gottesdienstes, zur Besorgung der eignen Angelegenheiten und zur Erholung zu gewähren⁸¹, darf ihm keine übermässige oder zu schwere Arbeit zumuten⁸² und soll es freundlich („ohne Härte“, „menschenfreundlich“) behandeln⁸³. Auch wird er verpflichtet, den Dienstboten, wie einst sich aus den Resten seiner Munt ergab, gegen Dritte und überhaupt gegen jederlei Gefahr zu schützen⁸⁴ und, wie dies den Aufgaben des Familienhauptes entspricht, für das leibliche und sittliche Wohl des Gesindes zu sorgen⁸⁵ und es zu sittlichem Betragen anzuhalten⁸⁶.

Für den Fall der Erkrankung des Gesindes wurde die Fürsorgepflicht der Herrschaft durch das Gesinderecht seit alter Zeit besonders ausgestaltet. Durch das E.G. zum B.G.B. a. 95 wurden die zwingenden Vorschriften des B.G.B. § 617 über die Krankenfürsorge des Dienstherrn auf das Gesindeverhältnis aus-

verlangen, hat über ihre Verteilung unter mehreren Dienstboten zu entscheiden und kann die Annahme ganz oder teilweise verbieten.

⁸⁰ B.G.B. § 618—619 sind nach E.G. a. 95 anwendbar. Vgl. dazu Württ. a. 18, Oldenb. § 42, Braunsch. § 20, Kob.-Goth. § 49, Anh. § 22, Schaumb. § 44, Lüb. § 27, Brem. § 58.

⁸¹ Sächs. § 59—61 (mit genauer Regelung), Meckl. § 12, Weim. § 31, Anh. § 20, Mein. a. 16, Altenb. § 58, 60, Kob.-Goth. § 58—59, Reufs ä. L. § 28, j. L. § 58, Lüb. § 28, Hamb. § 11; bezüglich des Gottesdienstes auch Preufs. § 84, Rhein. § 24, Vorpomm. § 77, Wald. § 34, Brem. § 2; bezüglich der Zeit zur Aufsuchung eines neuen Dienstes auch Oldenb. § 45, Schaumb. § 47, Brem. § 53.

⁸² Preufs. § 85, Vorpomm. § 78, Sächs. § 47, Meckl. § 11, Weim. § 26, Oldenb. § 44, Braunsch. § 20, Anh. § 20, Kob.-Goth. § 47, Wald. § 35, Schwarzb.-R. § 27, S. § 28, Reufs ä. L. § 23, Schaumb. § 46, Lüb. § 26, Hamb. § 13, Brem. § 54. Besondere Einschränkungen der Verwendung zur Krankenpflege in Sächs. § 58, Altenb. § 57, Kob.-Goth. § 57, Reufs ä. L. § 26, j. L. § 57.

⁸³ Sächs. § 47, Weim. § 26, Altenb. § 46, Kob.-Goth. § 47, Oldenb. § 43, Schaumb. § 45, Reufs ä. L. § 23, j. L. § 46, Schwarzb.-R. § 27, S. § 28, Lipp. § 17, Lüb. § 25, Brem. § 51.

⁸⁴ So ausdrücklich Sächs. § 47, Weim. § 26, Altenb. § 47, Kob.-Goth. § 47, Oldenb. § 43, Schaumb. § 45, Schwarzb.-R. § 27, S. § 28, Lüb. § 25, Brem. § 51.

⁸⁵ So Weim. § 26, Altenb. § 47, Kob.-Goth. § 47, Reufs ä. L. § 23, j. L. § 46.

⁸⁶ So Oldenb. § 41, Schaumb. § 43, Lipp. § 17, Wald. § 33. Vgl. Preufs. § 84 u. Vorpomm. § 77 (Anhalten zum Besuch des Gottesdienstes). — Dazu vgl. das ältere Recht b. Könnicke S. 290, 688 ff.

gedehnt, jedoch die Landesgesetze, die dem Dienstboten noch weitergehende Ansprüche einräumen, aufrechterhalten⁸⁷. Jetzt hat Art. 42 des E.G. zur Reichsversicherungsordnung, durch die das Gesinde der öffentlichrechtlichen Krankenversicherung unterworfen ist, alle landesgesetzlichen Vorschriften, die den Dienstherrn zur Sorge für Kur und Pflege des Gesindes verpflichten, aufgehoben⁸⁸; dagegen läßt er die Vorschriften über die Fortzahlung des Lohnes in Krankheitsfällen mit der Einschränkung, daß das durch R.V.O. § 436 dem Dienstherrn gewährte Recht zur Anrechnung des Krankengeldes auf den fortzuzahlenden Lohn nicht geschmälert werden darf, unberührt⁸⁹.

Das mittelalterliche Gesinderecht entfaltete den Grundsatz der Haftung des Hausherrn für die Hausgenossen in einer Fülle besonderer Regeln⁹⁰. Im späteren Gesinderecht erhielt sich zum Teil eine dem gemeinen Recht gegenüber verschärfte Verantwortlichkeit des Dienstherrn für das Verschulden der Dienstboten. Heute dagegen finden die allgemeinen Vorschriften des B.G.B. über Haftung für Andere Anwendung⁹¹.

⁸⁷ Besondere Bestimmungen z. B. in Preufs. § 85—96, Vorpomm. § 79—89, Rhein. § 25—26, Kurhess., Nass. u. Frankf. b. Süskind S. 72—78, Wald. § 54; mit Anpassung an das B.G.B. Sächs. § 62—63, Hess. a. 10, Meckl. § 13, Weim. § 30, Oldenb. § 49—51, Braunsch. § 22, Anh. § 23, Altenb. § 61, Kob.-Goth. § 60, Reufs. ä. L. § 27, Schwarzb.-R. § 27, S. § 28, Schaumb. § 52—54, Lüb. § 33, Brem. § 55—57, Hamb. § 17—19. — Über das alte R. Könncke S. 693 ff.

⁸⁸ Damit ist z. B. die in § 86 der Preufs. Ges.O. der Herrschaft auferlegte unbedingte Sorge für Kur und Pflege bei jeder durch den Dienst oder bei Gelegenheit desselben erworbenen Krankheit weggefallen. Ebenso Rhein. § 25, Vorpomm. § 79, Wald. § 54. Desgleichen die Erweiterungen der Fürsorgepflicht in Sächs. § 62. Nicht aufgehoben sind dagegen wohl die Vorschriften, die den Dienstherrn zur einstweiligen Verpflegung im Hause und sonstigen vorläufigen Maßnahmen verpflichten, wie Hess. a. 10, Braunsch. § 22⁴, Brem. § 56, Hamb. § 19

⁸⁹ In Kraft bleiben also die Bestimmungen, nach denen ein Lohnabzug überhaupt nicht stattfindet (Brem. § 57, Kurhess. u. Nass. R. bei Süskind S. 73 u. 76) oder nicht bei einer durch den Dienst veranlaßten Erkrankung (Preufs. § 87, Vorpomm. § 80) oder nicht bei Verschulden der Herrschaft (Sächs. § 62, Hamb. § 14) oder nicht während der ersten 15 Tage der Krankheit (Oldenb. § 50, Schaumb. § 53) oder nur wegen der baren Auslagen, nicht wegen der Vertretungskosten (Sächs. § 62) usw.

⁹⁰ Vgl. Hertz S. 42 ff.; Könncke S. 16, 258 ff.

⁹¹ E.G. a. 95 schreibt die Anwendung von B.G.B. § 278, 831 u. 840² vor. Vorschriften, die dem Dienstherrn eine weitergehende Haftung auferlegen, sind in ganz Preußen durch A.G. a. 14 § 1² aufgehoben (somit auch Preufs. Ges.O. § 98 mit der Verweisung auf A.L.R. I 6 § 60 ff.). Einige Gesindeordnungen

7. Beendigung. Das Gesindeverhältnis ist auf längere Dauer angelegt. Die Dauer hängt von freier Vereinbarung ab⁹². Mangels besonderer Abrede gilt nach vielen Gesindeordnungen abweichend vom B.G.B. eine bestimmte Dauer der Dienstzeit als vereinbart⁹³. Diese beträgt fast überall für landwirtschaftliches Gesinde ein ganzes Jahr, während sie für häusliches Gesinde bald auf ein Vierteljahr beschränkt ist⁹⁴, bald sich auf ein halbes Jahr erstreckt⁹⁵. Nach manchen Gesindeordnungen gilt für alles Gesinde ein ganzes Jahr als regelmässige Mietszeit⁹⁶, nach anderen wird überhaupt nur bei landwirtschaftlichem Gesinde eine Verdingung für eine bestimmte Zeit, die auch hier ein volles Dienstjahr beträgt, vermutet⁹⁷.

regeln die Haftung im Sinne des bürgerlichen Rechts; so Sächs. § 65, Kob.-Goth. § 62, Braunsch. § 39², Anh. § 28. Die anderen schweigen.

⁹² Die Einschränkung der Vertragsfreiheit durch § 624 B.G.B. (oben § 199 S. 627 Anm. 156) gilt nach E.G. a. 95 auch für das Gesinderecht; vgl. Sächs. § 66, Meckl. § 28, Weim. § 34, Kob.-Goth. § 65, Reufs ä. L. § 30³, Lüb. § 37, Brem. § 65. Die Preufs. Ges.O. § 40 (u. Vorpomm. § 34) gibt überdies, wenn die Dienstzeit nicht fest oder durch vertragsmässiges Kündigungsrecht begrenzt ist, dem Dienstboten stets ein Kündigungsrecht mit einjähriger Frist. Nach Rhein. § 13 u. Schaumb. § 59 können Gesindeverträge, die für längere Zeit eingegangen sind, nach Ablauf von 3 Jahren gekündigt werden (in Schaumburg-Lippe von jedem Teil). Preufs. § 40, Vorpomm. § 34 u. Rhein. § 13 gewähren stets, wenn der Dienstvertrag vom gesetzlichen Vertreter für den Dienstboten abgeschlossen ist, dem letzteren nach erlangter Volljährigkeit ein Kündigungsrecht.

⁹³ Nach Rhein. § 13 die ortsübliche Dauer. — Andere Ges.O. nehmen Abschlufs auf unbestimmte Zeit an und bestimmen nur die Kündigungsfristen abweichend vom B.G.B.; so Meckl. § 27, Weim. § 13, Oldenb. § 55, Schaumb. § 58, Reufs ä. L. § 10, Lüb. § 35.

⁹⁴ Preufs. § 41, Kurhess. u. Nass. b. Süskind S. 85, Sächs. § 19, Bad. § 3 (mit Vorbehalt abweichender Ortsstatute in § 5), Altenb. § 18, Kob.-Goth. § 22, Schwarzb.-R. § 21, S. § 22, Reufs j. L. § 13. Die Bemessung des Lohnes nach anderen Zeitabschnitten ändert daran nichts; Kob.-Goth. § 22³. Doch gilt davon nach Sächs., Bad., Altenb., Schwarzb. u. Reufs. R. eine Ausnahme, wenn häusliches Gesinde mit Monatslohn gedungen ist. Wird der Dienst später als am gesetzlichen Ziehtage angetreten, so vermutet Kob.-Goth. § 22 nur für Dauer bis zum nächsten Ziehtage.

⁹⁵ So Vorpomm. § 35, Brem. § 60—61 mit § 3 (bei späterem Antritt nur bis zum Schlufs des laufenden Halbjahres oder Jahres), Hamb. § 5 (jedoch bei anderem als dem gesetzlichen Antritts- oder Abgangstermin nur einen Monat).

⁹⁶ Hess. a. 6 (ausgenommen bei Vereinbarung von Monatslohn und mit Vorbehalt ortsstatutarischer Ersetzung durch ein Vierteljahr gemäfs a. 7), Mein. a. 3, Wald. § 40, Lipp. § 8.

⁹⁷ Bayr. a. 22 (jedoch bei Dienstantritt innerhalb des mit dem 1. Februar beginnenden Dienstjahres nur bis zu dessen Schlufs), Lüb. § 36, Elsass-Lothr.

Normaler Beendigungsgrund ist der Ablauf der Dienstzeit. Gemäfs alter Übung aber beendet nach vielen Gesindeordnungen, wenn nicht das Gegenteil ausdrücklich vereinbart ist, der Ablauf der gesetzlichen oder bedungenen Mietszeit das Vertragsverhältnis nur, falls vorher rechtzeitig gekündigt ist⁹⁸. Anderenfalls gilt der Vertrag als für die gesetzliche oder ursprünglich bedungene Mietszeit verlängert⁹⁹. Wo kein derartiges Sonderrecht besteht, wirkt gemäfs B.G.B. § 624¹ der Ablauf der Mietszeit unmittelbar beendigend¹⁰⁰, während eine stillschweigende Verlängerung hier erst die Folge tatsächlicher Fortsetzung ist und auf unbestimmte Zeit eintritt¹⁰¹.

Für die Kündigung, die hiernach vielfach auch bei den auf bestimmte Zeit, immer bei den auf unbestimmte Zeit geschlossenen oder verlängerten Gesindeverträgen erforderlich ist, damit der Zeitablauf beendigend wirke, treffen die Gesindeordnungen mancherlei Sondervorschriften¹⁰². Namentlich regeln sie meist die mangels

§ 3. — Häusliches Gesinde ist daher hier mangels anderer Vereinbarung auf unbestimmte Zeit gemietet.

⁹⁸ Preufs. § 111, Vorpomm. § 105, Sächs. § 68, Bad. § 4, Weim. § 32 Z. 3, Kob.-Goth. § 63, Schwarzb.-R. § 21, S. § 22, Reufs ä. L. § 29, Lipp. § 19, Brem. § 62—63 (außer wenn die Dauer nach Tagen oder Wochen bestimmt ist); Elsaßs.-Lothr. § 3 für Landgesinde; Altenb. § 65 u. Reufs j. L. § 66—67 für häusliches Gesinde.

⁹⁹ Preufs. § 114—116 (bei Stadtgesinde für ein Vierteljahr, bei Landgesinde für ein Jahr, bei monatsweise gemietetem Gesinde für einen Monat), Vorpomm. § 108—110 (ebenso, aber bei Stadtgesinde auf ein halbes Jahr), Sächs. § 67, Bad. § 4, Altenb. § 65, Kob.-Goth. § 64 (bis zum nächsten gesetzlichen Ziehtage, nach Fortsetzung während eines Vierteljahrs auch bei Monatsdauer für ein Vierteljahr), Schwarzb.-R. § 21, S. § 22, Lipp. § 19, Brem. § 62, Hamb. § 5, Elsaßs.-Lothr. § 3. — Doch tritt nach Reufs ä. L. § 29 die Verlängerung nur einmal bis zum nächsten gesetzlichen Ziel, dann auf unbestimmte Zeit ein. Nach Weim. § 33 gilt überhaupt die Verlängerung für unbestimmte Zeit.

¹⁰⁰ Ausdrücklich bestimmt in Oldenb. § 55, Schaumb. § 58, Anh. § 29, Lüb. § 34.

¹⁰¹ Gemäfs B.G.B. § 625. Vgl. Württ. a. 10, Meckl. § 29, Anh. § 32, Lüb. § 48. — Manche älteren Ges.O. kannten überhaupt keine stillschweigende Verlängerung, sondern verlangten neuen Vertragsschluss mittels neuen Mietsgeldes; Könncke S. 428 ff. So noch Wald. § 41, abgeändert durch Ges. v. 1891; vgl. Lange S. 48 Anm. 28.

¹⁰² Bisweilen wird deutliche und vorbedachte Erklärung verlangt und insbesondere eine beim Wortwechsel in der Leidenschaft abgegebene Erklärung als unzureichend betrachtet; so Kob.-Goth. § 68 u. 78 u. Brem. § 70 (vgl. hier auch § 64: Weihnachts- oder Neujahrgeschenke oder Neujahrsgratulation gelten nicht als Zeichen beabsichtigter Fortsetzung, aber auch ihre Unter-

anderer Vereinbarung¹⁰³ maßgebenden Kündigungstermine und Kündigungsfristen abweichend von den Vorschriften des B.G.B.¹⁰⁴. Die Kündigungstermine decken sich regelmäßig mit den gesetzlichen Umzugstagen, während die Kündigungsfristen nach der Dauer der Dienstzeit abgestuft sind. Demgemäß kann nach zahlreichen Gesindeordnungen jeder Teil den landwirtschaftlichen Gesindevertrag nur zum Schlusse des Dienstjahres, den häuslichen Gesindevertrag nur zum Vierteljahrsschluss und nur den monatsweise eingegangenen Gesindevertrag zum Monatsschluss kündigen, wobei die Kündigungsfrist in Altpreußen und einigen anderen Staaten drei Monate vor dem Jahresschluss, sechs Wochen vor dem Vierteljahrsschluss oder die Zeit bis zum fünfzehnten vor dem Monatsschluss beträgt¹⁰⁵, anderswo bald länger¹⁰⁶, bald kürzer¹⁰⁷ bemessen ist. Nach einigen Gesindeordnungen ist der Regel nach jeder Gesindevertrag halbjährlich mit dreimonatiger Frist kündbar¹⁰⁸. In den Hansestädten ist beim landwirtschaftlichen Gesindevertrage im Zweifel nur Kündigung zum Schlusse des Dienstjahres

lassung nicht als Kündigung); vgl. auch Oldenb. § 66. — Über die Kündigungsbefugnis der Ehefrau kraft Schlüsselgewalt vgl. z. B. Oldenb. § 56 u. 64³, Kob.-Goth. § 67, Schaumb. § 60 u. 68³, Lüb. § 6, Brem. § 69. — Besondere Bestimmungen über Kündigung durch und an minderjährige Dienstboten Oldenb. § 57 u. 67³, Schaumb. § 61 u. 70³, Brem. § 67.

¹⁰³ Einer solchen sind keine Schranken gezogen. Nur Schwarzb.-R. § 21 u. S. § 22 verbieten die Ausbedingung einer Kündigungsfrist unter 2 Wochen.

¹⁰⁴ Auf die nach B.G.B. § 621 entscheidende Zeitbemessung der Vergütung kommt es, wie öfter besonders hervorgehoben wird (vgl. z. B. Weim. § 13), hierbei nicht an.

¹⁰⁵ Preufs. § 112—113. Ebenso Anh. § 30; Schwarzb. R. § 21, S. § 22.

¹⁰⁶ In Meckl. kann bei Stadtgesinde zu einem der vier Umzugstage im Jahr am vorhergehenden Umzugstage und innerhalb der folgenden Woche, bei Landgesinde zum 24. (oder 25.) Oktober, am Dienstag nach Ostern und innerhalb der acht folgenden Tage gekündigt werden; § 32 u. 58. Nach Vorpomm. § 106 gilt auch für Stadtgesinde eine Kündigungsfrist von 3 Monaten. Nach Reufs j. L. § 67 muß bei Monatsfrist schon am ersten des Monats gekündigt werden.

¹⁰⁷ In Sachsen kann der landwirtschaftliche Gesindevertrag 6 Wochen vorher zum Jahresschluss, der häusliche regelmäßig noch am ersten des letzten Monats zum Vierteljahrsschluss gekündigt werden; § 19 mit § 18 (u. B.G.B. § 621), § 68 mit § 67. Ähnlich nach Bad. § 4 und Elsaß-Lothr. § 3 mit sechswöchiger Frist zum Jahresschluss oder vierwöchiger zum Vierteljahrsschluss. In Weim. § 34 u. Kob.-Goth. § 66 beträgt die Kündigungsfrist in beiden Fällen 6 Wochen, in Altenb. § 65 einen Monat. In Reufs ä. L. § 30 (wo aber häusliches Gesinde zum Monatsschluss kündigen kann) nur 4 Wochen.

¹⁰⁸ Oldenb. § 55, Schaumb. § 58.

mit dreimonatiger Frist zulässig¹⁰⁹, während im übrigen halbjährliche Kündigungstermine gelten¹¹⁰. Für landwirtschaftliches Gesinde ist auch in Bayern und Württemberg als Kündigungstermin der Schluss des Dienstjahres festgehalten¹¹¹.

Eine vorzeitige Beendigung des Gesindevertrages kann stets durch beiderseitige Übereinkunft herbeigeführt werden.

Von Rechts wegen tritt sie überall durch den Tod des Dienstboten ein. Die Erben des Dienstboten haben Anspruch auf den verdienten Lohn¹¹²; nach älterem deutschem Recht brauchten sie den Mehrbetrag von vorausbezahltem Lohn nicht herauszugeben¹¹³, woran die Lübecker Gesindeordnung festhält¹¹⁴. Die Begräbniskosten hat die Herrschaft nicht zu tragen¹¹⁵. Außerdem erlischt der Gesindevertrag vielfach von Rechts wegen durch Einziehung des Dienstboten zum Militär¹¹⁶.

¹⁰⁹ Lüb. § 36: zum 1. Mai bis zum 1. Febr. oder zum 1. Nov. bis zum 1. Aug.; bei Dienstantritt nach einem Wechseltage wird das Dienstjahr vom vorhergehenden Wechseltage an gerechnet. Brem. § 66. Hamb. § 20 (jedoch bei Miete auf ein halbes Jahr 6 Wochen vor dessen Ablauf).

¹¹⁰ Lüb. § 36: Kündigung auf den 1. Mai bis zum 15. März oder auf den 1. Nov. bis zum 15. Sept.; jedoch bei Monats- oder Wochenlohn nach B.G.B. Brem. § 66: 3 Monate vorher zum Umzugstermin; jedoch bei Monatsmiete zum Monatsschluss mit zweiwöchiger Frist. Hamb. § 20: auf den zweiten (oder dritten) Sonntag nach dem 1. Mai bis zum 15. März oder auf den zweiten Sonntag nach dem 1. Nov. bis zum 15. Sept.; jedoch bei ausdrücklicher Vierteljahrmiete zum Vierteljahrsschluss 6 Wochen vorher, bei Monats- oder Wochenmiete zu einem dem Antrittstage entsprechenden späteren Monats- oder Wochentage 14 oder 3 Tage vorher.

¹¹¹ Bayr. a. 22 bei Vertragsschluss auf unbestimmte Zeit, somit, da der ursprüngliche Vertrag hier ohne Kündigung mit Schluss des Dienstjahres (oben S. 661 Anm. 97) endet und nunmehr B.G.B. § 625 wirksam wird, im Falle stillschweigender Verlängerung. Württ. a. 8; jedoch nur bei bedungenem Jahreslohn. Im übrigen ist B.G.B. § 621 maßgebend, jedoch in Bayern mit der Abweichung, daß die Kündigungsfrist im Falle der Kündigung zum Vierteljahrsschluss 4 Wochen (statt 6 Wochen) beträgt.

¹¹² Jedoch nach Preufs. § 99, Rhein. § 28, Vorpomm. § 92, Sächs. § 70, Bad. § 9 nur bis zum Beginn des Krankenlagers. Dagegen nach Meckl. § 41, Hamb. § 15, Brem. § 73 bis zum Todestage. Ohne nähere Bestimmung Württ. a. 21, Oldenb. § 52, Weim. § 32, Altenb. § 67, Kob.-Goth. § 70, Reufs j. L. § 69, Schaumb. § 55.

¹¹³ Sachsenp. I 22 § 3, Hamb. Stadtr. v. 1270 VIII 2, Hertz S. 64 ff., Könncke S. 7 ff., 757.

¹¹⁴ Lüb. § 40².

¹¹⁵ Preufs. § 100, Vorpomm. § 93, Rhein. § 28, Sächs. § 64, Oldenb. § 55, Kob.-Goth. § 61, Reufs ä. L. § 27, Schaumb. § 55.

¹¹⁶ Vgl. Sächs. § 15, Weim. § 9, Altenb. § 14, Kob.-Goth. § 17, Reufs ä. L.

Der Tod des Dienstherrn ist kein Beendigungsgrund¹¹⁷. Wohl aber begründet er nach den meisten Gesindeordnungen ein Recht zur verfrühten Aufhebung des Gesindevertrages mittels befristeter Kündigung. Dabei ist dem Tode des Dienstherrn gewöhnlich der Tod eines Familienangehörigen gleichgestellt, zu dessen besonderer Bedienung der Dienstbote angenommen war. In Übereinstimmung mit dem älteren deutschen Recht, nach dem die Erben das Gesinde entlassen dürfen, dieses aber auf Verlangen ausdienen muß¹¹⁸, gewähren manche Gesindeordnungen das Kündigungsrecht ausschließlich der Herrschaft¹¹⁹. Andere räumen auch dem Dienst-

§ 35, j. L. § 15, Schwarzb.-R. u. S. § 10: Erlöschen ohne Entschädigung; jeder Teil kann schon zu einem 2 Wochen vor dem Eintritt beim Militär liegenden Termin mit einwöchiger Frist kündigen; nur die Einziehung für nicht mehr als 2 Wochen ist kein Beendigungsgrund, der Dienstbote empfängt aber während seiner Abwesenheit keine Vergütung; bei freiwilligem Eintritt ins Militär ist die Herrschaft zu entschädigen. Ähnlich Brem. § 72. Nach Meckl. § 31, Oldenb. § 58 mit § 24, Schaumb. § 62 mit § 26, Lüb. § 38, Hamb. § 25 erlischt der Dienstvertrag nur durch Einziehung zum Militärdienst, nicht durch Einziehung zu Übungen. In Meckl. kann aber die Herrschaft bei einer Einziehung über 6 Wochen fristlos kündigen (§ 33 Z. 15); in Oldenb. (§ 58 u. 24) u. Schaumb. (§ 62 u. 26) kann sie, wenn mehr als 4 Wochen in die Dienstzeit fallen, binnen einer Woche nach erlangter Kenntnis zum Einziehungstage kündigen, während bei kürzerer Einziehung der Vertrag unberührt bleibt und 14 Tage lang sogar Lohn (aber kein Kostgeld) zu zahlen ist. Gleiches Kündigungsrecht in Anb. § 34 Z. 11.

¹¹⁷ Lüb. § 50¹: „Stirbt die Dienstherrschaft, so wird das Dienstverhältnis zwischen ihren Erben und dem Dienstboten fortgesetzt.“ Meckl. § 56².

¹¹⁸ Schwabensp. (L.) a. 25^a, Münchener Stadtr. a. 141. Die Entlassung ist jedenfalls erst nach dem Dreißigsten zulässig; Sachsp. I 22 § 2. Gezahlten Lohn behält das Gesinde, auch wenn er noch nicht verdient war; Prager Stadtr. a. 113. Vgl. Hertz S. 65 ff., Könncke S. 758 ff.

¹¹⁹ Preufs. § 101—103 (Vorpomm. § 94—96): dem Gesinde kann stets auf den nächsten gesetzlichen Ziehtag gekündigt werden; ist aber die Kündigungsfrist schon verstrichen, so empfängt häusliches Gesinde noch den baren Lohn für das nächste Vierteljahr (in Neuvorpommern für das nächste halbe Jahr) als Entschädigung, während Landgesinde noch für das nächste Jahr behalten werden muß. Ebenso Sächs. § 71—73, Altenb. § 68—69, 71, Kob.-Goth. § 71—72, Reufs j. L. § 70—71, 73, Brem. § 74—75 mit Abweichungen für das Landgesinde (in Sachs. u. den thür. Staaten kann es, falls es nachweisbar entbehrlich ist, in Bremen überhaupt mit Jahresschluss entlassen werden) und Zusätzen für das Monatsgesinde (in Sachs. enthält es noch Lohn und Kostgeld, in Kob.-Goth. Lohn für den folgenden Monat, in Brem. Lohn für 2 Wochen als Entschädigung für verspätete Kündigung). Vgl. Wald. § 56—57 (mit vierwöchiger Kündigungsfrist). Schwarzb.-R. § 36 u. S. § 37 fordern nur vierzehntägige Kündigung und Ablauf des Dreißigsten, sowie Fortzahlung des Lohnes für die übrige Vertragszeit, jedoch nicht über ein Vierteljahr und unter Anrechnung des

boten ein Kündigungsrecht ein, wobei sie bald beide Teile ungleich stellen ¹²⁰, bald das beiderseitige Kündigungsrecht ganz gleich ausgestalten ¹²¹. Bisweilen tritt das Kündigungsrecht nicht ein, wenn der Haushalt weitergeführt wird ¹²².

Das Recht vorzeitiger befristeter Kündigung wird auch in anderen Fällen bald beiden Teilen, bald dem einen oder dem anderen eingeräumt ¹²³.

Der Dienstherr hat es oft wegen wesentlicher Veränderung seiner Verhältnisse, insbesondere wegen Verarmung, Wohnsitzverlegung oder Aufgabe der Gutswirtschaft ¹²⁴, bisweilen auch

anderweit Verdienten. Nach Mein. a. 19 ist sofortige Entlassung mit Entschädigung (a. 24) zulässig. — Die Verpflichtung des Dienstboten zum Ausdienen fällt nach Kob.-Goth. § 73 bei Erschwerung, nach Brem. § 76 bei bedeutender Erschwerung des Dienstes weg.

¹²⁰ So gewährt die Rhein. Ges.O. § 29—31 den Erben des Dienstherrn dieselben Rechte wie die Preufs. § 101—103, zugleich aber § 35 litt. c dem Dienstboten ein Kündigungsrecht zum Vierteljahrsschluss. Oldenb. § 62 u. Schaumb. § 66 fügen den in § 28 und § 30 über das beiderseitige Rücktrittsrecht vor dem Dienstantritt getroffenen Bestimmungen (oben S. 650 Anm. 44 a. E. u. S. 651 Anm. 45) Vorschriften hinzu, denen zufolge nach dem Dienstantritt die Erben den Vertrag jederzeit aufheben können, wenn sie noch den Lohn für ein Vierteljahr (oder bei einem Todesfall im letzten Vierteljahr der Dienstzeit bis zu deren Ablauf) und Kostgeld für 6 Wochen entrichten, der Dienstbote aber nur einen auf länger als ein Jahr geschlossenen Vertrag drei Monate vor der Wechselzeit kündigen kann.

¹²¹ So Bayr. a. 28² (zum Jahres- oder Vierteljahrsschluss mit sechswöchiger oder einmonatiger Frist); Württ. a. 22, Bad. § 12 u. Hess. a. 17 (bei längerer als vierteljähriger Dienstzeit mit sechswöchiger Frist); Weim. § 35; Anh. § 41² (zum nächsten Ziel einen Monat vorher); Reufs ä. L. § 31; Hamb. § 16 (mit sechswöchiger Frist, aber nur binnen 2 Wochen nach dem Todestage ausübbar); Nass. b. Süskind S. 93 u. 95 (4 Wochen).

¹²² So Lipp. § 24³. Anderenfalls kann nach § 24¹⁻² jeder Teil zum nächsten Vierteljahrsersten kündigen, jedoch stets so, daß das Gesinde noch für ein Vierteljahr Lohn und Kost oder Kostgeld erhält. — Eine Sonderbestimmung für den Fall der Auflösung des Haushalts (Verpflichtung der Erben zur Fortzahlung des Lohns für das folgende Vierteljahr, wenn der auf längere Zeit gemietete Dienstbote keinen anderen Dienst findet) enthält auch Hess. § 23.

¹²³ Über Kündigungsrechte bei Einziehung zum Militär vgl. oben S. 665 Anm. 116. Beim Konkurse des Dienstherrn gilt K.O. § 22 (Meckl. § 42 u. 56²), manche Ges.O. treffen aber Sonderbestimmungen; so Vorpomm. § 101—103 (wie beim Tode des Dienstherrn), Bad. § 11 (das Gesinde kann sofort austreten), Weim. § 38, Reufs ä. L. § 33, Brem. § 78 (jeder Teil kann auf 4 Wochen kündigen), bes. aber Oldenb. § 63 u. Schaumb. § 67 mit abweichenden Vorschriften in § 29 resp. 31 über das Rücktrittsrecht bei Konkursöffnung vor dem Dienstantritt.

¹²⁴ Preufs. § 144, 148, 151 (zum Vierteljahrsschluss resp. Monatschluss);

wegen bestimmter in der Person des Dienstboten liegender Gründe¹²⁵. Indessen wird bei landwirtschaftlichem Gesinde meist als vereinbart anzusehen sein, daß die Dienste dem Gute zu leisten sind und somit bei einem Besitzwechsel der neue Besitzer in die Rechte und Pflichten aus dem Gesindevertrage eintreten soll. Kraft gesetzlicher Regel vollzieht sich ein solcher Eintritt in Sachsen und einigen anderen Staaten¹²⁶.

Auch dem Dienstboten wird vielfach ein Recht vorzeitiger befristeter Kündigung zugestanden. Bisweilen aus bestimmten Gründen in der Person des Dienstherrn¹²⁷, vor allem aber wegen wesentlicher Veränderung seiner eignen Verhältnisse. Schon seit dem Mittelalter konnte nach zahlreichen Quellen der Dienstbote

Rhein. § 34, 36, 39; Vorpomm. § 138 (nur bei Verarmung); Nass. b. Süskind S. 93 (auf 4 Wochen); Bayr. a. 28 (zum Vierteljahrsschluss mit einmonatiger, bei Landgesinde erst zum Jahresschluss mit sechswöchiger Frist); Weim. § 36 (ebenso); Mein. a. 21 (ähnlich); Anh. § 41 (zum nächsten gesetzlichen Termin einen Monat vorher); Schwarzb.-R. § 39, S. § 40; Reufs ä. L. § 32; Reufs j. L. § 84. Vgl. Brem. § 77 (wenn ein den Gegenstand der Dienste treffender Zufall die Fortsetzung untunlich macht).

¹²⁵ So Preufs. § 143, Vorpomm. § 137, Schwarzb. a. a. O., Lipp. § 22 wegen mangelnder Geschicklichkeit des Dienstboten, Lipp. § 22 u. Reufs j. L. § 86 auch wegen bestimmter Verfehlungen, die zur Rechtfertigung sofortiger Entlassung nicht ausreichen.

¹²⁶ Sächs. § 80—82 (für den Käufer, den Ersterher, den Pächter, den das Gut zurücknehmenden Eigentümer). Ähnlich Altenb. § 75—77, Reufs j. L. § 79—81. Ebenso nach Lipp. § 25² bei Übergang des Betriebes auf ein anderes Familienglied, während sonst ohne besondere Vereinbarung kein Teil gehalten ist, den Vertrag länger als 3 Monate nach dem nächsten Vierteljahrsersten bestehen zu lassen. Nach Meckl. § 56 bindet bei Besitzwechsel der Vertrag beide Teile bis zum nächsten Herbstumzugstage; dazu § 59. Ebenso nach Vorpomm. § 100 bis zur nächsten Umzugszeit. Weim. § 36 gibt der Herrschaft das Recht, zu verlangen, daß das Gesinde dem Nachfolger bis zu Ende diene. Ebenso Reufs ä. L. § 32, aber mit Vorbehalt eines Kündigungsrechtes in gesetzlicher Frist für den Dienstboten (zum Jahresschluss 4 Wochen vorher). Nach Lüb. § 42² fällt bei Veräußerung einer Landstelle der Entschädigungsanspruch des entlassenen Dienstboten weg, wenn er die ihm angetragene Erneuerung des Vertrages mit dem Erwerber ablehnt.

¹²⁷ So nach Preufs. § 145—146, Rhein. § 36, Vorpomm. § 139—140, Lipp. § 23 litt. b u. c, wenn der Dienstherr den Lohn nicht rechtzeitig zahlt oder das Gesinde öffentlicher Beschimpfung aussetzt. Nach Preufs. § 151 u. Rhein. § 39 empfängt der Dienstbote dann nur die abverdiente Vergütung, nach Lipp. § 27 noch Lohn und Kostgeld für 3 Monate oder bis zu früherem Eintritt in anderen Dienst. — Schwarzb.-R. § 39 u. S. § 40 gewähren dem Gesinde das Recht, ein auf längere Zeit eingegangenes Dienstverhältnis in der gesetzlichen Frist zu kündigen, auch wegen ungünstiger Veränderungen in der Lage des Herrn und aus sonst erheblichen Gründen. — Vgl. auch vor. Anm.

vorzeitig das Dienstverhältnis lösen, wenn sich ihm Gelegenheit zur Heirat oder sonst zur Gründung eines eignen Hausstandes bot: „Freite geht vor Miete“¹²⁸. Anderswo jedoch galt der umgekehrte Satz: „Wer freien will, muß erst ausdienen.“ Heute wird nur selten die Heirat als Grund zum sofortigen Verlassen des Dienstes anerkannt¹²⁹, selten aber auch ihr jede Einwirkung auf den Bestand des Dienstverhältnisses abgesprochen¹³⁰. Vielmehr gewähren die meisten Gesindeordnungen dem Dienstboten behufs Heirat oder sonstiger Gründung eines eignen Hausstandes ein Recht verfrühter Kündigung¹³¹, das sie indes sehr ungleich befristen¹³² und zum Teil verschieden beschränken¹³³. Ein gleiches Kündigungsrecht

¹²⁸ Sachsensp. II 33 und viele andere Quellen des sächs. u. lüb. Kreises; vgl. Hertz S. 69 Anm. 21. Bisweilen muß das ländliche Gesinde die Erntezeit aushalten. Vereinzelt steht das Recht nur dem weiblichen Gesinde zu; Ostfries. Landr. II c. 283. Vgl. Hertz S. 70. — Späteres R. b. Könncke S. 751 ff.

¹²⁹ So in Elsass-Lothr. § 6 Z. 3 u. Frankf. (Süskind S. 98) für weibliches Gesinde. Ebenso nach Wald. § 47, jedoch mit Verpflichtung zu rechtzeitiger Anzeige.

¹²⁰ So Kurhess. § 7 (Süskind S. 92). Wo die Ges.O. schweigen, kann unter Umständen Heiratsgelegenheit ein „wichtiger Grund“ zu sofortiger Aufhebung des Dienstverhältnisses sein.

¹³¹ Preufs. § 147—148, Vorpomm. § 141—142, Rhein. § 35—36, Bayr. a. 27, Sächs. § 85, Meckl. § 37, Weim. § 37 (mit § 17), Oldenb. § 59—60 (mit § 25—26), Anh. § 38, Mein. a. 22, Altenb. § 80, Kob.-Goth. § 80, Schwarzb.-R. § 39 (mit § 26), S. § 40 (mit § 27), Reufs ä. L. § 34 (mit § 13), j. L. § 85, Schaumb. 63—64 (mit § 27—28), Lipp. § 23 litt. c, Lüb. § 43 Z. 2, Brem. § 71, Hamb. § 71. Die Ges.O. der drei Hansestädte gewähren das Kündigungsrecht nur im Falle der Heirat. Die Sächs. u. mehrere Thüring. auch bei sich bietender Gelegenheit zum Eintritt in den öffentlichen Dienst.

¹³² Preufs. u. Rhein.: zum Vierteljahrsschluss (Vorpomm. zum Halbjahrsschluss) oder bei Monatsmiete zum Monatsschluss. Meckl.: zum Vierteljahrsschluss. Sächs. u. Altenb.: zum Vierteljahrsschluss (resp. Monatsschluss), aber 4 Wochen vorher. Oldenb. u. Schaumb.: zum Vierteljahrsschluss mit 6 Wochen Frist. Schwarzb.: gesetzliche Kündigungsfrist. Kob.-Goth. u. Brem.: zum nächsten Abgangstermin, aber mit der Verpflichtung, noch 6 Wochen (bei Monatsmiete 14 Tage) nach der Kündigung zu dienen, wenn nicht vorher Ersatz gefunden ist. Weim. u. Reufs.: zum Schluss eines Kalendermonats mit vierwöchiger Frist. Bayr. u. Anh.: zum Monatsschluss spätestens am fünfzehnten. Mein.: jederzeit auf 6 Wochen. Lippe: jederzeit auf 4 Wochen. Lüb. u. Hamb.: auf 14 Tage nach erbrachtem Nachweis.

¹³³ Oldenb., Schaumb. u. Lipp. verlangen Stellung von tauglichem Ersatz, Anh. behördliche Bescheinigung, Lüb. u. Hamb. glaubhaften Nachweis (Lüb. auch bereits erfolgtes Aufgebot). Der Dienstbote behält überall den abverdienten Lohn, muß aber in Sachs., Meckl., Kob.-Goth., Wald. Mehrkosten, die dem Dienstherrn erwachsen, ersetzen.

wird vielfach dem Dienstboten zugestanden, wenn unvorhergesehene Umstände (z. B. Todesfall oder schwere Krankheit) seine Rückkehr ins Elternhaus fordern¹³⁴.

Alle Gesindeordnungen enthalten ausführliche Bestimmungen über das Recht fristloser Kündigung, das aus besonderen Gründen entweder dem Dienstherrn oder dem Dienstboten zusteht. Manche zählen erschöpfend die Gründe auf, aus denen einerseits die Herrschaft den Dienstboten sofort entlassen darf¹³⁵, andererseits der Dienstbote zum sofortigen Verlassen des Dienstes befugt ist¹³⁶. Andere gestatten im Anschluß an das B.G.B. allgemein jedem Teil die fristlose Kündigung aus einem „wichtigen Grunde“¹³⁷, führen aber gleichfalls einzeln und gesondert die Gründe auf, die regelmäÙig die sofortige Entlassung des Dienstboten rechtfertigen¹³⁸ oder ihm das Recht zum sofortigen Verlassen des Dienstes geben¹³⁹.

¹³⁴ Preufs. § 149, Vorpomm. § 143 u. Rhein. § 37 (wo aber in diesem Falle Stellung von tauglichem Ersatz gefordert wird), Weim. § 37, Oldenb. § 61 (mit § 27), Anh. § 39, Mein. a. 22, Altenb. § 81, Kob.-Goth. § 80, Reufs ä. L. § 34, Schwarzb.-R. § 39 (mit § 26), S. § 40 (mit § 27), Schaumb. § 65 (mit § 29), Wald. § 47 u. 49 (mit § 17), Lüb. § 43 Z. 2, Hamb. § 23 Gleichgestellt wird bisweilen Notwendigkeit einer weiten Reise in eigener Angelegenheit (z. B. in Preußen), der Pflege eines eignen Kindes (z. B. in Weimar u. Reufs) und ähnliches. — Sächs. § 86 u. Meckl. § 34 Z. 3 mit § 36² gewähren bei Elternnot und ähnlichen Umständen ein Recht fristloser Kündigung, aber mit Verpflichtung zum Ersatz der dem Dienstherrn erwachsenden Mehrkosten. — Im älteren deut. R. begegnen auch Anfall einer Vormundschaft, Eintritt in ein Kloster und Teilnahme an einer Pilgerfahrt als Austrittsgründe; Hertz S. 70 ff., Könncke S. 756 ff.

¹³⁵ Preufs. § 117—135 u. Vorpomm. § 111—129 (19 an Zahl), Rhein. § 32, Frankf. (Süskind S. 96 ff.), Sächs. § 83 (19), Bad. § 10 (jedoch mit einem verallgemeinernden Zusatz), Meckl. § 33 (18), Altenb. § 79, 72, Reufs j. L. § 83, Schwarzb.-S. § 38 (10), Waldeck. § 44—45, Lipp. § 20 (14).

¹³⁶ Preufs. § 136—142 u. Vorpomm. § 130—136 (7), Rhein. § 33, Frankf. (Süskind S. 38), Sächs. § 84 (10), Bad. § 11 (mit verallgemeinerndem Zusatz), Meckl. § 34 (6), Altenb. § 78, 72, Reufs j. L. § 82, Schwarzb.-S. § 39 (5), Waldeck. § 47, Lipp. § 21 (4).

¹³⁷ Bayr. a. 23, Württ. a. 23, Hess. a. 14, Anh. § 33, Elsass-Lothr. § 4; ebenso die anderen in den beiden folgenden Anm. angef. Ges.O. in den Eingängen der zitierten Paragraphen.

¹³⁸ Bayr. a. 24 (13), Württ. a. 24 (4), Hess. a. 15 (11), Oldenb. § 64 (16), Weim. § 39 (14), Mein. a. 19, Kob.-Goth. § 77 (15), Anh. § 34 (13), Schwarzb.-R. § 37 (10), Reufs ä. L. § 36 (14), Schaumb. § 68 (16), Lüb. § 41 (15), Brem. § 79 (14), Hamb. § 21 (12), Elsass-Lothr. § 5 (4).

¹³⁹ Bayr. a. 25 (6), Württ. a. 25 (5), Hess. a. 16 (7), Oldenb. § 67 (5), Weim. § 40 (7), Mein. a. 20, Kob.-Goth. § 79 (10), Anh. § 35 (6), Schwarzb.-R. § 38 (5), Reufs ä. L. § 37 (8), Schaumb. § 70 (5), Lüb. § 44 (4), Brem. § 84 (5), Hamb. § 22 (6), Elsass-Lothr. § 6 (5).

Überall werden hauptsächlich grobe Verstöße des anderen Teils gegen die ihm kraft des Gesindeverhältnisses obliegenden Pflichten als Kündigungsgründe anerkannt¹⁴⁰. Im einzelnen herrscht dabei nicht nur eine bunte Mannigfaltigkeit, sondern auch grofse Verschiedenheit der angelegten Mafsstäbe¹⁴¹. Daneben begegnen auch Aufhebungsgründe, die ein Verschulden nicht oder doch nicht notwendig voraussetzen. So kann die Herrschaft das Gesinde überall sofort entlassen, wenn es sich als völlig unfähig zur Leistung der geschuldeten Dienste erweist. Ferner wird unter den Entlassungsgründen meist Schwangerschaft einer unverheirateten Dienstmagd aufgeführt¹⁴². Unverschuldete Krankheit des Dienstboten bildet nach der preussischen Gesindeordnung und anderen älteren Gesindeordnungen keinen Entlassungsgrund¹⁴³, wohl aber bei längerer Dauer nach den neueren Gesetzen¹⁴⁴, nach denen vielfach auch sonstige zufällige Verhinderung über eine bestimmte Zeit hinaus als Entlassungsgrund gilt¹⁴⁵. Andererseits kann der Dienstherr überall fristlos kündigen, wenn er durch Krankheit oder auf andere

¹⁴⁰ So schon im mittelalterlichen R.; Hertz S. 68 u. 71. Über das spätere Recht, nach dem der Dienstherr oft erst nach obrigkeitlicher Gestattung den Dienst verlassen darf, Könncke S. 800 ff., 814 ff.

¹⁴¹ In den Gesindeordnungen älteren Stils wird die Herrschaft stark begünstigt und das Recht des Gesindes zum sofortigen Austritt möglichst eingeschränkt, in den süddeutschen und einigen anderen Ges.O. mehr Parität erstrebt.

¹⁴² Bayr. a. 24 stellt die Heirat des weiblichen Dienstboten (Z. 12) der Schwangerschaft (Z. 13) gleich.

¹⁴³ Preufs. § 128 (Vorpomm. § 122) gestattet die Entlassung nur, „wenn das Gesinde sich durch liederliche Aufführung ansteckende oder ekelhafte Krankheiten zugezogen hat“. Vgl. ferner Nass. u. Frankf. b. Süskind S. 93, 96 u. 98.

¹⁴⁴ So „längere“ Krankheit nach Bayr. a. 24 Z. 10; „anhaltende“ nach Württ. a. 24, Weim. § 39 Z. 13, Reufs. ä. L. § 36 Z. 13, Elsass-Lothr. § 5 Z. 2; über 6 Wochen nach Schwarzb.-R. § 37 Z. 10, S. § 38 Z. 10, Lipp. § 20 litt. 1 (bei eigenem grobem Verschulden des Dienstboten genügen 3 Wochen); über 14 Tage nach Sächs. § 75—79, Bad. § 10, Hess. a. 15, Meckl. § 33 Z. 3, Oldenb. § 51, Kob.-Goth. § 74—76, Schaumb. § 54, Lüb. § 40, Brem. § 79 litt. o; über eine Woche Hamb. § 17—19. Bei ekelhafter oder ansteckender Krankheit fällt meist das Erfordernis längerer Dauer weg. Andererseits kann der Dienstherr in Lüb. wegen einer von ihm verschuldeten, in Brem. überdies wegen einer im Dienst erworbenen Krankheit nicht kündigen (in Hamburg mufs er bei Verschulden nur den Lohn fortzahlen).

¹⁴⁵ So in Bad. u. Hess. jede Verhinderung über 14 Tage, in Sächs., Meckl., Weim., Reufs. Untersuchungshaft oder Freiheitsstrafe über 8 Tage, in Weim. u. Reufs. auch sonstige längere, vom Herrn nicht zu vertretende Abwesenheit usw. Vgl. auch oben Anm. 116.

Weise zur Dienstleistung unfähig wird¹⁴⁶. Vielfach hat er dasselbe Recht, wenn die Herrschaft ihren Wohnsitz verlegt oder ihn auf eine Reise in die Ferne mitnehmen will¹⁴⁷. Vereinzelt werden noch andere in der Person des Dienstherrn eintretende Umstände als Gründe für sofortigen Dienstaustritt hervorgehoben¹⁴⁸. In manchen Fällen ist nach mehreren Gesindeordnungen die Geltendmachung des Kündigungsrechtes an eine Ausschlussfrist von einer Woche nach erlangter Kenntnis vom Kündigungsgrunde gebunden¹⁴⁹.

Die Wirkung berechtigter fristloser Kündigung ist sofortige Beendigung des Dienstverhältnisses. Soweit keine Entschädigungsansprüche entstehen, hat der Dienstherr Anspruch auf die bis dahin verdiente Vergütung und nur auf diese. Die Entschädigungsfrage aber wird in den einzelnen Gesindeordnungen ungleich behandelt¹⁵⁰.

Die Gesindeordnungen älteren Stils unterscheiden zwischen den Fällen der vom Dienstherrn und der vom Dienstherrn ausgehenden Vertragsaufhebung.

Der Dienstherr erhält nach der preussischen Gesindeordnung stets, wenn er aus gerechter Ursache den Dienst verläßt, noch

¹⁴⁶ So auch Preufs. § 142 u. Vorpomm. § 130 (schwere Erkrankung). Vgl. Bayr. a. 25 Z. 2, Württ. a. 25 Z. 1, Bad. § 11, Meckl. § 34 Z. 2, Oldenb. § 51, Schaumb. § 54, Lipp. § 21 litt. d, Brem. § 84 litt. e. Schwarzb.-R. § 38 Z. 4 u. S. § 39 Z. 4 fordern auch hier eine Krankheit, die über 6 Wochen dauert, Sächs. § 75—79 u. Kob.-Goth. § 74—76 Verhinderung für mehr als 14 Tage, Lüb. § 43 für erhebliche Zeit. — Über Sächs. § 86 u. Meckl. § 34 Z. 3 oben S. 669 Anm. 134.

¹⁴⁷ Württ. a. 25 Z. 3, Bad. § 11, Hess. a. 16, Schwarzb.-R. § 38 Z. 4, S. § 39 Z. 4, Lipp. § 25¹. Bei Wohnsitzverlegung aus den Großherzogtümern Meckl. § 34, aus dem Staatsgebiet Sächs. § 84 Z. 9, Kob.-Goth. § 79, Weim. § 10 Z. 7, Reufs ä. L. § 37 Z. 6, Lüb. § 44 Z. 4, Brem. § 84 litt. c, Hamb. § 22 Z. 5. Dagegen ist nach Preufs. § 141 u. Vorpomm. § 135 der Dienstherr nur zum Austritt befugt, wenn er über die Dienstzeit hinaus und weiter als 6 Meilen folgen soll und ihm nicht freie Rückbeförderung nach Ablauf der Dienstzeit zugesagt wird. Ebenso nach Oldenb. § 67 Z. 1 (mit § 23 Z. 2) u. Schaumb. § 70 Z. 1 im Falle der Wohnsitzverlegung oder längerer Reise außer Landes, unbedingt jedoch im Falle der Übersiedlung ins Reichsausland.

¹⁴⁸ Z. B. Konkurs des Herrn (Bad. § 11, vgl. oben S. 666 Anm. 123); Vermögensverfall mangels Lohnsicherung (Brem. § 84 litt. d); Tod des Familienmitgliedes, zu dessen Bedienung der Dienstherr angenommen ist (Hamb. § 22 Z. 6); Unstatthaftigkeit des Dienstherrnhaltens infolge gesetzlichen oder polizeilichen Verbots (Bayr. a. 25 Z. 6, Württ. a. 25 Z. 5, vgl. oben S. 647 Anm. 30).

¹⁴⁹ Vgl. z. B. Bayr. a. 42², 52², Sächs. § 83², 84², Meckl. § 33², 34², Weim. § 39², 40², Mein. a. 19², 20², Altenb. § 78², 79², Kob.-Goth. § 77², 79², Anh. § 34², 35². Reufs ä. L. § 36², 37², j. L. § 82², 83².

¹⁵⁰ Schadensersatzansprüche aus unerlaubter Handlung bleiben natürlich von der Ordnung der Vertragsfolgen unberührt.

Lohn und Kostgeld für das laufende Vierteljahr und bei Eintritt der Ursache nach Ablauf der Kündigungsfrist auch noch für das folgende Vierteljahr oder bei Monatsmiete für den laufenden und eventuell auch den folgenden Monat¹⁵¹. In ähnlicher Weise wird er nach vielen anderen Gesindeordnungen wenigstens dann, wenn der Kündigungsgrund ein von der Herrschaft zu vertretender Umstand ist, durch Fortbezug der Vergütung für bestimmte Zeit entschädigt¹⁵².

Der Dienstherr, der den Dienstboten aus gerechter Ursache entläßt, hat hier meist keinen Entschädigungsanspruch, sondern wird nur durch Entrichtung der abverdienten Vergütung weiterer Verpflichtungen ledig¹⁵³. Einige Gesindeordnungen geben ihm indes

¹⁵¹ Preufs. § 152—153. So auch, wenn er wegen eigener schwerer Erkrankung aus dem Dienst tritt. Ebenso Vorpomm. § 146—147, hier aber sogar für das laufende Halbjahr.

¹⁵² Sächs. § 88, Altenb. § 84, Kob.-Goth. § 84, Reufs j. L. § 81: für 3 Monate event. einen Monat, aber nicht über die Dauer der Dienstzeit. Wald. § 49: für die Vertragszeit, jedoch höchstens für ein Vierteljahr. Schwarzb.-R. § 40, S. § 41: bis zum Ablauf der gesetzlichen Kündigungsfrist. Lipp. § 27: für 3 Monate, falls er nicht früher anderweitig in Dienst tritt. Meckl. § 36¹ (in den Fällen des § 34 Z. 1 u. 4 vorbehaltlich der Entschädigung „aus anderem Rechtsgrunde“): Lohn und Kostgeld für das laufende Vierteljahr, jedoch der noch nicht abverdiente Betrag erst am Schluß des Vierteljahrs unter Abzug des anderweit Verdienten oder böswillig Nichtverdienten zahlbar; bei landwirtschaftlichem Gesinde nach § 60 Lohn und Kost auf das ganze laufende Dienstjahr. Oldenb. § 67⁴ u. Schaumb. § 70⁴: bei vertragswidrigem Verhalten des Herrn Lohn und Kostgeld für die ganze Dienstzeit, nur nie länger als für das laufende und nächste Halbjahr und unter Anrechnung von anderweitem Erwerb oder schuldhaft unterlassenem Erwerb; der Lohn am Verfalltag, das Kostgeld wöchentlich im voraus zahlbar. Brem. § 86 (mit § 81—82): bei Verschulden der Herrschaft noch Lohn für die ganze Dienstzeit, jedoch nicht über das laufende und folgende Halbjahr hinaus; bei Austritt im letzten Vierteljahr der Dienstzeit außerdem noch Kostgeld (50 Pf. bis 1 Mark 50 Pf.) für die übrige Zeit oder bis zum Eintritt in anderen Dienst; bei Monatsmiete immer noch Kostgeld. Hamb. § 27: in den Fällen des § 27 Z. 1—5 (auch bei Wohnsverlegung) noch Lohn für ein Vierteljahr seit dem Abgangstage oder bei kürzerer als halbjährlicher Kündigung bis zum etwaigen früheren Ende der Mietszeit, bei kürzerer als vierteljährlicher Kündigung außerdem Kostgeld für einen Monat oder die etwaige kürzere Dauer der Mietszeit; im Falle der Selbstbeköstigung wird nach § 30 vom Lohn ein entsprechender Betrag (im Zweifel 1 Mark für den Tag) in Abzug gebracht.

¹⁵³ Preufs. § 150, Vorpomm. § 144, Sächs. § 87, Kob.-Goth. § 83 (in einem Falle — Entlassung wegen Verweigerung von Krankenpflege nach § 77 Z. 4 — muß er hier sogar noch Lohn und Kost für einen Monat entrichten), Hamb. § 28. Offenbar auch Schwarzb.-R. § 37, S. § 38.

das Recht auf Erstattung des für Ersatzbeschaffung aufgewandten Mehrlohns¹⁵⁴, andere verpflichten wenigstens bei böswilligem Verhalten den Dienstboten zum Schadensersatz¹⁵⁵.

Im Gegensatz zu diesem System bestimmen viele neue Gesindeordnungen mit dem B.G.B. gleichmäfsig für beide Teile, dafs der Teil, der durch vertragswidriges oder schuldhaftes Verhalten den anderen Teil zur fristlosen Kündigung veranlafst hat, diesem den durch die Aufhebung des Dienstverhältnisses entstehenden Schaden zu ersetzen hat; sie setzen aber nach gewerbe-rechtlichem Vorbilde einen nach dem Lohn bemessenen Betrag fest, der ohne Schadensnachweis anstatt des erweislichen Schadens gefordert werden kann¹⁵⁶. Auch in Lübeck trifft den Dienstherrn und den Dienstboten, falls er die Kündigung des anderen Teils schuldhaft veranlafst hat und nicht auch seinerseits hätte kündigen können, eine gleich bemessene Entschädigungspflicht; hier aber ist der zu leistende Betrag von der Zeit, die das Dienstverhältnis sonst noch gedauert hätte, abhängig und ohne Vorbehalt des Anspruches auf Ersatz eines erweislich höheren Schadens fixiert¹⁵⁷.

Abweichend von allen anderen Gesindeordnungen gestattet die Lübecker jedem Teil auch grundlose sofortige Aufhebung des Dienstverhältnisses gegen Zahlung desselben Entschädigungs-

¹⁵⁴ Meckl. § 35 (bei Verschulden des Dienstboten), Lipp. § 26 (für 3 Monate), Waldeck. G. v. 31. März 1856.

¹⁵⁵ Oldenb. § 64⁴, Schaumb. § 68⁴. Nach Brem. § 80 verwirkt der infolge „boshaften“ Verhaltens entlassene Dienstbote den Lohnanspruch für die Zeit seit dem letzten gesetzlichen Antrittstermin oder mufs den empfangenen Lohn zurückzahlen und schuldet überdies eine nach richterlichem Ermessen festzusetzende Entschädigung.

¹⁵⁶ Bayr. a. 26, Württ. a. 27 mit a. 12 u. 14, Bad. § 14, 16—18, Hess. a. 18⁴, 20⁴, Weim. § 41 mit § 16² u. 18², Anh. § 37, Reufs ä. L. § 38 mit § 14² u. 15², Elsass-Lothr. § 7. (Bayr., Weim., Anh. u. Reufs. Ges.O. sprechen mit B.G.B. § 628² von „vertragswidrigem Verhalten“, die anderen von Verschulden oder schuldhaftem Verhalten.) Der fixierte Schadensersatz beträgt die Hälfte des Vierteljahrslohns oder bei kürzerer Dienstzeit die Hälfte des Gesamtlohns; jedoch (aufer in Anhalt) bei landwirtschaftlichem Gesinde einen vollen Vierteljahrslohn, falls der Dienstbote in der Hauptarbeitszeit (Anfang Juni oder Juli bis Ende Oktober) entlassen wird oder in der stillen Zeit (Anfang Oktober bis Ende Februar) aus dem Dienst scheidet.

¹⁵⁷ Lüb. § 46 mit § 41 u. 44. Es ist der Betrag des Lohnes und auferdem täglich 1 Mark bis zu dem Endtage, jedoch höchstens für 3 Monate zu entrichten. Auch zugesagtes Weihnachtsgeld, das er sonst erhalten hätte, kann der Dienstbote noch fordern. Der Dienstbote schuldet die Entschädigung auch, wenn er wegen Heirat oder Elternnot ohne gehörigen Nachweis oder ohne Einhaltung der Kündigungsfrist (oben S. 668 ff. Anm. 132—134) kündigt.

betrages an den anderen Teil ¹⁵⁸. In Mecklenburg kann die Herrschaft das Dienstverhältnis jederzeit nach Belieben auflösen, wenn sie dem Dienstboten neben dem vollen Lohn des laufenden Vierteljahrs als Entschädigung für die unzeitige Entlassung noch einen vierteljährigen Lohn zahlt ¹⁵⁹.

8. Vertragsbruch. Solange der Vertrag besteht, kann jeder Teil vom anderen die Erfüllung verlangen. Insbesondere kann daher der Dienstbote, wenn ihm grundlos die Aufnahme in den Dienst verweigert oder er ungerechtfertigterweise entlassen wird, auf Aufnahme oder Wiederaufnahme, der Dienstherr, wenn der Dienstbote grundlos den Dienstantritt verweigert oder ungerechtfertigterweise den Dienst verläßt, auf Eintritt oder Wiedereintritt in den Dienst klagen. Ebenso ist eine Klage auf Erfüllung einzelner aus dem Vertrage entspringender Pflichten zulässig. Allein soweit es sich um persönliche Leistungen handelt, ist eine gerichtliche Zwangsvollstreckung aus dem Urteil teils ausgeschlossen, teils untunlich ¹⁶⁰. Der Verletzte ist daher, wenn er nicht Rücktritt oder fristlose Kündigung vorzieht ¹⁶¹, auf die Geltendmachung des Schadensersatzanspruches wegen Nichterfüllung angewiesen. Manche Gesindeordnungen lassen es hierbei bewenden ¹⁶². Die meisten aber geben dem Verletzten polizeiliche oder strafrechtliche Mittel in die Hand, um die Erfüllung durchzusetzen oder wenigstens ihre Durchsetzung zu versuchen.

a. Gegen den Dienstboten findet vielfach auf Antrag der Herrschaft ein unmittelbarer polizeilicher Zwang statt, so daß er nicht nur zum Antritt oder zur Fortsetzung des Dienstes an-

¹⁵⁸ Lüb. § 42¹ u. § 45. Entsprechend dem freien Rücktrittsrecht, von dem oben (S. 652 Anm. 47) die Rede war.

¹⁵⁹ Meckl. § 33³. Die Bestimmung findet aber keine Anwendung auf Dienstboten, die der vierteljährigen Kündigung nicht unterliegen. Somit nach § 58 regelmäßig nicht auf landwirtschaftliches Gesinde.

¹⁶⁰ Hinsichtlich der Dienstleistung des Gesindes nach Z.Pr.O. § 888, hinsichtlich der Aufnahmepflicht des Dienstherrn vielfach nach besonderen Bestimmungen der Ges.O., sonst nach der Natur der Sache.

¹⁶¹ Über das Rücktrittsrecht vor Dienstantritt oben S. 653 Anm. 51 u. 55, wo bereits bemerkt ist, daß in Weim. u. Reufs vor dem Dienstantritt überhaupt nur Rücktritt mit Entschädigungsanspruch stattfindet. Fristlose Kündigung ist meist, aber nicht immer zulässig. Brem. § 85 bestimmt, daß wenn der Dienstherr zur Erfüllung von Obliegenheiten, deren Nichterfüllung dem Dienstboten an sich kein Recht zur fristlosen Kündigung gewährt, gerichtlich verurteilt ist, die Verletzung aber nicht einstellt, der Dienstbote zum sofortigen Austritt befugt ist. Vgl. auch unten Anm. 164.

¹⁶² So Württ., Bad., Lüb. u. Elsaß-Lothr.

gehalten, sondern auch erforderlichenfalls der Herrschaft zwangsweise zugeführt oder wiederzugeführt werden kann¹⁶³. Doch ist die Herrschaft nicht genötigt, von diesem Rechte Gebrauch zu machen, kann vielmehr von vornherein statt dessen ihre Forderung auf Schadensersatz erheben¹⁶⁴.

Außerdem kann meist daneben oder dafür auf Antrag der Herrschaft das vertragsbrüchige Gesinde zu einer Strafe (Geldstrafe oder Haft) verurteilt werden. Die Bestrafung des Bruches eines privatrechtlichen Vertrages, die im älteren deutschen Recht gerade zu Lasten des Gesindes durch eine Fülle von Rechtssätzen sanktioniert war¹⁶⁵, hat sich im Gesinderecht bis heute als Ausnahme erhalten. Die Strafen werden nicht nur für widerrechtliche Verweigerung des Dienstantrittes und widerrechtliches Verlassen des Dienstes, sondern meist auch für hartnäckigen Ungehorsam oder beharrliche Widerspenstigkeit und sonstige schwere Vertrags-

¹⁶³ Vgl. die oben S. 653 Anm. 53 angeführten Bestimmungen über Zwang zum Dienstantritt und dazu über Zwang zur Fortsetzung des Dienstes: Preuß. § 162, Rhein. § 42, Vorpomm. § 154—156, Frankf. b. Süskind S. 106, Bayr. Pol.Str.G.B. v. 1871 a. 106⁴ (Oertmann S. 214), Sächs. § 95 (binnen einer Woche), Meckl. V. v. 3. Aug. 1892 § 5 mit Ges.O. § 68 (Buchka S. 65), Weim. § 46 (binnen einer Woche nach dem versäumten Antritt oder dem erfolgten Austritt), Oldenb. § 68 mit § 74—76 u. Schaumb. § 71 mit § 77—79, Anh. § 42, Altenb., Schwarzb.-R. § 41, S. § 42 (binnen 10 Tagen), Reufs j. L., Lipp. § 28. Für Kurhess. u. Nass. bestreitet Süskind S. 104 ff. die Zulässigkeit des Polizeizwanges. Ebenso für Waldeck Lange S. 51 Anm. 39. — Hess. a. 18 gibt dem Dienstherrn die Wahl zwischen Klage und Anrufen der Ortspolizei, beschränkt aber den von letzterer auszuübenden Zwang auf die Androhung einer vom Strafrichter auf Antrag zu erkennenden Strafe für Nichtbefolgung des Polizeibefehls, binnen 24 Stunden in den Dienst einzutreten oder zurückzukehren. — Brem. § 88 kennt nur „gerichtliche Mafsregeln zur Bewirkung der Rückkehr“. — Älteres R. b. Könncke S. 770 ff.

¹⁶⁴ Ausdrücklich hervorgehoben z. B. in Preuß. § 168, Vorpomm. § 162, Rhein. § 42, Sächs. § 95², Lipp. § 28; entsprechend in Hess. a. 18, Brem. § 88, thür. Ges.O. b. Boeckel S. 91. Natürlich kann der Dienstherr auch nach erfolglosem Anrufen der Polizei (in Brem. des Gerichts) den Schadensersatzanspruch geltend machen. — Oldenb. § 68 mit § 22 u. Schaumb. § 71 mit § 24 gewähren dem Dienstherrn, wenn das ausgetretene Gesinde nicht spätestens am zweiten Tage zurückkehrt, in gleicher Weise wie bei Antrittsverzug sofort oder nach vergeblich versuchtem Erfüllungszwange, das Recht des „Rücktritts“ mit Schadensersatzanspruch, womit hier nur fristlose Kündigung gemeint sein kann. Auch Schwarzb.-S. § 26 u. 42 stellt anstatt des Anrufens der Polizei den Rücktritt, ausdrücklich aber auch die Klage auf Erfüllung (und somit auch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung) frei.

¹⁶⁵ R. Loening, Vertragsbruch S. 458 ff.; Sickel, Vertragsbruch S. 96 ff., 168 ff.; Hertz S. 73 ff.; Könncke S. 770 ff. Dazu oben S. 649 Anm. 37.

verletzungen gedroht¹⁶⁶. Sie begegnen auch in Gesindeordnungen, die einen polizeilichen Zwang nicht kennen¹⁶⁷.

b. Auch gegen die Dienstherrschaft wird nach manchen Gesindeordnungen auf Antrag des Gesindes ein polizeiliches Verfahren eingeleitet, in dessen Verlauf sie zur Erfüllung ihrer Verpflichtungen und insbesondere zur Annahme oder Wiederannahme des Gesindes angehalten werden kann¹⁶⁸. In Altpreußen ist der widerrechtlich zurückgewiesene oder entlassene Dienstherr sogar genötigt, zuvörderst die Polizei anzurufen, indem er auf Schadensersatz nur klagen kann, wenn die Polizei ihm die Hilfe versagt oder gegen ihn entscheidet oder die Herrschaft einer ihm günstigen polizeilichen Entscheidung beharrlich nicht nachkommt¹⁶⁹. Anderswo hat er die Wahl¹⁷⁰. Allein ein unmittelbarer polizeilicher Zwang gegen die Herrschaft ist überall ausgeschlossen¹⁷¹.

c. Hinsichtlich des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung werden die allgemeinen Grundsätze des bürgerlichen Rechts vielfach durch Sonderbestimmungen abgewandelt. Manche von den Gesindeordnungen, die für beide Teile gleichmäÙig einen festen Betrag bestimmen, der im Falle der vom anderen Teil verschuldeten Aufhebung des Vertrages anstatt des erweislichen Schadens als Entschädigung beansprucht werden kann, gewähren jedem Teil denselben Anspruch gegen den vertragsbrüchigen anderen

¹⁶⁶ Preufs. Ges. v. 24. April 1854, ausgedehnt auf Schleswig-Holstein unterm 6. Febr. 1878, auf Hessen-Nassau unterm 27. Juni 1886; in Hannover noch Str.G.B. v. 25. Mai 1847 § 298. Bayr. Pol.Str.G.B. v. 1871 a. 106—110, Sächs. § 31², 45, 46², Meckl. V. v. 3. Aug. 1892 (Buchka S. 64 ff.), Weim. § 51 Z. 2—4, Altenb. § 88, Oldenb. § 78, Schaumb. § 81, Anh. § 53 Z. 3—4, Schwarzb.-R. § 25 u. 41, S. § 26 u. 42, Reufs j. L. § 96, Lipp. § 16 u. 28. Über die besonderen Strafen der Doppelverdingung oben S. 649 Anm. 38.

¹⁶⁷ Mein. a. 27, 34 Z. 3, Kob.-Goth. § 32, 46, 88, Reufs ä. L. § 47, Wald. § 30, Brem. § 90, Hamb. § 40. Über Strafe der Doppelverdingung (außer in Hamb.) oben S. 649 Anm. 38.

¹⁶⁸ Preufs. § 47 u. 160—166, Rhein. § 15 u. 41, Vorpomm. § 154—160, Lipp. § 5 u. 29, Hess. a. 20.

¹⁶⁹ Vgl. Dernburg § 314 Anm. 8.

¹⁷⁰ Hess. a. 20: er kann auf Erfüllung klagen oder polizeiliches Einschreiten verlangen oder sofort Schadensersatz statt Erfüllung fordern.

¹⁷¹ Preufs. § 161 mit § 47, Vorpomm. § 155, Rhein. § 41 mit § 15, Lipp. § 29 mit § 5. Vgl. auch die ausdrücklichen Bestimmungen in Sächs. § 89, Oldenb. § 65, Kob.-Goth. § 85, Schaumb. § 69. Doch hat nach Hess. a. 20 die vom Dienstherrn angerufene Polizeibehörde genau so wie im umgekehrten Fall (oben S. 675 Anm. 163) zu verfahren, also den Dienstherrn unter Androhung einer auf Antrag vom Strafrichter zu erkennenden Strafe zur Aufnahme oder Wiederaufnahme des Dienstherrn aufzufordern.

Teil¹⁷². Auch wo die Entschädigung für Vertragsaufhebung auf beiden Seiten gleichmäßig mit fester Grenze bestimmt ist, wird die Entschädigung für Vertragsbruch auf denselben Betrag fixiert¹⁷³. Dagegen unterscheiden die Gesindeordnungen, die die Folgen der Vertragsaufhebung für beide Teile ungleich bestimmen, auch hier zwischen den Fällen der Vertragsverletzung seitens des Dienstherrn und seitens des Dienstboten. Der widerrechtlich zurückgewiesene oder entlassene Dienstbote kann eine gesetzlich fixierte Entschädigung fordern, die bald nach demselben Maßstabe, der für die Entschädigung wegen Vertragsaufhebung gilt, bemessen ist¹⁷⁴, bald besonderer Regelung unterliegt¹⁷⁵. Der Dienstherr kann gleichfalls von dem Dienstboten, der widerrechtlich den Dienst nicht antritt oder verläßt, stets Schadensersatz verlangen¹⁷⁶,

¹⁷² So Württ. a. 28, Bad. § 14, 16—18, Hess. a. 18⁴, 20⁴, 21; für gewisse Fälle auch Bayr. a. 26⁴, Anh. § 37. Dazu oben S. 673 Anm. 156. Im übrigen bleibt es nach den dort angef. Ges.O., wenn Schadensersatz wegen Nichterfüllung gefordert wird, bei den allgemeinen Grundsätzen.

¹⁷³ Lüb. § 46 mit Verweisung auf § 41 u. 44 (dazu oben S. 673 Anm. 157).

¹⁷⁴ Meckl. § 40 u. 62², Wald. § 42—43 u. 62, Schwarzb.-R. § 40 mit § 23, S. § 41 mit § 24, Brem. § 81—82 mit § 23, Hamb. § 27 mit § 6 fixieren den Entschädigungsbetrag ganz in der oben S. 672 Anm. 152 angegebenen Weise. Desgleichen Oldenb. § 68 mit § 20 u. Schaumb. § 40 mit § 20 u. § 69 mit § 22, jedoch mit der Abweichung, daß der Dienstbote sich anderweiten Verdienst nicht anrechnen zu lassen braucht, dafür aber die nachträgliche Annahme oder Wiederannahme in den Dienst nicht grundlos ablehnen darf; macht er von seinem Recht Gebrauch, nach vergeblicher Aufforderung des Dienstherrn zu seiner Aufnahme oder Wiederaufnahme den Vertrag aufzuheben, so muß er sich anderweiten Verdienst anrechnen lassen.

¹⁷⁵ Preufs. § 161—166 mit § 47: Lohn und Kost für die ganze Dienstzeit; jedoch, wenn der Dienstbote ein anderes Unterkommen gefunden hat, nur insoweit, als er sich im neuen Dienst mit geringerem Lohn begnügen muß; bietet die Herrschaft nachträglich Wiederaufnahme (oder Aufnahme) in den Dienst an, so fällt der Vergütungsanspruch weg, wenn der Dienstbote den Wiedereintritt (oder Eintritt) weigert, er müßte denn einen Grund, aus dem er den Dienst verlassen könnte, nachweisen; im letzteren Falle erhält er die ihm nach § 152 ff. bei berechtigtem Verlassen des Dienstes gebührende Vergütung (oben S. 672 Anm. 151). Im wesentlichen übereinstimmend Vorpomm. § 155—160 mit § 41, Rhein. § 41 mit § 15, Sächs. § 89—92 mit § 21, Kob.-Goth. § 85—86 mit § 28, Lipp. § 29 mit § 5. — Nach Kurhess. § 7 u. 10 schuldet der Dienstherr den Lohn für ein Vierteljahr (ohne Kost, nach Fuld. aber auch Kost), nach Frankf. § 19 Geldlohn für 14 Tage und Entschädigung (24 Kreuzer für den Tag) für den Naturallohn; Süskind S. 114 ff., 117 ff. — Vgl. dazu Sachsensp. II 32 § 2.

¹⁷⁶ Manche Ges.O. sprechen dies ausdrücklich aus, ohne Näheres zu bestimmen; so Meckl. § 40, Oldenb. § 68 mit § 22, Schaumb. § 71 mit § 24, für den Fall der Verweigerung des Dienstantritts auch Preufs. § 51.

der nach manchen Gesindeordnungen durch den Mehraufwand bestimmt wird, den er infolge der Beschaffung eines Ersatzes machen muß¹⁷⁷, nach anderen aber unabhängig vom Eintritt eines Schadens fixiert ist¹⁷⁸.

d. Mithaftung Dritter. Schon seit dem Mittelalter kämpfte die Gesetzgebung den Vertragsbruch des Gesindes zugleich durch mancherlei Mafsregeln gegen mitschuldige Dritte, insbesondere durch eine Fülle von Strafdrohungen gegen das Abtrünnigmachen oder Abdingen von Gesinde¹⁷⁹. Heute wird, wer Gesinde zum Vertragsbruch verleitet oder in Kenntniss eines anderweit bindenden Gesindeverhältnisses in Dienst nimmt, durch viele Gesindeordnungen unter gesamtschuldnerischer Mithaftung mit dem schuldigen Dienst-

¹⁷⁷ So Sächs. § 95 mit § 22, Kob.-Goth. § 88 mit § 32, Schwarzb.-R. § 41 mit § 25 u. S. § 42 mit § 26, Wald. G. v. 9. Dez. 1891 § 46; für den Fall des Verlassens des Dienstes auch Preufs. § 168, Vorpomm. § 162. — Nach Lipp. § 28 wie § 6 kann die Herrschaft für jeden Tag bis zum nächsten Vierteljahrschluß den Überschufs des gewöhnlichen Tagelohns über den Gesindelohn, aber auch erweislich höheren Schaden fordern.

¹⁷⁸ So ist in Hamb. die Entschädigung für das Verlassen des Dienstes bei halbjährlicher oder längerer Mietszeit auf den Betrag eines Vierteljahrslohns, sonst auf den Betrag des ganzen Lohns der Mietszeit mit der Höchstgrenze eines Vierteljahrslohns, jedoch stets unter Anrechnung des noch rückständigen verdienten Lohns, fixiert (§ 26); für die Weigerung des Dienstantritts bei Monatsmiete auf einen Monatslohn, sonst auf den Lohn der ganzen Mietszeit mit der Höchstgrenze von einem Vierteljahrslohn (§ 6). In Bremen verliert der ohne rechtlichen Grund austretende Dienstbote den verdienten Lohn seit dem letzten gesetzlichen Antrittstermin (wie oben S. 673 Anm. 155), hat, wenn er nicht am folgenden Tage zurückkehrt, eine Entschädigung in Höhe des Lohnes bis zum Ablauf der Dienstzeit, jedoch nie über das laufende und folgende Halbjahr hinaus, zu zahlen und muß auch dann, wenn er infolge gerichtlicher Anordnung oder freiwillig mit Genehmigung des Herrn wieder eintritt, sich den Abzug von $\frac{1}{5}$ des Halbjahrslohns (resp. $\frac{1}{2}$ des Monatslohns) gefallen lassen (§ 87—89); der den Dienstantritt verweigernde Dienstbote hat dasselbe, was er bei grundloser Nichtannahme fordern könnte, als Entschädigung zu leisten (§ 28—29). Auch nach Kurhess. § 7 (Fuld. § 4) verliert der unrechtmäßig den Dienst verlassende Dienstbote den „zurückstehenden Lohn“, worunter nach Preufs. A.G. a. 14 § 3 II der laufende Dienstlohn, jedoch höchstens für ein Vierteljahr, zu verstehen ist; vgl. Süskind S. 115. — Vgl. dazu Sachsp. II 32 § 3: der Knecht, der den Herrn mutwillig verläßt, soll ihm so viel geben, als ihm an Lohn gelobt war, empfangenen Lohn aber verdoppelt zurückgeben; dazu Loening S. 466, Hertz S. 76 ff., Könncke S. 790 ff.

¹⁷⁹ Loening S. 475 Anm. 24; Sickel S. 117 ff.; Hertz S. 18 ff.; Könncke S. 833—857.

boten zum Schadensersatz an die verletzte Herrschaft verpflichtet¹⁸⁰, nicht selten auch noch mit Strafe bedroht¹⁸¹.

9. *Beurkundung.* Der öffentlichrechtlichen Kontrolle des Gesindewesens dient die Einrichtung der Gesindebücher (Dienstbücher, Gesindedienstbücher)¹⁸², die in den meisten deutschen Staaten besteht¹⁸³. Der Dienstbote ist verpflichtet, sich mit einem Gesindebuche zu versehen, das die Polizeibehörde auf Grund gehöriger Nachweise ausstellt, und es beim Dienstantritt der Herrschaft vorzulegen. Die Herrschaft hat sich das Gesindebuch vorlegen zu lassen¹⁸⁴. Die Befolgung dieser Vorschriften wird meist durch Polizeistrafen gesichert. Zum Teil aber knüpfen sich an ihre Nichtbeachtung auch privatrechtliche Folgen¹⁸⁵.

¹⁸⁰ Ausdrücklich dem Landesrecht vorbehalten in E.G. z. B.G.B. a. 95¹. Vgl. Bayr. a. 29, Württ. a. 29, Bad. § 20, Hess. a. 4, Elsass-Lothr. § 10; ferner Sächs. § 28 u. 96, Kob.-Goth. § 34, 35 u. 89, Schwarzb.-R. § 20³, Lipp. § 34; auch Weim. § 21, Mein. a. 9, Altenb. § 27, Anh. § 43, Reufs ä. L. § 18, j. L. § 28.

¹⁸¹ Sächs., Altenb., Kob.-Goth., Schwarzb.-R., Reufs j. L. u. Lipp. a. a. O.; Weim. § 52, Anh. § 54, Mein. a. 35, Reufs ä. L. § 46. Strafdrohung auch in Oldenb. § 78, Schaumb. § 81.

¹⁸² Über die Einführung der Gesindebücher, die bis auf geringe Anfänge erst im 19. Jahrh. stattfand, vgl. Könncke S. 878 ff., über ihre Vorstufen in obligatorischem Zeugniswesen ebd. S. 857 ff.

¹⁸³ Preufs. V. v. 20. Sept. 1846 (für die ganze Monarchie), dazu Ges. v. 21. Febr. 1872; Sonderbestimmungen in Hess.-Nass. b. Süskind S. 56 ff. Sächs. Ges.O. § 99—110, Hess. a. 25—34 u. Weim. § 47—48 u. 50, nach denen zugleich förmliche Gesinderegister geführt werden. Meckl. § 43—52, 66; Oldenb. § 7—10, 77; Mein. a. 29, 36; Altenb. § 93—97, 102; Kob.-Goth. § 92—95; Anh. § 44—53; Braunsch. § 4; Schwarzb.-R. § 11—17 mit § 47, S. § 11—17; Waldeck. Ges. v. 23. Jan. 1860; Reufs ä. L. § 41—42, 44, j. L. § 101; Schaumb. § 9—12, 80; Lipp. § 1; Lüb. § 51—56, 60; Hamb. § 34—40; Elsass-Lothr. § 11—17. In Bayern richtet sich die Pflicht zur Führung eines Dienstbuchs oder polizeilicher Meldung nach Distrikts- oder ortspolizeilicher Vorschrift; P.Str.G.B. a. 107. Bad. § 20, 22—24 schreibt nur für minderjährige Dienstboten Gesindebücher vor und regelt sie ganz nach gewerberechtlichem Vorbilde. In Württ. u. Prem. sind Gesindebücher überhaupt nicht eingeführt.

¹⁸⁴ Nach manchen Ges.O. (z. B. Sächs. § 103, Bad. § 22 u. 24, Hess. a. 27, Meckl. § 49, Weim. § 48, Oldenb. § 7, Anh. § 46, Kob.-Goth. § 92, Reufs ä. L. § 42, Schaumb. § 9, Elsass-Lothr. § 14—16) muß der Dienstbote das Gesindebuch (meist in bestimmter Frist) aushändigen, der Dienstherr es sich aushändigen lassen, aufbewahren und bei Beendigung des Dienstes zurückgeben.

¹⁸⁵ Die Gültigkeit des Gesindevertrages hängt nirgends davon ab. Nach der Preufs. V. v. 1846 § 4 aber kann die Herrschaft Gesinde, das die Vorlegung des Gesindebuchs weigert, sofort entlassen. Ebenso nach Lüb. Ges.O. § 39 bei Nichtvorlegung binnen 6 Tagen; das Gesinde empfängt keinen Lohn, muß das Gottesgeld zurückgeben und hat außerdem, wenn es nicht seine Schuldllosigkeit nachweist, Entschädigung (gemäß § 12) zu leisten. Über eigentüm-

Nach manchen Gesindeordnungen soll überdies Gesinde, das schon in Dienst gestanden hat, nicht ohne Vorlegung eines Entlassungs- oder Kündigungsscheines der bisherigen Herrschaft in Dienst genommen werden¹⁸⁶.

Bei der Beendigung des Dienstverhältnisses kann der Dienstbote ein Zeugnis fordern¹⁸⁷. Das Zeugnis ist nach den meisten Gesindeordnungen in das Gesindebuch einzutragen und nach manchen stets, nach anderen nur auf Verlangen des Dienstboten auch auf die Führung zu erstrecken¹⁸⁸; beschwert sich der Dienstbote über ein ihm ungünstiges Zeugnis, so tritt polizeiliche Untersuchung und nötigenfalls Berichtigung ein¹⁸⁹. Nach mehreren neuen Gesindeordnungen aber ist das Dienstbuch lediglich zur Bekundung der Art und der Dauer des Dienstverhältnisses bestimmt und die

liche Rechtsnachteile, die in Kurhessen u. Nassau die Herrschaft (in Nassau auch das Gesinde) bei Verletzung der Bestimmungen über Dienstbücher treffen, vgl. Süskind S. 57—58. — Überall muß der Dienstherr bei nicht gehöriger Aufbewahrung oder Vorenthaltung des Gesindebuchs den Dienstboten entschädigen.

¹⁸⁶ Preufs. § 8—12, Rhein. § 4—5, Vorpomm. § 10—13 (bei Vermeidung von Geldstrafe; außerdem aber ist der Vertrag, wenn er das Recht eines anderen Dienstherrn verletzt, ungültig). Meckl. § 5; daher Verpflichtung des bisherigen Herrn zur Aushändigung nach § 14; Strafdrohungen für den Herrn in § 63 u. 66, für den Dienstboten in § 64. Einen Anspruch auf einen „Vermietungsschein“ gibt dem Dienstboten, der einen anderen Dienst aufsuchen will, auch Anhalt. § 46². Ebenso Weim. § 49¹ u. Reufs ä. L. § 43¹ auf einen Kündigungsschein, überdies § 48⁴ resp. § 42 auf vorläufige Aushändigung des Gesindebuchs. Vgl. auch Wald. § 59 b. Lange S. 51.

¹⁸⁷ Nur Hamb. § 38² sagt: „Zur Erteilung eines Zeugnisses an den Dienstboten ist der Dienstherr nicht verpflichtet.“ Über Einschränkungen in den Ges.O. v. Hessen-Nassau vgl. Süskind S. 80 ff.

¹⁸⁸ Ein vollständiges Zeugnis im Gesindebuch fordert die Preufs. V. v. 1846 § 5 (dazu Ges.O. § 171, Rhein. § 43); vgl. auch Kurh. § 3 (Fuld. § 1), Nass. § 21, Frankf. § 22 b. Süskind S. 80 ff. Ebenso Sächs. § 105—106, Altenb. § 88—101, Anh. § 47, Schwarzb.-R. § 42, Reufs j. L. § 104—107, Wald. § 59. Nach Hess. a. 28² u. Weim. § 49²⁻³ ist der Dienstherr auch ohne Antrag des Dienstboten zur Eintragung eines solchen Zeugnisses berechtigt. Dagegen ist nach Kob.-Goth. § 97, Schwarzb.-S. § 43, Reufs ä. L. § 43, Lipp. § 31 nur auf Verlangen des Dienstboten ein Führungszeugnis im Gesindebuch zu erteilen.

¹⁸⁹ Preufs. § 172—173, Rhein. § 44—45, Sächs. § 108, Weim. § 49⁵, Vorpomm. § 164—167, Kob.-Goth. § 98, Anh. § 47, Schwarzb.-R. § 43, Reufs ä. L. § 43⁴, Lipp. § 32. — Ein Dienstbote, dem ein ungünstiges Zeugnis das Fortkommen erschwert, kann nach zweijähriger tadelloser Führung ein neues Dienstbuch verlangen; so Preufs. V. v. 1846 § 8, Hess. Ges.O. a. 30.

Eintragung eines Führungszeugnisses bei Strafe verboten¹⁹⁰; im übrigen richtet sich hier das Recht des Dienstboten auf Erteilung eines Zeugnisses lediglich nach B.G.B. § 630¹⁹¹.

Besondere Bestimmungen treffen viele Gesindeordnungen über die Verantwortlichkeit des Dienstherrn für die Ausstellung eines wahrheitswidrigen Zeugnisses¹⁹². Erteilt er wissentlich einem Dienstboten, dem Veruntreuungen oder sonstige schwere Verfehlungen zur Last fallen, ein hierzu im Gegensatz stehendes gutes Zeugnis, so haftet er einem Dritten und namentlich also einem anderen Dienstherrn, der auf das Zeugnis vertraut, für den daraus entstehenden Schaden¹⁹³. Dafs er umgekehrt auch dem Dienstboten Schadensersatz leisten mufs, wenn er schuldhafterweise durch ein wahrheitswidriges ungünstiges Zeugnis dessen Fortkommen benachteiligt, folgt, da ihm gegenüber eine Vertragsverletzung vorliegt, aus allgemeinen Grundsätzen, wird aber öfter ausdrücklich ausgesprochen¹⁹⁴.

10. Streitigkeiten zwischen Herrschaft und Gesinde, die an sich vor die ordentlichen Gerichte (nach G.V.G. § 23 vor das Amtsgericht) gehören, werden nach den Gesindeordnungen vielfach durch die Polizeibehörden, meist unter Vorbehalt des Rechtsweges, zum Teil aber auch endgültig, entschieden¹⁹⁵.

¹⁹⁰ Bad. § 20, Meckl. § 47, Oldenb. § 69—70, Schaumb. § 72—73, Lüb. § 55—56. Auch die Anbringung geheimer Merkmale wird hier untersagt. Ebenso Elsass-Lothr. § 14; hier sind aber nach § 17 (wie auch in Preufs. u. Hess.) von der Polizeibehörde bestimmte rechtskräftige Verurteilungen einzutragen; bei zweijähriger tadelloser Führung oder Rehabilitation wird dann ein neues Dienstbuch ausgestellt.

¹⁹¹ Ebenso natürlich, soweit ein Dienstbuch nicht geführt wird; vgl. Württ. a. 30 (mit Hinzufügung der Vorschrift des 113⁴ der Gew.O.) u. Bad. § 21 (mit dem Verbot geheimer Merkmale aus Gew.O. § 113³).

¹⁹² Dem Landesrecht besonders vorbehalten durch E.G. a. 95¹.

¹⁹³ Preufs. § 174—176, Vorpomm. § 168—170, Rhein. § 46, Kurh. § 4 (Fuld. § 2), Bayr. a. 29 (doch nur 3 Jahre lang), Württ. a. 31 (ebenso), Oldenb. § 71¹, Weim. § 49⁴, Mein. a. 33, Altenb. § 100, Kob.-Goth. § 99, Anh. § 49, Schwarzb.-R. § 43¹, S. § 44¹, Reufs ä. L. § 43³, j. L. § 106, Wald. § 59, Schaumb. § 74, Lipp. § 33. In Württ., Weim., Schwarzb. u. Reufs ä. L. genügt grobe Fahrlässigkeit. Meist werden auch (aber immer nur bei wissentlich unwahrer Bekundung) Strafen gedroht.

¹⁹⁴ Oldenb. § 71². Die angef. Bestimmungen von Weim., Mein., Altenb., Kob.-Goth., Anh., Schwarzb.-R. u. Reufs ä. L. nehmen die Schadensersatzpflicht gegenüber dem Dienstboten trotz ihrer Ungleichartigkeit in ihren Text mit auf.

¹⁹⁵ Endgültig entscheidet z. B. nach Preufs. Ges.O. § 33 u. 83 die Polizeibehörde darüber, was als Lohn, Kost oder Kostgeld ortsüblich ist, sowie nach §§ 173—174 über die Beschaffenheit des Dienstzeugnisses; ebenso Vorpomm.

IV. Lehrvertrag. Für den gewerblichen Lehrvertrag gilt ein Sonderrecht, dessen geschichtliche Wurzeln in das alte Zunftrecht zurückreichen¹⁹⁶. Es ist heute in der Gewerbeordnung durch allgemeine Bestimmungen mit Zusatzbestimmungen für Handwerkslehrlinge und im Handelsgesetzbuch durch Vorschriften für Handlungslehrlinge reichsgesetzlich geregelt¹⁹⁷. Soweit der Lehrvertrag außerhalb des Bereiches dieser Gesetze vorkommt, ist er nach ähnlichen Grundsätzen zu beurteilen¹⁹⁸.

Die Gesetze behandeln den Lehrvertrag als eine Abart des Dienstvertrages. An sich ist er ein eigenartiger Vertrag, dessen Hauptzweck in der Ausbildung des Lehrlings für einen gewerblichen Beruf besteht. Allein im Gegensatz zu anderen auf

§ 30, 76, 166—167, im übrigen nach § 171 vorläufig. Nach Sächs. § 112, Kob.-Goth. § 101, Anh. § 55 über Beschwerden eines Teils wegen ordnungswidrigen Verhaltens oder Betragens des anderen Teils. Vgl. auch Weim. § 55, Schwarzb.-R. § 44, sowie über den Rechtszustand in Hessen-Nassau S ü s k i n d S. 124—126. — Nach manchen Gesindeordnungen findet bei Gesindestreitigkeiten ein förmliches verwaltungsgerichtliches Verfahren vor bestimmten Polizeibehörden statt; die Entscheidungen können binnen einer bestimmten Frist im Wege der gerichtlichen Klage angefochten werden, werden aber sonst rechtskräftig und sind zum Teil vorläufig vollstreckbar. So Weim. § 56—60 (Notfrist von 10 Tagen); Oldenb. § 74—76, Anh. § 56, Schaumb. § 77—79 u. Hamb. § 31—33 (Frist von 2 Wochen); Lipp. § 35—36 (Frist von einer Woche). Vgl. auch Rhein. § 47—50, Mein. a. 37 ff., Altenb. § 103 ff., Reufs j. L. § 110 ff. — Anderswo sind einstweilige polizeiliche Verfügungen mit Vorbehalt des Rechtsweges zulässig. So bei Streitigkeiten über Antritt, Fortsetzung oder Aufhebung des Dienstverhältnisses nach Sächs. § 113 u. Kob.-Goth. § 102; desgleichen und bei Streitigkeiten über Herausgabe des Dienstbuchs und über Wohnung und Kost nach Schwarzb.-R. § 45, S. § 46; zur Sicherung der Hausordnung und bei ordnungswidrigem Verhalten eines Teils nach Brem. § 6. — Ein polizeiliches Vergleichsverfahren ist in Lüb. § 57—59 vorgesehen. — Dazu kommt vielfach eine polizeiliche Zuständigkeit zu Straffestsetzungen mit Vorbehalt des Rechtsweges; vgl. z. B. Meckl. § 67, Weim. § 54, Anh. § 57, Schwarzb.-S. § 45, Hamb. § 41.

¹⁹⁶ Vgl. mein Genossenschaftsr. I 402 ff. Sickel, Vertragsbruch S. 126 ff. Ortloff, Recht der Handwerker S. 154 ff. Mittermaier § 517. Stobbe-Lehmann § 250. Hübner, Grundz. § 85 II 2.

¹⁹⁷ R.Gew.O. § 126—128, für Handwerkslehrlinge § 129—131 c; dazu die Kommentare, sowie L. Schultz, Recht des gewerblichen Lehrvertrages, 1914. H.G.B. § 76—82; dazu die Kommentare, sowie Bloch, Der kaufmännische Lehrvertrag, 1898, K. Lehmann § 38, Cosack § 20; älteres R. b. Thöl § 60, Behrend § 77. Vgl. auch Lotmar I 79 ff.

¹⁹⁸ Dernburg, B.R. II 2 § 315. Crome II § 263. Unanwendbar ist die Gew.O. nach § 154 auf Apothekerlehrlinge. In Elsass-Lothringen gilt für sie noch das französ. Ges. v. 22. Febr. 1851 über den Lehrvertrag; vgl. Kisch, Elsass-Lothr. P.R. § 50 S. 268—272.

Unterricht oder Erziehung gerichteten Verträgen begründet er eine Verpflichtung des Lehrlings zu vermögenswerten Dienstleistungen. Mit Rücksicht auf diese Dienstleistungen, deren Wert zwar anfangs geringfügig sein mag, im Laufe der Lehrzeit aber wächst, wird der Lehrvertrag überwiegend dem Dienstvertragsrecht unterstellt. Demgemäß erscheint die vom Lehrherrn geschuldete Unterweisung als Vergütung für geleistete Dienste, nicht als selbständige Verpflichtung aus einem beigemischtem besonderen Werkvertrage oder zweiten Dienstvertrage. Hieran ändert es nichts, wenn der Lehrling wegen der Minderwertigkeit seiner Dienste die Unterweisung außerdem durch ein Lehrgeld vergelten muß. Andererseits wird die vom Lehrherrn geschuldete Vergütung häufig durch die Gewährung von Wohnung und Kost und für spätere Abschnitte der Lehrzeit auch durch Geldlohn ergänzt. Dafs aber die begriffswesentliche Vergütung in der Berufsausbildung besteht, ist der Grund für wichtige Abwandlungen des auf Entgelt durch Sachvergütung angelegten Dienstvertragsrechts. Im übrigen ist für die besondere Ausgestaltung des Dienstverhältnisses das regelmäßig jugendliche Alter der Lehrlinge bestimmend. Auch wirkt der Umstand ein, dafs der Lehrling häufig in die häusliche Gemeinschaft des Lehrherrn eintritt. Infolge dieser Eigenart gewinnt in ähnlicher Weise wie beim Gesindevertrage das vertragsmäßige Schuldverhältnis hier einen besonders ausgeprägten personenrechtlichen Inhalt. Ungeschwächt hält namentlich das Gewerbeamt den patriarchalen Charakter des Lehrlingsverhältnisses aufrecht, der es den Familienrechtsverhältnissen annähert. Und stärker noch als im Gesinderecht greift das öffentliche Recht mit polizeilicher Überwachung und polizeilichem Zwang und mit Strafdrohungen ein.

Die Befugnis, Lehrlinge zu halten oder anzuleiten, ist gesetzlich beschränkt. Sie fehlt Personen, die nicht im Besitz der bürgerlichen Ehrenrechte sind¹⁹⁹, und kann nach Gewerbeamt auch anderen Personen aus bestimmten Gründen entzogen werden²⁰⁰. Zur Anleitung von Handwerkslehrlingen sind überhaupt nur Personen, die über 24 Jahre alt sind und eine Meisterprüfung bestanden haben, befugt²⁰¹. Auch ist zur Verhütung der Lehr-

¹⁹⁹ Gew.O. § 126; H.G.B. § 81.

²⁰⁰ Gew.O. § 126^a.

²⁰¹ Gew.O. § 129 u. 129^a. Will ein Meister Lehrlinge in einem anderen Fach als dem, für das er die Meisterprüfung abgelegt hat, beschäftigen, so muß er in diesem wenigstens nach gehöriger Lehrzeit die Gesellenprüfung be-

lingszüchtereie das Halten einer übermäßigen Zahl von Lehrlingen verboten²⁰². Alle diese Einschränkungen der Vertragsfreiheit sind durch Strafdrohungen und durch polizeilichen Zwang zur Entlassung der vorschriftswidrig gehaltenen oder angeleiteten Lehrlinge gesichert²⁰³, begründen aber zugleich die privatrechtliche Nichtigkeit zuwiderlaufender Vereinbarungen²⁰⁴.

Der minderjährige Lehrling bedarf beim Abschlusse des Lehrvertrages der gehörigen Mitwirkung seines Gewalthabers oder Vormundes²⁰⁵. Der gesetzliche Vertreter kann dabei im Namen des Lehrlings kontrahieren, schließt aber häufig den Vertrag zugleich oder ausschließlich in eigenem Namen ab, so daß er sich selbst die Erfüllung versprechen läßt, selbst aber auch die Erfüllung seitens des Lehrlings verspricht und für die Nichterfüllung haftet²⁰⁶. Nach der Gewerbeordnung ist der Vater, sofern er die Personensorge für den Lehrling hat, stets für das Lehrgeld und eine vom Lehrling durch Vertragsbruch verwirkte Entschädigung als Selbstschuldner mitverhaftet²⁰⁷.

standen oder 5 Jahre lang das Handwerk persönlich selbständig ausgeübt oder als Werkmeister oder in ähnlicher Stellung betrieben haben. Ausnahmsweise kann einzelnen Personen durch die höhere Verwaltungsbehörde nach Anhörung der Handwerkskammer oder der Innung die Anleitungsbefugnis widerruflich verliehen werden.

²⁰² Gew.O. § 128; nach § 139^b auch auf Handlungslehrlinge anwendbar. Durch den Bundesrat oder die Landeszentralbehörde, bei Handwerksbetrieben nach § 130 auch durch die Handwerkskammer oder die Innung kann die höchste Zahl der in einem Betriebe zulässigen Lehrlinge für einzelne Gewerbezweige fixiert werden.

²⁰³ Strafdrohungen in Gew.O. § 148 Z. 9^a u. 9^b, H.G.B. § 82²; polizeilicher Zwang zur Entlassung nach Gew.O. § 144^a, H.G.B. § 81².

²⁰⁴ Gemäß B.G.B. § 134. Das der Polizeibehörde gewährte Recht, die Entlassung zu erzwingen, setzt voraus, daß der Lehrvertrag entweder wegen verbotswidrigen Abschlusses von vornherein nichtig oder aber infolge späteren Eintrittes eines unzulässigen Tatbestandes erloschen ist.

²⁰⁵ Der Vormund bedarf nach B.G.B. § 1822 Z. 6, wenn der Lehrvertrag länger als auf ein Jahr binden soll (was regelmäßig der Fall ist), der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, das nach § 1827¹ vorher den Mündel hören soll. Der Vater oder die Mutter mit elterlicher Gewalt bedürfen keiner Genehmigung.

²⁰⁶ Vgl. oben § 189 S. 405 Anm. 14—16. Den gewerblichen Lehrvertrag soll nach Gew.O. § 126^b Abs. 2 stets sowohl der gesetzliche Vertreter wie der Lehrling selbst unterschreiben. Über die Frage, in wessen Namen kontrahiert wird, ist damit nichts gesagt.

²⁰⁷ Gew.O. § 127 g Abs. 2. Dies muß auch für die Mutter gelten; Dernburg § 315 Anm. 3; a. M. v. Landmann zu Gew.O. § 127 g Anm. 4. Für den Vormund gilt es nicht.

Einer Form bedarf der Lehrvertrag an sich nicht. Doch hängt nach Handels- und Gewerberecht seine Vollwirksamkeit von der Beobachtung der Schriftform ab, indem nur aus einem schriftlichen Lehrvertrage nach Handelsrecht der Lehrherr Ansprüche wegen unbefugten Austritts aus der Lehre, nach Gewerberecht der eine wie der andere Teil Ansprüche wegen vorzeitiger Beendigung des Lehrverhältnisses geltend machen kann²⁰⁸. Das Gewerberecht schreibt überdies die Errichtung einer Vertragsurkunde mit bestimmtem Inhalte binnen vier Wochen bei Strafe vor²⁰⁹.

Die Verpflichtungen des Lehrherrn sind durch die von ihm übernommene besondere Aufgabe erweitert. Die allgemeine dienstherrliche und möglicherweise zugleich hausherrliche Fürsorgepflicht trifft auch ihn²¹⁰. Darüber hinaus aber liegt ihm eine umfassende Sorge für die Person des Lehrlings ob. Er hat ihn vor allem durch methodische Unterweisung und Anleitung in dem speziellen Beruf, dem er sich widmen soll, auszubilden. Zugleich aber hat er durch erzieherische Fürsorge seine geistige und sittliche Entwicklung zu fördern²¹¹. Bei Beendigung des Lehrverhältnisses ist er unbedingt zur Ausstellung eines Zeugnisses, das sich stets auch auf die erworbenen Kenntnisse und Fähigkeiten und auf das Betragen erstrecken muß, verpflichtet²¹².

²⁰⁸ H.G.B. § 79; Gew.O. § 127f Abs. 1.

²⁰⁹ Gew.O. § 126^b mit § 150 Z. 4a. Der Lehrvertrag ist vom Lehrherrn auf Erfordern der Ortsbehörde einzureichen. Gehört der Lehrherr einer Innung an, so ist er nach § 129b zur Einreichung an die Innung verpflichtet. Die Innung kann aber auch den Abschluß vor der Innung vorschreiben. Das Zunftrecht verlangte stets den Abschluß vor der Zunft, die zur Prüfung der Zulässigkeit des Vertragsschlusses und des Vertragsinhaltes berufen war; mein Genossenschaftsr. I 402 ff.

²¹⁰ B.G.B. § 617—619, bei Handlungslehrlingen H.G.B. § 62—63 sind anwendbar.

²¹¹ Vgl. Gew.O. § 127 mit Strafdrohung in 148 Z. 9 u. H.G.B. § 76 mit Strafdrohung in § 82. Insbesondere ist der Lehrherr verpflichtet, den Lehrling zum Besuch der Fortbildungs- oder Fachschule anzuhalten und den Schulbesuch zu überwachen, ihn zur Arbeitsamkeit und zu guten Sitten anzuhalten und vor Ausschweifungen zu bewahren, ihn vor Mißhandlungen durch Arbeits- oder Hausgenossen zu schützen, ihm Überanstrengung und unangemessene Beschäftigung fernzuhalten, ihm die erforderliche Zeit zum Besuche des Gottesdienstes zu gewähren. — Bei Handwerkslehrlingen tritt die Pflicht des Lehrherrn (und der Innung) hinzu, den Lehrling nach Ablauf der Lehrzeit zur Ablegung der Gesellenprüfung anzuhalten; Gew.O. § 131^c.

²¹² Gew.O. § 127^c; H.G.B. § 80. Die von Innungen oder anderen Vertretungen der Gewerbetreibenden ausgestellten Lehrbriefe treten an Stelle des Zeugnisses; Gew.O. § 127^c Abs. 2, § 131^c.

Der Lehrling ist verpflichtet, die ihm aufgetragenen Dienste zu verrichten²¹³, und schuldet Gehorsam und Treue, Fleiß und anständiges Verhalten²¹⁴. Das Gewerberecht unterwirft ihn der väterlichen Zucht des Lehrherrn²¹⁵. Auch kann er nach Gewerberecht, wenn er grundlos die Lehre verläßt, auf einen binnen einer Woche gestellten Antrag des Lehrherrn von der Polizeibehörde zum Verbleiben in der Lehre angehalten und bei grundloser Verweigerung der Rückkehr zwangsweise zurückgeführt oder durch Androhung von Geldstrafe oder Haft zur Rückkehr angehalten werden²¹⁶.

Die Dauer des Lehrverhältnisses wird durch die vereinbarte oder ortsübliche Lehrzeit bestimmt; bei Handwerkslehrlingen beträgt sie der Regel nach 3 Jahre und darf 4 Jahre nicht übersteigen²¹⁷. Durchweg aber gilt der erste Abschnitt der Lehrzeit, der nach der gesetzlichen Regel 4 Wochen (bei Handlungslehrlingen einen Monat) beträgt und durch Vereinbarung nicht verkürzt, jedoch bis zu 3 Monaten verlängert werden kann, als eine Probezeit, während deren jeder Teil nach Belieben fristlos kündigen kann²¹⁸. Nach Ablauf der Probezeit ist die einseitige Aufhebung des Lehrverhältnisses nur aus gesetzlichen Gründen zulässig²¹⁹.

²¹³ Zu häuslichen Dienstleistungen darf er nur herangezogen werden, wenn er im Hause des Lehrherrn Wohnung oder Kost erhält; Gew.O. § 127². Vgl. Preufs. A.L.R. II, 8 § 297.

²¹⁴ Gew.O. § 127^a. Handlungslehrlinge unterliegen dem gleichen Konkurrenzverbot wie Handlungsgehilfen; H.G.B. § 60—61 mit § 76¹.

²¹⁵ Gew.O. § 127^a. Doch ist übermäßige oder unanständige Züchtigung und jede gesundheitsschädliche Behandlung verboten. — Das Zuchtrecht des Lehrherrn ist in alten und neuen Quellen anerkannt; vgl. Schwabensp. (L) 185, Augsb. Stadtr. (Meyer) S. 187, Preufs. A.L.R. II, 8 § 298 ff. und zahlreiche weitere Nachweise b. Sickel S. 126 Anm. 509.

²¹⁶ Gew.O. § 127^d. Das ältere Recht enthält mannigfache Strafbestimmungen gegen entlaufene Lehrlinge; Sickel S. 127—129.

²¹⁷ H.G.B. § 77¹; Gew.O. § 130^a (mit Vorbehalt der Fixierung durch die Handwerkskammer).

²¹⁸ Gew.O. § 127^b Abs. 1 (hier ist noch von „einseitigem Rücktritt“ die Rede); H.G.B. § 77². Eine Entschädigung kann nur gefordert werden, wenn dies unter Festsetzung ihrer Art und Höhe im schriftlichen Lehrvertrage vereinbart ist; Gew.O. § 127^f Abs. 1 S. 2.

²¹⁹ Nach Gew.O. § 127^b kann der Lehrling aus gleichen Gründen wie ein Gehilfe oder Geselle entlassen werden (§ 123) oder austreten (§ 129 mit Ausnahme von Z. 2); dazu treten aber weitere Gründe für vorzeitige Entlassung (wiederholte Verletzung der besonderen Lehrlingspflichten und Schulvernachlässigung) und für vorzeitigen Austritt aus der Lehre (Vernachlässigen der besonderen lehrherrlichen Pflichten zum Schaden der Gesundheit, der Sittlich-

Im Falle des Todes des Lehrherrn kann jeder Teil binnen 4 Wochen (nach Handelsrecht einem Monat) das Verhältnis aufheben²²⁰. Ein eigenartiges Recht befristeter Kündigung hat der Lehrling, wenn er zu einem anderen Gewerbe oder Beruf übergehen will; erklärt dies sein gesetzlicher Vertreter für ihn oder nach erreichter Volljährigkeit er selbst schriftlich dem Lehrherrn, so endet das Lehrverhältnis, falls der Lehrherr ihn nicht früher entläßt, nach 4 Wochen (handelsrechtlich nach einem Monat); dann darf aber bis zum Ablauf von 9 Monaten der Gewerbelehrling nicht anderweit in demselben Gewerbe beschäftigt werden, der Handlungslehrling überhaupt nicht als Handlungslehrling oder Handlungsgehilfe in ein anderes Geschäft eintreten²²¹.

Die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen wegen vorzeitiger Beendigung des Lehrverhältnisses unterliegt nach Gewerberecht besonderen Beschränkungen²²². Der Betrag der Entschädigung, die der Lehrherr zu fordern hat, wenn er das Lehrverhältnis wegen unbefugten Austritts des Lehrlings auflöst, ist in Anlehnung an die für den Vertragsbruch von Gesellen und Gehilfen geltenden Vorschriften gesetzlich fixiert²²³. Für die Entschädigung ist auch hier der Arbeitgeber, der den Lehrling zum Vertragsbruch verleitet oder in Kenntnis seiner noch fortbestehenden Vertragspflicht in Arbeit genommen hat, als Gesamtschuldner mitverhaftet²²⁴.

keit oder der Ausbildung des Lehrlings, Mißbrauch des Rechtes der väterlichen Zucht, Unfähigwerden des Lehrherrn). Das H.G.B. § 77³ verweist auf die Vorschriften für Handlungsgehilfen (§§ 70–72) und hebt nur als wichtigen Grund für den Austritt aus der Lehre außerdem die Vernachlässigung der lehrherrlichen Pflicht im Anschluß an die Gew.O. hervor.

²²⁰ Gew.O. § 127^b Abs. 4; H.G.B. § 77⁴. Nach Gew.O. 127^f kann in diesem Falle wie beim Tode des Lehrlings eine Entschädigung wegen vorfrüher Beendigung des Verhältnisses nur auf Grund besonderer Vereinbarung und Fixierung im Lehrvertrage gefordert werden.

²²¹ Gew.O. § 127^e; H.G.B. § 78¹ (dazu unten Anm. 224).

²²² Gew.O. § 127^f und dazu oben Anm. 208, 218, 220. Immer ist sie an eine Ausschlussfrist von 4 Wochen gebunden.

²²³ Gew.O. § 127^g: auf einen Betrag, der für jeden auf den Vertragsbruch folgenden Tag der Lehrzeit, höchstens aber für 6 Monate, sich auf die Hälfte des ortsüblichen Lohnes von Gesellen oder Gehilfen belaufen darf.

²²⁴ Gew.O. § 127^g Abs. 2. Diese Haftung tritt vor die des Vaters (oben S. 684 Anm. 207). — Nach H.G.B. § 78² ist für den Schadensersatz, den der wegen Berufswechsels vorzeitig ausgetretene Lehrling im Falle des Eintritts in ein anderes Geschäft vor Ablauf von 9 Monaten schuldet, der neue Lehrherr oder Prinzipal, sofern er von dem Sachverhalt Kenntnis hatte, als Gesamtschuldner mitverhaftet.

§ 201. Werkvertrag¹.

I. Begriff. Der Werkvertrag ist ein gegenseitiger Vertrag, durch den sich der eine Teil zur Herstellung eines Werkes, der andere Teil zur Entrichtung einer Vergütung verpflichtet. Jener wird „Unternehmer“, dieser „Besteller“ genannt².

Das herzustellende Werk kann von mannigfach ungleicher Beschaffenheit sein, wird aber stets als Arbeitserfolg geschuldet und vergolten. Dadurch, daß nicht die Arbeit als solche, sondern das Arbeitsergebnis den Vertragsgegenstand bildet, unterscheidet sich der Werkvertrag vom Dienstvertrag³. Er begründet kein persönliches Abhängigkeitsverhältnis, greift daher auch nicht ins Personenrecht ein, sondern hält sich grundsätzlich im Rahmen eines reinen Schuldverhältnisses; er ist kein Organisationsgeschäft, sondern bloßes Austauschgeschäft. Allein gleich dem Dienstvertrage ist er Arbeitsvertrag. Dadurch, daß er sich auf Arbeitsleistung richtet, unterscheidet er sich vom Kauf und von anderen Austauschgeschäften, deren Gegenstand der entgeltliche Erwerb von Sachgütern bildet.

Das versprochene Werk kann in der Herstellung oder Veränderung (Umbildung, Ergänzung, Ausbesserung) einer Sache bestehen. Hier ist der bezweckte Arbeitserfolg ein körperliches Erzeugnis. Diesen Fall, an dem der Begriff des Werkvertrages zuerst ausgebildet ist, fassen auch die neueren Gesetzbücher zunächst ins Auge. Dabei kann es sich um eine bewegliche oder unbewegliche Sache handeln. Zu den Werkverträgen gehört namentlich auch der auf Herstellung oder Veränderung eines Bauwerkes oder eines Bauwerksteiles gerichtete Bauwerksvertrag, für

¹ Vgl. die oben S. 590 ff. in Anm. 1 zu § 199 angef. Schriften von Lotmar, G. Rümelin, E. Loening. Ferner E. Riezler, Der Werkvertrag, 1900. — Über das ältere deut. R.: K. Rothenbücher, Geschichte des Werkvertrages im deut. R., Unters. z. D. St. u. R.G. LXXXVII, 1906. Hübner, Grundz. § 85 I. Nord. R. b. v. Amira I 649 ff., II 797 ff. — Röm. u. gem. R.: H. Dankwardt, Jahrb. f. D. XIII 299 ff.; Windscheid-Kipp § 401; ältere Lit. b. Riezler a. a. O. S. 14 Anm. 1. — Preuss. R.: Dernburg II § 194 ff.; Gruchot, Beitr. XIII 1 ff. — Französ. R.: Zachariae-Crome II § 353 ff. — Österr. R.: Krainz-Pfaff-Ehrenzweig § 375. — Recht des B.G.B.: Komm. zu B.G.B. § 631 ff.; Hachenburg (oben § 199 S. 591 Anm. 1); Schollmeyer S. 98 ff.; Endemann § 175; Dernburg § 317 ff.; Matthiafs § 123; Cosack § 147 ff.; Enneccerus § 380 ff.; Crome § 264 ff.; Kohler II 1 § 135 ff.; Landsberg § 136.

² B.G.B. § 631.

³ Über die Abgrenzung vgl. oben § 199 S. 591 ff. Anm. 2—7.

den einzelne sonderrechtliche Vorschriften gelten⁴. Bei dem reinen Werkvertrage ist Gegenstand der Arbeitsleistung des Unternehmers eine Sache des Bestellers. Dies versteht sich im Falle einer bloßen Veränderung einer Sache von selbst. Es verhält sich aber nicht anders im Falle der Herstellung einer Sache aus dem vom Besteller gelieferten Stoff. Denn das Eigentum an der durch die Verarbeitung des Stoffes erzeugten neuen Sache erwirbt hier nicht der Unternehmer, sondern der Besteller, da der Unternehmer die Verarbeitung für ihn vornimmt⁵. Hieran ändert es nichts, wenn der Unternehmer Zutaten oder sonstige Nebensachen zu beschaffen hat⁶. Und selbst bei Beschaffung des ganzen Stoffes durch den Unternehmer liegt dann ein reiner Werkvertrag vor, wenn die herzustellende Sache unmittelbar mit ihrer Herstellung wesentlicher Bestandteil einer Sache des Bestellers wird⁷. Wird dagegen die Herstellung einer selbständigen Sache aus einem vom Unternehmer zu beschaffenden Stoffe bedungen, so geht der Werkvertrag in den Kauf über⁸. Denn da hier der Unternehmer an der von ihm hergestellten Sache das Eigentum erwirbt, richtet sich seine Hauptverpflichtung darauf, die Sache dem Besteller zu übergeben und ihm das Eigentum an ihr zu verschaffen⁹. Doch tritt nur, wenn vertretbare Sachen zu liefern sind, die für ihre Herstellung erforderliche Arbeitsleistung dergestalt zurück, daß die Regeln über den Kauf ausschließlich Anwendung finden¹⁰. Handelt es

⁴ Ihr Anwendungsgebiet ist zum Teil streitig. Vgl. darüber Oertmann, Bauwerk und Bauwerkvertrag, Arch. f. b. R. XXVIII 169 ff.

⁵ Oben Bd. II 586 Anm. 32. Für das ältere deut. R. ergab sich dies schon aus dem Stoffeigentum; ebd. S. 584 Anm. 22; Rothenbücher S. 74.

⁶ B.G.B. § 651². Ebenso nach älterem deut. R.; Rothenbücher S. 25 ff.

⁷ Schon aus diesem Grunde ist der Bauwerkvertrag trotz Beschaffung aller Baumaterialien durch den Unternehmer immer reiner Werkvertrag, falls der Bau auf dem Grundstück des Bestellers errichtet wird und nicht etwa nur zu einem vorübergehenden Zwecke erfolgt. Die gewöhnliche Annahme, daß die Baumaterialien bloße „Zutaten“ seien, befriedigt wenig. Vgl. Sächs. Gb. § 1244.

⁸ Oben § 192 S. 440 Anm. 33. Die Behandlung dieses Vertrages als Kauf entspricht dem älteren deut. R. (Ruprecht v. Freis. II 81, Rothenbücher S. 24 ff.), wie dem röm. R. (Riezler S. 53 ff.) und wurde daher auch vom gem. R. festgehalten. Ebenso Öster. Gb. § 1158, Sächs. Gb. § 1244. Dagegen bleibt nach Preuß. A.L.R. I, 11 § 925 ff. u. Schweiz. O.R. a. 365 (352) der Vertrag Werkvertrag.

⁹ B.G.B. § 651 Abs. 1 S. 1.

¹⁰ B.G.B. § 651 Abs. 1 S. 2. Dies kann aber durch Vereinbarung geändert werden. Es ist möglich, daß der Lieferant sich zur Herstellung durch eigne Arbeit verpflichtet, daß er Anweisungen des Bestellers befolgen soll usw.

sich um eine unvertretbare Sache und liegt nicht etwa ein Handelskauf vor, so bleibt zugleich die Verpflichtung zur Herbeiführung des Arbeitserfolges wesentlicher Vertragsinhalt. Darum werden in diesem Falle für sehr wichtige Beziehungen die Kaufregeln durch die beim Werkvertrage geltenden Regeln ersetzt¹¹. Es liegt also ein aus Kauf und Werkvertrag gemischtes Geschäft vor, das man als Werklieferungsvertrag zu bezeichnen pflegt¹².

Das herzustellende Werk kann aber auch in einem unkörperlichen Arbeitserfolge bestehen. Der Werkvertrag kann sich auf Herstellung oder Wiedergabe eines Werkes der Literatur oder Tonkunst richten¹³. Er kann persönliche Dienstleistungen jeder Art zum Gegenstande haben, wobei hier wie beim Dienstvertrage neben niederen Diensten auch Dienste höherer Art, wie Erziehung oder Unterricht, ärztliche oder anwaltliche Hilfsleistung, heute einbegriffen sind¹⁴. Ebenso fällt die entgeltliche Erteilung eines Gutachtens, eines Rats, einer Auskunft in seinen Rahmen¹⁵.

Eine besondere Gattung der Werkverträge bilden die Trans-

¹¹ B.G.B. § 651 Abs. 1 S. 2. Abweichende Abreden sind auch hier möglich.

¹² Vgl. Ehrenberg, Jahrb. f. D. XXVII 253 ff.; Emerich, Kauf und Werklieferungsvertrag, 1899; Henle, Grenzbestimmung zwischen Kauf und Werkvertrag, 1902; Riezler S. 64 ff.; Dernburg § 325; Crome § 270; Enneccerus § 376. Dazu oben § 192 S. 440 Anm. 33.

¹³ Der normale Verlagsvertrag enthält Elemente des Werkvertrages, ist aber kein bloßer Werkvertrag. Dagegen kann ein reiner Werkvertrag einerseits vorliegen, wenn ein Geisteswerk auf Bestellung hergestellt wird (Verl.G. § 47), andererseits anzunehmen sein, wenn ein Verleger die Vervielfältigung und Verbreitung eines Werkes übernimmt, an dem kein Urheberrecht besteht. Werkvertrag kann auch die Übernahme der Mitarbeit an der Herstellung oder Wiedergabe eines Geisteswerkes sein; im Gegensatze zu dem als Dienstvertrag aufzufassenden ständigen Bühnenengagement ist das Engagement zu einer Gastrolle oder zur Mitwirkung in einem einzelnen Konzert Werkvertrag. Unter den Begriff des Werkvertrages fällt auch der „Theaterbesuchsvertrag“ und jeder ähnliche Vertrag, durch den der Unternehmer einer künstlerischen Aufführung, eines Vortrags, einer Schaustellung usw. den Billettkäufern die Verschaffung des angekündigten Genusses verspricht.

¹⁴ In diesen Fällen ist die Abgrenzung vom Dienstvertrage besonders schwierig. Einen Werkvertrag schließt man z. B. mit dem Friseur oder Barbier, in dessen Laden man tritt, mit dem für eine Gesellschaft bestellten Lohndiener, mit dem Stiefelputzer auf der Straße. Dafs die Verträge mit Ärzten und Rechtsanwälten, falls sie nicht ständige Dienstleistungen übernommen haben, Werkverträge sind, ist bereits oben § 199 S. 593 Anm. 7 bemerkt. Der versprochene Arbeitserfolg besteht hier natürlich nicht in der Heilung oder im Prozesssieg, sondern in der Bewirkung sachgemäßer Körperbehandlung oder Rechtsvertretung.

¹⁵ Dann ist § 676 B.G.B. unanwendbar. So z. B. bei Auskunftsbureaus. — Auch die Entdeckung eines Verbrechens kann als Werk versprochen werden.

portverträge, die sich auf entgeltliche Beförderung von Personen, Sachen oder Nachrichten von Ort zu Ort richten. Für die Frachtgeschäfte des Handelsrechts und für die Verträge mit den Post- und Telegraphenanstalten des Reichs, sowie Bayerns und Württembergs gilt ein umfassendes Sonderrecht¹⁶. Doch ist auch auf sie das gemeine Werkvertragsrecht subsidiär anzuwenden¹⁷.

Insoweit der Werkvertrag den Unternehmer zu einer Geschäftsbesorgung verpflichtet, finden auf ihn wie auf den Dienstvertrag zugleich die meisten für den Auftrag geltenden Regeln Anwendung¹⁸. Dies ist namentlich wichtig, wenn es sich um die Vornahme von Rechtsgeschäften handelt. Zu den Werkverträgen dieser Gattung gehören das handelsrechtliche Kommissions- und Speditionsgeschäft, die aber in der Hauptsache sonderrechtlich geregelt sind¹⁹.

II. Geschichte. Der Werkvertrag war dem deutschen Rechte seit dem frühen Mittelalter bekannt, gewann aber erst in den Städten grössere Bedeutung. Waren auf dem Lande nur Werkverträge mit Müllern und mit Schmieden gebräuchlich, so

¹⁶ „Frachtgeschäft“ ist, soweit der Transport zu Lande oder auf Binnengewässern in Frage steht, nur die gewerbsmäßige Beförderung von Gütern; geregelt im H.G.B. § 425 ff., dazu § 453 ff. über das Frachtgeschäft der Eisenbahnen und B.Sch.G. § 26 ff. über das Frachtgeschäft der Binnenschifffahrt. Die Personenbeförderung ist, wenn sie gewerbsmäßig im grossen betrieben wird, Handelsgeschäft (H.G.B. § 1 Z. 5), jedoch einem Sonderrecht nur, wenn sie auf Eisenbahnen erfolgt, unterworfen; H.G.B. § 472 nebst Eisenbahnverkehrsordnung. Nach Seerecht fällt nicht nur die Güterbeförderung, sondern auch die Personenbeförderung unter den Begriff des „Frachtgeschäfts“; H.G.B. § 556 ff., 664 ff. — Für die Verträge mit den Postanstalten gilt das Postges. v. 28. Okt. 1871 mit Abänderungsges. v. 20. Dez. 1899 nebst den Postordnungen, für die mit den Telegraphenanstalten das R.G. v. 6. Apr. 1892 nebst Telegraphenordnung v. 9. Juni 1897 und ergänzenden Gesetzen.

¹⁷ Dies gilt auch für die Frachtgeschäfte der Post, während sie dem Handelsrecht entzogen sind; H.G.B. § 452, 663. Ebenso für die Personenbeförderung durch die Post und die Nachrichtenübermittlung durch die Telegraphenanstalten. — Für die nicht besonders geregelten Beförderungsverträge gilt lediglich das Werkvertragsrecht des B.G.B. So namentlich für entgeltliche Güterbeförderung durch Nichtkaufleute und überwiegend für Personenbeförderung. Vgl. R.Ger. XXIII Nr. 16, LXII Nr. 30, LXVI Nr. 5.

¹⁸ B.G.B. § 675; oben § 199 S. 600 Anm. 33.

¹⁹ H.G.B. § 383 ff., 407 ff. Subsidiär sind also ausser den in B.G.B. § 675 angezogenen Vorschriften über den Auftrag, worauf das H.G.B. selbst in § 396 hinweist, die Vorschriften des B.G.B. über den Werkvertrag anzuwenden. Mit Unrecht nehmen Manche einen Dienstvertrag, Andere einen eigenartigen Vertrag an.

wurde in den Städten neben der Arbeit auf den Verkauf (handwerk) die Übernahme von Stoffverarbeitung für Andere (kundenwerk) ein Haupterwerbszweig der verschiedensten Gattungen von freien Handwerkern. Sodann wurden vor allem Werkverträge über Dom- oder Rathausbau und über Werke der bildenden Kunst mit Bau- meistern und Künstlern geschlossen. Aber auch die Erteilung von Unterricht und, seit eine Entlohnung der Fürsprecher aufkam, die Beistandsleistung vor Gericht wurde gegen Entgelt übernommen²⁰. In allen diesen Fällen wurde ein vom Kaufe einerseits und vom Dienstvertrage andererseits scharf unterschiedener Vertragstypus herausgebildet, für den ein in den Grundzügen übereinstimmendes Recht galt²¹. Diesem Typus fügte sich auch der Frachtvertrag ein, der aber schon im Mittelalter eine in vielen Punkten besondere Ausprägung empfing.

Mit der Rezeption wurde in Deutschland der römische Begriff der *locatio conductio operis* und damit die Unterstellung des Werkvertrages unter den Gattungsbegriff der Miete aufgenommen²². Doch erhielt sich das deutsche Recht teils vollständig, teils in einzelnen Sätzen vielfach in den Partikularrechten und kam überall in der Verkehrsstübung bei Vertragsschlüssen zum Durchbruch²³. Von den großen Gesetzbüchern brach zuerst das preussische Landrecht mit der römischen Auffassung, indem es den Werkvertrag als Arbeitsvertrag ausgestaltete und von der Verkoppelung mit der Sachmiete befreite²⁴. Ihm folgten die späteren deutschen Gesetzbücher²⁵. Trotz der veränderten Grundauffassung

²⁰ Über das Vorkommen aller dieser Verträge vgl. Rothenbücher S. 6—24.

²¹ Die erstmalige Darstellung desselben verdanken wir Rothenbücher S. 28—116. Bei Riezler S. 19 ff. herrscht noch die Vorstellung, als habe dem deutschen Recht ein eigentliches Werkvertragsrecht gefehlt.

²² Über die Entstehungsgeschichte der römischen *locatio conductio operis* und ihrer eigenartigen Terminologie, sowie über den hierüber herrschenden Meinungsstreit vgl. Riezler S. 2 ff.

²³ Näheres b. Rothenbücher S. 117 ff.

²⁴ Es handelt vom Werkvertrage unter den „Verträgen über Handlungen“ I, 11 § 925—980.

²⁵ Das Österr. Gb. § 1151 ff. faßt den Werkvertrag mit dem Dienstvertrage als „Lohnvertrag“ zusammen; oben § 199 S. 597 Anm. 21. Das Sächs. Gb. § 1243 ff. behandelt ihn als „Verdingungsvertrag“ in Anlehnung an den Dienstvertrag, dessen Recht auf ihn subsidiär angewandt werden soll. Das Schweiz. O.R. a. 363 (350) ff. regelt ihn selbständig. — Der Code civ. dagegen hält am Gattungsbegriff der Miete fest und unterscheidet beim „louage d'ouvrage“ (a. 1779) den Dienstvertrag (a. 1780 ff.), den Frachtvertrag (a. 1782 ff.) und den auf Her-

konnte jedoch in weit höherem Maße als beim Dienstvertrage das römische Recht der Werkmiete dem modernen Werkvertragsrecht zugrunde gelegt werden, weil es in den meisten Einzelbestimmungen mit dem einheimischen Recht übereinstimmt. Wo dies nicht der Fall ist, hat auch das B.G.B. eine Reihe deutschrechtlicher Regeln aufgenommen. So insbesondere hinsichtlich der Mängelhaftung und der Gefahrtragung.

III. Verpflichtungen des Unternehmers.

1. Herstellung des Werkes. Der Unternehmer ist zur Bewirkung des versprochenen Arbeitserfolges verpflichtet. Zum Unterschiede vom Dienstvertrage spricht dafür, daß er die erforderliche Arbeit in Person zu leisten hat, keine gesetzliche Vermutung. Doch ergibt sich dies in vielen Fällen auch ohne besondere Abrede aus der Natur des übernommenen Werkes²⁶. Im übrigen darf er Gehilfen zuziehen, sei es nun, daß er ihnen bloß Nebenarbeiten überlassen, sei es, daß er sich auf die Leitung und Beaufsichtigung der Arbeit seiner Leute beschränken darf²⁷. Möglicherweise ist er sogar befugt, die gesamte Arbeitsleistung auf Andere zu übertragen²⁸. Inwieweit er bei der Herstellung des Werkes Anweisungen des Bestellers zu befolgen hat, richtet sich nach Vereinbarung und Verkehrssitte²⁹. Regelmäßig muß er das Arbeitswerkzeug, dagegen nur bei besonderer Abrede den Arbeitsstoff beschaffen³⁰. Zur

stellung einer Sache aus fremdem oder eigenem Stoff gerichteten Werkvertrag (a. 1787—1799).

²⁶ So regelmäßig bei geistigen, künstlerischen, wissenschaftlichen Leistungen, sowie überall, wo ein besonderes Vertrauen zugrunde liegt. — Über Verbote der Unterverdingung im deut. R. Rothenbücher S. 48.

²⁷ Vgl. Preuss. A.L.R. I, 11 § 929—931. Für Verschulden seiner Gehilfen haftet er nach B.G.B. § 278 stets in gleichem Umfange wie für eigenes Verschulden. Gerade beim Werkvertrage war dies im deut. R. von je anerkannt und wurde hier überwiegend auch für das gem. R. angenommen; oben § 178 S. 122 Anm. 23.

²⁸ So bei der sog. „Entreprise“, bei der ein nicht sachverständiger Unternehmer sich von vornherein die Weiterverdingung vorbehält und selbst eben nur diese Arbeit leistet. Sie fällt heute, wie nach gem. R. (Riezler S. 18 ff.) — abweichend vom Preuss. L.R. I, 11 § 928 — unter den Begriff des Werkvertrages; Riezler S. 33, Dernburg § 317 II 3. Darum aber ist der Unternehmer, weil er eben den Arbeitserfolg versprochen hat, auch für den von ihm gedungenen Unternehmer in gleicher Weise wie für Gehilfen verantwortlich; Riezler S. 108 ff.; a. M. Crome, Partiarische Rechtsgesch. S. 294 ff.

²⁹ Insoweit es sich um eine Geschäftsbesorgung handelt, gilt B.G.B. § 665.

³⁰ Doch liegt ihm vielfach die Lieferung gewisser Zutaten nach maßgebender Verkehrssitte ob. Nicht ganz zutreffend Riezler S. 103.

Herstellung des Werkes gehört im Zweifel auch dessen Ablieferung an den Besteller⁸¹.

2. Gewährleistung. Während eine Gewährleistungspflicht für Rechtsmängel nur beim Werklieferungsvertrage in Frage kommt⁸², liegt bei allen auf ein körperliches Erzeugnis gerichteten Werkverträgen dem Unternehmer eine besondere Gewährleistungspflicht für Sachmängel ob, die im B.G.B. durch eigne, sich an das beim Kaufe geltende Recht anlehrende, von diesem aber in wichtigen Punkten abweichende Vorschriften geregelt ist⁸³. Die besondere Gewährleistungspflicht des Werkmeisters entspricht dem älteren deutschen Recht⁸⁴ und den neueren Gesetzbüchern⁸⁵, während nach römischem und gemeinem Recht nur die allgemeinen Grundsätze über Vertragserfüllung Anwendung fanden⁸⁶.

Der Kreis der zu vertretenden Mängel ist wie beim Kaufe abgegrenzt, erstreckt sich jedoch hier auch auf unerhebliche Mängel.

⁸¹ R.Ger. XXXV Nr. 31. — Auch nach älterem deut. R. bestand meist Bringpflicht; Rothenbücher S. 51.

⁸² Hier folgt sie aus der Eigentumsverschaffungspflicht und unterliegt durchaus den beim Kauf geltenden Regeln; B.G.B. § 651.

⁸³ B.G.B. §§ 633—635, 637—639, 640². Sie gelten auch für den Werklieferungsvertrag; § 651. Ihre Anwendung auf immaterielle Werke ist zwar nicht, wie Rümelin S. 203 ff. meint, ganz ausgeschlossen, aber nur in besonderen Fällen und immer nur bruchstückweise durchführbar; vgl. Riezler S. 123 ff.

⁸⁴ Der Unternehmer haftete für Fehler des Werkes, dessen „Gerechtigkeit“ auch von den Zünften durch strenge Arbeitsvorschriften gesichert und durch „Schau“ kontrolliert wurde; bei mangelhafter Erfüllung hatte der Besteller einen Anspruch auf Besserung und Schadensersatz, nach einigen Quellen auch auf Minderung des Lohnes und kraft vertragsmäßigen Vorbehalts oft das Rücktrittsrecht; durch Abnahme des Werkes aber nach erfolgter Beschau verlor er das Recht späterer Mängelrüge. Vgl. Rothenbücher S. 57 ff., 65 ff.

⁸⁵ Preufs. A.L.R. I, 11 § 943 ff.; Österr. Gb. § 1153; Sächs. Gb. § 1247; Schweiz. O.R. a. 367—371 (357—362). Die Gesetzbücher gewähren dem Besteller in verschiedener Weise ein Wahlrecht zwischen Zurückweisung des untüchtigen Werkes unter Rücktritt vom Vertrage oder Annahme des Werkes unter Herabminderung des Lohnes, im Falle des Verschuldens dafür oder daneben auch Schadensersatzansprüche. Mit Ausnahme des preussischen Landrechts aber, das einen Besserungsanspruch überhaupt nicht kennt (Dernburg, Preufs. P.R. II § 200 Anm. 15), geben sie ihm auch wahlweise das Recht, Beseitigung des Mangels zu fordern. Das Preufs. L.R. regelt noch eingehend die Prüfung des Werkes durch Sachverständige, und zwar in erster Linie durch „öffentlich bestellte Schaumeister“, die jeder Teil bei der Ablieferung verlangen kann.

⁸⁶ Danach konnte der Besteller zunächst nur Beseitigung des Mangels und subsidiär Schadensersatz fordern.

Der Unternehmer muß also dafür einstehen, daß dem Werke nicht eine zugesicherte Eigenschaft mangelt und daß es nicht mit einem Fehler behaftet ist, der den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder vorausgesetzten Gebrauch aufhebt oder irgendwie mindert.

Hinsichtlich der Ansprüche aus Mängeln besteht dem Kaufe gegenüber die Abweichung, daß der Besteller zunächst nur die Beseitigung des Mangels verlangen kann³⁷; gerät der Unternehmer mit der Beseitigung in Verzug, so kann der Besteller sie selbst auf dessen Kosten vornehmen; andererseits kann aber der Unternehmer die Beseitigung verweigern, wenn sie einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordert. Erst wenn der Besserungsanspruch vom Unternehmer in einer ihm gesetzten angemessenen Frist nicht befriedigt wird oder es einer Fristsetzung nicht bedarf, weil die Beseitigung des Mangels unmöglich oder bereits verweigert ist oder ein besonderes Interesse des Bestellers (z. B. Notwendigkeit sofortiger Ersatzbeschaffung) entgegensteht, hat der Besteller wahlweise dieselben Ansprüche auf Wandlung oder auf Minderung, wie sie dem Käufer stets von vornherein gebühren³⁸. Doch ist der Anspruch auf Wandlung ausgeschlossen, wenn der Mangel unerheblich ist³⁹. Endlich kann der Besteller statt der Wandlung oder Minderung auch Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, wenn der Mangel auf einem vom Unternehmer zu vertretenden Umstande beruht, also von ihm oder seinen Gehilfen

³⁷ Dies entspricht dem röm. R. (oben Anm. 36) und zum Teil auch dem älteren deut. R. (oben Anm. 34), nicht aber den anderen Gesetzbüchern (oben Anm. 35). Je nach der Sachlage muß der Besteller sich auf Verlangen des Unternehmers auch wiederholte Nachbesserung gefallen lassen; Seuff. LXIX Nr. 237 (mehrmaliges Schadhafwerden eines Daches im Laufe einer zehnjährigen Garantiefrist). Vgl. auch Seuff. LXX Nr. 239. — Einen Anspruch auf Lieferung eines anderen mangelfreien Werkes hat der Besteller nicht; R.Ger. LVII Nr. 63, Lotmar II 670, Dernburg § 320 II 1; a. M. Rümelin S. 77 ff., Oertmann zu § 633 Bem. 2h.

³⁸ B.G.B. § 634. Die Fristsetzung muß unter Androhung der Ablehnung der Besserung nach Ablauf der Frist erfolgen; sie ist schon vor der Ablieferung zulässig, darf aber dann nicht so bestimmt werden, daß sie vor der Ablieferungsfrist abläuft; der Besserungsanspruch geht mit dem Ablauf der Frist verloren.

³⁹ B.G.B. § 634^o. Diese Einschränkung gilt jedoch nicht, wenn es sich um den Mangel einer zugesicherten Eigenschaft handelt; R.Ger. LXVI Nr. 42. — Im übrigen sind die Vorschriften der §§ 465—467, 469—475 über die Gewährleistungsansprüche des Käufers nach § 634⁴ entsprechend anzuwenden. Der Streit über die Natur der Wandlung wiederholt sich hier; R.Ger. LXIX Nr. 88.

verschuldet ist oder gegen ein von ihm geleistetes Garantieverprechen verstößt⁴⁰.

Alle Gewährleistungsansprüche des Bestellers fallen durch Abnahme des Werkes insoweit weg, als er einen Mangel kennt und sich die Geltendmachung seiner Rechte wegen desselben nicht bei der Abnahme vorbehält⁴¹. Eine Prüfungs- und Rügepflicht aber ist ihm damit nicht auferlegt. Er behält also trotz der Abnahme die Ansprüche auch wegen solcher ihm unbekanntem Mängel, die er bei gehöriger Sorgfalt hätte entdecken müssen⁴².

Überdies unterliegen die Ansprüche, soweit es sich nicht um einen arglistig verschwiegenen Mangel handelt, einer abgekürzten Verjährung⁴³. Die Verjährungsfrist beginnt mit der Abnahme

⁴⁰ B.G.B. § 635. Abweichend vom Kauf, bei dem der Schadensersatzanspruch wegen jedes Mangels einer zugesicherten Eigenschaft, im übrigen aber nur wegen arglistiger Verschweigung eines Mangels erhoben werden kann. Daß in der Zusicherung einer Eigenschaft noch kein Garantieverprechen liegt, nimmt mit Recht das R.Ger. LVIII Nr. 45 an.

⁴¹ B.G.B. § 640² (wie § 464 bei Kauf). Auch der Schadensersatzanspruch aus § 635, obschon dies nicht ausdrücklich gesagt ist, wird damit hinfällig; Dernburg § 320 VI, Oertmann zu § 635 Bem. 1 c; a. M. Cosack § 148 II 5 f, Lotmar II § 688, Komm. d. R.G.R. zu § 640 Z. 4.

⁴² Anders natürlich beim Werklieferungsvertrage, wenn er beiderseitiger Handelskauf ist; H.G.B. § 377 mit § 381². — Nach älterem deut. R. erlosch mit der Abnahme regelmäßig das Recht der Mängelrüge überhaupt; Rothenbücher S. 61. Das Schweiz. O.R. statuiert beim Werkvertrage wie beim Kauf eine Prüfungs- und Rügepflicht (a. 357, jetzt 367) und läßt daher nach der Abnahme, wenn der Besteller die ordnungsmäßige Prüfung und Anzeige unterlassen hat, den Unternehmer nur noch für die trotz ordnungsmäßiger Prüfung nicht erkennbaren und die arglistig verschwiegenen Mängel, falls sie sofort nach der Entdeckung gerügt werden, haften; a. 360—361, jetzt 370. Nach Preufs. A.L.R. I, 5 § 330 wird wenigstens für die in die Augen fallenden Mängel nicht mehr gehaftet, wenn sie nicht bei der Übernahme ausdrücklich gerügt werden. Das Sächs. Gb. § 1250 beschränkt nach der Annahme die Haftung auf „verborgene“, d. h. nach § 903 nicht bei gewöhnlicher Aufmerksamkeit bemerkbare Mängel.

⁴³ B.G.B. § 638. Vgl. Schweiz. O.R. a. 371 (früher 362), auch Preufs. A.L.R. I, 5 § 343—345. Das gemeine R. u. die anderen Gesetzbücher kennen keine abgekürzte Verjährung. — Die Praxis unterwirft dieser Verjährung auch Schadensersatzansprüche aus der Mangelhaftigkeit eines unkörperlichen Werkes, jedoch nach anfänglichem Schwanken nicht die Ansprüche wegen der nur mittelbar durch den Mangel verursachten oder aus sonstiger Vertragsverletzung entstandenen Schäden, wie z. B. wegen der Schädigung durch den Gebrauch einer fehlerhaften Taxe (R.Ger. LXIV Nr. 12) oder wegen der Verletzung des Fahrgastes bei der Beförderung (R.Ger. LXII Nr. 30, LXVI Nr. 5). Streitig ist, ob auch der Ersatzanspruch des Bestellers aus § 633³ (bei eigener Beseitigung des Mangels) den Verjährungsvorschriften des § 638, obschon sie ihn

des Werkes zu laufen und beträgt der Regel nach 6 Monate, jedoch bei Arbeiten an einem Grundstück ein Jahr, bei Bauwerken 5 Jahre⁴⁴. Im übrigen gelten für diese Verjährung gleiche Regeln wie für die Verjährung der Gewähransprüche des Käufers⁴⁵.

3. Rechtzeitige Herstellung. Der Unternehmer hat das Werk rechtzeitig herzustellen. Der Verzug hat die gewöhnlichen Folgen. Unabhängig aber davon, ob Verzug vorliegt, hat der Besteller, wenn das Werk ganz oder zum Teil nicht rechtzeitig hergestellt wird, ein Rücktrittsrecht, das er regelmäßig erst nach Ablauf einer unter Androhung des Rücktritts gesetzten angemessenen Nachfrist, jedoch in den Fällen, in denen er bei mangelhafter Herstellung sofort zur Wandlung befugt wäre, ohne Fristsetzung ausüben kann⁴⁶.

IV. Verpflichtungen des Bestellers.

1. Abnahme. Der Besteller ist verpflichtet, das vertragsmäßig hergestellte Werk abzunehmen⁴⁷. Auf die Abnahme hat der Unternehmer einen klagbaren Anspruch, so daß der Besteller durch die Unterlassung nicht nur in Annahmeverzug, sondern auch in Leistungsverzug geraten kann. Unter Abnahme ist hier wie beim Kauf zunächst die tatsächliche Herübernahme in den eignen Herrschaftsbereich, außerdem aber die Annahme des Werkes als Erfüllung zu verstehen⁴⁸. Eine Billigungspflicht freilich ist damit

nicht besonders aufführen, unterliegt. Das R.Ger. LXXX Nr. 97 nimmt dies mit Recht an. Ebenso Cosack § 148, 5g, Raape bei Dernburg⁴ § 320 Anm. 25.

⁴⁴ Die fünfjährige Frist gilt auch für Einzelarbeiten von Bauhandwerkern; R.Ger. LVII Nr. 83.

⁴⁵ Auch hier kann, wie nach § 477¹, die Frist vertragsmäßig verlängert werden. Die Vorschriften der §§ 477—479 über Unterbrechung und Hemmung, sowie über Erhaltung der Einreden und des Aufrechnungseinwandes durch rechtzeitige Anzeige usw. sind entsprechend anzuwenden. Doch tritt als Hemmungsgrund eine vom Unternehmer im Einverständnis mit dem Besteller veranstaltete Prüfung des Vorhandenseins des Mangels oder Beseitigung desselben hinzu. B.G.B. § 638², 639.

⁴⁶ B.G.B. § 636. Die Beweislast hinsichtlich der rechtzeitigen Herstellung trifft den Unternehmer.

⁴⁷ B.G.B. § 640¹.

⁴⁸ Dies ist jetzt die herrschende Meinung; vgl. z. B. Planck Bem. 1b, Oertmann Bem. 2, Schöller b. Gruchot XLVI 36 ff., Lehmann, D.J.Z. VII 493 ff., Dernburg § 318 II 1; R.Ger. LVII Nr. 76, LXIV Nr. 58, Seuff. LXIII Nr. 156. — Dagegen wollen Andere unter Abnahme nur die tatsächliche Übernahme verstehen; so Schollmeyer S. 102, Jacobi, Jahrb. f. D. XLV 278 ff., Lotmar II 843 ff., früher auch Dernburg¹ § 318 II 1.

dem Besteller nicht auferlegt⁴⁹; sie würde eine Prüfungs- und Rügepflicht einschließen, die nun einmal das B.G.B. hier so wenig wie beim Kaufe kennt⁵⁰. Wohl aber muß er, wenn er nicht die Abnahme wegen mangelhafter Herstellung des Werkes mit Grund verweigert, das Werk mit der Wirkung annehmen, daß ihn bei nachträglicher Bemängelung desselben die Beweislast trifft⁵¹. Demgemäß ist mit der tatsächlichen Übernahme die Abnahme nicht ohne weiteres vollendet. Vielmehr muß bei Werken, deren sofortige Prüfung bei der Ablieferung nicht tunlich ist, der Besteller für befugt erachtet werden, die Erklärung über die Abnahme bis zum Ablauf der für die Prüfung erforderlichen Zeit zu verschieben⁵². Und wenn eine tatsächliche Übernahme gar nicht stattfindet, weil der Besteller das Werk schon vor der Fertigstellung besitzt, beschränkt sich die Abnahme überhaupt auf die Annahme als Erfüllung. In diesem Sinne kann z. B. auch bei Bauten auf dem Grundstück des Bestellers, bei Reparaturen an Gebäuden oder Gebäudeteilen, bei der künstlerischen Ausschmückung von Wänden, bei Gartenanlagen usw. eine „Abnahme“ verlangt werden. Immer aber muß es sich um ein Werk handeln, das seiner Beschaffenheit nach an sich einer realen Übernahme fähig ist. Dies ist nur bei körperlichen Arbeitserzeugnissen der Fall. Unkörperliche Werke

⁴⁹ Eine solche nehmen in verschiedenem Umfange Crome, Part. Rechtsg. S. 312 ff. u. B.R. § 266, Enneccerus § 372 I, Riezler S. 135, Rosenberg, Jahrb. f. D. XLIII 255 ff. u. A. an. Vgl. dagegen besonders Lehmann u. Oertmann a. a. O.

⁵⁰ Oben S. 696. Soweit eine Prüfungs- und Rügepflicht besteht und somit die Abnahme ohne Mängelrüge als stillschweigende Genehmigung gilt (H.G.B. § 377, Schweiz. O.R. a. 361, jetzt 370), liegt in der Abnahme zugleich Billigung. Eine Abnahme mit Vorbehalt der Billigung ist hier unzulässig. Das Sächs. Gb. § 1251 läßt sie zu, gibt aber dann dem Unternehmer das Recht, dem Besteller eine vierzehntägige Frist zur Erklärung zu setzen, mit deren Ablauf Schweigen als Billigung gilt. Das B.G.B. enthält keine derartigen Bestimmungen; vgl. Motive II S. 489 ff. Müßte aber der Besteller mit der Abnahme zugleich die Billigung erklären, so wäre er zu einer noch über das in anderen Gesetzen vorgeschriebene Maß hinausgehenden Prüfung genötigt, wenn er nicht jedes Recht der Mängelrüge einbüßen will.

⁵¹ Gemäß B.G.B. § 363. Er muß also, wenn er einen bei der Abnahme nicht speziell gerügten Mangel geltend macht, beweisen, daß derselbe bei der Abnahme vorhanden war. Der Unternehmer kann sich dann durch den Nachweis schützen, daß der Besteller den Mangel bei der Abnahme gekannt (oder sonst etwa auf dessen Geltendmachung verzichtet) hat.

⁵² So z. B. bei einer Maschine oder einem Kleidungsstück. Dagegen darf er weder die Abnahme willkürlich verzögern, noch kann er durch einen generellen Vorbehalt ihre Wirkung abschwächen.

sind als solche nicht abnahmefähig⁵³. Ist nach der Beschaffenheit des Werkes die Abnahme ausgeschlossen, so trifft den Besteller auch keine Annahmepflicht, während im übrigen die sonst mit der Abnahme eintretenden Rechtsfolgen sich an die Vollendung des Werkes knüpfen⁵⁴.

2. Vergütung. Der Besteller hat die bedungene oder als bedungen anzunehmende Vergütung zu entrichten⁵⁵. Sie wird mangels anderer Abrede erst bei der Abnahme des Werkes oder der Vollendung des nicht abnahmefähigen Werkes fällig. Der Unternehmer ist also vorleistungspflichtig, braucht aber das hergestellte Werk nur Zug um Zug gegen Empfang der Vergütung abzuliefern. Ist das Werk in Teilen abzunehmen und die Vergütung für die einzelnen Teile bestimmt, so wird die Vergütung für jeden Teil bei dessen Abnahme fällig⁵⁶.

3. Mitwirkung. Wenn zur Herstellung des Werkes eine Handlung des Bestellers, z. B. Lieferung des erforderlichen Stoffs, persönliches Erscheinen beim Unternehmer, Gewährung von Arbeitsräumen oder Arbeitszeit, Erteilung von Anweisungen oder In-

⁵³ Der Kreis der nicht abnahmefähigen Werke (§ 646) ist sehr bestritten. Manche ziehen ihn weiter, indem sie dazu auch körperliche Werke, wenn keine Besitzübertragung stattfindet, rechnen; so Planck Bem. 1 c, Seuff. LXIV Nr. 192. Andere verengern ihn, indem sie auch bei unkörperlichen Werken eine Abnahmepflicht (zum Teil im Sinne einer Billigungspflicht) annehmen; so Ennecerus § 372 I 2. Als Beispiel eines abnahmefähigen unkörperlichen Werkes wird mehrfach der Möbeltransport angeführt. Allein die Abnahme der beförderten Sache ist nicht Abnahme des „Werkes“, das lediglich im Arbeitserfolge der Ortsveränderung besteht.

⁵⁴ B.G.B. § 646. Dies gilt für Verjährungsbeginn (oben S. 696 Anm. 43), Fälligkeit der Vergütung und Gefahrübergang.

⁵⁵ Über stillschweigende Vereinbarung und Bemessung der Höhe mangels Vereinbarung ist in § 632 gleiches wie in § 612 für den Dienstvertrag bestimmt; vgl. oben § 199 S. 601 Anm. 35, S. 613 Anm. 92—94. Die teils nur mangels abweichender Vereinbarung maßgebenden, teils einen Höchstbetrag festsetzenden Taxordnungen gelten für Werk- wie Dienstverträge. Vgl. über das ältere deut. R. Rothenbücher S. 90 ff. Einen Anspruch auf Erhöhung des bedungenen Lohns wegen unvorhersehbarer Mühen oder Kosten, wie ihn das Schweiz. O.R. a. 373 (364) unter Umständen gewährt, hat der Unternehmer so wenig, wie der Besteller einen Anspruch auf Herabsetzung wegen unvorhergesehener Minderarbeit. — Die Vergütung kann hier wie beim Dienstvertrage in Geld oder anderen Vermögenswerten bestehen; vgl. über das ältere deut. R. Rothenbücher S. 92 ff. Die Bemessung nach der Arbeitszeit ist nicht ausgeschlossen; oben § 199 S. 592 Anm. 3. Auch partiarische Gestaltung kommt vor; Crome a. a. O. S. 201 ff.

⁵⁶ B.G.B. § 641. Nicht gestundete Vergütung in Geld ist vom Fälligkeitstermin an zu verzinsen.

formationen usw. erforderlich ist, so trifft ihn mangels besonderer Vereinbarung keine Verpflichtung zur Vornahme der Handlung⁵⁷. Er gerät also durch deren Unterlassung nicht, wie durch Nichtabnahme des fertigen Werkes, in Leistungsverzug^{57a}. Wohl aber kommt er nach allgemeinen Grundsätzen, wenn die Voraussetzungen dafür erfüllt sind, in Annahmeverzug. Ist dies der Fall, so stehen dem Unternehmer neben den gewöhnlichen Rechten aus Annahmeverzug verstärkte Rechte zu. Er kann wegen der ihm erwachsenden Nachteile eine angemessene Entschädigung fordern⁵⁸. Er kann aber auch dem Besteller für den Fall, daß dieser in einer ihm gesetzten angemessenen Frist die Handlung nicht nachholt, mit der Wirkung kündigen, daß mit dem fruchtlosen Ablauf der Frist der Vertrag als aufgehoben gilt⁵⁹.

V. Gefahrtragung⁶⁰. Wenn das Werk vor der Herstellung durch einen von keinem Teil zu vertretenden Umstand ganz oder teilweise untergeht, verschlechtert wird oder unausführbar wird, so entsteht die Frage, welcher Teil die Gefahr trägt, ob also der Unternehmer den Anspruch auf die Vergütung ganz oder zum entsprechenden Teil verliert oder ob der Besteller gleichwohl zur Vergütung verpflichtet bleibt.

Unter dem Gesichtspunkte, daß es der Arbeitserfolg ist, der geleistet und vergolten werden soll, muß die Frage grundsätzlich dahin entschieden werden, daß der Unternehmer die Gefahr trägt. Von dieser Regel gehen demgemäß auch in Über-

⁵⁷ Leistet er aber die Mitwirkung, so haftet er nach allgemeinen Vertragsgrundsätzen für jedes Verschulden und hat dem Unternehmer den von ihm schuldhaft verursachten Schaden zu ersetzen (§ 276). Insbesondere ist er demgemäß auch je nach der Sachlage zu gleichen Schutz- und Fürsorge-maßregeln, wie sie dem Dienstberechtigten beim Dienstvertrage nach § 618 obliegen, verpflichtet (gemäß § 242) und für den durch deren Verabsäumung dem Unternehmer zugefügten Schaden verantwortlich; R.Ger. LXXX Nr. 5.

^{57a} R.Ger. LIII Nr. 55.

⁵⁸ B.G.B. § 642. Bei der Bemessung ist einerseits die Dauer des Verzugs und die Höhe der Vergütung, andererseits die Ersparnis an Aufwendungen und Arbeitskraft bestimmend.

⁵⁹ B.G.B. § 643. Es handelt sich also nicht um Rücktritt, sondern um bedingte Kündigung, die nur für die Zukunft wirkt. Der Unternehmer kann den etwa bereits erworbenen Entschädigungsanspruch aus § 642 geltend machen und hat überdies den in § 645 geregelten Anspruch auf Teilvergütung (unten Anm. 63).

⁶⁰ Strohal, Jahrb. f. D. XXXIII 386 ff. Oertmann, Z. f. d. P. u. ö. R. d. G. XXIV 1 ff. Crome, Partiar. Rechtsg. S. 317 ff. Dochnahl, Jahrb. f. D. XLVIII 241 ff. Riezler S. 142 ff. Rümelin S. 22 ff.

einstimmung mit dem römischen und gemeinen Recht⁶¹ alle neueren Gesetzbücher aus. Andererseits erscheint es unter dem Gesichtspunkte, daß es sich um einen Arbeitsvertrag handelt, kraft dessen die Arbeit eben doch von vornherein im Interesse des Bestellers unternommen wird, als gerechtfertigt, daß mindestens in gewissen Fällen einer zufälligen Vereitelung des Erfolges der Besteller die schon geleistete Arbeit zu vergüten hat. Dieser Erwägung trug das ältere deutsche Recht in erheblichem Umfange Rechnung⁶². Das B.G.B. gewährt dem Unternehmer ausdrücklich nur in zwei Fällen einen Anspruch auf einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung nebst Ersatz der in ihr nicht inbegriffenen Auslagen: wenn das Werk entweder infolge eines Mangels des vom Besteller gelieferten Stoffes oder infolge einer von ihm für die Ausführung erteilten Anweisung untergegangen, verschlechtert oder unausführbar geworden ist⁶³. Hiermit stimmen andere Gesetzbücher überein⁶⁴. Vielfach aber wird in der gemeinrechtlichen Theorie und in einzelnen gesetzlichen Bestimmungen dem Besteller noch in anderen Fällen die Gefahr aufgebürdet⁶⁵.

⁶¹ Vereinzelt wurde freilich für das gem. R. die Ansicht vertreten, daß der Besteller vom Vertragsschluss oder doch vom Arbeitsbeginn an die Gefahr trage; vgl. Oertmann a. a. O. S. 22 ff.

⁶² Rothenbücher S. 69 ff. Der Anspruch auf den Lohn für die bereits geleistete Arbeit bei zufälligem Eintritt der Unmöglichkeit der Erfüllung war bei manchen Werkverträgen ausdrücklich anerkannt und scheint auch für den Fall des Unterganges des Stoffes generell bestanden zu haben. Ein Anwendungsfall war der beim Frachtvertrage durchweg gewährte Anspruch auf Distanzfracht. Das Institut der Distanzfracht gilt auch heute in beschränkter Weise beim Seefrachtvertrage (H.G.B. § 630—631, 634⁵) und in weiterem Umfange beim Binnenschiffvertrage (B.Sch.G. § 64, 69, 71).

⁶³ B.G.B. § 645. — Auf einem ähnlichen Gedanken beruht es, daß nach H.G.B. § 618 und B.Sch.G. § 65 für die unterwegs infolge ihrer natürlichen Beschaffenheit untergegangenen Güter die volle Fracht zu zahlen ist, während für die sonst durch Unfall untergegangenen Güter nach Seerecht (§ 617) überhaupt keine Fracht und nach B.Sch.G. § 64 nur Distanzfracht geschuldet wird.

⁶⁴ Code civ. a. 1790. Sächs. Gb. § 1248. Schweiz. O.R. a. 376³ (368). Ebenso für das gemeine R. die bei Oertmann a. a. O. S. 6 genannten Schriftsteller. — Als Stoffmangel wird besonders auch ein vitium soli angesehen.

⁶⁵ Über die sehr verschiedenen Ansichten in der gemeinrechtlichen Doktrin und Praxis vgl. Oertmann a. a. O. S. 6 ff., 14 ff. Das Preufs. L.R. I, 11 § 966 legt bei Bauten die Gefahr des rein zufälligen Schadens dem Bauherrn auf. Das Österr. Gb. § 1157 läßt den Besteller in jedem Falle, wenn das Werk zusammen mit dem von ihm gelieferten Stoff ganz oder teilweise untergeht, den Schaden tragen, weil das betroffene Werk sein Eigentum war; Krainz § 375 Anm. 19. — Dabei wird oft nicht einmal die Beschränkung des Ver-

Jedenfalls entspricht es dem Rechtsbewußtsein, daß der Besteller die vergeblich aufgewandte Arbeit vergelten muß, wenn der Unfall sich in seiner Person oder in seinem sachlichen Herrschaftsbereiche ereignet⁶⁶. Hier wird auch dem B.G.B. gegenüber die Auslegung der Verträge nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte zu dem gleichen Ergebnis führen, sobald anzunehmen ist, daß die Entlohnung des Werkmeisters, falls der Unfall vorausgesehen wäre, vereinbart sein würde. Denn die Tragung der Gefahr durch den Unternehmer kann wegbedungen werden. So wird regelmäßig der Unternehmer die Vergütung für seine Arbeit fordern können, wenn der Besteller vor der Vollendung oder Ablieferung eines nur für seine Person bestimmten Werkes (z. B. eines künstlichen Beines oder Gebisses, eines Siegelringes, eines Kleidungsstückes) stirbt oder wenn sein Haus während einer im Gang befindlichen Reparatur oder künstlerischen Ausschmückung abbrennt⁶⁷. Aber auch bei einem Zufalle, der nicht im Bereiche des Bestellers, jedoch ebensowenig im Bereiche des Werkmeisters eintritt, sondern von außenher den Arbeitserfolg vereitelt, wird unter Umständen die Vergütung für die geleistete Arbeit nicht versagt werden dürfen⁶⁸.

Der Zeitpunkt, in dem die Gefahr vom Unternehmer auf den Besteller übergeht, ist nach dem B.G.B. erst der Augenblick der Abnahme des Werkes und nur bei nicht abnahmefähigen Werken

gütungsanspruches nach Verhältnis der geleisteten Arbeit anerkannt, sondern grundsätzlich der ganze bedungene Lohn zugebilligt; Oertmann S. 52, 65.

⁶⁶ Dafür Strohal a. a. O. S. 386 ff., Dernburg, Pand. II § 113, Oertmann S. 48 ff., Rümelin S. 127 ff. u. A. — Ausdrücklich behält das Schweiz. O.R. a. 378 (370) dem Unternehmer den Anspruch auf Gegenleistung vor, wenn das Werk durch einen beim Besteller eintretenden Zufall unmöglich wird, während nach a. 379 (371), wenn der Unternehmer stirbt oder unfähig wird, der Vertrag erlischt und nur ein für den Besteller brauchbarer, bereits fertiggestellter Teil von diesem angenommen und vergolten werden muß. Vgl. auch Österr. Gb. § 1155.

⁶⁷ Wenn Kohler, Arch. f. b. R. XIII 258 ff., u. bes. Crome § 268 Z. 2a in solchen Fällen Gefahrtragung des Bestellers wegen Annahmeverzuges annehmen, so wird der Begriff des Annahmeverzuges ungebührlich ausgedehnt. Mit Rümelin a. a. O. die Unterscheidung nach Gefahrenkreisen in das B.G.B. selbst hineinzulegen, ist schwerlich angängig. Allein die Vertragsauslegung kann und muß helfen; vgl. Planck Bem. 2d. Die Bedenken von Riezler S. 149 sind nicht durchschlagend. Vgl. auch Oertmann Bem. 3b.

⁶⁸ Im gem. R. wurde vielfach dem Besteller alle Einwirkung „höherer Gewalt“ zur Last gerechnet; Oertmann S. 7 u. 51. Dies ist nach dem B.G.B. ausgeschlossen. In Fällen jedoch, wie sie Crome § 268 Z. 2 b a anführt, muß Übernahme des Risikos durch den Besteller angenommen werden.

schon der Augenblick der Vollendung⁶⁹. Doch geht die Gefahr schon vorher auf den Besteller über, sobald derselbe in Annahmeverzug gerät⁷⁰. Außerdem trägt der Besteller, wenn auf sein Verlangen das Werk nach einem anderen Orte als dem Erfüllungsorte versandt wird, in gleichem Umfange wie der Käufer die Transportgefahr⁷¹. Dies entspricht den meisten Gesetzbüchern und nach der herrschenden Meinung auch dem gemeinen Recht⁷², während nach einer in das Sächsische Gesetzbuch übergegangenen abweichenden Auffassung des gemeinen Rechts der Werkmeister stets die Gefahr nur bis zur Vollendung des Werkes trägt⁷³. Die Vorschrift des B.G.B. führt zu einem unerträglichen Ergebnis, wenn das Werk nach der Ablieferung, aber vor der Abnahme durch Zufall untergeht oder verschlechtert wird, während Annahmeverzug noch nicht vorliegt. Wird ein Zufall, der sich im Herrschaftsbereich des Bestellers ereignet, diesem zur Last gelegt, so läßt sich auch hier Abhilfe schaffen⁷⁴.

Die Gefahr der zufälligen Vernichtung oder Verschlechterung des vom Besteller gelieferten Stoffes hat der Unternehmer nicht zu tragen⁷⁵. Nach älterem deutschem Recht haftete der Werkmeister grundsätzlich für unversehrte Rückgabe des Stoffes, konnte sich aber durch den Nachweis der Unmöglichkeit eignen Verschuldens befreien⁷⁶. Heute ist er nur für sorgfältige Aufbewahrung und Behandlung verantwortlich.

⁶⁹ B.G.B. § 644 Abs. 1 S. 1 u. § 646.

⁷⁰ B.G.B. § 644 Abs. 1 S. 2. — Über die Folgen der Verzögerung oder Vereitelung der Herstellung des Werkes durch Annahmeverzug des Bestellers vgl. oben S. 700 Anm. 58—59.

⁷¹ B.G.B. § 644². Praktisch wichtig ist dies namentlich beim Werklieferungsvertrage, bei dem statt § 447 die Regeln über den Werkvertrag gelten (§ 651).

⁷² Preufs. L.R. I, 11 § 960; Code civ. a. 1790; Schweiz. OR. a. 376¹⁻² (367). Für das gem. R. vgl. die bei Oertmann S. 4 angef. Schriftsteller.

⁷³ Sächs. Gb. § 1249. Für das gem. R. bes. Fr. Mommsen, Beitr. I 368 ff., III 423, und andere bei Oertmann S. 5 angef. Schriftsteller. Vgl. auch Windscheid § 401 Anm. 8—10.

⁷⁴ Oben Anm. 67. Die unmittelbare Anwendung des § 446 (Übergang der Gefahr auf den Käufer mit der Übergabe) ist durch § 651 sogar beim Werklieferungsvertrage ausgeschlossen.

⁷⁵ B.G.B. § 644 Abs. 1 S. 3. Selbstverständlich. Aber auch im Preufs. L.R. I, 11 § 959, Code civ. a. 1789, Schweiz. O.R. a. 376² (367²) ausdrücklich bestimmt.

⁷⁶ Vgl. über die in diesem Punkte besonders ergiebigen Quellen Rothenbücher S. 73—90. Eine unbedingte Haftung traf nach manchen Quellen den Werkmeister für Diebstahl; S. 84.

Es versteht sich von selbst, daß die Grundsätze über Gefahrtragung keine Anwendung finden, soweit der Nichteintritt des Arbeitserfolges durch Verschulden eines Teiles verursacht ist. Dann gelten vielmehr die allgemeinen Regeln über die Rechtsfolgen schuldhafter Vertragsverletzung⁷⁷.

VI. Sicherung des Unternehmers. Das ältere deutsche Recht stattete die Lohnforderungen der Werkmeister vielfach mit Vorrechten aus⁷⁸ und gab allgemein dem Werkmeister ein mit pfandrechtlichen Wirkungen versehenes Zurückbehaltungsrecht am Werke⁷⁹. Gegenüber dem römischen Recht, das eine besondere Sicherung des Werklohns nicht kennt, erhielten sich in den Partikularrechten und zum Teil auch im älteren gemeinen Recht dingliche Sicherungsansprüche und Konkursvorrechte des Unternehmers⁸⁰. Das preussische Landrecht räumte dem Werkmeister

⁷⁷ Vgl. B.G.B. § 645. Hiernach verliert der Unternehmer den Anspruch auf die Vergütung, wenn zur Vereitelung des Erfolges ein von ihm zu vertretender Umstand mitgewirkt hat. Ein Verschulden kann auch darin liegen, daß er den ihm gelieferten mangelhaften Stoff (auch z. B. den Baugrund) nicht mit der ihm als Sachkundigem obliegenden Sorgfalt geprüft oder auf die für ihn erkennbare Gefährlichkeit einer ihm erteilten Anweisung nicht aufmerksam gemacht hat; vgl. Preuss. L.R. I, 11 § 954—958; Öster. Gb. § 1157 S. 2; Sächs. Gb. § 1248; Schweiz. O.R. a. 365³ u. 376³ (356 u. 368). Ebenso verliert der Unternehmer den Anspruch auf Vergütung, wenn der Mißerfolg durch seinen Leistungsverzug verursacht ist. Andererseits bleibt der Besteller zur vollen Gegenleistung verpflichtet, wenn ihm bei der Lieferung von untauglichem Stoff oder bei einer fehlerhaften Anweisung ein Verschulden zur Last fällt oder er mit der Abnahme in Leistungsverzug war. — Bei konkurrierenden Verschulden ist § 254 anwendbar.

⁷⁸ Rothenbücher S. 95 ff. Zum Teil wurden dem Werklohn, insbesondere wenn der Werkmeister an der Betriebsstätte des Bestellers arbeitet, die Privilegien des Lidlohns zugesprochen. Über das Selbsthilferecht der Handwerker vgl. a. a. O. S. 100 ff.

⁷⁹ Rothenbücher S. 102 ff. Regelmäßig stand jedoch dem Werkmeister kein Verkaufsrecht, sondern nur ein Versetzungrecht behufs Befriedigung zu. Die Sachhaftung des Werkes für den Lohn kam oft auch den Gläubigern oder doch gewissen Gläubigern des Werkmeisters zugute. Aus ihr erklärt sich auch die oben Bd. II 560 Anm. 36 besprochene Ausnahme von dem Satze „Hand wahre Hand“. — Beim Frachtvertrage entwickelte sich früh ein echtes Pfandrecht am Frachtgut.

⁸⁰ Rothenbücher S. 127 ff. Gemeinrechtlich leistet man oft eine Pfandhaftung aus dem Gesichtspunkte der *versio in rem* her. Zugunsten der Bauhandwerker erstreckte man bisweilen die vom röm. R. dem Baudarlehngeber gewährte *hypotheca tacita* am Baugrundstück auf Forderungen für gelieferte Materialien und auch für geleistete Bauarbeit. Besonders deutlich bestimmt dies die Hamb. Ger.O. v. 1603 II 5 a. 9.

wenigstens im Konkurse des Bestellers ein dingliches Zurückbehaltungsrecht ein⁸¹, das durch die alte Reichskonkursordnung zu gemeinem Recht erhoben wurde⁸². Bei unbeweglichen Sachen gab das preussische Landrecht, dem andere Gesetzgebungen folgten, dem Werkmeister wegen der verwendeten Materialien und Arbeiten einen gesetzlichen Pfandrechtstitel⁸³.

Das B.G.B. gewährt dem Unternehmer an einer dem Besteller gehörigen beweglichen Sache, die von ihm hergestellt oder ausgebessert und hierbei in seinen Besitz gelangt ist, ein gesetzliches Pfandrecht für alle Forderungen aus dem Werkvertrage⁸⁴.

Bei unbeweglichen Sachen versagt dieser Schutz⁸⁵. Doch tritt, wenn es sich um ein Bauwerk handelt, ein Anspruch auf Einräumung einer Sicherungshypothek am Baugrundstück an die Stelle⁸⁶. Dieser Anspruch steht sowohl dem Unternehmer des ganzen Bauwerkes wie den Unternehmern der einzelnen Teile und somit insbesondere auch den Bauhandwerkern wegen ihrer Forderungen aus dem Vertrage zu⁸⁷. Er kann schon vor der Vollendung des Werkes für einen der geleisteten Arbeit entsprechenden

⁸¹ Preufs. L.R. I, 11 § 974.

⁸² K.O. § 41 Nr. 6 (Absonderungsrecht nach Faustpfandrecht).

⁸³ Preufs. A.L.R. I, 11 § 971—972. Ähnlich Bayr. Hyp.Ges. v. 1822 § 12 Nr. 9, Württ. Hyp.Ges. v. 1825. — Der Code civ. a. 2103 Nr. 4 gibt ein stark verklausuliertes Pfandrecht; Zachariae-Crome § 233 Z. 4.

⁸⁴ B.G.B. § 647; oben Bd. II 976. Das Pfandrecht kann auch an Sachen bestehen, die auf dem Grundstück des Bestellers mit dessen Maschinen hergestellt sind, falls Werkvertrag (nicht Dienstvertrag) vorliegt und der Werkmeister zunächst Besitz erlangt hat; vgl. R.Ger. LXXII Nr. 69 (Ziegelsteine aus geliefertem Ton). Über die Kollision des dem Buchbinder kraft seines Pfandrechts an eingebundenen Büchern zustehenden Verwertungswertes mit einem Verlagsrecht des Bestellers vgl. Seuff. LXIX Nr. 122. — Daneben und darüber hinaus kann das gemeine oder auch das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht ausgeübt werden. — Absonderungsrechte nach K.O. § 49 Nr. 2—4. — Eine ganz andere Natur, weil sie nicht am Werke bestehen, haben die gesetzlichen Pfandrechte des Handelsrechts am Fracht-, Kommissions- und Speditionsgut; oben Bd. II 976 Anm. 28.

⁸⁵ Der Hersteller einer unbeweglichen Sache, die kein Bauwerk ist, z. B. einer Gartenanlage, eines Weges oder einer Drainage (Seuff. LXIV Nr. 46), hat abweichend vom preufs. R. keinerlei Sicherheitsanspruch.

⁸⁶ B.G.B. § 648 (oben Bd. II 899 Anm. 6). Bekanntlich gewährte Entw. I nicht einmal diesen Anspruch.

⁸⁷ Auch bei Umbauten und Reparaturen; Rspr. d. O.L.G. II 283. Dagegen nicht dem bloßen Bauleiter; R.Ger. LXIII Nr. 77, Seuff. LXII Nr. 83. Und nicht dem bloßen Lieferanten; R.Ger. a. a. O. 316; anders nach preufs. R., R.Ger. XXVI Nr. 42.

Teil der Vergütung nebst Auslagen geltend gemacht werden⁸⁸. Ausreichenden Schutz gegen den Verlust des Entgeltes für die in das Grundstück verwendeten Arbeiten und Materialien gewährt er nicht. Und doch fordert das Rechtsbewußtsein, daß in irgendeiner Weise den Bauhandwerkern das Grundstück mit dem von ihnen geschaffenen Mehrwert vorweg hafte. Den Versuch einer gewissen Abhilfe macht das Reichsgesetz vom 1. Juni 1909⁸⁹. Es zielt auf wirksamere Sicherung aller „Bauforderungen“ ab⁹⁰. Doch haben allgemeine Geltung nur dessen Eingangsvorschriften, die durch Auferlegung öffentlichrechtlicher Verpflichtungen verhindern sollen, daß die zur Bestreitung der Baukosten gewährten „Baugelder“ ihrer Bestimmung entzogen werden⁹¹. Dagegen gelten die den Hauptinhalt des Gesetzes bildenden privatrechtlichen Vorschriften über die dingliche Sicherung der Bauforderungen nur für Neubauten in solchen Gemeinden, die ihnen durch landesherrliche Verordnung unterstellt sind, und sind bisher nirgends in Kraft gesetzt⁹².

Soweit eine Sachhaftung für den Werklohn nicht begründet

⁸⁸ Eine Vormerkung wegen seines künftigen Gesamtanspruchs kann er sofort nach dem Vertragsschluß und neben der Hypothek für den erworbenen Teilanspruch eintragen lassen.

⁸⁹ Über die Mängel des geltenden Rechts, die mannigfachen Reformvorschläge und Reformentwürfe und die problematische Abhilfe durch das neue Reichsgesetz besteht eine umfangreiche Literatur. Vgl. darüber jetzt bes. Oertmann, Handwörterb. der Staatswiss.³ VII 489 ff.

⁹⁰ Als „Bauforderungen“ gelten neben den Forderungen aus Werkverträgen der Bauunternehmer und Bauhandwerker auch solche aus Dienst- und Lieferungsverträgen der an der Herstellung des Baues beteiligten Personen.

⁹¹ §§ 1—8. Den Baugeldempfänger trifft eine Verwendungspflicht, den Bauunternehmer, falls er Baugewerbetreibender ist oder Baugeld empfängt, eine Buchführungspflicht („Baubuch“), den Bauleiter eine Kundmachungspflicht (durch Anschlag). Die Verletzung jeder dieser Pflichten ist mit Strafe bedroht.

⁹² §§ 9—67. Die Durchführung setzt die Errichtung von Bauschöffensämtern voraus. Die vorgesehene dingliche Sicherung erfolgt durch „Bauvermerk“, dessen Eintragung jedoch bei hinreichender anderweitiger Sicherstellung unterbleibt, und spätere „Bauhypothek“, die allen nach dem Bauvermerk eingetragenen Rechten (mit gewissen Einschränkungen zugunsten einer „Baugeldhypothek“) vorgeht. Das Nähere gehört ins Pfandrecht. — Auf einfachere Weise sucht das Schweiz. Z.G.B. a. 837 u. 839—841 zu helfen. Der Anspruch der Bauunternehmer und Bauhandwerker auf ein gesetzliches Grundpfandrecht ist unverzichtbar. Das rechtzeitig und gehörig eingetragene Pfandrecht geht bei der Pfandverwertung älteren Pfandrechten insoweit vor, als deren Verwertungsanteil den Bodenwert übersteigt und die den Unternehmern oder Handwerkern nachteilige Mehrbelastung erkennbar war.

ist, genießt er heute ein Konkursvorrecht im allgemeinen nicht. Eine Ausnahme machen die Forderungen der Ärzte und anderer Krankenhelfer wegen Kur- und Pflegekosten aus dem letzten Jahre⁹³.

VII. Beendigung. Zum Unterschiede vom Dienstvertrage zielt der Werkvertrag nicht auf ein dauerndes Schuldverhältnis, sondern auf einmalige Erfüllungshandlung ab. Normaler Beendigungsgrund ist die in der Bewirkung und Vergütung des in sich abgeschlossenen Arbeitserfolges konzentrierte Erfüllung. Durch Eintritt der Unmöglichkeit des Arbeitserfolges erlischt der ganze Vertrag⁹⁴.

Allein weil er Arbeitsvertrag ist, erzeugt der Werkvertrag ein vorbereitendes Schuldverhältnis, das auf Dauer bis zur Erfüllung angelegt ist⁹⁵. Denn er verpflichtet den Unternehmer zur Arbeitsleistung behufs Herstellung des Werkes und fügt diese Verpflichtung nebst der etwa erforderlichen Mitwirkung des Bestellers dem Schuldinhalt ein. Darum tritt hier als Beendigungsgrund die vorzeitige Aufhebung des Vertrages hinzu, die ihn nur für die Zukunft außer Kraft setzt, seinen bisherigen Bestand aber unberührt läßt. Erfolgt sie durch einseitige Willenserklärung eines Teils, so fällt sie unter den Begriff der „Kündigung“.

Ein Kündigungsrecht des Unternehmers wird, wie wir schon gesehen haben, nur durch qualifizierte Säumnis des Be-

⁹³ K.O. § 61 Z. 4. Doch nur bis zum taxmäßigen Betrage.

⁹⁴ Je nach der Beschaffenheit des Werkes kann dessen Herstellung auch durch den Tod des Bestellers (oben S. 702 Anm. 67), insbesondere aber durch Tod oder Unfähigwerden des Unternehmers unmöglich werden. Das B.G.B. enthält darüber keine besonderen Bestimmungen, während das Preufs. L.R. I, 5 § 416 u. der Code civ. a. 1795 der Regel nach, das Öst. Gb. § 1162 u. das Schweiz. O.R. a. 379 (371) dann, wenn der Werkvertrag mit Rücksicht auf persönliche Eigenschaften des Unternehmers eingegangen war, den Tod des Unternehmers als Beendigungsgrund behandeln. Auch über die Folgen der Beendigung in solchen Fällen läßt das B.G.B. die allgemeinen Grundsätze entscheiden. Den vom Österr. Gb. § 1162 den Erben des Unternehmers gewährten Anspruch auf Teilvergütung gewährt das B.G.B. nicht. Ebenso wenig verpflichtet es mit dem Code civ. a. 1795 und dem Schweiz. O.R. a. 379 (371) den Besteller zur Abnahme und Bezahlung eines für ihn brauchbaren, bereits fertiggestellten Teils. Vgl. Motive II 505.

⁹⁵ Vgl. meine Abh. über dauernde Schuldv. S. 396 ff. Hierin unterscheidet sich der Werkvertrag vom Kaufvertrage. Darum tritt diese Eigentümlichkeit des Werkvertrages beim Werklieferungsvertrage ganz zurück. Dagegen macht sie sich am stärksten geltend, wenn es sich um ein nicht abnahmefähiges Werk, besonders einen unkörperlichen Arbeitserfolg handelt. Darum nähern solche Werkverträge sich vielfach den Dienstverträgen an.

stellers in Ansehung der zur Herstellung des Werkes erforderlichen Mitwirkung begründet. Die Kündigung hebt den Vertrag auf, beläßt aber dem Unternehmer den Anspruch auf Gegenleistung für schon geleistete Arbeit⁹⁶.

Dagegen steht dem Besteller bis zur Vollendung des Werkes ein freies Kündigungsrecht zu⁹⁷. Das vollendete Werk muß er abnehmen oder, soweit es nicht abnahmefähig ist, ohne weiteres als Erfüllung gelten lassen: bis dahin aber kann er das Werk nach Belieben abbestellen. Seine Kündigung hebt den Vertrag auf. Er bleibt aber zur Entrichtung der ganzen vereinbarten Vergütung abzüglich dessen, was der Unternehmer infolge der Aufhebung des Vertrages an Aufwendungen erspart oder durch anderweite Verwertung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterläßt, verpflichtet⁹⁸. Nur wenn die Kündigung wegen wesentlicher Überschreitung eines dem Vertrage zugrunde gelegten Kostenanschlages erfolgt, ermäßigt sich der Vertragsanspruch des Unternehmers auf einen der bereits geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung⁹⁹.

⁹⁶ Oben S. 700 Anm. 59. — Inwieweit dem Unternehmer ein Rücktrittsrecht zusteht, entscheidet sich nach allgemeinen Grundsätzen.

⁹⁷ B.G.B. § 649. Dieses Kündigungsrecht ist dem gem. R., dem preuß. R. u. dem österr. R. nach richtiger Meinung fremd, hat aber sein Vorbild in Code civ. a. 1794, Sächs. Gb. § 1252 u. Schweiz. O.R. a. 377 (369). Es kann zweifellos wegbedungen werden; vgl. R.Ger. LXXXVI Nr. 26 S. 110. — Verschieden von ihm ist das Rücktrittsrecht, das dem Besteller im Falle nicht rechtzeitiger Herstellung des Werkes zusteht (oben S. 697 Anm. 46) und nach allgemeinen Regeln auch in anderen Fällen zustehen kann.

⁹⁸ Es handelt sich dabei um den nach dem Prinzip der Vorteilsausgleichung von selbst sich mindernden Vertragsanspruch auf Entgelt; R.Ger. b. Seuff. LXII Nr. 226, Z.S. LXXIV Nr. 54. Einen Anspruch auf Schadensersatz hat der Unternehmer nicht. Wenn er durch Abbruch einer Arbeit, deren Vollendung ihm künstlerischen Erfolg verschafft hätte, noch so schwer geschädigt wird, kann er Ersatz dafür nicht verlangen. — Zu einem gerechteren Ergebnis führen die Bestimmungen des Code civ. a. 1794, Sächs. Gb. § 1252 u. Schweiz. O.R. a. 377 (369), nach denen der Unternehmer zwar nur die bereits verdiente Vergütung, außerdem aber volle Entschädigung für entgangenen Gewinn fordern kann.

⁹⁹ B.G.B. § 650; vgl. Sächs. Gb. § 1253. Der Unternehmer muß, wenn eine wesentliche Überschreitung des Anschlages zu erwarten ist, dem Besteller unverzüglich Anzeige machen, widrigenfalls er schadensersatzpflichtig wird. — Ist der Kostenanschlag für den Unternehmer bindend, so liegt darin eine feste Begrenzung des Werklohns, findet also § 650 keine Anwendung. Unrichtig meint Rümelin S. 155 u. 300, daß nur in diesem Falle Werkvertrag, bei nicht bindendem Kostenanschlage Dienstvertrag vorliege. Daß die Vergütung im voraus fest bestimmt sei, gehört nicht zum Wesen des Werkvertrages.

§ 202. Maklervertrag¹.

I. Begriff. Der Maklervertrag hat die entgeltliche Vermittlung von Vertragsschlüssen zwischen Anderen zum Gegenstande. Er hat mit dem Werkvertrage stets gemein, daß eine Vergütung („Mäklerlohn“) für einen Arbeitserfolg (Bewirkung des Zustandekommens eines Vertrages) versprochen wird. Verpflichtet sich der Makler seinerseits, für die Herbeiführung dieses Erfolges tätig zu werden², so ist der Maklervertrag überhaupt eine Unterart des Werkvertrages³. Allein ein Maklervertrag liegt auch vor, wenn, wie dies die Regel bildet, der Makler keinerlei Tätigkeit verspricht, sondern sich nur für den Fall erfolgreicher Tätigkeit den Mäklerlohn versprechen läßt⁴. Darum bildet der Maklervertrag einen eigenartigen Typus des Arbeitsvertrages⁵.

¹ Riesenfeld b. Gruchot XXXVI 790 ff., XXXVII 27 ff., 257 ff., 530 ff., 814 ff. Reuling, ebd. XL 193 ff. Crome, Part. R.G. S. 411 ff. Staub, Exkurs zu H.G.B. § 92. Reichel, Die Mäklerprovision, 1913. — Zur Geschichte: Laband, Z. f. D. R. XX 1 ff. Goldschmidt, Z. f. d. g. H.R. XXVIII 115 ff. Frensdorff, Der Makler im Hansagebiet, in Festschr. f. Regelsberger, Gött. 1901. P. Rehme in Ehrenbergs Handb. des H.R. I 99 ff., 159 ff., 210 ff. — Zum Recht der Handelsmäkler: Goldschmidt, Hdb.² § 55 S. 631 ff. Behrend § 56 ff. Cosack I § 52. K. Lehmann § 44. — Zum preuß. R.: Neubauer, Arch. f. b. R. VI 1 ff. — Zum Recht des B.G.B.: Endemann § 176. Crome § 272. Matthiafs § 124. Kohler § 140. Cosack § 152. Dernburg § 337 ff. Enneccerus § 377 ff.

² Wenn Enneccerus § 377 Anm. 2 ausführt, falls nicht der Erfolg, sondern nur Tätigkeit für den Erfolg versprochen werde, liege nicht Werkvertrag, sondern Dienstvertrag vor, so übersieht er, daß auch eine in sich geschlossene Tätigkeit mit ungewissem Erfolg den Gegenstand eines Werkvertrages bilden kann (oben § 201 S. 690 Anm. 14). Hier aber kommt hinzu, daß dem Makler nur bei Erreichung des Erfolges seine Arbeit vergolten werden soll, was dem Wesen des Dienstvertrages widerspricht. (In dem von Enneccerus zum Gegenbeweise angeführten Beispiel ist auch Werkvertrag anzunehmen.)

³ Keineswegs aber hört er damit auf, Maklervertrag zu sein, wie dies wegen der angeblich streng einseitigen Natur des Maklervertrages Reuling S. 193 ff., Riezler, Werkv. S. 91, Siber, Rechtszwang S. 18 ff. annehmen, aber auch Riesenfeld a. a. O. XXXVII 277, 847 lehrt.

⁴ Dies wird durch § 652 B.G.B. klargestellt. Man kann daher nicht mit Crome, Part. R.G. S. 413 ff. u. B.G.B. § 272, Dernburg § 338 II, Schollmeyer S. 113, Lotmar I 283 ff. u. A. den Maklervertrag schlechthin dem Begriff des Werkvertrages unterstellen.

⁵ Vgl. Planck, Vorbem. IV; Oertmann, Vorbem. 3; Enneccerus § 377 I 1; Cosack § 152 V; Reichel S. 8 ff. Der Maklervertrag ist niemals streng „einseitiger“ Vertrag. Denn auch wenn der Makler keine Tätigkeit schuldet, ist er, sobald er tätig wird, aus dem Vertrage zu Leistungen be-

II. Geschichte. Die Ausbildung eines besonderen Mäklervertragsrechts erfolgte in Deutschland seit dem Mittelalter auf dem Gebiete des Handelsrechts. Maßgebend war dabei die Stellung der Handelsmäkler als amtlich bestellter und vereidigter Vermittler, denen ein ausschließliches Recht auf die Vermittlertätigkeit im Handelsverkehr zustand. In diesem Sinne wurde das Mäklervertragsrecht in den Handelsgesetzbüchern geregelt⁶. Als dann seit dem Wegfall des Monopols der „Handelsmäkler“ neben ihnen „Privathandelsmäkler“ aufkamen, wurde auf sie das für die amtlichen Mäkler entwickelte Vertragsrecht entsprechend angewandt⁷. Seitdem endlich das Institut der amtlichen Mäkler überhaupt abgeschafft und der Begriff der „Handelsmäkler“ auf Kaufleute übertragen ist, die gewerbsmäßig den Abschluss von Verträgen über Gegenstände des Handelsverkehrs vermitteln⁸, gelten handelsrechtliche Sondervorschriften, die sich an das bisherige Recht anschließen und daher starke Nachwirkungen des alten Amtsrechtes aufweisen, für die Mäklerverträge, die von solchen Kaufleuten im Bereiche ihres Handelsmäklerberufes geschlossen werden⁹.

Auch im Gebiete des bürgerlichen Rechts wurde gegenüber dem römischen Recht, das dem Mäklervertrag keine bindende Kraft zuschrieb¹⁰, der Mäklervertrag im gemeinen Recht und in den Partikularrechten als vollwirksam anerkannt¹¹. Doch wurde

stimmter Art verpflichtet (vgl. unten zu III). Allein er ist nicht notwendig ein „gegenseitiger“, sondern möglicherweise ein „unvollkommen zweiseitiger“ Vertrag.

⁶ Preufs. A.L.R. II, 8 § 1305—1388. Code de comm. a. 74—90. A.D.H.G.B. a. 66—84. Österr. G. v. 4. April 1875.

⁷ Behrend § 59; R.Ger. IV Nr. 86 u. andere Entsch. (b. Behrend a. a. O. Anm. 3).

⁸ H.G.B. § 93¹. Aufgeführt sind Verträge „über Anschaffung oder Veräußerung von Waren oder Wertpapieren, über Versicherungen, Güterbeförderungen, Bodmerei, Schiffsmiete oder sonstige Gegenstände des Handelsverkehrs“. Wer vertragsmäßig mit solcher Vermittlung für einen Andern ständig betraut ist, ist kein Handelsmäkler, sondern Handlungsagent; seine Tätigkeit beruht auf Dienstvertrag (oben § 200 S. 638 Anm. 4).

⁹ H.G.B. § 94—99, 101, 104. — Eine vom Vertragsrecht unabhängige berufsständische Pflicht ist die Pflicht zur Führung des Tagebuchs; § 100, 102—104.

¹⁰ L. 3 D. de proxeneticis (50, 14). — Nur extra ordinem konnte Mäklerlohn eingeklagt werden.

¹¹ Gestritten wurde nur, ob die Regeln des Auftrags oder des Werk- oder Dienstvertrages oder eines besonderen Innominatkontraktes anzuwenden

er, obschon er im Leben nach dem handelsrechtlichen Vorbilde sich zu einer eignen Vertragsart entwickelte, von den Gesetzbüchern lange ignoriert¹² und erst in neuerer Zeit mit einzelnen Vorschriften bedacht¹³. Das B.G.B. behandelt ihn als eigenartigen Vertrag und widmet ihm einige Bestimmungen¹⁴. Sie haben ergänzende Bedeutung auch für den Handelsmäklervertrag. Auf die Vermittlung von Verträgen über Gegenstände, die nicht dem Bereiche des Handelsverkehrs angehören, wie Grundstückskäufen, Hypothekenverkehrsgeschäften, Mietsverträgen, Dienstverträgen usw., finden sie auch dann primäre Anwendung, wenn sie durch einen Handelsmakler erfolgt¹⁵. Für die gewerbsmäßige Stellenvermittlung werden sie durch Sondervorschriften ergänzt und zum Teil abgewandelt¹⁶. Ausschließlich gelten sie für alle nicht gewerbsmäßige Mäkelei.

III. Verpflichtungen des Mäklers. Die Tätigkeit des Mäklers kann je nach der Abrede sich auf den Nachweis der Gelegenheit zum Abschluss eines Vertrages beschränken oder den Vertragsschluss selbst vermitteln¹⁷. Ob er überhaupt verpflichtet ist, tätig zu werden, hängt von ausdrücklicher oder stillschweigender Vereinbarung ab¹⁸. In jedem Falle aber ist er, wenn er tätig wird, vertragsmäßig verpflichtet, nach Treu und Glauben zu verfahren

sein. Auch in Preußen schwankte man zwischen Auftrag und Vertrag über Handlungen. Vgl. Riesenfeld a. a. O. S. 30 ff.

¹² So im Preufs. L.R., Code civ. u. Österr. Gb. — Nur die Gesindemäkelei wurde oft in den Ges.O. speziell geregelt; vgl. Könncke S. 404—413, Preufs. Ges.O. § 13—21.

¹³ Besonders im Sächs. Gb. § 1254—1259. — Auch im neuen Schweiz. O.R. a. 412—418, während das alte in a. 405 nur bestimmt, daß die Vorschriften über den Auftrag anwendbar seien (so auch jetzt a. 412).

¹⁴ B.G.B. § 652—656.

¹⁵ H.G.B. § 93². Ebenso auf jede von einem Kaufmann, der nicht Handelsmakler ist, übernommene Vermittlung, auch wenn sie Handelsgeschäft ist.

¹⁶ Jetzt gilt das Stellenvermittlerges. v. 2. Juni 1910, das alle Stellenvermittlung zum konzessionspflichtigen Gewerbe stempelt und einer Reihe von Beschränkungen unterwirft. Das R.Ges. über die Stellenvermittlung für Schiffsleute v. 2. Juni 1902 und die auf Gesindevermieter und andere Stellenvermittler bezüglichen Vorschriften der Gew.O. sind aufgehoben (§ 19).

¹⁷ B.G.B. § 654. Ebenso Stellenvermittlerges. § 1. Schweiz. O.R. a. 412. — Dagegen richtet sich die Tätigkeit des Handelsmäklers stets auf Vermittlung des Vertrages selbst; H.G.B. § 93.

¹⁸ Vgl. Rspr. d. O.L.G. XII 88; Seuff. XLI Nr. 200. Soweit er verpflichtet ist, ist gegen ihn an sich eine Klage auf Erfüllung möglich (anders Sächs. Gb. § 1255). Praktisch aber wird meist nur der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung aus schuldhafter Unterlassung durchführbar sein.

und die ihm anvertrauten Interessen sorgfältig wahrzunehmen; er darf den Vertragsschluss nicht vereiteln oder ungünstig beeinflussen, keinen nach Zweck oder Mitteln anstößigen Vertragsschluss herbeiführen, nicht bewusst einen zahlungsunfähigen Käufer zuführen oder Mängel einer verkauften Sache verheimlichen; er muß die erforderliche Auskunft wahrheitsgemäß erteilen und schuldet Verschwiegenheit; er hat je nach den Umständen auch für gehörige Feststellung des Vertragsinhaltes und urkundliche Beweissicherung zu sorgen¹⁹. Verletzt er schuldhaft seine Verpflichtungen, so verliert er den Anspruch auf den Maklerlohn und kann darüber hinaus nach den allgemeinen Grundsätzen des Vertragsrechts für Schadensersatz verantwortlich gemacht werden²⁰.

Die Verpflichtungen des Maklers bestehen nach der Regel des bürgerlichen Rechts nur gegenüber seinem Auftraggeber, mit dem er den Maklervertrag geschlossen hat. Hierin unterscheidet er sich vom Handelsmakler, dem das Gesetz auch nach dem Wegfall seiner Beamtstellung die Rolle eines unparteiischen Vermittlers zuweist, so daß er als „ehrlicher Makler“ die Interessen beider Parteien gleichmäßig zu wahren hat und beiden für den durch sein Verschulden entstehenden Schaden haftet²¹. Indessen

¹⁹ Vgl. R.Ger. b. Seuff. XLII Nr. 106, LVI Nr. 24 u. Nr. 73, K.Ger. ebd. Nr. 148, O.L.G. Posen ebd. LVII Nr. 211, O.L.G. Hamb. ebd. LXIV Nr. 128, R.Ger. Jur. W.Schr. 1912 S. 515, weitere Nachweise im Komm. d. R.G.R. zu § 652 Z. 2a. Dazu Reichel S. 138 ff., 150 ff., 229 ff. — Den Handelsmakler trifft nach gesetzlicher Regel eine aus dem alten Amtsrecht stammende formale Beurkundungs- und Beweissicherungspflicht; H.G.B. § 94—96, 101.

²⁰ Vielfach wird behauptet, daß der Auftraggeber nur Schadensersatz beanspruchen und nur in Höhe seines Ersatzanspruches mit der Lohnforderung aufrechnen könne; Seuff. LXIV Nr. 28. Allein man wird die Androhung der Lohnverwirkung in § 654 als Ausfluß eines allgemeinen Prinzips betrachten dürfen und darum überhaupt dem pflichtvergessenen Makler von vornherein den Lohnanspruch versagen müssen; vgl. Seuff. LVI Nr. 14 u. Nr. 73, R.Ger. im Recht 1907 Nr. 3489, 1910 Nr. 3337, 1911 Nr. 2863, Deut. J.Z. 1912 S. 515, Rspr. der O.L.G. XXIV S. 387; Enneccerus § 378 Anm. 3. In sehr eingehender Weise entwickelt Reichel S. 229 ff. den Gedanken, daß der Makler den Anspruch auf den Maklerlohn verliert, wenn er sich „lohnunwürdig“ macht, und untersucht die einzelnen Fälle solcher Lohnunwürdigkeit. Im Grundgedanken stimmt ihm Krückmann, Arch. f. b. R. XL 56 ff., zu, weicht aber in Einzelheiten ab. Über die Frage, ob unter Umständen die Provision nur zu kürzen ist, vgl. Reichel S. 136 ff.

²¹ H.G.B. § 98; dazu § 94—96, 101. Der Handelsmakler macht also, sobald er infolge des Auftrags einer Partei mit einer anderen Partei in Verhandlungen tritt, auch dieser eine Maklervertragsofferte, die durch Einlassung auf die Verhandlung angenommen wird. — Durch Vereinbarung kann dies geändert werden.

kann auch nach bürgerlichem Recht sich aus dem Inhalte des mit dem Auftraggeber geschlossenen Vertrages ergeben, daß der Mäkler zugleich sich dem anderen Teil zu entgeltlichem Mäklerdienst verpflichten darf²². Ist er aber vertragswidrig auch für den anderen Teil tätig gewesen, so verwirkt er den Anspruch auf den Mäklerlohn und den Ersatz seiner Aufwendungen²³.

IV. Rechte des Mäklers. Der Mäkler hat Anspruch auf den versprochenen oder den Umständen nach als versprochen anzusehenden Mäklerlohn, dessen Höhe mangels besonderer Vereinbarung durch eine etwaige Taxe oder den üblichen Satz bestimmt wird²⁴. Unüberschreitbare Taxen, durch die im älteren Recht die Vertragsfreiheit vielfach beschränkt wurde, sind neuerdings bei der gewerbsmäßigen Stellenvermittlung wieder eingeführt²⁵. Durch den Mäklerlohn sind im Zweifel auch die gemachten Aufwendungen gedeckt, so daß für sie nur im Falle besonderer Vereinbarung Ersatz verlangt werden kann²⁶.

²² Für das gem. u. preufs. R. war die Zulässigkeit sehr bestritten; vgl. die Anführungen aus der Praxis in den Motiven zum Entw. Bd. II 514—515. Nach § 654 B.G.B. ist die Übernahme von Mäklertätigkeit für den anderen Teil zulässig, wenn sie nicht ausdrücklich oder nach der erkennbaren Vertragsabsicht ausgeschlossen ist; R.Ger. b. Seuff. LVI Nr. 24, b. Gruchot LII 993. Im Gegensatz zum Handelsrecht bedarf es aber immer, damit der Mäkler beiden Parteien gegenüber verpflichtet und berechtigt werde, eines besonderen Mäklervertrages mit jeder von ihnen und somit eines doppelten Lohnversprechens. Die Gestattung des Doppelvertrages ist namentlich anzunehmen, wenn die Mäklertätigkeit nur auf Zuführung oder Nachweis einer zum Vertragsschluss geeigneten Person gerichtet sein soll. Üblich ist sie bei der Gesindemiete und wird im Stellenvermittlungsges. § 5 vorausgesetzt.

²³ B.G.B. § 654; ebenso Schweiz. O.R. a. 415. Dies gilt gegenüber beiden Auftraggebern, es müßte denn der eine von ihnen die Doppeltätigkeit gestattet oder bei der Auftragserteilung die bereits für den anderen übernommene Mäklerstellung gekannt haben. Nachweis eines Schadens ist nicht erforderlich, wohl aber kann nach allgemeinen Grundsätzen außerdem Schadensersatz wegen schuldhafter Vertragsverletzung begehrt werden.

²⁴ B.G.B. § 653 (wie § 612 u. § 632); Schweiz. O.R. a. 414. Üblich ist meist die Berechnung des Mäklerlohns (Provision, Courtage, Sensarie) nach einem bestimmten Prozentsatz des Gegenstandswertes. Der Lohn kann auch nur bedingt, z. B. nur für den Fall der Erzielung eines Mindest- oder Höchstpreises, versprochen oder nach dem Ergebnis abgestuft werden; R.Ger. b. Gruchot XLIX 616 ff.

²⁵ Stellenvermittl.G. § 5¹ u. 12¹ Z. 4 (landesbehördliche Festsetzung). Ältere landesgesetzliche Bestimmungen dieser Art haben durch das B.G.B. ihre Geltung verloren; R.Ger. LVIII Nr. 52.

²⁶ B.G.B. § 652². Ebenso nach älterem Recht. Vgl. auch Sächs. Gb. § 1258, Schweiz. O.R. a. 413³. Ausführlich darüber Reichel S. 267 ff.

Der Maklerlohn ist aber nach altem Gewohnheitsrecht, das nach dem Vorbilde der Handelsgesetzbücher nun auch im B.G.B. fixiert ist, nur verdient, wenn der Vertrag infolge der nachweisenden oder vermittelnden Tätigkeit des Maklers zustande kommt²⁷. Für erfolglose Bemühungen und Aufwendungen kann der Makler mangels anderer Abrede keinerlei Ersatz verlangen²⁸.

Somit ist einerseits das Zustandekommen des angestrebten Vertrages zwischen dem Auftraggeber und einem Dritten erforderlich. Der Vertrag muß rechtsverbindlich abgeschlossen sein²⁹. Er muß ferner endgültige Wirksamkeit erlangt haben. Ist er unter einer aufschiebenden Bedingung geschlossen, so kann der Maklerlohn erst verlangt werden, wenn die Bedingung eintritt³⁰. Im Falle des Vertragsschlusses unter einer auflösenden Bedingung ist der Maklerlohn zunächst zu zahlen, jedoch bei Eintritt der Bedingung zurückzuzahlen, es müßte denn der vom Auftraggeber erstrebte Zweck trotzdem im wesentlichen erreicht sein³¹. Ebenso kann die Wiederauflösung des Vertrages kraft eines vorbehaltenen Rücktrittsrechts den Lohnanspruch wieder hinfällig machen³².

²⁷ B.G.B. § 652. Das gleiche nahm die Praxis stets für das gem. und preuß. R. an; R.Ger. VI Nr. 51 u. 52, XXV Nr. 67. Vgl. ferner Sächs. Gb. § 1254, Schweiz. O.R. a. 413.

²⁸ Dafs er auch für die Aufwendungen nichts zu fordern hat, ist in § 652 Abs. 2 S. 2 ausdrücklich bestimmt und entspricht dem bisherigen Recht (Seuff. LI Nr. 21).

²⁹ Daher ist der Maklerlohn nicht verdient, wenn der Vertrag wegen Formmangels nichtig ist; R.Ger. XXIX Nr. 56. Anders nur, wenn ein solcher Vertrag gleichwohl von den Parteien als bindend behandelt wird; R.Ger. XXV Nr. 67. Ebenso wenig ist der Maklerlohn verdient, wenn der Vertrag aus einem inneren Grunde nichtig (z. B. auf Unmögliches gerichtet, Scheingeschäft, sittenwidrig) ist; Rspr. d. O.L.G. IV 238; unrichtig Seuff. XLIX Nr. 247. Vgl. indes über die erforderlichen Einschränkungen Reichel S. 26 ff. Ist der Vertrag anfechtbar, so wird der zunächst begründete Lohnanspruch durch die Anfechtung rückwärts hinfällig. So auch im Falle der Anfechtung wegen Betruges des Auftraggebers; R.Ger. LXXVI Nr. 88, mit Unrecht angegriffen von Reichel S. 37 ff.

³⁰ B.G.B. § 652 Abs. 1 S. 2. Ebenso für das gem. R. R.Ger. b. Seuff. XLV Nr. 13. Schweiz. O.R. a. 413². Vgl. Reichel S. 38 ff. u. über Anfangstermin S. 44 ff.

³¹ So entscheidet die sehr streitige Frage Reichel S. 48 ff.; zustimmend Enneccerus § 378 II 1 b, Raape b. Dernburg⁴ § 339 Anm. 15. Andere lassen den Lohnanspruch stets hinfällig werden; so Planck Bem. 3 c, Dernburg, D.J.Z. 1904 S. 822, Rspr. d. O.L.G. XIV 28. Wieder Andere lassen ihn immer bestehen; so Crome § 272 Z. 5 a α, Cosack § 152 V 3, Oertmann Bem. 2 a α, O.L.G. Hamb. b. Seuff. LXXI Nr. 113 (mit irreführendem Eingang).

³² Auch hierüber herrscht Streit. Für den Wegfall Seuff. L Nr. 13, R.Ger.

Sodann muß der abgeschlossene Vertrag sich mit dem Verträge, dessen Vermittlung dem Mäkler aufgegeben war, decken³³. Ein Recht darauf, daß der Auftraggeber das Zustandekommen des Vertrages bewirke, hat der Mäkler nicht. Vielmehr muß er sich, auch wenn er einen an sich durchaus geeigneten Vertragsschluss bereitgestellt hat, dessen willkürliche Ablehnung gefallen lassen³⁴. Auch kann er keinen Einspruch dagegen erheben, daß unabhängig von seiner Darbietung der Vertrag anderweit auf Grund selbsterkundeter oder von einem anderen Vermittler nachgewiesenen Gelegenheit geschlossen wird³⁵. Doch ist es möglich, daß der Auftraggeber sich stärker bindet. Er kann schon für die Darbietung eines geeigneten Angebots Lohn oder doch Auslagenvergütung zusagen oder bei Ablehnung eines solchen sich einer Vertragsstrafe unterwerfen³⁶. Auch kann er unter Verzicht auf sein freies Widerrufsrecht dem Mäkler einen Auftrag bis zu einem bestimmten Termin „fest und unwiderruflich“ erteilen und hat dann, wenn er anderweit abschließt und der Mäkler nachweist, daß ihm eine gehörige Vermittlung gelungen sein würde, dem Mäkler Schadensersatz zu leisten³⁷.

Andererseits muß, damit der Mäklerlohn gefordert werden kann, das Zustandekommen des Vertrages Folge der Tätigkeit

im Recht 1909 Nr. 3054. Für Bestehenbleiben Seuff. XL Nr. 16. Vgl. Reichel S. 59 ff., der den Lohnanspruch wegfallen läßt, wenn der Vertragsgegner, dagegen aufrechterhält, wenn der Auftraggeber zurücktritt. — Die Ausübung eines gesetzlichen Rücktrittsrechts ist einflußlos.

³³ Der Mäklerlohn ist also nicht verdient, wenn statt des in Aussicht genommenen Vertrages ein wesensverschiedener Vertrag, z. B. statt des Kaufes ein Tausch oder eine gesellschaftliche Beteiligung, zustande kommt; vgl. Seuff. XIII Nr. 8, LI Nr. 54, R.Ger. XXXIX Nr. 57, Rspr. d. O.L.G. VIII 76, XVIII 17. Anders jedoch, wenn der wirtschaftliche Erfolg derselbe ist. Vgl. über die Einzelheiten ausführlich Reichel S. 89 ff. — Ist Mäklerlohn für die Verschaffung eines Darlehens versprochen, so ist er im Zweifel noch nicht mit dem Zustandebringen eines klagbaren Darlehensversprechens verdient; R.Ger. XXXIX Nr. 57. A. M. auf Grund der Theorie des Konsensualdarlehens Reichel S. 18 ff.

³⁴ Enneccerus § 378 II 1d; Dernburg⁴ § 339 Anm. 11; Reichel S. 6 ff.; Rspr. d. O.L.G. IV 48, VIII 76, XXII 319; R.Ger. in J.W.Schr. 1911 S. 758.

³⁵ Oertmann zu § 652 Bem. 2 a ε; R.Ger. VI Nr. 52.

³⁶ Reichel S. 12 ff.

³⁷ R.Ger. LXXVI Nr. 90, Gruchot LVI 118 ff., Rspr. d. O.L.G. XII 89. Die Verpflichtung zur Zahlung des vollen Mäklerlohns kann nicht mit dem O.L.G. Naumburg b. Seuff. LXII ohne weiteres aus dem Verzicht auf den Widerruf gefolgert werden. Vgl. Enneccerus § 378 III 1, Raape b. Dernburg⁴ § 339 Anm. 11, Reichel S. 205 ff.

des Mäklers sein³⁸. Der Mäkler muß also durch seinen Nachweis oder seine Vermittlung den Vertragsschluss verursacht oder doch mitverursacht haben³⁹. Das Maß des erforderlichen Kausalzusammenhanges hängt von der aus den Umständen zu ermittelnden und nach Treu und Glauben auszulegenden Parteiabsicht ab⁴⁰. Die Beweislast trifft den Mäkler⁴¹. Daß der Auftraggeber beim Vertragsschluss Kenntnis von der Tätigkeit des Mäklers gehabt hat, ist nicht erforderlich⁴².

Der Vergütungsanspruch des Mäklers richtet sich nach bürgerlichem Recht gegen seinen Auftraggeber. Hat er zulässigerweise sich von beiden Parteien beauftragen lassen, so kann er von jeder den vollen Mäklerlohn verlangen⁴³. Dagegen hat der Handelsmäkler kraft seiner Stellung zwischen den Parteien mangels anderer

³⁸ Doch ist es nicht ausgeschlossen, daß der Auftraggeber die Zahlung des Mäklerlohns für den Fall des Zustandekommens des Vertrages unabhängig davon, ob die Mitwirkung des Mäklers diesen Erfolg herbeigeführt hat, verspricht. Darin liegt kein Schenkungsversprechen; Rspr. d. O.L.G. IX 8, Dernburg § 339 Anm. 16. Vgl. auch Reichel S. 222 ff.

³⁹ Reichel S. 129 ff. will anstatt des Kausalzusammenhanges nur fordern, daß der Mäkler sich um das Zustandekommen des Vertrages in förderlicher Weise „verdient“ gemacht hat; in § 652 müsse es „dank“ statt „infolge“ heißen; die Provision sei „Dank“ für förderliche Tätigkeit (S. 154). Allein die Tätigkeit des Mäklers hat entweder den Vertragsschluss wirklich gefördert und war dann eben mitverursachend, oder sie blieb trotz ihrer subjektiven Verdienstlichkeit ohne Einfluß auf das Ergebnis und war dann eben erfolgloses Bemühen.

⁴⁰ Vgl. Seuff. XXXIX Nr. 10, LX Nr. 100, R.Ger. VI Nr. 51, Gruchot XLVII 927 ff., weitere Nachweise aus der Praxis bei Warneyer u. im Komm. d. R.G.R. zu § 652 unter 2 c. Die überaus eingehende Kasuistik b. Reichel S. 138 ff., der dabei zwischen dem Nachweisungs- und dem Vermittlungsmäkler unterscheidet, bietet reiche Belehrung.

⁴¹ Reichel S. 172 ff. Im allgemeinen aber ist, wenn feststeht, daß der Mäkler dem Auftraggeber von der Gelegenheit zum Vertragsschluss Mitteilung gemacht hat, mangels besonderer entgegenstehender Umstände mindestens Mitverursachung des erfolgten Vertragsschlusses durch den Mäkler anzunehmen.

⁴² Oertmann zu § 652 Bem. 2 a 7; Kipp b. Windscheid S. 775. A. M. Seuff. LIV Nr. 147, R.Ger. XXXI Nr. 65, Gruchot XLVIII 344, Rspr. d. O.L.G. XII 85, sowie mindestens für den Fall, daß die Unkenntnis auf die Vertragsbedingungen Einfluß gehabt hat, R.Ger. LXVIII Nr. 52, LXXXIII Nr. 7. Vgl. auch Dernburg § 339 Anm. 20, Planck Bem. 3 d, Enneccerus § 378 Anm. 13, Reichel S. 139 ff. Man beruft sich darauf, daß der Auftraggeber bei Stellung der Vertragsbedingungen die Mäklerprovision nicht in Rechnung stellen konnte. Hat er aber einem Mäkler Auftrag erteilt, so muß er mit der Möglichkeit, daß er die Gelegenheit zum Vertragsschluss der Tätigkeit desselben zu verdanken hat, rechnen.

⁴³ Seuff. XXXIX Nr. 208; Oertmann zu § 654 Bem. 1 a.

Vereinbarung oder abweichenden Ortsgebrauchs den Mäklerlohn von jeder Partei zur Hälfte zu fordern⁴⁴. Gleiches gilt für den gewerbsmäßigen Stellenvermittler, falls beide Teile seine Tätigkeit in Anspruch genommen haben; hier ist sogar eine entgegenstehende Vereinbarung zuungunsten des Stellensuchenden nichtig⁴⁵.

Bei allen auf Vermittlung eines Dienstvertrages gerichteten Mäklerverträgen gilt die Besonderheit, daß ein vereinbarter unverhältnismäßig hoher Mäklerlohn auf Antrag des Schuldners durch Urteil auf den angemessenen Betrag herabgesetzt werden kann⁴⁶.

V. Ehemäkelei. Der Vertrag, durch den für den Nachweis einer Heiratsgelegenheit oder die Vermittlung einer Eheschließung ein Lohn versprochen wird, unterstand im gemeinen und preussischen Recht keinen besonderen Regeln. Da er zwar dem feineren Empfinden widerspricht, aber in weiten Kreisen hergebracht ist und von der Volksanschauung gebilligt wird, mußte er, wenn er nicht im einzelnen Falle durch die Umstände als sittenwidrig gekennzeichnet wurde, als klagbar anerkannt werden⁴⁷. Nur das sächsische Gesetzbuch erklärte ihn schlechthin für nichtig⁴⁸. Das B.G.B. schlägt einen Mittelweg ein. Aus dem Ehemäklerverträge entspringt niemals eine klagbare Verbindlichkeit⁴⁹. Allein er begründet gleich Spiel und Wette eine haftungslose Schuld, so daß die Zurückforderung des in Erfüllung des Versprechens Ge-

⁴⁴ H.G.B. § 99.

⁴⁵ St.V.G. § 5².

⁴⁶ B.G.B. § 655. Nach der Entrichtung des Lohns ist die Herabsetzung ausgeschlossen. Ist aber nur ein Teil bezahlt, so kann der geschuldete Restbetrag wegen Übermaßes gekürzt oder ganz versagt werden; R.Ger. b. Seuff. LXIII Nr. 41. Das Schweiz. O.R. a. 417 bestimmt Gleiches unter Ausdehnung auf den Grundstückskauf. — Bei Mäklerverträgen jeder Art kann natürlich das Lohnversprechen wegen Wuchers überhaupt nichtig sein.

⁴⁷ Die Praxis war hierüber einig; Seuff. XLVIII Nr. 23. Auch für das Gebiet des franz. R. nahm dies die deut. Praxis im Gegensatz zur französ. Praxis an; Bad. Ann. LXII 161 ff. Hiergegen erklärte sich Kohler, Arch. f. b. R. V 166 ff.

⁴⁸ Sächs. Gb. § 1259.

⁴⁹ B.G.B. § 656. Ebensowenig aus einem behufs Erfüllung des Lohnversprechens abgegebenen Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnis, daher auch nicht aus einem zu diesem Zweck ausgestellten Wechsel; Seuff. LXI Nr. 106. Die Unklagbarkeit erstreckt sich auch auf den Ersatzanspruch wegen Auslagen, sowie auf ein etwaiges Versprechen des Mäklers. — Nicht unter § 656 fällt das Lohnversprechen für Beseitigung tatsächlicher oder rechtlicher Hindernisse einer bereits beschlossenen Ehe; R.Ger. b. Seuff. LXII Nr. 38.

leisteten ausgeschlossen ist⁵⁰. Der Vertrag ist also keineswegs nichtig⁵¹. Das Gesetz erklärt ihn nicht für unsittlich, versagt ihm aber, weil es ihm einen positiven sittlichen oder sozialen Wert abspricht, die den als schutzwürdig anerkannten Schuldverhältnissen gewährte Erzwingbarkeit⁵².

§ 203. Auftrag¹.

I. Begriff und Geschichte. Nach dem B.G.B. ist Auftrag die Übertragung eines Geschäfts, zu dessen unentgeltlicher Besorgung für den Auftraggeber sich der Beauftragte verpflichtet². Das Geschäft kann rechtlicher oder tatsächlicher Art sein³. Der Auftrag kann sich auch auf die Besorgung einer Mehrheit von Geschäften, auf eine Vermögensverwaltung, ja auf die Besorgung aller geschäftlichen Angelegenheiten des Auftraggebers richten⁴.

⁵⁰ B.G.B. § 656 Abs. 1 S. 2. Es sind daher die oben S. 44 ff. entwickelten Regeln über Schuld ohne Haftung anwendbar, und zwar im Sinne der auf S. 46 hervorgehobenen Fälle des gesetzlichen Ausschlusses jeder Erzwingbarkeit.

⁵¹ R.Ger. XLVI Nr. 39 u. 47. Dies folgt auch aus Gew.O. § 52². — A. M. Kohler, Arch. f. b. R. XII 316 ff. Vgl. gegen ihn Dernburg § 339 V, Enneccerus § 378 IV, Oertmann zu § 656 Bem. 2a, Schreiber, Schuld u. Haft. S. 111 ff.

⁵² Im gleichen Sinne bestimmt das Schweiz. O.R. a. 461: „Aus der Heiratsvermittlung entsteht kein klagbarer Anspruch auf Mäklerlohn.“

¹ Röm. u. gem. R.: Glück XV 239 ff.; Windscheid-Kipp § 409 ff. — Preufs. R.: Dernburg, Preufs. P.R. II § 180—183. — Französ. R.: Zachariae-Crome § 390—396. — Österr. R.: v. Schey, Die Obligationsverhältnisse des österr. Privatr. I 419 ff. (Der Bevollmächtigtungsvertrag, 1907). — Recht des B.G.B.: Isay, Die Geschäftsführung nach dem B.G.B., 1900. Endemann § 173. Cosack § 150. Landsberg § 144. Matthiafs § 125. Crome § 253 mit § 252. Dernburg § 293 ff. Enneccerus § 380 ff. Komm. zu B.G.B. § 662—675.

² B.G.B. § 662. Das Wort „Auftrag“ bezeichnet zunächst die Willenserklärung des Auftraggebers, die für sich betrachtet nur Vertragsantrag ist, dann aber auch den durch Annahme dieses Antrags zustande kommenden Schuldvertrag. Es muß sich um ein für den Beauftragten fremdes Geschäft, sei es ein Geschäft des Auftraggebers oder eines Dritten, handeln. Ein Auftrag zur Besorgung eines eignen Geschäftes (*mandatum tua gratia*) ist durch § 662 ausgeschlossen. Hier kann nur von einem „Rat“ die Rede sein; vgl. unten zu VI.

³ So auch nach gem. R., während das Preufs. A.L.R. den Begriff des Auftrags auf Rechtshandlungen beschränkt. Der Begriff des „Geschäftes“ ist hier ganz untechnisch und nur durch die Lebensanschauung begrenzt. Er erstreckt sich nicht auf die nicht zum geschäftlichen Bereich gerechneten tatsächlichen Handlungen, während diese sehr wohl, wenn sie gegen Entgelt geleistet werden, Gegenstand eines Dienst- oder Werkvertrages sein können.

⁴ Das Preufs. A.L.R. I, 14 § 109 ff. regelte als besonderen Typus den

Der Begriff des Auftrages entstammt dem römischen Begriff des *mandatum*. Auch dem älteren deutschen Recht waren natürlich Aufträge bekannt, aus deren Annahme eine Verpflichtung zur Ausführung entstand und aus deren Ausführung Verpflichtungen des Auftraggebers entstehen konnten⁵. Allein ein Bedürfnis zur Ausbildung eines allgemeinen Vertragstypus für Aufträge war nicht vorhanden. Dagegen war für das römische Vertragssystem die Anerkennung des Mandates als eines Konsensualkontraktes Voraussetzung seiner Verpflichtungskraft. Mit der Rezeption wurde der Mandatsbegriff bei uns aufgenommen. In zwei Punkten aber vollzog sich eine deutschrechtlich beeinflusste Entwicklung.

1. Die Unentgeltlichkeit war ursprünglich Wesensmerkmal des römischen Mandates⁶. In der Kaiserzeit aber drang die Klagbarkeit eines Honorarversprechens im Extraordinarverfahren durch. Das gemeine Recht ließ, wie dies für das einheimische Recht stets gegolten hatte, die Vereinbarung eines Entgeltes grundsätzlich zu. Die neueren Gesetzbücher schlossen sich an⁷. Dagegen stempelt das B.G.B., indem es mit allem bisherigen Rechte bricht, die Unentgeltlichkeit wieder zum Wesensmerkmale des Auftrages⁸.

Der Lebensauffassung entspricht dies nicht. Sie wird von dem geschichtlich entwickelten weiteren Auftragsbegriff beherrscht, der entgeltliche Geschäftsbesorgungen mannigfacher Art einschließt. Das B.G.B. schlägt eine Brücke zu dieser Auffassung, indem es, sobald ein Dienst- oder Werkvertrag eine „Geschäftsbesorgung“ zum Gegenstande hat, die meisten Vorschriften über den Auftrag „entsprechend“ anzuwenden gebietet⁹. So liegt, da die unentgeltliche Geschäftsbesorgung nur eine verhältnismäßig

„Verwaltungsvertrag“; Dernburg, Preufs. P.R. II § 184. Er ist heute, wenn die Vermögensverwaltung unentgeltlich erfolgt, Auftrag, sonst regelmäßig Dienstvertrag.

⁵ Vgl. über das nord. R. v. Amira I 686 ff., II 822 ff.

⁶ L. 1 § 4 D. mand. 17, 1: *mandatum nisi gratuitum nullum est*.

⁷ Preufs. A.L.R. I, 13 § 74 ff. Cod. civ. a. 1999. Österr. Gb. § 1004. Schweiz. O.R. a. 392, jetzt 394. Sächs. Gb. § 1299 (trotz der auf Unentgeltlichkeit abgestellten Definition in § 1295).

⁸ Anders noch Entw. I § 586, 596. Vgl. Motive II 527 ff. Die Abgrenzung des entgeltlichen Auftrags gegen den Dienst- und Werkvertrag sollte der Wissenschaft und Praxis überlassen bleiben.

⁹ B.G.B. § 675. Ausgenommen sind neben der Legaldefinition des § 662 nur § 664 (über Übertragung des Auftrags und des Anspruchs auf Ausführung) und § 671 (über fristlose Kündigung), jedoch mit dem unten in Anm. 29 a. E. vermerkten Vorbehalt der Anwendbarkeit des § 671² in besonderen Fällen. Vgl. oben § 199 S. 600 Anm. 33, § 201 S. 691 Anm. 18.

unbedeutende Rolle spielt, der Hauptanwendungsbereich des Auftragsrechts außerhalb des technischen Auftragsbegriffs. Wie weit er sich erstreckt, ist freilich infolge der unsicheren Grenzen des Begriffes der „Geschäftsbesorgung“ sehr zweifelhaft und bestritten¹⁰. Zu einem angemessenen Ergebnis aber wird man am ehesten gelangen, wenn man den Auftragsbegriff des Lebens zu Rate zieht¹¹.

Überdies findet das Auftragsrecht unabhängig davon, ob die Arbeitsleistung unentgeltlich oder entgeltlich erfolgt, in erheblichem Umfange entsprechende Anwendung auf die ständige Geschäftsführung, zu der Vereins- und Stiftungsvorsteher, geschäftsführende Gesellschafter, Testamentsvollstrecker berufen sind¹².

¹⁰ Es gibt darüber fast so viele Meinungen wie Schriftsteller. Unhaltbar, weil sie dem B.G.B. eine widersinnige Fassung zumutet, ist jedenfalls die Erstreckung des § 675 auf alle Dienst- und Werkverträge; so Hachenburg, Dienst- u. Werkv. S. 10 ff., Planck³ Bem. 2, Matthiafs § 125 VI. Auch die Ansicht von Hellwig, Vertr. S. 517 Anm. 42, u. Kipp, bei Windscheid S. 723, scheidet daran, daß sie alle Werkverträge einschließt, wie umgekehrt die von Lenel, Jahrb. f. D. XLIV 31 ff., daran, daß sie die Werkverträge überhaupt ausschließt. Andere wollen unter Geschäftsbesorgung in § 675 nur die Vornahme von Rechtsgeschäften verstehen; so Staub zu H.G.B. § 362 Bem. 2. Oder die Vornahme von Rechtsgeschäften und anderen rechtsgeschäftlichen Handlungen; so Enneccerus § 384 I, vgl. auch Isay S. 44 ff. Dies dürfte jedoch zu eng sein. Vermittelnde Lösungsversuche, die aber voneinander stark abweichen, unternehmen besonders Endemann § 172 S. 1080 ff., Crome § 252 Z. 1, Staudinger Bem. 2, Lotmar I 277 ff., Oertmann Bem. 1b, Cosack⁶ § 143 II 2a.

¹¹ Darauf weist zutreffend Dernburg § 293 IV hin, der nur in der Anknüpfung an den gemeinrechtlichen Mandatsbegriff zu weit geht. Vgl. auch Goldmann u. Lilienthal S. 602. Dazu stimmen die bisher veröffentlichten Entsch. der Gerichte, in denen von § 675 Gebrauch gemacht ist. Vgl. Komm. d. R.G.Räte zu § 675 Nr. 1, Enneccerus a. a. O. Anm. 7. Insbesondere betreffen sie die entgeltliche Tätigkeit der Rechtsanwälte, Notare (R.Ger. LXXXV Nr. 44, sofern sie nicht als Beamte tätig sind, oben § 199 S. 592 Anm. 4 a. E.) und Patentanwälte; die entgeltliche Guts- oder Hausverwaltung, Forderungseinziehung, Schuldzahlung (oder Girogutschrift, R.Ger. LXXXIV Nr. 64); die entgeltliche Vertretung bei der Zwangsvollstreckung; die Besorgung der Umwandlung eines Einzelunternehmens in eine Aktiengesellschaft; die Geschäfte der Handlungsagenten. Wichtige Anwendungsfälle bilden zweifellos auch das Kommissions- u. das Speditionsgeschäft. — Die Tätigkeit des Gerichtsvollziehers, die nach Z.P.O. § 753 „im Auftrage des Gläubigers“ vorgenommen wird, wurde früher vom Reichsgericht gleichfalls für Geschäftsbesorgung im Sinne des § 675 erklärt, wird aber seit dem Erk. der Ver. Z.S. v. 2. Juni 1913 LXXXII Nr. 21 von ihm als reine Amtshandlung beurteilt, der überhaupt kein Vertragsverhältnis zugrunde liegt.

¹² B.G.B. § 27³, 56, 713 (mit 712²), 2118 (mit 2226). Vgl. auch § 1835.

2. Der zweite Punkt, in dem die Entwicklung durch deutschrechtliche Anschauungen bestimmt wurde, betrifft die Trennung des Auftrages von der Vollmacht. Das römische Mandat mußte vom Obligationenrecht her die Mittel liefern, um den erforderlichen praktischen Ersatz für die fehlende direkte Stellvertretung zu beschaffen. Im Begriff und Namen des *mandatum* war daher zugleich die Ermächtigung zur rechtsgeschäftlichen Stellvertretung enthalten. Hieran hielt die gemeinrechtliche Doktrin fest, obschon mit der Anerkennung der direkten Stellvertretung die dem Mandatar verliehene Macht zur rechtsgeschäftlichen Stellvertretung eine selbständige Bedeutung gewann, die im Begriff und Namen der Vollmacht Ausdruck fand¹³. Die großen Gesetzbücher erhoben sogar die Vollmacht zum wesentlichen Bestandteil des Auftrages und handelten daher vom „Vollmachtsauftrage“ oder „Bevollmächtigungsvertrage“ als einheitlichem Vertragstypus¹⁴. Mehr und mehr wurde man sich zwar des ungleichen Inhaltes von Auftrag und Vollmacht bewußt, unterschied sie aber nur als innere und äußere Seite desselben Vertragsverhältnisses¹⁵. Eine schärfere Erfassung des Gegensatzes wurde namentlich durch die Institute des Handelsrechtes angeregt, die es deutlich machten, daß Auftrag und Vollmacht keineswegs notwendig miteinander verbunden sind, wenn sie aber zusammentreffen, durchaus unabhängig voneinander bestehen und wirken können¹⁶. So drang endlich die völlige Trennung von Auf-

¹³ Dem mittelalterlichen deutschen Recht war die Vollmächterteilung als selbständiges Rechtsgeschäft, das „Macht“ oder „Gewalt“ (gewaltbote) überträgt, bekannt. Was v. Amira I 357 ff. u. II 368 ff. für das nord. R. nachweist, wird in ähnlicher Weise nähere Untersuchung für das deutsche Recht ergeben. Die Jurisprudenz nahm schon seit dem Mittelalter den Begriff der Vollmacht auf, verschmolz ihn aber mit der Mandatslehre.

¹⁴ Preuß. A.L.R. I, 13 § 5—227: „Von Vollmachtsaufträgen“, Österr. Gb. § 1002 ff.: „Bevollmächtigungsvertrag“. Natürlich können unter diesen Begriff nur Aufträge zu Rechtsgeschäften und anderen Rechtshandlungen fallen. Unentgeltliche Aufträge zu tatsächlichen Dienstleistungen begründen nach Preuß. L.R. I, 11 § 872 überhaupt keinen klagbaren Anspruch. Für das österr. R. verfißt v. Schey S. 725 ff. die analoge Anwendung der Grundsätze über den Bevollmächtigungsvertrag. — Auch der Code civ. a. 1984 sq. legt in den Begriff des *mandat* die Vollmacht hinein.

¹⁵ Vgl. Hupka, Die Vollmacht S. 10. Über diesen Standpunkt kommt auch das Sächs. Gb. nicht hinaus; vgl. § 1317 mit § 788.

¹⁶ Vom Handelsrecht her führte zuerst Laband in seiner berühmten Abhandlung, Z. f. d. g. H.R. X 183 ff., die prinzipielle Scheidung durch. (Vorbereitet hatte sie Jhering, Jahrb. f. D. I 312). — Das A.D.H.G. selbst (a. 42 ff.) blieb in seiner Fassung noch hinter seinem Gehalt zurück.

trag und Vollmacht durch, wie sie im B.G.B. gesetzlichen Ausdruck gefunden hat¹⁷. Der Begriff des Auftrages erschöpft sich in dem vertragsmäßig begründeten Schuldverhältnis zwischen dem Auftraggeber und dem Beauftragten. Eine Vollmachterteilung braucht mit dem Auftrag nicht verbunden zu sein¹⁸. Andererseits setzt die Vollmachterteilung keinen Auftrag voraus. Die Vollmachterteilung ist ein eigenartiges Rechtsgeschäft, das überhaupt kein Schuldverhältnis, sondern Vertretungsmacht schafft, somit personenrechtlichen Inhalt hat¹⁹. Dies schließt nicht aus, daß das der Vollmachterteilung zugrunde liegende Rechtsverhältnis für den Bestand und Umfang der Vollmacht Bedeutung hat²⁰. Insoweit spielt für die Vollmacht auch ein ihr zugrunde liegender Auftrag eine Rolle, ohne daß hierdurch ein spezifischer Unterschied von anderen Schuldverträgen begründet würde²¹.

II. Vertragsschluss. Der Vertragsschluss erfolgt durch Annahme eines Auftrages²². Wer zur Besorgung gewisser Geschäfte entweder öffentlich bestellt ist oder sich öffentlich oder dem Auftraggeber gegenüber erboten hat, ist, wenn er einen auf solche Geschäfte gerichteten Auftrag nicht annimmt, zur unverzüglichen Anzeige der Ablehnung verpflichtet²³.

III. Verpflichtungen des Beauftragten. Der Beauftragte ist verpflichtet, das ihm übertragene Geschäft zu besorgen. Er haftet für jedes Verschulden mit Einschluss des Verschuldens seiner Gehilfen. Zur Übertragung der Ausführung des Auftrages

¹⁷ Vorangegangen war das Schweiz. O.R. (Auftrag a. 392 ff., Vollmacht a. 39 ff.). Nachgefolgt ist das neue D.H.G.B.

¹⁸ Sie fehlt nicht nur beim Auftrage zu bloß tatsächlichen Geschäften, sondern auch beim Auftrage zu rechtsgeschäftlichen Handlungen, falls indirekte Stellvertretung (wie beim Kommissionär und Spediteur) gewollt ist.

¹⁹ Sie wird daher mit Recht vom B.G.B. im Allgemeinen Teil § 167 ff. geregelt.

²⁰ B.G.B. § 168, 169.

²¹ Denn das gleiche gilt für einen der Vollmacht zugrunde liegenden Gesellschaftsvertrag, Dienstvertrag oder Werkvertrag.

²² B.G.B. § 662. Ebenso Preufs. L.R. I, 13 § 7, 11—12; Code civ. a. 1984²; Österr. Gb. § 1002; Schweiz. O.R. a. 394 (392). — Die Annahme ist formfrei.

²³ B.G.B. § 663. Dies gilt nach § 675 auch für die entgeltliche Geschäftsbesorgung. — Das Schweigen gilt der Regel nach nicht als Annahme, sondern macht nur, wenn Ablehnung folgt, schadensersatzpflichtig; vgl. oben § 184 S. 288 Anm. 33. Ist jedoch der sich Erbietende Kaufmann, so gilt nach H.G.B. § 362 (früher a. 323) das Schweigen als Annahme. Ein Annahmeprejudiz enthalten auch die ähnlichen Bestimmungen des Preufs. L.R. I, 13 § 13—17, Sächs. Gb. § 1298 u. Schweiz. O.R. a. 395 (393). Nicht dagegen Österr. Gb. § 1003.

auf einen Dritten ist er im Zweifel nicht befugt; ist ihm aber die Übertragung gestattet, so hat er nur ein ihm bei der Übertragung zur Last fallendes Verschulden, wie es in unsorgfältiger Auswahl oder unvollständiger Information des Substituten liegen kann, zu vertreten²⁴. Der Anspruch des Auftraggebers auf Ausführung ist im Zweifel nicht übertragbar²⁵. Bei der Ausführung hat der Beauftragte die Weisungen des Auftraggebers zu befolgen, ist aber zu Abweichungen, deren Billigung durch den Auftraggeber bei Kenntnis der Sachlage er annehmen darf, berechtigt und unter Umständen verpflichtet; doch hat er, falls nicht mit dem Aufschub Gefahr verbunden ist, vorher dem Auftraggeber Anzeige zu machen und dessen Entschliessung abzuwarten²⁶. Er muß ferner dem Auftraggeber die erforderlichen Nachrichten geben, auf Verlangen Auskunft erteilen und schliesslich Rechenschaft ablegen. Was er zur Ausführung des Auftrages erhält und was er aus der Geschäftsführung erlangt, muß er, mag er es nun für den Auftraggeber oder für sich erworben haben, nebst Zuwachs und Nutzungen dem Auftraggeber herausgeben. Dem Auftraggeber gebührendes Geld, das er für sich verwendet, hat er von der Zeit der Verwendung an zu verzinsen²⁷.

IV. Verpflichtungen des Auftraggebers. Der Auftraggeber ist zu einer Gegenleistung nicht verpflichtet. Der Auftrag ist kein gegenseitiger Vertrag. Er ist aber ein zweiseitiger Vertrag, da er Verpflichtungen des Auftraggebers erzeugen kann. Diese Verpflichtungen bestehen darin, dem Beauftragten für die

²⁴ B.G.B. § 664¹. Diese Sätze entsprechen im wesentlichen dem bisherigen Recht. Vgl. Preufs. L.R. I, 13 § 37—48, 54—58; Code civ. a. 1994; Österr. Gb. § 1010 u. 1012; Sächs. Gb. § 1302, 1307—1309; Schweiz. O.R. a. 398—399 (396—397).

²⁵ B.G.B. § 664².

²⁶ B.G.B. § 665. Ähnlich Preufs. L.R. I, 13 § 49—53; Sächs. Gb. § 1304—1305; Schweiz. O.R. a. 397 (395). — Der § 665 gilt nach § 675 auch für entgeltliche Geschäftsbesorgungen.

²⁷ B.G.B. § 666—668; bei entgeltlicher Geschäftsbesorgung nach § 675 entsprechend anwendbar. Die Herausgabepflicht erstreckt sich nicht auf das nur bei Gelegenheit der Geschäftsführung Erlangte. Sehr bestritten aber ist, inwieweit freiwillige Zuwendungen, die ihm persönlich vom Gegenkontrahenten gemacht sind, wie Extraprovisionen, Schmiergelder usw., der Herausgabepflicht unterliegen. Dagegen z. B. R.Ger. LV Nr. 23, Seuff. LXIII Nr. 133, dafür Seuff. LXIX Nr. 141. Näheres b. Staudinger zu § 667 Bem. 1b, Oertmann Bem. 1b, Dernburg § 296 Anm. 21—22. — Vgl. Preufs. L.R. I, 13 § 59—64; Code civ. a. 1993, 1996; Sächs. Gb. § 1310—1312; Schweiz. O.R. a. 400 (398). Österr. R. bei v. Schey S. 566 ff.

erforderlichen Aufwendungen auf Verlangen Vorschufs zu gewähren und für gemachte Aufwendungen, die der Beauftragte den Umständen nach für erforderlich halten durfte, Ersatz zu leisten²⁸.

V. Beendigung. Der Auftrag begründet ein durch die Ausführung erlöschendes, bis dahin aber oder bis zu dem etwaigen früheren Eintritt einer vereinbarten Endfrist oder auflösenden Bedingung dauerndes Schuldverhältnis. Als dauerndes Schuldverhältnis erreicht er aus besonderen Gründen ein vorzeitiges Ende.

Die vorzeitige Beendigung kann durch einseitige Willenserklärung eines Teiles herbeigeführt werden. Der Auftraggeber kann den Auftrag jederzeit „widerrufen“. Auch der Beauftragte aber kann ihn jederzeit kündigen. Doch darf er zur Vermeidung von Schadensersatzpflicht nicht zur Unzeit kündigen, es müßte denn dazu ein wichtiger Grund vorliegen. Auf das Kündigungsrecht kann er verzichten, bleibt aber dann gleichwohl zur fristlosen Kündigung aus einem wichtigen Grunde befugt²⁹.

²⁸ B.G.B. § 669—670; bei entgeltlicher Geschäftsbesorgung entsprechend anwendbar (§ 675). Vgl. Preufs. L.R. I, 13 § 65—73; Code civ. a. 1999; Öst. Gb. § 1004; Sächs. Gb. § 1314; Schweiz. O.R. a. 402 (400). — Das B.G.B. schweigt darüber, ob und inwieweit der Auftraggeber dem Beauftragten den bei Ausführung des Auftrages erlittenen zufälligen Schaden zu ersetzen hat. Die herrschende Meinung folgert daraus, daß keine von Verschulden unabhängige Ersatzpflicht besteht; vgl. Planck Bem. 5, Böckel, Arch. f. z. Pr. XCVI 396 ff., R.Ger. b. Seuff. LXV Nr. 7, Rspr. d. O.L.G. XIV 58. Das Ergebnis widerspricht dem modernen Rechtsbewußtsein. Manche wollen mit der Erweiterung des Begriffes der Aufwendungen helfen; so Enneccerus § 382 Z. 4. In anderer Weise vermitteln Oertmann zu § 670 Bem. 3b u. Hoeniger, Arch. f. b. R. XXXV 272 ff. M. E. besteht kein Hindernis, mit Dernburg § 279 III, Crome § 352 III 2b, Brückmann, Rechte des Geschäftsführers S. 186 ff., Stammer, Richtiges Recht S. 339 ff. die Haftung des Auftraggebers grundsätzlich zu bejahen. Die Frage war im gem. R. sehr bestritten, mehr und mehr aber drang die dem Beauftragten günstige Meinung durch; Mommsen, Erörterungen II 58 ff., Jhering, Jahrb. IV 37 ff., Eisele, Arch. f. z. Pr. LXXXIV 319 ff., Unger, Jahrb. f. D. XXXIII 328 ff. Der Code civ. a. 2000 verpflichtet den Auftraggeber unbedingt zum Ersatz alles „à l'occasion de gestion“ unverschuldet erlittenen Schadens. Das Österr. Gb. läßt in § 1014 gleichfalls den Auftraggeber mit einer Einschränkung durch § 1015 auch ohne Verschulden haften; v. Schey S. 652 ff. Nach Preufs. L.R. I, 13 § 80—81 kann der Beauftragte wenigstens für den durch Befolgung einer mit Gefahr verbundenen bestimmten Weisung erlittenen Schaden Ersatz verlangen. Dagegen kehrt das Schweiz. O.R. a. 400 (402)² nur die Beweislast um, so daß der Auftraggeber durch den Nachweis seiner Schuldlosigkeit befreit wird.

²⁹ B.G.B. § 671. Übereinstimmend mit dem gem. R., Preufs. L.R. I, 13 § 159 ff., Code civ. a. 2003 ff., Öst. Gb. § 1020 ff., Sächs. Gb. § 1319 ff., Schweiz.

Durch den Tod des Auftraggebers oder den Eintritt seiner Geschäftsunfähigkeit erlischt der Auftrag im Zweifel nicht³⁰. Doch erlischt er, wenn dies vereinbart oder nach Lage der Sache als gewollt anzunehmen ist. Dann hat aber der Beauftragte die Geschäftsbesorgung, wenn mit ihrem Aufschub Gefahr verbunden ist, fortzusetzen, bis der Erbe oder der gesetzliche Vertreter anderweit Fürsorge treffen kann. Insoweit gilt der Auftrag als fortbestehend³¹.

Umgekehrt bewirkt der Tod des Beauftragten im Zweifel das Erlöschen des Auftrages³². Der Erbe hat aber den Tod dem Auftraggeber unverzüglich anzuzeigen und, wenn mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist, die Geschäftsbesorgung fortzusetzen, bis der Auftraggeber anderweit Fürsorge treffen kann. Insoweit gilt wieder der Auftrag als fortbestehend³³.

Der Auftrag erlischt auch durch Konkursöffnung über das Vermögen des Auftraggebers, er müßte sich denn nicht auf das zur Konkursmasse gehörige Vermögen beziehen³⁴.

In allen Fällen, in denen der Auftrag vorzeitig erlischt — den Fall des Widerrufs ausgenommen —, gilt zugunsten des Be-

O.R. a. 404 (202). Vgl. Immerwahr, Die Kündigung S. 168 ff. — Der „Widerruf“ des Auftraggebers hat durchaus die Natur einer fristlosen Kündigung. Ein Verzicht auf das Widerrufsrecht war nach gem. R. und den Gesetzbüchern ausgeschlossen. Dies wollte auch Entw. I § 597 bestimmen. Trotz der Streichung des Zusatzes nimmt die herrschende Meinung mit Recht auch für das geltende Recht die Unverzichtbarkeit an. Vgl. Oertmann Bem. 1^a. A. M. Immerwahr S. 169 ff., zum Teil auch Enneccerus § 383 Anm. 2. — Auf entgeltliche Geschäftsbesorgungen findet § 671 keine Anwendung; nur die Schadensersatzpflicht aus unzeitiger Kündigung trifft nach § 675 auch hier den Verpflichteten, falls er nach seinem Vertragsverhältnis (z. B. aus § 623) fristlos kündigen kann.

³⁰ B.G.B. § 672 S. 1. Nach gem. R. (l. 26 D. h. t.), Preufs. L.R. I, 13 § 186 ff., Code civ. a. 2003, Öst. Gb. § 1022, Sächs. Gb. § 1324, Schweiz. O.R. a. 405 (403) gilt die entgegengesetzte Regel. Doch wurde die Regel des B.G.B. schon im Preufs. L.R. § 191 u. 192 für Handelsgeschäfte und Prozeßangelegenheiten durchgeführt; ebenso A.D.H.G. a. 54², 297, Z.Pr.O. § 82 (86).

³¹ B.G.B. § 672 S. 2. Ähnlich Preufs. L.R. § 187—189, Code civ. a. 1991, Öst. Gb. § 1022, 1025, Sächs. Gb. § 1324, Schweiz. O.R. a. 405 (403).

³² B.G.B. § 673 S. 1. Wie nach bisherigem Recht. Der Übergang auf die Erben kann aber vereinbart sein.

³³ B.G.B. § 673 S. 2. Ähnlich die anderen Gesetzbücher.

³⁴ K.O. § 23. Dabei ist § 672 S. 2 (oben Anm. 31) entsprechend anwendbar. Wegen der Ersatzansprüche aus Fortführung der Geschäfte ist der Beauftragte nach K.O. § 27 Massegläubiger. — Der Konkurs des Beauftragten ist einflußlos.

auftragten der Auftrag als fortbestehend, bis dieser vom Erlöschen Kenntnis erlangt hat oder es kennen muß³⁵.

VI. Rat³⁶. Das B.G.B. bestimmt in § 676 in systemwidrigem Anschluß an das Auftragsrecht, daß, wer einem Anderen einen Rat oder eine Empfehlung erteilt, zum Ersatze des aus der Befolgung des Rates oder der Empfehlung entstehenden Schadens nicht verpflichtet ist; es weist aber durch einen Zwischensatz darauf hin, daß sich eine Verantwortlichkeit für den Schaden aus einem Vertragsverhältnis oder einer unerlaubten Handlung ergeben kann. Damit ist anerkannt, daß die Erteilung eines Rates oder einer Empfehlung als solche keine schuldbegründende Handlung ist. Sie ist kein Auftrag, da sie dem Beratenen, mag er nun den Rat erbeten haben oder nicht, keinerlei Verpflichtung auferlegt. Sie ist aber auch, da sie an sich keine Willenserklärung, sondern nur eine Meinungsäußerung enthält, kein den Ratgeber verpflichtendes Rechtsgeschäft. Allein eine Verpflichtung des Ratgebers zum Ersatze des aus der Befolgung des Rates entstehenden Schadens kann für den Ratgeber aus einem besonderen Vertragsverhältnis entspringen. Er kann durch einen mit der Raterteilung verbundenen Garantievertrag, der selbständiger Garantievertrag oder Bürgschaftsvertrag sein kann, eine Haftung für den in Aussicht gestellten Erfolg der Befolgung seines Rates übernehmen und hat dann auch unabhängig von Verschulden für nachteilige Folgen einzustehen. Er kann aber auch vertragsmäßig verpflichtet sein, Rat zu erteilen oder mindestens, wenn er Rat erteilt, guten Rat zu erteilen, und haftet dann, wenn er vorsätzlich oder fahrlässig einen schlechten Rat gibt, aus schuldhafter Vertragsverletzung für den durch die Befolgung verursachten Schaden³⁷. Eine derartige schuldrechtliche

³⁵ B.G.B. § 674 (das Erlöschen durch Widerruf tritt mit dessen Zugehen ein). Der § 674 gilt auch für den Fall des Konkurses des Auftraggebers; K.O. § 23. Hier wird aber wegen später entstandener Ersatzansprüche der Beauftragte nur Konkursgläubiger; K.O. § 27. — Die Vorschriften der §§ 672—674 B.G.B. und 27 K.O. sind nach § 675 auch auf die entgeltlichen Geschäftsbesorgungen kraft Dienst- oder Werkvertrages entsprechend anwendbar.

³⁶ Über das gem. R. vgl. Windscheid-Kipp § 412 Anm. 21 mit weiteren Nachweisen. Für das heutige R.: Brunswig, Z. f. H.R. LVI 77 ff. Brückner, Recht 1903 S. 245 ff., 273 ff. Königsberger, Berufliche Auskunfterteilung, 1907. Brand, D.J.Z. XVIII 724 ff. Schmitt, Z. f. H.R. LXX 266 ff. Endemann § 173, 5. Dernburg § 294 IV. Enneccerus § 384 II. Oertmann, Planck, Staudinger zu B.G.B. § 676. Staub, Exkurs zu H.G.B. § 349. Cosack, H.R. § 91 III.

³⁷ Dabei kann die Haftung für Fahrlässigkeit (nicht für Vorsatz) weg-

Verpflichtung kann durch einen selbständigen Vertrag, der die Natur eines Werkvertrages hat, übernommen werden. So verhält es sich regelmäfsig, wenn ausdrücklich oder stillschweigend eine Vergütung für die Raterteilung bedungen ist, insbesondere bei der gewerbemäfsigen Auskunfterteilung durch Auskunftsteien oder ähnliche Anstalten und bei der berufsmäfsigen Raterteilung durch Rechtsanwälte, Patentanwälte, Ärzte und wissenschaftliche Sachverständige³⁸. Vielfach aber ergibt sich eine Vertragspflicht zur Sorgfalt bei Raterteilungen auch als Nebenverpflichtung aus einem umfassenderen Vertragsverhältnis. So insbesondere aus Dienst- oder Werkverträgen, wie z. B. für Agenten, Kommissionäre, Prozeßbevollmächtigte, behandelnde Ärzte. Auch eine ständige Geschäftsverbindung, die nach der Verkehrssitte die Erteilung von Ratschlägen, Empfehlungen oder Auskünften mit sich bringt, ist als ein Vertragsverhältnis aufzufassen, das eine Verpflichtung zur Sorgfalt bei den einzelnen Raterteilungen begründet³⁹. Endlich kann selbstverständlich durch Erteilung eines schlechten Rates eine zum Schadensersatz verpflichtende unerlaubte Handlung begangen werden⁴⁰.

§ 204. Verwahrungsvertrag¹.

I. Begriff und Geschichte. Ein Verwahrungsvertrag liegt vor, wenn Jemand (als Verwahrer) sich zur Aufbewahrung einer

bedungen werden; inwieweit die Klausel „ohne Obligo“ ausreicht, ist Auslegungsfrage. Natürlich ist § 278 B.G.B. anwendbar.

³⁸ Die Annahme des R.Ger. LII Nr. 95, daß durch Raterteilung im Berufsbereiche ohne weiteres und ohne Rücksicht auf Entgeltlichkeit ein Vertragsschluß zustande komme, wird seit der Kritik von Laband, D.J.Z. VIII 262 ff., allgemein als unhaltbar betrachtet.

³⁹ R.Ger. XXVII Nr. 28, LXV Nr. 38. Doch herrscht über den Umfang und über den Rechtsgrund der Haftung lebhafter Streit. So namentlich hinsichtlich der von den Banken ihren Kunden erteilten Ratschläge. — Vgl. Seuff. LXIX Nr. 98 u. 99.

⁴⁰ So bei vorsätzlicher Schadenszufügung nach B.G.B. § 826, im Falle strafbaren Betruges auch nach § 823². Aber auch aus fahrlässiger Schadensverursachung, wie vor allem bei der Verletzung einer gehörige Beratung einschließenden Amtspflicht nach § 839; vgl. Seuff. LXX Nr. 179.

¹ Über älteres deut. R.: Stobbe, Vertragsrecht S. 215 ff. — Nord. R.: v. Amira I 662 ff., II 802 ff. — Röm. u. gem. R.: Glück XV 137 ff. Brinz² II § 369. Windscheid-Kipp § 377 ff. — Preuss. R.: Förster-Eccius § 139—140. Dernburg II § 211 ff. — Französ. R.: Zachariae-Crome § 380 ff. — Österr. R.: Krainz-Pfaff-Ehrenzweig II § 356 ff. v. Schey, Die Obligationsverhältnisse des öst. P.R. S. 281 ff. — Recht des B.G.B.: Schollmeyer § 7. Endemann § 185. Dernburg § 349 ff. Matthiafs § 126.

ihm von einem Anderen (als Hinterleger) übergebenen beweglichen Sache verpflichtet.

Der Verwahrungsvertrag, der in hohes Altertum zurückreicht, stand im älteren deutschen Recht unter ähnlichen Regeln, wie sie das römische Recht für das depositum ausgebildet hatte. Darum stieß die Rezeption hier auf keine besonderen Schwierigkeiten. In einzelnen Punkten aber wirkte das deutsche Recht umgestaltend ein. Hieran schloß sich im modernen Recht eine grundsätzliche Fortbildung an.

1. Realvertrag. Der Verwahrungsvertrag war im deutschen wie im römischen Recht Realvertrag. Im deutschen Recht entsprang hier wie bei der Leihe oder Pfandsetzung aus dem bei der Hinnahme der Sache geleisteten Versprechen unversehrter Rückgabe eine schuldrechtliche Verpflichtung, für die der Verwahrer ohne besonderen Formalakt nach dem Prinzip der Empfangshaftung haftete². Gegenüber der auf die ruhende Gewere gegründeten Klage des Hinterlegers auf die Wiederherausgabe von anvertrautem Gut verselbständigte sich sein Anspruch aus dem Schuldvertrage, sobald der Verwahrer zur Herausgabe nicht imstande war³. Die Besonderheit des Schuldinhalts, wie sie in der lediglich zum Vorteil des Hinterlegers dienenden Zweckbestimmung der Gewere-einräumung lag, kam in den Voraussetzungen für den Eintritt des Rückforderungsrechtes oder Eratzanspruches zum Ausdruck⁴. Im römischen Recht gehörte das depositum zu den vier benannten Realkontrakten, so daß die Obligation durch die vom Verwahrer mit der Hinnahme der Sache vollzogene Annahme der ihm vom Hinterleger auferlegten Verpflichtung zustande kam. Das gemeine Recht hielt an der Auffassung des Verwahrungsvertrages als Realvertrag fest, erkannte aber hier wie bei den anderen Realverträgen die bindende Kraft eines auf Abschluß des Verwahrungsvertrages gerichteten Konsensualvertrages an⁵. Hiermit stimmen die neueren

Crome § 275 ff. Enneccerus § 389 ff. Cosack § 154. Komm. zu B.G.B. § 688 ff. — Handelsrecht: Cohn b. Endemann III 884 ff. K. Lehmann § 181, 222.

² Vgl. Sachsensp. I 15 u. III 5 § 1, wo das Hinterlegen (to behalden tun) dem Leihen und Verpfänden gleichgestellt wird. Meine Schrift üb. Schuld u. Haftung S. 81 ff. Vgl. v. Amira I 342, II 344.

³ Sachsensp. I 15. Dazu Schuld und Haftung S. 83.

⁴ Scharf ausgesprochen in Sachsensp. III § 3 mit dem Gegensatz von § 4.

⁵ Die von Unger, Jahrb. f. D. XIII 16 ff., verfochtene Ansicht, der Verwahrungsvertrag sei im gem. R. Konsensualvertrag geworden, ist nicht durchgedrungen. Vgl. R.Ger. XII Nr. 20.

Gesetzbücher überein⁶. Auch das B.G.B. steht auf dem gleichen Standpunkt⁷. Nur das schweizerische Obligationenrecht führt hier wie bei der Leihe die Theorie des einheitlichen Konsensualvertrages durch⁸.

Somit wird auch nach heutigem deutschem Recht der Verwahrungsvertrag als solcher durch die mit der erforderlichen Willenseinigung verbundene Übergabe der Sache, die selbstverständlich durch Besitzauftragung ersetzt werden kann⁹, geschlossen. Ein Vertrag, durch den sich Jemand verpflichtet, eine Sache in Verwahrung zu nehmen, ist bindend, aber bloßer Vorvertrag¹⁰.

2. Unentgeltlichkeit. Während das römische Recht zum Begriff des depositum die Unentgeltlichkeit der Aufbewahrung forderte¹¹, schloß das deutsche Recht die Ausbedingung eines Verwahrungslohnes nicht aus¹². Auch das gemeine Recht und manche Gesetzbücher hielten zwar die Unentgeltlichkeit als Regel fest, ließen aber eine abweichende Vereinbarung zu¹³. Andere Gesetzbücher, denen das B.G.B. sich anschließt, haben von vornherein das Begriffsmerkmal der Unentgeltlichkeit gestrichen¹⁴.

Der unentgeltliche Verwahrungsvertrag ist kein gegenseitiger, jedoch ein unvollkommen zweiseitiger Vertrag. Er erzeugt notwendig nur Verpflichtungen des Verwahrers, möglicherweise aber auch Verpflichtungen des Hinterlegers.

⁶ Preufs. A.L.R. I, 14 § 9 ff. Code civ. a. 1915 sq. Österr. Gb. § 957 ff. Sächs. Gb. § 1260 ff.

⁷ B.G.B. § 688. A. M. Cosack § 154 III, Brütt, Abstrakte Forderung S. 16. Vgl. aber Planck, Vorbem. II, Oertmann, Vorbem. 1 und die dort angef. Schriftsteller.

⁸ Schweiz. O.R. a. 475 ff., jetzt 472 ff.

⁹ Anders für das preufs. R. R.Ger. I Nr. 139.

¹⁰ Die Hinnahme in Verwahrung ist also Erfüllung durch Vertragsschluss. Aus einem wichtigen Grunde kann sie zweifellos nach Analogie von § 696 verweigert werden. Eine Verpflichtung, zu hinterlegen, wird für den anderen Teil nicht begründet (Dernburg § 349 III, Oertmann, Vorbem. 1 b; a. M. Planck, Vorbem. II); derselbe muß aber, wenn er nicht hinterlegt, dem Vorvertragsgegner die behufs Vorbereitung der Verwahrung gemachten Aufwendungen ersetzen. Ausdrückliche Bestimmungen in diesem Sinne enthält das Sächs. Gb. § 1261.

¹¹ Windscheid § 377 Anm. 2.

¹² Stobbe a. a. O. S. 227 ff.

¹³ Code civ. a. 1917 sagt zwar: le dépôt proprement dit est un contrat essentiellement gratuit. Er macht aber in a. 1957 eine Ausnahme beim séquestre, die von der Praxis erweitert ist; Zachariae-Crome § 381 Anm. 1. Sächs. Gb. § 1260 mit § 1263.

¹⁴ Preufs. L.R. § 9, 17, 48. Österr. Gb. § 969. Schweiz. O.R. a. 475 (472)².

Wichtiger ist heute der entgeltliche Verwahrungsvertrag, der nicht nur im Falle ausdrücklicher Vereinbarung einer Vergütung, sondern auch dann vorliegt, wenn eine Vergütung als stillschweigend vereinbart gilt, weil die Aufbewahrung den Umständen nach nur gegen Vergütung zu erwarten ist¹⁵. Der entgeltliche Verwahrungsvertrag ist regelmässig gegenseitiger Vertrag, da die Vergütung als Gegenleistung für die Leistung des Verwahrers geschuldet wird¹⁶.

3. Schuldinhalt. Als wesentlicher Inhalt der schuldrechtlichen Verpflichtung des Verwahrers erschien im älteren deutschen Recht die unversehrte Rückgabe der Sache¹⁷. Ebenso war im römischen Recht die *actio depositi directa* auf Rückgabe gerichtet. Doch trat daneben im deutschen Recht die vom Verwahrer geschuldete dauernde Behütung der Sache als selbständige Verpflichtung hervor¹⁸. Im Laufe der Entwicklung wurde die Aufbewahrung als solche zum eigentlichen Schuldinhalt. Der Verwahrungsvertrag erscheint nunmehr als Quelle eines dauernden Schuldverhältnisses, das durch die Rückgabe nicht erfüllt, sondern beendet wird. Die Verpflichtung zur Rückgabe wird erst durch die Beendigung des Schuldverhältnisses ausgelöst¹⁹.

Damit ist der Verwahrungsvertrag den Arbeitsverträgen eingereiht. Seinen schuldrechtlichen Kern bildet die vom Verwahrer geschuldete, auf Behütung der Sache gerichtete Tätigkeit. Sie ist die Leistung, die beim entgeltlichen Verwahrungsvertrage vergolten wird. Und sie ist es, die als „Aufbewahrungsgewerbe“ gewerbsmässig betrieben werden kann.

¹⁵ B.G.B. § 689. Vgl. Österr. Gb. § 969, Schweiz. O.R. a. 475 (472)². Dies ist insbesondere stets der Fall, wenn die Verwahrung in den Bereich eines Aufbewahrungsgewerbes fällt. Für das Lagergeschäft vgl. H.G.B. a. 420.

¹⁶ A. M. Endemann Anm. 4. Vgl. aber Rspr. d. O.L.G. III 43, Planck, Vorbem. I, Cosack § 154 IV, Oertmann, Vorbem. 3. Anders verhält es sich nur, wenn die Vergütung nur Entschädigung für die Aufwendungen (z. B. die Fütterungskosten eines Hundes) sein soll; vgl. Enneccerus § 389 Z. 5.

¹⁷ Im nord. R. findet sich nach v. Amira I 39 u. 256 sogar die Auffassung, daß der Verwahrer zunächst nur haftet und erst durch die Herausforderung des Hinterlegers zum Schuldner wird.

¹⁸ Vgl. Stobbe a. a. O. S. 219 ff.; v. Amira I 456.

¹⁹ Das Preufs. L.R. § 9 nimmt in die Begriffsbestimmung noch nebeneinander das „aufbehalten und künftig zurückgeben“ Sollen auf. Ebenso Code civ. a. 1915: „à la charge de la garder et de la restituer“. Dagegen bezeichnet das Österr. Gb. § 957 nur das „In-Observe-Nehmen“ als Schuldinhalt. Ebenso Sächs. Gb. § 1260 („zum Zwecke der Aufbewahrung“), Schweiz. O.R. a. 475 (472)¹ (an einem sicheren Orte aufbewahren), B.G.B. § 688 („aufzubewahren“).

Zur Aufbewahrung der Sache gehört die Hergabe des erforderlichen Raumes, die in manchen Fällen stark in den Vordergrund tritt, aber, falls Aufbewahrung versprochen ist, nur Mittel der ordnungsmäßigen Behütung bleibt²⁰. Wenn dagegen der Raum für die Lagerung oder Unterbringung einer Sache ohne Übernahme einer Bewahrungspflicht zur Verfügung gestellt wird, so liegt kein Verwahrungsvertrag, sondern, je nachdem die Gestattung unentgeltlich oder entgeltlich erfolgt, Leihe oder Miete vor²¹.

Andererseits fordert der Begriff des Verwahrungsvertrages, daß die Aufbewahrung als selbständige Verpflichtung übernommen wird. Darum gelten die Regeln über den Verwahrungsvertrag nicht für die Verwahrungspflicht, die aus einem auf einen anderen Hauptzweck gerichteten Schuldvertrage als Nebenverpflichtung entspringt und z. B. den Entleiher, Mieter, Pächter, Pfandgläubiger, Beauftragten, Dienstverpflichteten, Werkmeister, Kommissionär, Spediteur, Frachtführer und Verfrachter in Ansehung der ihnen übergebenen beweglichen Sachen trifft²².

Bildet aber die Aufbewahrung den Hauptgegenstand des Vertrages, so wird der Begriff des Verwahrungsvertrages dadurch nicht ausgeschlossen, daß der Verwahrer nebenbei sich zu anderer Tätigkeit verpflichtet²³. Darum ist unter den im Handelsverkehr ausgebildeten „Depotgeschäften“ nicht nur das lediglich auf Ver-

²⁰ Ob die Bestimmung eines geeigneten Aufbewahrungsortes dem Ermessen des Verwahrers überlassen oder vertragsmäßig der Aufbewahrungsraum festgesetzt ist, macht keinen Unterschied; auch im letzteren Falle handelt es sich nur um eine „vereinbarte Art der Aufbewahrung“ (§ 692; vgl. Preuß. L.R. § 15). Verwahrungsvertrag, nicht Miete, ist daher auch das Kassenschrankfachgeschäft (Stahlkammervertrag, Safevertrag), da es an einer Behütungspflicht der Bank hinsichtlich der unter ihrem Mitverschluss gehaltenen Gegenstände nicht fehlt; vgl. oben § 196 S. 521 Anm. 59.

²¹ Vgl. Danz, Jahrb. f. D. XXXVIII 466 ff., Oertmann, Vorbem. 6c, Enneccerus § 389 Anm. 3; Seuff. XXXVII Nr. 305, Rspr. d. O.L.G. XVIII 26 u. 28 — Unrichtig wohl schon für das röm., sicher für das gem. R. Windscheid § 377 Anm. 1 (unentgeltliche Raumbewahrung ohne jede Bewahrertätigkeit mache das Wesen des depositum aus).

²² Hier gelten vielmehr, wie dies das Sächs. Gb. § 1262 ausdrücklich bestimmte, die für den zugrunde liegenden Schuldvertrag maßgebenden Rechtsätze. So auch für die Aufbewahrungspflicht des die Ware beanstandenden Käufers nach H.G.B. § 379. — Die ohne vertragsmäßige Grundlage eintretende Verwahrungspflicht des Finders (oben Bd. II 534) fällt ebensowenig unter das Recht des Verwahrungsvertrages. Auch nicht die Verwahrungspflicht aus H.G.B. § 362².

²³ So z. B. zur Erhaltung der Sache (Fütterung eines Tieres, Reinigung, Lüftung) oder zur Besorgung einzelner Verwaltungsgeschäfte.

wahrung gerichtete verschlossene Depot, sondern auch das offene Depot von Wertpapieren, obschon bei ihm der Verwahrer regelmäßig auch die Besorgung von Verwaltungsgeschäften übernimmt, ein echter Verwahrungsvertrag²⁴. Ebenso ist das im H.G.B. besonders geregelte Lagergeschäft trotz der dem Lagerhalter auferlegten weitergehenden Pflichten ein Verwahrungsvertrag²⁵.

Als eine Abart des Verwahrungsvertrages wird im bisherigen Recht die Sequestration ausgeschieden und besonders geregelt²⁶. Ihre Eigenart besteht darin, daß eine streitige Sache bei einem Dritten hinterlegt wird, der sie für Alle aufzubewahren, nach der Streitentscheidung aber an den herauszugeben hat, der sich als Berechtigter herausstellt. Gleichartig ist die Hinterlegung für mehrere Personen in anderen Fällen, in denen ein künftiges Ereignis darüber entscheiden soll, welcher unter ihnen der Herausgabeanspruch zusteht²⁷. Anders geartet, aber mit der Sequestration verwandt ist die Hinterlegung einer Sache für mehrere gemeinschaftlich Berechtigte, die nur zusammen befugt sein sollen, den Herausgabeanspruch geltend zu machen²⁸. Nach heutigem deutschen Recht sind in allen solchen Fällen, wenn die Verwahrung vertragsmäßig übernommen wird, die Vorschriften über den Verwahrungsvertrag mit den sich aus dem Hinterlegungszweck er-

²⁴ Für das offene Depot bei Vollkaufleuten gelten aber die Sondervorschriften des Depotgesetzes v. 5. Juli 1896. Sie gelten zugleich für den Fall, daß die Wertpapiere unverschlossen als Pfand übergeben sind, also auch für das Lombardgeschäft, das zwar oft als „Depot“ bezeichnet wird, aber kein Verwahrungsvertrag ist. Vgl. meine Grundz. des H.R. Enzykl.⁷ III 100—101 Z. 5—6.

²⁵ H.G.B. § 416—424. Die Hauptpflicht des Lagerhalters ist nach § 416 die „Lagerung und Aufbewahrung“ der Güter; durch § 417 aber werden ihm noch weitere Verpflichtungen auferlegt. Die rechtliche Natur des Lagergeschäftes ist nicht unbestritten, doch sieht die herrschende Meinung in ihm mit Recht einen Verwahrungsvertrag. Für ein nicht gewerbsmäßiges Lagergeschäft gelten durchaus die Vorschriften des B.G.B. über den Verwahrungsvertrag. Auch das neue Schweiz. O.R. a. 482—486 regelt das Lagerhausgeschäft als Abart des Hinterlegungsvertrages.

²⁶ Röm. u. gem. R. b. Windscheid-Kipp § 380. Nord. R. b. v. Amira I 664 ff., II 804. Preufs. L.R. § 103—108. Code civ. a. 1955 sq. (séquestre conventionnel in a. 1956—1960, judiciaire in a. 1961—1963). Öst. Gb. § 968, dazu v. Schey S. 341 ff. Schweiz. O.R. a. 483 (jetzt 480).

²⁷ Altgermanisch ist derartige Hinterlegung des Wetteinsatzes; Schuld u. Haftung S. 328 Anm. 21. Dazu Preufs. L.R. I, 11 § 579, Öst. Gb. § 1271.

²⁸ Sie ist im B.G.B. überaus häufig angeordnet; vgl. z. B. § 432, 660, 1082, 1217, 1281, 2039. Auch der „gemeinschaftliche Verwahrer“ des § 1231 gehört hierher.

gebenden Abwandlungen anwendbar²⁹. Wird dagegen ein gerichtlicher Verwahrer bestellt, so bestimmen sich dessen Rechte und Pflichten gegenüber den Beteiligten nach den Vorschriften des öffentlichen Rechts³⁰.

Öffentlichrechtlicher Natur ist auch das Schuldverhältnis, das aus der im B.G.B. technisch sogenannten Hinterlegung zwecks Sicherheitsleistung oder Schuldtilgung zwischen dem Staat oder der öffentlichen Hinterlegungsanstalt und den Beteiligten entspringt³¹.

4. Grundstücksverwahrung. Während das preussische und österreichische Recht einen Verwahrungsvertrag bezüglich unbeweglicher Sachen kennen³², schränkt das B.G.B. den Begriff des Verwahrungsvertrages auf die Verwahrung beweglicher Sachen ein³³. An sich kann auch ein Grundstück, obschon regelmäßig die übertragene Obhut nur einen Teil umfassenderer Geschäftsbesorgung bilden wird, zu bloßer Aufbewahrung übergeben werden. Auch in diesem Falle aber sind lediglich die Vorschriften über den Auftrag oder den Dienstvertrag anwendbar³⁴.

II. Verpflichtungen des Verwahrers.

1. Aufbewahrungspflicht. Die Hauptpflicht des Verwahrers besteht, wie bereits bemerkt ist, in der Aufbewahrung der hinterlegten Sache. Diese Pflicht ist persönlicher Natur; er kann sich zwar, wenn nichts anderes vereinbart ist, zur Erfüllung der Gehilfen bedienen, aber im Zweifel nicht die Sache bei einem Dritten hinterlegen³⁵. An die vereinbarte Art der Aufbewahrung ist er gebunden; doch ist er zu einer, durch die Umstände gebotenen Änderung unter denselben Voraussetzungen befugt, unter denen ein Beauftragter von den Weisungen des Auftragsgebers

²⁹ Vgl. Kipp b. Windscheid S. 610 ff.

³⁰ So in den Fällen der §§ 432, 1217, 1281 u. 2039 B.G.B.; vgl. F.G.G. § 165. — Über die Verwahrungspflicht des Treuhänders bei Hypothekenbanken Hyp.BankG. § 31. — Vgl. Preufs. L.R. § 92—102; österr. R. b. v. Schey S. 348 ff.

³¹ B.G.B. § 233, 372 ff.; oben § 179 III 2 S. 156 ff.

³² Preufs. L.R. I, 14 § 90—91 (wenn Obhut ohne Verwaltung übertragen ist, während anderenfalls ein Verwaltungsvertrag vorliegt). Österr. Gb. § 960; vgl. v. Schey S. 284 ff. — Im gem. R. war darüber früher viel Streit; Glück XV 146 ff. In neuerer Zeit schränkte die herrschende Lehre das depositum auf bewegliche Sachen ein. Dagegen aber Dernburg, Pand. § 92 Anm. 7.

³³ B.G.B. § 688. Ebenso Sächs. Gb. 1260; Schweiz. O.R. a. 475 (jetzt 472).

³⁴ Der nach Z.P.O. § 448 u. 855 ff. gerichtlich bestellte „Sequester“ einer unbeweglichen Sache ist so wenig bloßer Verwahrer, wie der nach Zw.V.G. § 146 ff., 152 zu bestellende „Verwalter“.

³⁵ B.G.B. § 691. Das Sächs. Gb. § 1265 gestattet dies im Notfalle.

abweichen darf³⁶. Im übrigen hat er Ort und Art der Aufbewahrung so zu bestimmen, wie dies der Beschaffenheit der Sache und dem Zweck der Hinterlegung nach Treu und Glauben entspricht. Zum Gebrauch der Sache ist er mangels besonderer Gestattung nicht befugt³⁷. Verwendet er hinterlegtes Geld für sich, so muß er es jedenfalls von der Zeit der Verwendung an verzinsen³⁸.

Der Verwahrer hat, wenn er keinen Entgelt empfängt, nur für diejenige Sorgfalt einzustehen, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt³⁹. Empfängt er dagegen Entgelt, so haftet er für jedes Verschulden⁴⁰. Hinterlegt er kraft besonderer Gestattung die Sache bei einem Dritten, so hat er nur ein ihm bei dieser Hinterlegung zur Last fallendes Verschulden zu vertreten⁴¹. Die Gefahr des zufälligen Verlustes oder Schadens trägt er nicht⁴². Auch nicht, wenn er bei einer gemeinschaftlichen Gefahr die eigenen Sachen vor den fremden gerettet hat⁴³.

³⁶ B.G.B. § 692 (wie § 665; vgl. oben S. 723). Ähnliche Bestimmungen in Preufs. A.L.R. I, 14 § 15—16.

³⁷ So ausdrücklich Preufs. L.R. § 80 ff., Code civ. a. 1930, Öst. Gb. § 958, Sächs. Gb. § 1264, Schweiz. O.R. a. 476 (jetzt 474). Es versteht sich auch nach B.G.B. von selbst. Nur zu einem für die Erhaltung der Sache erforderlichen Gebrauch (z. B. Reiten eines Pferdes) ist er nicht bloß berechtigt, sondern verpflichtet.

³⁸ B.G.B. § 698. Vgl. Sächs. Gb. § 1270. — Weitere Schadensersatzansprüche sind dadurch nicht ausgeschlossen.

³⁹ B.G.B. § 690. Dies entspricht dem auf Grund des älteren deutschen Rechts entwickelten Prinzip der meisten Gesetzbücher; vgl. oben § 178 S. 120 Anm. 8 u. 10; Preufs. A.L.R. I, 14 § 11 (jedoch in den Fällen der §§ 12 u. 13 nur für grobes Verschulden); Code civ. a. 1927 (mit Verschärfung in den Fällen des a. 1928); Sächs. Gb. § 1266 mit § 728. — Nach röm. R. haftet er regelmäßig nur für culpa lata (l. 1 § 10 D. 16, 3). Nach Öst. Gb. § 964 für jedes Verschulden.

⁴⁰ Damit stimmen Preufs. A.L.R. § 17, Code civ. a. 1928 nr. 2, Sächs. Gb. a. a. O., im Ergebnis auch Schweiz. O.R. a. 99 (früher 113) überein.

⁴¹ B.G.B. § 691 (wie beim Auftrag nach § 664). — Für das Verschulden eines Gehilfen haftet er nach § 278; vgl. oben § 178 S. 123 Anm. 26—27.

⁴² Nach älterem deut. R. hatte der gelohnte Verwahrer für den Zufall einzustehen (oben § 178 S. 126 Anm. 37), nach manchen Quellen jeder Verwahrer für den Verlust durch Diebstahl. — Nach Preufs. L.R. § 25 u. 85 u. Österr. Gb. § 965 läßt jeder Verwahrer sich eine Haftung für Zufall auf, wenn er unbefugt die Sache gebraucht oder anderweit hinterlegt. Ebenso nach Schweiz. O.R. a. 476 (jetzt 474) bei unbefugter Weiterhinterlegung, er müßte denn nachweisen, daß der Zufall die Sache auch sonst betroffen hätte. Die Zufallshaftung des unredlichen Pseudoverwahrers nach Preufs. L.R. § 19 gehört nicht hierher.

⁴³ Anders nach c. 2 X de depos. (3, 16) und (wohl unter Einwirkung des

2. Rückgabepflicht. Bei Beendigung des Vertragsverhältnisses hat der Verwahrer die Sache mit ihrem Zuwachs dem Hinterleger zurückzugeben⁴⁴. Leistungsort ist der Ort, an dem die Sache aufzubewahren war. Die Schuld ist Holschuld. Der Hinterleger trägt also Gefahr und Kosten der Rückgabe⁴⁵.

III. Verpflichtungen des Hinterlegers.

1. Ersatzpflichten. Der Hinterleger muß dem Verwahrer alle zum Zwecke der Aufbewahrung gemachten Aufwendungen ersetzen, die dieser den Umständen nach für erforderlich halten durfte⁴⁶. Auch haftet er ihm für allen aus der Beschaffenheit der Sache entstehenden Schaden, wenn er nicht nachweist, daß bei der Hinterlegung der Sache deren gefahrdrohende Beschaffenheit ihm selbst unverschuldeter Weise unbekannt oder aber von ihm dem Verwahrer angezeigt oder diesem ohne Anzeige bekannt war⁴⁷.

2. Vergütungspflicht. Eine vereinbarte Vergütung hat der Hinterleger erst bei Beendigung der Aufbewahrung, im Falle ihrer Bemessung nach Zeitabschnitten, jedoch nach dem Ablaufe der einzelnen Zeitabschnitte zu entrichten; endigt die Aufbewahrung vor der für sie bestimmten Zeit, so schuldet er mangels

kanon. R.) Schwabsp. (L.) c. 200^e u. 258^a, sowie nach der älteren Doktrin; Stobbe, Vertragsr. S. 321 ff. Desgleichen nach Sächs. Gb. § 1266. Dagegen gewährt ihm das Preufs. L.R. § 20—23 ausdrücklich das Recht, die eigne Sache vorzuziehen, und, wenn er sie zur Rettung der fremden Sache aufgeopfert hat, einen Vergütungsanspruch. Vgl. auch Öst. Gb. § 967.

⁴⁴ Die Erstreckung der Rückgabepflicht auf den Zuwachs und die etwa gezogenen Früchte versteht sich von selbst, da der Verwahrer kein Nutzungsrecht hat. Hervorgehoben wird sie im Preufs. L.R. § 41, Code civ. a. 1936, Sächs. Gb. § 1269, Schweiz. O.R. a. 478 (jetzt 475). — Das Preufs. L.R. § 24—40 enthält ausführliche Bestimmungen über die Verpflichtungen bei der Rückgabe, die Feststellung von Beschädigung oder Verlust und die Ermittlung des etwa zu ersetzenden Wertes. Vgl. auch Öst. Gb. § 966.

⁴⁵ B.G.B. § 697. Ebenso l. 12 pr. § 1 D. h. t., Preufs. L.R. § 73—75, Code civ. a. 1942—1943, Schweiz. O.R. a. 480 (jetzt 477).

⁴⁶ B.G.B. § 693; ebenso wie beim Auftrage nach § 670. Ähnlich Preufs. L.R. § 42 mit § 76. Auch Schweiz. O.R. a. 477 (jetzt 473): für die notwendigen Auslagen. Code civ. a. 1947, Öst. Gb. § 967 u. Sächs. Gb. § 1273 sprechen nur von den auf die Sache gemachten Verwendungen.

⁴⁷ B.G.B. § 694. Im Gegensatz zu Code civ. a. 1947 wird also Verschulden gefordert. Allein die Beweislast wird umgekehrt. Ebenso Schweiz. O.R. a. 477 (jetzt 473). Nach Preufs. L.R. § 42—43 u. Öst. Gb. § 967 ist nachweisbares Verschulden (jedoch nach Preufs. L.R. regelmäÙig nur geringes Versehen) erforderlich. Für das gem. R. war Streit; die herrschende Lehre forderte Verschulden; Seuff. L. Nr. 242.

anderer Vereinbarung nur einen den bisherigen Leistungen des Verwahrers entsprechenden Teil der Vergütung⁴⁸.

3. Rücknahmepflicht. Nach Beendigung der Aufbewahrung ist der Hinterleger verpflichtet, die Sache zurückzunehmen. Nimmt er sie nicht rechtzeitig zurück, so gerät er nicht nur in Annahmeverzug, sondern zugleich in Leistungsverzug. Er kann daher auch auf Rücknahme verklagt werden⁴⁹.

IV. Beendigung. Da der Verwahrungsvertrag ein dauerndes Schuldverhältnis begründet, endigt er regelmäßig durch Ablauf der Aufbewahrungszeit. Ist diese weder unmittelbar noch mittelbar bestimmt, so dauert sie bis zur Aufkündigung, die jeder Teil jederzeit fristlos vornehmen kann. Aber auch bei bestimmter Aufbewahrungszeit kann der Hinterleger nach Belieben, der Verwahrer aus einem wichtigen Grunde durch Kündigung ohne Kündigungsfrist dem Vertrage jederzeit ein vorzeitiges Ende bereiten⁵⁰. Die Kündigung ist in der Rückforderung der Sache durch den Hinterleger oder dem Verlangen ihrer Rücknahme seitens des Verwahrers enthalten, jedoch begrifflich davon zu unterscheiden⁵¹.

⁴⁸ B.G.B. § 699. Dies entspricht dem Recht des Dienstvertrages. Besondere Bestimmungen für das Lagergeschäft enthält das H.G.B. § 420. — Wegen aller seiner Ersatz- und Vergütungsansprüche hat der Verwahrer ein Zurückbehaltungsrecht (so auch Preufs. L.R. § 77, Code civ. a. 1948 u. Sächs. Gb. § 1271; anders nach gem. R. u. öst. R., vgl. den ausführlichen Nachweis bei v. Schey a. a. O. S. 329 ff.). Ein gesetzliches Pfandrecht steht dem Lagerhalter zu; H.G.B. § 431. — Auch die im röm. R. und zum Teil in den neueren Gesetzbüchern dem Verwahrer versagte Aufrechnungsbefugnis (vgl. v. Schey S. 329) ist ihm im heutigen deut. R. nicht verschränkt.

⁴⁹ B.G.B. § 696. Vgl. Cosack § 154 IV 3 d, Planck Bem. 2, Staudinger Bem. 3, Oertmann Bem. 3. A. M. Goldmann u. Lilienthal S. 711.

⁵⁰ B.G.B. § 695—696. Übereinstimmend Preufs. L.R. § 46—55, Code civ. a. 1944, Öst. Gb. § 692—693, Sächs. Gb. § 1267—1268, Schweiz. O.R. a. 479—480 (476—477). — Parteiabrede kann das Kündigungsrecht aus einem wichtigen Grunde nicht wegbedingen. Im übrigen kann sie jedenfalls das Kündigungsrecht des Verwahrers einschränken, z. B. an eine Kündigungsfrist binden. Ob auch das Kündigungsrecht des Hinterlegers, ist bestritten; man wird es mit Planck Bem. 2 zu § 695 u. Enneccerus § 390 Anm. 2 gegen Oertmann Bem. 1, Schollmeyer S. 135, Dernburg § 350 III 1 bejahen müssen. Ein auf Zeit geschlossener Verwahrungsvertrag kann stillschweigend verlängert werden und ist dann im Zweifel als auf unbestimmte Zeit verlängert anzusehen. — Der Lagerhalter kann, wenn keine Lagerzeit bedungen ist, die Rücknahme nicht vor Ablauf von 3 Monaten nach der Einlieferung verlangen und muß in diesem Falle, sowie stets, wenn er das Gut nach Ablauf der Lagerzeit auf Lager behält, einen Monat vorher kündigen; H.G.B. § 422.

⁵¹ Sie kann daher auch selbständig erklärt werden und muß selbständig erklärt werden, wenn ausnahmsweise eine Kündigungsfrist vereinbart ist oder

V. Unregelmäßiger Verwahrungsvertrag. Werden vertretbare Sachen in der Art hinterlegt, daß sie in das Eigentum des Verwahrers übergehen und dieser nur zur Rückgewähr von Sachen gleicher Art, Güte und Menge verpflichtet ist, so spricht man von einem unregelmäßigen Verwahrungsvertrage oder *depositum irregulare*. In einen solchen Vertrag geht auch der regelmäßige Verwahrungsvertrag über vertretbare Sachen, falls dem Verwahrer der Verbrauch gestattet ist, in dem Augenblick über, in dem der Verwahrer sich die Sachen aneignet. Man streitet seit langer Zeit darüber, ob hier überhaupt der Begriff des Verwahrungsvertrages anwendbar ist oder ob vielmehr ein Darlehen vorliegt. Im Einklange mit der Lebensauffassung und mit Rücksicht auf die dem wirtschaftlichen Zwecke des Geschäftes entsprechende Parteiabsicht muß ein besonders gearteter Verwahrungsvertrag angenommen werden⁵². Weil aber der Verwahrer als Eigentümer die Gefahr trägt und die Nutzungen genießt, gelten in Ansehung des dauernden Schuldverhältnisses gleiche Regeln, wie beim Darlehen⁵³. In diesem Sinne ordnet das B.G.B. die Anwendung der Vorschriften über das Darlehen an⁵⁴. Dagegen bleiben für die

kraft Gesetzes gilt (oben Anm. 50). Immer ist sie eine besondere Willenserklärung, die das dauernde Schuldverhältnis beendet und damit erst den Anspruch auf Rückgabe oder Rücknahme auslöst. Dieser Anspruch kann nur nach Treu und Glauben geltend gemacht, daher die Erfüllung nicht zu ungelegener Zeit und nur binnen angemessener Frist verlangt werden. Dadurch kann sich der Eintritt der Verzugsfolgen hinausschieben.

⁵² So auch die herrschende Theorie des gemeinen Rechts. Bekämpft wurde sie von Niemeyer, *Depositum irregulare*, 1889. Dagegen in überzeugender Weise verteidigt von Schey a. a. O. S. 55 ff., 351 ff. — Für das preuß. R. wurde wegen § 83 I 14 überwiegend Darlehensnatur angenommen, vgl. R.Ger. XI Nr. 73; doch trat Dernburg, P.R. II § 211 a. E., auch hier für das *depositum irregulare* ein. — Auch für das österr. R. wird gegenüber der älteren Lehre, die wegen § 959 B.G.B. ein *depositum irregulare* für ausgeschlossen erklärte, neuerdings ein solches anerkannt; v. Schey S. 355 ff., Krainz-Pfaff-Ehrenzweig II § 357. — Für das heutige deut. R. vertreten die Auffassung als Verwahrungsvertrag bes. Crome, Part. R.G. S. 464, B.R. § 277 Anm. 1, Dernburg § 351 I 1, 3, Staudinger zu § 700 Bem. 1b, Oertmann Bem. 1. Dagegen für Darlehen Cosack § 154 VI 1b, Kühlenbeck II 219; für ein gemischtes Geschäft („Hinterlegungsdarlehen“) Schollmeyer² S. 136, Enneccerus § 391.

⁵³ Natürlich ist auch die dingliche Rechtslage dieselbe wie beim Darlehen. Daraus folgt vor allem, daß der Hinterleger im Konkurse des Verwahrers kein Aussonderungsrecht hat.

⁵⁴ B.G.B. § 700. Es heißt keineswegs, daß der Vertrag Darlehen „ist“ oder „wird“. — Dagegen sagt das Sächs. Gb. § 1274—1277 ausdrücklich, daß

Beendigung des Schuldverhältnisses und somit für Zeit und Ort der Rückgabe im Zweifel die Regeln des Verwahrungsvertrages maßgebend⁵⁵. Der Hinterleger kann auch jederzeit die Rückgabe fordern und demgemäß das hingegebene Quantum von Gattungssachen als für ihn aufbewahrtes und ihm stets zur Verfügung stehendes Gut betrachten. Der Verwahrer muß behufs Erfüllung seiner Aufbewahrungspflicht sich jederzeit zur Rückgabe bereit und im Stande halten. Mangels anderer Abrede aber muß der Hinterleger die Sachen abholen.

Der unregelmäßige Verwahrungsvertrag kommt besonders häufig bei der Hinterlegung von Geld vor⁵⁶. In dieser Gestalt ist er namentlich als Depositengeschäft des Bankverkehrs eigenartig ausgebildet⁵⁷. Das Depositengeschäft bildet einen wichtigen Zweig des Bankgewerbes und wird vom Darlehensgeschäft scharf geschieden. Äußerlich wird die Annäherung an das Darlehen hier durch die Verzinsung des anvertrauten Geldbetrages und zum Teil auch durch die Ausbedingung einer Kündigungsfrist gesteigert. Allein der Zweck bleibt die Aufbewahrung von Geld. Der Hinterleger will bares Geld stets zur Verfügung haben, jedoch die Mühe und Gefahr der Aufbewahrung sich ersparen und überdies das Geld nicht ganz ungenutzt liegen lassen. Der Verwahrer unterzieht sich der Mühe und Gefahr der Aufbewahrung und empfängt die Vergütung dafür in dem inzwischen vom Gelde gezogenen Nutzen. Darum ist der Zins stets niedriger als beim Darlehen bemessen und bedeutet nicht vollen Gebrauchsent-

der Vertrag als ein Darlehen gilt oder vom Verbrauch an in ein Darlehen übergeht und zieht aus der Darlehensnatur sogar die auffällige Konsequenz des § 1276 mit Verweisung auf § 1073. Nach Preufs. L.R. § 83 geht der Verwahrungsvertrag in einen Darlehensvertrag über, sobald der Verwahrer anfängt, sich der Befugnis zu einem ihm unter besonderen Umständen erlaubten Gebrauch zu bedienen. Ebenso nach Österr. Gb. § 959 (bei Gestattung auf Verlangen des Hinterlegers sofort mit der Verwilligung). Umgekehrt verweist das Schweiz. O.R. a. 484 (jetzt 481) überhaupt nicht auf das Darlehen, sondern begnügt sich mit der Bestimmung, daß Gefahr und Nutzen übergeht.

⁵⁵ B.G.B. § 700¹ S. 3. So auch Sächs. Gb. § 1274. — Wo das Aufrechnungsrecht des Verwahrers beschränkt ist, bleibt auch diese Abweichung vom Darlehen in Kraft; Sächs. Gb. a. a. O., v. Schey S. 373 ff. Für das Recht des B.G.B. ist dies bedeutungslos.

⁵⁶ Man wird sogar, wenn Geld unversiegelt oder unverschlossen hinterlegt wird, dafür vermuten müssen. Ausdrücklich bestimmt dies das Schweiz. O.R. a. 484² (jetzt 481²). Die Ausdehnung einer solchen Vermutung auf alle vertretbaren Sachen, wie sie das Sächs. Gb. § 1274 vornimmt, ist abzulehnen.

⁵⁷ Cohn b. Endemann III 884 ff. Cosack, H.R.⁷ § 82.

gelt, sondern ein Äquivalent für den Überschufs der Geldnutzung über die für die Aufbewahrung geschuldete Vergütung. Eine Kündigung vor der Abhebung des Geldes ist nur ausnahmsweise bei besonders hohen Beträgen erforderlich und auch dann stets an eine sehr kurze Kündigungsfrist gebunden.

Auch bei der Hinterlegung von Wertpapieren kann vereinbart werden, daß sie von vornherein oder durch gestattete Aneignung in das Eigentum des Verwahrers übergehen sollen und dieser nur gleichartige Stücke zurückzugewähren braucht. Hier ist aber jede derartige Vereinbarung nur gültig, wenn sie ausdrücklich getroffen wird⁵⁸. Ist der Verwahrer Vollkaufmann (Bankier oder anderer Kaufmann), so bedarf es, falls nicht etwa der Hinterleger selbst Bankier oder Geldwechsler ist, der nicht bloß ausdrücklichen, sondern zugleich schriftlichen Vereinbarung für jedes einzelne Geschäft⁵⁹.

Kein unregelmäßiger Verwahrungsvertrag ist das Summendepot, bei dem zwar gleichfalls die Zurückgabe in anderen gleichartigen Sachen erfolgen kann, der Verwahrer aber nicht Eigentümer wird, sondern stets einen im Eigentum des Hinterlegers verbleibenden Vorrat derartiger Sachen gesondert aufbewahren muß, somit nur zum Umtausch der einzelnen Sachen befugt ist⁶⁰.

Ebenso bleibt regelmärsiger Verwahrungsvertrag das Sammeldepot (Vermengungsdepot), bei dem der Verwahrer vertretbare Sachen mehrerer Hinterleger miteinander vermischen darf. Der Verwahrer wird nicht Eigentümer, sondern begründet für die Hinterleger Miteigentum nach Bruchteilen. Er ist aber regelmärsig zur Verwaltung dieses Miteigentums berufen und kann daher

⁵⁸ B.G.B. § 700². Ebenso schon Schweiz. O.R. a. 485 (jetzt 481³) unter Ausdehnung auf andere vertretbare Sachen aufer Geld.

⁵⁹ Depotges. v. 5. Juli 1896 § 2. Vgl. Kühlenbeck, Der unregelmärsige Verwahrungsvertrag unter besonderer Berücksichtigung des Depotgesetzes, J.W.Schr. 1910 S. 641 ff.

⁶⁰ Vgl. über dieses Geschäft v. Schey S. 377 ff. Es kommt namentlich bei der Hinterlegung von Wertpapieren vor, wenn sie ohne Nummernaufgabe erfolgt, die Parteiabsicht aber keineswegs auf Übertragung des Eigentums oder Einräumung eines Aneignungsrechtes gerichtet ist. Im Bereiche des Depotgesetzes ist auch hierfür ausdrückliche und schriftliche Vereinbarung für das einzelne Geschäft erforderlich (§ 2² mit § 3²). Eine Ermächtigung zur Vermengung der hinterlegten Papiere mit den Papieren anderer Hinterleger ist in dem Verzicht auf Identität der zurückzugebenden Stücke noch nicht enthalten. Das Summendepot darf daher nicht, wie meist geschieht, ohne weiteres dem Sammeldepot gleichgestellt werden.

jedem einzelnen Hinterleger ohne Genehmigung der übrigen aus dem Gesamtvorrat so viel herausgeben, als bei der Naturalverteilung auf dessen Anteil fallen würde⁶¹.

VI. Einbringung von Sachen bei Gastwirten. Gastwirte haften den von ihnen aufgenommenen Gästen für Verlust oder Beschädigung eingebrachter Sachen, wenn nicht ein besonderer Befreiungsgrund vorliegt. Diese verschärfte Haftung entstammt dem römischen *receptum cauponum*, das in Deutschland um so leichter Eingang fand, weil die Haftungsgrundsätze des deutschen Rechts zu einem ähnlichen Ergebnis führten⁶², und daher ins gemeine Recht überging⁶³. Die neueren Gesetzbücher schlossen sich, wenschon mit einzelnen Abweichungen, dem gemeinen Recht an⁶⁴. So auch das B.G.B.⁶⁵.

Das Haftungsverhältnis setzt voraus, daß der eine Teil ein Gastwirt ist, der gewerbsmäßig Fremde beherbergt⁶⁶, der

⁶¹ Vgl. v. Schey S. 389 ff.; Crome § 277 II; Cosack, H.R.⁷ § 159 II, § 160 II. Auch dieses Geschäft kommt bei Hinterlegung von Wertpapieren vor; vgl. den besonderen Anwendungsfall bei Cosack a. a. O. § 160 II 2. Im Bereiche des Depotgesetzes aber gilt dann dessen Formvorschrift. — Gesetzlich geregelt ist im H.G.B. § 419 das Sammellagerschaft (bei Getreide, Spiritus, Öl usw. vorkommend). Die Gestattung der Vermischung muß ausdrücklich erfolgen. Die Ermächtigung des Lagerhalters zur Auslieferung der Anteile tritt kraft gesetzlicher Regel ein. Möglich ist auch Eigentumsübertragung auf den Lagerhalter; ein solcher unregelmäßiger Verwahrungsvertrag ist aber kein Lagergeschäft. Öst. R. b. Schey S. 392.

⁶² Vgl. Rupr. v. Freis. II 71; Wiener Stadtr. v. 1435 S. 248. Dazu Stobbe, Vertr. S. 231; oben § 178 S. 126 Anm. 37.

⁶³ Über dieses vgl. E. F. Müller, Über die *de recepto actio*² 1857; Goldschmidt, Z. f. H.R. III 58 ff., 331 ff.; Sturm, Die Haftpflicht der Gastwirte nach röm. R., nach dem Entw. des B.G.B. und nach dem A.L.R., 1892; Dernburg, Pand. II § 89; Windscheid-Kipp § 354.

⁶⁴ Preuß. A.L.R. II, 8 § 444—454. Dazu Förster-Eccius II § 140; Dernburg § 213. — Code civ. a. 1952—1954. Dazu Zachariae-Crome § 386. — Öst. Gb. § 970 u. 1316. Dazu v. Schey a. a. O. S. 395—418. — Sächs. Gb. § 1280—1290. — Schweiz. O.R. a. 486—487, jetzt mit Abänderungen a. 487—489.

⁶⁵ B.G.B. § 701—703. Langen, Die privatrechtliche Stellung der Wirte und der Gastaufnahmevertrag, 1902. Sturm, Einbringung von Sachen bei Gastwirten, 1900. Schollmeyer² S. 137 ff. Kipp b. Windscheid S. 623 ff. Dernburg § 353. Endemann § 186. Matthiafs § 127. Cosack § 154^a. Crome § 278. Enneccerus § 392—393. Komm. v. Planck, Staudinger, Oertmann u. A. Auch im Zusammenhange einer neuen umfassenden Lehre betreffs Haftung für persönliche oder sachliche Schädigung von „Gästen“ jeder Art K. Polenske, Gastschaftsverträge, 1915.

⁶⁶ Nicht bloß Restaurateur oder Schankwirt, nicht bloß Zimmer- oder Schlafstellenvermieter. Ebenso wenig trifft die Haftung den Besitzer einer Bade-

andere Teil im Betriebe dieses Gewerbes als Gast aufgenommen ist⁶⁷. Die Haftung tritt ein, sobald die Aufnahme des Gastes stattgefunden hat und Sachen von ihm eingebracht sind. Doch genügt zur Aufnahme die ausdrückliche oder stillschweigende Aufnahmeerklärung des Gastwirtes oder seines Vertreters, die in Ansehung der Haftung für die eingebrachten Sachen auch dann wirksam bleibt, wenn der Aufnahmevertrag als solcher (der „Beherbergungsvertrag“) nicht zustande kommt⁶⁸. Und als eingebracht gelten die Sachen schon, sobald sie der Gast dem Gastwirt oder Leuten des Gastwirts, die zur Entgegennahme der Sachen bestellt oder nach den Umständen als dazu bestellt anzusehen waren, übergeben oder an einen ihm von diesen angewiesenen Ort oder in Ermangelung einer Anweisung an den dazu bestimmten Ort gebracht hat⁶⁹. Die Haftung erstreckt sich auch auf die vom

anstalt (Rspr. d. O.L.G. VI 443; anders zum Teil die österr. Praxis, v. Schey S. 338 ff.). Desgleichen nicht Schlafwagengesellschaften, weil sie nur eine besondere Art des Transportes besorgen (Langen a. a. O. S. 6, Kipp S. 623, Brückner im Recht VI 305 ff., Crome Anm. 3, Dernburg Anm. 4, Staudinger zu § 701 Bem. II 2 a γ, Planck Vorbem. II 4 a, Enneccerus § 303 Anm. 2; a. M. Fuld, D.J.Z. V 227 ff., Oertmann Bem. 1 b, früher auch Planck und Enneccerus). Aus demselben Grunde nicht Reeder und Schiffseigner, die den Schiffsreisenden Unterkunft und Verpflegung gewähren (O.L.G. Hamb. in Hans. G.Z. 1905 S. 126 ff., Planck Vorbem. II 4 b; a. M. Oertmann Bem. 1 c). Ferner nicht die Sektionen des Alpenvereins als Inhaber bewirtschafteter Hütten, weil sie kein Gewerbe betreiben (Staudinger Bem. II 2 c, Planck II 4 c; a. M. Oertmann Bem. 1 a). Auch nicht die Inhaber von Heil- und Pflegeanstalten. Wohl aber regelmäßig die Inhaber von sog. Pensionen und auch von Sanatorien (Rspr. d. O.L.G. XX 226 ff.).

⁶⁷ Dazu gehört die Gewährung von Unterkunft, wenn auch nicht gerade von Nachtquartier; die Gewährung von Speisen oder Getränken genügt nicht. Die Aufnahme muß nicht notwendig entgeltlich, darf aber nicht auf Grund von Verwandtschaft oder Freundschaft oder aus Gefälligkeit unentgeltlich erfolgen.

⁶⁸ So, wenn der Gast nachher wegen Überfüllung nicht unterkommt oder sich mit dem Wirt über Preis oder Zimmer nicht einigen kann. Eine Aufnahmeerklärung ist stets in der Entgegennahme der Sachen durch den Vertreter des Gastwirts zu finden; wer nach § 701² zu dieser Entgegennahme legitimiert ist, obschon er nur scheinbar Vertretungsmacht hat, gibt zugleich die Aufnahmeerklärung wirksam ab. Vgl. über die verschiedenen Konstruktionsversuche Langen a. a. O. S. 45, Dernburg § 353 II, Planck Bem. 2 a γ u. δ, Oertmann Bem. 3 a β. — Ist die Aufnahme infolge Vorausbestellung vor dem Eintreffen des Reisenden erfolgt, so tritt auch für vorausgesandtes Gepäck Haftung ein; Seuff. Bl. LXXI 632 ff. Anderenfalls nicht; Rspr. d. O.L.G. XVIII 23.

⁶⁹ B.G.B. § 701². Vgl. für das gem. R. R.Ger. I Nr. 36. Dazu Preufs. L.R. II, 8 § 444 u. 446, Sächs. Gb. § 1280—1284. — Die Haftung erstreckt sich

Gast eingebrachten fremden Sachen, besteht aber nur dem Gaste, nicht dem Eigentümer gegenüber⁷⁰.

Über den Haftungsgrund wird gestritten. Während früher die Meinung überwog, daß er in einem Vertrage zu suchen sei⁷¹, herrscht jetzt die Ansicht vor, daß es sich um eine an den Tatbestand der Gastaufnahme geknüpfte gesetzliche Verpflichtung handle⁷². Diese Lösung ist bequem, aber unbefriedigend. Sowohl der geschichtlichen Entwicklung wie der Lebensauffassung entspricht allein die Herleitung der gesteigerten Haftung aus vertragsmäßiger Übernahme⁷³. Sie fließt aus einem auf Einstehen für die Sicher-

natürlich auch auf nachträglich eingebrachte Sachen. Sie endet mit der Wegschaffung der Sachen durch den Gast. Doch besteht sie noch für das bei der Abreise dem Hausdiener zur Beförderung auf den Bahnhof übergebene Gepäck bis zur Ablieferung an die Bahn oder den Reisenden; Seuff. LXIX Nr. 75. Andererseits endet sie mit der Beendigung der Beherbergung des Gastes auch dann, wenn die Sache im Gasthof verbleibt. Doch besteht sie in diesem Falle jedenfalls bis zum Ablauf der für die Wegschaffung erforderlichen Zeit und überdies dann fort, wenn vereinbart oder als vereinbart anzunehmen ist, daß die Sache noch weiter als Gastsache gelten soll. Im übrigen tritt nun bloß Haftung nach allgemeinen Grundsätzen ein. Vgl. Planck Bem. 6, Oertmann Bem. 3 a γ, Staudinger Bem. III 4, 6; teilweise abweichend Kipp S. 623, Crome § 278 Anm. 18 u. 19, Dernburg § 353 II 3, Polenske § 530—535. Dazu Sächs. Gb. § 1286.

⁷⁰ Seuff. LXI Nr. 174; Langen S. 49; Oertmann Bem. 3 b.

⁷¹ Vgl. v. Schey S. 397 ff. u. die dort angef. ältere Lit.; ferner für das B.G.B. Langen S. 23 ff., Staudinger zu § 701 Bem. V, früher auch Endemann S. 842, Planck Vorbem. 1, Oertmann Vorbem. zu § 701.

⁷² So schon Goldschmidt, Z. f. H.R. III (1860) S. 103 Anm. 79; für das B.G.B. bes. Dernburg § 353 VI, Crome § 278 Anm. 7, Schollmeyer S. 137, jetzt auch Planck zu § 701 Bem. 2 a, Endemann § 186, 1, Oertmann Vorbem. 3, Enneccerus § 392 II. — Eingehende Analyse u. Kritik der verschiedenen Ansichten und ihrer Unterarten b. Polenske § 80—312.

⁷³ Sehr entschieden tritt dafür Polenske ein. Er konstruiert einen vom Beherbergungsvertrage durchaus verschiedenen „Gastschaftsvertrag“. In dem Gastschaftsvertrage (§ 10—15, § 313 ff.) will er einen im B.G.B. übergangenen besonderen Vertragstypus entdeckt haben, der nicht nur zwischen Herbergswirt und Herbergsgast, sondern auch zwischen Verpflegungs-, Fuhr-, Stall- oder Badewirt und ihren Gästen, zwischen Hausherr und Besuch, zwischen Ladenbesitzer und Kunden, zwischen dem Eröffner von Verkehrsräumen und den dort Verkehrenden usw. obwalte. Dieser Vertrag begründe stets eine Duldungspflicht und eine Sicherheitszusage wegen abwendbarer Betriebsgefahren hinsichtlich der Person und (als „Gastsachenvertrag“) der eingebrachten Sachen; verschieden sei nur der Haftungsgrad. Ob wirklich ein Bedürfnis vorliegt, alle solche ungleichartigen Verhältnisse einer neuen allgemeinen Vertragskategorie zu unterstellen, und ob es dienlich ist, sie auf diesem Wege gegenüber den von ihnen begleiteten Grundverhältnissen zu isolieren, mag hier

heit der eingebrachten Sachen gerichteten Schuldvertrage, der an sich als Nebenvertrag des Beherbergungsvertrages erscheint, allein, wenn er mit Rücksicht auf bezweckte Beherbergung geschlossen wird, selbständige Wirksamkeit zu erlangen vermag⁷⁴. Dieser Sondervertrag aber hat die Merkmale eines eigenartigen Verwahrungsvertrages⁷⁵. Gleich jedem Verwahrungsvertrage ist er Realvertrag. Er wird durch Hinterlegung seitens des Gastes, der die Sache mit dem Hinterlegungswillen in den Herrschaftsbereich des Wirtes einbringt, und durch das gleichzeitig oder im Voraus erklärte Einverständnis des Wirtes mit der Übernahme der Verwahrung geschlossen. Dafs der Wirt bei der Annahme wirksam durch einen nur präsumtiven Bevollmächtigten, auf dessen scheinbare Vertretungsmacht der Gast vertrauen darf, verpflichtet werden kann, ist eine dem modernen Verkehrsleben durchaus geläufige Erscheinung. Aus der Vertragsnatur des Verhältnisses folgt, dafs in bezug auf dessen Begründung die Geschäftsunfähigkeit oder die beschränkte Geschäftsfähigkeit eines Teils die gewöhnlichen Wirkungen äufsert. Wenn die Gegner der Vertragstheorie sie übereinstimmend damit bekämpfen, dafs dies zu unerwünschten Ergebnissen führe, weil doch auch der geschäftsunfähige Reisende schutzwürdig sei, so ist nicht einzusehen, warum gerade hier die Anwendung der allgemeinen Grundsätze gröfsere Mifsstände zeitigen soll, als bei allen Verträgen Geschäftsunfähiger⁷⁶.

dahingestellt bleiben. Jedenfalls verleiht das B.G.B. in den §§ 701 ff. gleich dem bisherigen Recht dem „Gastsachenvertrag“ besondere, von den allgemeinen Regeln abweichende Wirkungen, deren Eintritt durch die Verbindung mit gewerbmässiger Gastbeherbergung bedingt ist. Und nur hiervon ist hier zu handeln.

⁷⁴ Oben S. 741 Anm. 68. Ähnlich v. Schey S. 397. Darum geht es nicht an, mit Langen a. a. O., dem früher Planck folgte, die gesetzlichen Bestimmungen nur als eigenartige Entfaltung einer aus dem Gastaufnahmevertrage entspringenden Nebenpflicht zu deuten. Eine Nebenpflicht kann ohne die Hauptpflicht nicht bestehen. Dagegen ist ein Nebenvertrag rechtlicher Verselbständigung fähig, wenn er für sich die Vertragserfordernisse erfüllt.

⁷⁵ Die Natur eines Verwahrungsvertrages wird ihm vielfach (auch von Polenske) abgestritten. Aber der Wirt verspricht Raumgewährung und Obhut. Ob er an den Sachen unmittelbaren Besitz erlangt, ist unerheblich; es genügt für den Begriff der Verwahrung, dafs sie sich in seinem Herrschaftsbereich befinden.

⁷⁶ Vgl. Polenske § 436. Überdies wäre es doch bedenklich, zugunsten des Geschäftsunfähigen die strenge Haftpflicht des Wirtes ausnahmsweise zu zwingendem Recht zu erheben, was infolge der Nichtigkeit eines mit ihm geschlossenen Haftungsermäfsigungsvertrages unvermeidlich wäre!

Aus der vertragsmäßigen Grundlage und nur aus ihr erklärt es sich, daß die Haftung ganz oder teilweise wegbedungen werden kann⁷⁷. Dagegen kann der Gastwirt durch einseitige Erklärung sie nicht ausschließen; ein Anschlag, durch den er die Haftung ablehnt, ist ohne Wirkung⁷⁸.

Kraft seiner Haftung trägt der Gastwirt die Betriebsgefahr. Er muß dem Gast allen Schaden ersetzen, den dieser durch den Verlust oder die Beschädigung von eingebrachten Sachen erleidet, mag auch weder ihn noch seine Leute ein Verschulden treffen. Doch haftet er nicht für den Schaden, der durch die Beschaffenheit der Sachen oder durch höhere Gewalt entsteht⁷⁹. Auch hat er den Schaden nicht zu ersetzen, der von dem Gaste, dessen Begleiter oder einem von ihm aufgenommenen Dritten verursacht ist⁸⁰.

Für Geld, Wertpapiere und Kostbarkeiten haftet der Gastwirt nur bis zu dem Betrage von 1000 Mark. Diese Beschränkung fällt aber weg, wenn er entweder solche Gegenstände in Kenntnis ihrer Eigenschaft als Wertsachen zur eignen Aufbewahrung übernimmt oder solche Aufbewahrung ablehnt. Außerdem trifft ihn die volle Haftung, wenn der Schaden nachweislich von ihm oder seinen Leuten verschuldet ist⁸¹.

⁷⁷ Dies ist unbestritten. Vgl. auch Preufs. L.R. II, 8 § 448, Sächs. Gb. § 1287, v. Schey S. 412 ff.

⁷⁸ B.G.B. § 701³. Der Anschlag gilt auch nicht etwa als Offerte. Der Gast kann ihn ignorieren. Vgl. auch v. Schey a. a. O., Schweiz. O.R. a. 489² (früher 487). — Dagegen befreit nach Sächs. Gb. § 1288 ein Anschlag insoweit, als er sich auf Wertsachen bezieht und der Wirt sich zu deren eignen Aufbewahrung erbietet.

⁷⁹ B.G.B. § 701 Abs. 1 S. 2 a. E. Ebenso nach gem. R., Code civ. a. 1954, Sächs. Gb. § 1285, Schweiz. O.R. a. 487¹ (früher § 486¹). Hier dauert also der unausgetragene Streit über die Abgrenzung der höheren Gewalt vom gemeinen Zufall fort; daß Diebstahl, auch wenn von einer internationalen Gaunerbande verübt, niemals höhere Gewalt ist, unterliegt keinem Zweifel, vgl. R.Ger. LXXV Nr. 95. — Nach Preufs. L.R. § 447 haftet der Wirt nicht für äußere Gewalt und Zufälle, die er bei sorgfältigster Aufmerksamkeit weder voraussehen noch verhüten konnte. — Beschränkter ist, wie v. Schey S. 404 ff. gegen Unger nachweist, seine Haftung nach österr. R.

⁸⁰ B.G.B. a. a. O. Vgl. für das gem. R. R.Ger. I Nr. 36, ferner Preufs. L.R. § 447, Sächs. Gb. § 1285, Schweiz. O.R. a. 487 (486)¹, v. Schey S. 406. — Bei bloß mitwirkendem Verschulden des Gastes ist § 254 B.G.B. anwendbar; R.Ger. LXXV Nr. 95, Seuff. LXIX Nr. 75.

⁸¹ B.G.B. § 702. Bis zur Haftungsgrenze von 1000 Mark haftet der Wirt auch für Wertsachen im Umfange des § 701. (Sind mehrere Familienglieder zusammen aufgenommen, so soll nach Planck Bem. 8, Langen S. 114,

Jeder Anspruch des Gastes erlischt, wenn er nicht unverzüglich nach Erlangung der Kenntnis von dem Verlust oder der Beschädigung dem Wirte Anzeige macht. Dies gilt jedoch nicht für die dem Wirte zu unmittelbarer Aufbewahrung übergebenen Sachen⁸².

Die römischrechtliche Ausdehnung der verschärften Haftung der Gastwirte auf Stallwirte (*receptum stabulariorum*), die in das gemeine Recht übernommen wurde, ist dem heutigen deutschen Recht fremd⁸³.

Neben der schuldrechtlichen Haftung begründet die Einbringung von Sachen bei einem Gastwirte für diesen ein dingliches Recht. Ihm steht an den eingebrachten Sachen des Gastes ein gesetzliches Pfandrecht wegen seiner Forderungen für Wohnung und andere dem Gaste zur Befriedigung seiner Bedürfnisse gewährte Leistungen einschliesslich der Auslagen zu. Auf dieses Pfandrecht finden die Regeln des Vermieterpfandrechts entsprechende Anwendung. Es ergreift nicht die vom Gast eingebrachten fremden Sachen (z. B. den Musterkoffer eines Geschäftsreisenden) und erstreckt sich nicht auf unpfändbare Sachen⁸⁴.

Staudinger Bem. 3 stets jedes Familienglied Ersatz seines Schadens bis zu 1000 Mark fordern können. Doch dürfte, wenn ein Familienhaupt mit unselbständigen Angehörigen einkehrt, die Haftungsgrenze im ganzen auf 1000 Mark festzusetzen sein; Kipp S. 625, Dernburg § 353 Anm. 16, Oertmann Bem. 1 c, Enneccerus § 393 Anm. 10.) Übernimmt er die eigne Aufbewahrung oder lehnt er sie ab, so haftet er unbeschränkt im Umfange des § 701 (nicht etwa blofs, wie nach Preufs. L.R. § 454 im Falle der unmittelbaren Aufbewahrung, als gewöhnlicher Verwahrer). Im übrigen trifft ihn eine unbeschränkte Haftung nur als normale Verschuldenschaft. Vgl. R.Ger. LXXV Nr. 95, LXXVII Nr. 83. — Ähnlich ein französ. Ges. v. 18. April 1889 (mit der Haftungsgrenze von 1000 francs). Das neue Schweiz. O.R. a. 487² läfst den Gastwirt, wenn ihn oder seine Leute kein Verschulden trifft, für alle Sachen nur bis zu 1000 frcs. jedem Gast gegenüber haften; für Kostbarkeiten, gröfsere Geldbeträge und Wertpapiere haftet nach a. 488 der Wirt, wenn sie ihm nicht zur Aufbewahrung übergeben sind, überhaupt nur bei Verschulden, dagegen, wenn er die Aufbewahrung übernommen oder abgelehnt hat, voll, und wenn dem Gaste die Übergabe nicht zuzumuten war, bis zum Betrage von 1000 francs. — Über das Sächs. Gb. vgl. oben Anm. 78.

⁸² B.G.B. § 703. Ähnlich neues Schweiz. O.R. a. 489¹.

⁸³ Das Sächs. Gb. § 1290 hielt an ihr fest. Ebenso haften nach Schweiz. O.R. a. 490 (früher 488) Stallwirte für eingestellte Tiere, Wagen und zugehörige Sachen, jedoch jetzt nur bis zum Betrage von 1000 francs. — Über die Haftung des Stallwirts nach allgemeinen Grundsätzen vgl. O.L.G. München b. Seuff. LXVIII Nr. 233, O.L.G. Kiel ebd. LXIX Nr. 100; dazu Polenske § 586—618.

⁸⁴ B.G.B. § 559; vgl. oben Bd. II 977, sowie hier § 197 I 5 S. 535 ff. Dazu Preufs. L.R. § 455. — Das neue Schweiz. O.R. a. 491 gewährt nur ein Retentionsrecht.

§ 205. Verlagsvertrag¹.

I. Geschichte. Der Verlagsvertrag hat sich in engem Zusammenhange mit der Ausbildung des Urheberrechts unter Anpassung an dessen verschiedene Werdestufen² als eigenartiger Vertrag entwickelt. Seinen Ausgang nahm er vom Buchhandel, indem Buchhändler als „Verleger“ über Schriftwerke, die sie durch den Buchdruck vervielfältigen und verbreiten wollten, Verträge mit den Verfassern abschlossen. Bis heute bildet der Buchverlag sein Hauptanwendungsgebiet. Mit der Vervielfältigung von Werken der Tonkunst durch den Notendruck trat der Musikalienverlag, mit der Vervielfältigung von Kunstwerken durch die immer mannigfacher ausgestalteten Reproduktionsverfahren der Kunstverlag hinzu.

Das Recht des Verlagsvertrages empfing seine Gestalt durch die Verkehrssitte und ihre Verdichtung zu Gewohnheitsrecht. Die neueren Gesetzbücher stellten gesetzliche Regeln für den Verlagsvertrag auf³. Dagegen nahm ihn das deutsche B.G.B. nicht auf, überließ ihn vielmehr dem Landesrecht (E.G. a. 76). Die in Deutschland geltenden landesgesetzlichen Vorschriften indess waren bereits in vielen Punkten veraltet und durch neuere Übungen verdrängt,

¹ Von den oben Bd. I § 85 Anm. 1 angef. Werken über das Urheberrecht behandeln zugleich den Verlagsvertrag namentlich: O. Wächter, Das Verlagsrecht (bes. § 21), Das Autorrecht (S. 107 ff.); Klostermann, Das geistige Eigentum I 293 ff., Das Urheberrecht S. 144 ff.; Gerber in ges. Abh. S. 280 ff.; Schürmann, Die Rechtsverhältnisse der Autoren u. Verleger, 2. Aufl. 1897. — Über das frühere gem. R. die Werke über deut. Privatr. von Walter § 320 ff., Gerber § 200, Gengler S. 524 ff., Beseler § 212, Stobbe-Lehmann § 251; ferner die handelsrechtlichen Werke v. Thöl § 207, Goldschmidt I² S. 643 ff., Endemann § 173, Klostermann in Endemanns Handb. III 714 ff.; dazu Voigtländer, Das Verlagsrecht², 1893. — Über preuß. R. Förster-Eccius II § 134, Dernburg II § 210; österr. R. Krainz-Pfaff-Ehrenzweig § 376 I; württ. R. Reyscher II § 451; schweiz. R. Jos. Müller, Der Verlagsvertrag nach schweiz. R., 1905. — Zum deut. Ges. über das Verlagsrecht v. 1901 Kommentare von Allfeld (1902), Kühlenbeck (1901) S. 208 ff., E. Müller (1901) I 301 ff., Voigtländer (1901). Ferner Kohler, Urheberrecht an Schriftwerken und Verlagsrecht, 1906, S. 291 ff. E. Riezler, Deutsches Urheberrecht und Erfinderrecht, Bd. I, 1909, S. 314 ff. Lehrb. des B.R. v. Crome § 274, H. Dernburg VI (herausg. v. Kohler) § 47 ff. Lehrb. des H.R. v. Gareis § 59, Cosack § 108 ff., K. Lehmann § 196.

² Vgl. oben Bd. I 750 ff.

³ Preuß. A.L.R. I, 11 § 996 ff. (unter den Verträgen über Handlungen) Bad. L.R. s. 577 da—dh. Österr. Gb. § 1164 ff. (unter den entgeltlichen Verträgen über Dienstleistungen); dazu Urheberrechtsges. § 16. Sächs. Gb. § 1139 ff. Schweiz. O.R. a. 272 ff., neues a. 380 ff. (mit geringen Änderungen).

die vornehmlich durch die in Verbänden zusammengeschlossenen Verleger bestimmt wurden⁴. So erging hauptsächlich auf Wunsch der Schriftsteller am gleichen Tage, wie das neue Reichsgesetz über das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst, ein besonderes Reichsgesetz über das Verlagsrecht vom 19. Juni 1901, in dem der Verlagsvertrag eingehend geregelt ist⁵. Doch gilt dieses Gesetz nur für Verlagsverträge über Werke der Literatur mit Einschluss der im Urheberrechtsgesetz den Schriftwerken gleichgestellten Abbildungen und über Werke der Tonkunst⁶. Für den Kunstverlag können seine Vorschriften nur unter Beachtung der durch die Eigenart der einzelnen Zweige des Kunstverlags nach Gewohnheitsrecht und Verkehrssitte bedingten Abweichungen verwertet werden⁷.

Die Verlagsverträge werden von den Verlegern regelmäßig gewerbsmäßig geschlossen. Da der gewerbsmäßige Betrieb von Verlagsgeschäften ein Handelsgewerbe ist und die Kaufmannseigenschaft begründet, ist der Verlagsvertrag meist Handelsgeschäft⁸. Grundsätzlich aber gehört er dem bürgerlichen Rechte an.

II. Begriff und Wesen. Verlagsvertrag ist der Vertrag, durch den der eine Teil sich verpflichtet, dem anderen Teil ein Geisteswerk zur Vervielfältigung und Verbreitung für eigene Rechnung zu überlassen, dieser aber sich verpflichtet, das Werk zu vervielfältigen und zu verbreiten. Der letztere heißt „Verleger“. Der erstere wird passend als „Verlaggeber“ bezeichnet⁹.

Der Verlagsvertrag ist Arbeitsvertrag, in seiner normalen Gestalt aber zugleich Rechtsübertragungsvertrag.

⁴ Insbesondere durch die vom Börsenverein deutscher Buchhändler aufgestellte „Verlagsordnung für den deutschen Buchhandel“ v. 30. Apr. 1893 und die „Verlagsordnung des Vereins deutscher Musikalienhändler“ v. 28. Apr. 1891.

⁵ Eine Abänderung brachte das R.G. v. 22. Mai 1910 zur Ausführung der revidierten Berner Übereinkunft v. 13. Nov. 1908 in art. II.

⁶ Das Preuß. A.L.R. § 697 bezog auch Kupferstiche, das Sächs. Gb. § 1139 alle Werke der Kunst ein. — Das Schweiz. O.R. a. 380 (372) gilt für jedes „literarische oder künstlerische Werk“.

⁷ Vgl. die Komm. zum R.G. v. 9. Jan. 1907 über das künstlerische Urheberrecht (K.U.G.) von Allfeld zu § 10 Bem. 14, E. Müller zu § 10 Abs. 3, Osterrieth S. 73 ff.; Kohler, Kunstwerksrecht S. 95 ff.; Riezler a. a. O. § 91 II. — Eine einzelne verlagsrechtliche Bestimmung enthält das K.U.G. § 11.

⁸ H.G.B. § 1 Z. 8, § 343 ff. Regelmäßig jedoch nur einseitiges Handelsgeschäft.

⁹ V.G. § 1. Das Ges. nennt den Verlaggeber „Verfasser“, findet aber nach § 48 auch Anwendung, wenn er nicht der Verfasser ist. Er kann Rechtsnachfolger des Verfassers, aber auch ein Dritter sein.

1. Der Verlagsvertrag als Arbeitsvertrag.

a. Arbeitsleistung des Verlegers. Die Verpflichtung des Verlegers zur Vervielfältigung und Verbreitung des Geisteswerkes ist begriffswesentlich. Der Vertrag ist also für ihn stets ein Arbeitsvertrag. Doch ist er weder Dienstvertrag noch Werkvertrag. Denn der Verleger arbeitet für eigene Rechnung und empfängt vom Verlagegeber keine Vergütung. Seinen Arbeitsentgelt bezieht er aus der Nutzbarmachung des ihm zu diesem Zweck überlassenen Geisteswerkes. Eine ihm vom anderen Teil etwa zu leistende Vergütung ist nicht Arbeitslohn, sondern Beitrag zu den Kosten der Nutzbarmachung des Werkes. Zur Arbeitsleistung aber ist er dem Verlagegeber, weil der Erfolg auch diesem zugute kommen soll, vertragsmäßig verpflichtet.

b. Arbeitsleistung des Verlagegebers. Der Verlagegeber ist, wenn er im Verlagsvertrage die Herstellung des Geisteswerkes verspricht, auch seinerseits zur Arbeitsleistung verpflichtet. Auch für ihn aber ist der Vertrag, obschon Arbeitsvertrag, weder Dienstvertrag noch Werkvertrag. Denn indem er geistig schafft, arbeitet er in erster Linie für sich selbst und empfängt vom Verleger dafür keine Vergütung. Seinen Arbeitsentgelt findet er möglicherweise nur in ideellen Vorteilen. Eine etwaige materielle Vergütung erhält er nicht als Lohn für eine dem Verleger geleistete Arbeit, sondern als Entgelt für die dem Verleger verschafften Vorteile aus der Vervielfältigung und Verbreitung des Werkes. Zur Arbeitsleistung aber ist er dem Verleger, weil der Arbeitserfolg auch diesem zugute kommen soll, vertragsmäßig verpflichtet.

Die Arbeitsverpflichtung des Verlagegebers ist nicht begriffswesentlich. Sie fällt weg, wenn er ein fertiges Geisteswerk in Verlag gibt. In diesem Falle beschränkt sich seine Verpflichtung auf die Überlassung des Geisteswerkes zum vereinbarten Gebrauch. Dies geht über geschuldete Mitwirkung zum Arbeitserfolge des Verlegers nicht hinaus¹⁰.

2. Verlagsvertrag und Verlagsrecht. Der echte Verlagsvertrag erschöpft sich nicht im Begriffe eines Arbeitsvertrages. Er zielt zugleich auf Übertragung von Urheberrecht in Gestalt eines Verlagsrechtes.

Das Verlagsrecht ist ein aus dem Urheberrecht als Tochter-

¹⁰ Kohler, U.R. S. 294 ff., 333 ff. scheidet scharf den Verlagsvertrag über ein bestehendes Werk, der reines „Austauschgeschäft“ sei, und den über ein künftiges Werk, der als „Werkvertrag“ erscheine. Allein reines „Austauschgeschäft“ ist auch jener nicht, weil er persönliche Beziehungen schafft.

recht abgezweigtes absolutes Recht am Geisteswerk. Der Verleger hat es dem Verleger in dem gesetzlich bestimmten oder vereinbarten Umfange zu verschaffen. Steht ihm das Urheberrecht zu, so ist er zur Einräumung des Verlagsrechtes im Wege konstitutiver Übertragung verpflichtet. Ist er hierzu, weil ihm das Urheberrecht fehlt, nicht imstande, so gelten gleiche Grundsätze, wie in anderen Fällen, in denen Jemand die Verschaffung eines fremden Rechts versprochen hat. Der Verlagsvertrag ist somit normaler Weise zugleich Rechtsübertragungsgeschäft.

Indessen werden als Abarten des Verlagsvertrages auch Verträge anerkannt, die eine Verpflichtung zur Verschaffung des Verlagsrechtes nicht begründen, weil entweder ein gemeinfreies Werk, an dem kein Urheberrecht besteht und somit auch ein Verlagsrecht ausgeschlossen ist, den Vertragsgegenstand bildet oder infolge der besonderen Art der Veröffentlichung in einer Zeitung oder Zeitschrift ein Verlagsrecht nicht übertragen werden soll. Hier handelt es sich um unechte Verlagsverträge. Sie werden dem Gattungsbegriff des Verlagsvertrages unterstellt, weil die für sie geltenden Regeln sich an das Vorbild des echten Verlagsvertrages anlehnen¹¹. Das typische Wesen des Verlagsvertrages aber kann aus ihnen nicht erkannt werden¹².

3. Wesen. Der Verlagsvertrag ist ein eigenartiger Vertrag. Man hat unter dem Zwange der romanistischen Vertragsschablone die verschiedensten Vertragstypen herangezogen, um ihn mit den üblichen Begriffen zu konstruieren. Das dem Verleger zustehende Gebrauchsrecht am Geisteswerk suchte man oft nach Analogie des Miets- oder Pachtrechts oder des Nießbrauchs zu erklären, ohne die mit ihm untrennbar verknüpfte Arbeitspflicht zu beachten. Im Falle der Hingabe des Werkes gegen einen festen Preis sprach

¹¹ Die beiderseitigen Verpflichtungen sind, soweit es tunlich ist, in der Weise geregelt, daß jeder Teil sich so verhalten muß, als bestünde ein Verlagsrecht; vgl. unten S. 757 zu Anm. 42.

¹² Daß das Verlagsrecht für den Verlagsvertrag wesensbestimmend ist, wird überwiegend anerkannt; vgl. O. Wächter, Verlagsr. S. 219, 242 ff., Klostermann, Geist. Eigent. S. 294 ff., Beseler § 212 III, Kohler S. 294 („das Verlagsrecht gibt dem Vertrage seine eigne Wesenheit“), Riezler S. 223 ff., Gareis § 59, Cosack § 110; auch Dernburg VI § 48, 2, der aber den Verlagsvertrag ohne Verlagsrecht nicht glücklich als „einfachen“ Verlagsvertrag dem „autorrechtlichen“ Verlagsvertrag gegenüberstellt, während doch der letztere allein der wahre Verlagsvertrag und jener nur eine verkümmerte Abart ist. — Grundsätzlich abweichend Gerber, Abh. S. 280 ff., Stobbe § 251, 1, K. Lehmann § 196, 2.

man auch von einem Kauf, wobei dann die Arbeitspflicht des Verlegers noch stärker zurücktrat. Demgegenüber betonte Kohler zutreffend die Verflechtung des dem Verleger eingeräumten Gebrauchsrechtes mit der Gebrauchspflicht; er zog zur Erklärung die an sich nicht unpassende, aber doch sehr fernliegende und nur teilweise verwertbare Analogie der lehnrechtlichen Eigentumsteilung heran und verglich das Verlagsrecht mit dem mit Pflichten durchmischten vassallitischen Recht^{12a}. In der richtigen Erwägung, daß beide Teile zu einem gemeinschaftlichen Zweck zusammenzuwirken haben, wandte man häufig den Begriff des Gesellschaftsvertrages an, der jedoch auf die regelmäßige Gestalt des Verlagsvertrages in keiner Weise paßt und dadurch, daß gesellschaftliche Nebenabreden möglich sind, nicht allgemein verwertbar wird¹³. Unter einseitiger Hervorkehrung der dem Verleger obliegenden Arbeitsleistung subsumierte man den Vertrag unter den Begriff des Mandats und später des Dienstvertrages. Neuerdings überwiegt die Auffassung als Werkvertrag, wobei dann Zweifel entstehen, ob und wann der Verleger oder vielmehr der Verlaggeber der Unternehmer ist, beiderlei Annahmen aber zu unbefriedigenden Ergebnissen führen¹⁴. Wenn endlich Abhilfe in der Annahme gesucht wird, daß zwei ineinander verschlungene und sich gegenseitig bedingende Werkverträge vorliegen¹⁵, so scheitert diese künstliche Konstruktion, die den einheitlichen Vertrag zerreißt, schon daran, daß eine Arbeitsverpflichtung des Verlaggebers überhaupt nicht erforderlich ist. Wir haben aber oben gesehen, daß auf keiner Seite von einem eigentlichen Werkvertrage die Rede sein kann. Und vor allem wird dem wahren Wesen des Verlagsvertrages keine Auffassung gerecht, die das Verlagsrecht ganz ausschaltet oder nur als zufälliges Nebenergebnis behandelt.

Das eigenartige Wesen des typischen Verlagsvertrages kann

^{12a} Vgl. Kohler, Autorrecht S. 284 ff., U.R. S. 259 ff.

¹³ Zutreffend K. Lehmann § 196, 4. Ist dem Verfasser ein Anteil am Gewinne zugesichert, so kommen wie bei anderen partiarischen Rechtsgeschäften einzelne Regeln des Gesellschaftsrechts zur Anwendung; vgl. R.Ger. LXXXI Nr. 53. Allein ein besonderer Typus des „Gesellschaftsverlagsvertrages“, wie ihn Cosack § 108 I b β konstruiert, entsteht dadurch nicht. Das V.G. § 1 fordert, daß der Verleger „für eigne Rechnung“, nicht aber, daß er ausschließlich für eigne Rechnung tätig wird.

¹⁴ Gegen die Auffassung als Werkvertrag vgl. auch R.Ger. LXXIV Nr. 101 S. 359 ff.

¹⁵ So K. Lehmann § 196 Z. 4, auch Gareis § 50 Anm. 2. Dagegen Riezler S. 325.

nur aus dem Zusammenhange des Schuldinhaltes mit der Spaltung des Urheberrechts am Geisteswerk begriffen werden. Der Inhaber des Urheberrechts will durch den Verlagsvertrag die Vervielfältigung und Verbreitung des Geisteswerkes erzielen, damit dessen wissenschaftlicher, künstlerischer oder technischer Ideengehalt für Andere zugänglich und nutzbar werde. Er will es also in bestimmten Umfange zum Gemeingut machen. Allein er behält sich sein durch geistige Schöpfung erworbenes Persönlichkeitsrecht vor und will sich ideelle und je nachdem auch materielle Vorteile aus dessen Entfaltung sichern. Zu diesem Behufe überträgt er dem Verleger das Verlagsrecht als eignes ausschließliches Recht mit urheberrechtlichem Inhalt und verpflichtet ihn zugleich unter bestimmten Bedingungen zur Verwirklichung des beabsichtigten Erfolges durch Arbeit. Der Verleger will das Geisteswerk durch die Herstellung und Verwertung von Vervielfältigungsexemplaren für sich nutzbar machen. Zu diesem Behufe verpflichtet er den anderen Teil zur Überlassung einer geeigneten Verkörperung des Geisteswerkes und, wenn dieses noch nicht fertig vorliegt, zu der erforderlichen Arbeitsleistung, erwirbt aber zugleich unter bestimmten Bedingungen das ihn zur Verwertung des Geisteswerkes in den Stand setzende urheberrechtliche Verlagsrecht. Auf der so zugrunde gelegten Zerlegung der urheberrechtlichen Befugnisse beruht das diesem Schuldvertrage immanente personenrechtliche Element. Der Verlagsvertrag fordert gegenseitiges persönliches Vertrauen. Der Urheber vertraut dem Verleger sein Persönlichkeitsgut an, der Verleger traut dem inneren Werte und der äußeren Verwertbarkeit der fremden geistigen Schöpfung. Für den Urheber hängt von der Persönlichkeit des Verlegers, von dessen Tätigkeit, Ruf und Gewissenhaftigkeit, für den Verleger von der Persönlichkeit des Urhebers, von dessen Befähigung, Namen und Kraftanspannung in erheblichem Umfange die Erreichung des beabsichtigten Erfolges ab. Es handelt sich zuletzt auf beiden Seiten um eine Fülle nicht erzwingbarer Verpflichtungen, die in einer gegenseitigen Treupflicht zusammenlaufen.

4. Sonstige Verlagsgeschäfte. Der Verlagsvertrag ist das wichtigste, aber nicht das einzige Verlagsgeschäft. Andere Verlagsgeschäfte dürfen seinem Begriff und Recht nicht unterstellt werden.

Kein Verlagsvertrag, sondern ein gewöhnlicher Werkvertrag liegt vor, wenn der Verleger sich nur zur Herbeiführung eines Arbeitserfolges für den Urheber verpflichtet. So verhält es

sich beim Kommissionsverlage, bei dem der Verleger die Vervielfältigung und Verbreitung zwar in eigenem Namen, aber für Rechnung des Verfassers zu besorgen verspricht und demgemäß ein Kommissionsgeschäft schließt¹⁶. Ebenso ist es kein Verlagsvertrag, wenn ein Verleger für ein vom Verfasser im Selbstverlage herausgegebenes Werk einen Teil der Verlegerarbeit, z. B. die Vervielfältigung eines Werkes, das der Verfasser selbst verbreiten will, oder die Verbreitung eines vom Verfasser vervielfältigten Werkes, gegen Entgelt übernimmt¹⁷. Derartige Verträge sind von vornherein nicht auf die Verschaffung eines Verlagsrechtes angelegt und lassen das Urheberrecht unberührt.

Umgekehrt liegt ein einseitiger Arbeitsvertrag des Verfassers, kein Verlagsvertrag vor, wenn Jemand sich dem Verleger gegenüber zu bloßer literarischer oder künstlerischer Mitarbeit an einem zu verlegenden Geisteswerke verpflichtet¹⁸. In diesem Falle finden, wenn eine Vergütung zugesagt ist, die Vorschriften über den Werkvertrag oder auch bei ständiger Anstellung zur Hilfsarbeit über den Dienstvertrag, bei etwaiger unentgeltlicher Leistung die Vorschriften über den Auftrag Anwendung. Einen Anspruch auf Vervielfältigung und Verbreitung erlangt der Verfasser nicht. So verhält es sich im Zweifel, wenn der Verleger das Werk unter genauer Bestimmung des Inhaltes und der Art und Weise der Behandlung beim Verfasser bestellt oder wenn es sich nur um Mitarbeit an einem enzyklopädischen Unternehmen oder um Hilfs- und Nebenarbeiten für das Werk eines Anderen oder für ein Sammelwerk handelt¹⁹. Ob und inwieweit der Verfasser trotzdem an seinem Werke oder Beitrage ein Urheberrecht erwirbt, hängt davon ab, ob und inwieweit auf seiner Seite eine eigne geistige Schöpfung vorliegt²⁰. Steht ihm ein Urheberrecht

¹⁶ Vgl. Kohler, U.R. § 62, Riezler S. 322, Gareis § 59 V, Cosack § 108 I b α, K. Lehmann § 196 Anm. 2.

¹⁷ Über Selbstverlag vgl. Gareis § 59 VII, Dernburg VI § 46 II; R.Ger. V Nr. 15.

¹⁸ Vgl. Kohler § 64 („Hilfsarbeitsvertrag“), Riezler S. 321 ff., Gareis § 59 VI („Literarische einseitige Werkverträge“).

¹⁹ V.G. § 47. Doch ist zu beachten, daß nur „im Zweifel“ der Besteller zur Vervielfältigung und Verbreitung nicht verpflichtet ist, oft aber (insbesondere bei der Mitarbeit für enzyklopädische Werke) das Gegenteil vereinbart wird oder als vereinbart gelten muß und dann ein Verlagsvertrag vorliegt. Vgl. A. Elster, Jahrb. f. D. LXVI 116 ff. — Verwandte Bestimmungen in Preufs. A.L.R. I, 11 § 1021—1022, Öst. Gb. § 1170, Schweiz. O.R. a. 393 (früher 391).

²⁰ Das Preufs. L.R. u. das Öst. Gb. gehen davon aus, daß der Verleger

zu, so muß er es in dem zur Verschaffung des vollen Verlagsrechts erforderlichen Umfange auf den Verleger übertragen²¹.

Unter den Begriff des Verlagsvertrages fallen endlich auch nicht reine Rechtsübertragungsverträge, vermöge deren ein Urheber einem Verleger an seinem Geisteswerk ein Verlagsrecht einräumt, ohne ihm eine Verlagspflicht aufzuerlegen²².

III. A b s c h l u f s. Der Verlagsvertrag ist formfrei. Doch bildet bei erheblicheren Verträgen schriftliche Abfassung die Regel²³. Den Gegenstand kann, wie schon bemerkt ist, ein schon vorhandenes oder ein erst zu schaffendes Geisteswerk bilden. Nur ist ein Vertrag, durch den Jemand im Voraus für alle seine künftigen Werke oder eine ganze Gattung derselben das Verlagsrecht zusagt, als nichtig anzusehen²⁴.

IV. Verpflichtungen des Verlaggebers.

1. Der Verlaggeber ist verpflichtet, die Vervielfältigung und Verbreitung des Geisteswerkes dem Verleger zu gestatten, seinerseits aber zu unterlassen. Über den Umfang dieser Verpflichtung entscheidet die Vereinbarung. In Ermangelung einer solchen gelten gesetzliche Regeln.

Die Unterlassungspflicht des Verlaggebers erstreckt sich im allgemeinen auf alle Handlungen, die kraft des im Ur-

stets ein originäres Verlagsrecht (also das Urheberrecht) erwirbt; das Schweiz. O.R. sagt ausdrücklich: „Das Urheberrecht am Werke steht dem Verleger zu.“ Dies ist aber keineswegs notwendig der Fall.

²¹ Insoweit sind die Regeln über den Verlagsvertrag anwendbar. In die nicht zum Inhalt des Verlagsrechts gehörigen urheberrechtlichen Befugnisse darf der Verleger auch hier nicht eingreifen.

²² Der Inhaber eines Urheberrechts kann natürlich stets das Werk einem Verleger zu beliebiger Verwertung überlassen. Bedingt er sich einen Preis dafür aus, so liegt ein Rechtskauf vor. Auch unentgeltliche Überlassung begegnet. Hierher gehört z. B. die Lieferung von Beiträgen an eine Zeitung oder Zeitschrift unter Anheimstellen des Abdrucks. Dann sind die Vorschriften der §§ 41 ff. des V.G. unanwendbar; K. Lehmann § 196 Anm. 1^c; a. M. Allfeld, Kühlenbeck, E. Müller zu § 41.

²³ Das Preuss. A.L.R. § 998 forderte Schriftform.

²⁴ Oben Bd. I 806; Kohler, U.R. § 60 I; Cosack § 109 a. E. Eine solche Bindung der Persönlichkeit enthält eine unzulässige Selbstentäußerung und verstößt gegen § 138 B.G.B. Dies gilt auch, wenn dem Verleger nur ein Vorrecht auf den Verlag aller künftigen Werke eingeräumt ist. A. M. R.Ger. LXXIX Nr. 35 S. 156 ff. Doch will das R.Ger. wenigstens ein Kündigungsrecht aus wichtigem Grunde nach Analogie des § 626 B.G.B. gewähren; es hätte dann auch § 624 heranziehen und jedenfalls die lebenslängliche Bindung ausschließen müssen. — Das Österr. U.G. § 16 Abs. 3 statuiert ein unverzichtbares Kündigungsrecht mit einjähriger Frist.

heberrecht enthaltenen ausschließlichen Vervielfältigungs- und Verbreitungsrecht Dritten verboten sind²⁵. Im Zweifel jedoch verbleibt ihm das Vervielfältigungs- und Verbreitungsrecht für Übersetzungen, für die Wiedergabe einer Erzählung in dramatischer oder eines Bühnenwerkes in erzählender Form, für die selbständige Bearbeitung eines Werkes der Tonkunst, für die Benutzung des Werkes zum Zwecke der mechanischen Wiedergabe für das Gehör (z. B. durch Phonographen oder Musikwerke) und für die bildliche Wiedergabe des Inhalts im Wege der Kinematographie oder eines ähnlichen Verfahrens²⁶. Auch ist er nach Ablauf von zwanzig Jahren seit dem Schlusse des Erscheinensjahres zur Vervielfältigung und Verbreitung in einer Gesamtausgabe, bei unentgeltlichen Beiträgen zu einem Sammelwerke schon nach einem Jahre zu beliebiger anderweitiger Verwertung befugt²⁷. Beiträge für eine Zeitung, eine Zeitschrift oder ein sonstiges periodisches Sammelwerk darf der Verfasser jederzeit auch anderweit vervielfältigen und verbreiten, wenn nicht aus den Umständen erhellt, daß der Verleger ein ausschließliches Recht erwerben sollte; ist aber letzteres der Fall, so ist dem Verfasser gleichwohl die anderweitige Verwendung nach Ablauf eines Jahres, bei einem Zeitungsbeitrag sogar alsbald nach dem Erscheinen gestattet²⁸. Die urheberrechtliche Befugnis zur Wiedergabe des Werkes durch Aufführung oder Vortrag bildet überhaupt nicht den Gegenstand von Verlagsverträgen²⁹.

Die Gestattungspflicht des Verlagebers erstreckt sich auf die Vervielfältigung und Verbreitung des Werkes, insoweit sie nicht in die ihm gesetzlich oder vertragsmäßig vorbehaltenen ur-

²⁵ V.G. § 2¹. Dies gilt auch für solche Handlungen, die der Verleger ebenfalls nicht vornehmen darf, wie z. B. die Herausgabe eines Auszuges oder einer unselbständigen Bearbeitung oder die Vervielfältigung von Teilen des Werkes.

²⁶ V.G. § 2² in der Fassung der Novelle v. 1910.

²⁷ V.G. § 2³ u. § 3. — Die Bestimmung wirkt, da sie wegbedungen werden kann, auf ältere Verträge nicht zurück; vgl. R.Ger. LIV Nr. 112 (Anwendung von § 1140 Sächs. Gb.).

²⁸ V.G. § 42. Auf Unentgeltlichkeit oder Entgeltlichkeit des Beitrags kommt hier nichts an. — Das U.G. v. 1870 § 10 hatte eine zweijährige Frist.

²⁹ Somit muß der Verleger das Aufführungsrecht an einem in Verlag genommenen Bühnenwerk oder musikalischen Werk durch besonderen Vertrag erwerben, der aber natürlich mit dem Verlagsvertrage verbunden werden kann. Dagegen fällt die Wegbedingung der dem Verfasser im V.G. § 2—3 u. § 42 vorbehaltenen Vervielfältigungs- und Verbreitungsbefugnisse in den Rahmen des Verlagsvertrages und erweitert den Inhalt des Verlagsrechts.

heberrechtlichen Befugnisse eingreift. Die Verwertung eines Einzelwerkes für eine Gesamtausgabe oder ein Sammelwerk, sowie von Teilen einer Gesamtausgabe oder eines Sammelwerkes für eine Sonderausgabe braucht er nicht zu dulden³⁰. Mangels anderer Abrede ist der Verleger nur zu einer Auflage berechtigt; im Falle der Einräumung des Rechtes zu mehreren Auflagen gelten im Zweifel für jede neue Auflage dieselben Bestimmungen, die für die vorhergehende Auflage vereinbart sind³¹. Ist über die Höhe der Auflage nichts festgesetzt, so beträgt sie tausend Exemplare³².

2. Der Verlagegeber hat dem Verleger das Verlagsrecht, somit das ausschließliche Recht der Vervielfältigung und Verbreitung, zu verschaffen³³. Der Umfang des Verlagsrechts wird durch den gesetzlichen oder vereinbarten Umfang der schuldrechtlichen Unterlassungs- und Gestattungspflicht bestimmt³⁴. Mit dem Verlagsrechte erlangt der Verleger ein unmittelbares Herrschaftsrecht am Geisteswerke und die Befugnis, Anderen die Vornahme von Eingriffshandlungen zu untersagen³⁵. Er genießt daher nun-

³⁰ V.G. § 4. Nur soweit eine solche Verwertung auch während der Dauer des Urheberrechts Jedermann freisteht (Lit.U.G. § 19—21), ist sie auch dem Verleger gestattet.

³¹ V.G. § 5¹. Anders Preufs. L.R. I, 11 § 1013 ff. Übereinstimmend schon Sächs. Gb. § 1142, 1149. Ebenso Schweiz. O.R. a. 383¹⁻² (377), 388³ (384).

³² V.G. § 5². Bestimmt der Verleger vor Beginn der Vervielfältigung die Auflage dem Verlagegeber gegenüber niedriger, so ist er auch nur berechtigt, die angegebene geringere Zahl von Abzügen herzustellen. Nicht eingerechnet werden die üblichen Zuschufsexemplare, die aber nur zum Ersatz oder zur Ergänzung beschädigter Abzüge verwendet werden dürfen, und die Freixemplare bis zum zwanzigsten Teil der zulässigen Abzüge (§ 6). Gehen Abzüge beim Verleger unter, so darf er sie durch andere ersetzen, hat aber vorher dem Verlagegeber Anzeige zu erstatten (§ 7). — Bei periodischen Sammelwerken ist der Verleger dem Verfasser eines Beitrags gegenüber in der Zahl der Abzüge nicht beschränkt (§ 43).

³³ V.G. § 8. Vgl. Preufs. L.R. I, 11 § 996; Schweiz. O.R. a. 381 (373—374).

³⁴ Doch gilt dies nur, „soweit nicht aus dem Vertrage sich ein anderes ergibt.“ Durch Vertrag kann also das Verlagsrecht weiter oder enger bestimmt werden. So kann der Verfasser dem Verleger ein Verbotungsrecht gegen die Vervielfältigung und Verbreitung von Übersetzungen gewähren, ohne ihm ein Übersetzungsrecht einzuräumen. Er kann umgekehrt ihm die Übersetzung gestatten, ohne ihm ein Verbotungsrecht gegen andere Übersetzungen zuzusichern.

³⁵ Das Ausschließungsrecht erstreckt sich weiter als das eigne positive Herrschaftsrecht. So z. B. auf die dem Verleger selbst verwehrt Vervielfältigung und Verbreitung von Teilen, Auszügen oder Bearbeitungen. Vgl. Kohler S. 276 ff., Riezler S. 354 ff.

mehr den urheberrechtlichen Schutz. Dieser Schutz steht ihm nicht nur gegenüber Dritten, sondern auch gegenüber dem Urheber selbst zu³⁶. Immer aber erstreckt sich das Verlagsrecht nur auf den übertragenen urheberrechtlichen Machtbereich in seiner inhaltlichen, zeitlichen und möglicher Weise auch räumlichen Begrenzung³⁷. Überschreitet der Verleger die dem Verlagsrecht gezogenen Schranken, so begeht er seinerseits eine Urheberrechtsverletzung³⁸.

Zur Verschaffung des Verlagsrechts ist der Verlagegeber dem Verleger schuldrechtlich verpflichtet. Es verhält sich damit ähnlich, wie mit der Eigentumsverschaffungspflicht des Verkäufers. Kann er das Verlagsrecht nicht oder nicht im gehörigen Umfange verschaffen, so haftet er aus dem Schuldvertrage für Gewährleistung wegen Mängel im Recht³⁹. Dagegen erfolgt die Rechtsverschaffung selbst durch ein besonderes gegenstandsrechtliches Verfügungsgeschäft, das sich nach den für die Übertragung von Urheberrecht geltenden Grundsätzen bestimmt. Da zur Urheberrechtsabtretung an sich Vertragsschluss genügt (B.G.B. § 413), kann der Verlagsvertrag zugleich die Übertragung des Verlagsrechts vollziehen. Allein nach der im deutschen Verlagsgesetz (§ 9¹) aufgestellten gesetzlichen Regel entsteht das Verlagsrecht erst mit der Ablieferung des Werkes an den Verleger. Der Übergang des Gegenstandsrechtes ist also an den Realakt der Übergabe eines körperlichen Substrates des Geisteswerkes (der Handschrift, der Partitur usw.) geknüpft. Daraus ergibt sich, daß beim Verlagsvertrage über ein künftiges Werk das Verlagsrecht zunächst mit der Fertigstellung des Werkes als Bestandteil des Urheber-

³⁶ V.G. § 9²; oben Bd. I 810 (die dort in Anm. 23 erwähnte abweichende Bestimmung des österr. Entw. ist nicht Gesetz geworden). — Ist der Inhaber des Urheberrechts zugleich Verlagegeber, so konkurriert, wenn er das Urheberrecht verlagsrechtswidrig ausübt, die Urheberrechtsverletzung mit Vertragsverletzung. Dagegen begeht er bloße Urheberrechtsverletzung, wenn er selbst nicht kontrahiert, sondern nur einem anderen Verlagegeber die Verlagsrechtseinräumung gestattet hat (z. B. dem Herausgeber eines Sammelwerkes an seinem Beitrage). Umgekehrt kann vor Verschaffung des Verlagsrechts dem Verlagegeber immer nur Vertragsverletzung zur Last fallen.

³⁷ Über räumlich geteiltes Verlagsrecht vgl. Kohler S. 267, Riezler S. 355.

³⁸ Oben Bd. I 809—810. Regelmäßig in Konkurrenz mit Vertragsverletzung.

³⁹ So, wenn er kein Urheberrecht hat, weil er das Werk abgeschrieben hat, oder wenn er das Werk schon anderweit in Verlag gegeben hat oder wenn er ein Verlagsrecht an einem fremden Werke, dessen Urheber die Abtretung verweigert, zugesagt hat oder wenn er ein Werk, das sich als gemeinfrei herausstellt, als geschützt in Verlag gibt.

rechts in der Person des Urhebers entsteht und erst mit der Übergabe des körperlichen Substrats abgezweigt und auf den Verleger übertragen wird⁴⁰.

Das Verlagsrecht erlischt mit der Beendigung des Vertragsverhältnisses⁴¹. Dann fällt es in das Urheberrecht zurück. Es erlischt aber außerdem stets mit dem Untergange des Urheberrechts, da es als abgeleitetes Recht sein Stammrecht nicht überleben kann.

Die Verpflichtung zur Verschaffung des Verlagsrechts fällt weg, wenn den Gegenstand des Verlagsvertrages ein *gemeinfreies* Werk bilden soll. Der Verlagegeber hat sich aber bis zum Ablaufe von sechs Monaten nach der Veröffentlichung des Werks der eignen Vervielfältigung und Verbreitung in gleicher Weise zu enthalten, als wenn an dem Werke ein Urheberrecht bestände, und haftet nach den Regeln über Gewährleistung wegen eines Mangels im Recht, wenn er arglistig verschweigt, daß das Werk bereits anderweit in Verlag gegeben oder veröffentlicht ist⁴².

An Beiträgen zu periodischen Sammelwerken (Zeitungen, Zeitschriften usw.) braucht der Verfasser auch dann, wenn durch die Annahme zur Veröffentlichung ein Verlagsvertrag zustande gekommen ist, dem Verleger ein Verlagsrecht überhaupt nur zu gewähren, falls sich aus den Umständen ergibt, daß er dazu verpflichtet sein soll⁴³.

3. Der Verlagegeber ist zur Ablieferung des Werkes in einer die Vervielfältigung ermöglichenden Verkörperung verpflichtet. Er muß also ein druckfertiges und für den durchschnittlichen Setzer lesbares Manuskript, eine Partitur oder auch ein früheres Druckexemplar dem Verleger übergeben. Das vollendete Werk hat er im Zweifel sofort, das erst herzustellende Werk in angemessener

⁴⁰ Die positivrechtliche Bestimmung des § 9¹ ist indes nicht zwingendes, sondern nachgiebiges Recht. Möglich ist auch die Vorausabtretung eines künftigen Urheberrechts und daher die Abrede, daß das Verlagsrecht in der Person des Verlegers entstehen soll. Vgl. Riezler S. 89. A. M. Kohler S. 281.

⁴¹ V.G. § 9¹. Es ist ja von vornherein ein nur mit dieser Lebensdauer begründetes Gegenstandsrecht.

⁴² V.G. § 39. Gleich jedem Dritten kann auch der Verleger das Werk neu herausgeben; eine abweichende Vereinbarung ist aber möglich und ist namentlich in einer Vertragsabrede zu finden, nach der die Herstellung neuer Auflagen oder weiterer Abzüge von der Zahlung einer besonderen Vergütung abhängig sein soll; § 40.

⁴³ V.G. § 41—42; oben Anm. 22 u. 28. Hat er ein Verlagsrecht zu gewähren, so ist dieses mangels anderer Abrede sehr kurz befristet.

Frist zu liefern. Die Frist richtet sich zunächst nach dem Zwecke des Werkes (z. B. bei einer Festschrift, der Besprechung einer Tagesfrage oder eines Gesetzentwurfes). Im übrigen nach der dem Verfasser zuzumutenden Arbeitsleistung, wobei anderweitige Tätigkeit (z. B. die Berufserfüllung eines Beamten, die Lehrtätigkeit eines Professors, die Wirksamkeit in einem gewerblichen Hauptberuf) nur dann außer Betracht bleibt, wenn sie der Verleger beim Vertragsschluss weder kannte noch kennen mußte⁴⁴.

4. Der Verlagegeber darf an dem in Verlag gegebenen Werke keine Änderungen vornehmen, die ein berechtigtes Interesse des Verlegers verletzen (z. B. dem Werke einen ganz anderen Charakter, eine veränderte politische oder religiöse Richtung, einen übermäßig erweiterten Umfang geben). Im übrigen ist er bis zur Vollendung der Vervielfältigung zu Änderungen (z. B. Berichtigungen, Ergänzungen, Nachträgen, Streichungen) befugt und kann sie auch durch einen Dritten vornehmen lassen (so namentlich der Erbe); vor Veranstaltung einer neuen Auflage hat ihm der Verleger zu solchen Änderungen Gelegenheit zu geben. Nimmt er jedoch nach Beginn der Vervielfältigung Änderungen vor, die das übliche Maß überschreiten, so muß er die Kosten ersetzen, es müßte denn die Änderung durch inzwischen eingetretene Umstände (z. B. Erscheinen eines neuen Buches, Bekanntwerden einer neuen Entdeckung, Wandel der Gesetzgebung, Eintritt eines politischen Ereignisses) gerechtfertigt werden⁴⁵.

V. Verpflichtungen des Verlegers.

1. Der Verleger muß jede ihm nicht gestattete Vervielfältigung und Verbreitung unterlassen. So darf er das Einzelwerk nicht in ein Sammelwerk aufnehmen und den Beitrag nicht als Sonderwerk herausgeben, nicht zu viele Abzüge herstellen, keine neue Auflage veranstalten usw.⁴⁶.

2. Er muß sich ferner jedes Eingriffes in den inneren Bestand des Geisteswerkes enthalten. Er darf daher an dem Werke Zusätze, Kürzungen oder sonstige Änderungen nicht vornehmen. Dies gilt auch für die Bezeichnung des Urhebers, mithin auch für die Wahrung verabredeter Anonymität, sowie für den Titel des Werkes. Zulässig sind nur solche Änderungen, für die der Verfasser seine Einwilligung nach Treu und Glauben nicht

⁴⁴ V.G. § 10—11.

⁴⁵ V.G. § 12. Vgl. Schweiz. O.R. a. 385 (379).

⁴⁶ Vgl. oben S. 755 Anm. 30—32 und über die mit der Vertragsverletzung konkurrierende Urheberrechtsverletzung S. 756 Anm. 38.

versagen kann. So z. B. die Verbesserung von orthographischen oder grammatikalischen Fehlern oder von offensichtlichen Irrtümern. Daß die Änderung unwesentlich, der Zusatz oder die Kürzung geringfügig ist, genügt nicht, um sie zulässig zu machen⁴⁷. Ein weitergehendes Änderungsrecht gebührt dem Verleger an anonymen Beiträgen zu periodischen Sammelwerken⁴⁸.

3. Der Verleger ist zur Vervielfältigung und Verbreitung verpflichtet. Dabei hat er in der zweckentsprechenden und üblichen Weise zu verfahren. Form und Ausstattung hat er seinerseits nach Treu und Glauben zu bestimmen⁴⁹. Er muß die Arbeit rechtzeitig beginnen und vollenden⁵⁰. Hinsichtlich der Zahl der herzustellenden Exemplare deckt sich der Umfang seiner Pflicht mit dem Umfang seines Rechts. Nach der Herstellung hat er rechtzeitig dafür zu sorgen, daß der Bestand nicht vergriffen wird, ist aber nicht verpflichtet, von dem etwaigen Recht einer neuen Auflage Gebrauch zu machen. Doch kann der Verfasser, wenn der Verleger die Veranstaltung einer neuen Auflage verweigert oder binnen einer ihm dazu gesetzten angemessenen Frist nicht unternimmt, vom Vertrage zurücktreten⁵¹.

Von der Verpflichtung zur Vervielfältigung und Verbreitung kann sich der Verleger in bestimmten Fällen wegen veränderter Umstände befreien. Er kann das Vertragsverhältnis kündigen, wenn nach dem Abschluß des Vertrages der Zweck, dem das Werk dienen sollte, wegfällt, weil z. B. eine brennende Tagesfrage unvermutet gelöst wird, eine neue Entdeckung das Werk entwertet, die in Aussicht genommene Feier unterbleibt, das zu erläuternde Gesetz im letzten Augenblick scheitert usw., oder wenn ein Sammelwerk, für das das Werk als Beitrag bestimmt war, überhaupt nicht erscheint. Doch muß er in diesen Fällen gleichwohl die vereinbarte Vergütung entrichten⁵². Handelt es sich um einen Beitrag

⁴⁷ V.G. § 13 (übereinstimmend mit U.G. § 9). Vgl. Schweiz. O.R. a. 384 (378)¹.

⁴⁸ V.G. § 44. Hier kann er die bei Sammelwerken derselben Art üblichen Fassungsänderungen vornehmen. So namentlich bei Zeitungen. Er kann daher unter Umständen auch streichen, umstellen, Fremdwörter tilgen, allzu kräftige Ausdrücke mildern usw.

⁴⁹ V.G. § 14 (unter Beobachtung der im Verlagshandel herrschenden Übung und mit Rücksicht auf Zweck und Inhalt des Werkes).

⁵⁰ Über den Beginn der Vervielfältigung bestimmt V.G. § 15 Näheres.

⁵¹ V.G. § 16—17. Darüber, daß der „Rücktritt“ aus § 17 in Wahrheit die Natur der Kündigung hat, vgl. unten S. 764 Anm. 71^a. Vgl. Schweiz. O.R. a. 383³ (380).

⁵² V.G. § 18. Bei der neuen Auflage eines Sammelwerkes kann er im Einverständnis mit dem Herausgeber einzelne Beiträge ohne Entschädigung weglassen oder durch andere ersetzen; § 19.

zu einem periodischen Sammelwerk, so steht dem Verfasser ein Anspruch auf Vervielfältigung und Verbreitung oder auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung überhaupt nur zu, wenn der Verleger ihm das Erscheinen in einem bestimmten Zeitpunkt versprochen hat; andernfalls kann der Verfasser nur, wenn der Beitrag nicht binnen Jahresfrist nach der Ablieferung veröffentlicht wird, das Vertragsverhältnis unbeschadet seines Vergütungsanspruches kündigen⁵³.

Zu der vom Verleger geschuldeten Arbeitsleistung gehört die Sorge für die Korrektur. Er hat dem Verfasser einen Korrekturabzug zur Durchsicht vorzulegen und darf die Vervielfältigung erst vornehmen, wenn der Verfasser den Abzug genehmigt oder in angemessener Frist nicht beanstandet hat. Eine Verpflichtung des Verfassers zur Hilfsleistung bei der Korrektur besteht nach der gesetzlichen Regel nicht⁵⁴.

Den Ladenpreis, zu dem die Verbreitung erfolgt, hat der Verleger zu bestimmen, darf aber den einmal festgesetzten Ladenpreis nicht ohne Zustimmung des Verfassers erhöhen und insoweit, als dadurch berechnete Interessen des Verfassers (z. B. ein ihm zustehender Anspruch auf Gewinnanteil oder auch ein ideales Interesse) verletzt würden, auch nicht ermäßigen. Gegen eine übermäßig hohe Preisbemessung gewährt das Gesetz keinen Schutz. Allein nach den Grundsätzen von Treu und Glauben darf der Verleger jedenfalls den Preis nicht so hoch bestimmen, daß dadurch der ausreichende Absatz gehindert wird. Im übrigen ist der Verlagegeber darauf angewiesen, durch besondere Abrede eine angemessene Preisbestimmung zu sichern⁵⁵.

4. Der Verleger kann zur Entrichtung einer Vergütung verpflichtet sein. Wesentlich ist dies nicht; es kann das Gegenteil bedungen oder sogar die Leistung eines Zuschusses seitens des Verlagegebers vereinbart werden⁵⁶. Die Verpflichtung des Ver-

⁵³ V.G. § 45. Hier hat also die Vervielfältigungs- und Verbreitungspflicht des Verlegers die Natur einer unvollkommenen Verbindlichkeit; das Kündigungsrecht tritt an Stelle des durch § 326 B.G.B. gewährten Rücktrittsrechtes.

⁵⁴ V.G. § 20. — Für Beiträge zu einem periodischen Sammelwerk fällt die Verpflichtung zur Vorlegung eines Korrekturabzuges weg; § 43 S. 2.

⁵⁵ Vgl. V.G. § 21. Ausdrücklich untersagt wird eine übermäßige Preisforderung durch Sächs. Gb. § 1141, Schweiz. O.R. a. 384 (379)².

⁵⁶ Der Zuschuß kann unbedingt oder für den Fall eines geringen Absatzes zu zahlen sein. Bei größeren wissenschaftlichen Unternehmungen kommt es vor, daß eine den Verlagsvertrag schließende juristische Person (Akademie, gelehrte Gesellschaft, Staat oder Gemeinde) einen Zuschuß verspricht, für

legers tritt aber ein, wenn eine Vergütung vereinbart oder als stillschweigend vereinbart anzusehen ist; sie besteht, wenn über ihre Höhe nichts bestimmt ist, in einer angemessenen Vergütung in Geld⁵⁷. Das Honorar wird nach der gesetzlichen Regel bei der Ablieferung des Werkes, jedoch im Falle der Bemessung nach Druckbogen oder unbestimmter Höhe erst nach der Vervielfältigung des Werkes fällig⁵⁸. Bestimmt sich die Vergütung nach dem Absatze, so hat der Verleger dem Verfasser jährlich Rechnung zu legen und, soweit es zur Prüfung erforderlich ist, die Einsicht seiner Geschäftsbücher zu gestatten⁵⁹.

5. Der Verleger ist zur Lieferung von Exemplaren an den Verfasser verpflichtet. Mangels anderer Abrede schuldet er ihm eine gesetzlich bestimmte Anzahl von Freiexemplaren oder bei Beiträgen für ein Sammelwerk von Sonderabzügen⁶⁰. Überdies aber muß er ihm auf Verlangen Exemplare zu dem niedrigsten Preise, für den er das Werk im Betriebe seines Verlagsgeschäftes abgibt, also zum sog. „Buchhändler-Nettopreise“, überlassen⁶¹. Beide Verpflichtungen fallen bei Zeitungsbeiträgen weg⁶².

die einzelnen Mitarbeiter aber ein Honorar ausbedingt. Darin liegt dann zugleich ein Vertragsschluss zugunsten Dritter.

⁵⁷ V.G. § 22. So auch, wenn über das Honorar für eine neue Auflage, zu der der Verleger berechtigt ist, die in Aussicht genommene Vereinbarung nicht zustande kommt; R.Ger. LX Nr. 40. — Vgl. Schweiz. O.R. a. 380¹⁻² (383).

⁵⁸ V.G. § 23. Ebenso Sächs. Gb. § 1143. Anders Schweiz. O.R. a. 389¹ (385).

⁵⁹ V.G. § 24. Dies gilt namentlich auch, wenn dem Verfasser ein Anteil am Reingewinn zugesagt ist. Über die Berechnung der Gemeinkosten in diesem Falle vgl. R.Ger. LXXXI Nr. 53. Über den Unterschied zwischen bloßer Abhängigmachung der Vergütung vom Absatz, Beteiligung am Gewinn und Beteiligung an Gewinn und Verlust handeln eingehend Dadelson, Arch. f. b. R. XL 357 ff., u. Elster, ebd. XLII 208 ff. — Vgl. Schweiz. O.R. a. 389² (386).

⁶⁰ V.G. § 25. Die Zahl beträgt bei Werken der Literatur je ein Freiexemplar auf 100 Abzüge, jedoch im ganzen nicht unter 5 und nicht über 15; dazu auf Verlangen noch ein Exemplar in Aushängebogen. Bei Werken der Tonkunst ist die übliche Zahl zu liefern. — Das neue Schweiz. O.R. a. 389³ begnügt sich überhaupt mit der Gewährung eines Anspruchs auf die „übliche Zahl“.

⁶¹ V.G. § 26. Streitig ist, ob der Verfasser beliebig viele Exemplare verlangen kann. Man wird mit dem R.Ger. b. Seuff. LXI Nr. 83 annehmen müssen, daß sein Recht insoweit unbegrenzt ist, als er die Exemplare nicht gewerbsmäßig verbreiten, sondern für sich gebrauchen, verschenken oder auch an Zuhörer, Vereinsmitglieder usw. zum Buchhändlerpreise abgeben will. Dagegen verstößt es gegen den Sinn des Verlagsvertrages, wenn man dem Verfasser das Recht zum Erwerbe beliebig vieler Exemplare behufs gewerbsmäßiger Verbreitung zubilligt.

⁶² V.G. § 46. Auch die Lieferung eines Belegexemplars ist freiwillig.

6. Zur Rückgabe des Werkes (des Manuskriptes, der Partitur usw.) nach gemachtem Gebrauch ist der Verleger nur verpflichtet, wenn der Verfasser sie sich vor dem Beginne der Vervielfältigung vorbehalten hat⁶³.

VI. Übertragung. Während die Rechte des Verlagegebers aus dem Verlagsvertrage frei veräußerlich sind, herrschte über die Übertragbarkeit der Rechte des Verlegers früher lebhafter Streit⁶⁴. Einig war man nur darüber, daß in erster Linie der Vertrag entscheidet. Im übrigen ließen manche Schriftsteller, denen sich die Praxis meist anschloß, die Übertragung grundsätzlich zu. Überwiegend aber sprach sich die Theorie mit Recht grundsätzlich für die Unübertragbarkeit der Verlegerrechte aus, weil ihre Einräumung auf persönlichem Vertrauen beruht. Doch machte man vielfach für den Fall der Veräußerung des Verlagsgeschäftes im Ganzen eine durch die Kontinuität des Betriebes gerechtfertigte Ausnahme. Das Verlagsrechtsgesetz (§ 28) hat die Streitfrage vermittelnd entschieden. Es beläßt es bei der Vertragsfreiheit, so daß die Übertragung der Rechte des Verlegers durch Vereinbarung ausgeschlossen oder beschränkt werden kann⁶⁵. Mangels einer Vereinbarung aber sind sie grundsätzlich übertragbar. Doch kann der Verleger sie nur im Zusammenhange mit seinem ganzen Geschäft oder einer bestimmten Fachabteilung desselben frei übertragen. Zur Übertragung der Rechte an einzelnen Werken bedarf er der Zustimmung des Verfassers. Allein dieser kann die Zustimmung nur aus einem wichtigen Grunde verweigern (z. B. bei sittlicher oder ökonomischer Bedenklichkeit des Erwerbers, bei Veräußerung an einen Verlag entgegengesetzter religiöser oder politischer Richtung, bei Übertragung auf ein Warenhaus) und gilt als zustimmend, wenn er die Verweigerung nicht binnen zwei Monaten nach empfangener Aufforderung erklärt.

Die Pflichten aus dem Verlagsvertrage kann selbstverständlich kein Teil einseitig von sich abwälzen. Jeder Teil aber hat

⁶³ V.G. § 27. Die Vorschrift gehört zu denen, die jedenfalls beim Kunstverlage nicht analog anwendbar sind.

⁶⁴ Vgl. O. Wächter, Verlagsr. S. 391 ff.; Klostermann, Geist. Eigent. S. 335 ff., U.R. S. 147 ff.; Gerber a. a. O. S. 391 ff.; Beseler § 212 VII; Stobbe-Lehmann § 251 S. 469; Kohler, U.R. S. 260 ff.; Riezler S. 358 ff.; Komm. (bes. Voigtländer) zu V.G. § 28; Verh. des XXV. D.J.T. II 147 ff., 183 ff.

⁶⁵ Die Vereinbarung hat absolute Wirkung. Sie kann auch den Fall der Veräußerung des Verlagsgeschäftes im ganzen einbeziehen; Allfeld, Bem. 4 zu § 28, Riezler S. 359; a. M. Kohler S. 263.

sie auch, wenschon unter Zuziehung von Gehilfen, in Person zu erfüllen. Dies gilt für die ihrer Natur nach höchstpersönliche Geistesarbeit des Verfassers⁶⁶. Es gilt aber an sich ebenso für die Verlegerarbeit. Doch kann im Falle der Übertragung der Verlegerrechte die Vervielfältigung und Verbreitung durch den Rechtsnachfolger bewirkt werden. Die Verpflichtung des Verlegers aus dem Verlagsvertrage bleibt davon unberührt. Übernimmt aber der Rechtsnachfolger dem Verleger gegenüber die Vervielfältigungs- und Verbreitungspflicht, so haftet er unmittelbar auch dem Verfasser gegenüber neben dem Verleger als Gesamtschuldner für Vertragserfüllung⁶⁷.

VII. Beendigung.

1. Zeitablauf. Das Verlagsvertragsverhältnis gehört zu den dauernden Schuldverhältnissen, erlischt daher normaler Weise durch Zeitablauf. Ist eine bestimmte Zeitdauer vereinbart, so darf der Verleger auch die noch vorhandenen Abzüge nicht mehr verbreiten. Bei unbestimmter Zeitdauer endigt das Vertragsverhältnis mit der Erschöpfung des Verlagsrechts. Diese tritt ein, wenn die vom Verleger befugter Weise hergestellten Abzüge oder Auflagen vergriffen sind⁶⁸. Eine verfrühte Beendigung wird durch die Ausübung eines dem Verleger oder dem Verfasser zustehenden Kündigungsrechtes herbeigeführt⁶⁹.

2. Untergang des Werkes. Wenn das Werk nach der Ablieferung an den Verleger oder, nachdem dieser in Annahmeverzug geraten ist, durch Zufall untergeht, so endigt an sich das Schuldverhältnis. Der Verfasser behält nur den Anspruch auf die Vergütung. Doch kann der Verlagsvertrag für ein anderes im wesentlichen übereinstimmendes Werk, das der Verfasser herstellt, aufrechterhalten werden. Der Verleger kann die Lieferung eines solchen Werkes gegen angemessene Vergütung verlangen, wenn der Verfasser auf Grund von Vorarbeiten oder sonstigen Unterlagen dazu mit geringer Mühe imstande ist. Der Verfasser kann die Vervielfältigung und Verbreitung eines solchen Werkes an Stelle

⁶⁶ Eine Ausnahme macht V.G. § 12² bezüglich der zulässigen Änderungen, die der Verfasser auch durch einen Dritten vornehmen lassen darf.

⁶⁷ V.G. § 28². Auf bereits begründete Schadensersatzpflichten erstreckt sich diese Haftung nicht.

⁶⁸ V.G. § 29. Auf Verlangen muß der Verleger darüber dem Verfasser Auskunft erteilen.

⁶⁹ Vgl. über die gesetzlichen Kündigungsrechte aus V.G. § 18 u. 45¹ oben S. 759 ff. Anm. 52 u. 53. Dazu unten S. 764 Anm. 71^a.

des untergangenen fordern, wenn er sich zu dessen kostenfreier Lieferung im angemessener Frist erbietet. Diese Rechte kann jeder Teil auch geltend machen, wenn der andere Teil den Untergang des Werkes verschuldet⁷⁰.

3. Tod. Der Tod des Verlegers läßt den Bestand des Vertrages unberührt; seine Rechte und Pflichten gehen auf seine Erben über. Dagegen erlischt der Vertrag, wenn der Verfasser vor der Vollendung des Werkes stirbt. Denn die von ihm versprochene höchstpersönliche Leistung ist infolge eines von ihm nicht zu vertretenden Umstandes unmöglich geworden. Seine Erben sind weder verpflichtet noch berechtigt, das Werk zu vollenden, haben aber auch keinen Anspruch auf die Gegenleistung. War jedoch ein Teil des Werkes bereits an den Verleger abgeliefert und somit vom Verfasser als verlagsfähig anerkannt, so hat der Verleger das Recht, hinsichtlich dieses Teils durch eine den Erben gegenüber abzugebende Erklärung den Vertrag aufrechtzuerhalten. Gebraucht er dieses Recht nicht oder verliert er es durch Nichtausübung in einer ihm von den Erben gesetzten angemessenen Frist, so erlischt auch in diesem Falle der ganze Vertrag. Die Vollendung des Werkes durch einen Anderen kann, wenn nicht im Vertrage Abweichendes bestimmt ist, weder vom Verleger den Erben noch den Erben vom Verleger aufgedrängt werden⁷¹.

4. Rücktrittsrechte. Das Gesetz erkennt beim Verlagsvertrage besondere Rücktrittsgründe an. Zum Teil freilich unterstellt es dabei dem Begriff des Rücktritts auch eine bloß für die Zukunft wirkende Aufhebung, die in Wahrheit die Natur einer fristlosen Kündigung hat^{71a}. Für die gesetzlichen Rücktrittsrechte gelten analoge Regeln, wie für ein vertragsmäßiges Rücktrittsrecht⁷². Erfolgt aber der Rücktritt auf Grund des Gesetzes oder

⁷⁰ V.G. § 33. — Vgl. dazu Schweiz. O.R. a. 390 (387).

⁷¹ V.G. § 34. — Analoges gilt, wenn die Vollendung des Werkes infolge eines sonstigen vom Verfasser nicht zu vertretenden Umstandes (z. B. Erkrankung) unmöglich wird.

^{71a} Vgl. meine Abh. über dauernde Schuldv. S. 390 Anm. 59. Der von Elster, Arch. f. b. R. XLII 220 ff., dem Ges. gemachte Vorwurf, daß er Rücktritt und Kündigung vermengt, ist nicht unbegründet. In der Tat hat der Rücktritt aus § 17 (oben S. 759 Anm. 51) stets, der aus § 38 (unten Anm. 73) im Zweifel die Natur einer fristlosen Kündigung. Wenn Elster a. a. O. meint, daß umgekehrt die Kündigung aus § 18 (oben S. 759 Anm. 52) in Wahrheit Rücktritt sei, so läßt sich hier wohl mit dem Begriff der Kündigung auskommen.

⁷² Vgl. § 37 mit Verweisung auf B.G.B. § 346—356. Doch haftet, wenn der Rücktritt wegen eines vom anderen Teil nicht zu vertretenden Umstandes

eines Vorbehaltes im Vertrage, nachdem das Werk ganz oder teilweise abgeliefert ist, so hängt es von den Umständen ab, ob der Vertrag vollständig oder nur teilweise rückgängig wird; im Zweifel bleibt er insoweit aufrechterhalten, als er sich auf die nicht zur Verfügung des Verlegers stehenden (z. B. schon an Sortimentern abgegebenen) Abzüge, auf frühere Abteilungen des Werkes oder auf ältere Auflagen bezieht⁷³, so daß der Rücktritt im Erfolge fristloser Kündigung gleichsteht.

a. Rücktrittsrecht des Verlegers. Dem Verleger steht ein gesetzliches Rücktrittsrecht zu, wenn das Werk ganz oder zum Teil nicht rechtzeitig abgeliefert wird, oder wenn es nicht von vertragsmäßiger Beschaffenheit ist⁷⁴. Dieses Recht ist unabhängig vom Verschulden des Verfassers. Der Verleger hat die Wahl, ob er es ausüben, oder auf Erfüllung bestehen und die etwaigen Verzugsfolgen geltendmachen, oder auch im Falle eines Verschuldens des Verfassers Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern will. Doch muß er, wenn er zurücktreten will, regelmäßig dem Verfasser eine angemessene Frist zur Nachlieferung oder zur Mängelbeseitigung unter Androhung der Ablehnung späterer Leistung setzen⁷⁵. Zu sofortigem Rücktritt ohne Fristsetzung ist er befugt, wenn die rechtzeitige Lieferung oder die Beseitigung des Mangels unmöglich ist oder vom Verfasser verweigert wird, oder wenn der sofortige Rücktritt durch ein besonderes Interesse des Verlegers gerechtfertigt wird⁷⁶. Andererseits ist der Rücktritt ausgeschlossen, wenn der Verleger nur einen unerheblichen Nachteil erleidet.

erklärt wird, dieser immer nur nach den Vorschriften über ungerechtfertigte Bereicherung.

⁷³ V.G. § 38. Soweit der Vertrag bestehen bleibt, kann der Verfasser einen entsprechenden Teil der Vergütung verlangen. — Die Vorschriften des § 38 gelten auch, wenn der Vertrag in anderer Weise (z. B. durch Vereinbarung) rückgängig wird.

⁷⁴ V.G. § 30—31. Der innere Wert des Werkes, seine wissenschaftliche oder künstlerische Qualität ist Vertrauenssache. Doch kann nicht nur der Mangel einer zugesicherten äußeren Eigenschaft, sondern auch ein innerer Mangel, wie z. B. ein unsittlicher oder gesetzwidriger Inhalt, dem Werke die vertragsmäßige Beschaffenheit entziehen. Sie fehlt auch einem Werke, das sich als Plagiat herausstellt. Der Verleger kann daher ein solches Werk auch dann ablehnen, wenn ihm durch nachträgliche Einwilligung des geplünderten Urhebers und des geschädigten Verlegers das Verlagsrecht verschafft werden soll; R.Ger. LXXIV Nr. 101.

⁷⁵ Die Fristbestimmung kann schon vor dem Zeitpunkte der Lieferung, jedoch frühestens zu diesem Zeitpunkte erfolgen, wenn die Nichterfüllung oder die ungehörige Erfüllung sicher zu erwarten ist.

⁷⁶ Unmöglichkeit rechtzeitiger Lieferung kann z. B. vorliegen, wenn der

b. Rücktrittsrecht des Verlaggebers. Der Verlaggeber hat ein gleiches gesetzliches Rücktrittsrecht, wenn die vertragsmäßige Vervielfältigung oder Verbreitung unterbleibt⁷⁷.

Bis zum Beginn der Vervielfältigung kann er auch zurücktreten, wenn sich Umstände ergeben, die beim Vertragsschluss nicht vorauszusehen waren und ihn bei Kenntnis der Sachlage und verständiger Würdigung des Falles von der Herausgabe des Werkes zurückgehalten haben würden⁷⁸. Dann hat er jedoch dem Verleger die schon gemachten Aufwendungen zu ersetzen und darf binnen einem Jahre das Werk nicht anderweit herausgeben⁷⁹.

Dazu kommt das schon erwähnte Rücktrittsrecht im Falle der Nichtveranstaltung einer neuen Auflage durch den dazu befugten Verleger⁸⁰.

5. Konkurs des Verlegers. War bei der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Verlegers mit der Vervielfältigung des Werkes noch nicht begonnen, so kann der Verfasser zurücktreten. Macht er von dem Rücktrittsrechte keinen Gebrauch oder steht es ihm nicht mehr zu, so kann der Konkursverwalter entweder die Erfüllung ablehnen oder, mag das Werk noch nicht abgeliefert oder schon abgeliefert sein, gemäß § 17 Konk.O. auf

Verfasser schwer erkrankt oder zu Zuchthaus verurteilt wird; Unmöglichkeit der Beseitigung des Mangels, wenn das Werk ein Plagiat ist. Das Interesse des Verlegers rechtfertigt z. B. den sofortigen Rücktritt, wenn das Werk durch die verspätete Lieferung wertlos wird oder wenn ein Schriftsteller, der eine politische oder religiöse Frage zu behandeln übernommen hat, in das entgegengesetzte politische oder religiöse Lager übergeht.

⁷⁷ V.G. § 32. Auch er kann natürlich, statt zurückzutreten, auf Erfüllung bestehen, oder auch, wenn die Voraussetzungen des § 325 oder § 326 erfüllt sind, Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern. Das Rücktrittsrecht aber ermöglicht ihm, da durch dessen Ausübung nicht nur seine Vertragspflicht, sondern auch das von ihm etwa schon eingeräumte Verlagsrecht erlischt, sich an einen anderen Verleger zu wenden. Kann nur eine schleunige Hingabe in einen anderen Verlag das Werk davor retten, schon bei seinem Erscheinen veraltet zu sein, so liegt einer der Fälle vor, in denen der Verfasser ohne Fristsetzung sofort zurücktreten darf.

⁷⁸ V.G. § 35¹. Ebenso vor Inangriffnahme einer neuen Auflage, zu deren Veranstaltung der Verleger befugt ist. Solche Umstände sind z. B. die Berufung in ein Amt, mit dem die Herausgabe unvereinbar ist, der Bruch mit den bisherigen religiösen, politischen oder sittlichen Überzeugungen, das Erscheinen eines anderen gleichartigen Werkes usw.

⁷⁹ V.G. § 35². Gibt er es anderweit heraus, so ist er zum Schadensersatz wegen Nichterfüllung verpflichtet, es müßte denn der Verleger den Antrag nachträglicher Vertragsausführung seinerseits abgelehnt haben.

⁸⁰ V.G. § 17; oben S. 759 Anm. 51 u. S. 764 Anm. 71^a.

Erfüllung bestehen. Im ersten Falle bekommt der Verfasser sein Werk frei, kann aber die Forderung auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung nur als Konkursforderung anmelden. Im zweiten Falle wird er wegen seiner Vertragsansprüche Massegläubiger. Der Konkursverwalter kann dann auch in gleicher Weise, wie es der Gemeinschuldner gekonnt hätte, die Verlegerrechte auf einen Anderen übertragen. Geschieht dies, so tritt der Erwerber von Rechts wegen zugleich in die Verpflichtungen aus dem Verlagsvertrage ein, die Konkursmasse aber haftet für den vom Erwerber zu ersetzenden Schaden wegen Nichterfüllung wie ein selbstschuldnerischer Bürge⁸¹.

VIII. Verwandte Verträge. Der Begriff des Verlagsvertrages wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß sich das Verlagsrecht und die Verlagspflicht nur auf eine bestimmte Art der Vervielfältigung und Verbreitung erstrecken soll. Derartige beschränkte Verlagsverträge bilden beim Kunstverlag sogar die Regel, kommen aber auch in Ansehung von Werken der Literatur und der Tonkunst vor⁸². Dagegen liegt auch hier kein Verlagsvertrag vor, wenn der Verleger nur berechtigt, nicht verpflichtet sein soll, die fraglichen urheberrechtlichen Befugnisse für eigene Rechnung auszuüben. Dies kann trotz der Übertragung eines ausschließlichen Rechtes vereinbart sein, ist aber besonders dann gewöhnlich der Fall, wenn nur ein nicht ausschließliches Benutzungsrecht (Lizenz) eingeräumt wird. Doch ist es auch möglich, daß ein Verleger auf Grund einer bloßen Lizenz zu einer bestimmten Art der Vervielfältigung und Verbreitung verpflichtet wird. Dann liegt, weil kein Verlagsrecht verschafft werden soll, kein echter Verlagsvertrag, wohl aber ein verwandter Vertrag vor, auf den die Regeln über den Verlagsvertrag wenigstens teilweise anwendbar sind.

Keine Verlagsverträge, überhaupt keine Verlagsgeschäfte sind die Aufführungsverträge über Bühnenwerke oder Werke der Tonkunst⁸³. Indessen weisen sie, wenn einerseits ein überhaupt

⁸¹ V.G. § 36. Wird das Konkursverfahren aufgehoben, so sind die Ansprüche des Verfassers gegen die Masse sicherzustellen.

⁸² Kunstwerke pflegen nur behufs Vervielfältigung und Verbreitung von Nachbildungen bestimmter Art, wie Kupferstichen, Holzschnitten, Photographien, plastischen Abformungen, in Verlag gegeben zu werden. Bei Schriftwerken begegnet die Einräumung eines ausschließlichen Übersetzungs- oder Bearbeitungsrechts unter gleichzeitiger Auferlegung der Verpflichtung zur Herausgabe einer Übersetzung oder Bearbeitung.

⁸³ Oben S. 754 Anm. 29.

oder doch in bestimmten räumlichen oder zeitlichen Grenzen ausschließliches Aufführungsrecht eingeräumt wird, andererseits, wie dies in solchen Fällen der Regel entspricht, der Erwerber zur Aufführung verpflichtet sein soll, eine innere Verwandtschaft mit dem Verlagsvertrage auf. Demgemäß lehnen sich auch die für sie gewohnheitsrechtlich entwickelten Sätze mannigfach an das Recht des Verlagsvertrages an⁸⁴. Wird dagegen ein Aufführungsrecht ohne Aufführungspflicht entgeltlich oder unentgeltlich gewährt, so kommen lediglich die Grundsätze über Rechtsübertragungsverträge zur Anwendung⁸⁵. Ähnliches gilt für Verträge, deren Gegenstand eine sonstige urheberrechtliche Befugnis bildet, das Werk auf anderem Wege als dem der Vervielfältigung wiederzugeben⁸⁶.

Endlich können auch die auf Ausnutzung des Erfinderrechts durch Andere gerichteten Verträge sich dem Typus des Verlagsvertrages nähern. Dies ist der Fall, wenn an der Erfindung ein in irgendeinem Umfange ausschließliches Benutzungsrecht übertragen, der Erwerber aber zugleich zur gehörigen Benutzung der Erfindung verpflichtet wird⁸⁷. Meist jedoch werden an der Erfindung Benutzungsrechte ohne Benutzungspflicht eingeräumt. Solche „Lizenzverträge“ fallen, auch wenn sie ein ausschließliches Benutzungsrecht nicht begründen, unter die Kategorie der Rechtsübertragungsverträge⁸⁸.

⁸⁴ Vgl. über die maßgebenden Grundsätze bes. Opet, Arch. f. z. Pr. LXXXIV 191 ff., Deut. Theaterrecht S. 316 ff.; Schuster, Urheberrecht der Tonkunst S. 325 ff.; Allfeld zu Lit.U.G. § 8 Bem. 11; Kohler, U.R. S. 282 ff., 345 ff.; Riezler S. 383 ff. — Vgl. auch R.Ger. b. Seuff. L Nr. 10. — Über die besondere Natur des Aufführungsagenturvertrages vgl. Opet, Theaterrecht S. 454 ff., Riezler S. 392 ff.

⁸⁵ Dies kann bei ausschließlichen Aufführungsrechten vorkommen, begegnet aber namentlich bei bloßen Aufführungslizenzen. Doch ist auch die Erteilung einer bloßen Aufführungslizenz unter Auferlegung einer Aufführungspflicht, somit ein ähnliches Verhältnis wie bei unechten Verlagsverträgen, möglich.

⁸⁶ So der öffentliche Vortrag eines noch nicht erschienenen Schriftwerkes (Lit.U.G. § 11³), die gewerbsmäßige Vorführung eines Kunstwerkes oder eines Werkes der Photographie mittels optischer oder mechanischer Einrichtungen (KunstU.G. § 15), die öffentliche Vorführung eines kinematographischen Werkes (ebd. § 15^a).

⁸⁷ Vgl. Kohler, Aus dem Patent- und Industrierecht I 101 ff., Handb. des Patentrechts S. 505 ff., 587 ff., Lehrb. des Patentr. S. 183 ff. Er spricht hier sogar technisch von „Verlagsrecht“ und „Verlagsvertrag“.

⁸⁸ Nicht nur die ausschließlichen Benutzungsrechte (Kohler, Handb. S. 507 ff.) oder sog. „ausschließlichen Lizenzen“ (Riezler S. 86 ff., 310), sondern auch die gewöhnlichen Lizenzen begründen regelmäßig ein unmittelbares,

§ 206. Bürgschaft¹.

I. **Überhaupt.** Unter den akzessorischen Sicherungsverträgen bedarf hier der Bürgschaftsvertrag einer besonderen Darstellung. Das Bürgschaftsverhältnis setzt ein anderes Schuldverhältnis voraus, zu dem es hinzutritt und von dem es abhängig bleibt. Es kann kraft Gesetzes entstehen². Wird es aber rechts-

wennschon mit anderen gleichartigen Benutzungsrechten konkurrierendes Benutzungsrecht an der Erfindung; vgl. oben Bd. I 890 ff., seitdem bes. Kohler, Handb. S. 508 ff., 588 ff., Munck, Die patentrechtliche Lizenz, 1897, S. 18 ff., Adler, Z. f. P. u. ö. R. d. G. XXVII 606 Anm. 123, anscheinend auch (obschon ausdrücklich nur für ausschließliche Lizenzen) R.Ger. LVII Nr. 9. Mithin handelt es sich um Übertragung eines aus dem Erfinderrecht abgezweigten Gegenstandsrechtes. Die hierauf gerichteten Schuldverträge können von sehr verschiedener Beschaffenheit sein; sie berühren sich, je nachdem ein einmaliger Lizenzpreis zu zahlen oder eine wiederkehrende Lizenzgebühr zu entrichten ist, mit Kauf oder Pacht, ohne doch vollständig in eine dieser Schablonen zu passen. Jedenfalls begründen sie eine Rechtsverschaffungspflicht und eine entsprechende Gewährleistungspflicht; vgl. R.Ger. LXX Nr. 97, LXXVIII Nr. 82, auch LIV Nr. 72. Ist die Verschaffung des zugesagten Benutzungsrechtes von Anfang an unmöglich, weil es im Schutzbereiche des Patents gar nicht enthalten ist, so ist der Lizenzvertrag nach § 306 B.G.B. nichtig; R.Ger. LXXVIII Nr. 3.

¹ Über das ältere deut. R.: Müller, Z. f. D. R. I 321 ff. Paulsen, ebd. IV 124 ff. Stobbe, Vertragsrecht S. 155 ff. Platner, Die Bürgschaft, 1857. A. Heusler, Bürge u. Selbstzahler, Z. f. schweiz. R. IX (1861) S. 68 ff. Beseler, D.P.R. § 115. A. Heusler, Inst. II § 126. Stobbe-Lehmann § 288. P. Puntschart, Schuldvertrag und Treugelöbniß § 24. Meine Schrift über Schuld und Haftung S. 51 ff., 56 ff., 100 ff. R. Hübner, Grundz. § 69 II 3. Buch, Schuld u. Haftung S. 37 ff. Stellen bei Kraut, Grundriß § 142. Schweiz. R. b. Huber IV § 165. Nord. R. bei v. Amira I § 90 III u. § 91, II § 16 u. § 85. — Röm. u. gem. R.: Girtanner, Die Bürgschaft nach gem. Zivilr., 1851. Hasenbalg, Die Bürgschaft des gem. Rechts, 1870. Geib, Zur Dogmatik der röm. Bürgschaft, 1894. Brinz² II § 255 ff. Dernburg, Pand. III § 191. Windscheid-Kipp § 476 ff. — Über neuere Partikularrechte: Stobbe-Lehmann § 239. Preufs. R. b. Förster-Eccius § 144. Dernburg II § 240 ff. Österr. b. Krainz-Pfaff-Ehrenzweig § 307 ff. Französ. b. Zachariae-Crome § 403 ff. — Recht des B.G.B.: Komm. zu B.G.B. § 768 ff., sowie Düringer-Hachenburg zu H.G.B. § 349. Schollmeyer S. 170 ff. Dernburg § 284 ff. Endemann § 190 ff. Landsberg § 147. Cosack § 158. Matthiafs § 131. Crome § 295 ff. Enneccerus § 411 ff. Dazu Siber, Rechtszwang, 1903, S. 237 ff.; Westerkamp, Bürgschaft und Schuldbeitritt, 1908 (oben § 181 S. 210 Anm. 1 a. E.); Reichel, Schuldmitübernahme, 1909 (ebd.); Lippmann, Arch. f. z. Pr. CXI 135 ff.

² So nach B.G.B. § 571² (oben § 197 I 6 f S. 546 ff.) u. § 1251² (oben Bd. II § 170 S. 993 Anm. 106), sowie nach Verlagsr.Ges. § 36² (oben § 205 S. 767 Anm. 81. Oder nach den Landesgesetzen, die den Staat oder die Gemeinde nach Art eines Bürgen für einen Beamten, der durch widerrechtliche Schadenszufügung in

geschäftlich begründet, so geschieht dies durch einen selbständigen Vertrag, der einen eigenartigen Typus des Schuldvertrages darstellt. Dies ist der Bürgschaftsvertrag, für dessen rechtliches Wesen es unerheblich ist, ob die Hauptschuld ihrerseits auf einem Schuldvertrage beruht oder nicht. Ein in gleicher Weise verselbständigter akzessorischer Sicherungsvertrag ist der Verpfändungsvertrag, der aber des Zusammenhanges wegen im Sachenrecht behandelt wird. Andere akzessorische Sicherungsverträge, wie das Strafgedinge, werden in Gestalt unselbständiger Nebenabreden geschlossen³.

II. Geschichte. Der Bürgschaftsvertrag spielte im deutschen Recht von je eine hervorragende Rolle, wie er denn überhaupt auf älteren Kulturstufen das ganze Rechtsleben zu durchziehen pflegt. Seine Struktur aber hat im Laufe der Zeiten tiefgreifende Wandlungen erfahren.

1. Im älteren deutschen Recht war er kein Schuldvertrag, sondern reines Haftungsgeschäft. Sein Ursprung weist zurück auf gemeinarische Wurzeln, die in der Unterscheidung von Schuld und Haftung gegründet waren⁴. Wer sich für eine Schuld verbürgt, setzt sich für sie ein und unterwirft sich für den Fall ihrer Nichterfüllung der Zugriffsmacht des Gläubigers. War die älteste Form die Geiselschaft, kraft deren der Bürge sich als Geisel in der körperlichen Haft des Gläubigers befand und ihm nach Art eines Faustpfandes mangels rechtzeitiger Auslösung mit Leib und Leben verfiel⁵, so trat an deren Stelle mehr und mehr die bloß ideale Vergeiselung in Gestalt einer Leibbürgschaft, die dem Gläubiger erst beim Eintritt des Zugriffsrechtes eine Gewalt über die Person des Haftenden gewährte⁶. Daneben entwickelte sich die auf Einräumung eines Pfändungsrechtes gerichtete Vermögensbürgschaft⁷. Schon früh wurde vielfach die Vermögenshaftung mit der leiblichen Haftung verbunden und in den Begriff der persönlichen Haftung des Bürgen aufgenommen⁸. Eine Verbürgung der einen oder anderen Art war so gut für eigne Schuld wie für fremde

Ausübung öffentlicher Gewalt ersatzpflichtig geworden ist, haften lassen; A.G. zum B.G.B. für Hess. a. 27 ff., S.-Weimar § 91, Schwarzb.-R. a. 19, Reufs ä. L. § 69, Elsass-Lothr. § 40, mein Aufsatz in Verh. des XXVIII. D.J.T. I 121.

³ Vgl. oben § 187 VI 1—5 S. 368 ff.

⁴ Für das griechische Recht hat J. Partsch, Griechisches Bürgschaftsrecht, I 1907, die gleiche Grundauffassung nachgewiesen.

⁵ Schuld und Haftung S. 51; oben § 174 S. 17.

⁶ Schuld und Haftung S. 56 ff.; oben § 174 S. 17 ff.

⁷ Schuld und Haftung S. 79; oben § 174 S. 21.

⁸ Schuld und Haftung S. 74 ff., 97, 151 ff., 202 ff.; oben § 174 S. 23 ff.

Schuld möglich⁹. Erst als die Haftung für eigne Schuld zur Regel wurde, schränkte sich der Name und der Begriff der Bürgschaft auf die Haftungsübernahme für fremde Schuld ein. Der Bürge aber für fremde Schuld war und blieb lediglich Hafter¹⁰. Er schuldete dem Gläubiger keine Leistung, sondern mußte nur, wenn der Schuldner nicht leistete, den Zugriff des Gläubigers dulden, um diesem Ersatz zu verschaffen. Umgekehrt war der Schuldner dem Gläubiger nicht haftbar oder wurde doch, wenn er ihm haftete, durch die Bürgenstellung von der Haftung befreit¹¹. Darum konnte ursprünglich der Gläubiger, wenn der Schuldner nicht erfüllte, sich ausschließlich an den Bürgen halten. Dafür aber haftete der Schuldner dem Bürgen. Denn das zur Verbürgung unerläßliche Formalgeschäft, das nach den einzelnen Stammesrechten in verschiedener Weise mittels Treugelübde, Wadiation oder ihrer Kombination geschlossen wurde, zog stets den Schuldner in den Haftungsbereich hinein¹². Es verschaffte dem Bürgen anstelle des Gläubigers ein Zugriffsrecht gegen den Schuldner, das ihn in den Stand setzte, sich zwangsweise vom Schuldner die Mittel

⁹ Puntchart S. 164, 169 ff.; Schuld und Haftung S. 59 ff. — Über die Selbstverbürgung des Schuldners in einer aus der Verbürgung für Andere abgeleiteten Form ebd. S. 60 Anm. 45, S. 148, 159, 161, 285.

¹⁰ Schuld und Haftung S. 57 ff.; Puntchart S. 174 ff.; für das nord. R. v. Amira I 693 ff., 704, II 71 ff., 840 ff. — Ebenso nach griech. R., Partsch a. a. O. S. 12 ff., 23 ff., 33 ff., 74.

¹¹ Schuld u. Haftung S. 58 Anm. 36 u. 37, 79, 100 Anm. 4; insbes. über burgund. R. S. 176, 178, langob. R. S. 286 ff., fränk. R. S. 295 Anm. 12, dazu über angelsächs. R. S. 184 Anm. 53, fries. R. S. 320; vgl. noch Wiener Stadtr. a. 7 u. 57. Dazu Stobbe-Lehmann § 238, 2a; Fockema-Andreae II 88 ff. — Anders natürlich, wenn er sich mit seinen Bürgen als Mitbürge verpflichtete; Schuld u. Haftung S. 60 Anm. 47, 160 Anm. 54, 296.

¹² Schuld und Haftung S. 59. Es forderte das Zusammenwirken dreier Hände, indem das Verpflichtungszeichen vom Schuldner dem Gläubiger, vom Gläubiger dem Bürgen dargereicht wurde. Bei den Franken pflegte der Schuldner nur durch Wadiation Vermögenshaftung, der Bürge dagegen durch bloßes Treugelübde nur persönliche Haftung zu übernehmen; a. a. O. S. 159, 160, 294 ff. Diese Verbürgungsform begegnet auch im späteren Recht; a. a. O. S. 159 Anm. 40. Bei den Burgundern unterwirft sich umgekehrt der Schuldner nicht nur der Vermögenshaftung, sondern auch subsidiärer leiblicher Haftung, der Bürge dagegen lediglich einer durch das Recht der Hingabe des zahlungsunfähigen Schuldners an Zahlungsstatt beschränkten Vermögenshaftung; a. a. O. S. 175 ff. Bei den Langobarden findet eine doppelseitige Wadiation statt, die für den Schuldner wie für den Bürgen nur Vermögenshaftung begründet; a. a. O. S. 264 ff., 284 ff. Über angelsächs. R. vgl. S. 184 u. 315, über bayr. S. 305 Anm. 42, 312, über fries. S. 319. Über Verbürgung durch Einlagerversprechen S. 254.

zur Befriedigung des Gläubigers oder mindestens nachträglich Ersatz für die eigne Leistung an den Gläubiger zu holen¹³.

2. Im jüngeren mittelalterlichen Recht traten Veränderungen in doppelter Richtung ein¹⁴. Einerseits wurde die Haftung des Schuldners trotz erfolgter Bürgenstellung auch dem Gläubiger gegenüber wirksam¹⁵. Zunächst nur subsidiär, so daß der Gläubiger auf den Schuldner greifen kann, wenn er vom Bürgen keine Befriedigung erlangt¹⁶. Sodann primär, jedoch mit der Maßgabe, daß der Gläubiger, wenn er den Schuldner zuerst angreift, das Zugriffsrecht gegen den Bürgen verliert¹⁷. Weiterhin kommt die vorbehaltlose solidarische Haftung des Schuldners neben dem Bürgen auf¹⁸. Endlich wird schon im Mittelalter ohne ersichtlichen Einfluß des römischen Rechts dem Bürgen eine nur subsidiäre Haftung auferlegt¹⁹, an deren Stelle aber solidarische Haftung tritt, wenn er sich zu gesamter Hand mit dem Schuldner oder als Selbstschuldner verpflichtet hat²⁰. Andererseits wurde der

¹³ Bei den alten Verbürgungsformen überträgt der Gläubiger durch Hingabe der vom Schuldner empfangenen *Wadia* an den Bürgen diesem sein Pfändungsrecht; vgl. über fränk. R. a. a. O. S. 160 Anm. 55, 296, über langob. R. S. 288; dazu über burgund. R., das dem Bürgen überdies ein subsidiäres Zugriffsrecht auf die Person des Schuldners gewährt, S. 176 ff.; über angelsächs. R. S. 184 Anm. 53.

¹⁴ Schuld u. Haftung S. 100 ff., 104 ff.

¹⁵ Doch blieb ausschließliche Haftung des Bürgen dem Gläubiger gegenüber stets möglich. So nicht nur, wenn der Schuldner überhaupt nicht haftete, sondern auch, wenn der Gläubiger ihn gegen Bürgenstellung aus der Haftung entließ. Dies nimmt noch das Wiener Stadtr. a. 7 stets an, wenn der Gläubiger den Bürgen „willichleich und fur vol“ annimmt; dann ist der Schuldner von ihm „ledig“ und bleibt dies nach a. 57 auch, wenn der Bürge gestorben ist.

¹⁶ Vgl. Rsb. n. Dist. III 12 d. 7: ob der burge abeginge. Steiermärk. Ldr. a. 122: sterbent dic purgel, so gevelt es auf den man hinwider.

¹⁷ Bened. Levita III 334: wenn er „debitorem suum tenere maluerit“. Schwabensp. (L.) 353 I. Wendisch-Rüg.-Landgebr. Tit. 74 § 7. Andere Belege Schuld u. Haftung S. 100 Anm. 7.

¹⁸ Wurster Landr. VII a. 20 § 1. Nordhäus. Stat. v. 1300 § 189. Wendisch-Rüg.-Ldgebr. Tit. 137 § 14 (über den Widerspruch mit Tit. 74 § 7 Delbrück, Z. f. D. R. XII 238 ff.). Nord. R. b. v. Amira I 696, II 842.

¹⁹ Richtst. Landr. c. 9; Kulm. R. III 117; Billwärd. R. 51; Landshuter R. b. Rosenthal S. 200 Nr. 6. Vgl. Heusler, Z. f. schweiz. R. IX 79 ff.; Stobbe, Vertragsr. S. 124 ff., D.P.R. § 238 Anm. 8—9; Schuld u. Haftung S. 101 Anm. 9. Doch wird oft nicht Vorausklagung, sondern nur vergebliche Mahnung oder Abwesenheit des Schuldners verlangt.

²⁰ Platner, Bürgschaft S. 46 ff.; Stobbe, Vertragsr. S. 145 ff., 157 ff. — Für den Fall, daß der Schuldner mit dem Bürgen „gelobt“ hat, lassen auch das Wiener Stadtr. a. 7 u. 57 und das Steiermärk. Ldr. a. 122 dem Gläubiger

Bürge mehr und mehr zugleich zu einem Schuldner²¹. Schon frühzeitig bei der Verbürgung persönlicher Handlungen, dann aber auch bei der Verbürgung von Sach- und Geldschulden leistete der Bürge zugleich mit der Haftungsübernahme ein Schuldversprechen²². Er versprach dem Gläubiger, daß er ihm die Leistung des Schuldners oder Ersatz dafür verschaffen werde. Verbürgte er sich als „Selbstschuldner“ oder „Selbstzahler“, so kam schon in der Form des Gedinges zum Ausdruck, daß er gleichzeitig Schuldner wurde. Doch blieb der primäre Inhalt der Bürgschaft stets Haftung und ihr Schuldinhalt von dem der Hauptschuld verschieden. Auch behauptete sich, obschon die alten Formen der Bürgenstellung in Verfall gerieten²³, immer das dem Bürgen gegen den Schuldner zustehende Rückgriffsrecht²⁴.

3. Mit der Rezeption wurde das römische Bürgschaftsrecht in der vereinfachten Gestalt, die es im Corpus juris civilis empfangen hat, aufgenommen. Doch gewann nur die römische fidejussio, die sich am meisten der deutschen Bürgschaft näherte, volles Leben. Die fidejussio war akzessorische, aber solidarische Mitübernahme fremder Schuld durch streng verpflichtenden Formalvertrag. Im gemeinen Recht wurde sie zum formfreien Schuldvertrage. Um so weniger konnte sich neben ihr das römische constitutum debiti alieni, dessen Formfreiheit keine Besonderheit mehr bildete, als selbständiges Rechtsinstitut behaupten²⁵. Das römische mandatum qualificatum ging als Kreditauftrag seinen eignen Entwicklungsweg²⁶. Das so in Anlehnung an die fidejussio ausgebildete gemeinrechtliche Bürgschaftsrecht stimmte in wesentlichen Punkten mit dem spätmittelalterlichen Bürgschaftsrecht überein. Wo es ab-

die Wahl, wen er zuerst ansprechen will, und behalten ihm ausdrücklich das Recht vor, wenn ihm einer „enpristet“, sich an den anderen zu halten.

²¹ Doch verschwand die bloße Haftungsübernahme keineswegs. Vgl. die Unterscheidung in Sachsensp. III 85 § 3—4 u. dazu Schuld u. Haftung S. 105.

²² Vgl. die Nachweisungen in Schuld u. Haftung S. 105—106, 207.

²³ Überwiegend hielt man freilich an der Form des Treugelübdes fest. Aber die Mitwirkung des Schuldners wurde entbehrlich. Und vielfach begegnen schon im Mittelalter unförmliche Verbürgungen, im Steiermärk. Ldr. a. 125 sogar, während sonst wenigstens ausdrückliche Erklärung verlangt wird, eine stillschweigende Bürgschaftsübernahme; Schuld und Haftung S. 219—220.

²⁴ Stobbe, Vertragsr. S. 130 ff.; Buch, Übertragbarkeit der Ford. S. 90 ff.

²⁵ In der gemeinrechtlichen Literatur herrschte lebhafter Streit darüber, ob und inwiefern dem constitutum noch eine von der fidejussio verschiedene Bedeutung zukomme; vgl. Windscheid § 476 Anm. 7, Dernburg, Pand. II § 77, 1 (verneinend), R.Ger. X Nr. 50 (ebenfalls verneinend).

²⁶ Vgl. unten zu X.

wich, setzten sich in der gemeinrechtlichen Praxis vielfach die deutschrechtlichen Anschauungen dem römischen Recht gegenüber durch. In erhöhtem Maße war dies in den Partikularrechten der Fall²⁷. Auch die großen Gesetzbücher regelten den Bürgschaftsvertrag zwar auf der gemeinrechtlichen Grundlage, verstatteten aber den einheimischen Rechtsgedanken germanischer Herkunft wachsenden Einfluß²⁸. So auch das deutsche B.G.B. Das Haftungsverhältnis wurde wieder in den Vordergrund gerückt und die inhaltliche Verschiedenheit der Schuld des Bürgen von der Hauptschuld zur Geltung gebracht. Neue Formvorschriften wurden erlassen. Das römische *beneficium excussionis* wurde umgestaltet und die selbstschuldnerische Bürgschaft erleichtert. Die Haftung von Mitbürgen wurde im Sinne der deutschrechtlichen Gesamtverbindlichkeiten unter Einschränkung oder Beseitigung des römischen *beneficium divisionis* geordnet. Das Rückgriffsrecht des Bürgen gegen den Schuldner wurde auf deutschrechtlicher Grundlage ausgestaltet. Die römischrechtlichen Interzessionsbeschränkungen der Frauen wurden abgeschwächt und schließlic restlos aufgehoben²⁹.

III. Begriff. Der Bürgschaftsvertrag des heutigen Rechtes ist Haftungsübernahme für fremde Schuld. Sein primärer Inhalt ist die dem Gläubiger eines Dritten gegenüber eingegangene Verpflichtung, „für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Dritten einzustehen“³⁰.

Doch schließt die Bürgschaft eine der Haftung entsprechende Schuld des Bürgen ein³¹. Der Bürge verspricht dem Gläubiger, den Erfolg, daß die Hauptschuld erfüllt wird, herbeizuführen. Er

²⁷ Einzelheiten bei Stobbe-Lehmann § 239.

²⁸ Preufs. A.L.R. I, 14 § 200—398. Code civ. a. 2011—2039. Öst. Gb. § 1342—1367. Sächs. Gb. § 1449—1479. Schweiz. O.R. a. 489—511, jetzt a. 492—512.

²⁹ Vgl. Windscheid § 485—488 u. Stobbe-Lehmann § 239 Z. 9, sowie die von beiden angef. umfangreiche Literatur.

³⁰ B.G.B. § 765. In gleicher Weise definieren das Sächs. Gb. § 1449 u. das Schweiz. O.R. a. 489 (492) die Bürgschaft als Verpflichtung, „einzustehen“, also als Haftungsübernahme. Dagegen bezeichnen die älteren Gesetzbücher in Anlehnung an das röm. R. die Bürgschaft als eine für den Fall der Nichterfüllung seitens des Schuldners übernommene Verpflichtung, zu „erfüllen“; Preufs. A.L.R. § 200 (zur Erfüllung), Code civ. a. 2011 (*à satisfaire*), Öst. Gb. § 1346 (zur Befriedigung).

³¹ Dies kann, nachdem die gegenteilige Meinung von Isay, Jahrb. f. D. XLVIII 193 ff., nur vereinzelt (z. B. bei Dümchen, Jahrb. f. D. LIV 407, Puntchart, Z. f. H.R. LXXI 321) Folge gefunden hat, als feststehend gelten.

verspricht weder, zu erfüllen, noch, die Erfüllung durch den Hauptschuldner zu bewirken. Wohl aber verspricht er für den Fall, daß der Hauptschuldner nicht erfüllt, seinerseits dem Gläubiger dadurch, daß er selbst das leistet, was der Schuldner hätte leisten sollen, Erfüllung zu verschaffen³². Somit besteht eine Bürgenschuld, aber sie ist eigne Schuld und mit der fremden Schuld keineswegs identisch. Dies trifft auch bei der selbstschuldnerischen Bürgschaft zu, die deshalb begrifflich verschieden ist von der Schuldmitübernahme, durch die der Übernehmer als Mitschuldner dasselbe schuldig wird, was der bisherige Alleinschuldner schuldet³³. Andererseits ist die bloße Schadlosbürgschaft, kraft deren der Bürge nur für den vom Gläubiger erlittenen Ausfall haftet, echte Bürgschaft³⁴. Die inhaltliche Verschiedenheit der Bürgenschuld von der Hauptschuld ist hier nur gesteigert³⁵.

Jede Bürgschaft ist somit ihrem Begriff nach ein akzessorisches Schuldverhältnis. Sie setzt den Bestand einer Hauptschuld voraus und bleibt von dieser abhängig. Die Hauptschuld kann haftungslos sein³⁶. Man kann sich auch für eine bedingte oder künftige Schuld, somit auch für alle aus einem bestimmten Verhältnis möglicher Weise entstehenden Verbindlichkeiten verbürgen³⁷. Hierher gehört auch die im Falle einer Sicherheitsleistung durch Bürgenstellung übernommene Bürgschaft für einen Beamten, Vormund oder Dienstverpflichteten³⁸. Auch

³² So auch Enneccerus § 411 Anm. 1. Vgl. auch Strohal, Schuldübernahme S. 59, Schuldpflicht S. 24.

³³ Vgl. oben § 181 S. 228 ff.

³⁴ A. M. Cosack § 158 a. E., § 159 III. Vgl. gegen ihn Crome § 295 Anm. 27, Enneccerus § 411 Anm. 6, Dernburg § 288 Anm. 8, Oertmann Vorbem. 3e. Für das gem. R. Geib a. a. O. S. 18 ff. Sächs. Gb. § 1452.

³⁵ Der Gläubiger kann hier sich an den Bürgen nur halten, wenn er nachweist, daß vom Schuldner nichts zu erlangen ist, während er bei der gewöhnlichen Bürgschaft ohne weiteres den Bürgen verklagen und abwarten kann, ob dieser die Einrede der Vorausklage erhebt; R.Ger. b. Seuff. LI Nr. 178, Z.S. LXXV Nr. 47.

³⁶ Infolge Verjährung (oben § 174 S. 46 Anm. 154), beschränkter Erbenhaftung (B.G.B. § 768 Abs. 1 S. 2), Zwangsvergleiches (K.O. § 193). Auch bei außergerichtlichem Vergleich (Präventivakkord) kann nach Handelsgebrauch Forthaftung des Bürgen für den gegenüber dem Hauptschuldner klaglos gestellten Teil der Schuld als bedungen anzunehmen sein; R.Ger. b. Seuff. LXIX Nr. 51.

³⁷ B.G.B. § 765². Vgl. über die sog. „Kreditbürgschaft“ Eccius b. Gruchot XLVI 55 ff., Enneccerus § 412 Anm. 2, Goldmann u. Lilienthal S. 823, Oertmann Vorbem. 3b.

³⁸ Sonderbestimmungen darüber im Preufs. L.R. § 273 ff. u. neuen Schweiz.

für die Bürgschaftsschuld selbst kann durch einen Nachbürgen (Afterbürgen) Bürgschaft geleistet werden³⁹. Ebenso für die aus dem Rückgriffsrecht des Bürgen entspringende Ersatzschuld des Schuldners durch einen Rückbürgen⁴⁰. Dagegen ist eine Bürgschaft für eine von dem Dritten nicht geschuldete Leistung ausgeschlossen⁴¹. Insoweit die Zusage, für eine solche Leistung einzustehen, gültig ist, liegt kein Bürgschaftsvertrag, sondern ein selbständiger Garantievertrag vor⁴².

Die Bürgschaft ist jedoch trotz ihrer akzessorischen Natur ein besonderes Schuldverhältnis, das durch einen selbständigen darauf gerichteten Vertrag begründet wird und eigenartiger rechtlicher Schicksale fähig ist⁴³. Die durch bloße Nebenabrede bei

O.R. a. 504 u. 509. Über Bürgschaft für Kassenbeamte, bei der Streit darüber herrscht, ob sie sich auch auf solche Defekte erstreckt, die der Kassenherr bei ordnungsmäßiger Kontrolle hätte vermeiden können, vgl. R.Ger. XXIX Nr. 36, wo die Frage im Gegensatz zu der überwiegenden früheren Praxis (Seuff. XII Nr. 159, Gruchot XVI 671, R.O.H.G. XX 47), von Fällen der Arglist oder groben Fahrlässigkeit abgesehen, bejaht wird; vgl. auch Seuff. LXIX Nr. 245. Dagegen macht das neue Schweiz. O.R. a. 509² bei jeder Amts- oder Dienstbürgschaft den Gläubiger für die Entstehung oder Erweiterung einer Schuld durch mangelhafte Aufsicht verantwortlich.

³⁹ Code civ. a. 2014². Sächs. Gb. § 1450. Schweiz. O.R. a. 498¹ (497). Im B.G.B. nicht erwähnt, daher nach allgemeinen Grundsätzen zu beurteilen. Die Ansicht des R.Ger. LXXXIII Nr. 77, daß hier als Hauptschuldner nicht der Vorbürge, sondern der Schuldner, für den dieser sich verbürgt hat, anzusehen sei, ist damit unvereinbar.

⁴⁰ Preufs. L.R. § 201, 380—384. Öst. Gb. § 1348. Sächs. Gb. § 1451. Schweiz. O.R. a. 498 (498²). Im B.G.B. als selbstverständlich nicht erwähnt.

⁴¹ Daher für eine ungültige Schuld. Ebenso aber bei einer gültigen Schuld für einen höheren Betrag, als ihn der Schuldner schuldet, während natürlich eine Verbürgung für einen Teil der Schuld wirksam ist (unten Anm. 53).

⁴² Vgl. unten § 207 Anm. 10. Dagegen lassen Sächs. Gb. § 1459² u. Schweiz. O.R. a. 494 (492)³ die wissentliche Verbürgung einer ungültigen Schuld als Verbürgung gelten.

⁴³ Die Bürgenschuld kann daher, ohne daß davon die Hauptschuld berührt wird, nichtig oder anfechtbar sein (über Anfechtbarkeit wegen Irrtums über die Hauptschuld R.Ger. LXXV Nr. 64) oder für sich erlöschen. Sie kann durch Pfand- oder Strafgedinge besonders gesichert werden. Sie hat ihren eignen Erfüllungsort, nicht ohne weiteres den der Hauptschuld; R.Ger. LXIII Nr. 66, für das frühere Recht X Nr. 81, Seuff. XLIII Nr. 113. Sie kann einen besonderen Gerichtsstand begründen; R.Ger. LXXI Nr. 18 S. 59—60. Auch hat sie ihr eignes örtliches Recht; oben Bd. I 234, R.Ger. LIV Nr. 82. — Unmöglich indessen ist infolge der akzessorischen Natur der Bürgschaft die Abtrennung der Bürgschaftsforderung von der Hauptforderung durch ihre selbständige Übertragung oder durch Vorbehalt bei der Übertragung der Hauptforderung; vielmehr geht (wie nach § 1250 das Pfandrecht) die Bürgschafts-

dem Verkaufe einer Forderung übernommene Gewährleistungspflicht für die Güte der Forderung ist keine Bürgschaft⁴⁴.

Eine Vergütung für die Bürgschaftsleistung gehört nicht zum Begriff der Bürgschaft. Der Bürgschaftsvertrag ist an sich ein streng einseitiger Vertrag. Doch kann eine Vergütung (Delkredereprovision) vereinbart sein; sie ist Entgelt für das vom Bürgen übernommene Risiko, macht aber die Bürgschaft noch nicht zum Versicherungsvertrage⁴⁵.

IV. A b s c h l u s s. Der Bürgschaftsvertrag des heutigen Rechts wird zwischen dem Bürgen und dem Gläubiger geschlossen⁴⁶. Einer Mitwirkung des Schuldners bedarf es nicht⁴⁷.

Im Gegensatz zum gemeinen Recht ist der Bürgschaftsvertrag nach dem B.G.B. formbedürftig⁴⁸. Vorgeschrieben ist einseitige Schriftform: zur Gültigkeit ist die schriftliche Erteilung der Bürgschaftserklärung erforderlich⁴⁹. Aus der Urkunde muß sich der Verbürgungswille, die Person des Gläubigers und der wesentliche

forderung im ersten Falle nicht über, im zweiten Falle unter; vgl. R.Ger. LXXXV Nr. 81.

⁴⁴ B.G.B. § 438; R.Ger. b. Seuff. LXII Nr. 106. — Ebenso wenig die vom Kommissionär nach H.G.B. § 394 ausdrücklich oder stillschweigend übernommene Delkrederehaftung; sie ist Erweiterung der Haftung aus dem Kommissionsgeschäft und überdies, da der Kommittent gegen den Dritten keine Forderung hat, mangels einer Hauptschuld Garantieübernahme; vgl. Staub zu § 394 Anm. 1, Düringer-Hachenburg II 279, K. Lehmann S. 809; a. M. Grünhut, Recht des Kommissionshandels S. 350 ff. Dagegen wird die Übernahme der Delkrederehaftung für die von ihm dem Geschäftsherrn verschaffte Forderung durch den Agenten regelmäßig als ein besonderer Bürgschaftsvertrag aufzufassen sein; Staub zu § 84 Anm. 15, K. Lehmann S. 231.

⁴⁵ A. M. Enneccerus § 411, 4. Vgl. dagegen Cosack § 158 IV, Dernburg § 285 IV, Crome § 295, 5. Das Preufs. L.R. § 363 ff. sah die Ausbedingung einer Belohnung ausdrücklich vor und stellte für die entgeltliche Bürgschaft besondere Regeln auf.

⁴⁶ Dabei gelten die allgemeinen Grundsätze über Verträge. Das Versprechen des Bürgen bedarf also der Annahme. Ein abstraktes Versprechen ist es nicht.

⁴⁷ Der Schuldner braucht nichts davon zu wissen; Code civ. a. 2014. Sogar sein Widerspruch ist unschädlich.

⁴⁸ B.G.B. § 766. Auch das Preufs. L.R. § 202 ff. forderte ausdrückliche und schriftliche, der Code civ. a. 2015 wenigstens ausdrückliche Erklärung. Das Schweiz. O.R. a. 493 verlangt nicht bloß schriftliche Erklärung, sondern auch Angabe eines bestimmten Betrages der Haftung (anders früher a. 491).

⁴⁹ Die vom Bürgen ausgestellte Urkunde muß dem Gläubiger übergeben oder doch zugegangen sein. Die Annahme aber ist formfrei. — Übergabe der Urkunde durch den dazu ermächtigten Hauptschuldner genügt; R.Ger. LVII Nr. 57, LXI Nr. 84.

Inhalt der Hauptschuld unmittelbar oder mittelbar ergeben⁵⁰. Mündliche Nebenabreden können die Haftung des Bürgen nicht verschärfen, sind aber insofern wirksam, als sie die Haftung ermäßigen oder beschränken⁵¹. Der Mangel der Form wird geheilt, soweit der Bürge die Hauptverbindlichkeit erfüllt. Formfrei ist die handelsrechtliche Bürgschaft⁵².

V. Umfang der Haftung. Der Bürge haftet, insofern er seine Haftung nicht eingeschränkt hat⁵³, für die Hauptschuld in ihrem vollen jeweiligen Bestande⁵⁴. Während ihm daher jede nachträgliche Minderung, Schwächung oder Aufhebung der

⁵⁰ Im einzelnen herrscht viel Streit und auch manche Unsicherheit in der Rechtsprechung. Selbstverständlich ist, daß der Ausdruck „Bürge“ nicht gebraucht zu sein braucht, wenn der Verbürgungswille aus der Urkunde erhellt; R.Ger. LXIV Nr. 20, LXXV Nr. 1. Allein die Schriftform ist nicht gewahrt, wenn nicht aus dem Inhalt der Urkunde selbst sich der Verbürgungswille ergibt; R.Ger. LVII Nr. 59, LXII Nr. 43, LXXVI Nr. 78, LXXVII Nr. 92. Es genügt, wenn in der Urkunde durch die Bezeichnung des Gläubigers die Hauptschuld oder durch die Angabe der Hauptschuld die Person des Gläubigers in bestimmbarer Weise gekennzeichnet ist; R.Ger. LIX Nr. 63, LXXVI Nr. 53. Allein bei völliger Unbestimmtheit ist die Schriftform nicht gewahrt; R.Ger. LXII Nr. 92 (keinerlei Bezeichnung des Gläubigers), LXXXII Nr. 17. Näheres über die Grenzfälle in der Zusammenstellung der Entscheidungen im Komm. der R.G.R. zu § 766 Nr. 4, Oertmann zu § 766 Bem. 1 b.

⁵¹ R.Ger. LXV Nr. 14, LXXI Nr. 102. Unrichtig O.L.G. Bamberg b. Seuff. LXII Nr. 203. Auch nachträglich kann die Bürgschaft formfrei abgeschwächt, eingeschränkt oder aufgehoben werden. — Formfrei ist auch das Versprechen einer Gegenleistung seitens des Gläubigers.

⁵² Es ist jede Bürgschaft, die auf seiten des Bürgen ein Handelsgeschäft ist, es müßte denn der Bürge Minderkaufmann sein; H.G.B. § 350, 351.

⁵³ Er kann sich nur für einen Teil der Schuld, nur für das Kapital oder nur für die Zinsen, nur bis zu einer Haftungsgrenze, nur auf Zeit verbürgen. Im letzteren Falle kann entweder die Dauer der Haftung selbst befristet oder aber die Haftung auf die während der bestimmten Zeit entstehenden Schuldposten beschränkt sein.

⁵⁴ B.G.B. § 767. So auch nach gem. R. (Windscheid § 477 Anm. 26), Code civ. a. 2016, Sächs. Gb. § 1456, Schweiz. O.R. a. 499. Zum Teil abweichende, dem Bürgen günstigere Bestimmungen hat das Preuß. L.R. § 257—276. — Zum Bestande der Hauptschuld gehören auch die bei der Bürgschaftsübernahme bereits eingegangenen Nebenverpflichtungen. Im Zweifel ist daher anzunehmen, daß die Bürgschaft sich auch auf Vertragszinsen und Vertragsstrafen erstreckt. Ausdrücklich bestimmte dies das Sächs. Gb. § 1457. Anders nach gem. R. (Windscheid a. a. O. Anm. 28) u. Preuß. L.R. § 259 ff., das nur eine Haftung für die rückständigen Zinsen des letzten Jahres eintreten läßt. Auch nach Schweiz. O.R. a. 499³ haftet der Bürge für vertragmäßige Zinsen nur bis zum Betrage des laufenden und eines verfallenen Jahreszinses.

Hauptschuld zugute kommt⁵⁵, muß er für Erweiterungen der Hauptschuld, die durch Verschulden oder Verzug des Schuldners eintreten, für Verzugs- und Prozesszinsen, für Schadensersatz wegen einer vom Schuldner zu vertretenden Unmöglichkeit oder wegen Nichterfüllung usw. eintreten⁵⁶. Auch auf die dem Gläubiger zu ersetzenden Kosten der Kündigung und Beitreibung erstreckt sich seine Haftung⁵⁷. Nur eine nachträgliche rechtsgeschäftliche Erweiterung der Hauptschuld, wie z. B. ein nachträgliches Zinsversprechen oder Strafgedinge, kann dem Bürgen nicht zum Nachteil gereichen⁵⁸. Demgemäß wirkt auch ein gegen den Hauptschuldner ergangenes rechtskräftiges Urteil nicht gegen den Bürgen⁵⁹.

Andererseits kann der Bürge die dem Schuldner zustehenden Einreden geltend machen und verliert eine Einrede nicht dadurch, daß der Schuldner auf sie verzichtet⁶⁰. Nur auf die Ein-

⁵⁵ So auch Schuldbefreiung durch Zahlung seitens eines Dritten, durch vollzogene Aufrechnung, durch Eintritt einer vom Schuldner nicht zu vertretenden Unmöglichkeit. Hat jedoch der Bürge die Unmöglichkeit selbst durch einen von ihm zu vertretenden Umstand herbeigeführt, so kann er sich auf sie nicht berufen, da es zu seinen Vertragspflichten gehört, die Schuld, für die er einsteht, nicht zu vereiteln; Dernburg⁴ § 290 I, Kipp bei Windscheid S. 1089 Z. 6, Oertmann zu § 767 Bem. 2, Planck zu § 765 Bem. 8b; a. M. Kisch, Unmögl. S. 43 Anm. 14, Westerkamp a. a. O. S. 96 ff., 110.

⁵⁶ Doch wirkt der Eintritt verfrühter Fälligkeit der Hauptschuld durch Konkurseröffnung nicht gegen den Bürgen; R.Ger. III 356, Rspr. d. O.L.G. VI 365, Dernburg § 286 Anm. 5; vgl. Schweiz. O.R. a. 500. — Die weitere Bestimmung des Schweiz. O.R. a. 500, daß eine zum Eintritt der Fälligkeit erforderliche Kündigung auch an den Bürgen geschehen muß, ist dem deut. R. fremd.

⁵⁷ B.G.B. § 767². Ebenso nach gem. R. (Seuff. XLVI Nr. 188), Sächs. Gb. § 1456. Nach Schweiz. O.R. a. 499² nur insoweit, als ihm rechtzeitig Gelegenheit gegeben war, sie durch Befriedigung des Gläubigers zu vermeiden.

⁵⁸ Somit auch nicht ein Anerkenntnis oder ein Vergleich; R.Ger. LVI Nr. 27. Ebensowenig eine Stundung der Forderung, während sie zu seinen Gunsten wirksam ist; R.Ger. LVI Nr. 77, LIX Nr. 65.

⁵⁹ R.Ger. LVI Nr. 27, Dernburg § 287 VI, Reichel a. a. O. S. 54, Westerkamp a. a. O. S. 460, 463, Oertmann Bem. 2g; a. M. Mendelssohn-Bartholdy, Grenzen der Rechtskraft S. 426, Seuffert zu Z.P.O. § 325 Bem. 1^a. — Dagegen kann sich der Bürge auf rechtskräftige Abweisung des Gläubigers berufen; Seuff. XXXIX Nr. 209.

⁶⁰ B.G.B. § 768. Wesentlich abweichend vom gem. R. und zum Teil auch vom Sächs. Gb. § 1460—1461. So hat der Bürge die Einrede der Stundung (oben Anm. 58), auch wenn diese nur dem Schuldner persönlich gewährt ist; die Einrede der Verjährung, obschon eine bereits verjährte Schuld vollwirksam verbürgt werden kann (oben S. 775 Anm. 36) und daneben die Bürgenschuld selbst besonderer Verjährung unterliegt (Seuff. LXII Nr. 79); die Ein-

rede der beschränkten Haftung des Erben des Hauptschuldners und auf die Einrede des Hauptschuldners aus einem im Konkurse geschlossenen Zwangsvergleich kann er sich nicht berufen, weil er den Gläubiger ja gerade gegen Unzulänglichkeit des Schuldnervermögens sichern soll⁶¹.

Eine eigne aufschiebende Einrede steht dem Bürgen zu, so lange die Hauptschuld durch Anfechtung vernichtet oder durch Aufrechnung getilgt werden kann⁶². Das B.G.B. gewährt ihm diese Einrede als Ersatz für die ihm nach bisherigem Recht meist zugestandene Befugnis, von dem Anfechtungs- oder Aufrechnungsrecht des Schuldners selbst Gebrauch zu machen. Diese Befugnis versagt es dem Bürgen, weil es die Anfechtung und die Aufrechnung als Verfügungen über das Schuldverhältnis behandelt und vor ihrem Vollzuge keine Einwendung entstehen läßt. Die Entscheidung darüber, ob durch Anfechtung oder Aufrechnung das Schuldverhältnis aufgehoben werden soll oder nicht, behält es den Parteien des Hauptschuldverhältnisses vor⁶³. Da aber mit dieser Entscheidung die Bürgenhaftung entweder durch Wegfall der Hauptschuld erlischt oder durch Wegfall des Anfechtungs- oder Aufrechnungsrechts sich als fortbestehend herausstellt, befindet sich bis dahin auch das Bürgschaftsverhältnis in der Schwebe. Aus diesem Grunde wird der Bürge in den Stand gesetzt, den Angriff des Gläubigers während des Bestandes der Anfechtungs- oder Auf-

rede der ungerechtfertigten Bereicherung, der Arglist, des nicht erfüllten Vertrages (vgl. Oertmann Bem. 2 e γ). Dagegen kann der Bürge ein Wahlrecht, ein Rücktrittsrecht, ein Anfechtungsrecht, ein Aufrechnungsrecht des Schuldners nicht ausüben, weil er über die Schuld nicht verfügen kann. Ebenso wenig ein Wandlungs- oder Minderungsrecht, während es äußerst bestritten ist, ob er die Wandlungs- oder Minderungseinrede erheben kann; das R.Ger. LXVI Nr. 80 versagt ihm die erste, gewährt ihm aber die zweite; vgl. über die dabei auftauchenden Einzelfragen bes. Raape b. Dernburg⁴ § 287 Anm. 12.

⁶¹ B.G.B. § 768 Abs. 1 S. 2; Konk.O. § 193. Mit Recht will Dernburg § 287 III dies auf analoge Fälle, wie z. B. die Einrede des Notbedarfes des Schenkers, anwenden. Auch nach gem. R. konnte der Bürge sich nicht auf das beneficium competentiae des Schuldners berufen; vgl. Öst. Gb. § 1354.

⁶² B.G.B. § 770.

⁶³ Der Bürge kann es also nicht hindern, daß der Gläubiger oder der Schuldner auf die Aufrechnung verzichtet oder sie durch anderweite Verfügung über die Gegenforderung unmöglich macht (R.Ger. LXII Nr. 15) oder daß der Schuldner sein Anfechtungsrecht ausdrücklich aufgibt oder durch Fristversäumnis verliert.

rechnungslage durch verzögerliche Einrede abzuweisen⁶⁴. In Ansehung der Aufrechnung fordert die ratio legis, daß es dabei keinen Unterschied macht, ob die Aufrechnungsbefugnis dem Gläubiger oder dem Schuldner zusteht⁶⁵. Auch steht einer analogen Anwendung des Prinzips auf andere Fälle, in denen das Schicksal der Bürgenhaftung von der Ausübung eines dem Schuldner gebührenden Gestaltungsrechts abhängt, nichts entgegen⁶⁶.

VI. Einrede der Vorausklage. Die einfache Bürgschaft begründet nur eine subsidiäre Haftung. Dies kommt in der nach dem Vorbild des römischen beneficium excussionis dem Bürgen gewährten verzögerlichen Einrede der Vorausklage zum Ausdruck⁶⁷. Der Bürge kann die Befriedigung des Gläubigers verweigern, solange nicht dieser eine Zwangsvollstreckung gegen den Hauptschuldner ohne Erfolg versucht hat⁶⁸. Handelt es sich um eine

⁶⁴ Im Falle der Anfechtbarkeit aber wegen Betruges oder Zwanges hat der Bürge daneben das Recht, die persönliche Einrede des Schuldners aus unerlaubter Handlung (B.G.B. § 853) geltend zu machen; Dernburg § 287 IV, Enneccerus § 413 Anm. 6.

⁶⁵ Der Wortlaut des § 770² spricht nur von dem Falle, daß der Gläubiger sich durch Aufrechnung befriedigen kann. Dies ist aber nur mißlungene Fassung. Darum ist auch in dem Falle, daß nur der Schuldner aufrechnen darf, dem Bürgen, da er selbst nicht aufrechnen kann (R.Ger. LIX Nr. 61), die dilatorische Einrede aus § 770 zu gewähren; Dernburg § 287 V, Kipp S. 477, Crome § 296 Anm. 46, Enneccerus § 413 Anm. 9, Lippmann a. a. O. S. 198, Komm. d. R.G.R. zu § 770 Bem. 3. A. M. die Meisten; vgl. Cosack § 158 IV 2b, Planck zu § 770 Bem. 2, Staudinger Bem. 1b z, Oertmann Bem. 4 und die dort gegebenen Nachweise.

⁶⁶ So wegen eines dem Schuldner zustehenden Wandlungsrechtes; Reichel a. a. O. S. 426, Westerkamp S. 452, Enneccerus § 413 Anm. 10, Oertmann zu § 768 Bem. 2 c α. Aber wohl auch wegen eines vertragsmäßigen Rücktrittsrechtes; a. M. Enneccerus a. a. O. Anm. 11—12.

⁶⁷ B.G.B. § 771. So auch nach gem. R., Code civ. a. 2021—2022, Sächs. Gb. § 1461, während nach Preuß. L.R. I, 14 § 283 u. Schweiz. O.R. a. 495 die Unzulänglichkeit des Zugriffs gegen den Hauptschuldner zum Klagegrunde gehört.

⁶⁸ Regelmäßig bedarf es also vorheriger Ausklagung des Schuldners; soweit über Zwangsvollstreckung ohne Klage (z. B. auf Grund vollstreckbarer Urkunde) zulässig ist, ist eine „Vorausklage“ nicht erforderlich. — Vergebliche gerichtliche Verfolgung verlangen auch Solms. L.R. II, 16 § 1, Hamb. Stat. v. 1603 II, 6 a. 7 und andere ältere Partikularrechte (Stobbe § 239 Anm. 9), Preuß. L.R. I, 14 § 283 ff. (unter genauer Bezeichnung der anzuwendenden Exekutionsmittel), Code civ. a. 2023—2024 (und zwar mit der Maßgabe, daß der Bürge, der die Einrede erhebt, dem Gläubiger geeignete Exekutionsobjekte bezeichnen und die Kosten vorschießen muß), Sächs. Gb. § 1461 u. Schweiz. O.R. a. 495 (ohne Verschulden erfolglose Betreibung). Dagegen begnügen sich

Geldforderung, so muß der Gläubiger die Zwangsvollstreckung in die beweglichen Sachen des Schuldners versucht und überdies ein ihm an einer beweglichen Sache des Schuldners zustehendes Pfandrecht oder Zurückbehaltungsrecht ausgenützt haben⁶⁹. Doch ist die Einrede der Vorausklage ausgeschlossen, wenn die Rechtsverfolgung gegen den Schuldner durch eine nachträgliche Änderung des Wohnsitzes, des Niederlassungsortes oder des Aufenthaltsortes wesentlich erschwert wird⁷⁰, oder wenn über sein Vermögen Konkurs eröffnet oder die Zwangsvollstreckung gegen ihn aussichtslos ist⁷¹. Nur bei bloßer Schadlosbürgschaft muß der Gläubiger nachweisen, daß er einen Ausfall bereits erlitten hat⁷².

Im Gegensatz zum einfachen Bürgen haftet der selbstschuldnerische Bürge primär und kann daher den Gläubiger, der ihn vor oder zugleich mit dem Hauptschuldner angreift, nicht zunächst auf diesen verweisen. Im Einklange mit dem älteren deutschen Recht blieb es bis heute üblich, daß der Bürge eine derartige Haftung durch Wendungen übernimmt, in denen er sich als „Selbtschuldner“, „Selbstzahler“, „Bürge und Zahler“, „gleich dem Hauptschuldner“ oder „solidarisch“ verpflichtet. Seit der Rezeption wurde die Unterwerfung des Bürgen unter die sofortige Zugriffsmacht des Gläubigers als Verzicht auf die Einrede der Vorausklage aufgefaßt und demgemäß eine solche Verzichtserklärung

andere ältere Partikularrechte, wie Worms. Ref. V 3, 1 § 1, Frankf. II 16 § 3, Lüneb. II 16 § 3, und gleich ihnen das Öst. Gb. § 1355 in Übereinstimmung mit dem deutschen Recht mit erfolgloser Mahnung.

⁶⁹ B.G.B. § 772. — Vorherigen Zugriff auf das Pfand verlangen stets Preufs. L.R. § 292 ff. u. Schweiz. O.R. a. 495². Anders Österr. Gb. § 1360, das aber dem Gläubiger verbietet, das Pfand aufzugeben.

⁷⁰ B.G.B. § 773 Z. 2. Ähnliche Bestimmungen, die aber meist Abwesenheit besonderer Art verlangen, finden sich in allen deutschen Partikularrechten; vgl. Stobbe § 239 Anm. 11, Preufs. L.R. § 298, Sächs. Gb. § 1461 u. 1462; dazu Öst. Gb. § 1356, Schweiz. O.R. a. 495.

⁷¹ B.G.B. § 773 Z. 3 u. 4 (hier jedoch vorbehaltlich der Verweisung des Gläubigers auf vorherige Befriedigung aus einem Pfand- oder Zurückbehaltungsrecht). Ebenso natürlich, wenn die Zwangsvollstreckung ausgeschlossen ist, weil der Schuldner nicht haftet; oben S. 775 Anm. 36. — Im wesentlichen übereinstimmend die gemeinrechtliche Praxis und die älteren und neueren Partikularrechte; Stobbe Anm. 12—13, Preufs. L.R. § 300 ff., Sächs. Gb. § 1462, auch Öst. Gb. § 1356, Schweiz. O.R. a. 495.

⁷² Oben S. 775 Anm. 35; Sächs. Gb. § 1463. Doch nimmt das R.Ger. LXXV Nr. 47 an, daß er, wenn er während des Konkurses des Hauptschuldners einen Mindestausfall sicher nachweisen kann, schon vor Feststellung des Ausfalls auf einen entsprechenden Teilbetrag klagen kann.

vielfach grundsätzlich gefordert⁷³. Doch wurde fast allgemein die Verbürgung als Selbstschuldner als stillschweigender Verzicht gedeutet⁷⁴. Manche Gesetze legen in stärkerer Anlehnung an das deutsche Recht der Verbürgung als Selbstschuldner selbständige Kraft bei⁷⁵. Das B.G.B. geht vom Gesichtspunkte des Verzichtes aus und führt die Verbürgung als Selbstbürge nur als besonders geeignetes Mittel der Verzichtserklärung an⁷⁶. Die selbstschuldnerische Bürgschaft überwiegt im Verkehr. Sie tritt kraft gesetzlicher Regel ein, wenn sich ein Vollkaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes verbürgt⁷⁷, sowie bei der Bürgschaftsleistung für einen Zwangsvergleich⁷⁸.

VII. Rückgriff. Der Bürge hat regelmäfsig ein Rückgriffsrecht gegen den Hauptschuldner. Er will nicht selbst erfüllen, sondern nur für die Erfüllung durch den Hauptschuldner einstehen und kann daher sich an diesen halten, wenn er durch seine Haftung Schaden erleidet.

1. Der Bürge hat daher, wenn er selbst leisten muß, was der Schuldner hätte leisten sollen, regelmäfsig einen Erstattungsanspruch gegen den Schuldner.

⁷³ So im gem. R. (Windscheid § 478 Anm. 7); Hamb. Stat. II 6 a. 7; Preufs. L.R. § 307; Code civ. a. 2021; Sächs. Gb. § 1462.

⁷⁴ So in der gemeinrechtlichen Theorie und Praxis; vgl. Girtanner S. 209 ff., 240 ff., 319 ff., Hasenbalg S. 68 ff., zahlreiche von Windscheid a. a. O. angef. Entsch. Ebenso nach vielen Partikularrechten; Stobbe § 239 Anm. 17. — Doch bestand auch eine abweichende Meinung, die noch einen besonderen Verzicht auf die Einrede forderte; sie ging in einige Partikularrechte über (Const. Sax. II, 18, Frankf. Ref. II, 16 § 7, Lüneb. Ref. II, 16 § 7). Noch Windscheid a. a. O. will, wenn kein Verzicht erklärt ist, dem selbstschuldnerischen Bürgen wenigstens das Recht zusprechen, gleichzeitige Belangung des Hauptschuldners zu begehren.

⁷⁵ So Worms. Ref. V 3, 1 § 6, Jül.-Berg. L.R. c. 105 § 2, Trierer Ldr. XV § 4, Preufs. L.R. § 297 (unter Voranstellung vor den Verzicht), Code civ. a. 2021 u. Sächs. Gb. § 1462 (alternativ mit dem Verzicht). Ohne Erwähnung des Verzichtes Öst. Gb. § 1357 u. Schweiz. O.R. a. 496 (495).

⁷⁶ B.G.B. § 773 Z. 1: „wenn der Bürge auf die Einrede verzichtet, insbesondere wenn er sich als Selbstschuldner verpflichtet hat.“ — Die Erklärung muß, da sie eine wesentliche Haftungsverschärfung herbeiführt, in der Urkunde enthalten sein und, wenn sie nachträglich erfolgt, in einem besonderen Schriftstück erteilt werden (unrichtig Crome § 297 Anm. 73).

⁷⁷ H.G.B. § 349, 351. Nach dem A.D.H.G. a. 281 galt dies auch, wenn nur die verbürgte Schuld aus einem Handelsgeschäft herrührt, und ohne die Ausnahme für Minderkaufleute.

⁷⁸ Konk.O. § 194.

Zur Durchführung dieses Erstattungsanspruches dient ihm der Erwerb der Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner. Das römische Recht gab ihm in Gestalt des *beneficium cedendarum actionum* die Befugnis, vom Gläubiger gegen dessen Befriedigung die Abtretung der Forderung zu verlangen. Dagegen konnte er nach deutschem Recht ohne weiteres anstatt des Gläubigers dessen Zugriffsrecht gegen den Schuldner geltend machen. Die gemeinrechtliche Praxis neigte zur Erweiterung des *beneficium cedendarum actionum* im Sinne des deutschen Rechts⁷⁹. Die neueren Gesetze aber kehren zum deutschen Recht zurück und lassen die Forderung des Gläubigers von Rechts wegen auf den Bürgen übergehen⁸⁰. Auch nach dem B.G.B. tritt, soweit der Bürge den Gläubiger befriedigt, der Übergang der Forderung gegen den Hauptschuldner von Rechts wegen ein⁸¹. Da der Bürge seine eigne Schuld, nicht die Hauptschuld getilgt hat, besteht die Hauptforderung unverändert für den Bürgen fort. Er erwirbt daher die Hauptforderung mit allen Nebenrechten und Sicherungsmitteln. muß sich aber vom Schuldner auch alle Einwendungen entgegensetzen lassen, die diesem gegen den Gläubiger zustanden. Außerdem kann der Schuldner dem Bürgen gegenüber die Einwendungen

⁷⁹ Vgl. Girtanner S. 211 ff., 248 ff., 468 ff., 533 ff., Hasenbalg S. 401 ff., 651 ff., 784 ff., Windscheid § 481 Anm. 8 mit weiteren Literaturangaben. Man gab den Anspruch auch dem selbstschuldnerischen Bürgen; Seuff. XXXII Nr. 138, XXXVI Nr. 197, XL Nr. 19. Man gewährte ihn auch noch nach erfolgter Befriedigung; Seuff. VII Nr. 313, XXII Nr. 142, XLII Nr. 207. Auch gab man ihn unabhängig vom Vorhandensein eines Rückgriffsrechts (unter Vorbehalt einer *exceptio doli* für den Schuldner); Arndts § 356 Anm. 3, Dernburg II § 80 Anm. 8; abweichend Windscheid Anm. 7. Doch versagte man ihn bei bloßer Teilbefriedigung; R.Ger. b. Seuff. LIV Nr. 150.

⁸⁰ Preuß. L.R. § 338 ff., 383 (so schon Cod. Frid. IV 9 § 30, Corp. jur. Frid. II 26 § 122); Code civ. a. 2029; Öst. Gb. § 1358; Schweiz. O.R. a. 505 mit dem im früheren a. 504 fehlenden Zusatz, daß auf den Übergang der Gläubigerrechte nicht im voraus verzichtet werden kann. — Ältere Partikularrechte, wie Nürnbn. Ref. XIX 1 § 2, Frankf. II, 16 § 6, Hamb. Stat. II 6 a. 10, fordern Klagenzession. Vgl. auch noch Sächs. Gb. § 955.

⁸¹ B.G.B. § 774. Doch kann der Übergang der Forderung nicht zum Nachteil des Gläubigers geltend gemacht werden, so daß z. B. bei bloßer Teilbefriedigung der Bürge in Ansehung bestellter Sicherheiten, bei Befriedigung einer von mehreren durch dasselbe Pfandrecht gesicherten Forderungen in Ansehung dieses Pfandrechts hinter dem Gläubiger zurücksteht. Vgl. auch R.Ger. VIII Nr. 73. — Die Anmeldung der in Höhe einer vor der Konkurseröffnung geleisteten Teilzahlung erworbenen Forderung im Konkurse des Hauptschuldners, in dem der Gläubiger die ganze Forderung angemeldet hat, wird durch § 774 S. 2 nicht ausgeschlossen; R.Ger. LXXXIII Nr. 89.

erheben, die ihm aus einem zwischen ihm und dem Bürgen bestehenden Rechtsverhältnis gebühren.

Dazu gehören insbesondere die Einwendungen aus dem Kausalverhältnis, das der Bürgschaft zugrunde liegt. Der Schuldner kann daher einwendungsweise geltend machen, daß dem Bürgen ein Erstattungsanspruch nicht oder doch nicht im vollen Umfange der Forderung zusteht. Denn der Erstattungsanspruch richtet sich nach dem Rechtsgrunde der Verbürgung⁸².

Andererseits ist das Rückgriffsrecht des Bürgen unabhängig vom Forderungsübergange, so daß er einen ihm zustehenden Erstattungsanspruch auch selbständig geltend machen kann⁸³.

2. Schon vor der Befriedigung hat der Bürge in Gestalt eines Befreiungsanspruches ein vorzeitiges Rückgriffsrecht gegen den Hauptschuldner, sobald er in dringende Gefahr gerät, anstatt des Hauptschuldners leisten zu müssen. Dies ist nach dem B.G.B. in wesentlicher Übereinstimmung mit dem gemeinen Recht und den anderen Gesetzbüchern stets der Fall, wenn der Hauptschuldner sich in Verzug befindet oder durch vollstreckbares Urteil zur Erfüllung verurteilt ist, überdies aber schon vorher dann, wenn sich die Vermögensverhältnisse des Schuldners wesentlich verschlechtert haben oder die Rechtsverfolgung gegen ihn durch Ortsveränderung wesentlich erschwert ist⁸⁴. Doch gewährt das B.G.B. das Recht, die Befreiung zu verlangen, nur demjenigen Bürgen, der kraft eines ihm erteilten Auftrags oder wirksamer auftragloser Geschäftsführung die Rechte eines Beauftragten gegen

⁸² Somit bei zugrunde liegendem Auftrage nach den Regeln des Auftrags, bei Geschäftsführung ohne Auftrag nach den für diese geltenden Regeln, die ihn abmindern können, in anderen Fällen nach den Regeln über ungerechtfertigte Bereicherung. Der Erstattungsanspruch fehlt überhaupt, wenn sich der Bürge schenkungsweise oder lediglich in eigenem Interesse verbürgt hat. Der Bürge kann ihn auch durch Verletzung der Sorgfaltspflicht gegen den Schuldner, z. B. fahrlässigen Nichtgebrauch von Einreden, ganz oder teilweise einbüßen; R.Ger. LIX Nr. 61. Vgl. Preufs. L.R. § 352, Code civ. a. 2031, Sächs. Gb. § 1471, Schweiz. O.R. a. 506—507.

⁸³ Vgl. Dernburg § 289 III, Oertmann Bem. 1c, Enneccerus § 414 I 2. Nur dieser Weg steht ihm z. B. offen, wenn der Schuldner den Gläubiger befriedigt hatte und somit die Forderung nicht mehr übergehen kann, der Schuldner aber wegen fahrlässiger Nichtanzeige an den Bürgen verantwortlich ist. — Für das gem. R. Seuff. XXXVI Nr. 126. Vgl. Preufs. L.R. § 351 ff., Code civ. a. 2028, Sächs. Gb. § 1471—1475.

⁸⁴ Durch Hinausschiebung des Fälligkeitstermins kraft Abrede zwischen Gläubiger und Schuldner kann der Bürge dieses Recht nicht verlieren; wohl aber durch Verzicht, der keiner Schriftform bedarf; R.Ger. LIX Nr. 5.

den Hauptschuldner hat⁸⁵. Ist die Schuld noch nicht fällig, so kann der Hauptschuldner dem Bürgen, statt ihn zu befreien, Sicherheit leisten⁸⁶.

VIII. Beendigung. Die Bürgschaft endet aus den allgemeinen Erlöschungsgründen der Schuldverhältnisse. Es treten aber besondere Beendigungsgründe hinzu.

1. Der Untergang der Hauptschuld bewirkt notwendig zugleich den Untergang der Bürgschaft⁸⁷.

2. Eine Befreiung des Bürgen von der Haftung kann durch das Verhalten des Gläubigers herbeigeführt werden. Für das gemeine Recht nahm die herrschende Meinung eine Verpflichtung des Gläubigers zur Anwendung gehöriger Sorgfalt bei der Betreibung der Hauptschuld an und ließ daher die Haftung des Bürgen insoweit wegfallen, als der Gläubiger durch Vernachlässigung dieser „Diligenzpflicht“ die Nichterlangung der Befriedigung vom Schuldner oder die Vereitelung der Ersatzansprüche des Bürgen verschuldet⁸⁸. Denselben Grundsatz führen manche Gesetzbücher durch⁸⁹. Das B.G.B. bestimmt nur, daß der Bürge, wenn der Gläubiger ein mit seiner Forderung (sei es auch erst nachträglich) verbundenes Sicherungsrecht (Vorzugsrecht, Pfandrecht, Hypothek, Recht gegen einen Mitbürgen) aufgibt, insoweit befreit wird, als er aus dem aufgegebenen Recht hätte Ersatz erlangen können⁹⁰. Dagegen legt es dem Gläubiger grundsätzlich

⁸⁵ B.G.B. § 775¹. Der Bürge, der nicht die Rechte eines Beauftragten hat, kann also, selbst wenn er einen Erstattungsanspruch hat, die Befreiung nicht verlangen. — Das Sächs. Gb. § 1470 gewährt den Befreiungsanspruch nur dem Bürgen, der vom Hauptschuldner zur Bürgschaft veranlaßt ist. Dagegen gibt ihn das gemeine Recht grundsätzlich jedem Bürgen; Girtanner S. 529 ff., Seuff. XXX Nr. 133. Ebenso Preufs. L.R. § 356 ff., Code civ. a. 2032, Schweiz. O.R. a. 512 (511).

⁸⁶ B.G.B. § 775². Ebenso Preufs. L.R. § 357—358. Das Öst. Gb. § 1364 u. 1365 kennt überhaupt nur einen Anspruch auf Sicherstellung. Das Schweiz. O.R. a. 512 läßt bis zur Fälligkeit nur eine Klage auf Sicherstellung zu.

⁸⁷ Doch kann sich der Bürge auf die Befreiung nicht berufen, wenn er selbst für den Untergang der Hauptschuld verantwortlich ist; oben S. 779 Anm. 55. Vgl. Sächs. Gb. § 1464.

⁸⁸ Dernburg, Pand. § 82 Anm. 7; Windscheid § 478 Anm. 10 mit Nachweisen aus der Praxis. Dies gilt auch zugunsten des selbstschuldnerischen Bürgen; Seuff. XLVI Nr. 95, jedoch nach R.Ger. ebd. Nr. 206 mit Abschwächungen.

⁸⁹ Preufs. L.R. § 328 (doch nur bei grobem Versehen). Öst. Gb. § 1364 S. 2. Sächs. Gb. § 1466. Vgl. auch Schweiz. O.R. a. 509—511.

⁹⁰ B.G.B. § 776. Dasselbe muß gelten, wenn er das Sicherungsrecht durch nachlässiges Verhalten entwertet; R.Ger. b. Seuff. LXI Nr. 108. — Ebenso

eine Sorgfaltspflicht nicht auf. Indessen muß, abgesehen von der Möglichkeit einer abweichenden Vereinbarung, dem Bürgen in solchen Fällen eine Einrede gewährt werden, in denen die Geltendmachung seiner Haftung durch den Gläubiger mit Rücksicht auf die dem Hauptschuldner gegenüber begangene Versäumnis wider Treu und Glauben verstößt⁹¹.

3. Als dauerndes Schuldverhältnis erlischt die Bürgschaft durch Zeitablauf.

Ist sie auf bestimmte Zeit eingegangen, so wird der Bürge mit dem Ablaufe dieser Zeit befreit. Doch kann nach manchen Gesetzbüchern der Gläubiger den Bürgen noch bei der Haftung festhalten, wenn er in einer bestimmten kurzen Frist nach Ablauf der Zeit die Forderung gehörig betreibt⁹². Auch das B.G.B. läßt bei der Verbürgung für eine bestehende Verbindlichkeit die Haftung nach Ablauf der Zeit fort dauern, wenn der Gläubiger unverzüglich den Zugriff gegen den Hauptschuldner betreibt und nach Beendigung des Verfahrens unverzüglich dem Bürgen anzeigt, daß er ihn in Anspruch nehme, — oder wenn er, falls der Bürge die Einrede der Vorausklage nicht hat und es somit eines Verfahrens gegen den Hauptschuldner nicht bedarf, unverzüglich dem Bürgen, diese Anzeige macht⁹³. Handelt es sich dagegen um eine Bürgschaft für eine künftige Verbindlichkeit, so erlischt die Haftung sofort mit dem Ablaufe der Verbürgungsfrist⁹⁴.

nach gem. R., Seuff. LII Nr. 154; Preufs. L.R. § 331—333; Code civ. a. 2037; Schweiz. O.R. a. 509¹ (508).

⁹¹ Dernburg § 290 III, Crome § 298 Anm. 19; Seuff. LXIX Nr. 245. Zum mindesten ist § 826 B.G.B. anwendbar. — A. M. R.Ger. LXV Nr. 38 u. Nr. 92, Seuff. LXX Nr. 103, Enneccerus § 415 IV, Oertmann Bem. 2 (der aber Bem. 3c die Einrede aus § 826 zuläßt).

⁹² Preufs. L.R. § 320—321 (in der Regel binnen 3 Tagen). Sächs. Gb. § 1467 (binnen 30 Tagen). Schweiz. O.R. a. 502 (binnen 4 Wochen). — Das Öst. Gb. § 1363 läßt die Bürgschaft sofort erlöschen.

⁹³ B.G.B. § 777. Anderenfalls wird der Bürge mit dem Zeitablauf frei. Auch im Falle rechtzeitiger Anzeige aber beschränkt sich die fort dauernde Haftung des Bürgen auf den Umfang, den die Hauptverbindlichkeit zur Zeit der Beendigung des Verfahrens oder, wenn ein solches nicht erforderlich war, bei dem Ablaufe der bestimmten Zeit hatte.

⁹⁴ Vgl. R.Ger. LXXXII Nr. 83. Vorausgesetzt, daß die Bürgschaft selbst befristet ist und nicht etwa, wie dies bei Kreditbürgschaften die Regel bildet (R.Ger. LXIII Nr. 3), auf unbestimmte Zeit für die innerhalb der bestimmten Zeit entstehenden Verbindlichkeiten geleistet ist. — Vgl. die besonderen Bestimmungen des Preufs. L.R. § 322—327 über Bürgschaften für „fortwährende“ Verbindlichkeiten, insbesondere Amtspflichten.

Ist die Bürgschaft auf unbestimmte Zeit übernommen, so endet sie an sich erst mit der Befriedigung des Gläubigers. Doch wird nach manchen Gesetzen der Bürge vorher frei, wenn der Gläubiger trotz gehöriger Aufforderung die Hauptforderung nach Eintritt der Fälligkeit nicht rechtzeitig betreibt oder ihre Fälligkeit durch Ausübung eines ihm zustehenden Kündigungsrechtes nicht rechtzeitig herbeiführt⁹⁵. Das B.G.B. gibt dem Bürgen derartige Rechtsbehelfe gegen den Gläubiger nicht⁹⁶. Indessen kann vertragsmäßig dem Bürgen ein Kündigungsrecht eingeräumt sein, das ihn in den Stand setzt, seine Haftung für die Zukunft abzuschütteln⁹⁷. Im Falle einer zeitlich unbeschränkten Bürgschaftsübernahme für künftige Verbindlichkeiten gestand die gemeinrechtliche Praxis dem Bürgen regelmässig ein Recht der Aufkündigung nach Ablauf einer angemessenen Frist zu⁹⁸. Dies wird auch heute im Zweifel als gewollt gelten müssen⁹⁹. Darüber

⁹⁵ So nach Preufs. L.R. § 316 u. § 319. Nach Schweiz. O.R. a. 503 kann der Bürge nach Eintritt der Fälligkeit verlangen, daß der Gläubiger die Forderung binnen 4 Wochen rechtlich geltend mache und den Rechtsweg ohne erhebliche Unterbrechung fortsetze; die Herbeiführung der Fälligkeit durch Kündigung kann er nach Ablauf eines Jahres seit Eingehung der Bürgschaft verlangen. — Über Befreiung des Bürgen durch Hinausschiebung der Schuldverfolgung seitens des Gläubigers nach älterem deut. R. und einzelnen späteren Partikularrechten vgl. Stobbe-Lehmann § 238 Anm. 17 u. § 239 Anm. 43.

⁹⁶ Er hat nur regelmässig den schon besprochenen Befreiungsanspruch gegen den Schuldner. Dem Gläubiger gegenüber ist er, wenn er den Schwebezustand beenden will, darauf angewiesen, sich durch dessen Befriedigung die Forderung gegen den Schuldner zu verschaffen. Außerdem kann ihm unter Umständen das oben zu Anm. 91 Gesagte zur Haftbefreiung verhelfen.

⁹⁷ Preufs. L.R. § 362. Enneccerus § 415 III. Oertmann zu § 776 Bem. 1 b.

⁹⁸ So für die Kreditbürgschaft R.O.H.G. IX 184, XI 4, XIX 111. — Das Preufs. L.R. § 359 u. 362 gewährt bei der Bürgschaft für fortwährende Verbindlichkeiten nach Ablauf von einem Jahr ein Kündigungsrecht für den Ablauf des zweiten Jahres gegen den Schuldner, das aber in den Fällen der §§ 357 u. 358 auch gegen den Gläubiger wirkt. Nach dem neuen Schweiz. O.R. a. 504 kann eine auf unbestimmte Zeit eingegangene Amtsbürgschaft je auf das Ende der auf die Kündigung folgenden Amtsdauer oder, wenn eine solche nicht besteht, je nach Ablauf von 3 Jahren auf Ende des folgenden Jahres, eine Dienstbürgschaft stets nach Ablauf von 3 Jahren gekündigt werden.

⁹⁹ Vgl. für die Kreditbürgschaft Dernburg § 290 IV, Cosack § 158 IV 5, Enneccerus § 415 III 1, Oertmann zu § 776 Bem. 1 b; R.Ger. J.Wochenschr. 1911 S. 477, Seuff. LXIX Nr. 170, Warneyer 1913 Nr. 289, 1914 Nr. 158. Abweichend Eccius b. Gruchot XLVI 55 ff. — Anders wohl, wenn der Gläubiger verpflichtet ist, Kredit zu gewähren.

hinaus kann dem Bürgen das Kündigungsrecht aus einem wichtigen Grunde nicht versagt werden¹⁰⁰.

4. Tod. Im deutschen Recht endete die Verpflichtung aus der Bürgschaft mit dem Tode^e des Bürgen. Dies verstand sich von selbst, so lange der Bürge lediglich haftete, wurde jedoch regelmäfsig auch festgehalten, seitdem sich mit der Haftung Schuld verband¹⁰¹. Schon im späteren Mittelalter aber drang in einzelnen Quellen die Vererblichkeit der Bürgschaftsschuld durch¹⁰². Seit der Rezeption wurde sie allgemein anerkannt. Doch verlangten manche Partikularrechte noch eine ausdrückliche Erstreckung der Bürgschaftsübernahme auf die Erben¹⁰³. Von den neueren Gesetzbüchern weist das österreichische noch eine deutschrechtliche Spur auf, indem es mit dem Tode des Bürgen eine Befristung der Bürgschaft eintreten läfst¹⁰⁴. Im übrigen geht nach modernem Recht die Bürgschaftsschuld in gleicher Weise wie andere Schuld auf den Erben über¹⁰⁵.

Der Tod des Hauptschuldners war von je für den Bürgen kein Befreiungsgrund, verschärfte vielmehr gegenüber der beschränkten Haftung der Erben des Schuldners die Haftung des Bürgen¹⁰⁶. Dies galt auch, wenn der Bürge zugleich Erbe war¹⁰⁷.

¹⁰⁰ Enneccerus § 415 III 2; Oertmann a. a. O.; für den Bürgen eines Mieters Mittelstein, Miete S. 121.

¹⁰¹ Schuld und Haftung S. 94 Anm. 49^a mit Quellen- und Literaturnachweisen.

¹⁰² A. a. O. S. 94 Anm. 50.

¹⁰³ So Haderer Ldr. II, 4, Meckl.-Schwerin. V. v. 1574, Meckl. Stadtr. in Z. f. R.G. X 134.

¹⁰⁴ Öst. Gb. § 1367. Die Bürgschaft erlischt nach 3 Jahren, wenn der Gläubiger inzwischen den Erben nicht gemahnt hat. Dies gilt jedoch nicht, wenn die Bürgschaft durch Hypothek oder Faustpfand gesichert war und nach Hofdekr. v. 19. Sept. 1837 auch nicht bei der selbstschuldnerischen Bürgschaft. Vgl. Krainz § 310, 3.

¹⁰⁵ Natürlich kann, was ältere Partikularrechte in deutschrechtlicher Erinnerung besonders hervorheben, die Vererblichkeit wegbedungen werden.

¹⁰⁶ Aus Sachsensp. I 6 § 1 ergibt sich, dafs der Bürge für eine Vermögensschuld sogar haftbar blieb, wenn ausnahmsweise die Schuld auf den Erben überhaupt nicht überging. Dagegen wird nach Sachsensp. III 10, wer eine persönliche Leistung verbürgt hat, durch den Tod des Leistungspflichtigen befreit. (Die Modifikation bei Eidesverbürgung in art. 11 bezieht sich nur auf die Haftung für die infolge der Nichtleistung des Eides nunmehr festgestellte Schuld des Toten, deren Mitverbürgung angenommen wird.) Heute erlischt notwendig die Bürgschaft für eine unvererbliche Schuld mit deren Untergang durch Tod; die Übernahme einer Forthaftung für den Fall des Todes (z. B. bei einer Unterhaltspflicht) ist nur als Garantievertrag denkbar.

¹⁰⁷ Vgl. Sachsensp. I 6 § 1.

Auch heute erlischt die Bürgschaftsschuld nicht, wenn sie durch Erbgang oder auf anderem Wege sich mit der Hauptschuld in derselben Person vereinigt ¹⁰⁸.

IX. Mitbürgen. Im deutschen Recht war die Bürgschaftsleistung mehrerer Personen für dieselbe Schuld ein Hauptfall der Haftungsgemeinschaft zur gesamten Hand ¹⁰⁹. Sie war um so gebräuchlicher, als sie ein Gegengewicht gegen die Unvererblichkeit der Bürgschaft schuf, und wurde oft noch dadurch verstärkt, daß die Mitbürgen sich verpflichteten, für den Fall des Todes eines von ihnen einen Ersatzmann zu stellen. Das Haftungsverhältnis war, wie bei anderen Verbindlichkeiten zu gesamter Hand, bald in der Weise geordnet, daß der Gläubiger gegen jeden Mitbürgen den Zugriff wegen der ganzen Schuld hatte, während den Mitbürgen gegeneinander ein Ausgleichungsanspruch zustand, bald in der Weise, daß der Gläubiger sich an jeden Mitbürgen zunächst nur wegen eines verhältnismäßigen Anteils und erst insoweit, als er von den übrigen keine Befriedigung erlangte, wegen der ganzen Schuld halten konnte ¹¹⁰.

Nach der Rezeption drang im gemeinen Recht das römische *beneficium divisionis* durch ¹¹¹. Seine Aufnahme wurde dadurch erleichtert, daß es, wenn der Mitbürge von ihm Gebrauch machte, im Erfolge dieselbe Teilhaftung mit dahinter stehender Solidarhaftung herbeiführte, die dem deutschen Recht bekannt war. In einzelnen Partikularrechten erhielt sich gegenüber der bloßen Teilungseinrede des römischen Rechts die deutschrechtliche primäre Teilhaftung mit subsidiärer Solidarhaftung ¹¹². Überwiegend jedoch

¹⁰⁸ Dies folgt aus der inhaltlichen Verschiedenheit von Bürgschaftsschuld und Hauptschuld. Vgl. Westerkamp S. 114 ff. Die herrschende Meinung läßt in Übereinstimmung mit dem röm. R. und dem Sächs. Gb. § 1465 die Bürgschaftsschuld nur insoweit fortbestehen, als sie dem Gläubiger besondere Vorteile bietet; Dernburg § 290 II, Enneccerus § 415 II, Oertmann zu § 767 Bem. 2c. So wollte auch Entw. I § 678 bestimmen. Allein dessen Streichung hat die Bahn für die grundsätzlich richtige Auffassung frei gemacht. — Über den Fall, daß Gläubiger und Bürge gemeinsam den Schuldner beerben, vgl. R.Ger. LXXVI Nr. 12.

¹⁰⁹ Vgl. oben § 182 S. 251. Daneben spielte die Mitverbürgung des Schuldners eine erhebliche Rolle; Schuld und Haftung S. 114 Anm. 54. — Möglich war auch Mitverbürgung nach Anteilen; ebd. S. 110.

¹¹⁰ Vgl. Platner S. 111 ff.; Stobbe, Vertragsr. S. 157 ff., 111 ff.; Schuld und Haftung S. 112 ff.

¹¹¹ Vgl. Girtanner S. 90 ff., 457 ff.; Windscheid § 479.

¹¹² So namentlich in der Schweiz; vgl. oben § 182 S. 254 Anm. 37. Für Mitbürgen hält daran das Schweiz. O.R. a. 497 (496)¹ fest: sie haften, falls die

ging die Entwicklungstendenz in den Partikularrechten auf Durchführung der vollen Solidarhaftung. Man versagte den Mitbürgen das *beneficium divisionis* nicht nur, wenn sie auf dasselbe verzichtet, sondern auch, wenn sie sich „samt und sonders“, „einer für alle und alle für einen“, „ungeteilt“ oder als „Hauptschuldner“ verpflichtet hatten¹¹³. Die neueren Gesetzbücher schafften meist die Einrede der Teilung gänzlich ab¹¹⁴. Auch nach dem B.G.B. haften Mitbürgen, mögen sie sich gemeinschaftlich oder gesondert verbürgt haben, als Gesamtschuldner¹¹⁵. Allgemein aber ist im Gegensatz zum gemeinen Recht, das den Mitbürgen ein Rückgriffsrecht gegeneinander nur mittels des *beneficium cedendarum actionum* gewährte¹¹⁶, das deutschrechtliche Prinzip des gesetzlichen Ausgleichungsanspruches unter Mitbürgen durchgedrungen¹¹⁷. Auch nach dem B.G.B. besteht derselbe Ausgleichungsanspruch, wie unter anderen Gesamtschuldneren; nur nach Maßgabe des ihm gemäß § 426 gebührenden Ausgleichungsbetrages kann der Mitbürge die durch Befriedigung des Gläubigers erworbene Forderung gegen den Mitbürgen geltend machen¹¹⁸.

X. Kreditauftrag¹¹⁹. In Anlehnung an das römische

Hauptschuld teilbar ist, für ihre Anteile als einfache Bürgen und für die Anteile der übrigen als Nachbürgen (dazu § 495 u. § 498¹).

¹¹³ Vgl. Hamb. Stat. II 6 a. 8; Trier. Ldr. XV § 6; Bad. Ldr. s. 2027^a; Stobbe-Lehmann § 239, 3.

¹¹⁴ Preufs. L.R. § 374 u. § 378; Österr. Gb. § 1359; Sächs. Gb. § 1458. — Dagegen ist der Code civ. a. 2025—2027 ganz römisch.

¹¹⁵ B.G.B. § 769; oben § 182 S. 257 Anm. 52. Es gelten die allgemeinen Grundsätze über Gesamtschuldverhältnisse (oben § 182 IV S. 258 ff.). — Natürlich kann eine abweichende Haftungsform vereinbart werden; vgl. Preufs. L.R. § 373, 375; Seuff. LXI Nr. 132.

¹¹⁶ Windscheid § 481, 3 und die Nachweise aus der Praxis in Anm. 9–10. — Ältere Partikularrechte, wie das Württ. Ldr. II, 5 § 6 u. Hamb. Stat. II, 6 a. 10, 11, hielten daran fest; Stobbe-Lehmann § 239 Anm. 33.

¹¹⁷ Revid. Lüb. R. III 5 a. 2 und andere Quellen b. Stobbe-Lehmann § 239 Anm. 35. Preufs. L.R. § 374 (mit I, 5 § 443—445), jedoch nach § 379 nicht bei gesonderter Verbürgung; Code civ. a. 2033; Öst. Gb. § 1359; Schweiz. O.R. a. 497² (für den Fall der solidarischen Haftung).

¹¹⁸ B.G.B. § 774²; vgl. Oertmann Bem. 3a, Enneccerus § 414 I 3, oben § 182 S. 263 ff. Im Zweifel also zu einem Kopfteil. Dabei ist, wenn vorher Teilbefriedigung des Gläubigers stattgefunden hat, der Anteil des ausgleichungsberechtigten Bürgen nach dem Stande der Restschuld zur Zeit seiner Inanspruchnahme, nicht nach dem ursprünglichen Stande der Hauptschuld zu berechnen; Seuff. LXIX Nr. 76.

¹¹⁹ Vgl. über das gem. R. Girtanner a. a. O. S. 60 ff.; Sokolowski, Die Mandatsbürgschaft nach röm. u. gem. R., 1891; Geib a. a. O. S. 149 ff. —

mandatum qualificatum hat sich der Kreditauftrag, der zeitweise durchaus dem Begriff der Bürgschaft unterstellt wurde, zu einem aus Auftrag und Bürgschaft gemischten besonderen Rechtsgeschäft entwickelt. In diesem Sinne regelt ihn nach dem Vorbild anderer Gesetzbücher¹²⁰ auch das B.G.B.¹²¹. Ein Kreditauftrag liegt vor, wenn Jemand einen Anderen beauftragt, in eigenem Namen und für eigne Rechnung, aber auf Gefahr des Auftraggebers Kredit zu gewähren¹²². Auf das dadurch begründete Schuldverhältnis findet zunächst, soweit sich nicht aus dem Zwecke des Geschäfts Abweichendes ergibt, das Auftragsrecht Anwendung¹²³. Der Vertrag ist daher an die Verbürgungsform nicht gebunden¹²⁴. Sobald aber auftragsgemäß Kredit gewährt ist, haftet der Auftraggeber dem Beauftragten für die daraus entstehende Verbindlichkeit des Dritten als Bürge¹²⁵. — Durchaus verschieden vom Kreditauftrage ist der Kreditbrief, der eine Form der Anweisung darstellt¹²⁶.

Über das preuß. R. Dernburg, Preuß. P.R. § 248. — Über das Recht des B.G.B. Eccius b. Gruchot XLVI 55 ff.; Weidemann, Z. f. d. g. H.R. LIII 429 ff.; O. Foerster, Der Kreditauftrag, 1903; Lippmann, Jahrb. f. D. XLVIII 313 ff.; Bendix, Arch. f. b. R. XX 155 ff.; Dernburg § 291; Cosack § 159 I; Crome § 299; Enneccerus § 416; Planck, Staudinger, Oertmann zu B.G.B. § 778.

¹²⁰ Preuß. L.R. I, 14 § 213—214 (die §§ 215—218 handeln vom einfachen Auftrag, für Rechnung des Auftraggebers Kredit zu gewähren, durch den der Auftraggeber nicht Bürge, sondern Hauptschuldner wird). Sächs. Gb. § 1476—1479. Schweiz. O.R. a. 418—421, jetzt a. 408—411 (in einem besonderen Abschnitt zusammen mit dem Kreditbrief).

¹²¹ B.G.B. § 478. Dagegen wollte Entw. I § 680 ihn durchweg als Bürgschaftsvertrag behandeln.

¹²² Erhält der Kreditgeber Entgelt (Provision), so wird dadurch auch nach dem B.G.B., obschon es einen Auftrag im technischen Sinne negiert, der Begriff des Kreditauftrages nicht ausgeschlossen; es gilt das in § 675 für die entgeltliche Geschäftsbesorgung Bestimmte. R.Ger. L Nr. 34, LVI Nr. 32.

¹²³ So hinsichtlich des Kündigungs- und Widerrufsrechts, der Ausführungspflicht des Beauftragten, der Sorgfaltspflicht, der Kostenerstattungspflicht. — Ist der Kreditgeber nur ermächtigt, nicht verpflichtet, Kredit zu gewähren, so liegt kein Auftrag vor; man kann daher nicht mit Enneccerus § 416, 6 einen bedingten Kreditauftrag, muß vielmehr mit Oertmann Bem. 2^a einen Garantievertrag annehmen. Bindet sich der Auftraggeber unwiderruflich, so ist stets von vornherein eine (formbedürftige) Verbürgung für künftige Schuld zu unterstellen; Oertmann a. a. O.; a. M. Enneccerus a. a. O. Anm. 11.

¹²⁴ R.Ger. L Nr. 34. Auch das Preuß. L.R. § 214 fordert hier nur bei Überschreitung des Betrages von 50 Talern Schriftform. Dagegen verlangt das Schweiz. O.R. a. 408 (418)² schriftliche Erklärung.

¹²⁵ Auf das Haftungsverhältnis finden somit alle Vorschriften über die Bürgschaft einschließlic der Einschränkungen der Haftung durch die Einrede

§ 207. Selbständige Sicherungsverträge.

I. **Überhaupt.** Den ein bestehendes Schuldverhältnis voraussetzenden akzessorischen Sicherungsverträgen stehen die auf Sicherung gegen den aus einem künftigen Umstande drohenden Nachteil gerichteten selbständigen Schuldverträge gegenüber. Zu ihnen gehört neben dem schon besprochenen selbständigen Strafgedinge¹ der unentgeltliche Garantievertrag und der entgeltliche Versicherungsvertrag.

II. **Garantievertrag**². Garantievertrag ist ein selbständiger Schuldvertrag, durch den sich der eine Teil dem anderen Teil gegenüber verpflichtet, für einen bestimmten Erfolg einzustehen³. Derartige Verträge, die schon im älteren deutschen Rechte begegnen⁴, wurden im gemeinen Recht stets als bindend angesehen und sind auch heute unbestritten vollwirksam, wenngleich sie in den Gesetzbüchern nicht besonders geregelt sind. Einer Form sind sie nicht bedürftig⁵.

Eine besonders häufige Art des Garantievertrages ist die Übernahme des Risikos eines Unternehmens, dessen Zustande-

der Vorausklage und des in B.G.B. § 775 vorgesehenen Forderungsüberganges Anwendung. Vgl. Crome § 299 Anm. 25, Dernburg § 291 II b; a. M. Cosack § 159 I.

¹²⁶ Vgl. meine Grundz. des H.R.s in der Enzykl. von Holtzendorff-Kohler⁷ III S. 98 mit Literaturangaben auf S. 99; Oertmann, Verträge auf Handlungen dritter Personen (oben § 189 S. 403 Anm. 1) S. 7 ff. — Vgl. Schweiz. O.R. a. 407 (früher 415—417).

¹ Oben § 187 VI 6 S. 376 ff.

² Stammler, Arch. f. z. Pr. LXIX 1 ff. Unger, Jahrb. f. D. XXXIII 299 ff. Wienstein, Arch. f. b. R. XXXI 1 ff. Ebbecke, Recht 1911 S. 817 ff. Buch, Schuld u. Haftung S. 40 ff. Dernburg, Preufs. P.R. § 248 a, B.R. § 292. Crome § 300. Enneccerus § 417 II. Oertmann zu § 676 Bem. 2^d u. § 765 Vorbem. 2.

³ Er kann mit einem anderen Verträge als Nebenvertrag verbunden sein, liegt aber noch nicht in jeder Nebenabrede, durch die eine gesetzliche Gewährleistungspflicht erweitert wird. So ist die vom Verkäufer übernommene „Garantie“ für das Vorhandensein einer zugesicherten Eigenschaft, für die Rentabilität eines Grundstückes, für den Mindestertrag eines Geschäftsbetriebes usw. nur Bestandteil der Verpflichtung aus dem Kaufverträge, nicht Verpflichtung aus einem besonderen Garantieverträge; oben § 194 S. 469 ff. Anm. 16—17 u. 21.

⁴ In Gestalt der Haftungsübernahme für den bei Nichteintritt eines bestimmten Erfolges zu leistenden Ersatz. — Über griech. R. vgl. Partsch, Bürgschaftsr. S. 58 Anm. 36.

⁵ R.Ger. LXI Nr. 38. — Über die Wesensverschiedenheit von der Bürgschaft vgl. R.Ger. b. Seuff. LXIX Nr. 6.

kommen der Garant, sei es aus gemeinnützigem oder sei es aus selbstnützigem Interesse, fördern will. Dahin gehört z. B. die vom Staat, einer Gemeinde oder einer sonstigen öffentlichen Körperschaft bei einem Aktienunternehmen übernommene Garantie für einen bestimmten Mindestertrag der Aktien⁶. Oder die von den Zeichnern eines Garantiefonds zugesicherte Deckung der Kosten eines gewerblichen oder künstlerischen Ausstellungsunternehmens, soweit dazu die Erträge des Unternehmens nicht ausreichen. Über den Umfang des zu leistenden Ersatzes entscheidet die Vereinbarung. Im Zweifel trägt der Garant die Gefahr auch des zufälligen, nicht aber des vom Unternehmer verschuldeten Misserfolges⁷.

Ein Garantievertrag liegt auch in der Gewährleistung eines Einkommens aus bestimmter Tätigkeit. So z. B., wenn einem Arzt, falls er sich an einem bestimmten Orte niederläßt, eine Jahreseinnahme von bestimmter Höhe garantiert wird⁸.

Durch Garantievertrag kann auch die Gefahr eines Forderungsausfalles übernommen werden. Ein solcher Vertrag ähnelt einem Bürgschaftsvertrage, unterscheidet sich aber von diesem dadurch, daß er nicht eine akzessorische Verpflichtung, für die Erfüllung fremder Schuld einzustehen, sondern eine selbständige Verpflichtung, im Falle des Nichteintrittes des dem Gläubiger zugesicherten Erfüllungserfolges den Ausfall zu decken, begründet⁹.

⁶ Vgl. H.G.B. § 180 Abs. 2 S. 2 (Zulässigkeit der bundesrätlichen Genehmigung der Ausgabe von Kleinaktien, falls eine solche Garantie bedingungslos und ohne Zeitbeschränkung geleistet ist). So die „Zinsgarantie“ (in Wahrheit Dividendengarantie) bei Eisenbahnunternehmungen.

⁷ Doch kann der Garant sich auf Fehler der Ausführung insoweit nicht berufen, als diese nach Lage der Sache vom Ermessen des Unternehmers abhängen sollte; auch kann er nicht Rechnungslegung fordern, sondern muß sich auf Grund des dem Unternehmer geschenkten Vertrauens mit der glaubwürdigen Feststellung des Fehlbetrages begnügen; vgl. O.L.G. Dresden b. Seuff. LXXI Nr. 39. — Zur Ausführung des Unternehmens ist der Unternehmer dem Garant nicht verpflichtet. Übernimmt er eine solche Verpflichtung, so liegt darin eine Gegenleistung, die aber, da sie kein Äquivalent für die vom Garant übernommene Gefahr darstellt, das Wesen des Garantievertrages nicht verändert; a. M. Enneccerus a. a. O. Z. 3.

⁸ Dagegen ist die gleiche Garantieleistung in dem Anstellungsvertrage mit einem Kassenarzt nur eine Nebenabrede über die Lohnbemessung. Ebenso die Gewährleistung einer Mindesteinnahme von Trinkgeldern in einem Dienstvertrage.

⁹ R.Ger. LXI Nr. 38, LXXII Nr. 30, LXXXII Nr. 73, b. Gruchot LI 595 ff.; Rspr. d. O.L.G. XII 98; Seuff. LXX Nr. 148. Die Grenzen sind freilich sehr unsicher. Wird die Garantie gegen Entgelt (Risikoprämie) übernommen, so liegt ein Versicherungsvertrag (Kreditversicherung) vor.

Nur im Sinne eines Garantievertrages kann die Haftungsübernahme für das Ausbleiben der Leistung stets dann verstanden werden, wenn der Dritte die Leistung überhaupt nicht schuldet¹⁰.

III. Versicherungsvertrag. Der Versicherungsvertrag, der auf die Übernahme eines Risikos gegen Entgelt gerichtet ist, hat sich geschichtlich aus der zwiefachen Wurzel der satzungsmäßigen Gefahrvergemeinschaftung in germanischen Gilden und der spekulativen Gefahrübernahme gegen einen festen Preis entwickelt und weist noch heute die beiden verschiedenen Grundtypen der Versicherung „auf Gegenseitigkeit“ und „gegen Prämie“ auf. In beiderlei Gestalt ist er aus den mittelalterlichen Anfängen heraus zu einem vielverzweigten Rechtsinstitut erwachsen, das im modernen Leben eine hohe wirtschaftliche, kulturelle und soziale Bedeutung erlangt hat. Gegenüber den älteren Versuchen, ihn in das romanistische Schema einzufügen, hat er sich längst die Stellung eines durchaus eigenartigen Vertrages erobert. Mit Hilfe der vervollkommneten Wahrscheinlichkeitsrechnung und der gesteigerten Assoziation hat er jede Ähnlichkeit mit den Glücksverträgen, zu denen man ihn einst rechnete¹¹, abgestreift. Denn er schafft nicht ein Risiko, sondern beseitigt oder mindert ein vorhandenes Risiko; er macht nicht Gewisses ungewiss, sondern gewährt die Möglichkeit, die in den menschlichen Verhältnissen lauernde Ungewissheit in eine begrenzte Gewissheit umzuwandeln.

Der Versicherungsvertrag ist ein zwischen dem Versicherer und dem Versicherungsnehmer geschlossener gegenseitiger Vertrag. Bei der Versicherung gegen Prämie erscheint jeder einzelne Versicherungsvertrag als ein individualrechtlicher Schuldvertrag zwischen dem Versicherer, der kaum je eine Einzelperson, regelmäßig vielmehr entweder eine öffentliche Anstalt oder ein privater Erwerbsverein (meist eine Aktiengesellschaft) ist, und einem beliebigen Dritten. Dagegen ist bei der Versicherung auf Gegenseitigkeit das Versicherungsverhältnis untrennbar mit der Mit-

¹⁰ Als Garantievertrag kann nach B.G.B. § 140 auch ein Bürgschaftsvertrag Kraft haben, der als Bürgschaftsvertrag nichtig ist, weil die Schuld (z. B. wegen Mangels der Geschäftsfähigkeit des angeblichen Schuldners oder wegen Irrtums) nicht entstanden ist oder nicht im verbürgten Umfange besteht. So regelmäßig, wenn der Bürge den Mangel kannte, je nach den Umständen aber auch dann, wenn anzunehmen ist, daß er auch im Falle des Nichtbestandes der Schuld haften wollte. Vgl. oben § 206 S. 776 Anm. 42. Dazu Öst. Gb. § 1352, Sächs. Gb. § 1455 S. 3.

¹¹ So noch der Code civ. a. 1964 u. das Öst. Gb. § 1269.

gliedschaft in dem Verein der Versicherten verknüpft, der als Versicherer den einzelnen Mitgliedern als Versicherungsnehmern gegenübertritt¹². Hier ist also der Versicherungsvertrag ein genossenschaftsrechtlicher Schuldvertrag, dessen Abschluss mit dem Erwerbe und dessen Beendigung mit dem Verluste der personenrechtlichen Verbandszugehörigkeit verbunden ist; seinem schuldrechtlichen Inhalte nach aber bleibt er Versicherungsvertrag¹³. Der Versicherungsnehmer schuldet dem Versicherer als Gegenleistung für die Gefahrübernahme eine Vergütung. Sie besteht bei der Versicherung auf Prämie in einem einmaligen oder fortlaufenden festen Gefahrpreise, dagegen bei der Gegenseitigkeitsversicherung in den satzungsmäßig von den Mitgliedern aufzubringenden Beiträgen, deren es zur Deckung der Versicherungsleistungen und der Geschäftskosten bedarf¹⁴. Der Versicherer schuldet dem Versicherungsnehmer kraft der Gefahrübernahme bei Eintritt des Versicherungsfalles eine Ersatzleistung. Versicherungsfall ist ein mit irgendwelchen Vermögensnachteilen verbundenes Ereignis, das entweder seinem Eintritt nach ungewiss ist oder (wie der Tod) zwar sicher eintritt, aber wegen der Ungewissheit der Zeit seines Eintritts seiner Wirkung nach ungewiss ist. Hinsichtlich der Ersatzleistung werden zwei Hauptarten der Versicherung unterschieden. Bei der Schadensversicherung, die gegen eine unmittelbar dem Vermögen drohende Gefahr sichern soll, ist der durch den Eintritt des Versicherungsfalles verursachte Vermögensschade zu ersetzen. So bei der Feuer-, Hagel-, Vieh-, Glasversicherung, bei der Transportversicherung, bei der Haftpflichtversicherung, bei der Kreditversicherung, bei der Versicherung gegen Einbruchsdiebstahl usw., sowie bei der Rückversicherung. Bei der Personenversicherung, die zur Ausgleichung der Vermögensnachteile aus einem die Person des Versicherungsnehmers oder eines Dritten treffenden Ereignis dienen soll, ist der vereinbarte Betrag an Kapital oder Rente zu zahlen oder die sonst vereinbarte Leistung (z. B. Krankenbehandlung) zu bewirken. Dahin gehört die Lebensversicherung mit ihren mancherlei Unterarten und die

¹² Vgl. das R.G. über die privaten Versicherungsunternehmungen (V.A.G.) v. 12. Mai 1901 § 20.

¹³ Darum ist er im R.G. über den Versicherungsvertrag v. 30. Mai 1908 (V.V.G.) dem einheitlichen Begriff und Recht des Versicherungsvertrages mitunterstellt. Er ist nicht etwa, wie früher oft angenommen wurde (vgl. z. B. Dernburg, Preufs. P.R. II § 231, 3), Gesellschaftsvertrag.

¹⁴ Im Sinne des V.V.G. gelten sie nach § 1² als „Prämien“.

Unfallversicherung, aber auch die Alters-, Invaliditäts-, Kranken-, Aussteuer-, Militärversicherung usw.

Diese wenigen Bemerkungen über die Stellung des Versicherungsvertrages im System der Schuldverträge müssen hier genügen, da die Darstellung des Versicherungsrechtes nach dem Plan dieses Werkes ausgeschlossen ist. Das Versicherungsrecht, dessen Bestandteil das Versicherungsvertragsrecht ist, hat sich als ein umfassendes Sonderrechtsgebiet vom gemeinen Recht abgezweigt. Es gehört teils dem öffentlichen Recht, teils dem Privatrecht, und hier zum großen Teil dem Handelsrecht an und ist in einer Fülle von Reichs- und Landesgesetzen im einzelnen geregelt¹⁵.

IV. Leibrentenvertrag. Als eigenartiger Vertrag wurde im deutschen Mittelalter der Leibrentenvertrag ausgebildet, durch den sich der Rentengeber gegen Empfang einer einmaligen Gegenleistung dem Rentennehmer zur Leistung einer wiederkehrenden lebenslänglichen Rente in Geld oder anderen vertretbaren Sachen verpflichtete¹⁶. Der Leibrentenvertrag erhielt sich lebenskräftig

¹⁵ Das B.G.B. enthält, abweichend vom Preuss. A.L.R. II, 8 § 1934—2358 u. Öst. Gb. § 1288—1291, aber übereinstimmend mit dem Code civ., dem Sächs. Gb. u. dem Schweiz. O.R., keine allgemeinen Bestimmungen über den Versicherungsvertrag. E.G. a. 75 verwies auf das Landesrecht. Jetzt ist im V.V.G. (oben Anm. 13) das Recht des Versicherungsvertrages reichsgesetzlich geregelt. Für die Gegenseitigkeitsversicherung wird es durch das V.A.G. (oben Anm. 12) ergänzt. Allein das V.V.G. gilt nicht für die Seeversicherung, deren Recht frühzeitig in besonderen Gesetzen und dann in den H.G.B. (vgl. Code de comm. a. 332—396 u. A.D.H.G. a. 782—905) kodifiziert wurde und heute im H.G.B. § 778—900 mit Nov. v. 30. Mai 1908 geregelt ist. Außerdem findet es keine Anwendung auf die Rückversicherung (§ 186). Ferner sind ihm die durch besondere Reichsgesetze geordneten öffentlichrechtlichen Versicherungsverhältnisse entzogen (§ 190); die gesamte Sozialversicherung ist jetzt durch die Reichsversicherungsordnung und das Angestelltenversicherungsgesetz geregelt. Endlich finden sich weittragende Vorbehalte zugunsten der Landesgesetze (§ 191—193); sie entziehen die öffentlichrechtliche Zwangsversicherung ganz, die freiwillige Versicherung bei öffentlichen Anstalten teilweise dem Reichsrecht.

¹⁶ Stobbe, Beitr. zur Geschichte des deut. R.s, 1865, S. 26—35, Deut. Privatrecht³ III § 234. Das Vorbild war der Rentenkauf. Darum wurden auch die Leibrenten anfangs meist als Reallasten auf bestimmte Grundstücke gelegt; vgl. oben Bd. II 756 Anm. 16. Mehr und mehr aber überwog bei ihnen der rein schuldrechtliche Charakter. Die Leibrenten wurden daher als allgemeine Vermögenslasten behandelt. So namentlich, wenn sie von Verbandspersonen versprochen wurden, aber auch, wenn Einzelpersonen sie für sich und ihre Erben zusagten. Doch können auch heute Leibrenten als Reallasten konstituiert werden; vgl. oben Bd. II 719.

im gemeinen Recht¹⁷ und wurde in den großen Gesetzbüchern mehr oder minder ausführlich geregelt¹⁸. Das B.G.B. widmet ihm einige wenige Bestimmungen¹⁹.

Der eigentliche Leibrentenvertrag ist ein mit dem Versicherungsvertrage verwandter entgeltlicher Sicherungsvertrag. Sein im Mittelalter wie heute weitaus überwiegender Typus ist der Leibrentenkauf, bei dem das Rentenrecht durch Zahlung eines als Kaufpreis vereinbarten Geldbetrages erworben wird. Doch kann auch ein anderer in Geld schätzbarer Gegenstand als Äquivalent bedungen werden²⁰. Die Leibrente ist regelmäßig für die Lebensdauer des Gläubigers zu entrichten²¹. Möglicherweise aber kann sie auch auf das Leben eines Dritten, ja sogar auf das Leben des Schuldners abgestellt sein²². Dafs sie mit dem Tode einer Person, also einem dem Eintritte nach gewissen, aber dem Zeitpunkt des Eintritts nach ungewissen Ereignis endet, ist begriffswesentlich; sie kann aber ausserdem bedingt oder befristet sein²³. Da die Leibrente mit Sicherheit in

¹⁷ Vgl. die Lehrb. des deut. P.R. von Eichhorn § 117 ff., Mittermaier § 301, Walter § 377 ff., Bluntschli § 132, Gengler S. 678 ff., Gerber-Cosack § 217 ff., Beseler § 117 B, Stobbe-Lehmann § 234. Ferner L. Rückert, Der Leibrentenvertrag, 1857.

¹⁸ Preufs. A.L.R. I, 11 § 606—650; dazu Dernburg, Preufs. P.R. II § 160. Code civ. a. 1968—1983 (Rentes viagères); dazu Zachariae-Crome § 368 ff. Öst. Gb. § 1284—1286; dazu Krainz-Pfaff-Ehrenzweig § 386. Sächs. Gb. § 1150—1156. Schweiz. O.R. a. 517—522, jetzt 516—520.

¹⁹ B.G.B. § 759—761. Dazu die Komm., bes. Oertmann, Planck, Staudinger; Eccius b. Gruchot XLV 1 ff.; K. Sepp, Der Leibrentenvertrag nach dem B.G.B., 1905; Dernburg § 201; Endemann § 189; Matthiafs § 129; Crome § 250 ff.; Enneccerus § 407 ff.

²⁰ Preufs. L.R. I, 11 § 607—608; Code civ. a. 1968; Öst. Gb. § 1284; Sächs. Gb. § 1151. Für das B.G.B. selbstverständlich.

²¹ B.G.B. § 759¹. Ebenso Sächs. Gb. § 1152, Schweiz. O.R. a. 516².

²² Vgl. Preufs. L.R. I, 11 § 614, Code civ. a. 1971, Öst. Gb. § 1285, Sächs. Gb. § 1152, Schweiz. O.R. a. 516¹. Auch dann aber endet, wenn nicht das Gegenteil vereinbart ist, das Rentenrecht schon vorher, falls der Berechtigte früher stirbt; Sächs. Gb. § 1152, Endemann § 189 Anm. 12, Eccius a. a. O. S. 17, Planck zu B.G.B. § 759 Bem. 1, Oertmann Bem. 1, Lehmann b. Stobbe § 234 Anm. 19, Enneccerus § 408 I 1 b. Dagegen ist nach Schweiz. O.R. a. 516 (517)³, wie schon nach Zürch. Gb. § 1694, in solchen Fällen das Rentenrecht im Zweifel vererblich. Dasselbe nimmt für das gem. R. Stobbe in Aufl. 1—2, für das preufs. R. Dernburg § 160 I 2, für das öst. R. Krainz § 386 Anm. 15 an.

²³ So, wenn das Rentenrecht einer Witwe mit deren Wiederverheiratung erlöschen oder die Rente spätestens bei Erreichung eines Lebensalters von

absehbarer Zeit erlischt, ist sie stets höher bemessen als der normale Ertrag des hingegebenen Kapitals²⁴. Wer eine lebenslängliche Rente für sich selbst erwirbt, opfert somit Kapital, um sich eine gesteigerte Einnahme zu verschaffen; er entzieht das Kapital seinem Vermögen und damit seinen Erben, aber er denkt nur an sich und sichert sich bis zu seinem Tode, mit dem ja für ihn auch der Kapitalgenuss weggefallen wäre, reichlichere Mittel zum Lebensunterhalt, als ihm der Kapitalgenuss gewährt hätte²⁵. In den seltneren Fällen, in denen die Leibrente für die Lebensdauer eines Dritten genommen wird, pflegt eine durch dessen Tod eintretende anderweite Versorgung des Rentners erwartet zu werden. Wird der Vertrag, wie dies häufig vorkommt, zugunsten eines Dritten geschlossen, so ändert dies nichts an seiner Natur²⁶. Der Rentengeber verpflichtet sich gegen die feste Gegenleistung zu einer infolge der Ungewissheit der menschlichen Lebensdauer in ihrem Umfange ungewissen Leistung. Sein Wagnis wird durch die schon seit dem Mittelalter übliche Abstufung des Kaufpreises nach dem Lebensalter dessen, für dessen Lebenszeit die Rente versprochen wird, unter Zuhilfenahme der Wahrscheinlichkeitsrechnung abgeschwächt²⁷. Völlig aus der Reihe der gewagten Geschäfte treten die Leibrentenverträge heraus, wenn sie von demselben Rentengeber in großer Zahl geschlossen werden. So wurde im Mittel-

80 Jahren erlöschen soll. Ist dagegen ein anderer Zeitpunkt als normaler Endtermin ins Auge gefasst, wie z. B. bei einer bis zur Volljährigkeit zu entrichtenden Rente, so liegt keine Leibrente vor. Vgl. R.Ger. LXVII Nr. 57 S. 210.

²⁴ So schon im M.A.; vgl. Stobbe, Beitr. S. 27 Anm. 4. Das Wucherverbot war hier wie beim Rentenkauf unanwendbar, und auch die späteren Einschränkungen des Höchstbetrages gekaufter ewiger Renten (oben Bd. II 757 Anm. 18) trafen den Leibrentenvertrag nicht.

²⁵ Insofern liegt im Leibrentenvertrage eine Versicherung gegen die Gefahr der Unzulänglichkeit des Kapitals, dessen Erträge nicht für die Bedürfnisse des Berechtigten ausreichen und sich durch Sinken des Zinsfußes noch mindern können und das daher vielleicht allmählich aufgebraucht werden müßte, bei zu langem Leben. Der Leibrentenvertrag ist seiner Idee nach nicht altruistisch, wie der gewöhnliche Lebensversicherungsvertrag, sondern egoistisch; er eignet sich besonders für einzelstehende Personen, die für Hinterbliebene nicht zu sorgen haben.

²⁶ Leibrentenverträge zugunsten Dritter kommen schon im M.A. vor (oben § 188 S. 384 Anm. 33) und werden im Preufs. L.R. I, 11 § 612—613, Code civ. a. 1973 u. Schweiz. O.R. a. 519 (521) besonders geregelt. Das B.G.B. § 330 stellt bei der Ausbedingung einer Leibrente an einen Dritten eine Vermutung für gewollte Vertragswirkung zugunsten des Dritten auf (oben § 188 S. 393).

²⁷ Über Abstufungen im Mittelalter vgl. Stobbe, Beitr. S. 27 ff.

alter der Verkauf von Leibrenten durch Landesherrn, Städte, Kirchen, Zünfte und andere Verbandspersonen ein beliebtes Mittel der Kapitalbeschaffung²⁸. In neuerer Zeit betreiben vorzugsweise öffentliche Anstalten und Erwerbsgesellschaften, insbesondere Lebensversicherungsgesellschaften den Verkauf von Leibrenten im großen. Hier kommt der im Leibrentenvertrage enthaltene Versicherungsgedanke zu kräftiger Entfaltung. Doch ist auch der versicherungstechnisch betriebene Leibrentenvertrag nicht im Versicherungsvertrage aufgegangen²⁹. Und der Begriff des Leibrentenvertrages umfaßt auch Einzelverträge, bei denen die Verwandtschaft mit dem Versicherungsvertrage zurücktritt oder ganz verschwindet.

Dies gilt durchaus für das unentgeltliche Leibrentenversprechen, das von manchen Gesetzen nach Analogie des Leibrentenvertrages behandelt, von anderen aber dessen Begriff mit unterstellt wird³⁰.

Begriffswesentlich ist für den Leibrentenvertrag, daß die versprochene Leistung in einer Leibrente besteht. Leibrente ist eine in festem Betrage für gleichmäßige Zeitabschnitte bis zum Tode wiederkehrend zu entrichtende Sachmenge³¹. Aller Regel nach ist sie als Geldrente auf Geld, möglicherweise aber auch als Naturalrente auf andere vertretbare Sachen gerichtet³². Die Ver-

²⁸ Stobbe a. a. O. S. 29 ff. Manche Stadtrechte untersagen sogar den Privatpersonen den Verkauf von Leibrenten; ebd. S. 31.

²⁹ Dem V.A.G. und dem V.V.G. unterliegt er nicht. — A. M., aber wohl kaum zutreffend; für das öst. R. Krainz-Pfaff-Ehrenzweig § 386 S. 292.

³⁰ Das Preufs. L.R. kennt nur den „Leibrentenkauf“, läßt aber in § 610 nach der Auslegung der Kab.O. v. 10. Juni 1835 die Ausbedingung einer hinter dem landesüblichen Zinsfuß des Kaufpreises zurückbleibenden Rente zu. Ebenso fordert das Öst. Gb. § 1284 Entgelt. Dagegen umfaßt nach Code civ. a. 1969—1970 den *contrat de rente viagère* auch die Leibrentenschenkung. Das Sächs. Gb. § 1156 schreibt nur analoge Anwendung der Vorschriften über den Leibrentenvertrag vor, wenn eine Leibrente auf einer Schenkung beruht. Das B.G.B. fordert überhaupt keinen Entgelt. Hiernach fällt auch die Zusage einer Leibrente als Ausstattung (B.G.B. § 1621) unter den Begriff des Leibrentenvertrages; doch ist ein versprochener Jahreszuschuß regelmäßig keine Leibrente (anders R.Ger. LXIII Nr. 80, vgl. aber LXVII Nr. 57).

³¹ Der festgesetzte Betrag der Rente ist im Zweifel ihr Jahresbetrag; B.G.B. § 759².

³² So nach der gemeinrechtlichen und preussischen Praxis (A.L.R. § 606 spricht von „Abgabe“), nach französ. u. österr. R. (Zachariae-Crome § 368, Krainz § 386) u. nach ausdrücklicher Bestimmung des Sächs. Gb. § 1150. Gleiches ist für das B.G.B., das in § 760 „Geldrenten“ und „andere Renten“ unterscheidet, anzunehmen. Abwegig ist die von Manchen (z. B. Eccius S. 16, Staudinger Vorbem. 1) verfochtene Ausdehnung auf sonstige Leistungen,

pflichtung zu einer Leibrente braucht nicht auf einem Leibrentenvertrage zu beruhen. Sie kann aus einseitigem Rechtsgeschäft (Auslobung, Verfügung von Todes wegen), aus unerlaubter Handlung (Tötung, Körperverletzung), aus familienrechtlicher Unterhaltspflicht oder sonstiger gesetzlicher Auferlegung entspringen. Aber auch wenn sie vertragsmäßig übernommen wird, liegt keineswegs immer ein Leibrentenvertrag vor. Vielmehr kann als solcher nur ein Vertrag gelten, dessen wesentlichen Inhalt ein selbständiges Leibrentenversprechen bildet. Kein Leibrentenvertrag ist daher die Zusage einer Leibrente als Teil des zu gewährenden Unterhalts in einem Verpfändungs- oder Altenteilsvertrage³³, als Ruhegehalt in einem Dienstvertrage³⁴ oder als die bei Eintritt des Versicherungsfalles zu bewirkende Ersatzleistung in einem Versicherungsvertrage³⁵. Doch gelten für die Leibrentenschuld als solche, wie immer sie entstanden sein mag, in manchen Punkten gleiche Regeln³⁶.

Der Leibrentenvertrag ist nach dem B.G.B. formbedürftig³⁷. Zu seiner Gültigkeit ist die schriftliche Erteilung des Leibrentenversprechens erforderlich³⁸. Um besonderer Modalitäten willen können verschärfte Formvorschriften Platz greifen³⁹.

Seinem Inhalte nach ist der Leibrentenvertrag ein eigen-

Dienste usw.; vgl. Dernburg § 201 IV 1, Crome § 251 Anm. 1, Oertmann Vorbem. 3a, Enneccerus § 407 I 3, Sepp S. 11 ff.

³³ Unrichtig O.L.G. Kiel in Rspr. d. O.L.G. XVIII 36. Vgl. Sepp S. 35 ff.

³⁴ Unrichtig Eccius S. 15, Planck zu § 761 Bem. 5. Vgl. dagegen Sepp S. 107, Dernburg § 201 V, Enneccerus § 407 I 2, Oertmann zu § 761 Bem. 3; oben § 199 S. 634 Anm. 193.

³⁵ Vgl. V.V.G. § 1. So vielfach kraft Witwen-, Unfall-, Alters- oder Invaliditätsversicherung. Dazu Sepp S. 37 ff.

³⁶ So sind die §§ 759—760 auf alle kraft Rechtsgeschäftes, § 760 auch auf die kraft Gesetzes geschuldeten Leibrenten anzuwenden.

³⁷ B.G.B. § 761. Hierin vor allem liegt die praktische Bedeutung der begrifflichen Abgrenzung des Leibrentenvertrages. — Auch das Preuss. L.R. fordert gemäß I, 5 § 139 Schriftform; vgl. dazu R.Ger. XXVIII Nr. 68. Ebenso Schweiz. O.R. a. 517 (518).

³⁸ Sonst ist der Vertrag nichtig. Heilung des Formmangels durch Erfüllung ist hier ausgeschlossen; R.Ger. LXVII Nr. 57; a. M. Enneccerus § 402, Oertmann § 761 Bem. 4. Auch das beiderseitig bereits Geleistete kann also kondiziert werden.

³⁹ So bedarf es, wenn die Leibrente schenkungsweise versprochen wird, der Form des § 548, wenn die Gegenleistung in der Übertragung des ganzen Vermögens oder eines Grundstücks bestehen soll, der Form des § 311 oder 313. Hier gelten aber auch die Vorschriften der §§ 548 u. 1313 über Heilung des Formmangels.

artiger Schuldvertrag⁴⁰. Er darf nicht in eine der romanistischen Vertragsschablonen geprefst oder je nach dem Grunde des Leibrentenversprechens dem einen oder anderen Vertragstypus zugewiesen werden⁴¹. Wesentlich ist ihm allein das Leibrentenversprechen, dessen Besonderheit in der Begründung eines dauernden, aber durch die Lebensdauer einer Person befristeten Schuldverhältnisses eigentümlicher Art besteht. Dieses Schuldverhältnis erzeugt ein in sich abgeschlossenes einheitliches Forderungsrecht, das jedoch, so lange es währt, aus sich heraus in wiederkehrenden Terminen Einzelforderungsrechte hervorbringt und in diesen sich auslebt⁴². Das einheitliche Rentenforderungsrecht und die einzelnen Rentenansprüche sind scharf voneinander zu unterscheiden⁴³.

⁴⁰ Mittermaier § 301 Anm. 5; Stobbe-Lehmann § 234, 2; Sepp S. 30 ff.; Oertmann Vorbem. 4; R.Ger. LXVIII Nr. 57 S. 207 ff.

⁴¹ In der gemeinrechtlichen Theorie erklärte man ihn meist für einen Kauf, oft aber auch für ein Darlehen (Thöl, H.R. § 311, Rückert S. 13, 23 ff.) oder alternativ für Kauf oder Darlehen und im Falle der Unentgeltlichkeit für eine Schenkung. So auch für das französ. R. Zachariae-Crome § 368. Daneben half die Kategorie der gewagten Geschäfte aus. Eichhorn § 118 Anm. 3 nahm sogar eine Wette an. Auch heute sehen die Meisten im Leibrentenvertrage bald Kauf oder Tausch, bald Schenkung; vgl. Dernburg § 201 II u. VII. Allein er kommt zwar kaufweise, tauschweise, schenkungsweise, vielleicht auch ausstattungsweise zustande, ist aber selbst weder Kauf-, noch Tausch-, noch Schenkungsvertrag. Darum sind auch auf ihn, sobald er gültig geschlossen ist, die Regeln über diese Vertragsarten nicht anwendbar. Vgl. Sepp S. 33 ff. Man darf auch nicht mit Oertmann a. a. O. und anscheinend R.Ger. LXVII 211 u. LXXX 209 Kauf, Tausch, Schenkung usw. als besondere Kausalgeschäfte unterstellen. Vielmehr nimmt der Leibrentenvertrag die causa in sich auf und ist selbst kausal.

⁴² So insbes. R.Ger. LXVII Nr. 57 S. 210 ff., LXVIII Nr. 83 S. 342 ff., LXXX Nr. 48 S. 209; ebenso Endemann § 189, 2, Oertmann Vorbem. 5, Crome § 250, Enneccerus § 408 II 1. Für die Einheitlichkeit des Rechts treten auch Eccius S. 20, Sepp S. 57 ff. ein, sie verkennen aber die Selbstständigkeit der einzelnen Ansprüche. Dagegen nehmen Andere nur eine Summe aufschiebend bedingter Forderungsrechte an; so Planck Vorbem. II, 4, Cosack § 97.

⁴³ Sie verhalten sich zueinander wie ein nutzbares Stammrecht und die von ihm sich ablösenden Fruchtrechte; so entstammen auch bei einer verzinslichen Forderung die einzelnen Zinsansprüche einem einheitlichen Zinsforderungsrechte, das jedoch bloßes Nebenrecht eines Hauptrechtes ist, während hier das Rentenforderungsrecht als selbständiges Hauptrecht besteht. Unzutreffend ist die Meinung von Enneccerus a. a. O. II 3, das Leibrentenrecht sei nur ein Anwartschaftsrecht auf Erwerb von Forderungsrechten. Vielmehr ist es selbst ein Forderungsrecht, das auch einen einheitlichen Gesamtanspruch erzeugt.

Das einheitliche Forderungsrecht entsteht mit der Erteilung und Annahme des Leibrentenversprechens⁴⁴. Es erlischt nicht durch die Erfüllung der aus ihm entspringenden Ansprüche und wird daher auch von deren Nichterfüllung nicht berührt⁴⁵. Auch unterliegt es nur der dreißigjährigen Verjährung⁴⁶. Sein normaler Beendigungsgrund ist der Tod dessen, auf dessen Lebenszeit die Leibrente abgestellt ist⁴⁷. Doch ist eine verfrühte Beendigung durch Eintritt einer vereinbarten auflösenden Bedingung oder Längstfrist, durch Ausübung eines vorbehaltenen Rücktritts- oder Kündigungsrechtes und stets natürlich durch Vertrag möglich⁴⁸. Durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Schuldners wandelt sich das Leibrentenrecht in eine Kapitalforderung in Höhe seines nach der mutmaßlichen Lebensdauer ermittelten Schätzwertes um⁴⁹.

⁴⁴ Damit ist beim gegenseitigen Leibrentenvertrage die für die Kapitalhingabe geschuldete Gegenleistung bewirkt; R.Ger. LXVII 211, LXXX 209. Die einzelnen Forderungsrechte können nicht von weiteren Leistungen oder von besonderen Bedingungen abhängig gemacht werden.

⁴⁵ Verzug oder Unmöglichkeit hinsichtlich der einzelnen Leistungen begründen daher nicht die Anwendbarkeit von § 326; Oertmann Vorbem. 5 b α , zu § 760 Bem. 2, Enneccerus § 408 Anm. 5, aber auch Sepp S. 37 ff.; a. M. Planck Vorbem. II 5, aber auch Eccius S. 28. — Auch Code civ. a. 1978 versagt das Rücktrittsrecht, wenn es nicht vorbehalten ist. Dagegen gewährt es das Preufs. L.R. § 647—648 nach dreijähriger Säumnis.

⁴⁶ Sepp S. 85 ff., Oertmann zu § 760 Bem. 5. Enneccerus § 408 Anm. 8 u. Komm. d. R.G.R. zu § 760 Bem. 3 bestreiten überhaupt die Verjährbarkeit.

⁴⁷ Dies gilt auch, wenn der Schuldner den Tod dieser Person oder, falls die Leibrente auf sein eignes Leben gestellt ist, den eigenen Tod schuldhaft herbeigeführt hat. Doch hat er (oder sein Erbe) dann Schadensersatz zu leisten. Vgl. hierzu Dernburg § 201 X, Sepp S. 98 ff., Enneccerus § 408 I 1 c, Planck zu § 759 Bem. 2 c, Oertmann Bem. 1. Der Grund der Ersatzpflicht ist nicht in unerlaubter Handlung, noch, wie die Meisten wollen, in § 162 B.G.B. zu suchen. Er liegt vielmehr in der Vertragsverletzung, die der Schuldner durch schuldhaftes Vereiteln des bezweckten Erfolges begeht. Als Schadensersatzleistung muß nach § 249 Fortentrichtung der Rente bis zu dem Zeitpunkt, in dem mutmaßlich der natürliche Tod eingetreten wäre, gelten. — Abweichende Bestimmungen im Preufs. L.R. § 621—630, Sächs. Gb. § 1755; vgl. Stobbe-Lehmann S. 327.

⁴⁸ Ein gesetzliches Rücktrittsrecht ist nach B.G.B. nicht anzuerkennen. Ein solches kennt z. B. das Preufs. L.R. § 635—636, 647—648, auch Code civ. c. 1977.

⁴⁹ Jaeger zu Konk.O. § 69 Bem. I. Mit diesem Betrage kann daher der Gläubiger auch gegen eine Geldforderung der Konkursmasse aufrechnen; R.Ger. LXVIII Nr. 83. — Vgl. Schweiz. O.R. a. 518^s (522).

Die **Einzelforderungsrechte** entstehen mit dem Eintritt der Fälligkeit der einzelnen Rentenansprüche. Im Zweifel gehen sie auf Vorausleistung für einen auf die Fälligkeit folgenden Zeitabschnitt, der bei Geldrenten drei Monate beträgt, bei anderen Renten nach ihrer Beschaffenheit und ihrem Zweck zu bemessen ist, und sind vom Gläubiger, sobald er den Beginn des Zeitabschnittes erlebt, in dem vollen, auf den Zeitabschnitt fallenden Betrage erworben. Einmal entstanden, haben die Einzelforderungsrechte ihre besonderen Rechtsschicksale. Sie sind für sich vererblich und veräußerlich⁵¹, unterliegen der vierjährigen Verjährung aus § 197 B.G.B., lösen im Falle der Nichterfüllung die Verzugsfolgen aus⁵², erlöschen durch Erfüllung und die sonstigen Erlösungsgründe vorübergehender Schuldverhältnisse, werden dagegen vom Untergange des Stammrechts, während die Entstehung neuer Rentenansprüche nun ausgeschlossen ist, nicht berührt.

Ein Leibrentenrecht kann für mehrere Personen gemeinschaftlich in der Weise bestellt werden, daß es erst mit dem Tode des Letztlebenden erlischt, somit dem Überlebenden ungeschmälert verbleibt⁵³. Derartige Leibrentenverträge kommen schon im Mittelalter vielfach vor⁵⁴. Im großen Maße wurde diese Form bei den Tontinen ausgebaut, bei denen eine Rentenanstalt

⁵⁰ B.G.B. § 760. Ebenso Sächs. Gb. § 1154, Schweiz. O.R. a. 518 (519) (jedoch mit halbjährlicher Frist); vgl. auch Preufs. L.R. § 649—650 (Vorauswerb für das ganze Jahr), Öst. Gb. § 1285 (vierteljährliche Vorausleistung). Abweichend Code civ. a. 1980.

⁵¹ Auch die Abtretung künftiger Rentenansprüche ist möglich. Darum kann, während das Leibrentenrecht als Ganzes unübertragbar ist, doch mangels anderer Vereinbarung oder gesetzlicher Sonderbestimmung an ihm ein Nießbrauch bestellt (§ 1073) oder in anderer Weise seine Ausübung abgetreten werden. Vgl. Schweiz. O.R. a. 519 (520).

⁵² Verschärfte Verzugsfolgen, wie nach Code civ. a. 1978, treten nicht ein.

⁵³ Beseler S. 533; Code civ. a. 1972. Natürlich ist auch die Bestellung zu gesonderten (in Zweifel gleichen) Anteilen, von denen ein jeder mit dem Tode des Teilhabers wegfällt, möglich. Hierfür vermutet das Preufs. L.R. § 615—616. Doch ist bei der Bestellung einer gemeinschaftlichen Leibrente für ein Ehepaar oder sonst nahe verbundene Personen eher für ein Gesamtrecht zu vermuten, das sich beim Letztlebenden konsolidiert; a. M. Dernburg § 201 IX, Oertmann zu § 759 Bem. 2. — Ist die Leibrente auf die Lebenszeit mehrerer Dritter oder mehrerer Rentengeber gestellt, so wird sie jedenfalls mangels anderer Abrede bis zum Tode des Letztlebenden geschuldet; Preufs. L.R. § 617.

⁵⁴ Vgl. Stobbe, Beitr. S. 34 ff. — Daneben begegnen Leibrentenverträge mit sukzessiver Berechtigung mehrerer Personen, mit Minderung des Betrages beim Tode eines Mitberechtigten usw.; ebd. S. 32 ff.

ganze Gruppen von Rentenbezügen dergestalt vergemeinschaftet, daß die Anteile der Versterbenden denen der Überlebenden anwachsen⁵⁵.

V. Verpfändungsvertrag. Weit älter, als der Leibrentenvertrag, ist der Verpfändungsvertrag, durch den der eine Teil dem anderen Teil sein Vermögen (oder einen Bruchteil) überträgt und sich als Gegenleistung lebenslänglichen Unterhalt ausbedingt⁵⁶. Er blieb im gemeinen Recht anerkannt⁵⁷ und wurde im preussischen Recht als „Vitalizienvertrag“ geregelt⁵⁸. In durchaus eigenartiger Gestalt ist er als besonderer Schuldvertrag im neuen schweizerischen Obligationenrecht eingehend geordnet⁵⁹. Das B.G.B. erwähnt ihn nicht⁶⁰.

Eine Abzweigung vom Verpfändungsvertrage ist der mit Gutsüberlassung verbundene Altenteilsvertrag, von dem im Recht der Bauergüter zu handeln ist.

⁵⁵ Sie führen den Namen nach Lorenzo Tonti, der sie unter Ludwig XIV. in spekulativer Weise ausbildete.

⁵⁶ Solche Verträge begegnen schon in fränkischer Zeit, regelmäßig aber in Verbindung mit Selbstergebung in fremde Munt. Im späteren Mittelalter kommen sie als reine Schuldverträge vor (Beispiele b. Pauli, Abh. aus dem lüb. R. I 107, III 182). Vgl. Stobbe a. a. O. S. 25 ff. — Über nord. R. v. Amira I 531 f., II 639 ff.

⁵⁷ R.Ger. XVIII Nr. 37, O.L.G. Braunsch. b. Seuff. XXXVI Nr. 275. Man konstruierte ihn bald als Schenkung mit Auflage, bald als Kauf, bald als Innominatkontrakt.

⁵⁸ Anh. § 19 zu Preuss. A.L.R. I, 11 § 646; Dernburg, Preuss. P.R. § 160 II; R.Ger. XXIV Nr. 52, XXV Nr. 58. Charakteristisch für den Vertrag ist der notwendige Schuldenübergang. Er ist nicht, wie der Leibrentenvertrag nach § 637 ff., wegen Pflichtteilsverletzung anfechtbar.

⁵⁹ Schweiz. O.R. a. 520—529. Der Vertrag ist mit personenrechtlichen Wirkungen ausgestattet, indem er den Eintritt in die häusliche Gemeinschaft und im Falle des Abschlusses mit einer staatlich anerkannten Pfründanstalt die Unterwerfung unter deren Hausordnung bewirkt (a. 524). Er bedarf der gleichen Form wie ein Erbvertrag, jedoch bei Abschluß mit einer Pfründanstalt zu den behördlich genehmigten Bedingungen nur der Schriftform (a. 522). Besonders geregelt sind die Anfechtung durch Unterstützungsberechtigte (a. 525), das wegen eines erheblichen Mißverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung jedem Teil zustehende Kündigungsrecht (a. 526), das aus wichtigen Gründen jedem Teil gewährte Aufhebungsrecht (a. 527), die Aufhebung beim Tode des Pfründgebers (a. 528), die Unübertragbarkeit des Anspruches des Pfründners und dessen Geltendmachung bei Konkurs und Pfändung (a. 529). Eigenartig ist die Bestimmung, daß anstatt der vollständigen Aufhebung aus wichtigem Grunde der Richter auf Antrag eines Teils oder von Amts wegen die häusliche Gemeinschaft aufheben und dem Pfründner zum Ersatz dafür eine Leibrente zusprechen kann (a. 527^b).

⁶⁰ Für die Form des Abschlusses kommt B.G.B. § 311 in Betracht; Schuldenübergang erfolgt nach § 419.

§ 208. Spiel und Wette¹.

I. **Überhaupt.** Spiel und Wette sind die Haupttypen der Gefahrverträge, die eine Ungewissheit setzen, von deren Entscheidung Gewinn oder Verlust für die Beteiligten abhängen soll. Obschon sie im heutigen Privatrecht gleich behandelt werden, sind sie doch aus verschiedenen Wurzeln entsprossen und dienen auch heute ungleichen Zwecken.

II. Spielvertrag.

1. **Spiel und Spielvertrag.** Spiel ist menschliches Tun, das im Gegensatz zur Arbeit nicht auf Werterzeugung, sondern auf Unterhaltung und somit auf Lebensgenuss abzielt, jedoch die Formen der Arbeit nachahmt. Man kann für sich spielen. Dann ist von einem Spielvertrage nicht die Rede. Aber auch wenn mehrere Personen behufs geselliger Unterhaltung gemeinschaftlich spielen, bedarf es zwar einer Vereinbarung von Spielregeln, braucht jedoch darin ein Spielvertrag nicht enthalten zu sein. Vielmehr ist für den Begriff des Spielvertrages erst Raum, wenn mehrere Personen nicht bloß mit, sondern zugleich gegeneinander spielen, so daß der Verlauf des Spieles darüber entscheiden soll, wer Gewinner und wer Verlierer ist. Doch bleibt die Willenseinigung außerhalb des Bereiches der Rechtsordnung, wenn sie an Gewinn und Verlust keine anderen Folgen knüpft, als die Feststellung von Sieg oder Niederlage. Dagegen tritt sie als Schuldvertrag in

¹ Wilda, Die Lehre vom Spiel, Z. f. D. R. II, 2 S. 133 ff.; Die Wette, ebd. VIII 200 ff. F. Bruck, Über Spiel und Wette, 1868. Krügelstein, Über den begrifflichen Unterschied von Spiel und Wette, 1869. H. M. Schuster, Das Spiel, seine Entwicklung und Bedeutung im deut. R., 1878. F. Endemann, Beiträge zur Geschichte der Lotterie und zum heutigen Lotterierechte, 1882. A. Elster, Über den Begriff und die systematische Stellung der Spielverträge, Arch. f. b. R. XXVI 34 ff.; Art. Spiel im H.W.B. d. Staatsw.³ VII 675 ff. — Beseler, D.P.R. § 118. Gerber § 193 ff., Gerber-Cosack § 219 ff. Bluntschli § 125 ff. Gengler, Lehrb. S. 724 ff. Stobbe III § 193 ff., Stobbe-Lehmann § 243 ff. Hübner, Grundz.² § 87. Planitz, Die Pfändung S. 342 ff. Nord. R. bei v. Amira I § 32 ff., II § 25. — Glück, Komm. XI 325 ff. Sintenis II 724 ff. v. Vangerow III § 673. Windscheid-Kipp § 419 ff. — Thöl, Der Verkehr mit Staatspapieren (1835) S. 235 ff.; H.R. § 304 ff. — Preufs. R. b. Förster-Eccius II § 133; Dernburg § 158 ff. — Franz. R. b. Zachariae-Crome § 366. — Österr. R. b. Krainz-Pfaff-Ehrenzweig § 390. — Recht des B.G.B.: Komm. (bes. Planck u. Oertmann) zu B.G.B. § 762 ff. Schollmeyer S. 166 ff. Endemann § 187 ff. Matthiafs § 130. Dernburg § 211 ff. Crome § 289 ff. Kohler II 306 ff. Cosack § 156 ff. Enneccerus § 409 ff. — Schreiber, Schuld u. Haftung S. 94 ff.

das Recht ein, sobald sie Gewinn und Verlust mit vermögensrechtlichen Folgen ausstattet. Denn dann begründet sie ein durch den Eintritt des künftigen ungewissen Spielergebnisses bedingtes Schuldverhältnis, das sich auf eine vermögenswerte Leistung richtet². Nach der Idee des Spieles ist die mit ihm verbundene Aussicht auf materiellen Gewinn und das entsprechende Wagnis des Verlustes nur dazu bestimmt, den Spielgenuss durch Erhöhung von Reiz und Spannung zu steigern. Allein es kann auch die Gewinnabsicht den Unterhaltungszweck überwuchern oder völlig aufzehren. Das lediglich des Gewinnes wegen betriebene Spiel ist entartetes Spiel, bleibt aber Spiel. Alle diese Möglichkeiten bestehen bei jeder Spielart, mag nun die Entscheidung vom bloßen Zufall oder in erster Linie von der Geschicklichkeit oder von einer Kombination beider Faktoren abhängen³.

2. **Geschichte.** Der Spielvertrag unterlag im deutschen Recht ursprünglich lediglich den allgemeinen Regeln über Schuldverträge. Somit erzeugte er eine Schuld, die stets erfüllbar, bei Hinzutritt eines Haftungsverhältnisses aber auch klagbar und erzwingbar war⁴. Noch der Sachsenspiegel setzt voraus, daß die

² Darüber, daß auch bei dem von Tac. Germ. c. 24 berichteten Verspielen der Freiheit der Einsatz der Person deren Hingabe als Vermögensgegenstand bedeutete, vgl. meine Schrift über Schuld und Haftung S. 142 Anm. 35. Persönlichkeitsgüter als solche, das Leben, einzelne Glieder bildeten zwar in alter Zeit oft bei der Wette, aber ursprünglich nicht und auch später nur vereinzelt beim Spiel den Einsatz; Schuster S. 12 ff., v. Amira II 252 ff. Auch die Ehre eignete sich nicht zum Spieleinsatz; Schuster S. 14, Schuld und Haftung S. 143 Anm. 37.

³ Spiele, bei denen der Erfolg wesentlich von körperlicher und geistiger Gewandtheit abhängt, wie einerseits Kampfspiele, Ballspiel, Billard, Kegelspiel usw., andererseits Schachspiel und andere Brettspiele, werden besonders häufig lediglich um der Spielehre willen gespielt, nicht selten aber auch um Geld und im letzteren Falle möglicherweise in reiner Gewinnabsicht. Gemischte Spiele, wie die meisten Kartenspiele, kommen gleichfalls als Unterhaltungsspiele ohne Rechtsfolgen, häufiger als solche um mäßige Geldbeträge, aber auch als Spiele aus Gewinnsucht vor. Die reinen Zufalls- (Glücks-, Hasard-) Spiele mit Würfeln, Karten, Roulette usw. dienen überwiegend Gewinnabsichten, werden aber auch nicht selten mit geringen Geldeinsätzen oder sogar ohne solche lediglich zur Unterhaltung gespielt.

⁴ Haftung für Spielschuld konnte durch Treugelöbniß begründet werden, wie sich schon aus der Schilderung in Tac. Germ. c. 24 erschließen läßt; Schuld u. Haftung S. 141 ff. Später genügte bei Spielschuld wie bei anderer Schuld ein schlichtes Gelöbniß; ebd. S. 235 ff., Schuster S. 56 ff. Körperlicher Einsatz eines im Spiel gewagten Gegenstandes erzeugte Sachhaftung; Schuster S. 16 ff., v. Amira I 231 ff., II 253 ff., Planitz a. a. O. S. 343 ff.

Spielschuld vollwirksam ist, und verneint nur im Einklang mit seinen sonstigen Grundsätzen ihre Vererblichkeit⁵. Seit dem dreizehnten Jahrhundert aber begann die Gesetzgebung aus Anlaß einer um sich greifenden Entartung des Spieles die Rechtswirksamkeit der Spielverträge einzuschränken⁶. Überwiegend wurde ihnen nunmehr die Klagbarkeit entzogen⁷. Mehr und mehr wurde auch das alte Pfändungsrecht wegen Spielschuld eingeengt und schließlich die Erzwingung ihrer Befriedigung durch Selbsthilfe ganz verboten⁸. Vielfach wurde wenigstens jede Haftung für

Dies gilt auch, wenn er einem Dritten anvertraut wird; vgl. über den „phantner“, durch dessen Zuziehung nach Wiener Stadtrechtsb. a. 47—48 die Klagbarkeit bedingt ist, Schuster S. 58 ff. Zwangsmittel bot dem Gewinner das Selbsthilferecht in Gestalt eines Pfändungsrechtes (Schuld u. Haftung S. 42 Anm. 79, dazu jetzt Planitz S. 342 ff.) und des Festhaltungsrechtes (Planitz S. 345 ff.). Allein soweit die Haftung reichte, war auch gerichtliche Klage möglich. Das Gegenteil nimmt jetzt wieder Planitz S. 345 Anm. 141 an. Indessen ist, wenn noch manche Quellen des späteren Mittelalters grundsätzlich die Klage aus Spielschuld zulassen, darin Festhaltung des ursprünglichen Rechts zu erblicken; vgl. Bamb. R. § 37, Hamb. Stadtr. v. 1497 O 13, Stobbe-Lehmann § 245 Anm. 2, Wilda a. a. O. II 146 ff., Bruck S. 27. Der von Planitz S. 346 ff. versuchte Nachweis, daß die Klagbarkeit sich erst aus dem Festhaltungsrecht als jüngere Bildung entwickelt habe, ist nicht überzeugend.

⁵ Sachsensp. I 6 § 2 (als ein Fall der ohne Wiedererstattung erworbenen Schuld, vgl. Schuld und Haftung S. 93). Ebenso Goslar. Stat. S. 6, Schwabsp. (L) c. 289, und andere Parallelstellen b. Bruck S. 28.

⁶ Schuster S. 72 ff., 93 ff. Die Bewegung ging von den Stadtrechten aus. Das Rb. n. Dist. II 36 d. 9—10 stellt das Weichbildrecht, nach dem eine Klage um Spielschuld unzulässig ist, in einen Gegensatz zum Landrecht, nach dem geklagt werden kann; vgl. die Stelle bei Kraut, Grundr. § 139 Nr. 5.

⁷ Magdeb.-Bresl. R. v. 1261 § 51: beclaget ein man den anderen umbe topelspiel, her en hat ime nicht zu antworten. Gloss. zu Ssp. III 5 (Kraut Nr. 3). Münchener Stadtr. a. 43. Prager Stadtr. a. 44. Zahlreiche andere Belege b. Wilda S. 149 ff., 154 ff., 165, Bruck S. 32 ff., Stobbe-Lehmann Anm. 6, Planitz S. 345 Anm. 141.

⁸ Anerkannt wird das Pfändungsrecht an allem, was der Spieler bei sich trägt, noch im Augsb. Stadtr. a. 137, Prager R. a. 18, Bayr. L.R. 272 (Kraut Nr. 6), Wiener Stadtr. a. 48 („bis auf das Hemde ausziehen“) und anderen Quellen; vgl. Wilda S. 146 ff., 154, Bruck S. 30 ff., Stobbe-Lehmann Anm. 4. Manche Quellen aber gewähren es nur an Sachen, die er „um und an hat“, Gl. zu Ssp. III, 6 (Kraut Nr. 3), oder umgekehrt nur an barem Gelde, Wismarer Willkür b. Stobbe-Lehmann Anm. 9. Andere verbieten die Pfändung überhaupt; Magdeb. Fr. I, 20 d. 1, Memminger R. b. Wilda S. 153. — Auch das Recht, die Person des Schuldners bis zur Bezahlung festzuhalten — vgl. Gloss. z. Ssp. a. a. O., Lüneburger Stadtr. c. 36 —, wurde mehr und mehr beseitigt; vgl. Rb. n. Dist. IV, 36 d. 8, Augsb. R. a. 137, Wilda S. 146, Schuster S. 113 ff., Planitz S. 347.

Spielschuld auf das, was der Spieler bei sich trägt, beschränkt⁹. Dazu traten seit dem vierzehnten Jahrhundert polizeiliche Verbote und Strafdrohungen gegen gewisse gefährliche Spiele, übermäßig hohes Spiel, nächtliches Spiel und andere Spielmissbräuche¹⁰. Immer aber blieb, da die Anerkennung der Schuld als Schuld von der Versagung des Erfüllungszwanges nicht berührt wurde, die Zurückforderung des auf Spielschuld Geleisteten ausgeschlossen. Dies galt selbst bei verbotenen Spielen¹¹. Nur wurde hier bisweilen der Obrigkeit das Recht zugesprochen, dem Gewinner den Spielgewinn zu entreißen¹².

Nach der Rezeption wurde das römische Recht für gemeines deutsches Recht ausgegeben. Danach waren fünf gymnastische Spiele um geringen Einsatz (bis zu 1 solidus) erlaubt und klagbar, alle anderen Spiele um Gewinn nicht nur unklagbar, sondern gesetzlich verboten, so daß sie keine Schuld erzeugten und das als Spielverlust Gezahlte mit der *condictio indebiti* zurückgefordert werden konnte¹³. Indessen setzte sich im Leben die römische Auffassung nicht durch, da sich im deutschen Rechtsbewußtsein die Anschauung behauptete, daß Spielschulden „Ehrenschluden“ sind. Allerdings wurde vielfach für das gemeine Recht die Klagbarkeit gewisser Spiele angenommen; dies war aber, wenn man bei den erlaubten Spielen des römischen Rechts, die niemand mehr spielte, stehen blieb, ohne praktische Bedeutung¹⁴. Dagegen wurde nur vereinzelt die Klagbarkeit auf alle Spiele, die nach

⁹ Goslarer Stat. 76 Z. 39 ff.; Bayr. L.R. a. 272; Zürich. Richtebrief v. 1304 (Bluntschli I 294). — Auch Haussöhne können eignes Gut, das sie bei sich tragen, verspielen; Wilda S. 152, Bruck S. 29 ff., Stobbe-Lehmann Anm. 8.

¹⁰ Vgl. die mit Göttinger Stat. v. 1301 u. Bremer v. 1303 beginnenden Verbote b. Wilda S. 155 ff., 183 ff., Bruck S. 34 ff., Schuster S. 152 ff., Stobbe-Lehmann Anm. 11—16.

¹¹ Prager Stadtr. a. 18; Augsb. Stadtr. a. 56 § 1 (nur das unmündigen Kindern Abgenommene muß zurückgegeben werden, vgl. auch a. 137 u. 140); Brünner Schöffeb. a. 483; Stobbe-Lehmann Anm. 18. — Ausnahmen finden sich nur im Landshuter R. v. 1279 § 19 u. Deggendorfer Stadtr. v. 1316 § 27; sie sind mit Stobbe u. Rosenthal, Landshut. S. 157, auf römischen Einfluß zurückzuführen.

¹² So Bremer Stat. v. 1303 a. 12, Iglauer V.O. v. 1348, Memminger R. v. 1396 (zur Hälfte), spätere Quellen b. Wilda S. 158, 161 ff.

¹³ Tit. Dig. de aleator. 11, 5, Cod. 3, 43. Der Kodextitel ist jedoch un glossiert.

¹⁴ So vielfach die ältere Praxis; vgl. Seuff. I Nr. 345, IX Nr. 289, XIII Nr. 94, XXXI Nr. 139, Strube, Bed. IV Nr. 131, V Nr. 9.

deutscher Auffassung als erlaubt zu gelten hätten, erstreckt¹⁵. Im allgemeinen drang zwar die Erweiterung des Begriffes der erlaubten Spiele durch¹⁶, befestigte sich aber die grundsätzliche Versagung der Klage um Spielschuld, so daß ein gemeines Gewohnheitsrecht mit diesem Inhalte entstand¹⁷. Andererseits wurde die römische Zulassung der Zurückforderung bezahlter Spielschuld, so lebhaft sie von mancher Seite allgemein oder doch bei Glücksspielen als geltendes Recht verfochten wurde¹⁸, mehr und mehr aus dem gemeinen Rechte ausgeschaltet¹⁹.

Die neuere Gesetzgebung stellte sich überwiegend auf den Boden des deutschen Rechts²⁰. Nur vereinzelt findet sich die Zulassung einer Klage aus gewissen Spielen²¹, im übrigen wird die Klaglosigkeit der Spielschuld ausnahmslos durchgeführt²². Andererseits wird die Rückforderung freiwillig bezahlter Spielschuld nur selten grundsätzlich gestattet²³ oder doch bei ausdrücklich verbotenen Spielen zugestanden²⁴, regelmäfsig dagegen,

¹⁵ So manche ältere Schriftsteller; vgl. Wilda S. 172. Neuerdings bes. Windscheid § 419 Anm. 7 für alle Unterhaltungsspiele mit nicht zu hohen Einsätzen. Ferner Lehmann b. Stobbe § 245 Anm. 26.

¹⁶ Über die Begrenzung war viel Streit. Mehr und mehr drang die Ansicht durch, daß alle nicht strafbaren Spiele erlaubt seien. Vgl. Wilda S. 173 ff.

¹⁷ Wilda S. 180 ff. Thöl, H.R. § 304 Anm. 2. Beseler § 118 Anm. 4. Stobbe § 194, 3a. Vgl. Seuff. XXXI Nr. 130, XLIV Nr. 250 (zweifelnd), R.Ger. ebd. XLIII Nr. 111, LIV Nr. 149, Z.S. XLIII Nr. 36.

¹⁸ Besonders eifrig vom O.L.G. Rostock 8. Juli 1894 b. Seuff. L Nr. 164 mit ausführlichen Literaturnachweisen. Vgl. auch Seuff. I Nr. 345, XIII Nr. 94; Bruck S. 45 Anm. 22; Gengler § 123 Anm. 16—17. Für alle nicht klagbaren Spiele auch Windscheid § 419 Anm. 6. Nur für verbotene Beseler § 118 Anm. 6.

¹⁹ Wilda S. 185 ff.; Bluntschli § 125 a. E.; Schuster S. 203 ff.; Stobbe § 194 a. E.; Seuff. XXXI Nr. 139; R.Ger. b. Seuff. LIV Nr. 149, Z.S. XXXIX Nr. 40 S. 164, XLIII Nr. 36.

²⁰ Die alte Reichsgesetzgebung tat dies in der Spezialbestimmung der Reichs-Reuterbestallung v. 1570 § 211 (Kraut Nr. 11).

²¹ So im Cod. Max. Bav. civ. IV, 12 § 5 aus Kunst- und gemischten Spielen mit mäfsigem Einsatz. Besonders aber im Code civ. a. 1966 aus allen der körperlichen Übung dienenden Spielen, jedoch mit Vorbehalt der Befugnis des Richters, die Klage bei übermäfsig hoher Summe abzuweisen. Vgl. auch Zürch. Gb. § 1768.

²² Nürnb. Ref. v. 1522 VI, 19. Württ. L.O. b. Kraut Nr. 14. Preufs. A.L.R. I, 11 § 577. Österr. Gb. § 1772. Sächs. Gb. § 1480 mit Ges. v. 11. Apr. 1869 § 6.

²³ So nach Hamb. R. b. Baumeister I 366 Anm. 9, Cod. Max. Bav. a. a. O. Nr. 3, 5, 9 bei allen Glücksspielen und sonstigen zu hohen Spielen.

²⁴ Nürnb. Ref. v. 1522 a. a. O.; Sächs. Gb. § 1480.

von Fällen des Betruges, des Mangels der Geschäftsfähigkeit usw. abgesehen, grundsätzlich ausgeschlossen²⁵. Auf diesem deutschrechtlichen Standpunkt steht auch das B.G.B.

3. Geltendes Recht. Nach dem B.G.B. wird durch Spiel eine „Verbindlichkeit“ nicht begründet, das auf Grund des Spieles Geleistete aber kann nicht deshalb zurückgefordert werden, weil eine Verbindlichkeit nicht bestanden hat (§ 762¹).

Der Mangel einer „Verbindlichkeit“ bedeutet die Versagung jedes Erfüllungszwanges. Die Spielschuld ist haftungslose Schuld. Die Rechtsordnung bekleidet den Spielvertrag, weil das Spiel wirtschaftlich unproduktiv ist, nicht mit der Macht, die von ihr gewährten Schutzmittel behufs Verwirklichung einer vereinbarten Vermögensverschiebung in Bewegung zu setzen. Darum kann eine Forderung auf Spielgewinn weder durch Klage noch durch Einrede geltend gemacht, aber auch nicht durch Aufrechnungserklärung realisiert, durch Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts mittelbar erzwungen, durch Ausbedingung einer Vertragsstrafe gesichert werden. Auch aus Pfandbestellung oder Bürgschaftsleistung für eine Spielschuld wird nicht gehaftet. Darüber hinaus ist der Spielschuld jede zum Zwecke ihrer Erfüllung eingegangene neue Schuld, mag sie auch in die Form einer abstrakten Verbindlichkeit gekleidet sein, gleichgestellt; auch eine durch Umwandlung einer Spielschuld entstandene Darlehensschuld, oder ein zwecks ihrer Befriedigung abgegebenes Schuldanerkenntnis, Schuldversprechen oder Wechselversprechen erzeugt keine „Verbindlichkeit“²⁶.

Dafs aber das auf Spielschuld Geleistete nicht zurückgefordert werden kann, beruht auf der Anerkennung auch der haftungslosen Schuld als Schuld²⁷. Unser Recht geht keineswegs

²⁵ Magdeb. Pol.O. 54 § 3 (Kraut Nr. 12). Preufs. L.R. I, 11 § 578. Code civ. a. 1967. Schweiz. O.R. a. 514 (jetzt 514²). Bei nicht verbotenen Spielen auch Sächs. Gb. § 1480. — Das Preufs. L.R. verlieh jedoch, wie schon manche ältere Quellen, dem Fiskus das Recht, den Gewinn aus verbotenem Spiel dem Gewinner zu entreißen; I, 16 § 172—173.

²⁶ B.G.B. § 762². Somit wirkt also auch die an Erfüllungstatt oder erfüllungshalber erfolgte Hingabe der Schuldverschreibung oder eines Wechselakzeptes nicht als Erfüllung; R.Ger. LII Nr. 11. Ebenso Schweiz. O.R. a. 513 (514¹). — Auch Vergleiche können einer als Spielschuld anerkannten Schuld nicht Vollwirksamkeit verleihen; dagegen können sie, wenn der Charakter einer Schuld als Spielschuld zweifelhaft war, ihre Verbindlichkeit außer Zweifel setzen; R.Ger. XLIX Nr. 46, Rspr. d. O.L.G. II 212.

²⁷ Das B.G.B. spricht selbst von Erfüllung einer Spiel- oder Wettschuld,

von dem Gesichtspunkt aus, daß das Spiel um Gewinn an sich verwerflich sei. Es huldigt nicht der unserem Volksempfinden fremden Anschauung, daß das Spiel den sozialen und ethischen Wert, der ihm als Mittel zur Erhöhung der Lebensfreude, zur Übung körperlicher und geistiger Kräfte und zur Erholung von der Arbeit innewohnt, schon durch die Anknüpfung vermögensrechtlicher Folgen einbüße. Darum ist es weit davon entfernt, den Spielvertrag für nichtig zu erklären. Vielmehr läßt es aus ihm eine zwar unerzwingbare, aber erfüllbare Schuld entspringen und verbürgt die Endgültigkeit der vollzogenen Erfüllung. Somit ist jede an sich zur Schuldtilgung geeignete Leistung, wenn sie auf Grund einer Spielschuld erfolgt, vollwirksame Schuldenerfüllung und der Rückforderung entzogen. Hiervon gilt lediglich die positive Ausnahme für Schuldenerfüllung durch Begründung einer neuen Schuld. Im übrigen kommen die allgemeinen Grundsätze über Schuldenerfüllung unverkürzt zur Anwendung. Demgemäß ist auch eine für den Fall des Verlustes gemachte Vorausleistung nicht rückziehbar²⁸. Ebenso ist eine zugunsten des etwaigen Gewinners erfolgte Hinterlegung, sobald sie nicht mehr zurückgenommen werden kann, wirksame Erfüllung²⁹. Nur darf es sich in beiden Fällen nicht um bloße Sicherheitsleistung handeln³⁰. Wirksam ist auch die Hingabe eines Gegenstandes an Erfüllungsstatt. Auch kann im Wege der vertragsmäßigen Aufrechnung die Spielschuld seitens des Schuldners unanfechtbar getilgt werden³¹. Und in

verneint also nur ihre „Verbindlichkeit“ im Sinne der erzwingbaren Verpflichtung. Der Code civ. charakterisiert die Spiel- und Wettschuld ausdrücklich als obligation naturelle; a. 1967 mit 1235. Das Schweiz. O.R. sagt, es entstehe keine „Forderung“, braucht also das Wort Forderung in dem ursprünglichen Sinne, in dem es Klage bedeutet.

²⁸ Cosack § 156 III 3, Oertmann zu § 762 Bem. 1b. A. M. Planck Bem. 7g, Dernburg § 212 I 3, Crome § 289 Anm. 29.

²⁹ Oertmann Bem. 1a; a. M. Dernburg u. Crome a. a. O.

³⁰ Abweichend Cosack a. a. O.

³¹ Daraus ergibt sich bei einem Kontokorrentverhältnis die rechtliche Bedeutung der Einstellung von Spielschulden. Das darin enthaltene Anerkenntnis ist nach § 762² unverbindlich, dagegen die durch Ziehung und Gutheißung des Saldo vollzogene Aufrechnung ist unanfechtbar. Dies wird überwiegend anerkannt und auch in der neueren Praxis des R.Ger. angenommen. Demgemäß ist die Verrechnung von Spielschulden auf das Aktivsaldo wirksam, dagegen ein aus Spielschulden herrührendes Passivsaldo unklagbar. Setzt sich die Gesamtschuld, die dem Passivsaldo zugrunde liegt, aus Spielschulden und klagbaren Schulden zusammen, so nimmt das R.Ger. mit Recht eine verhältnismäßige Verteilung vor; LIX Nr. 56. Doch herrscht viel Streit. Vgl. bes.

gleichem Umfange ist jede Leistung, die zum Zwecke der Erfüllung einer wegen ihres Zusammenhanges mit der Spielschuld unklagbaren neuen Schuld erfolgt ist, der Rückforderung entzogen³².

Natürlich aber bleibt die Rückforderung des Geleisteten zulässig, wenn sie sich auf einen anderen Grund als den der Unerzwingbarkeit der Spielschuld stützt. Gleich jedem Vertrage kann der Spielvertrag wegen Mangels der Geschäftsfähigkeit oder wegen Verstosses gegen die guten Sitten oder ein Verbotsgesetz nichtig sein, oder wegen Irrtums, Betruges oder Drohung angefochten werden. Ein Verbotsgesetz, dessen Verletzung die Nichtigkeit des Spielvertrages zur Folge hat, ist jedenfalls in dem Verbot des gewerbsmäßigen Glücksspiels durch Str.G.B. § 284, dagegen nicht schon in den polizeilichen Strafbestimmungen des Str.G.B. § 360 Nr. 14 zu finden³³. In solchen Fällen ist nicht eine unvollkommene Schuld, sondern überhaupt keine Schuld entstanden. Es gelten also die allgemeinen Grundsätze über die Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung³⁴. Möglich ist auch, daß ein an sich wirksamer Spielvertrag aus Gründen des Spielrechts keine Schuld erzeugt, weil die Spielregeln nicht innegehalten sind oder der Spielplan nicht durchgeführt ist³⁵.

Gestritten wird, inwieweit Verträge zur Beförderung des Spiels von der Klaglosigkeit der Spielschuld beeinflusst werden. Nach einer in der gemeinrechtlichen Theorie und Praxis vertretenen Ansicht und den positiven Bestimmungen mancher Partikularrechte wurde die Forderung aus einem wissentlich zu

Regelsberger, Jahrb. f. D. XLVI 27 ff., XLIX 407 ff., Trumpler, Z. f. H.R. L 488 ff., Oertmann Bem. 4b.

³² Denn nach § 764² finden alle Regeln über Spielschuld Anwendung. Darum kann der Spieler den zur Deckung der Spielschuld ausgehändigten Wechsel zwar bis zur Zahlung kondizieren (R.Ger. LI Nr. 83 S. 361), das auf ihn Gezahlte aber nicht zurückfordern. Dies gilt auch, wenn er an einen Indossatar, weil dieser redlich war, zahlen mußte. Doch kann er in diesem Falle gegen den Gewinner, wenn derselbe den Wechsel behufs Abschneidung des Spieleinwandes indossiert hat, einen Schadensersatzanspruch aus § 826 haben; R.Ger. LI Nr. 83, XVI Nr. 79 S. 321.

³³ Dies ist die herrschende Meinung; vgl. Planck Vorbem. II, Staudinger Bem. IV, Cosack § 156 a. E., Crome § 289 Anm. 11, Enneccerus § 409 III, Elster, Hdwb. S. 682.

³⁴ B.G.B. § 812 ff. Danach besteht regelmässig ein Recht zur Rückforderung des Geleisteten, kann aber nach § 817² ausgeschlossen sein. Handelt es sich um gewerbsmäßiges Glückspiel, so steht § 817² zwar dem gewerbsmäßigen Spieler, nicht aber dem anderen Teil entgegen.

³⁵ Berücksichtigt im Schweiz. O.R. a. 514².

Spielzwecken gegebenen Darlehen als unklagbar behandelt⁸⁶. Da die Aufnahme einer derartigen Vorschrift in das B.G.B. abgelehnt ist, aus allgemeinen Grundsätzen aber die Unklagbarkeit des Spieldarlehens nicht herzuleiten ist, kann heute die Hingabe des Geldes zu Spielzwecken nicht als hinreichender Grund betrachtet werden, die Darlehnsklage zu versagen⁸⁷. Ebenso ist ein Auftrag, ein Dienstvertrag oder ein Gesellschaftsvertrag zu Spielzwecken nicht schon an sich unklagbar; ein Anspruch auf Vornahme des Spiels kann freilich aus solchen Verträgen nicht entstehen⁸⁸, wohl aber kann, wenn vereinbartermäßen gespielt ist, der Auftraggeber auf Herausgabe des Spielgewinns und der Beauftragte auf Ersatz seiner Aufwendungen einschließlich des bezahlten Spielverlustes, der Gesellschafter auf Gewinnverteilung oder Verlustausgleichung klagen⁸⁹.

III. Wette.

1. Begriff. Wette ist die Vereinbarung, durch die sich Jemand für den Fall, daß sich eine von ihm aufgestellte Behaup-

⁸⁶ Vgl. für das gem. R. Glück XI 334 ff., Wilda S. 190 ff., Bruck S. 46, Seuff. XXX Nr. 245, XXXIII Nr. 27. Ältere Partikularrechte b. Stobbe-Lehmann § 245 Anm. 25. Preufs. L.R. I, 11 § 581, dazu R.O.H.G. XVI 299 ff., XVIII 110 ff. — Festgehalten im Schweiz. O.R. a. 513 (früher 512).

⁸⁷ Crome § 289, 3, Endemann § 187 Anm. 10, Enneccerus § 409 II 1, Planck Bem. 10a, Staudinger Bem. VI, 3, Oertmann Bem. 4d; R.Ger. LXVII Nr. 89, LXX Nr. 1, Rspr. d. O.L.G. V 103 ff., VI 448, VIII 83, XII 93, XVIII 34, Seuff. LVII Nr. 172, LX Nr. 74. Wohl aber kann den Umständen nach das Spieldarlehen gegen die guten Sitten verstossen und darum nach § 138 nichtig sein; vgl. R.Ger. a. a. O. u. die Entsch. der O.L.G. (Die Annahme von Dernburg § 212. III, daß dies bei jedem zur Ermöglichung des Spiels gegebenen Darlehen der Fall sei, geht zu weit.) — Über das österr. R. Krainz-Pfaff-Ehrenzweig a. a. O. § 390, 2.

⁸⁸ Daher auch nicht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung; R.Ger. XL Nr. 71. A. M. Staub, D.J.Z. 1903 S. 19 u. Exkurs zu H.G.B. § 376 Anm. 60; früher auch Oertmann zu § 762.

⁸⁹ Übereinstimmend Crome § 289, 3, Staudinger Bem. VI 1—2, Oertmann⁹ Bem. 4e—g, Schreiber, Schuld u. Haftung S. 95 ff.; auch Rspr. d. O.L.G. IV 232, XII 94, Seuff. LX Nr. 64, und für den Gesellschaftsvertrag R.Ger. XL Nr. 71, XLIII Nr. 36, Seuff. LIV Nr. 149. Abweichend Cosack § 156 IV (eine Klage auf Herausgabe des Gewinnes sei unzulässig) u. Planck Bem. 10b—d, Dernburg § 212 II u. Enneccerus § 409 II 1 (der auftragsweise Spielende könne seine Aufwendungen nur vom gemachten Gewinne abziehen); gegen die Zulässigkeit einer Ersatzklage auch R.Ger. LI Nr. 35, LIX Nr. 56, Gruchot XLVII 932, Rspr. d. O.L.G. I 373 ff., XII 96, 275 ff. — Der Vertrag kann aber im einzelnen Falle wegen Verstosses gegen die guten Sitten oder, weil es sich um ein verbotenes Spiel handelt, nichtig sein. Vgl. auch R.Ger. b. Seuff. LXI Nr. 202 (die Frage sei konkret zu entscheiden).

tung als unrichtig erweisen wird, einer Strafe unterwirft. Sie ist Schuldvertrag, wenn die Strafe in einem Vermögensopfer bestehen soll.

Der Wettvertrag hat mit dem Spielvertrage gemein, daß er ein Gefahrvertrag ist, dem ein unmittelbarer Wert für das wirtschaftliche Leben nicht zuerkannt wird⁴⁰. Er unterscheidet sich aber begrifflich scharf vom Spielvertrage. Der Unterschied liegt nicht im äußeren Hergange, sondern im Zweck⁴¹. Der ideelle Zweck der Wette ist die Entscheidung eines Meinungskampfes, in dem Behauptung gegen Behauptung steht und die Wettgefahr gesetzt und übernommen wird, um die Ernstlichkeit der eignen Überzeugung zu erhärten. Deshalb zielt die durch den Wettvertrag an die Entscheidung geknüpfte Vermögensverschiebung in erster Linie darauf ab, den Besiegten für seinen Widerspruch durch eine Vermögenseinbuße zu bestrafen. Der entsprechende Vermögensvorteil braucht keineswegs dem Sieger zugute zu kommen, kann vielmehr einem Dritten zuzuführen oder für einen guten Zweck oder eine gemeinsame gesellige Veranstaltung zu verwenden sein. Empfängt der Sieger den Wettgewinn für sich, so tritt zu der Genugtuung über die Bewährung der eignen Behauptung eine materielle Belohnung hinzu. Demgemäß kann nicht nur das Wagnis auf beiden Seiten ungleich bemessen sein („eins gegen zehn“)⁴²,

⁴⁰ Darum fällt ein bedingtes Versprechen, das zur Beförderung ernster wirtschaftlicher Interessen abgegeben wird, nicht unter den Begriff der Wette. So z. B. das Versprechen eines Reugeldes für den Fall der Nichtteilnahme eines angemeldeten Pferdes an einem Wettrennen; O.L.G. Karlsruhe D.J.Z. XI 436. Vgl. auch Rspr. d. O.L.G. XII 96 ff.

⁴¹ Diese Ansicht ist mehr und mehr durchgedrungen; vgl. bes. Wilda VIII S. 209 ff., Beseler § 118, Windscheid § 489, Dernburg § 211 III, Enneccerus § 409 I. Ihr folgt auch das R.Ger.; vgl. Str.S. VI Nr. 64 S. 175, Nr. 138 S. 424 ff., VII Nr. 6 S. 24 ff., Z.S. LXI Nr. 37. Von den früheren Versuchen, einen objektiven Unterschied zu konstruieren, gewann namentlich die Lehre Thöls, Staatspapiere S. 257 ff., H.R. I 304, nach der beim Spiel die Herbeiführung der Entscheidung durch eine Tätigkeit der Parteien wesentlich, bei der Wette eine solche Tätigkeit ausgeschlossen sein soll, auf die Theorie (z. B. Gerber § 193, Stobbe III § 193) und die Praxis (Seuff. XI Nr. 236, XXII Nr. 236, XXVIII Nr. 242) Einfluß. Heute wird sie kaum noch verteidigt. Andere ältere Ansichten b. Bruck S. 64 ff., Stobbe-Lehmann § 243. Bei dem Scheitern solcher Versuche gelangen Manche zu dem unhaltbaren Ergebnis, einen festen begrifflichen Unterschied überhaupt zu leugnen; Bruck S. 72 ff., Endemann § 187, 2, Cosack § 157 I, Elster, Handwörterb. S. 676.

⁴² Vgl. Cod. Max. Bav. civ. IV 12 § 6 nr. 6, Seuff. II Nr. 292, Stobbe-Lehmann § 244, 4.

sondern es müssen auch die „einseitigen“ und „halben“ Wetten, bei denen nur ein Teil sich der Gefahr eines Vermögensnachteils unterwirft, als Wette anerkannt werden⁴³. Folgeweise kann auch ein in Form einer Auslobung abgegebenes einseitiges Versprechen unter den Begriff der Wette fallen⁴⁴.

Keine Wette, sondern ein in Wetteform gekleidetes Spiel ist die Spielwette. Die Wette wird noch nicht dadurch zum Spiel, daß sie im einzelnen Falle in gewinnstüchtiger Absicht eingegangen wird⁴⁵. Sie geht aber in ein Spiel über, wenn die Aufstellung widerstreitender Behauptungen nicht Ausfluß eines auf ungleicher Überzeugung beruhenden Meinungsstreites ist, sondern nur ein Mittel bildet, um Gewinn oder Verlust von einer Zufallsentscheidung abhängig zu machen⁴⁶. So verhält es sich namentlich meist, wenn über den Eintritt eines in der Zukunft liegenden Ereignisses gewettet wird⁴⁷. Demgemäß ist regelmäÙig das Wetten über den Ausgang eines Spieles (sog. „Parieren“) verdecktes Spiel⁴⁸. Durchaus den Charakter eines Glücksspiels hat jedenfalls das Wetten bei Pferderennen in seinem durch den Totalisator und die Buchmacher organisierten Betriebe⁴⁹.

⁴³ v. Jhering, Jahrb. f. D. IV 100 ff., Stobbe-Lehmann § 244, 4, Dernburg § 211 Anm. 7; R.Ger. LVI Nr. 37. Vgl. auch Windscheid § 420 Anm. 5 (für analoge Behandlung). — A. M. Regelsberger, Zivilr. Erört. S. 206 ff., Oertmann zu § 657 Vorbem. 5, § 762 Vorbem. 2, Enneccerus § 409 Anm. 6; Seuff. XVI Nr. 217.

⁴⁴ Vgl. oben § 185 S. 320 Anm. 40.

⁴⁵ Dies nimmt Wilda S. 229 ff. an; ebenso Seuff. II Nr. 291, XXXI Nr. 288. Vgl. dagegen Krügelstein a. a. O. S. 45 ff., Bruck S. 51 ff., Stobbe-Lehmann § 244 Anm. 16. — Auch durch übermäÙig hohen Wetteinsatz wird die Wette noch nicht zum Spiel; a. M. Wilda S. 230 ff., Seuff. XLIV Nr. 250.

⁴⁶ Wilda VIII 209 ff., Krügelstein S. 37 ff., Windscheid § 420 Anm. 1, Lehmann b. Stobbe § 247 Anm. 9. Abweichend Thöl § 306, Stobbe § 193 Anm. 6, Goldschmidt, Z. f. H.R. XXVIII 294 („unechte Wetten“).

⁴⁷ Jedoch nicht, wie manche (z. B. Planck Vorbem. III 2c) meinen, notwendig. Handelt es sich um ein berechenbares künftiges Ereignis, wie das Erscheinen eines Kometen, aber auch den Ausgang eines Wettkampfes, so liegt, wenn die Absicht des Wettenden auf Bewährung der Richtigkeit seiner Voraussage gerichtet ist, Wette vor. Andererseits können auch Behauptungen über Vergangenes oder Gegenwärtiges, wenn sie aufs Geratewohl aufgestellt sind, die Wette zum Spiel stempeln.

⁴⁸ Schlechthin als Spiel soll es nach Preuß. A.L.R. II 20 § 1302 gelten. Doch kann es sich bei einem Geschicklichkeitsspiel anders verhalten.

⁴⁹ R.Ger. Str.S. VI Nr. 64, 138, VII Nr. 6, Z.S. XL Nr. 71, Seuff. LXII Nr. 202, Preuß. O.V.G. VIII 363. — Daran ändert die polizeiliche Gestattung nichts. Auch nicht das R.Ges. v. 4. Juli 1905, das die Grenzen regelt, inner-

2. Geschichte. Der Wettvertrag war im alten deutschen Recht ein vollwirksamer Schuldvertrag. Behufs Begründung eines Haftungsverhältnisses wurde ursprünglich der Wetteinsatz beim Vertragsschluss körperlich hingegeben, jedoch, statt in die Hand des Gegners, in die Hand eines Treuhänders („Pfantners“) gelegt⁵⁰. Damit war das gewagte Gut als Pfand für die Richtigkeit der Behauptung des Wettenden eingesetzt und verfiel im Falle ihrer Unrichtigkeit dem Sieger. Der Wettvertrag im heutigen Wortsinn ist also als Abspaltung des realen Pfandvertrages entstanden und hat seinen Namen von dem haftenden Wadium empfangen⁵¹. Doch konnte eine Haftung für das Versprechen einer Strafleistung im Falle des Verlustes der Wette auch durch Treugelübde oder Handschlag, durch Weinkauf oder durch öffentliche Beurkundung begründet werden⁵², bis dann auch hier das formlose Versprechen klagbar wurde⁵³. Der Name „Wette“ erhielt sich und wurde infolge des Bedeutungswechsels, den dieses Wort erfuhr⁵⁴, nunmehr auf das Strafgedinge als solches bezogen. Neben den die Regel bildenden zweiseitigen Wetten kamen auch einseitige Wetten vor.

halb deren die Landeszentralbehörde die Veranstaltung eines Wettunternehmens zum Besten der Landespferdezucht für zulässig erklären kann. Dafs damit, wie das O.L.G. Kiel b. Warneyer 1911 zu § 763 B.G.B. annimmt, die erlaubten Wettverträge nach § 763 klagbar geworden wären, ist unrichtig, da weder eine Lotterie noch eine Ausspielung vorliegt.

⁵⁰ Schuld u. Haftung S. 328 ff. Vgl. Schuster S. 16 ff.; Wiener Stadtr. a. 27 (oben Anm. 4 S. 808): Spilt ein man in einem leithaus oder wettet umb ein guet pei einem rennen, oder swie sich daz nu füget von spil oder von wetten, daz hat chein chraft, es sei denne hintz einem pfantner, so hat es alles chraft (dazu Schuster S. 58 ff.). Besonders im nord. R. ist die ursprüngliche Gestalt des Wettens bewahrt; v. Amira I 228 ff., II 250 ff.

⁵¹ Der Wettvertrag ist also nicht, wie Sohm, Eheschließung S. 42 ff., meint, aus der „Wadiation“ hervorgegangen; vgl. Schuld u. Haftung S. 328.

⁵² Vgl. Schuld u. Haftung S. 329 Anm. 22—24. Ein Treugelübde mußte ursprünglich hinzutreten, um die leibliche Haftung zu begründen, wenn um das Leben oder ein Glied oder ein anderes zum körperlichen Einsatz ungeeignetes Persönlichkeitsgut gewettet wurde; oben S. 807 Anm. 2. Aus dem Treugelübde stammt die Wettform des Handschlags mit dem Durchschlagen eines Dritten (a. a. O. S. 258 Anm. 89), wobei der Durchschlagende wohl der Pfantner ist, der anstatt der beiderseitigen Wettsummen die beiderseitigen Gelübde an sich nimmt. Öfter bezeugt ist die Befestigung von Wetten durch Weinkauf. Nach dem R. von Wiener Neustadt c. 73 bedurften höhere Wetten des Abschlusses vor „Genannten“, nach Lüb. R. der Eintragung ins Stadtbuch (vgl. Lüb. R. b. Hach IV 46, Stadtbucheinträge b. Pauli, Lüb. Zustände II 72 ff., Kraut Nr. 17^a).

⁵³ Schuld u. Haftung S. 330 Anm. 26.

⁵⁴ A. a. O. S. 326 ff.

Die Klagbarkeit der Wette blieb überwiegend auch anerkannt, als dem Spiele die Klagbarkeit entzogen wurde⁵⁵. Doch wurden vielfach „Überwetten“ (d. h. Wetten mit übermäßig hohem Einsatz) und „Afterwetten“ (d. h. wohl Spielwetten) ausgenommen⁵⁶. Und unverkennbar macht sich in den Quellen des späteren Mittelalters die Neigung bemerklich, die Wette überhaupt dem Spiele gleichzustellen⁵⁷, so daß bisweilen auch aus Wetten keine Klage mehr zugelassen wurde⁵⁸.

Die Rezeption unterbrach diese Entwicklung. Im Einklange mit dem römischen Rechte⁵⁹ wurde im gemeinen Recht die Wette in scharfem Gegensatze zum Spiel als vollwirksam anerkannt⁶⁰. Auch Partikularrechte erklärten ausdrücklich ernstliche und ehrbare Wetten für klagbar⁶¹ und nahmen nur meist Überwetten aus⁶². In den großen Gesetzbüchern aber drang schließlich die Gleich-

⁵⁵ Stobbe-Lehmann § 244 Anm. 5.

⁵⁶ Münch. Stadtr. a. 229 (Überwetten haben keine Kraft). Nürnberg. Ref. v. 1479 VI 19 („Afterwett“ gleich Spielgeld unklagbar, doch soll Ritterspiel, Schiessen und Wettlauf nicht als „Afterwett“ verstanden werden); Purgoldt III 98. Gegen Überwetten ergingen auch Verbotsgesetze; Wilda S. 231 ff., Schuster S. 134 ff.

⁵⁷ So hinsichtlich der Formerfordernisse im Wiener Stadtr. (oben Anm. 50) u. Wiener Neustadt c. 73 (von spil oder von wetten). Hinsichtlich der Beschränkungen in Nürnberg. Ref. (vorige Anm.).

⁵⁸ Magd.-Bresl.-Syst. Schöffennr. III 2, 42 b. Kraut Nr. 19; Regensb. Stadtr. v. 1320 ebd. Nr. 18 („Wetten und Überwetten“); Urk. v. 1431 in Drenthe b. Loersch-Schröder-Perels Nr. 282. Auch nicht bei gerichtlichem Abschlusse nach Magd.Sch.U. b. Wassersleben I 296 ff.

⁵⁹ Über das römische Recht, in dem ja die Wette einst als Prozeßinstitut eine wichtige Rolle gespielt hatte, aber auch im Corpus juris civilis anerkannt wird (l. 17 § 5 D. 19, 5), vgl. Keller, Zivilproz. § 26 Anm. 307—308, Bruck S. 15 ff., Windscheid-Kipp § 419 Anm. 5.

⁶⁰ Vgl. Wilda S. 225 ff., Stobbe-Lehmann § 244, 2; Bruck S. 51 ff. und die dort Anm. 34 angef. Lit.; Seuff. I Nr. 345, IX Nr. 289, XIII Nr. 94, XXVII Nr. 182, XXXIII Nr. 231, XLVII Nr. 56. — Die gegenteilige Meinung älterer Schriftsteller (angeführt bei Glück S. 351 Anm. 90) drang nicht durch; ebensowenig der Widerspruch von Puchta § 258.

⁶¹ Freiburg. Stadtr. v. 1520 Bl. 39, Württ. L.R. II, 24, Frankf. Ref. II 26 § 1—3 (b. Kraut Nr. 21—23).

⁶² Württ. L.R. a. a. O., Frankf. Ref. a. a. O. § 2—3, Cod. Max. Bav. civ. IV, 12 § 6 Nr. 2. Dem Richter wird bei zu hohem Wettpreis ein Ermäßigungsrecht zugestanden. — Wenn Manche dies für gemeines Recht erklärten (so bes. Glück S. 357, Wilda 230 ff., Beseler § 128 Anm. 3) und zum Teil auch die Praxis sich in diesem Sinne entschied (Stobbe-Lehmann § 244 Anm. 18), so kam es doch nicht zu einem festen Gewohnheitsrecht; vgl. Bruck S. 52 ff., Krügelstein S. 52 ff.

stellung der Wette mit dem Spiele durch. Das preussische Landrecht freilich unterscheidet noch und läßt eine gerichtliche Klage aus dem Wettvertrage zu, nähert aber das Wettrecht dem Spielrecht dadurch an, daß es die Klage nur dann gewährt, „wenn die Wette sogleich bar gesetzt und entweder gerichtlich oder in die Verwahrung eines Dritten niedergelegt worden“⁶³. Dagegen ist im französischen, österreichischen, sächsischen und schweizerischen Gesetzbuch die Unklagbarkeit der Spielschuld vorbehaltlos auf die Wettschuld ausgedehnt⁶⁴. Diesen Vorbildern ist das B.G.B. gefolgt.

3. **Geltendes Recht.** Im heutigen deutschen Recht hat somit der begriffliche Gegensatz zwischen Wette und Spiel jede privatrechtliche Bedeutung verloren. Nur strafrechtliche Bedeutung kommt ihm noch zu. Der Wettvertrag begründet eine unvollkommene Schuld, deren Erfüllung un erzwingbar ist, jedoch, wenn sie freiwillig erfolgt, als Schuld erfüllt wirkt⁶⁵. Auch hier bleibt die Rückforderung des Geleisteten möglich, wenn der Wettvertrag, weil er nichtig oder erfolgreich angefochten ist, überhaupt keine Schuld begründet. Doch kann die echte Wette zwar wegen Verstosses gegen die guten Sitten, nicht aber wegen Verstosses gegen ein Verbotsgesetz nichtig sein⁶⁶. Eine Anfechtung der Wette wird man im Einklang mit dem früheren Recht zwar nicht schon dann, wenn der Gegner seiner Sache gewiß war, wohl aber dann zulassen müssen, wenn er dies in Täuschungsabsicht verheimlicht hat⁶⁷.

IV. **Lotterie**⁶⁸. Lotterie i. e. S. (Geldlotterie), ist eine

⁶³ Preufs. L.R. I, 11 § 573. Das Darlehen zu Wetzwecken ist nach § 581 in gleichem Umfange unklagbar wie das zu Spielzwecken.

⁶⁴ Code civ. a. 1965, 1967. Öst. Gb. § 1271 (der hinterlegte Wettpreis kann zwar nicht zurückgefordert, aber auch nicht gerichtlich gefordert werden). Sächs. Gb. § 1480. Schweiz. O.R. a. 512—514 (jetzt 513—514). — Das Zürch. Gb. § 1773—1774 versagte nicht nur jede Klage aus Wetten, sondern gewährte sogar bei Wetten in gewinnsüchtiger Absicht und bei Überwetten ein Rückforderungsrecht.

⁶⁵ Es gilt alles oben zu II 3 S. 811 ff. Gesagte. Beachtenswert ist, daß demgemäß auch durch vorherige Hinterlegung der Wettsumme unter Verzicht auf das Rücknahmerecht der Wettvertrag wirksam wird; oben S. 812 Anm. 29.

⁶⁶ Denn das Str.G.B. enthält kein Wettverbot. Insofern behält der Unterschied von Wette und Spiel mittelbar auch privatrechtliche Bedeutung; oben S. 816 Anm. 49. — Unsittlich kann die Wette nicht bloß wegen ihres Inhaltes, sondern auch als „Überwette“ wegen zu hoher Wettsumme sein.

⁶⁷ Vgl. Preufs. L.R. I, 11 § 580, Öst. Gb. § 1270, Zürch. Gb. § 1772; Wilda S. 233 ff., Stobbe-Lehmann § 244 a. E., Windscheid § 420 Anm. 3.

⁶⁸ Vgl. außer den oben S. 806 Anm. 1 angef. Schriften (bes. F. Endemann,

Veranstaltung, kraft deren eine Losziehung oder ein ähnliches Verfahren unter einer Mehrheit von Geldeinzahlern darüber entscheidet, auf welche Einsätze grössere oder kleinere Geldbeträge als Gewinne fallen, während die übrigen Einsätze verloren gehen. Der Lotterievertrag wird vom Unternehmer nach Maßgabe eines von ihm aufgestellten einheitlichen Planes mit den einzelnen Geldeinzahlern geschlossen⁶⁹. Er ist seinem rechtlichen Wesen nach ein Spielvertrag⁷⁰. Dafs der Unternehmer im ganzen einen sicheren oder doch fast sicheren Gewinn macht, steht nicht entgegen, da er dem einzelnen Spieler gegenüber eine seine Gewinnchance übersteigende Verlustgefahr läuft⁷¹. Somit finden an sich die allgemeinen Regeln des Spielrechts Anwendung.

Allein für Lotterien hat sich ein Ausnahmerecht entwickelt, seitdem die Staaten selbst Lotterien veranstalteten oder konzessionierten, um daraus Einnahmen zu erzielen⁷². Denn bei derartigen Lotterien wurde dem Lotterievertrage Vollwirksamkeit beigelegt⁷³. Das preussische Landrecht schränkte dies freilich

Beiträge usw., sowie B.R. § 188 S. 1176—1183, Stobbe-Lehmann § 247, Dernburg, Preufs. P.R. § 159): Bender, Die Lotterie, 1832, 2. Aufl. 1841; G. Cohn in Endemanns Hdb. des H.R. III 36 ff.; Eichhorn, D.J.Z. 1904 S. 520 ff.; v. Heckel, Hdwtb. d. Staatsw. ³ VI 524 ff.; weiter Literaturnachweise b. Bender S. 3 ff., G. Cohn a. a. O. Anm. 1, v. Heckel S. 534.

⁶⁹ Unter diesen entsteht keinerlei rechtliche Verbindung.

⁷⁰ Dies ist der Standpunkt des B.G.B. § 763, der auch der geschichtlichen Entwicklung entspricht; vgl. Fr. Endemann, Beitr. S. 94 ff., Beseler § 118 II, zahlreiche bei G. Cohn Anm. 4. angeführte ältere und fast alle neuere Schriftsteller. — Früher suchte man vielfach, um den Staat von dem Vorwurfe des Spielveranstalters zu entlasten, die Lotterie anders zu konstruieren. Besonders verbreitet war die Annahme eines „Hoffnungskaufes“; vgl. G. Cohn S. 47—51 (nebst den zahlreichen in Anm. 14 angef. Vorgängern), Dernburg, Preufs. P.R. § 159, Stobbe § 195 (anders Lehmann § 247), oben § 192 Anm. 32 S. 440.

⁷¹ So verhält es sich ja auch bei dem im Grofsen organisierten Hazardspiel, das bekanntlich dem Bankhalter stets Gewinn bringt.

⁷² Dies geschah seit dem 16. Jahrh. zuerst in Italien, dann aber bald in allen anderen Ländern und insbesondere auch in Deutschland. Auch heute bestehen in den meisten deutschen Einzelstaaten Staatslotterien und kommen daneben staatlich genehmigte Geldlotterien für besondere Zwecke (z. B. Kirchenbau) vor. Sie sind als „Nummerlotterien“, die Staatslotterien meist unter Verbindung mehrerer für dieselbe Nummer aufeinander folgender Ziehungen als „Klassenlotterien“ eingerichtet. Die ältere „Zahlenlotterie“ („Lotto“) ist noch in Österreich (vgl. Krainz-Pfaff-Ehrenzweig S. 320 ff.) und Italien in Gebrauch.

⁷³ Vgl. Seuff. XXXVII Nr. 211. Öst. Gb. § 1274. Sächs. Gb. § 1481. Schweiz. O.R. a. 515. Ausführliche Regelung im Preufs. A.L.A. I, 11 § 547—568.

noch durch die Bestimmung ein, daß Lose nur gegen Barzahlung verkauft werden sollen und der Unternehmer im Falle der Kreditierung des Kaufpreises nicht auf die Leistung des Einsatzes klagen, sondern nur den geschuldeten Betrag gegen eine etwaige Gewinnforderung aufrechnen kann⁷⁴. Dagegen erklärt das B.G.B. § 763 den Lotterievertrag, wenn die Lotterie staatlich genehmigt ist, vorbehaltlos für „verbindlich“. Somit kann der Unternehmer gegen den Spieler auf den versprochenen Einsatz klagen, ist aber seinerseits dem Spieler gegenüber verpflichtet, das Spiel planmäßig auszuführen⁷⁵. Der Vertragsschluss erfolgt regelmäßig durch Verkauf eines vom Unternehmer ausgestellten nummerierten Loses⁷⁶. Die heutigen Lotterielose sind stets Inhaberpapiere, die das aus dem Verträge erworbene Forderungsrecht auf Auszahlung des etwaigen Spielgewinns verkörpern, so daß ihr Besitz zur Geltendmachung der Forderung legitimiert und ihre sachenrechtliche Übertragung den Übergang der Forderung nach sich zieht⁷⁷. Durch die staat-

⁷⁴ Preufs. L.R. a. a. O. § 557—558 mit Anh. § 18 u. Kab.O. v. 21. Juli 1841. Also nur Barspiel!

⁷⁵ Der Unternehmer kann mangels anderer Abrede nicht das Spiel aufgeben, weil er zu wenig Lose abgesetzt hat; er kann dann nur die Lose, deren Absatz nach dem Spielplan vorgesehen war, für eigene Rechnung spielen. Anders Preufs. L.R. § 550—553 (Rücktrittsrecht gegen Rückerstattung der Einsätze mit Zinsen).

⁷⁶ Die Übergabe des Loses ist nicht wesentlich; R.Ger. XXXVI Nr. 78. Nach preufs. L.R. § 554 vertrat das Los die Stelle des schriftlichen Vertrages. Bei der Klassenlotterie liegt in der Erneuerung des bisher gespielten Loses für eine weitere Klasse ein neuer Vertragsschluss, zu dem aber der Unternehmer vertragsmäßig verpflichtet ist; G. Cohn S. 63 ff., Endemann § 188 Anm. 12, Dernburg § 214 V. Wird ein Los unbestellt zugesandt, so gelten über das Zustandekommen des Vertrages die allgemeinen Grundsätze (anders ältere Partikularrechte, nach denen, wer das Los nicht zurücksendet, den Einsatz nicht zu zahlen braucht, aber den Gewinn fordern kann; Stobbe-Lehmann § 247 Anm. 13). — Der Verkauf der Lose ist regelmäßig Kollekteuren und Unterkollekteuren übertragen, die zum Unternehmer in verschiedenartigen Rechtsverhältnissen stehen können, dem Publikum gegenüber aber Vertretungsmacht haben; vgl. G. Cohn S. 58 ff., Endemann, Beitr. S. 122 ff., B.R. § 188 Anm. 13—14. Besondere Bestimmungen im Preufs. L.R. § 559—567.

⁷⁷ Oben Bd. II 160. Preufs. L.R. § 555—556. — Mit der Ziehung wird das Los entweder als Niete wertlos oder es verkörpert nunmehr eine Forderung von bestimmter Höhe. Wenn daher den Gegenstand eines Vertrages ein Los als solches und somit als Träger der Gewinnhoffnung bildet, so ist der Vertrag, falls es sich herausstellt, daß das Los schon gezogen war, je nach den Umständen nichtig oder anfechtbar; vgl. G. Cohn S. 57, Endemann § 188 Anm. 10, Dernburg § 214 Anm. 12; Seuff. XLVIII Nr. 255, R.Ger. VI Nr. 79, XXXVI Nr. 78 S. 325.

liche Veranstaltung oder Genehmigung einer Lotterie empfangen, obschon sie sich unmittelbar nur auf die Vertragsschlüsse zwischen dem Unternehmer und den Spielern bezieht, mittelbar auch die sich anschließenden Verträge der Spieler miteinander und mit Dritten Vollwirksamkeit⁷⁸. Nur gilt dies nicht für solche Verträge, bei denen die autorisierte Spielveranstaltung nur benutzt wird, um in Anlehnung an sie ein neues Spiel ins Leben zu rufen⁷⁹.

Auf der anderen Seite erließen die Staaten, indem sie ein Lotteriemonopol anstrebten, mancherlei Lotterieverbote. Nach heutigem deutschen Reichsrecht ist die Veranstaltung einer öffentlichen Lotterie ohne obrigkeitliche Erlaubnis mit Strafe bedroht⁸⁰. Zweifellos sind Lotterieverträge, die gegen dieses Verbotsgesetz verstossen, auch privatrechtlich nichtig⁸¹. Dagegen haben die aus fiskalischen Gründen erlassenen landesgesetzlichen Verbote des Spielens in auswärtigen Lotterien auf die privatrechtliche Gültigkeit der Lotterieverträge, falls die Lotterie von dem zuständigen Staate genehmigt ist, keinen Einfluß⁸². Auch die durch Straf-

⁷⁸ So der Verkauf oder die Verpfändung von Losen, Aufträge zum Spiel, Gesellschaftsverträge zwecks gemeinschaftlichen Spiels und insbesondere auch Heuer- oder Promessengeschäfte, bei denen der eine Teil gegen Empfang eines festen Entgelts dem anderen Teil die Auszahlung des Gewinnes oder einen Teil des Gewinnes verspricht, der überhaupt oder innerhalb einer bestimmten Zeit auf ein Los fallen werde. Vgl. Endemann, Beitr. S. 146 ff., Cohn, S. 58 ff. u. 105 ff., Staudinger zu § 763 Bem. 4, Oertmann Bem. 1 d, Jefs, D.J.Z. 1905 S. 492 ff.; Seuff. XLVI Nr. 187, R.Ger. XXVIII Nr. 72.

⁷⁹ Dies trifft jedenfalls zu, wenn jemand die Gewinnchance eines Loses verkauft, das er nicht besitzt und sich auch nicht ohne weiteres verschaffen kann. Im übrigen ist namentlich bei Promessengeschäften über die Grenzen viel Streit; sehr eng bemisst ihre Wirksamkeit das R.Ger. XIV Nr. 21, XVIII Nr. 12, LXXVII Nr. 84, dazu Str.S. IV Nr. 30, VII Nr. 50, IX Nr. 120.

⁸⁰ Str.G.B. § 286¹. Die reiche Judikatur über die Frage, wann eine Lotterie vorliegt und wann dieselbe eine „öffentliche“ ist, wird in den Komm. zum Str.G.B. nachgewiesen.

⁸¹ Daher entsteht kein Schuldverhältnis, und das Geleistete kann nach den Vorschriften über ungerechtfertigte Bereicherung zurückgefordert werden.

⁸² Dies ist die herrschende Meinung (a. M. fast nur noch Cosack § 157 II 1 b), der auch das R.Ger. XLVIII Nr. 39, LVIII Nr. 70 beigetreten ist. Gleiches war schon für das preuss. R. (abweichend R.Ger. V Nr. 33 u. XVIII Nr. 49, Seuff. XLV Nr. 86; vgl. aber R.Ger. XVII Nr. 67) und für das gem. R. (Seuff. LIV Nr. 12) anzunehmen. Gegenüber der Bestimmung des § 763 B.G.B. ist jedenfalls ein Landesgesetz machtlos. — Die Strafandrohungen dieser Gesetze (neuestes Preuss. v. 29. Aug. 1904) hält trotz vielfachen Widerspruchs die Praxis einstimmig für gültig.

bestimmungen gesicherten reichs- und landesgesetzlichen Einschränkungen des Handels mit Lospapieren berühren nicht die privatrechtliche Wirksamkeit der verbotswidrig geschlossenen Verträge⁸³.

Ist die Veranstaltung einer Lotterie weder staatlich genehmigt noch verboten, wie dies bei nicht öffentlichen Lotterien in geschlossenen Kreisen zutrifft, so gilt das gewöhnliche Spielrecht⁸⁴.

Eine mit einem Darlehen verbundene Lotterie liegt in der Ausgabe einer Prämienanleihe. Hier wird den Gläubigern für den Fall der Zurückzahlung des Darlehns eine zu der Darlehnssumme hinzutretende Prämie versprochen, über deren Gewährung und Betrag eine Losziehung oder ein ähnliches Spielverfahren entscheidet. Die damit gesetzte Gewinnchance bildet statt der Zinsen oder neben Zinsen den Kreditpreis. Insoweit handelt es sich um eine „Zinsenlotterie“, die den Vorschriften über den Lotterievertrag unterliegt⁸⁵.

V. Ausspielvertrag⁸⁶. Durch den Ausspielvertrag verspricht ein Unternehmer, individuell bestimmte Sachen demjenigen oder denjenigen unter einer Mehrheit von Einlegern zu übereignen, den oder die ein veranstaltetes Spiel als Gewinner ergeben werde⁸⁷. Besteht das Spiel in einer Losziehung oder einem ähn-

⁸³ So R.Ges. v. 8. Juni 1871 § 6 betr. Inhaberpapiere mit Prämien, R.G. v. 16. Mai 1891 § 7 betr. Verkauf von Lospapieren gegen Teilzahlungen, Gew.O. § 148 Nr. 7^a u. 7^b betr. Hausierhandel mit Losen; Preufs. G. v. 1891 betr. gewerbsmäßigen Privathandel mit Losen der Staatslotterie.

⁸⁴ B.G.B. § 763 S. 2. Also entsteht eine unvollkommene Schuld.

⁸⁵ Seit dem R.G. v. 8. Juni 1871 dürfen aber Schuldverschreibungen auf den Inhaber mit Prämienversprechen nur auf Grund eines Reichsgesetzes zum Zweck einer Reichs- oder Staatsanleihe ausgegeben werden. Ältere mit Staatsgenehmigung ausgegebene Inhaberpapiere mit Prämien stehen den Lotterielosen bei anerkannten Lotterien gleich. Für später im Auslande oder verbotswidrig im Inlande ausgegebene Inhaberpapiere mit Prämien gelten Verkehrsbeschränkungen, die jedoch ihre privatrechtliche Wirksamkeit nicht berühren.

⁸⁶ Vgl. außer den in Anm. 1 u. 68 angef. Schriften K. Grolmann, Versuch einer Entwicklung der rechtlichen Natur des Ausspielgeschäfts, 1797; Lange, Die Rechtstheorie von dem Ausspielgeschäfte, 1818.

⁸⁷ Der Spieleinsatz kann auch in einem Vereinsbeitrage (z. B. bei der Ausspielung von Gemälden durch einen Verein zur Kunstförderung), einem Preise für ein Theaterbillet oder ein Zeitungsabonnement usw. enthalten sein. Es ist möglich, daß auf jeden Einsatz ein „Gewinn“ fallen und das Spiel nur darüber entscheiden soll, in welchem Gegenstande derselbe besteht; R.Ger. Str.S. X N. 117.

lichen Verfahren, so spricht man auch hier von einer Lotterie, so daß der Begriff der Lotterie i. w. S. neben der „Geldlotterie“ die „Warenlotterie“ umfaßt⁸⁸. Der Ausspielvertrag kann aber auch die Entscheidung von einem anders gearteten Spiel abhängig machen⁸⁹.

Das B.G.B. stellt den Ausspielvertrag dem Lotterievertrage gleich⁹⁰. Er empfängt also durch staatliche Genehmigung volle Verbindlichkeit⁹¹, während er im übrigen eine unvollkommene Schuld begründet⁹². Das Strafgesetzbuch aber bestimmt gleichfalls im § 286, daß öffentlich veranstaltete Ausspielungen beweglicher oder unbeweglicher Sachen den Lotterien gleich zu achten sind⁹³. Somit ist der Ausspielvertrag im Falle einer ungenehmigten öffentlichen Ausspielung nichtig.

Doch behält der Ausspielvertrag gegenüber dem Lotterievertrage die Besonderheit, daß er zugleich einen Sachkauf einschließt⁹⁴. Der Ausspieler empfängt die Summe der Einsätze als

⁸⁸ Auch Kombinationen sind möglich. Kann der Spieler nach freier Wahl anstatt des gewonnenen Gegenstandes einen Geldbetrag fordern, so ist damit zugleich eine Lotterie i. e. S. veranstaltet; R.Ger. Str.S. III Nr. 45.

⁸⁹ So z. B. von einem Würfelspiel oder anderem Glücksspiel, aber auch von einem Kegelspiel, Wettschießen oder Rätselraten.

⁹⁰ B.G.B. § 763. Ebenso Sächs. Gb. § 1481; Schweizer O.R. a. 515.

⁹¹ Somit gilt für die Verpflichtung des Unternehmers zur Vornahme der Ausspielung, für die ausgegebenen Lose und für die Hilfsverträge das oben Anm. 75—79 Gesagte. Bei den vielfach zugunsten eines Ausstellungsunternehmens genehmigten Ausspielungen von Kunstgegenständen, Industrieerzeugnissen, Tieren usw., den gegen Abgabe eines Teiles des Unternehmergewinns für einen gemeinnützigen Zweck genehmigten Silberlotterien und anderen Warenlotterien pflegen nummerierte Lose auf den Inhaber verkauft zu werden, die durchaus die Natur von Lotterielosen haben. Es kommen aber auch genehmigte Ausspielungen ohne Losausgabe vor.

⁹² Dies gilt namentlich für die in einem geschlossenen Kreise von Teilnehmern, z. B. innerhalb eines Vereins oder einer privaten Gesellschaft, veranstalteten Ausspielungen.

⁹³ Das R.Ger. sieht als Ausspielungen im Sinne des Str.G.B. § 286 auch das Auswürfeln in Glücksbuden und andere Glücksspiele an, bei denen der Unternehmer nur mit einem einzigen Einsetzer um Sachen spielt; Str.S. V Nr. 153, X Nr. 76. Ein Ausspielvertrag im Sinne des B.G.B. ist hier schwerlich anzunehmen. Über Schneeballverfahren und Hydrasystem als Formen der öffentlichen Ausspielung vgl. R.Ger.Z.S. LX Nr. 93 u. LXVI Nr. 11 mit Str.S. XXXIV 140, 321, 390 u. 403.

⁹⁴ Dies wurde früher überwiegend angenommen, jedoch vielfach bestritten. Die Gegner substituierten meist einen „Hoffnungskauf“ (oben § 192 Anm. 32 S. 440). Andere leugneten überhaupt das Vorhandensein eines Kaufes und glaubten mit dem Begriff eines „eigenartigen Vertrages“ auszukommen. Vgl.

Kaufpreis für die auszuspielende Sache oder Sachenmehrheit; jeder Spieler leistet mit seinem Einsatze einen Beitrag zum Kaufpreise; das veranstaltete Spiel entscheidet darüber, wer von den Beitragenden die Sache oder eine und welche der Sachen als Käufer erhält⁹⁵. Hierdurch wird freilich, da der beigemischte Kauf nur dem Spielzwecke dient, dem Ausspielvertrage nicht der Charakter des Spielvertrages entzogen⁹⁶. Wohl aber ist auf das Verhältnis des Unternehmers zum Gewinner in Ansehung der zu bewirkenden Sachleistung Kaufrecht anwendbar⁹⁷. Der Gewinner hat also beim staatlich genehmigten Ausspielvertrage ein klagbares Forderungsrecht auf Übergabe der Sache und Verschaffung des Eigentums an derselben⁹⁸. Sein Eigentumserwerb vollzieht sich nach sachenrechtlichen Grundsätzen⁹⁹.

über die verschiedenen Konstruktionen G. Cohn S. 94 ff., Stobbe-Lehmann § 247 II.

⁹⁵ Der Unternehmer verkauft freilich nicht, wie Grolmann S. 45 ff., Thöl § 304 und viele Andere (vgl. Cohn Anm. 15) meinten, an die Gesamtheit der Einleger, die dann untereinander um die actio emti spielen. Denn er kontrahiert nur mit den einzelnen Einlegern, und diese spielen nur mit ihm. Allein bei jedem einzelnen Vertragsschluss wird man darüber einig, daß für dessen Inhalt der Spielplan maßgebend sein soll. Durch diesen aber stellt der Unternehmer in der Tat eine Verbindung zwischen den Einlagen her. Alle Einlagen sollen in der Weise zusammengeworfen werden, daß sie einen festen Gesamtpreis bilden, für den die Gewinner infolge Verrechnung sämtlicher Kaufpreisbeiträge die Rechte von Käufern erwerben. Das Sächs. Gb. spricht von einem durch die Spielentscheidung bedingten Kauf. Bei jedem Vertragsschluss ist aber nicht nur vereinbart, daß der andere Teil bei Eintritt der Bedingung Käufer wird, sondern zugleich, daß bei Nichteintritt der Bedingung sein Einsatz als Kaufpreisbeitrag für die zustande gekommenen Käufe verfällt.

⁹⁶ Der Kauf darf auch nicht, wie früher oft geschah, als selbständiger Vertrag vom Spielvertrage abgetrennt werden, sondern bildet einen integrierenden Bestandteil desselben.

⁹⁷ Hiernach trägt der Unternehmer bis zur Übergabe der Sache die Gefahr. Dagegen ging nach gemeinem Recht die Gefahr zwar nicht, wie Grolmann S. 50 ff. meinte, schon mit dem Absatz der Lose auf die Spieler, wohl aber mit der Spielentscheidung auf den Gewinner über; Lange S. 208 ff., Cohn S. 98 Anm. 25—26.

⁹⁸ Auch für Sachmängel haftet der Unternehmer als Verkäufer. — Soweit nach § 763 S. 2 B.G.B. das gewöhnliche Spielrecht Platz greift, kann der Gewinner nicht auf Sachleistung klagen, wohl aber, wenn sie nicht erfolgt, seinen Einsatz zurückfordern (vgl. oben S. 813 Anm. 35).

⁹⁹ Die erfolgte Übereignung ist auch dann, wenn sie nicht gefordert werden konnte, nach § 762 B.G.B. wirksam und unanfechtbar. Wirksam ist sie auch, wenn der Ausspielvertrag nichtig war; doch ist dann, soweit nicht § 817 B.G.B. entgegensteht, die Rückforderung möglich. — Auf einem Mißverständnis beruht

VI. Differenzgeschäft¹⁰⁰. Ein Spielvertrag bleibt Spielvertrag, wenn er in die Form eines Lieferungskaufes von Waren oder Wertpapieren gekleidet wird. Dies ist der Fall, wenn die Lieferung und Abnahme nicht ernstlich gewollt, sondern nur die Ausgleichung von Gewinn und Verlust, wie sie sich aus dem Unterschiede zwischen dem vereinbarten Preise und dem Markt- oder Börsenpreise der Lieferungszeit ergeben, beabsichtigt ist. Ein solches „Differenzgeschäft“ unterliegt daher grundsätzlich dem Spielrecht, so daß aus ihm nicht auf Erfüllung geklagt, das zur Erfüllung Geleistete aber nicht zurückgefordert werden kann. Diese in der Theorie heils umstrittene Auffassung hat, nachdem sie von der deutschen Gerichtspraxis mit wachsender Entschiedenheit durchgeführt war¹⁰¹, durch das B.G.B. gesetzliche Geltung erlangt¹⁰². Nach dem B.G.B. ist der Lieferungskauf als Spiel anzusehen, wenn bei seinem Abschluß die Absicht beider Teile oder auch nur die dem anderen Teil bekannte oder erkennbare Absicht eines Teiles darauf gerichtet ist, daß der Unterschied zwischen dem vereinbarten Preise und dem Markt- oder Börsenpreise der Lieferungszeit von dem verlierenden Teil an den gewinnenden bezahlt werden soll¹⁰³. Das Anwendungsgebiet dieser Bestimmung

es, wenn Stobbe § 187 (249) a. E. und Cohn S. 97 (unter irrtümlicher Berufung auf Bornemann III 133) behaupten, nach Preuss. L.R. I, 11 § 573 gehe beim Ausspielgeschäft das Eigentum mit der Losentscheidung auf den Gewinner über. Diese Bestimmung bezieht sich lediglich auf den in §§ 569—596 geregelten Gebrauch des Loses als Mittel zur Auseinandersetzung über gemeinschaftliche Sachen und somit auf die Verwandlung von Miteigentum in Alleineigentum. Von einem Ausspielvertrage ist dabei nicht die Rede; auch nicht von einem „uneigentlichen“, wie ihn Cohn I § 300 I behandelt.

¹⁰⁰ Aus der überreichen Literatur sind die wichtigsten Schriften in meinen Grundzügen des Handelsrechts bei Holtzendorff-Kohler⁷ II 97 angeführt. Weitere Nachweise b. Stobbe-Lehmann § 246 Anm. 1, Windscheid-Kipp S. 857 Anm. Über das Recht des B.G.B. bes. Planck, Staudinger, Oertmann zu § 764, Kipp a. a. O. S. 863 ff., Crome § 290 II, Enneccerus § 410 II.

¹⁰¹ Zusammenstellung der Entsch. b. Stobbe-Lehmann Anm. 4, Windscheid-Kipp S. 857—858 Anm., Crome Anm. 17 ff.

¹⁰² B.G.B. § 764. Ähnlich schon Sächs. Gb. § 1482. Vgl. auch Schweiz. O.R. a. 512², jetzt 513². Über österr. R. Krainz-Pfaff-Ehrenzweig § 390, 4.

¹⁰³ Die Absicht braucht nicht erklärt zu sein, sondern nur sich aus den Umständen zu ergeben; sie muß aber von vornherein bestehen, so daß der ernst gemeinte Lieferungskauf durch nachträgliche Vereinbarung bloßer Differenzausgleichung nicht zum Differenzgeschäft wird. Ein wirkliches „Kassageschäft“ kann nie Differenzgeschäft sein. Dagegen ist nicht erforderlich, daß ein „Fixkauf“ vorliegt.

ist jedoch durch das für Börsentermingeschäfte geltende Sonderrecht eng begrenzt¹⁰⁴. Denn einerseits ist bei den privilegierten Börsentermingeschäften der Spieleinwand aus den §§ 762 und 764 des B.G.B. dem Vertragsteil, für den das Geschäft verbindlich ist, abgeschnitten¹⁰⁵. Andererseits begründet ein Börsentermingeschäft, insofern es für einen Teil oder für beide Teile unverbindlich ist, auch dann, wenn es reell gemeint ist, gleich einem Spielvertrage nur eine unvollkommene Schuld¹⁰⁶. Somit bleibt für die Erhebung des Spieleinwandes auf Grund des B.G.B., wenn im Einzelfalle Spielabsicht nachweisbar ist, nur bei solchen Börsentermingeschäften Raum, die zwar nicht privilegiert, aber an sich verbindlich sind¹⁰⁷. Außerdem ist bei dem erlaubten Lieferungs-

¹⁰⁴ Börs.G. in der Fassung v. 27. März 1908 §§ 52—70. Differenzgeschäfte, die keine Börsentermingeschäfte sind, werden selten vorkommen. Darum ist die Erörterung der zahlreichen Einzelfragen über Wesen und Wirkung der Differenzgeschäfte dem Handelsrecht zu überlassen.

¹⁰⁵ Börs.G. § 58 S. 1. In dieser Weise unbedingt verbindlich sind Börsentermingeschäfte, die in zugelassenen Waren oder Wertpapieren nach den amtlich festgesetzten Geschäftsbedingungen geschlossen sind, bei Erfüllung einer von drei weiteren Voraussetzungen. Erstens, wenn beide Teile börsentermingeschäftsfähig sind, für beide Teile (§ 53). Zweitens, wenn das Geschäft Wertpapiere betrifft und zwar nur ein Teil börsentermingeschäftsmäßig ist, der andere Teil aber ihm in der gesetzlich vorgeschriebenen Weise Sicherheit bestellt hat, für den börsentermingeschäftsfähigen Teil (§ 54). Drittens, wenn bei einem nicht verbotenen Börsentermingeschäft der eine Teil bei oder nach Eintritt der Fälligkeit sich dem anderen Teil gegenüber mit der Bewirkung der Leistung einverstanden erklärt und der andere Teil diese Leistung an ihn bewirkt hat, für beide Teile (§ 57, oben § 174 S. 47 Anm. 158).

¹⁰⁶ Diese Schuld ist aber nur bei einem nach § 63 verbotenen Börsentermingeschäft einer Spielschuld vollkommen gleichgestellt (§ 64). Bei einem nach § 65 verbotenen Börsentermingeschäft ist sie von schwächerer Wirkung, indem das Rückforderungsrecht in Ansehung des zur Erfüllung Geleisteten erst erlischt, wenn es nicht binnen zwei Jahren durch schriftliche Erklärung geltend gemacht wird (§ 66). Dagegen ist ihr bei nicht verbotenen Börsentermingeschäften eine stärkere Wirkung beigelegt, indem nicht nur die Rückforderung ausgeschlossen ist (§ 55), sondern auch der Gläubiger sich aus gehörig bestellter Sicherheit befriedigen kann (§ 54, vgl. oben § 174 S. 46) und überdies ein Aufrechnungsrecht gegen klagbare Forderungen aus einem anderen Börsentermingeschäft hat (§ 56, vgl. oben S. 47 Anm. 158). — Daß das unklagbare Börsentermingeschäft nicht ein rechtliches Nichts, sondern ein Vertrag mit bestimmten rechtlichen Folgen ist, führt das R.Ger. LXXVI Nr. 19 S. 84 ff. zutreffend aus; es erklärt demgemäß auch auf das durch den Vertrag begründete Rechtsverhältnis den § 157 B.G.B. für anwendbar.

¹⁰⁷ So bei nicht verbotenen Börsentermingeschäften in nicht zugelassenen Waren oder Wertpapieren, wenn beide Teile börsentermingeschäftsfähig oder

handel in Getreide- und Mühlenfabrikaten im Einzelfalle der Spiel- einwand zwar nicht auf Grund des B.G.B., wohl aber auf Grund einer dem § 764 B.G.B. entsprechenden Bestimmung des Börsen- gesetzes zulässig¹⁰⁸. Durchweg erstreckt das Börsengesetz im Einklang mit dem Spielrecht des B.G.B. die Abschwächungen der Wirksamkeit von Börsentermingeschäften auf die behufs Erfüllung der klaglosen Schuld eingegangenen Verbindlichkeiten¹⁰⁹. Aus- drücklich aber entzieht es in Abweichung vom B.G.B. Aufträge und Vereinigungen zum Abschluss von verbotenen Börsenterminge- schäften in gleichem Umfange, wie den Geschäften selbst, die Wirksamkeit¹¹⁰.

§ 209. Gesellschaftsvertrag¹.

I. Begriff. Der Gesellschaftsvertrag des heutigen bürger- lichen Rechts ist ein Schuldvertrag, durch den sich mehrere Per-

die Bedingungen des § 54 erfüllt sind. Ebenso bei Geschäften in zugelassenen Waren, wenn wesentliche Abweichungen von den offiziellen Geschäftsbedingungen (§ 50—51) vereinbart sind; vgl. R.Ger. b. Seuff. LXXI Nr. 9, Z.S. LXXXVI Nr. 101. Doch bewahrt trotz der Anwendung des Spielrechts gemäß § 762 u. 764 die Schuld stärkere Wirkung in Ansehung der Haftung bestellter Sicherheit und des Aufrechnungsrechtes; § 58 S. 2.

¹⁰⁸ Börs.G. § 68. Der als Spielvertrag entlarvte Vertrag erzeugt dann aber nur die gleiche Wirkung, wie ein verbotenes Börsentermingeschäft in der- artigen Gegenständen nach § 66, so daß die Rückforderung des Geleisteten auch hier zwei Jahre lang zulässig bleibt (oben Anm. 106).

¹⁰⁹ Börs.G. § 59 u. 69 (in wörtlicher Anlehnung an § 762² B.G.B.). Auch im Sinne des Börsengesetzes ist also Hingabe eines Wechselakzeptes keine wirksame Erfüllung der unvollkommenen Schuld; R.Ger. LXXXVII Nr. 70. Andererseits ist auch hier die klaglose Verbindlichkeit keineswegs nichtig, begründet vielmehr eine erfüllbare unvollkommene Schuld; R.Ger. LXXXV Nr. 85.

¹¹⁰ Börs.G. § 70; vgl. oben § 174 S. 46 Anm. 154.

¹ Über den Gesellschaftsvertrag des älteren deut. R. gibt nur die Literatur über die Geschichte des Handelsgesellschaftsrechtes einige Auskunft; Nach- weise in meinen Grundz. des H.R. S. 42 zu § 33, S. 52 zu § 41; seitdem P. Rehme, Geschichte des Handelsrechts, in Ehrenbergs Hdb. d. H.R. I 100 ff., 162 ff., 217 ff. — Über nord. R. v. Amira I § 87, II § 81—82. — Über röm. R. Lastig, Z. f. H.R. XXIV 409 ff., Pernice, Z. f. R.G. XVI R.A. S. 84 ff., Karlowa, Röm. R.G. II 651 ff., Trumpler, Die Geschichte der römischen Gesellschaftsformen, 1906. — Über gem. R. die Pandektenlehrbücher, bes. Glück XV 371 ff., Windscheid-Kipp § 405 ff. (mit weiteren Nachweisen in der Anm.). Die Lehrbücher des deut. P.R. sprechen entweder überhaupt nicht von der Gesellschaft oder nur von der Handelsgesellschaft. — Über preuß. R. Dernburg II § 214 ff., Förster-Eccius II § 143. — Über franz. R. Zachariae-Crome § 357—365. — Über öst. R. Krainz-Pfaff-Ehren-

sonen gegenseitig verpflichten, die Erreichung eines gemeinsamen Zwecks in der durch den Vertrag bestimmten Weise zu fördern². Der Zweck kann beliebiger Art, wirtschaftlich oder ideal, eigennützig oder gemeinnützig sein; ist er jedoch unsittlich oder verboten, so ist der Gesellschaftsvertrag nichtig.

Begriffswesentlich ist die **Gemeinsamkeit des Zweckes**. Hierdurch unterscheidet sich der Gesellschaftsvertrag von allen anderen Schuldverträgen. Auch bei anderen Schuldverträgen nimmt jeder Teil an dem Eintritt des angestrebten Erfolges ein Interesse, verfolgt aber dabei einen besonderen Zweck, so daß sich sein Interesse mit dem des anderen Teils nicht deckt, sondern nur zusammenfindet³. Hier dagegen handelt es sich um einen einheitlichen Zweck, an dessen Erreichung jeder Vertragschließende das gleiche Interesse hat. Die Vertragschließenden treten einander nicht als Parteien gegenüber, sondern vereinigen sich miteinander behufs Erwirkung desselben Erfolges. Darum können auch beliebig viele Personen den Vertrag miteinander abschließen, ohne sich in zwei Gruppen zu spalten.

Der Gesellschaftsvertrag ist somit **Gemeinschaftsvertrag**. Er zielt auf Herstellung einer Gemeinschaft unter den Beteiligten ab⁴. Er begründet freilich schuldrechtliche Verpflichtungen der

zweig § 378—380, Krasnopolski § 83. — Über das Recht des B.G.B. Komm. v. Planck, Staudinger, Oertmann zu § 705 ff.; Knoke, Das Recht der Gesellschaft nach dem B.G.B., 1901, Arch. f. b. R. XX 170 ff., Endemann § 180—181; Dernburg § 354—356; Crome § 280—285; Cosack II § 275—282 (im Gemeinschaftsrecht); Kohler II 394 ff.; Enneccerus § 395—402. Dazu über einzelne Fragen Jörges, Z. f. H.R. XLIX 140 ff., LI 47 ff.; Nagler, Sächs. Arch. X. 695 ff.; J. Haase, Inwieweit finden die Vorschriften für die synallagmatischen (gegenseitigen) Verträge auf die Gesellschaft Anwendung? Berl. Diss. 1904; O. Wölz, Das Gesellschaftsvermögen, 1908; Affolter, Arch. f. b. R. XXXV 225 ff., XLII 248 ff.; H. Kaufmann, Das Eigentum am Gesellschaftsvermögen, 1912.

² B.G.B. § 705.

³ Darum sind die partiarischen Rechtsgeschäfte, bei denen der prinzipale Zweck jedes Teils ein verschiedener ist und nur behufs besserer Erreichung desselben der Erfolg ganz oder teilweise vergemeinschaftet wird, keine Gesellschaftsverträge, sondern bleiben Pachtverträge (oben § 197 III 5 S. 561 ff., V 2 S. 567 ff.), Darlehnsverträge (oben § 198 S. 583 Anm. 79), Dienstverträge (oben § 199 S. 616), Werkverträge (Seuff. LXI Nr. 105), Verlagsverträge (oben § 205 S. 761 Anm. 59) usw. Doch können auf die gesellschaftliche Nebenabrede einzelne Vorschriften über den Gesellschaftsvertrag entsprechend angewandt werden. Vgl. Crome, Die partiarischen Rechtsgeschäfte, 1897; Knoke, Recht der Gesellsch. S. 12 ff.

⁴ Ausdrücklich nimmt das Preufs. A.L.R. I, 17 § 169 in die Begriffs-

Gesellschafter gegeneinander. Allein was jeder Gesellschafter dem anderen gleichmäÙsig schuldet, das ist Mitwirkung zur Schaffung und Erhaltung eines Gemeinschaftsverhältnisses. Als Gläubiger kann der Gesellschafter die vom Mitgesellschafter versprochenen Leistungen nur für die Gemeinschaft, nicht für sich verlangen, als Schuldner hat er nur an die Gemeinschaft und an den forderungsberechtigten Mitgesellschafter eben nur für die Gemeinschaft zu leisten. Darum ist der Gesellschaftsvertrag kein gegenseitiger Vertrag im technischen Sinne⁵. Denn die Leistungen des einen werden nicht durch Gegenleistungen des anderen, sondern jede Leistung wird durch die Beteiligung an der Gemeinschaft vergolten. Wenn die herrschende Meinung trotzdem den Gesellschaftsvertrag dem Begriff des gegenseitigen Vertrages unterstellt, so muß sie doch zugestehen, daß auf ihn die gesetzlichen Vorschriften über gegenseitige Verträge nur in beschränktem Umfange anwendbar sind⁶. In Wahrheit kann immer nur von ihrer entsprechenden Anwendung die Rede sein. Und auch für diese ist höchstens

bestimmung des Gesellschaftsvertrages auf, daß die Vertragschließenden behufs Erlangung eines gemeinsamen Endzwecks „ihr Vermögen oder Gewerbe oder auch ihre Arbeiten und Bemühungen ganz oder zum Teil . . . vereinigen“. Aber auch der Code civ. a. 1832 fordert, daß zwei oder mehrere Personen „conviennent de mettre quelque chose en commun“. Ähnlich Österr. Gb. § 1175 („zu vereinigen“); Sächs. Gb. § 1359 („eine das Vermögen betreffende Gemeinschaft begründen“); Schweiz. O.R. a. 524 (jetzt 530). Das B.G.B. folgt diesen Vorbildern nicht, kann aber nicht anders verstanden werden. Doch ist die Fassung des § 706, der nur von gegenseitigen Verpflichtungen redet, die Quelle von Mißdeutungen geworden.

⁵ So mit Recht Steinbach, Rechtsgeschäfte der wirtschaftlichen Organisation, 1897, S. 3 ff., Titze, Unmöglichkeit S. 309 ff., Krit. V.Schr. XLV 341 ff., Kohler II 279, Kipp b. Windscheid S. 784 ff., Hoeniger, Gemischte Verträge S. 207, 247 ff., grundsätzlich auch Endemann § 181 Anm. 10, Staudinger zu § 705 Bem. V.

⁶ Vgl. Knoke S. 41 ff.; J. Haase in der oben Anm. 1 angef. Schrift; Kisch, Unmöglichkeit S. 3 ff.; Planck, Vorbem. IV; Oertmann zu § 705 Bem. 4 b; Crome § 280 Anm. 2, § 281 I; Dernburg § 357 III; Enneccerus § 396 III. Im einzelnen gehen die Meinungen weit auseinander. Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages will Dernburg überhaupt ausschließen, Planck und Knoke wollen sie nur zulassen, wenn der klagende Gesellschafter nicht geleistet hat, Oertmann u. Enneccerus gewähren sie in eigenartiger Umgestaltung auch, wenn ein dritter Gesellschafter rückständig ist. Noch größere Meinungsverschiedenheit besteht darüber, inwieweit bei nachträglichem Unmöglichwerden der Leistung eines Gesellschafters oder bei dessen Verzug die §§ 323—326 anwendbar sind und wie sie namentlich bei dem Vorhandensein von mehr als zwei Gesellschaftern umgestaltet werden müssen.

Raum, so lange der Gesellschaftsvertrag noch nicht ausgeführt und somit die vereinbarte Gemeinschaft noch nicht wirksam geworden ist⁷.

Trotz seiner Vereinigungswirkung bleibt der Gesellschaftsvertrag Vertrag, weil die durch ihn begründete Gemeinschaft ein Rechtsverhältnis zwischen den Gesellschaftern ist. Hierdurch unterscheidet er sich von dem Vereinigungsakte, der einen Verein ins Leben ruft und somit ein einheitliches Rechtssubjekt schafft, das die Gemeinschaftsbeziehungen in sich konzentriert und über Beziehungen der verbundenen Personen zueinander emporhebt. Eine derartige Willenseinigung ist überhaupt kein Vertrag, sondern ein einseitiger Gesamtakt⁸. Auf sie sind daher selbst dann, wenn sie als „Gesellschaftsvertrag“ bezeichnet wird, die Regeln über den Gesellschaftsvertrag unanwendbar⁹. Anders verhält es sich jedoch nach den innerlich widerspruchsvollen Bestimmungen des B.G.B. mit dem Schöpfungsakte eines nichts rechtsfähigen Vereins, der, obschon er seinem Wesen nach kein Gesellschaftsvertrag ist, nach den Vorschriften über den Gesellschaftsvertrag behandelt werden soll¹⁰.

Der Gesellschaftsvertrag des B.G.B. ist aber kein reiner Schuldvertrag, sondern zugleich personenrechtlicher Vertrag. Denn die Gemeinschaft, die er erzeugt, ist eine Gemeinschaft zur gesamten Hand und somit personenrechtliche Gemeinschaft¹¹. Dies ist das Ergebnis einer geschichtlichen Entwicklung, die dem germanischen Recht verdankt wird.

II. Geschichte.

Das römische Recht bildete den als *societas* bezeichneten Konsensualkontrakt im Sinn eines reinen Schuldvertrages aus¹². Dem Vertrage entspringen lediglich schuldrechtliche Beziehungen

⁷ In diesem Stadium kann namentlich ein Rücktrittsrecht aus § 325 oder § 326 ohne Schaden anerkannt werden, obschon ein Bedürfnis dazu gegenüber dem § 723 kaum vorliegt. Ist aber der Vertrag bereits ausgeführt oder in der Ausführung begriffen, so ist der Rücktritt schlechthin ausgeschlossen; R.Ger. LXXVIII Nr. 67, LXXXI Nr. 71.

⁸ Vgl. oben Bd. I 486 ff., Genossenschaftsth. S. 133 ff.

⁹ Dies gilt insbesondere auch für die Gründung einer Aktiengesellschaft oder einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung, sowie einer Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft oder eines Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit.

¹⁰ B.G.B. § 54. Dazu meine Schrift über Vereine ohne Rechtsfähigkeit, 2. Aufl. 1902.

¹¹ Oben Bd. I 663 ff.

¹² Tit. Dig. pro socio XVII, 2; Inst. III, 25; Cod. IV, 37.

zwischen den Gesellschaftern. Die infolge des gesellschaftlichen Zusammenwirkens für den gemeinschaftlichen Zweck entstehenden Gemeinschaftsverhältnisse sind rechtlich nicht Ausflüsse der Sozietät, sondern der durch sie veranlafsten besonderen Rechtsvorgänge. Sie haben genau dieselbe Beschaffenheit, die sie haben würden, wenn sie unter Nichtsozien beständen, unterliegen also den gewöhnlichen individualistischen Grundsätzen der römischen *communio*, des Miteigentums, der sonstigen Mitberechtigungen und Mitverpflichtungen. Ein Gesellschaftsvermögen gibt es nicht. Dritten gegenüber entbehrt das Sozietätsband gleich jedem anderen obligationenrechtlichen Bande aller Wirksamkeit.

Im deutschen Recht rief der germanische Assoziationstrieb eine Fülle vertragsmäßiger Gesellschaften hervor, die nicht bloß schuldrechtliche, sondern zugleich personenrechtliche Gebilde waren. Denn sie begründeten eine Gemeinschaft zur gesamten Hand und demgemäß eine nach innen und außen wirksame Personeneinheit und eine ihr entsprechende Vermögensgemeinschaft. Unter ihnen kommt für die Geschichte des bürgerlichrechtlichen Gesellschaftsvertrages hauptsächlich die auf gemeinschaftlichen Geschäftsbetrieb durch alle Teilhaber gerichtete Gesellschaft in Betracht¹³. Bei ihr schuf der Vertrag nach dem Vorbilde der familienrechtlichen Gesamthandsgemeinschaften eine dauernde Verbindung mit ausgeprägter Personeneinheit und in sich geschlossenem Sondervermögen¹⁴. Ihre volle Ausgestaltung erfuhr sie in der offenen Handelsgesellschaft. Allein ein grundsätzlicher Unterschied zwischen Handelsgesellschaftsrecht und sonstigem Gesellschaftsrecht bestand nicht.

Mit der Rezeption wurde das römische Sozietätsrecht in das gemeine Recht eingeführt. Es vermochte die Fortbildung des Handelsgesellschaftsrechtes auf germanischer Grundlage nicht

¹³ Die auf Geschäftsbetrieb durch einen der Teilhaber angelegten Gesellschaftsformen, die sich aus der *commenda* (dem zur geschäftlichen Verwertung für gemeinschaftliche Rechnung anvertrauten Gut oder Geld) entwickelten, haben unmittelbare Bedeutung nur für die Geschichte des Handelsgesellschaftsrechtes. Doch ist zu beachten, daß auch sie, soweit sie überhaupt gesellschaftlichen Charakter empfangen, eine Vermögensgemeinschaft zur gesamten Hand begründeten. Vgl. jetzt die zusammenfassende Darstellung bei Rehme a. a. O. S. 101—103, 162—166, der aber doch wohl ihre Bedeutung überschätzt.

¹⁴ Vgl. schon Sachsensp. I a. 12. M. Weber, Zur Geschichte der Handelsgesellschaften im M.A., 1889, S. 14 ff., 53 ff. Auch Lastig, Z. f. H.R. XXIV 387 ff.; F. G. A. Schmidt, Handelsgesellschaften des M.A., Unters. z. D. St. u. R.G. XV (1883); Rehme S. 103—104, 166—169.

dauernd zu unterdrücken. Aber es siegte im bürgerlichen Recht. Damit trat eine Spaltung zwischen dem Handelsgesellschaftsrecht und dem gewöhnlichen Gesellschaftsrecht ein. Während jenes seine Eigenart kraft Gewohnheitsrechtes wahrte und sodann in einem umfassenden gesetzlichen Sonderrecht immer vollständiger durchsetzte, wurde im Zivilrecht die Gesellschaft auf der Stufe der römischen *societas* festgehalten. Freilich liefs man in der gemeinrechtlichen Theorie und Praxis auf Grund der Vertragsfreiheit im Einzelfalle Modifikationen des Sozietätsrechtes zu, die dasselbe bis zur Unkenntlichkeit im Sinne des deutschen Gemeinschaftsrechtes umbogen¹⁵. Und die Partikularrechte nahmen in die gesetzliche Regelung des Gesellschaftsrechtes mancherlei Sätze deutschrechtlicher Herkunft auf¹⁶. Allein mit der römischen Grundauffassung brach man nicht.

Auch die neueren Gesetzbücher hielten, obschon sie im Einzelnen das Recht des Gesellschaftsvertrags im Sinne einer stärker verbindenden Wirkungskraft fortbildeten, meist prinzipiell am römischen Sozietätsbegriff fest¹⁷. Nur das preussische Landrecht stellte sich grundsätzlich auf den Boden des deutschen Rechts¹⁸. Nachdem sodann das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch für ganz Deutschland ein in sich geschlossenes Handelsgesellschaftsrecht geschaffen hatte, in dem der deutschrechtliche Gesellschaftsbegriff zu vollem Durchbruch kam, trat der Gegensatz zum gemeinen Sozietätsrecht um so schroffer zutage. Der erste Entwurf eines deutschen bürgerlichen Gesetzbuches mit seinen streng romanistisch gedachten Vorschriften über den Gesellschaftsvertrag drohte den Gegensatz zu verewigen¹⁹. Das B.G.B. aber vollzog gründlichen Wandel und verpflanzte endgültig das Prinzip der Gemeinschaft zur gesamten Hand in die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts.

So hat der Gesellschaftsvertrag des heutigen bürgerlichen Rechts den Rahmen der Sozietätsobligation gesprengt und die

¹⁵ Oben Bd. I 672 u. dazu 630 ff., Genossenschaftsth. S. 54 ff.

¹⁶ Ältere Partikularrechte in meinem Genossenschaftsr. III 819 Anm. 194.

¹⁷ Code civ. a. 1832—1873. Öst. Gb. § 1175—1216. Sächs. Gb. § 1352 bis 1391. Schweiz. O.R. a. 524—551 („einfache Gesellschaft“); anders zum Teil jetzt a. 530—551 (vgl. besonders die veränderte Fassung des a. 544).

¹⁸ Preufs. A.L.R. I, 17 § 169—310: „Von Gemeinschaften, welche durch Vertrag entstehen.“

¹⁹ Vgl. meine Schrift über den Entw. S. 252 ff.; Personengemeinschaften und Vermögensbegriffe im Entw. S. 95 ff.

Wesensverwandtschaft mit dem Handelsgesellschaftsvertrage zurückerobert. Das B.G.B. konnte die für das Gemeinschaftsverhältnis grundlegenden Bestimmungen aus dem alten H.G.B. herübernehmen. Andererseits konnte das neue H.G.B. die offene Handelsgesellschaft nebst der Kommanditgesellschaft in Anlehnung an das Recht der bürgerlichrechtlichen Gesellschaft regeln und für alle nicht abweichend geordneten Verhältnisse auf die Vorschriften des B.G.B. über die Gesellschaft verweisen²⁰. Tiefgreifend bleiben freilich die durch das Sonderrecht der Handelsgesellschaften begründeten Unterschiede. Allein sie sind quantitativer, nicht qualitativer Natur. Sie beruhen auf einer intensiveren Ausgestaltung der gesamten Hand in ihrer personen- und vermögensrechtlichen Vereinigungskraft²¹.

Doch ist die Gesellschaft des B.G.B. ein sehr elastisches Gebilde. Denn die Vorschriften über den Gesellschaftsvertrag sind mit wenigen Ausnahmen nachgiebiges Recht. Sie sind daher einerseits einer vertragsmäßigen Abänderung fähig, kraft deren die personenrechtliche Gemeinschaft über das Regelmäßige hinaus gesteigert, verfestigt und verselbständigt wird. So kann die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts sich einer Handelsgesellschaft stark annähern, wenschon ihre Personeneinheit stets hinter der durch die gemeinschaftliche Firma ausgedrückten handelsgesellschaftlichen Personeneinheit zurückbleiben muß. Ja, der Gesellschaftsvertrag vermag als das der Errichtung eines nicht rechtsfähigen Vereines aufgezwungene Rechtsgewand eine Personeneinheit herzustellen, die in erheblichem Umfange, ohne als juristische Person anerkannt zu sein, als juristische Person funktioniert. Andererseits kann der Eintritt einer personenrechtlichen Gemeinschaft ganz wegbedungen werden, so daß keine gesamte Hand und kein Gesellschaftsvermögen entsteht²². Insbesondere ist auch im Gebiet des bürgerlichen Rechts die Eingehung einer nach Art der handelsrechtlichen stillen Gesellschaft eingerichteten Gesellschaft möglich. In solchen Fällen bleiben die Vorschriften des B.G.B. über den Gesellschaftsvertrag insoweit, als sie rein schuldrechtlichen Inhaltes sind, anwendbar²³. Es ist also auch heute

²⁰ H.G.B. § 105², 161².

²¹ Vgl. meinen Aufsatz über Handelsgesellschaftsrecht und bürgerliches Recht im Arch. f. b. R. XIX 114 ff.

²² R.Ger. b. Seuff. LXI Nr. 107; Z.S. LXXIII Nr. 74 LXXX Nr. 62; vgl. auch LXXVII Nr. 59 S. 226.

²³ Subsidiär auch auf die stille Gesellschaft des Handelsrechts; vgl. H.G.B. § 339 Abs. 1 S. 2.

ein Gesellschaftsvertrag möglich, der gleich der römischen *societas* lediglich Schuldvertrag ist.

Hier ist nur die schuldrechtliche Seite des Gesellschaftsvertrages noch näher ins Auge zu fassen und ihr Verhältnis zu seinen personenrechtlichen und sachenrechtlichen Wirkungen zu untersuchen²⁴.

III. Vertragsschluss. Der Abschluss des Gesellschaftsvertrages bedarf keiner Form²⁵. Unmittelbar mit dem Vertragsschluss tritt nach der gesetzlichen Regel nicht nur das Schuldverhältnis unter den Gesellschaftern, sondern auch ihre personenrechtliche Gemeinschaft in Kraft²⁶. An die Gemeinschaft haben die Gesellschafter die vermögenswerten Leistungen, die sie einander zur Förderung des Gesellschaftswerkes versprochen haben, zu bewirken. Somit bilden die Forderungen auf geschuldete Beiträge bereits Bestandteile des Gesellschaftsvermögens²⁷. Die Gesellschaft bringt also mangels anderer Vereinbarung ein Gesellschaftsvermögen mit auf die Welt.

IV. Verpflichtungen der Gesellschafter. Die Gesellschafter sind als Einzelne schuldrechtlich zu Leistungen verpflichtet, die an die Gemeinschaft zu bewirken sind, deren Bewirkung aber jeder andere Gesellschafter für die Gemeinschaft fordern kann.

²⁴ Von der Gemeinschaft zur gesamten Hand ist oben Band I § 80 V, von dem Gesellschaftsvermögen als Sondervermögen oben Band II § 104 III S. 57 ff. gehandelt.

²⁵ Enthält jedoch der Gesellschaftsvertrag eine formbedürftige Abrede, wie die der Einbringung des ganzen gegenwärtigen Vermögens oder eines Bruchteils (oben § 186 S. 347 Anm. 78) oder eines Grundstückes (ebd. S. 348 Anm. 106), so unterliegt diese den gesetzlichen Formvorschriften; R.Ger. b. Gruchot XLIX 627, Jur. W.Schr. 1905 S. 737. Sollen Grundstücke Dritter für die Gesellschaft erworben und unter Zerteilung mit Vorteil weiter veräußert werden, so ist die Form des § 313 nicht erforderlich; R.Ger. LXVIII Nr. 63. — Das Preuß. L.R. I, 17 § 170 u. der Code civ. a. 1834 (bei Wert über 150 frcs) fordern Schriftform.

²⁶ Besondere Regeln über den Eintritt der Wirksamkeit gegenüber Dritten, wie für Handelsgesellschaften nach H.G.B. § 123, gelten nicht. Doch kann durch Vereinbarung eines späteren Zeitpunktes für den Geschäftsbeginn die Wirksamkeit gegen Dritte hinausgeschoben werden. Möglich ist ein Vorvertrag, der auch unter den Gesellschaftern nur schuldrechtlich wirkt.

²⁷ So jetzt in Übereinstimmung mit meiner Schrift über Vereine ohne Rechtsfähigkeit S. 21 Anm. 30^a Dernburg § 359 I 1, Schollmeyer S. 143, Kipp S. 784, Kisch in Z. f. d. ö. u. P.R. d. G. XXIX 360, Enneccerus § 399 I 1; jetzt auch R.Ger. LXXVI Nr. 71. A. M. Planck zu § 718 Bem. 1a, Knoke S. 33, 77, Goldmann u. Lilienthal S. 731, 757, Oertmann zu § 718 Bem. 2^a, sowie früher R.Ger. LIV Nr. 78 S. 300.

Bei der Erfüllung dieser Verpflichtungen haben sie für gleiche Sorgfalt wie in eignen Angelegenheiten einzustehen²⁸.

Allgemein ist jeder Gesellschafter zur Förderung des gemeinsamen Zweckes verpflichtet. In welcher Weise dies zu geschehen hat, kann sich aus ausdrücklichen Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages oder aus dem, was den Umständen nach als gewollt anzunehmen ist, ergeben. Der Gesellschafter kann zu einem mehr oder minder umfassenden fortgesetzten Tun verpflichtet sein. Er kann aber auch zu Unterlassungen verpflichtet werden und ist jedenfalls zur Unterlassung solcher Handlungen verpflichtet, die den Gesellschaftszweck gefährden²⁹. Bei der Beurteilung des Schuldinhalts gewinnt der Maßstab von Treu und Glauben dadurch eine besondere Bedeutung, daß aus dem Wesen der Gesellschaft eine gegenseitige Treupflicht folgt.

Jeden Gesellschafter trifft regelmäfsig eine Beitragspflicht³⁰. Im Zweifel haben die Gesellschafter gleiche Beiträge zu leisten, es können aber auch Beiträge von ungleicher Höhe und ungleicher Art vereinbart werden. Die Beiträge, die bald einmalig bald wiederholt zu leisten sind, können in Vermögensgegenständen, die als „Einlagen“ dem Gesellschaftsvermögen zugeführt werden sollen, oder in Diensten, die eine Arbeitsleistung zugunsten des Gesellschaftsvermögens darstellen, bestehen. Die Erfüllung der Beitragspflicht erfolgt durch Vergemeinschaftung des Geschuldeten. Sind Sachen beizutragen, so kann die Vergemeinschaftung des Eigentums gewollt sein; dafür spricht bei Geld und anderen vertretbaren oder verbrauchbaren Sachen stets, bei anderen Sachen dann, wenn sie nach einer nicht blofs für die Gewinnverteilung bestimmten Schätzung beizutragen sind, eine Vermutung³¹. Dann ist die Einbringung in das Gesellschaftsvermögen durch Übereignung an die Gemeinschaft, also bei Grundstücken durch Auflassung, bei Fahrnis durch Übergabe zu vollziehen. Ebenso bedarf es, wenn ein dingliches Recht, ein Urheber- oder Patentrecht, eine Forderung, ein Persönlichkeitsgut ohne Rechtsform (z. B. Kundschaft oder Be-

²⁸ B.G.B. § 708. So auch nach röm. R. und allen anderen Gesetzbüchern.

²⁹ Eine Beschränkung der außergesellschaftlichen Tätigkeit, wie sie nach H.G.B. § 112—113 kraft gesetzlicher Regel gilt, tritt regelmäfsig nicht ein, kann aber vereinbart oder (z. B. bei einer Gewerbsgesellschaft von Minderkaufleuten) als vereinbart anzunehmen sein.

³⁰ B.G.B. § 705 a. E. Begriffswesentlich ist sie nicht; R.Ger. LXXX Nr. 62 S. 276.

³¹ B.G.B. § 706; ähnlich altes H.G.B. a. 91.

triebsgeheimnis) der Substanz nach beizutragen ist, des zur Veräußerung erforderlichen Übertragungsaktes. Die Beitragspflicht kann sich aber auch auf bloße Überlassung des Gebrauches einer Sache oder eines Rechts an die Gemeinschaft richten³². Den vereinbarten Beitrag zu erhöhen oder die durch Verlust verminderte Einlage zu ergänzen, ist der Gesellschafter mangels anderer Abrede nicht verpflichtet³³.

Eine besonders ausgestaltete gesellschaftliche Verpflichtung zu fortgesetzter Tätigkeit für die Gemeinschaft ist die Geschäftsführungspflicht. Sie trifft nach der gesetzlichen Regel jeden Gesellschafter, kann aber vertragsmäßig einem Gesellschafter oder mehreren mit Ausschluss der anderen übertragen sein³⁴. Aus der Geschäftsführung können für den einzelnen Gesellschafter Verpflichtungen mancher Art gegenüber der Gemeinschaft entstehen; er kann zur Auskunfterteilung, zur Rechnungslegung, zur Herausgabe des Empfangenen oder Erlangten, zur Schadensersatzleistung verpflichtet werden³⁵.

V. Forderungsrechte der Gesellschafter. Den Verpflichtungen des einzelnen Gesellschafters entsprechen Forderungsrechte des anderen Gesellschafters oder der anderen Gesellschafter auf Leistung an die Gemeinschaft. Dem Gesellschaftsverhältnisse entspringen aber auch Forderungsrechte, die umgekehrt dem einzelnen Gesellschafter für sich zustehen und sich gegen die Gemeinschaft richten.

Dahin gehört der Anspruch auf Geschäftsführung, soweit er nicht vertragsmäßig ausgeschlossen ist³⁶. Aus der Geschäftsführung können dann besondere vermögensrechtliche Einzelansprüche

³² Ist die Einbringung Veräußerung, so hat der Gesellschafter nach B.G.B. § 706 u. 767 für Rechts- und Sachmängel wie ein Verkäufer Gewähr zu leisten; die Ansprüche aus der Gewährleistungspflicht stehen der Gemeinschaft zu. Bei bloßer Gebrauchsüberlassung können die Regeln über Gewährleistung bei Miete und Pacht entsprechend angewandt werden.

³³ B.G.B. § 707; vgl. altes H.G.B. a. 92. Auch ein Recht auf Erhöhung oder Ergänzung hat er nicht.

³⁴ In diesem Falle kann sich nach § 712² der Gesellschafter von ihr durch Kündigung befreien, wenn ein wichtiger Grund vorliegt.

³⁵ In dieser Hinsicht finden, soweit sich nicht aus dem Gesellschaftsvertrag ein anderes ergibt, die Vorschriften über den Auftrag Anwendung; B.G.B. § 713.

³⁶ Über die Zulässigkeit der Entziehung einer im Gesellschaftsvertrage besonders übertragenen Geschäftsführungsbefugnis durch Gesellschaftsbeschluss vgl. unten S. 841 Anm. 48.

auf Vorschufsleistung für Auslagen und auf Ersatz von Aufwendungen entspringen³⁷.

Dem von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafter gebührt ein Kontrollrecht, kraft dessen er die erforderlichen Gestattungen verlangen kann, um sich von den Angelegenheiten der Gesellschaft persönlich zu unterrichten, ihre Geschäftsbücher und Papiere einzusehen und sich aus ihnen eine Übersicht über den Stand des Gesellschaftsvermögens anzufertigen³⁸.

Jedem Gesellschafter steht ferner regelmässig ein Anspruch auf einen Gewinnanteil zu. Im Zweifel gebührt jedem Gesellschafter ohne Rücksicht auf die Art und Grösse seines Beitrages ein gleicher Anteil an Gewinn und Verlust; der Gesellschaftsvertrag kann jedoch einen beliebigen anderen Verteilungsmafsstab festsetzen³⁹. Ist nur der Gewinnanteil oder nur der Verlustanteil bestimmt, so gilt die Bestimmung im Zweifel für Gewinn und Verlust⁴⁰. Der Gesellschafter kann aber nach der gesetzlichen Regel nur bei einer Gesellschaft von längerer Dauer den Rechnungsabschluss und die Verteilung des Gewinnes am Schlusse jedes Geschäftsjahres, sonst erst nach Auflösung der Gesellschaft verlangen⁴¹. Begriffswesent-

³⁷ Gemäfs den nach § 713 anzuwendenden §§ 669—670. Eine Vergütung für seine Arbeitsleistung kann er nur auf Grund besonderer Vereinbarung fordern. Der durch H.G.B. § 110 den Handelsgesellschaftern gewährte Anspruch auf Ersatz der unmittelbar durch die Geschäftsführung oder aus den mit ihr untrennbar verbundenen Gefahren erlittenen Verluste ist hier nicht anerkannt. Vgl. aber oben § 203 S. 724 Anm. 29 u. dazu Preufs. L.R. I, 17 § 227, Code civ. a. 1852, Sächs. Gb. § 1376, Schweiz. O.R. a. 537.

³⁸ B.G.B. § 716. Jede vertragsmäfsige Wegbedingung oder Einschränkung dieses Rechtes fällt weg, wenn Grund zur Annahme unredlicher Geschäftsführung vorliegt. — Ähnlich H.G.B. § 118.

³⁹ B.G.B. § 722¹. Der Vertrag kann insbesondere die Verteilung des Gewinnes nach Verhältnis der Einlagen vorschreiben, andererseits aber auch für geleistete Dienste eine besondere Gewinnquote gewähren. Er kann natürlich auch das, was nach H.G.B. § 121 als gesetzliche Regel gilt, — prozentuale Vorzugsdividende für die Kapitalanteile, — einführen.

⁴⁰ B.G.B. § 722². Doch ist ungleiche Bestimmung möglich. Völlige Wegbedingung der Gewinnbeteiligung eines Gesellschafters widerspricht dem Begriff der Gesellschaft (*societas leonina*). Dagegen kann ein Gesellschafter von der Beteiligung am Verlust ganz befreit werden; vgl. H.G.B. § 336².

⁴¹ B.G.B. § 721. Die Verteilung des Verlustes erfolgt mangels anderer Abrede stets erst nach Auflösung der Gesellschaft. — Der Vertrag kann Abweichendes bestimmen. Er kann sich auch an die stark abweichenden Bestimmungen des H.G.B. § 120 (jährliche Zuschreibung oder Abschreibung des Gewinn- oder Verlustanteils zum oder vom Kapitalanteil) und § 122 (jährliches Bezugsrecht, das bis zum Betrage von 4 v. H. des Kapitalanteils ohne Rück-

lich ist der Anspruch auf einen Gewinnanteil nicht. Der Gesellschaftsvertrag kann jede Gewinnverteilung ausschließen⁴². Er kann aber auch statt eines Gewinnanteils oder neben demselben Gebrauchs- oder Nutzungsrechte an gemeinschaftlichen Gegenständen einräumen⁴³.

Endlich steht jedem Gesellschafter nach der gesetzlichen Regel ein anwartschaftlicher Anspruch auf dasjenige zu, was ihm im Falle der Auflösung der Gesellschaft oder seines früheren Ausscheidens als Auseinandersetzungsanteil gebührt⁴⁴. Auch dieser Anspruch ist nicht begriffswesentlich und kann vertragsmäßig wegbedungen werden⁴⁵.

Die Ansprüche, die den Gesellschaftern aus dem Gesellschaftsverhältnisse gegeneinander zustehen, sind Ausflüsse ihrer persönlichen Stellung als Gesellschafter und darum unübertragbar. Dies gilt ausnahmslos für die auf Leistung an die Gemeinschaft gerichteten Ansprüche, grundsätzlich aber auch für die Ansprüche, die der einzelne Gesellschafter gegen die Gemeinschaft hat. Unter den letzteren sind hiervon nach der gesetzlichen Regel gewisse vermögensrechtliche Ansprüche ausgenommen, die mit ihrer Entstehung einen selbständigen objektiven Bestand erlangen und darum der Loslösung von der Persönlichkeit des Gesellschafters fähig sind: die Ansprüche aus der Geschäftsführung, soweit ihre Befriedigung vor der Auseinandersetzung verlangt werden kann, der Anspruch auf einen Gewinnanteil und der anwartschaftliche Anspruch auf das Auseinandersetzungsergebnis⁴⁶. Doch kann auch

sicht auf vorhandenen Gewinn besteht, in Höhe eines größeren Gewinnanteils insoweit, als es nicht zum offenbaren Schaden der Gesellschaft gereicht, geltend gemacht werden kann) anlehnen.

⁴² Dies ist bei nicht rechtsfähigen Vereinen überaus häufig der Fall, kommt aber auch bei Gesellschaften für nicht wirtschaftliche Zwecke vor.

⁴³ Auch hier handelt es sich um individuelle Forderungsrechte gegen die Gemeinschaft.

⁴⁴ B.G.B. § 734, 738.

⁴⁵ Bei nicht rechtsfähigen Vereinen ist dies nicht selten der Fall. Oft wird hier zwar für den Fall der Auflösung ein Anspruch an das Vereinsvermögen vorbehalten, jedoch für den Fall des Ausscheidens jeder Anspruch versagt. Dies ist zulässig; vgl. Vereine ohne Rechtsfähigkeit S. 24 ff. Gleiches aber muß für die Gesellschaft gelten.

⁴⁶ B.G.B. § 717. Mit dem Anspruch auf den Gewinnanteil oder das Auseinandersetzungsergebnis ist auch der vorbereitende Anspruch auf Rechnungslegung übertragbar; a. M. R.G. LII Nr. 10. Unübertragbar dagegen sind Ansprüche auf feste Bezüge aus dem Gesellschaftsvermögen; R.Ger. LXVII Nr. 6. — Aus der Übertragbarkeit ergibt sich die Verpfändbarkeit und die Pfändbarkeit.

ihre Übertragbarkeit vertragsmäßig ausgeschlossen oder eingeschränkt werden.

VI. Gemeinschaft. Die durch den Gesellschaftsvertrag begründete Gemeinschaft zur gesamten Hand ist ein personenrechtliches Verhältnis. Sie fällt daher nicht unter den Begriff eines Schuldverhältnisses, sondern bestimmt nur Inhalt und Form der in ihr wurzelnden und auf sie bezüglichen Schuldverhältnisse.

Kraft ihrer personenrechtlichen Verbundenheit bilden die Gesellschafter eine nach innen und außen wirksame Personeneinheit, deren stärkere oder schwächere Ausprägung vom Vertrage abhängt.

Nach innen besteht für den Bereich der gesellschaftlichen Angelegenheiten eine dauernde Willensverbundenheit der Gesellschafter. Die Bildung eines einheitlichen Gemeinschaftswillens erfolgt in diesem Bereiche durch Beschlussfassung, also nicht durch neue vertragsmäßige Einigung, wie sie zur Abänderung des Gesellschaftsvertrages erforderlich ist, sondern durch einseitigen Gesamtakt. Der Gesellschaftsbeschluss kann nach der gesetzlichen Regel nur einstimmig, jedoch insoweit, als der Gesellschaftsvertrag dies vorsieht, mit Stimmenmehrheit gefasst werden. Die Stimmenmehrheit wird im Zweifel nach Köpfen berechnet. Die Umsetzung des gemeinschaftlichen Wollens in gemeinschaftliches Handeln vollzieht sich durch die Geschäftsführung. Auch die Geschäftsführung steht nach der gesetzlichen Regel den Gesellschaftern gemeinschaftlich zu, so dass es für jedes Geschäft der Zustimmung aller Gesellschafter oder, sofern Stimmenmehrheit entscheidet, ihrer Mehrheit bedarf. Der Gesellschaftsvertrag kann aber die Geschäftsführung einem Gesellschafter oder mehreren Gesellschaftern unter Ausschluss der übrigen Gesellschafter übertragen. Mehrere geschäftsführende Gesellschafter sind im Zweifel nur zu gemeinschaftlicher Geschäftsführung berufen. Der Gesellschaftsvertrag kann aber auch allen oder mehreren Gesellschaftern die Geschäftsführung in der Art übertragen, dass jeder für sich allein zu handeln berechtigt ist. Dann kann jedoch mangels anderer Bestimmung jeder mitberufene Gesellschafter die Vornahme eines Geschäfts durch seinen Widerspruch hindern⁴⁷. Die durch Gesellschaftsvertrag über-

⁴⁷ B.G.B. § 709—711. — Bei der O.H.G. gilt die Befugnis jedes Gesellschafters (oder jedes von mehreren berufenen Gesellschaftern) zur Einzelgeschäftsführung mit Vorbehalt des Widerspruchsrechts jedes anderen geschäftsführenden Gesellschafters als gesetzliche Regel; H.G.B. § 114—115. Hier ist aber der Bereich der Geschäftsführung gegenüber dem der Beschlussfassung

tragene Befugnis zur Geschäftsführung kann dem Gesellschafter durch Beschluss der übrigen Gesellschafter aus einem wichtigen Grunde entzogen werden⁴⁸.

Nach außen bilden die Gesellschafter eine zu einheitlichem Handeln befähigte Gemeinschaft. Der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts fehlt freilich ein ihre ständige Personeneinheit kraft gesetzlicher Anerkennung bezeichnender Name, unter dem sie, wie die Handelsgesellschaft unter ihrer Firma, Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen und vor Gericht klagen und verklagt werden könnte; führt sie einen besonderen Namen, so hat dessen Gebrauch für die Frage, ob die Gesellschafter in ihrer Verbundenheit oder als Einzelne gehandelt haben, nur tatsächliche Bedeutung⁴⁹. Allein eine Dritten gegenüber wirksame Personeneinheit eignet auch ihr. Als solche bewährt sie sich nicht nur, wenn die Gesellschafter in gesellschaftlichen Angelegenheiten gemeinschaftlich handeln, sondern auch dann, wenn ein Gesellschafter kraft gesellschaftlicher Vertretungsmacht für die Gemeinschaft tätig wird⁵⁰. Eine gesellschaftliche Vertretungsmacht aber ist im Zweifel in der Befugnis zur Geschäftsführung enthalten und kann durch den Gesellschaftsvertrag auch selbständig begründet und begrenzt werden⁵¹. Ebenso kann die Entziehung der eingeräumten Ver-

gesetzlich abgegrenzt; § 116. Einer solchen Abgrenzung, bei der die Bestimmungen des H.G.B. als Anhalt dienen können, bedarf es auch bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts. Über die Beschlussfassung bestimmt H.G.B. § 118 ähnlich wie B.G.B. § 709.

⁴⁸ B.G.B. § 712¹. Insbesondere wegen grober Pflichtverletzung oder Unfähigkeit. Der Beschluss fordert Einstimmigkeit oder, soweit der Vertrag Mehrheitsbeschlüsse zulässt, Stimmenmehrheit. Besteht die Gesellschaft nur aus zwei Gesellschaftern, so ist der andere Gesellschafter für sich allein zur Entziehung befugt. — Nach H.G.B. § 117 erfolgt die Entziehung auf Antrag durch gerichtliches Urteil.

⁴⁹ Ein der Firma ähnlicher Gesellschaftsname kommt z. B. bei Gesellschaften von Minderkaufleuten vor und kann im Verkehr ein Reihe von Funktionen der Firma erfüllen, niemals aber im Grundbuchrecht oder im Prozess die der Firma durch H.G.B. § 124 zugewiesene Rolle spielen. Gleiches gilt von dem Namen des nicht rechtsfähigen Vereins, der aber, wenn der Verein verklagt wird, als das gilt, was er in Wahrheit ist, d. h. als Parteiname einer juristischen Person (Z.P.O. § 50²).

⁵⁰ Über das Wesen der Vertretungsmacht kraft gesamter Hand vgl. oben Bd. I 687.

⁵¹ B.G.B. § 714—715. — Ganz abweichend die Bestimmungen des H.G.B. § 125 mit ihrer scharfen Trennung der Vertretungsmacht von der Geschäftsführungsbefugnis. Doch kann der Vertrag sie nachbilden.

vertretungsmacht auf gesellschaftlichem Wege erfolgen⁵². Zwingende Vorschriften über den Umfang der gesellschaftlichen Vertretungsmacht sind dem bürgerlichen Gesellschaftsrecht fremd⁵³. Der Gesellschaftsvertrag kann also die Vertretungsmacht beliebig verteilen, ausdehnen oder einschränken und damit die einheitliche Handlungsfähigkeit der Gemeinschaft zugleich steigern und begrenzen⁵⁴.

VII. Gesellschaftsvermögen. Die personenrechtliche Gemeinschaft zur gesamten Hand ruft das sachenrechtliche Gebilde des Gesellschaftsvermögens hervor. Dabei handelt es sich wieder um eine Wirkung des Gesellschaftsvertrages, die aus dem Schuldrecht völlig heraustritt und nur eben Inhalt und Form der unter den Gesellschaftern bestehenden schuldrechtlichen Beziehungen bestimmt. Denn der Umstand, daß das Gesellschaftsvermögen zwar den Gesellschaftern, aber nur den Gesellschaftern in ihrer personenrechtlichen Verbundenheit gehört, prägt ihm eine sachenrechtliche Eigenart auf.

Das Gesellschaftsvermögen ist ein Sondervermögen, das die einzelnen ihm zugehörigen Vermögensgegenstände als Bestandteile in sich enthält und eine im Wechsel dieser Bestandteile beständige Einheit bildet⁵⁵. Er umfaßt die Beiträge der Gesellschafter und alle durch gesellschaftlichen Geschäftsbetrieb für die Gemeinschaft erworbenen Gegenstände⁵⁶, sowie den Erwerb aus Zuwachs und Surrogation⁵⁷. Als objektive Einheit ist es ein

⁵² B.G.B. § 715 (gleich der Geschäftsführungsbefugnis, — wenn sie mit dieser verbunden ist, nur zusammen mit ihr, — aus wichtigem Grunde durch Gesellschaftsbeschluss nach § 712¹; vgl. oben Anm. 48). Die Vorschriften über den Widerruf einer Vollmacht sind also auf die durch den Gesellschaftsvertrag begründete Vertretungsmacht unanwendbar, während sie für eine außerhalb des Gesellschaftsvertrages einem Gesellschafter erteilte Vollmacht in Geltung bleiben. — Bei der Handelsgesellschaft erfolgt die Entziehung auch hier nur durch gerichtliche Entscheidung; H.G.B. § 127.

⁵³ In scharfem Gegensatz zu H.G.B. § 126.

⁵⁴ So lassen sich auch bei nicht rechtsfähigen Vereinen die satzungsmäßigen Zuständigkeiten des Vorstandes und anderer Organe, die § 54 B.G.B. in das Schema gesellschaftlicher Geschäftsführung und Vertretung hineinzwängt, zur Not dem Lebensbedürfnis anpassen.

⁵⁵ Vgl. oben Bd. II 57 ff.

⁵⁶ B.G.B. § 718¹. Dazu gehören auch Forderungen der Gemeinschaft gegen die Gesellschafter, also schon die Forderungen auf zu leistende Beiträge (oben S. 835 Anm. 27), sowie die Herausgabe- oder Ersatzansprüche gegen einen geschäftsführenden Gesellschafter (oben S. 837 Anm. 35).

⁵⁷ B.G.B. § 718². So z. B. Früchte, Verkaufserlös, das mit Gesellschafts-

in sich geschlossenes, dem sonstigen Vermögen seiner Teilhaber gegenüber relativ verselbständigtes Ganze. Darum kann der Gläubiger eines Gesellschafters seine Forderung nicht gegen eine zum Gesellschaftsvermögen gehörige Forderung aufrechnen⁵⁸ und hat wegen seiner Forderung keinen Zugriff auf die zum Gesellschaftsvermögen gehörigen Gegenstände⁵⁹.

Den einzelnen Gesellschaftern stehen am Gesellschaftsvermögen Anteile zu⁶⁰. Die Anteile sind aber untrennbar mit der personenrechtlichen Stellung als Gesellschafter verknüpft und hierdurch gebunden. Ihr unmittelbarer Gegenstand ist lediglich das Vermögen als ein Ganzes. Die Anteile am Ganzen gewähren keinen Teilungsanspruch und sind der Verfügung entzogen⁶¹, unterliegen jedoch der Pfändung⁶². Ihr sonderrechtlicher Gehalt erschöpft sich

geld Angeschaffte, Entschädigungen aus Versicherung, Enteignung oder deliktischen Eingriffen. Andererseits scheidet der ordnungsmäßige Abgang und das gehörig Veräußerte aus.

⁵⁸ B.G.B. § 719² (nach dem Vorbild des A.D.H.G.B. a. 121). Dagegen kann der Gläubiger der Gesellschaft seine Forderung gegen die Privatforderung eines Gesellschafters insoweit aufrechnen, als dieser ihm persönlich haftet. Der einzelne Gesellschafter kann seine Privatforderung zur Aufrechnung gegen eine Gesellschaftsschuld, nicht aber eine Gesellschaftsforderung zur Aufrechnung gegen seine Privatschuld verwenden.

⁵⁹ Z.P.O. § 736. Vgl. A.D.H.G.B. a. 119—120.

⁶⁰ Die Anteile sind im Zweifel gleich, können aber auch ungleich bestimmt sein. Die gesetzliche Regel, nach der im Falle der Auseinandersetzung jedem Gesellschafter seine Einlage zurückzuerstatten ist (§ 735, 748), bedeutet keine Ungleichheit der Anteile als solcher, sondern nur die Behandlung der Einlagen als Passivbestandteile des Gesellschaftsvermögens. Allein durch den Gesellschaftsvertrag können die Anteile nach dem Vorbilde der „Kapitalanteile“ bei der Handelsgesellschaft (vgl. meine Grundz. des H.R. S. 48) als Wertquoten ausgestaltet werden, die durch einen buchmäßigen Nennbetrag ausgedrückt werden und im Verhältnis zueinander durch Zu- und Abschreibungen wachsen und schwinden. Möglich ist aber auch, daß die Anteile nicht auf wechselnde, sondern auf feste ungleiche Quoten abgestellt sind.

⁶¹ B.G.B. § 719¹. Vgl. aber unten X 3.

⁶² Z.P.O. § 859¹. Die Pfändung gewährt aber nach B.G.B. § 725 nur das Recht auf fristlose Kündigung der Gesellschaft und nach deren Auflösung oder dem Ausscheiden des Schuldners den Zugriff auf das Auseinandersetzungsergebnis; so lange die Gesellschaft besteht, kann der Gläubiger sich nur an den Anspruch des Gesellschafters auf einen Gewinnanteil halten. — Der Anteil am Vermögen einer Handelsgesellschaft ist unpfändbar; der Gläubiger kann nur nach fruchtloser Zwangsvollstreckung in das bewegliche Privatvermögen des Gesellschafters dessen Auseinandersetzungsguthaben pfänden und sich überweisen lassen und behufs Realisierung desselben die Gesellschaft befristet kündigen; H.G.B. § 135 (früher Art. 126).

nach der gesetzlichen Regel in dem anwartschaftlichen Anspruch auf das, was im Falle der Lösung des Gesellschaftsbandes dem einzelnen Gesellschafter als Auseinandersetzungsergebnis gebührt⁶³. Während des Bestandes des Gesellschaftsverhältnisses sind sie mangels anderer Vereinbarung wirkungslos⁶⁴. In den Anteilen am Ganzen sind nach der Auffassung des B.G.B. zugleich Anteile an den jeweilig zugehörigen einzelnen Gegenständen enthalten. Diese Anteile aber sind nicht nur der Verfügung, sondern auch der Pfändung entzogen⁶⁵. Einen sonderrechtlichen Gehalt können sie überhaupt nur im Falle der Auflösung der Gesellschaft entfalten, indem sie schliesslich in Bruchteile an den gemeinschaftlich verbliebenen Gegenständen übergehen. Solange das Gesellschaftsvermögen besteht, gewähren sie nicht einmal für den Fall der Lösung des Gesellschaftsbandes einen anwartschaftlichen Anspruch auf den einzelnen Gegenstand. Notwendig vielmehr sind sie wirkungslos. Denn das Eigentum an den körperlichen Sachen und jedes andere dingliche oder sonstige absolute Recht steht den Teilhabern ohne jede Abtrennung sonderrechtlicher Befugnisse ungeteilt zu gesamter Hand zu. Gleiches aber gilt von Forderungen, die daher nur gemeinschaftlich oder für die Gemeinschaft geltend gemacht werden können⁶⁶.

⁶³ B.G.B. § 733², 734, 738. Ist der Auseinandersetzungsanspruch wegbedungen, so entbehrt der Anteil überhaupt eines vermögensrechtlichen Inhaltes. In diesem Falle ist auch die Pfändung des Anteils erfolglos; Vereine ohne Rechtsf. S. 35.

⁶⁴ Insbesondere gewährt der Anteil nicht, wie der Kapitalanteil am Handelsgesellschaftsvermögen nach H.G.B. § 121, einen Anspruch auf einen Gewinnanteil (Vorzugsdividende bis zu 4 v. H.). Doch kann Ähnliches bedungen oder auch der Anteil an Gewinn und Verlust überhaupt mit den Vermögensanteilen verknüpft sein; oben S. 838 Anm. 39. Möglich ist auch eine Abstufung des Stimmrechts bei Mehrheitsbeschlüssen nach den Anteilen.

⁶⁵ B.G.B. § 719¹, Z.P.O. § 851¹; Seuff. LXVIII Nr. 7.

⁶⁶ Vgl. oben § 183 V 2 S. 280. Der einzelne Gesellschafter kann die Forderung nur insoweit, als er Vertretungsmacht hat, im Namen aller geltend machen. Er kann auch nicht etwa als Einzelner auf Grund des § 432 B.G.B. auf Leistung an alle klagen. Dies hat freilich das R.Ger. LXX Nr. 9 angenommen, neuerdings jedoch LXXXVI Nr. 15 zutreffend abgelehnt; ebenso O.L.G. Kiel b. Seuff. LXXI Nr. 77. Der Gesellschafter ist eben nicht bloß nicht, wie Jörges, Z. f. H.R. XLIX 180 unrichtig meint, Gesamtgläubiger, sondern für sich allein überhaupt nicht forderungsberechtigter Gläubiger; vgl. auch R.Ger. LXXXIII Nr. 23 S. 109. — Indessen kann, wenn die Forderung sich gegen einen Mitgesellschafter richtet, jeder andere Gesellschafter, auch wenn ihm die Vertretungsmacht fehlt, zwar nicht kraft Mitgläubigerrechts, wohl aber kraft seines gesellschaftlichen Forderungsrechts auf pflichtmäßiges

VIII. Gesellschaftsschulden. Die für die Gemeinschaft durch den gesellschaftlichen Betrieb oder auf andere Weise begründeten Schulden sind Gesellschaftsschulden und belasten als Passivbestandteile das Gesellschaftsvermögen⁶⁷. Sie sind aus dem Gesellschaftsvermögen zu berichtigen und stellen, insoweit dieses dazu nicht ausreicht, einen Fehlbetrag im Sinne eines gesellschaftlichen Passivvermögens dar.

Der Begriff der Gesellschaftsschulden ist im Verhältnis der Gesellschafter zueinander vollständig durchgeführt. Jeder Gesellschafter kann bei der Auseinandersetzung ihre Berichtigung aus dem Gesellschaftsvermögen fordern. Dies gilt auch für solche Gesellschaftsschulden, die den Gläubigern gegenüber unter den Gesellschaftern geteilt sind. Es gilt ebenso für die Gesellschaftsschulden, die der Gemeinschaft gegen den einzelnen Gesellschafter selbst obliegen⁶⁸. Soweit sich aber ein Fehlbetrag ergibt, ist jeder Gesellschafter verpflichtet, in dem Verhältnis, in dem er den Verlust zu tragen hat, zur Schuldtilgung beizutragen und, wenn der von einem anderen Gesellschafter geschuldete Beitrag nicht zu erlangen ist, für den Ausfall mit aufzukommen⁶⁹. Die durch den Gesellschaftsvertrag übernommene Verlusttragung schließt also, während sie mangels anderer Vereinbarung bis zur Lösung des Gesellschaftsbandes keine Verpflichtung zu Ergänzungsleistungen begründet, eine für den Fall der Lösung des Gesellschaftsbandes eintretende Deckungspflicht in sich. Es besteht eben unter den Gesellschaftern

Handeln der anderen Gesellschafter (oben zu IV u. V) die Leistung an die Gemeinschaft verlangen. Vgl. im einzelnen bes. Oertmann zu § 718 Bem. I c, Cosack § 276 I 2, H. Kaufmann a. a. O. S. 94 ff. — Zum Schutze des gutgläubigen Schuldners schreibt § 720 B.G.B. im Falle des Erwerbes einer Forderung durch die Gesellschaft die entsprechende Anwendung der §§ 406—408 B.G.B. vor; vgl. über die Tragweite dieser Bestimmung Enneccerus § 399 II 2 b.

⁶⁷ Vgl. Vereine ohne Rechtsfähigkeit S. 35 ff.; Knoke S. 78 ff.; Cosack § 278; Oertmann zu § 718 Bem. 2^e; Staudinger Bem. III 2. Doch wird der Begriff der Gesellschaftsschulden bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts noch immer von Manchen, wie Binder, Stellung des Erben S. 16, Hellwig, Anspr. S. 203 ff., bestritten, von Anderen, wie Dernburg § 360, Crome § 282 II, Enneccerus § 399 III, nur nach innen anerkannt. Eigenartig H. Kaufmann S. 18 ff. (nicht zum Gesellschaftsvermögen, aber zur Gesellschaftssphäre gehörig).

⁶⁸ B.G.B. § 733.

⁶⁹ B.G.B. § 735. Der Gesellschaftsvertrag kann jedoch diese Verpflichtung einschränken oder ganz ausschließen.

hinsichtlich der Gesellschaftsschulden eine echte Schuldgemeinschaft zu gesamter Hand.

Auch im Verhältnis zu den Gläubigern ist der Begriff der Gesellschaftsschulden von Bedeutung. Denn wegen jeder Gesellschaftsschuld kann der Gläubiger sich an das Gesellschaftsvermögen halten⁷⁰. Doch ist im Gegensatz zum Handelsgesellschaftsrecht die Verknüpfung der Gesellschaftsschulden mit dem Gesellschaftsvermögen unvollkommen durchgeführt, indem auch ein Gläubiger, dem die Gesellschafter aus einem außergesellschaftlichen Grunde als Gesamtschuldner haften, den Zugriff auf das Gesellschaftsvermögen hat⁷¹ und im Falle der Überschuldung ein besonderer Konkurs über das Gesellschaftsvermögen, der den Gesellschaftsgläubigern die abgesonderte Befriedigung aus dem Gesellschaftsvermögen sichern würde, nicht stattfindet⁷².

⁷⁰ Auf Grund eines gegen alle Gesellschafter ergangenen Urteils; Z.P.O. § 736. Dies gilt auch für den Fall der geteilten Schuld, da jeder Gesellschafter, wenn sie Gesellschaftsschuld ist, jedenfalls mit seinem Anteil haftet. Die Gesellschaftsschuld kann natürlich von den Gesellschaftern durch Aufrechnung gegen eine Gesellschaftsforderung getilgt werden, wie auch umgekehrt der Gesellschaftsgläubiger sich durch Aufrechnung gegen eine Gesellschaftsforderung befriedigen kann.

⁷¹ Dies nimmt die herrschende Meinung gemäß § 736 Z.P.O. mit Recht an; ebenso Rspr. d. O.L.G. VIII 81. Dagegen verlangen Cosack § 278 II 2 a, L. Seuffert zu Z.P.O. § 736 Bem. 1, anscheinend jetzt auch Oertmann zu § 718 Bem. 2 d γ zur Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen ein gegen die Gesellschafter als solche gerichtetes Urteil. Gewiß wäre die Beschränkung der Haftung des Gesellschaftsvermögens auf Gesellschaftsschulden folgerichtig und sachgemäß; vgl. Knoke S. 82 ff., Staudinger zu § 718 Bem. V. Allein das geltende Recht steht ihr nun einmal entgegen. Es versagt der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts die formelle Parteifähigkeit, die es der Handelsgesellschaft zugesteht; an dieses Zugeständnis aber schließt sich in § 124 H.G.B. die Forderung eines „gegen die Gesellschaft“ gerichteten Schuldtitels an. — Das unbefriedigende Ergebnis muß auch auf die Aufrechnung erstreckt werden; Vereine ohne Rechtsf. S. 37 Anm. 60. — Dies alles gilt grundsätzlich auch für das Vermögen nicht rechtsfähiger Vereine, wenn der Gläubiger sich gegen sämtliche Mitglieder wendet; verklagt er aber den Verein aus Z.P.O. § 50, so kann er die Zwangsvollstreckung in das Vereinsvermögen aus Z.P.O. § 735 nur wegen der Vereinsschulden betreiben; a. a. O. S. 37.

⁷² Dies ist trotz der abweichenden Meinung von L. Seuffert, Konkursproz. § 14, 4, u. Cosack § 276 II 2 d fast allgemein anerkannt; vgl. Vereine ohne Rechtsf. S. 37 Anm. 61 und die dort Angeführten, dazu Oertmann Bem. 4. Die Gläubiger sind vielmehr nach K.O. § 16 auf die Auseinandersetzung außerhalb des Konkurses angewiesen. — Anders bei der Handelsgesellschaft; K.O. § 209—212. Anders auch beim nicht rechtsfähigen Verein; K.O. § 213.

Die Haftung der einzelnen Gesellschafter für Gesellschaftsschulden ist nur insoweit gesellschaftsrechtlich geordnet, als jeder Gesellschafter jedenfalls im Bereiche der gesamten Hand mit seinem Anteil am Gesellschaftsvermögen haftet⁷³. Dagegen begründet das Gesellschaftsverhältnis des bürgerlichen Rechts keine gesetzliche Sonderhaftung, wie sie sich für den Handelsgesellschafter mit Rechtsnotwendigkeit aus der handelsgesellschaftlichen Haftungsgemeinschaft ergibt⁷⁴. Vielmehr entscheiden darüber, inwieweit die einzelnen Gesellschafter zugleich mit ihrem sonstigen Vermögen für Gesellschaftsschulden haften, lediglich die allgemeinen Grundsätze. Danach haften sie für eine Gesellschaftsschuld, die sich auf eine unteilbare Leistung richtet oder kraft zwingender Gesetzesvorschrift (z. B. als Deliktsschuld) solidarisch verpflichtet, überdies aber im Zweifel für jede vertragsmäßig eingegangene Gesellschaftsschuld, auch wenn der Leistungsgegenstand teilbar ist, als Gesamtschuldner⁷⁵. Wegen solcher Schulden kann sich also der Gläubiger nach Belieben an jeden einzelnen Gesellschafter halten und, statt aus dem Gesellschaftsvermögen, aus dessen besonderem Vermögen (mit Einschluss der übertragbaren Ansprüche aus dem Gesellschaftsverhältnis, insbesondere auf Gewinnanteil)

⁷³ Er muß sich ja die mit dem Zugriff auf das Gesellschaftsvermögen verbundene Entleerung seines Anteils gefallen lassen. Andererseits ist der Gesellschaftsgläubiger gegen die Entleerung des Anteils durch Zugriff der Privatgläubiger eines Gesellschafters auf das Gesellschaftsvermögen geschützt; oben S. 843 Anm. 58—59, S. 845 Anm. 65. Dagegen kann er die Pfändung des Anteils im ganzen durch einen Privatgläubiger nicht hindern; oben S. 843 Anm. 62. Und im Konkurse des Gesellschafters kann er nicht, wie der Handelsgesellschaftsgläubiger nach K.O. § 212, abgesonderte Befriedigung aus dessen Anteil fordern. Nur im Verhältnis der Gesellschafter zueinander gewährt § 51 K.O. wegen der auf das Gesellschaftsverhältnis sich gründenden Forderungen das Recht abgesonderter Befriedigung aus dem Anteil des Gemeinschuldners.

⁷⁴ Für den offenen Handelsgesellschafter nach H.G.B. § 128—130, aber auch für den Kommanditisten bis zur Haftungsgrenze nach § 171—176. Hier entspringt dem Gesellschaftsverhältnis hinsichtlich aller Gesellschaftsschulden kraft zwingenden Rechts ein Gesamtschuldverhältnis der einzelnen Gesellschafter, das eine von der Gemeinschaftshaftung zur gesamten Hand rechtlich unterschiedene, mit ihr jedoch organisch zum Ganzen verbundene Sonderhaftung erzeugt.

⁷⁵ B.G.B. § 431, 420, 427. — Auch ein Gläubiger, der zugleich Gesellschafter ist, kann wegen einer unabhängig vom Gesellschaftsverhältnis erlangten Forderung die einzelnen Gesellschafter als Gesamtschuldner in Anspruch nehmen und muß sich nur den auf ihn fallenden Teil der Schuld anrechnen lassen; R.Ger. LXXXV. Nr. 29. (Bei der offenen Handelsgesellschaft nimmt die Praxis das Gegenteil an.)

Befriedigung suchen⁷⁶. Dagegen haften die einzelnen Gesellschafter für Gesellschaftsschulden mit teilbarem Leistungsgegenstande, falls sie nicht auf Vertrag beruhen, im Zweifel, — falls sie vertragsmäßig eingegangen sind, bei darauf gerichteter Abrede nur nach Anteilen⁷⁷. Doch kann im Bereiche des nachgiebigen Rechts die Sonderhaftung aller oder einzelner Gesellschafter beliebig eingeschränkt oder ausgeschlossen werden⁷⁸. Dies kann für alle rechtsgeschäftlichen Gesellschaftsschulden von vornherein dadurch erzielt werden, daß der Gesellschaftsvertrag die gesellschaftliche Vertretungsmacht beschränkt⁷⁹. Es kann also Gesellschaftsschulden geben, die als reine Gesamthandsschulden überhaupt nur die Gesellschafter in ihrer Verbundenheit verhaften.

IX. Beendigung. Der Gesellschaftsvertrag begründet ein dauerndes Schuldverhältnis. Die Dauer der Gesellschaft kann bestimmt oder unbestimmt sein. Die Gesellschaft ist auf bestimmte Zeit eingegangen, wenn eine feste Zeitgrenze entweder ausdrücklich vereinbart ist oder sich aus dem Gesellschaftszweck ergibt⁸⁰. Andernfalls ist sie auf unbestimmte Zeit eingegangen. Als Gesellschaft auf unbestimmte Zeit wird auch eine Gesellschaft behandelt, die für die Lebenszeit eines Gesellschafters eingegangen ist⁸¹.

⁷⁶ Der einzelne Gesellschafter haftet also gleich dem persönlich haftenden Handelsgesellschafter unmittelbar, prinzipal, unbeschränkt und solidarisch. Allein seine Sonderhaftung ist keine gesellschaftliche Haftung. Daher sind die Vorschriften des § 129 H.G.B. auf sie nicht anwendbar.

⁷⁷ B.G.B. § 420, 427. Auch die anteilige Sonderhaftung ist nach der gesetzlichen Regel unmittelbar, prinzipal und unbeschränkt. Bei Handelsgesellschaften kann sie nicht vorkommen.

⁷⁸ Die Sonderhaftung kann durch eine Haftungssumme für alle oder nach dem Muster der Kommanditgesellschaft für einzelne Gesellschafter begrenzt, sie kann aber auch ganz wegbedungen werden.

⁷⁹ Vgl. Vereine ohne Rechtsf. S. 38—40 u. die dort gegebenen Nachweise. Der dagegen erhobene Widerspruch scheint verstummt zu sein. Bei nicht rechtsfähigen Vereinen bildet die satzungsmäßige Einschränkung der Vertretungsmacht des Vorstandes auf Haftbarmachung des Vereinsvermögens die Regel und muß auch ohne ausdrückliche Bestimmung als gewollt gelten. Gleiches aber ist bei der Gesellschaft möglich.

⁸⁰ So z. B., wenn die Gesellschaft zur Abwicklung bestimmter Geschäfte oder zur Verwertung eines Patentes errichtet ist; Motive II 618; R.Ger. in Jur.W.Schr. 1906 S. 741, Warneyer IV 470; Oertmann zu § 723 Bem. 2 a; Enneccerus § 400 Anm. 2. Dagegen nehmen Goldmann u. Lilienthal S. 769 u. Dernburg § 363 Anm. 4 (seit 3. Aufl.) in solchen Fällen eine Gesellschaft auf unbestimmte Zeit an.

⁸¹ B.G.B. § 724. Nach dem Vorbild des A.D.H.G.B. a. 123². Ebenso H.G.B. § 134. Auch Schweiz. O.R. a. 546.

Ebenso eine Gesellschaft, die nach dem Ablaufe der bestimmten Zeit stillschweigend fortgesetzt wird⁸².

1. **Beendigungsgründe.** Die Gesellschaft endet gleich anderen dauernden Schuldverhältnissen normalerweise durch Ablauf der ihr gesetzten Zeit oder durch Kündigung seitens eines Gesellschafters⁸³. Eine auf unbestimmte Zeit eingegangene Gesellschaft kann nach der gesetzlichen Regel von jedem Gesellschafter jederzeit fristlos gekündigt werden⁸⁴. Durch den Gesellschaftsvertrag kann aber eine Kündigungsfrist vorgeschrieben sein. Auch bei der Gesellschaft auf bestimmte Zeit kann einerseits ein Recht vorzeitiger befristeter Kündigung eingeräumt, andererseits die Beendigungswirkung des Zeitablaufes von einer vorherigen befristeten Kündigung abhängig gemacht werden⁸⁵. Kraft zwingender Gesetzesvorschrift aber kann jede Gesellschaft vor Ablauf ihrer Zeit und ohne Rücksicht auf eine vereinbarte Kündigungsfrist auf sofort gekündigt werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt⁸⁶. Die an sich zulässige fristlose Kündigung darf nicht zur Unzeit erfolgen, falls nicht ein wichtiger Grund dies rechtfertigt; andernfalls ist sie zwar wirksam, verpflichtet aber zum Schadensersatz an die anderen Gesellschafter⁸⁷. Zur fristlosen Kündigung ist an Stelle

⁸² B.G.B. § 724; H.G.B. § 134. Vgl. Schweiz. O.R. a. 546. Doch kann im Gesellschaftsvertrage vereinbart sein, daß die Fortsetzung für bestimmte Zeit eintritt.

⁸³ Das Kündigungsrecht kann vertragsmäßig nicht ausgeschlossen und auch nicht über das gesetzlich zugelassene Maß hinaus, z. B. durch Ausbedingung einer Vertragsstrafe oder eines anderen Rechtsnachteils, beschränkt werden; B.G.B. § 723³, R.Ger. LXI Nr. 80, Seuff. LVII Nr. 147, Rspr. d. O.L.G. XVIII 31 u. 32, XXII 334.

⁸⁴ B.G.B. § 723 Abs. 1 S. 1. Dagegen die Handelsgesellschaft nur mit sechsmonatiger Frist zum Ablauf des Geschäftsjahrs; H.G.B. § 132 (gilt nach § 339 auch für die stille Gesellschaft). Eine sechsmonatige Kündigungsfrist schreibt allgemein das Schweiz. O.R. a. 546 vor.

⁸⁵ Dadurch wird die Gesellschaft nicht zu einer solchen auf unbestimmte Zeit; R.Ger. LXXXII Nr. 86.

⁸⁶ B.G.B. § 723 Abs. 1 S. 2—3. Ein wichtiger Grund liegt immer vor, wenn ein anderer Gesellschafter eine wesentliche Verpflichtung aus dem Gesellschaftsvertrage vorsätzlich oder grob fahrlässig verletzt oder wenn die Erfüllung einer solchen Verpflichtung unmöglich wird. Doch sind dies nur Beispiele von wichtigen Gründen. Gleiches gilt für die stille Gesellschaft; H.G.B. § 339 Abs. 1 S. 2. Dagegen tritt bei der Handelsgesellschaft das unabdingbare Recht des Gesellschafters, die Auflösung der Gesellschaft durch gerichtliches Urteil zu verlangen, an die Stelle; H.G.B. § 133. Das schweiz. O.R. a. 545² bestimmt das gleiche auch für die einfache Gesellschaft.

⁸⁷ B.G.B. § 723². Vgl. Schweiz O.R. a. 546².

eines Gesellschafters stets auch dessen Gläubiger befugt, wenn er die Pfändung seines Anteils erwirkt hat und der Schuldtitel nicht bloß vorläufig vollstreckbar ist⁸⁸.

Abgesehen von Zeitablauf und Kündigung endet die Gesellschaft auch aus anderen Gründen. Es versteht sich von selbst, daß sie stets durch Vereinbarung aufgehoben werden kann⁸⁹ und durch Eintritt einer etwaigen auflösenden Bedingung ihr Ende erreicht. Sie endet ferner, wenn der vereinbarte Zweck erreicht oder dessen Erreichung unmöglich geworden ist⁹⁰. Insbesondere aber wird sie, wenn der Gesellschaftsvertrag nichts anderes bestimmt, durch den Tod eines Gesellschafters und durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Gesellschafters aufgelöst⁹¹.

2. Beendigungsfolgen. Die Beendigung der Gesellschaft bewirkt den Wegfall des dauernden Schuldverhältnisses und damit zugleich der in ihm wurzelnden personenrechtlichen Gemeinschaft.

Allein das Gesellschaftsverhältnis hat Nachwirkungen. Das Erlöschen des dauernden Schuldverhältnisses ruft unter den Gesellschaftern vorübergehende Schuldverhältnisse hervor, die sich auf die Verwirklichung der Beendigungsfolgen richten. Beim Tode eines Gesellschafters ist dessen Erbe zur unverzüglichen Anzeige

⁸⁸ B.G.B. § 725; oben S. 843 Anm. 62. Die Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages über eine bestimmte Zeitdauer der Gesellschaft oder über eine einzuhaltende Kündigungsfrist binden den Gläubiger nicht. — Über das befristete Kündigungsrecht des Gläubigers eines Handelsgesellschafters vgl. H.G.B. § 135 und oben S. 843 Anm. 62.

⁸⁹ Hervorgehoben im Schweiz. O.R. a. 545¹ Z. 4. Die Handelsgesellschaft wird nach H.G.B. § 131 Z. 2 auch „durch den Beschluß der Gesellschafter“, der auch Mehrheitsbeschluß sein kann, aufgelöst. Zweifellos kann dies auch für die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts durch den Gesellschaftsvertrag bestimmt sein. Bei nicht rechtsfähigen Vereinen bildet die Auflösung durch Vereinsbeschluß den regelmässigen und oft den einzigen Beendigungsgrund.

⁹⁰ B.G.B. § 726. Dies gilt auch für die stille Gesellschaft (H.G.B. § 339), nicht aber für die Handelsgesellschaft. Allgemein gilt es nach Schweiz. O.R. a. 545¹ Z. 1.

⁹¹ B.G.B. § 727¹ u. 728. Ebenso H.G.B. § 131 Z. 3 u. 4. Doch ist nach H.G.B. § 177 u. 339² zwar der Konkurs, nicht aber der Tod des Kommanditisten oder stillen Gesellschafters Beendigungsgrund. Die Entmündigung eines Gesellschafters wirkt nicht unmittelbar auflösend, ist vielmehr nur Kündigungsgrund. Anders nach Schweiz. O.R. a. 545¹ Z. 3 (ausgenommen nach a. 644 die Bevormundung des Kommanditärs, dessen Konkurs gleichfalls der Auflösungskraft entbehrt). — Bei der Handelsgesellschaft tritt als Auflösungsgrund nach H.G.B. § 131 Z. 3 der Gesellschaftskonkurs hinzu (mit der Modifikation durch § 144). Ebenso nach Schweiz. O.R. a. 572¹.

und zur einstweiligen Fortführung der seinem Erblasser übertragenen dringlichen Geschäfte verpflichtet; die übrigen Gesellschafter haben in diesem Falle und ebenso, wenn ein Gesellschafter in Konkurs fällt, die ihnen übertragenen Geschäfte einstweilen fortzuführen⁹². Andererseits gilt, falls die Auflösung auf andere Weise als durch Kündigung erfolgt, die durch den Gesellschaftsvertrag einem Gesellschafter übertragene Befugnis zur Geschäftsführung zu dessen Gunsten als fortbestehend, bis er die Auflösung kennt oder kennen muß⁹³. Vor allem aber entspringt dem Gesellschaftsvertrage mit dem Augenblicke der Auflösung der Gesellschaft ein gegenseitiger Anspruch auf Auseinandersetzung in Ansehung des Gesellschaftsvermögens⁹⁴. Es entspricht dem Wesen der Gemeinschaften zur gesamten Hand, daß in dem zur Verwirklichung der Auflösungsfolgen erforderlichen Umfange auch die personenrechtliche Verbundenheit der Gesellschafter in Kraft bleibt⁹⁵. Insoweit bilden also die Gesellschafter nach wie vor eine vom Gesellschaftsrecht beherrschte Gemeinschaft zur gesamten Hand, die nur in ihrer Wirkungskraft verengt und in ihrer Lebensdauer begrenzt ist⁹⁶. Dies gilt insbesondere für die Auseinandersetzungsgemeinschaft, die für die Beendigung der schwebenden Geschäfte, die dazu erforderliche Eingehung neuer Geschäfte und die Erhaltung und Verwaltung des Gesellschaftsvermögens die ehemaligen Gesellschafter zusammenhält, aber eben nicht mehr für den Gesellschaftszweck, sondern nur noch für den Auseinandersetzungszweck besteht. Innerhalb dieser Grenzen wird ihre personenrechtliche Struktur, soweit nichts anderes vereinbart ist, durch die für die aufgelöste Gesellschaft maßgebenden Regeln mit der Ab-

⁹² B.G.B. § 727², 728 S. 2. H.G.B. § 137. Vgl. Schweiz. O.R. a. 547²⁻³.

⁹³ B.G.B. § 729; H.G.B. § 136; Schweiz. O.R. a. 547¹. Für den Fall der Kündigung gilt dies nicht, da die Kündigung dem geschäftsführenden Gesellschafter immer bekannt sein muß. — Einem bösgläubigen Dritten kommt die Vorschrift des § 729 B.G.B. nach § 169 nicht zugute.

⁹⁴ B.G.B. § 730¹; Schweiz. O.R. a. 548¹.

⁹⁵ Vgl. oben Bd. I 696. — Dazu Wimpfheimer, Die Gesellschaften des Handelsrechts und des bürgerlichen Rechts im Stadium der Liquidation, 1908.

⁹⁶ Das Gesetz stellt behufs Erzielung dieses Erfolges eine Fiktion auf: „insoweit gilt die Gesellschaft als fortbestehend“; B.G.B. § 727 Abs. 2 S. 3, § 730 Abs. 2 S. 1, H.G.B. § 137. Die Gesellschaft ist also in Wahrheit aufgelöst, ihre Auflösung wird aber teilweise weggingiert! Das wirkliche Verhältnis wird dadurch nicht ausgedrückt. Die aufgelöste Gesellschaft besteht nicht mehr, und der Bestand der Nachwirkungsgemeinschaft ist nicht fiktiv, sondern real. Besser drückt sich H.G.B. § 156 aus.

weichung bestimmt, daß im Zweifel an die Stelle besonders übertragener Geschäftsführung die gemeinschaftliche Geschäftsführung aller Teilhaber tritt⁹⁷. Und das Gesellschaftsvermögen bleibt bis zur Vollendung seiner Aufteilung ein in sich geschlossenes Sondervermögen⁹⁸.

Die Auseinandersetzung unterliegt freier Vereinbarung⁹⁹. In Ermangelung einer solchen gelten gesetzliche Vorschriften, die durch die für die Teilung einer Gemeinschaft nach Bruchteilen geltenden Vorschriften ergänzt werden¹⁰⁰. Die der Gesellschaft von einem Gesellschafter nur zur Benutzung überlassenen Gegenstände sind ihm zurückzugeben¹⁰¹. Aus dem Gesellschaftsvermögen sind zunächst die Gesellschaftsschulden zu berichtigen oder, soweit sie noch nicht fällig oder streitig sind, durch Zurückbehaltung des zur Berichtigung Erforderlichen sicherzustellen¹⁰². Sodann sind die Einlagen der Gesellschafter in ihrem Geldbetrage oder einem durch den Wert, den sie zur Zeit des Einbringens gehabt haben, bestimmten Geldbetrage zurückzuerstatten¹⁰³. Zur Schuldenberichtigung und Einlagenrückerstattung ist das Gesellschaftsvermögen,

⁹⁷ B.G.B. § 730². Bei der Handelsgesellschaft tritt an Stelle der aufgelösten Gesellschaft die durch eingehende Vorschriften besonders geregelte Liquidationsgemeinschaft; H.G.B. § 145—157.

⁹⁸ Dies gilt sowohl im Verhältnis der Teilhaber zueinander wie gegenüber Dritten; vgl. unten S. 854 Anm. 109.

⁹⁹ B.G.B. § 731. H.G.B. § 145.

¹⁰⁰ B.G.B. § 731. Bei der Handelsgesellschaft gelten die Abweichungen der §§ 149 u. 155 H.G.B.

¹⁰¹ B.G.B. § 732. Zum Gesellschaftsvermögen gehörte eben nur das Benutzungsrecht, das mit der Auflösung der Gesellschaft erloschen ist. Wertersatz für zufälligen Untergang ist nicht zu leisten.

¹⁰² B.G.B. § 733¹; dazu H.G.B. § 155². Vgl. oben S. 845. Sonach erhält auch der einzelne Gesellschafter das, was er von der Gemeinschaft zu fordern hat, ohne Abzug aus dem Gesellschaftsvermögen; § 756 B.G.B. ist unanwendbar.

¹⁰³ B.G.B. § 733². Auf Rückgabe in Natur hat hinsichtlich der quoad sortem eingebrachten Gegenstände kein Gesellschafter einen Anspruch (vgl. auch Schweiz. O.R. a. 548). Die Werterstattungspflicht jedoch ist, da die Einlagen das Gesellschaftsvermögen als Passiva belasten (oben S. 843 Anm. 60), eine Gesellschaftsschuld, für die aber das Gesellschaftsvermögen nur nach Abzug aller anderen Gesellschaftsschulden haftet. Für Beiträge, die in Diensten oder Nutzungsüberlassung bestanden haben, — sie werden in § 733² unzutreffend auch „Einlagen“ genannt, — kann Ersatz nicht verlangt werden. Ist für sie eine Vergütung vereinbart, so ist die Forderung auf rückständige Vergütung gemäß § 733¹ vorweg zu befriedigen.

soweit erforderlich, in Geld umzusetzen¹⁰⁴. Ergibt sich ein Passivbestand, so haben die Gesellschafter den Fehlbetrag nach Maßgabe ihres Anteils am Verlust kraft ihrer nunmehr wirksam werdenden Deckungspflicht aufzubringen¹⁰⁵. Ein Überschuss aber gilt als Gewinn und gebührt daher den Gesellschaftern nach Maßgabe ihrer Anteile am Gewinn¹⁰⁶. Gehören zum bereinigten Gesellschaftsvermögen noch Gegenstände, die nicht in Geld bestehen, so erfolgt ihre Verteilung insoweit, als dies tunlich ist, durch Naturalteilung, im übrigen durch Teilung des Verkaufserlöses¹⁰⁷. Alle diese gesetzlichen Vorschriften aber sind nachgiebiges Recht. Die Gesellschafter können eine beliebige andere Art der Auseinandersetzung vereinbaren. Der Gesellschaftsvertrag kann aber auch von vornherein über die Schicksale des Gesellschaftsvermögens Abweichendes bestimmen. Er kann sogar jede Rückerstattung der Einlagen verwehren, die Deckungspflicht hinsichtlich eines Fehlbetrages ausschließen und die Verteilung des Reinvermögens unter die Gesellschafter wegbedingen¹⁰⁸.

Die Haftung der Gesellschafter gegenüber den Gesellschaftsgläubigern wird von der Auflösung der Gesellschaft nicht berührt. So lange unverteiltes Gesellschaftsvermögen

¹⁰⁴ B.G.B. § 733³. In H.G.B. § 149 ist die Umsetzung in Geld unbedingt vorgeschrieben.

¹⁰⁵ B.G.B. § 735; oben S. 845. Nach der gesetzlichen Regel hat also jeder und auch der bloß mit Arbeitsleistung beteiligte Gesellschafter gleich-anteilig dazu beizusteuern, daß nicht nur die Schulden bezahlt werden, sondern auch die übrigen Gesellschafter für ihre verlorenen Einlagen Ersatz erhalten!

¹⁰⁶ B.G.B. § 734. Dagegen bei der Handelsgesellschaft nach Kapitalanteilen; H.G.B. § 155.

¹⁰⁷ B.G.B. § 752—754 gemäß § 731; Gewährleistung nach § 757. Die Gemeinschaft zur gesamten Hand geht also in eine Gemeinschaft nach Bruchteilen über, und die bisher schlummernden Anteile an den einzelnen Gegenständen werden wirksam. Dagegen bewähren sich bei der Liquidation der Handelsgesellschaft die Anteile endgültig als reine Wertanteile, so daß Naturalverteilung weder verlangt noch aufgedrängt werden kann, sondern immer nur kraft Vereinbarung eintritt.

¹⁰⁸ Bei nicht rechtsfähigen Vereinen ist regelmäÙig auch ohne besondere Satzungsbestimmung anzunehmen, daß Rückerstattung der Beiträge nicht stattfinden soll. Meist auch, daß die Mitglieder für einen Fehlbetrag nicht aufzukommen haben. Das Vereinsvermögen ist, wenn Gewinnanteile nicht bestehen, unter die bei der Auflösung vorhandenen Mitglieder nach Köpfen zu verteilen, wird aber nicht selten durch die Satzung oder einen satzungsmäÙig zugelassenen Beschluß einem anderen Subjekte zugewiesen. Vgl. Vereine ohne Rechtsf. S. 32—33, 47. Gleiches aber kann auch bei einer Gesellschaft für einen idealen Zweck vereinbart sein.

vorhanden ist, können sich die Gesellschaftsgläubiger nach wie vor an dieses und somit an die Anteile der Gesellschafter halten¹⁰⁹. Sie haben aber, da ein Konkursverfahren über das Gesellschaftsvermögen nicht eingeleitet werden kann, kein Mittel, den Teilhabern die freie Verfügung über das gemeinschaftliche Vermögen durch dessen Beschlagnahme zu entziehen¹¹⁰. Andererseits besteht die bisherige Sonderhaftung der einzelnen Gesellschafter unverändert fort¹¹¹. Soweit aber ihre Sonderhaftung wegbedungen ist, können die Gesellschaftsgläubiger sich überhaupt nur an ihre Anteile halten¹¹².

X. Veränderung. Gleich anderen Gemeinschaften zur gesamten Hand kann die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts mit verändertem Personalbestande fortbestehen¹¹³. Doch muß ihr die Fähigkeit hierzu durch den Gesellschaftsvertrag beigelegt sein¹¹⁴. In solchem Falle wird die personenrechtliche Gemeinschaft mit derselben Personeneinheit, aber mit veränderter Mitträgerschaft fortgesetzt. Die Veränderung als solche ist also personenrechtlicher Natur. Sie kann aber durch Schuldvertrag begründet werden und schuldrechtliche Wirkungen äußern.

1. Ausscheiden eines Gesellschafters¹¹⁵. Besteht eine Gesellschaft aus mehr als zwei Personen, so ist es möglich, daß ein Gesellschafter ausscheidet, während die Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern fortbesteht¹¹⁶. Diese Wirkung kann der

¹⁰⁹ Für die Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen bleiben die oben S. 846 Anm. 70—71 entwickelten Regeln maßgebend. Hieran kann eine Vereinbarung über eine besondere Art der Auseinandersetzung nichts ändern. Für die Handelsgesellschaft folgt dies aus H.G.B. § 158.

¹¹⁰ Anders bei der Handelsgesellschaft und dem nicht rechtsfähigen Verein (oben S. 846 Anm. 72), über deren Vermögen der Konkurs auch noch im Auseinandersetzungsstadium eröffnet werden kann; K.O. § 209² u. 213 mit § 207².

¹¹¹ Sie erleidet nicht die Abschwächung, die für die Sonderhaftung des Handelsgesellschafters sich aus der abgekürzten Verjährung der §§ 159—160 H.G.B. ergibt und beim Gesellschaftskonkurse nach K.O. § 242 im Falle seines gleichzeitigen Privatkonkurses (früher nach H.G.B. a. 122 stets) durch die Beschränkung auf Ausfallhaftung eintritt.

¹¹² Jedoch auch an das vor der Schuldendeckung auf den Anteil Empfangene; vgl. Vereine ohne Rechtsf. S. 48 Anm. 91.

¹¹³ Vgl. oben Bd. I 691 ff.

¹¹⁴ Dies kann aber durch Nachtragsvertrag bis zur Auflösung geschehen; Rspr. d. O.L.G. V 381.

¹¹⁵ Vgl. H. Gösch, Das Ausscheiden eines Gesellschafters aus der Gesellschaft des B.G.B., Gött. Diss. 1900.

¹¹⁶ Bei einer Gesellschaft von nur zwei Personen ist dies natürlich un-

Gesellschaftsvertrag der Kündigung, dem Tode oder dem Konkurse eines Gesellschafters anstatt der Auflösungswirkung verleihen¹¹⁷. Soll die Kündigung den Fortbestand der Gesellschaft nicht hindern, so ist damit zugleich ihr Fortbestand im Falle der Ausschließung eines Gesellschafters ermöglicht. Nach der gesetzlichen Regel kann dann ein Gesellschafter ausgeschlossen werden, wenn in seiner Person ein Umstand eintritt, der die übrigen Gesellschafter zu vorzeitiger fristloser Kündigung berechtigt; das Ausschließungsrecht steht den übrigen Gesellschaftern gemeinschaftlich zu und wird durch Erklärung gegenüber dem auszuschließenden Gesellschafter ausgeübt¹¹⁸. Der Gesellschaftsvertrag kann aber die Ausschließung auch aus anderen Gründen zulassen und das Ausschließungsrecht einer Mehrheit oder den geschäftsführenden Gesellschaftern übertragen¹¹⁹.

Scheidet ein Gesellschafter aus, so büßt er seine personenrechtliche Stellung als Gesellschafter und damit zugleich seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen ein. Sein Anteil wächst von Rechts wegen den übrigen Gesellschaftern an, so daß kraft Gesamtnachfolge alle zum Gesellschaftsvermögen gehörigen Rechte einschließlich der Rechte an Grundstücken ohne besonderen Übertragungs- oder Abtretungsakt auf die übrigen Gesellschafter in

denkbar. Doch behandelt das H.G.B. § 142 die Übernahme des ganzen Geschäftes mit Aktiven und Passiven durch einen von zwei Gesellschaftern zum Teil analog; vgl. Schuldnachfolge u. Haftung S. 78 ff. Auf die Gesellschaft des B.G.B. ist dies nicht übertragbar.

¹¹⁷ B.G.B. § 736; H.G.B. § 138. Der Fall der Kündigung durch den Gläubiger eines Gesellschafters wird gleichzustellen sein. Dagegen ist die Bestimmung des § 141 H.G.B., nach der in diesem Falle und im Falle des Konkurses eines Gesellschafters auch ohne vertragsmäßige Ermächtigung die übrigen Gesellschafter die Fortsetzung der Gesellschaft unter sich beschließen können, auf die Gesellschaft des bürgerl. Rechts nicht anwendbar. — Bei nicht rechtsfähigen Vereinen ist der Regel nach auch ohne ausdrückliche Satzungsbestimmung als vereinbart anzunehmen, daß die Kündigung nur als „Austritt“ wirkt und Tod oder Konkurs eines Mitglieds den Bestand des Vereins nicht berührt; Vereine ohne Rechtsf. S. 15 ff.

¹¹⁸ B.G.B. § 737. Bei der Handelsgesellschaft ist nach H.G.B. § 140 die Ausschließung auch zulässig, wenn der Gesellschaftsvertrag sie nicht vorgesehen hat, erfolgt aber durch gerichtliches Urteil auf Grund des Antrags der übrigen Gesellschafter.

¹¹⁹ Vgl. Gösch a. a. O. S. 22. Über nicht rechtsfähige Vereine meine Schrift a. a. O. S. 17. Die seither viel erörterte und in der Praxis ungleich entschiedene Frage, inwieweit der Vereinsautonomie hinsichtlich der Festsetzung der Ausschließungsgründe und der Handhabung des Ausschließungsrechtes Schranken gezogen sind, interessiert hier nicht.

ihrer fortbestehenden personenrechtlichen Verbundenheit übergehen¹²⁰. Nur die Gegenstände, die er der Gesellschaft nur zur Benutzung überlassen hat, kann der ausscheidende Gesellschafter herausverlangen. Mit dem Anteil am Gesellschaftsvermögen wächst zugleich der Anteil an den Gesellschaftsschulden den in der Gemeinschaft verbleibenden Gesellschaftern zu; sie sind daher verpflichtet, den ausscheidenden Gesellschafter, dessen Haftung gegenüber den Gläubigern unberührt bleibt, von der Schuldenhaftung zu befreien oder, wenn eine Schuld noch nicht fällig ist, mindestens vor künftiger Inanspruchnahme sicher zu stellen¹²¹. Wegen des Verlustes seines Anteils hat der Ausscheidende einen Anspruch auf Geldabfindung in Höhe des Betrages, den er bei der Auseinandersetzung erhalten würde, wenn die Gesellschaft zur Zeit seines Ausscheidens aufgelöst worden wäre¹²². Ergibt sich aber ein Passivbestand des Gesellschaftsvermögens, so ist er umgekehrt den übrigen Gesellschaftern zur anteiligen Deckung des Fehlbetrages verpflichtet¹²³. An Gewinn und Verlust aus schwebenden Geschäften nimmt der Ausgeschiedene noch ferner Teil, muß sich aber deren Abwicklung durch die übrigen Gesellschafter gefallen lassen¹²⁴. Alle diese gesetzlichen Regeln jedoch sind nachgiebiges Recht; der Gesellschaftsvertrag kann die Auseinandersetzung mit dem ausscheidenden Gesellschafter abweichend ordnen und insbesondere auch sowohl jeden Abfindungsanspruch wie jede Deckungspflicht desselben wegbedingen¹²⁵.

¹²⁰ B.G.B. § 738 Abs. 1 S. 1. Hinsichtlich der Rechte an Grundstücken Vereine ohne Rechtsf. S. 24, R.Ger. LXVIII Nr. 100.

¹²¹ B.G.B. § 738 Abs. 1 S. 2—3. Bezüglich noch streitiger Schulden verneint hier das R.Ger. LX Nr. 36 den Anspruch auf alsbaldige Befreiung oder Sicherstellung. — Die Haftung gegenüber den Gläubigern besteht unverändert fort, unterliegt auch nicht der zugunsten des ausgeschiedenen Handelsgesellschafters laufenden abgekürzten Verjährung des § 159 H.G.B. Hat der Ausgeschiedene an einen Gesellschaftsgläubiger leisten müssen, so erwächst ihm natürlich ein Regressanspruch gegen die übrigen Gesellschafter.

¹²² B.G.B. § 738 Abs. 1 S. 2 u. Abs. 3 (Wertermittlung erforderlichenfalls durch Schätzung). Dies gilt auch (mit der in H.G.B. § 140² bestimmten Modifikation) für die Handelsgesellschaft. — Naturalzuteilung kann der ausgeschiedene Gesellschafter weder verlangen, noch kann sie die Gesellschaft ihm aufdrängen. Sein Anteil wird also, anders wie im Falle der Auflösung (oben S. 853 Anm. 107), in gleicher Weise, wie der Anteil am Handelsgesellschaftsvermögen, in jedem Falle als reiner Wertanteil behandelt.

¹²³ B.G.B. § 739. Die subsidiäre Deckungspflicht hinsichtlich der auf andere Gesellschafter entfallenden Beträge fällt hier weg.

¹²⁴ B.G.B. § 740. Gilt auch für die Handelsgesellschaft.

¹²⁵ Dies auch dann, wenn für den Fall der Auflösung es bei der gesetz-

2. Eintritt eines Gesellschafters¹²⁶. Eine Gesellschaft kann auch mit veränderter Trägerschaft fortbestehen, wenn auf Grund der im Gesellschaftsvertrage vereinbarten Möglichkeit ein neuer Gesellschafter hinzutritt¹²⁷. Der Hinzutritt des neuen Gesellschafters kommt durch dessen Eintrittserklärung gegenüber den bisherigen Gesellschaftern und die ihm gegenüber abgegebene Aufnahmeerklärung der bisherigen Gesellschafter zustande. Darin liegt nicht die Aufhebung der bestehenden Gesellschaft und der Abschluss eines neuen Gesellschaftsvertrages, sondern ein Vertragsschluss zwischen dem bisher unbeteiligten Einzelnen und den in ihrer Verbundenheit verharrenden Gesamthändern, durch den das gesellschaftliche Band auf jenen erstreckt wird. Die Aufnahmeerklärung ist daher ein Gemeinschaftsakt, der im Zweifel Einstimmigkeit fordert¹²⁸, zu dem aber durch den Gesellschaftsvertrag auch eine Mehrheit oder ein Gemeinschaftsvertreter ermächtigt sein kann¹²⁹. Mit dem Vertragsschluss oder dem durch ihn etwa bestimmten Zeitpunkt tritt der neue Gesellschafter nicht nur in das gesellschaftliche Schuldverhältnis, sondern zugleich in die personenrechtliche Stellung eines Mitträgers der Gesamthands-

lichen Regel bleiben soll. Bei nicht rechtsfähigen Vereinen ist dies sogar regelmäßig als gewollt anzusehen. Vgl. Vereine ohne Rechtsf. S. 33 ff. Leist hat seine dort bekämpfte gegenteilige Ansicht selbst aufgegeben; Unters. zum inneren Vereinsrecht, 1904, S. 138 ff.

¹²⁶ Vgl. meine Ausführungen a. a. O. S. 24—29 mit Literaturnachweisen in Anm. 36, 38^a, 42^a. Seither ist die dort verteidigte, anfangs heiss umstrittene Auffassung des Eintritts als Einrückens in die fortbestehende Gemeinschaft fast allgemein durchgedrungen. Insbesondere hat sich auch Planck zu ihr bekehrt; Bem. 2 zu § 736, auch Bem. 1^m zu § 54. Vgl. ferner Kaufmann a. a. O. S. 81, Staudinger zu § 736 Bem. II, Oertmann Bem. 3, Enneccerus § 402 II.

¹²⁷ Sieht der Gesellschaftsvertrag dies nicht vor, so kann doch durch dessen gleichzeitige Abänderung die Aufnahme eines neuen Gesellschafters ermöglicht werden; eine solche Abänderung wird jedenfalls in einem einstimmigen Aufnahmebeschluss zu finden sein. Beim nicht rechtsfähigen Verein ist regelmäßig die Zulässigkeit des Eintritts neuer Mitglieder ohne weiteres als vereinbart anzusehen.

¹²⁸ In der Geschäftsführungsbefugnis ist das Aufnahmerecht an sich nicht enthalten. Vgl. auch A.D.H.G.B. a. 98.

¹²⁹ Die Aufnahme durch Mehrheitsbeschluss oder durch den Vorstand bildet namentlich bei nicht rechtsfähigen Vereinen die Regel, kann aber bei jeder Gesellschaft vorgesehen sein. Der Gesellschaftsvertrag kann den Eintritt nicht nur beliebig erleichtern, sondern auch (anders als den Austritt) beliebig erschweren, an bestimmte materielle Voraussetzungen binden, ein Eintrittsgeld fordern, eine besondere Form der Erklärungen vorschreiben usw.

gemeinschaft ein. Infolge hiervon wächst ihm von Rechts wegen ein Anteil am Gesellschaftsvermögen zu, der den übrigen Gesellschaftern abwächst. Der ihm zuwachsende Anteil schließt notwendig in Ansehung der Gesellschaftsschulden, die das Gesellschaftsvermögen belasten, die Mitschuldnerschaft zur gesamten Hand und folgeweise auch den Gläubigern gegenüber die Mithaftung mit dem Gesellschaftsvermögen ein¹⁸⁰. Dagegen bedarf es einer Schuldübernahme, um eine Sonderhaftung des neuen Gesellschafters für die bisherigen Gesellschaftsschulden zu begründen¹⁸¹.

3. Wechsel eines Gesellschafters. Es ist möglich, daß an Stelle eines ausscheidenden Gesellschafters ein anderer Gesellschafter tritt, so daß der Anteil jenes nicht den übrigen Gesellschaftern zuwächst, sondern auf den neuen Gesellschafter übergeht¹⁸². So verhält es sich, wenn nach der Bestimmung des Gesellschaftsvertrages im Falle des Todes eines Gesellschafters dessen Erbe in die Gesellschaft einrücken soll¹⁸³. Es ist aber auch nicht ausgeschlossen, daß der Gesellschaftsvertrag eine Sondernachfolge in die Mitträgerschaft der Gemeinschaft ermöglicht¹⁸⁴. Denn auch die gesetzlichen Bestimmungen, die jede Verfügung über die Anteile verbieten, sind nachgiebiges Recht. Der Gesell-

¹⁸⁰ Vereine ohne Rechtsf. S. 41 Anm. 73.

¹⁸¹ A. a. O. S. 41 Anm. 72. Anders verhält es sich bei der Handelsgesellschaft nach H.G.B. § 130 u. 172; hier tritt von Rechts wegen und unabdingbar die Sonderhaftung des neu eintretenden Gesellschafters für alle bestehenden Gesellschaftsschulden ein.

¹⁸² In diesem Falle ist das Ausscheiden eines Gesellschafters auch aus einer nur aus zwei Personen bestehenden Gesellschaft möglich.

¹⁸³ B.G.B. § 727¹. Der Übergang des Anteils vollzieht sich hier von Rechts wegen. Desgleichen aber der Übergang der persönlichen Rechte und Pflichten. Mehrere Erben rücken als Erbengemeinschaft in die Gesellschafterstellung ein. Insoweit den verstorbenen Gesellschafter eine Sonderhaftung für Gesellschaftsschulden traf, tritt für die bisherigen Gesellschaftsschulden Erbenhaftung ein. Dagegen bleibt die gesellschaftsrechtliche persönliche Haftung für alle vorhandenen Gesellschaftsschulden, die mit dem Eintritt in eine offene Handelsgesellschaft notwendig verknüpft ist, hier den Erben erspart; sie bedürfen daher nicht des hiergegen durch H.G.B. § 139 gewährten Schutzes.

¹⁸⁴ Mangels einer derartigen Bestimmung ist, wenn kraft Vereinbarung ein Gesellschafter austritt und ein anderer an seine Stelle tritt, der Vorgang nicht als Rechtsnachfolge in den Anteil, sondern, weil der Anteil unübertragbar ist, nur als Anwachsung des alten Anteils und gleichzeitige Abwachsung eines neuen gleichinhaltlichen Anteils zu konstruieren. Vgl. R.Ger. LXXXIII Nr. 70 (wo aber unrichtig auf S. 315 auch die vorausbedungene Fortsetzung mit den Erben ebenso konstruiert wird).

schaftsvertrag kann daher die Anteile am Gesellschaftsvermögen zu übertragbaren Vermögensgegenständen ausgestalten und die personenrechtliche Gesellschafterstellung mit der jeweiligen Anteilshaberschaft verknüpfen¹³⁵.

§ 210. Abstrakte Schuldverträge.

I. Geschichte. Im älteren deutschen Recht erzeugte, wie früher gezeigt ist, das angenommene Versprechen einer Leistung vertragsmäßige Schuld. Dabei kam es nicht darauf an, ob das Versprechen den materiellen Grund, aus dem, oder den Zweck, zu dem versprochen war, zum Ausdruck brachte. Auch das „reine“ oder „abstrakte“ Schuldversprechen hatte also schuldbegründende Kraft¹. Eine besondere Form für dasselbe war nicht ausgebildet; die haftungsrechtlichen Formen hatten bei abstrakten wie bei kausalen Versprechen nur für die Erzwingbarkeit, die beweisrechtlichen Formen hier wie dort nur für die Beweisbarkeit der Schuld Bedeutung. Darum konnte zwar, wer um Schuld beklagt war, vom Kläger die Angabe verlangen, worauf dieser seinen Anspruch stütze². Berief sich aber der Kläger auf ein Versprechen des Beklagten, so mußte der Beklagte es ableugnen oder bekennen³. Mußte er es zugestehen, so konnte er niemals einwenden, er sei deshalb nicht verpflichtet, weil er grundlos versprochen habe⁴. Doch konnte er seinerseits durch Aufdeckung des zugrunde liegenden Verhältnisses die Abweisung des Klägers erzielen, wenn sich daraus

¹³⁵ Solche auf veräußerliche Anteile an einem Sondervermögen gebaute Gesellschaften können als nicht rechtsfähige Vereine organisiert sein (meine Schrift S. 11), aber auch als einfache Gesellschaften vorkommen. Vgl. das Beispiel einer Bohrgesellschaft in Entsch. des R.Ger. LXVII Nr. 81. Dann ist der Anteil auch verpfändbar, und das am Anteil bestellte Pfandrecht geht, wie das R.Ger. a. a. O. zutreffend entschieden hat, dem jüngeren Pfändungspfandrecht eines anderen Gläubigers vor.

¹ Witte, Z. f. R.G. VI 455 ff., 469 ff., 483 ff. Stobbe-Lehmann § 220 II. Schuld und Haftung S. 234 ff. Für das nord. R. v. Amira I 299 ff., 313 ff., II 339 ff., 377, 784 ff.

² Sachssp. III, 41 § 4; weitere zahlreiche Belege bei Witte a. a. O. S. 463 ff., Laband, Vermögensr. Kl. S. 14 ff.

³ Leugnete er, so hing es von beweisrechtlichen Grundsätzen ab, ob er den Beweis durch seinen Unschuldseid führen oder der Gegner ihm den Eid durch Überführungsbeweis verlegen konnte. Verweigerung der Eidesleistung wirkte als Bekenntnis. Gelang dem Kläger die Überführung, so war die Erfüllung des Versprechens gleichfalls festgestellt.

⁴ Mit besonderer Deutlichkeit ist dies im Magd.-Bresl. Syst. Schöffennr. III, 2 c. 133 ausgesprochen (Wortlaut b. Stobbe-Lehmann a. a. O. Anm. 5).

die Unverbindlichkeit des Versprechens ergab⁵. Diese Grundsätze galten auch für ein urkundlich erteiltes Versprechen. Die Kraft eines Schuldbriefes war daher nicht durch Angabe des Schuldgrundes bedingt⁶. Dies wurde insbesondere bedeutungsvoll für die Ausbildung der Wertpapiere, die nicht selten ein nacktes Zahlungsverprechen enthielten.

Das römische Recht besaß seit alter Zeit in der Stipulation einen abstrakten Verbalkontrakt, bei dem die causa durch die Form ersetzt wurde, so daß aus ihm eine von jedem Schuldgrunde gelöste Klage entsprang. Doch hatte im Justinianischen Recht die Stipulation bereits viel von ihrem ursprünglichen Wesen eingebüßt. Man hatte gegen die Klage die Einrede des mangelnden Rechtsgrundes in Gestalt der *exceptio doli generalis* zugelassen und dieser gegenüber schließlich sogar dem Kläger den Beweis seines materiellen Rechtes auferlegt. Auch war die mündliche Form in Verfall geraten und mehr und mehr durch schriftliche Beurkundung der erfolgten Stipulation zurückgedrängt⁷. Inwieweit unter griechischem Einfluß die Schuldurkunde selbst die Verpflichtungskraft der Stipulation in sich aufgenommen hat und aus einer bloßen Beweisurkunde zur dispositiven Urkunde geworden ist⁸, muß hier dahingestellt bleiben. Die Frage hat für die Geschichte der Wertpapiere hohe Bedeutung. Zur Über-

⁵ So z. B., daß es erzwungen war (Witte a. a. O. S. 455, 480, Schuld u. Haftung S. 222 ff.) oder nicht ernstlich gewollt (ebd. S. 225 ff.). Aber auch, daß es ein unverbindliches (bei den Langobarden ein nicht durch Launegild vergoltenes) Schenkungsversprechen enthielt (Witte S. 457) oder zur Deckung einer klaglosen Spiel- oder Wettschuld gegeben war (ebd. S. 468, 481). Sicherlich auch, daß die zugesagte Leistung den Kaufpreis für eine Ware, die nicht geliefert war, oder die Rückerstattungssumme aus einem Darlehn, das nicht empfangen war, bilden sollte. Desgleichen, daß es durch Geltendmachung eines Reuerechts hinfällig geworden war. Endlich wohl auch, daß es einem unsittlichen oder verbotenen Zweck (z. B. dem Zinswucher) dienen sollte.

⁶ Stobbe-Lehmann a. a. O. Anm. 8. Dazu Urk. von 1274 u. 1288 b. Loersch-Schröder-Perels Nr. 131 u. 151. Ferner die offenbar deutschem Vorbilde folgenden Schuldbriefe des nord. R.; v. Amira I 299 ff., II 339 ff.

⁷ Über die römische Stipulation und ihre Geschichte vgl. Liebe, Die Stipulation und das einfache Versprechen, 1840; Gneist, Die formellen Verträge des neuen römischen Obligationenrechts, 1845; Bähr, Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund § 33 ff.; Puchta, Inst. ⁹ II § 273; Schlesinger, Zur Lehre von den Formalkontrakten, 1858; Girtanner, Die Stipulation, 1859.

⁸ Dies meinen Gneist a. a. O. S. 256, Brunner, Urk. I 62 ff., Binder, Der Justinianische Literalkontrakt, 1911. Dagegen Freundt, Wertpapiere I 66 ff., Partsch, Z. f. H.R. LXX 461 ff.

führung des abstrakten römischen Schuldvertrages in Literalform ist es jedenfalls nicht gekommen. Die romanistische Jurisprudenz des Mittelalters sah grundsätzlich in der Schuldverschreibung eine bloße Beweisurkunde. Und sie versetzte dem abstrakten römischen Schuldvertrage den Todesstofs, indem sie, wenn lediglich ein Schuldversprechen ohne Angabe der causa beurkundet war, einer solchen „cautio indiscreta“ auf Grund zweifelhafter Quellenstellen die Beweiskraft absprach⁹.

Mit der Rezeption gelangte auch in Deutschland, da man die römische Stipulation nicht wiederbeleben konnte und doch dem formlosen mündlichen Verträge ihre Kraft beizulegen sich scheute, das abstrakte schriftliche Schuldversprechen aber als cautio indiscreta verwarf, die Auffassung zur Herrschaft, daß die Verbindlichkeit eines Schuldvertrages grundsätzlich durch die Angabe des materiellen Verpflichtungsgrundes bedingt sei¹⁰. Auch die älteren Gesetzbücher schlossen sich der gemeinrechtlichen Lehre an¹¹. Doch behauptete sich die Kraft des abstrakten Schuldversprechens auf deutschrechtlicher Grundlage im Wechselrecht und überwiegend auch bei kaufmännischen Schuldbriefen und Anweisungen¹².

In neuerer Zeit kam wieder eine Bewegung zugunsten des abstrakten Schuldvertrages in Fluß und drang namentlich siegreich vor, seitdem O. Bähr seine berühmte Schrift über die Anerkennung als Verpflichtungsgrund veröffentlicht hatte¹³. Die

⁹ Vgl. Bähr a. a. O. S. 290 ff., Stobbe-Lehmann S. 190.

¹⁰ Vgl. Stobbe-Lehmann Anm. 12, Witte, Kr.V.Schr. VI 334 ff., Windscheid § 318 Anm. 34, § 412^b Anm. 2 mit reichen Literaturnachweisen.

¹¹ Württ. L.R. I, 34 § 4. Preuß. A.L.R. I, 11 § 730. Über das österr. R., für das viel Streit ist, überwiegend aber die Wirksamkeit des abstrakten Versprechens verneint wird, vgl. Krasnopolski, Krit. V.Schr. XXV 30 ff., v. Schey, Obl. Verh. I 166 ff., Krainz-Pfaff-Ehrenzweig § 315 Anm. 6. Sehr entschieden verwirft Code civ. a. 1131 (mit a. 1108) den abstrakten Schuldvertrag; Crome, Z. f. franz. Z.R. XXI 304 ff., 540 ff., Zachariae-Crome § 324, Neubecker, Arch. f. b. R. XXII 45 ff.; R.Ger. XXXI Nr. 78. Auch das engl. R. kennt ihn nicht, Neubecker a. a. O. S. 51 ff.

¹² Für Schuldbriefe von Kaufleuten erklärte man schon seit dem Mittelalter vielfach die Angabe eines Verpflichtungsgrundes für entbehrlich; Endemann, Z. f. H.R. V 406 ff. Ausdrückliche Bestimmungen in diesem Sinne traf das alte H.G.B. a. 300, 301². — Allgemein entbanden die Hamb. Stat. I 20 a. 2 „öffentliche, unleugbare und unverfälschte Briefe“ von der Angabe der „Ursache der Schuld“.

¹³ Im Jahre 1855, 2. Aufl. 1867, 3. Aufl. 1894; dazu Jahrb. f. D. II 283 ff., 367 ff., Krit. V.J.Schr. XVIII 334 ff. Bähr war nicht ohne Vorgänger, aber erst

Meinung, daß ein von der *causa debendi* losgelöstes Schuldbekennnis eine selbständige Verpflichtungskraft in sich trage, setzte sich mehr und mehr in der gemeinrechtlichen Praxis durch¹⁴, wirkte auf die Auslegung des preussischen Landrechts ein¹⁵ und kam in neueren Gesetzbüchern zum Ausdruck¹⁶. Das B.G.B. hat sie gesetzlich sanktioniert und widmet dem abstrakten Schuldvertrage einen eignen Titel des zweiten Buchs¹⁷.

II. Schuldversprechen und Schuldanerkennnis. Das B.G.B. bezeichnet einen Vertrag, durch den eine Leistung in

seit seiner Schrift trat das Problem in den Vordergrund der Diskussion. Einen ausführlichen Bericht über die Literatur hat Witte, Kr. V.Schr. VI 330—398, geliefert (1864). Gegen Bähr erklärten sich bes. Bruns, Z. f. R.G. I 94 ff., 118 ff., Schlesinger a. a. O. (oben Anm. 7) S. 95 ff. (vgl. jedoch S. 141 ff.), Girtanner a. a. O. (jedoch mit Ausnahme von Geldversprechen), Buhl, Beiträge zur Lehre vom Anerkenntnisantrag, 1875, Kindel, Das Rechtsgeschäft und sein Rechtsgrund, 1892. Für die Verpflichtungskraft des abstrakten Schuldbekennnisses bes. Unger, Jahrb. f. D. VIII 209 ff., 213 ff., Windscheid, Kr. V.Schr. I 106 ff., Pand. § 318—319, 412^b, Rudorff zu Puchta § 257 Anm., Arndts, Krit. Übersch. IV 233 ff., Fitting, Z. f. H.R. III 280 ff., Witte, Kr.V. Schr. VIII 207 ff., Brinz, Pand. § 100, Dernburg, Pand. II § 22, Stobbe III § 167 (b. Lehmann § 220).

¹⁴ Zusammenstellung von dafür und dawider ergangenen Entsch. b. Windscheid-Kipp § 412^b Anm. 2, Stobbe-Lehmann § 220 Anm. 12. Für die selbständige Verpflichtungskraft R.Ger. b. Seuff. XLVIII Nr. 23, XLIX Nr. 93, Z.S. V Nr. 33, Obst.L.G. f. Bayern Seuff. XXXVI Nr. 269 (anders XL Nr. 10).

¹⁵ Vgl. Dernburg, Preufs. P.R. II § 15 III 4, Rocholl, Rechtsfälle I 315. In der Praxis drang schließlichs allgemein beim Abrechnungsvertrage die vom Preufs. O.Trib. im Erk. v. 3. März 1845 (Entsch. XI 345) noch geleugnete, im Erk. vom 26. Sept. 1867 (Strieth LXVII 361) aber bejahte Verpflichtungskraft des Schuldbekennnisses durch; vgl. R.Ger. II Nr. 87. Darüber hinaus legte das R.Ger. Z.S. XXX Nr. 76 (1892) u. Gruchot XXXIX 910 (1895) dem abstrakten Versprechen überhaupt Verpflichtungskraft bei. Dagegen erklärte es Z.S. XXXIX Nr. 50 (1896) dies wieder für unvereinbar mit Geist und Wortlaut des Landrechts. Ebenso Förster-Eccius § 76.

¹⁶ Sächs. Gb. § 1398 (von bestrittener Tragweite; vgl. R.O.H.G. XXI 181). Schweiz. O.R. a. 14 (jetzt 17). Vgl. auch Bayr. Entw. II 1 a. 26.

¹⁷ B.G.B. 780—782. Vgl. Degenkolb, Jahrb. f. D. LVI 183 ff. Klingmüller, Das Schuldversprechen und Schuldanerkennnis des B.G.B., 1903. v. Tuhr, Zur Lehre von den abstrakten Schuldverträgen, 1903. Neubecker, Arch. f. b. R. XXII 72 ff. Stampe, Z. f. H.R. LV 387 ff. Schreiber, Sächs. Arch. XV 573 ff. M. Rümelin, Zur Lehre von dem Schuldversprechen und Schuldanerkennnis des B.G.B., 1905/6. L. Brütt, Die abstrakte Forderung nach deut. Reichsrecht, 1908. Komm. zu § 780 ff. (bes. Planck, Staudinger, Oertmann). Schollmeyer S. 185 ff., Endemann § 194 ff., Dernburg II 1 § 88 ff., Matthiafs § 134, Cosack § 162, Crome § 303 ff., Kohler II § 82 ff., Enneccerus § 420 ff.

der Weise versprochen wird, daß das Versprechen die Verpflichtung selbständig begründen soll, als „Schuldversprechen“ und stellt ihm in der rechtlichen Behandlung einen Vertrag, durch den das Bestehen eines Schuldverhältnisses anerkannt wird, als „Schuld-
anerkennnis“ gleich.

1. Begriff und Wesen. In beiden Fällen handelt es sich um eine Schuldbegründung durch Geben und Nehmen eines „abstrakten“ oder „reinen“ Versprechens.

a. Das Schuldversprechen kann sich auf eine Leistung beliebiger Art richten¹⁸, darf aber die ihm zugrunde liegende causa nicht zum Vertragsbestandteil stempeln. Ob es dies tut, ist Auslegungsfrage¹⁹. Gibt es eine causa überhaupt nicht an, so ist es im Zweifel abstrakt gemeint: man will verpflichtet sein, weil man versprochen hat. Doch ist es möglich, daß sich aus den Umständen die stillschweigende Aufnahme des verschwiegenen materiellen Schuldgrundes in den Schuldinhalt ergibt. Andererseits schließt die Erwähnung des materiellen Schuldgrundes namentlich dann, wenn er nur allgemein bezeichnet ist, nicht aus, daß nach den Umständen die selbständige Verpflichtungskraft des Versprechens als vereinbart gelten muß²¹. Auch die Abhängigmachung der Leistung von einer Gegenleistung steht der Selbständigkeit des Versprechens dann nicht entgegen, wenn damit nicht eine Verpflichtung zur Gegenleistung begründet, sondern nur eine Bedingung der Verpflichtung zur Leistung gesetzt werden soll²².

¹⁸ Jedoch alle Wechselversprechen und das Scheckversprechen nur auf Zahlung einer Geldsumme (W.O. a. 4, 96, ScheckG. § 1), das Anweisungsakzept des B.G.B. § 784 und der an Order gestellte kaufmännische Verpflichtungsschein des H.G.B. § 363 nur auf Leistung von Geld, Wertpapieren oder anderen vertretbaren Sachen. Dagegen kann das Schuldversprechen des B.G.B. § 780 sich auch auf die Leistung von unvertretbaren Sachen oder Rechten oder auf eine Handlung richten. Somit z. B. auch auf Übernahme der Erfüllung der Schuld eines Dritten; R.Ger. LVIII Nr. 50. — Die Erfüllungsübernahme selbst, die Schuldmitübernahme, die Bürgschaftsleistung, das Strafgedinge, die selbständigen Sicherungsverträge enthalten nicht abstrakte, sondern kausale Schuldversprechen; vgl. Rümelin a. a. O. S. 28 ff. („kausale Hilfsgeschäfte“).

¹⁹ Nur das in einem Wechsel oder Scheck formalisierte Versprechen ist notwendig abstrakt. Vgl. dazu R.Ger. XLVIII 229 ff. (Aufrechterhaltung eines nichtigen eigenen Wechsels als eines abstrakten Verpflichtungsscheines). Beim Schuldversprechen des bürgerlichen Rechts entscheidet nicht die Form, sondern der erkennbare Parteiwille.

²⁰ Rümelin S. 18; Oertmann, Vorbem. 4; Enneccerus § 421 Anm. 5—6.

²¹ Rümelin S. 40 f.; Enneccerus a. a. O. Anm. 7—8; R.Ger. LXVII Nr. 67, LXXI Nr. 32 S. 118, LXXIV Nr. 95.

²² Cosack § 162 IV, Crome § 304 Anm. 10, Rümelin S. 35 ff.,

b. Das „Schuld anerkennnis“ kann sich auf ein Schuldverhältnis beliebiger Art beziehen, muß jedoch in dem Sinne gemeint sein, daß es als konstitutives Anerkenntnis aus eigener Kraft eine neue Schuld begründen soll. Nicht jeder „Anerkenntnisvertrag“ ist ein abstrakter Schuldvertrag²³. Soll ein Anerkenntnisvertrag nicht das Bestehen, sondern das Nichtbestehen oder Nichtmehrbestehen einer Schuld feststellen, so kann ein solches negatives Anerkenntnis aus sich heraus schuldzerstörend, nicht aber schuld-begründend wirken²⁴. Aber auch Verträge, durch die das Bestehen einer Schuld anerkannt wird, enthalten kein „Schuld anerkennnis“, wenn sie nur als deklaratorische Regelungsverträge das alte Schuldverhältnis durch Schaffung eines Beweismittels oder durch Befreiung des Gläubigers von jeder Beweislast sichern oder auch es in zweifelhaften Punkten bindend feststellen wollen²⁵. Dagegen enthält das konstitutive Schuld anerkennnis ein mit selbständiger Verpflichtungskraft ausgestattetes Leistungsversprechen, das den Inhalt der Schuld, die der Schuldner als bestehend anerkennt, in sich aufnimmt²⁶. Es unterscheidet sich also von einem abstrakten

Enneccerus § 421 I 2; R.Ger. im Recht 08 Nr. 3783; a. M. Klingmüller S. 175. Unvereinbar dagegen mit dem Begriff des abstrakten Schuldvertrages ist die Verbindung des Leistungsversprechens mit einem selbständigen Anspruch auf Gegenleistung; R.Ger. LVIII 200. — Bei Wechseln, Schecks, kaufmännischen Anweisungen und Verpflichtungsscheinen an Order (H.G.B. § 363) ist jede, also auch die als Bedingung eingekleidete Abhängigmachung der Leistung von einer Gegenleistung ausgeschlossen.

²³ Vgl. Cosack § 162 I 2 b, Crome § 305, Dernburg § 89 IV, Rümelin S. 57 ff., Oertmann zu § 781, Enneccerus § 421 II. Während man früher in dem Begriff des „Anerkenntnisvertrages“ verschiedenartige Rechtsgeschäfte zusammenfaßte (vgl. noch Sächs. Gb. § 1357—1401), ist man heute einig geworden, daß § 781 B.G.B. nur für das konstitutive Schuld anerkennnis gilt, während für andere Anerkenntnisse die sonstigen allgemeinen oder speziellen Vorschriften in Kraft bleiben.

²⁴ Vgl. oben § 179 S. 151 Anm. 35, S. 175 Anm. 148—150, dazu über den Erfüllungsvertrag S. 149 Anm. 24, S. 151 Anm. 34.

²⁵ Vgl. oben § 190 S. 413 Anm. 25. Die Folge der Feststellungswirkung kann, wie beim Vergleich, möglicherweise eine Änderung des Schuldinhaltes sein; auch darin aber liegt ja keine Begründung neuer Schuld. — Auch das nach § 208 die Verjährung unterbrechende Anerkenntnis ist deklaratorisch, während das in § 222² mit Wirkungskraft ausgestattete „vertragsmäßige Anerkenntnis“ der verjährten Schuld ein konstitutives Schuld anerkennnis im Sinne des § 781 sein muß; R.Ger. LXXV Nr. 2, LXXVIII Nr. 27 u. 35.

²⁶ Somit ist stets erforderlich, daß ein ernstlicher Verpflichtungswille erhellt; R.Ger. LXII Nr. 12, für das ältere R. Seuff. XLII Nr. 209, XLVIII Nr. 23 (R.Ger.), LI Nr. 24. Keineswegs aber, daß das anerkannte Schuldverhältnis

„Schuldversprechen“ nur durch die Form. Ob es vorliegt, ist wiederum Auslegungsfrage²⁷.

2. Form. Der abstrakte Schuldvertrag des bürgerlichen Rechts ist regelmässig formbedürftig. Zu seiner Gültigkeit ist die schriftliche Erteilung des Schuldversprechens oder der Anerkennungserklärung erforderlich²⁸. Die Annahmeerklärung ist formfrei.

Gerichtlicher oder notarieller Vertragsschluss bleibt erforderlich, wenn die zu bewirkende Leistung inhaltlich so beschaffen ist, dass nach allgemeinen Vorschriften jeder zu ihr verpflichtende Vertrag dieser Form bedarf²⁹.

Auch wenn dies nicht der Fall ist, muss das abstrakte Versprechen oder Anerkenntnis gerichtlich oder notariell beurkundet werden, wenn es schenkweise erteilt wird³⁰.

Andererseits fällt das Erfordernis der Schriftform weg, wenn die Erteilung auf Grund einer Abrechnung erfolgt³¹. Das

so, wie es anerkannt wird, wirklich besteht oder bestanden hat. Wenn z. B., wie häufig geschieht, der Schuldner in der Absicht, sich wie ein Darlehensschuldner zu verpflichten, den Empfang eines Darlehens bekennt, wird er, ob schon er weiß, dass er ein Darlehen nicht empfangen hat, aus dem abstrakten Versprechen verpflichtet; R.Ger. b. Seuff. XLIX Nr. 93.

²⁷ Auch hier ist es regelmässig anzunehmen, wenn überhaupt kein Verpflichtungsgrund angegeben ist, häufig auch bei nur generellem Hinweise auf einen solchen (z. B. Darlehen), nur ausnahmsweise kraft besonderer Umstände bei genauer Spezialisierung des Schuldgrundes; R.Ger. LXI Nr. 78, Rspr. d. O.L.G. III 360, IV 50 ff., VI 454 ff.

²⁸ Die viel erörterte Streitfrage, ob auch das Anerkenntnis eines verjährten Anspruchs gemäß § 781 der Schriftform bedarf oder durch § 222² davon befreit ist (vgl. die Literaturnachweise bei Planck zu § 222 Bem. 3^b), wird in der Theorie überwiegend und in der Praxis übereinstimmend im Sinne der Formbedürftigkeit entschieden; vgl. bes. R.Ger. LXXVIII Nr. 27 u. 35. Doch wird in dem mündlichen Anerkenntnis, wenn der Anerkennende die Verjährung kannte, immer und auch, wenn er sie nicht kannte, unter Umständen ein Verzicht zu finden sein.

²⁹ So, wenn sie in Übertragung des Vermögens (B.G.B. § 311) oder Übertragung eines Grundstücks (§ 313) oder Veräußerung eines Geschäftsanteils einer G. m. b. H. (Ges. § 15) bestehen soll.

³⁰ B.G.B. § 518¹ S. 2; oben § 191 S. 423 Anm. 33, S. 424 Anm. 35.

³¹ B.G.B. § 782. Beim Abrechnungsgeschäft hat die abstrakte Verpflichtungskraft des abschließenden Schuldbekenntnisses, die im älteren deut. R. unbezweifelt feststand (vgl. Witte, Z. f. R.G. VI 486), sich im gem. R. am frühesten und allgemeinsten wieder durchgesetzt (vgl. die Entsch. b. Windscheid § 412^b Anm. 2 S. 829, bes. Seuff. XLIV Nr. 20, XLV Nr. 89), drang aber auch im Gebiet des preuß. R. durch (oben S. 862 Anm. 15). Ausdrücklich anerkannt im Sächs. Gb. § 1401. — Über die rechtliche Natur der Abrechnung überhaupt vgl. bes. Regelsberger, Jahrb. f. D. XLVI 1 ff.

Abrechnungsgeschäft als solches ist ein zusammengesetzter kausaler Regelungsvertrag. Führt es aber zur Vereinbarung, daß an Stelle der verrechneten gegenseitigen Einzelforderungen von nun an die Forderung eines Teils auf den Überschufs (Saldo) treten soll, so wird damit ein abstrakter Schuldvertrag geschlossen, dem in Ansehung der neuen Schuld selbständige Verpflichtungskraft inneohnt. Und dieser Vertrag ist formfrei, kommt daher namentlich auch durch die mündliche und selbst stillschweigende Anerkennung der von einem Teil aufgestellten Schlufsrechnung seitens des anderen Teils zustande⁸².

Ferner bedarf das Schuldversprechen oder Schuldanerkennntnis nicht der Schriftform, wenn es im Wege des Vergleiches erteilt wird. Auch der Vergleich ist als solcher ein kausaler Regelungsvertrag, kann aber einen abstrakten Schuldvertrag in sich aufnehmen. Durch eine Ausnahmebestimmung wird in diesem Falle auch ein bloß mündlich abgegebenes nacktes Schuldversprechen oder konstitutives Schuldanerkennntnis mit Vollwirksamkeit ausgerüstet⁸³.

Allgemein endlich sind Schuldversprechen und Schuldanerkennntnisse von Vollkaufleuten, wenn sie auf ihrer Seite Handelsgeschäfte sind, von der Schriftform entbunden⁸⁴.

3. Wirkung. Der abstrakte Schuldvertrag begründet eine Verbindlichkeit zu der versprochenen Leistung. Er begründet sie natürlich nicht, wenn er wegen Formmangels ungültig oder wegen Willensmangels nichtig oder anfechtbar ist. Ist er dagegen in sich rechtsbeständig, so begründet er unabhängig von dem Dasein und der Wirkungskraft des materiellen Verpflichtungsgrundes unter allen Umständen den rechtswirksamen Schein einer vollgültigen Verbindlichkeit. Der Gläubiger kann also aus dem reinen Versprechen auf die versprochene Leistung klagen, ohne daß von ihm die Aufdeckung des zugrunde liegenden Sachverhaltes verlangt werden könnte.

Allein die Loslösung der Versprechensschuld vom Versprechensgrunde ist nur ein formales Prinzip, dessen Tragweite durch den Vorrang des materiellen Rechts begrenzt wird. Es ist daher möglich, daß im besonderen Falle der Schuldner seinerseits durch Aufdeckung des zugrunde liegenden Sachverhaltes den Schein seiner Verbindlichkeit entkräftet.

⁸² R.G. LXXI Nr. 29.

⁸³ B.G.B. § 782. Oben § 190 S. 413 Anm. 26—28.

⁸⁴ H.G.B. § 350.

So kann er ja schon die an sich fehlerlose Klage aus einem privatschriftlichen Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnis durch den Nachweis, daß er es schenkweise erteilt hat, wegen Formmangels zurückschlagen⁸⁵.

Er kann ferner in jedem Falle die Abweisung der Klage erzielen, wenn er den Nachweis erbringt, daß er sein Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnis zum Zwecke der Erfüllung einer klaglosen Schuld aus Spiel, Wette, Börsentermingeschäft oder Ehemäkelei erteilt hat⁸⁶.

Um so mehr muß er imstande sein, sich der Klage zu erwehren, wenn er als Zweck des Schuldversprechens oder Schuldanerkenntnisses die Erfüllung einer wegen Verstosses gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten nichtigen Schuld aufdeckt. Hierüber herrscht zwar lebhafter Streit⁸⁷. Allein wenn es auch richtig ist, daß der abstrakte Schuldvertrag selbst der Regel nach nichts Verbotenes oder Unsittliches enthalten und daher nicht nichtig sein wird⁸⁸, so folgt doch aus seiner Rechtsbeständigkeit nur der rechtswirksame Schein einer Verbindlichkeit⁸⁹. Dieser aber wird durch den Nachweis ihrer verwerflichen Zweckbestimmung zerstört. Bleibt überhaupt in irgendeinem Falle die Wirksamkeit des abstrakten Versprechens von

⁸⁵ Daß die Urkunde schenkweise erteilt ist, geht ja nicht, wie die Formbedürftigkeit in den Fällen des § 311 oder § 313, aus ihrem Inhalte hervor.

⁸⁶ B.G.B. § 656², 762², Börs.G. § 59, 69; vgl. oben § 202 S. 717 Anm. 49, § 208 S. 811 Anm. 26, S. 828 Anm. 109.

⁸⁷ Überwiegend leugnet man die Nichtigkeit der abstrakten Forderung und verweist den Schuldner auf den Bereicherungsanspruch aus § 817 oder die Einrede der Arglist. So Degenkolb a. a. O. S. 228, Schollmeyer S. 186, Kipp S. 831, 4, Leonhard, Allg. T. S. 379, v. Tuhr a. a. O. S. 13 ff., Endemann § 194, 2b, Matthiafs § 134 III B 3, Stammler, Die Lehre vom richtigen R.S. 493, Planck, Bem. 3a zu § 780, Oertmann, Vorbem. 5, Ennecerus § 422 II 2. Dagegen nehmen Cosack § 162 IV 3, Dernburg § 90 III 5, Crome § 306, 2, Klingmüller S. 131 ff., Neubecker S. 88 ff., Kohler S. 226, Lotmar, Der unmoralische Vertrag S. 63 und mit Einschränkungen Rümelin S. 267 ff. Nichtigkeit der Forderung an.

⁸⁸ Daß das Gegenteil vorkommen kann, wird allgemein anerkannt.

⁸⁹ Daß der Vertrag als solcher, weil er diese Wirkung hat, nicht nichtig sein kann, wird meist von den Anhängern der Nichtigkeitstheorie verkannt oder doch nicht genügend hervorgehoben. Manche von ihnen, wie namentlich Neubecker, gelangen so zu einer fast völligen Entwertung des abstrakten Schuldvertrages. Eine solche Entwertung tritt dagegen nicht ein, wenn man die Folgerungen aus der Wirksamkeit des Rechtsscheines zieht und nur annimmt, daß mit der Zerstörung des Scheines die Scheinforderung sich als nichtig erweist. Dies übersehen die Leugner der Nichtigkeit.

der Beschaffenheit seiner causa abhängig, so kann im Falle der Nichtigkeit der causa nur die volle Vernichtung seiner Wirksamkeit eintreten⁴⁰. Es wäre unverständlich, wenn das Gesetz die Klage, falls eine Schuld aus erlaubtem Spiel zugrunde liegt, versagte, sie dagegen als statthaft ansähe, falls es sich um eine Schuld aus verbotenem Spiel handelt! Die Berufung auf die angeblich mit der Annahme der Nichtigkeit der Verbindlichkeit unvereinbaren Bestimmungen des § 817 B.G.B. kann ein solches Ergebnis nicht stützen⁴¹.

Endlich dient hier wie überall der Herbeiführung eines Ausgleichs zwischen formellem und materiellem Recht subsidiär der Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung. Wenn die Erteilung eines Schuldversprechens oder Schuldanerkenntnisses ohne rechtlichen Grund vorgenommen oder ihr rechtlicher Grund später weggefallen oder der mit ihr bezweckte Erfolg nicht eingetreten ist, so hat der Versprechensempfänger durch die Leistung des Versprechens auf Kosten des Versprechenden einen Voreil erlangt, den er als ungerechtfertigte Bereicherung herauszugeben hat⁴². Er ist daher, soweit er kraft des abstrakten Schuldvertrages eine Forderung erworben hat, verpflichtet, den Schuldner von der eingegangenen Verbindlichkeit zu befreien und ihm die Schuldurkunde zurückzugeben. Aber auch wenn er in Wahrheit keine oder doch keine klagbare Forderung erlangt hat, ist er durch die Erlangung des rechtswirksamen Scheines einer solchen bereichert.

⁴⁰ Hiergegen spricht nicht, daß es sich beim abstrakten dinglichen Vertrage anders verhält; vgl. oben II 316 ff. Das dingliche Rechtsgeschäft ist eben vom schuldrechtlichen Kausalgeschäft völlig gelöst und begründet, wenn es in sich fehlerfrei ist, nie den bloßen Schein einer Änderung der dinglichen Rechtslage, sondern immer die Änderung selbst. Dies hängt damit zusammen, daß es ja zu seiner Perfektion die Herstellung der Publizität fordert. Hier gilt darum auch nichts den Bestimmungen der §§ 656² u. 762² Ähnliches.

⁴¹ Die Sonderbestimmung des § 817, nach der eine Leistung zu verbotenem oder unsittlichem Zweck dann, wenn sie in der Eingehung einer Verbindlichkeit bestand, auch im Falle eines zugleich den Leistenden treffenden Vorwurfs zurückgefordert werden kann, nötigt keineswegs zu dem Schlusse, daß die Verbindlichkeit nicht nichtig sein kann. Auch wenn sie nichtig ist, bleibt die Kondiktion wertvoll, um die Befreiung von der Scheinverbindlichkeit und vor allem die Herausgabe der Schuldurkunde zu erlangen. Der Bewucherte, der einen Wechsel ausgestellt hat, kann nur durch dessen rechtzeitige Kondiktion sich dagegen sichern, daß ihn ein dritter redlicher Erwerber erfolgreich einklagt. Diese Möglichkeit aber wird durch § 817 Abs. 2 Halbs. 2 auch demjenigen eröffnet, der einen Wechsel zu Bestechungszwecken begeben hat.

⁴² B.G.B. § 812 ff.

Er besitzt eine gefährliche Angriffswaffe, deren formale Kraft er jederzeit benutzen kann, und kann durch deren Übertragung auf einen Dritten dem Gegner die Verteidigung erschweren, ja sogar, wenn im Falle der Verkörperung des Versprechens in einem Wechsel oder anderen skripturrechtlichen Wertpapier das Scheinrecht in der Hand des redlichen Dritten zum wahren Recht erstarkt, ganz abschneiden. Somit ist er behufs Herausgabe der unberechtigten Bereicherung verpflichtet, den Versprechenden von seiner Scheinverbindlichkeit durch Anerkennung ihrer Nichtigkeit oder doch Klaglosigkeit zu befreien und ihm die Schuldurkunde zurückzugeben. Der ohne rechtlichen Grund Verpflichtete oder scheinbar Verpflichtete kann, ohne den Angriff abzuwarten, den Herausgabeanspruch im Wege der Kondiktion geltend machen. Er kann ihn aber auch der Klage aus dem abstrakten Schuldvertrage im Wege der Einrede entgegensetzen⁴³. Hat er die versprochene Leistung bereits ganz oder teilweise bewirkt, so kann er das Geleistete nur insoweit zurückfordern, als nicht seine Schuld zwar haftungslos, aber erfüllbar ist⁴⁴ oder der Bereicherungsanspruch durch Erfüllung ausgeschlossen wird⁴⁵ oder die Bereicherung weggefallen ist⁴⁶.

4. Verhältnis zur kausalen Verpflichtung. Die kausale Verpflichtung, die einem Schuldversprechen oder Schuldanerkennnis zugrunde liegt, wird durch die Eingehung der abstrakten Verpflichtung im Zweifel nicht aufgehoben, besteht vielmehr in Konkurrenz mit ihr fort⁴⁷. Doch kann das Gegenteil vereinbart werden⁴⁸. Das Anerkenntnis der Schlussrechnung beim Abrechnungsgeschäft ist begriffsmäßig als Schuldneuerung zu ver-

⁴³ B.G.B. § 821; vgl. Rümelin S. 134 ff., R.Ger. LXXXVI Nr. 73. Die Einrede ist gegenüber dem Anspruch auf Befreiung dadurch verselbständigt, daß sie durch dessen Verjährung nicht beseitigt wird.

⁴⁴ Somit nicht, wenn er ein ohne die gehörige Form schenkweise erteiltes oder ein auf Grund einer Spielschuld usw. abgegebenes Schuldversprechen erfüllt hat; oben § 191 S. 423 Anm. 33, § 202 S. 717 Anm. 49, § 208 S. 813 Anm. 32. Nicht als Erfüllung gilt aber im Sinne des B.G.B. die Hingabe eines das Versprechen verkörpernden Wechsels oder anderen Wertpapiers; oben § 191 S. 423 ff. Anm. 34—35, § 208 S. 811 Anm. 26.

⁴⁵ Wie in den Fällen des § 814 B.G.B. und des Schlusssatzes von § 817.

⁴⁶ B.G.B. § 818³, dazu jedoch § 822.

⁴⁷ Vgl. Endemann § 194, 1; Crome § 306, 3; Dernburg § 90 I; Matthiafs § 134 III C; Enneccerus § 422 III; Oertmann, Vorbem. 3. Dazu B.G.B. § 364² und oben § 179 S. 155 Anm. 54.

⁴⁸ So namentlich bei Hingabe der Verpflichtungsurkunde an Erfüllungsort; oben § 179 S. 155 Anm. 56.

stehen, so daß die verrechneten Einzelforderungen in dem Saldoergebnis verschwinden⁴⁹.

III. Anweisung und Anweisungsakzept. Als eine besondere Form des abstrakten Schuldvertrages ist das Anweisungsakzept ausgebildet. Einen abstrakten Schuldvertrag kann auch die Anweisung selbst enthalten.

1. Bürgerliches Recht⁵⁰.

a. Anweisung. Die Anweisung des bürgerlichen Rechts ist kein Schuldvertrag. Sie begründet kein Schuldverhältnis. Insbesondere ist sie kein Auftrag⁵¹. Vielmehr verschafft sie nur eine rechtliche Position und verleiht damit eine Machtbefugnis zur Rechtsgestaltung. Darin gleicht sie der Vollmachtserteilung. Sie ist aber keine Vollmacht⁵². Denn sie gewährt keine Vertretungsmacht, sondern die Ermächtigung, in eigenem Namen mit Wirkung für den Anweisenden zu handeln. In ihrer reinen Gestalt enthält sie eine zwifache Ermächtigung, indem sie den Anweisungsempfänger zum Empfange, den Angewiesenen zur Bewirkung einer Leistung ermächtigt⁵³.

Das B.G.B. hat die schriftliche Anweisung zur Leistung von Geld, Wertpapieren oder anderen vertretbaren Sachen als abstraktes Ermächtigungsgeschäft formalisiert. Durch die

⁴⁹ Regelsberger, Jahrb. f. D. XLVI 10 ff.; Dernburg § 90 I; Staudinger zu § 782 Bem. I 2 c. Dies gilt insbesondere auch beim kaufmännischen Kontokorrent (H.G.B. § 355—357), obschon durch § 356 des neuen H.G.B. die Reinheit des Prinzips getrübt wird; vgl. meine Grundz. des H.R., Enzykl. ⁷ III 102.

⁵⁰ Wendt, Das allgemeine Anweisungsrecht, 1895. Lenel, Jahrb. f. D. XXXVI 113 ff. v. Tuhr, ebd. XLVIII 1 ff. Wieland, Arch. f. ziv. Pr. XCV 161 ff. Lent, Die Anweisung als Vollmacht und im Konkurse, 1907. Riehl, Anweisung, 1908. Jacobi, Wertpapiere S. 292 ff. Endemann § 195. Dernburg II, 2 § 237 ff. Kipp bei Windscheid S. 814 ff. Kohler II, 1 § 23 ff. Crome § 307 ff. Matthiafs § 135. Enneccerus § 423 ff. Komm. v. Planck, Staudinger, Oertmann zu B.G.B. § 783—792.

⁵¹ Die früher herrschende Lehre nahm ein Doppelmandat an. Auch die älteren Gesetzbücher gehen vom Begriff des Auftrages (oder Vollmachtsvertrages) aus; Preuß. A.L.R. I 16 § 251 ff., Öster. Gb. § 1400 ff., Sächs. Gb. § 1328 ff., Schweiz. O.R. a. 406 ff.

⁵² Eine Inkassovollmacht finden in ihr Lenel u. Lent a. a. O., eine doppelte Vollmacht Wieland a. a. O.

⁵³ Diese Auffassung ist seit den Ausführungen von v. Tuhr u. Riehl jetzt fast allgemein durchgedrungen; vgl. Raape zu Dernburg⁴ § 237 Anm. 10. Bezeichnend ist, daß im neuen schweiz. O.R. a. 466 das Wort „beauftragt“ des früheren a. 406 für den Angewiesenen wie den Anweisungsempfänger in „ermächtigt“ umgewandelt ist.

Aushändigung der Urkunde, die zum Wertpapier (Rektapapier) erhoben ist, wird der in ihr bezeichnete Anweisungsempfänger ermächtigt, die Leistung in eigenem Namen beim Angewiesenen zu erheben, der Angewiesene ermächtigt, für Rechnung des Anweisenden an den Anweisungsempfänger zu leisten⁵⁴. Die Ermächtigung ist bis zur Honorierung der Anweisung durch Annahme oder Leistung widerruflich⁵⁵, erlischt dagegen nicht durch Tod oder Eintritt der Geschäftsunfähigkeit eines Beteiligten⁵⁶. Die Wirksamkeit der Ermächtigung ist unabhängig von Grund und Zweck der Anweisung. Über die schuldrechtlichen Beziehungen unter den Beteiligten entscheidet das außerhalb des Anweisungsrechtes verharrende Kausalverhältnis. Nur legt schon das Anweisungsrecht stets dem Anweisungsempfänger die Verpflichtung auf, dem Anweisenden unverzüglich Anzeige zu machen, wenn der Angewiesene die Annahme oder die Leistung verweigert, oder wenn er selbst die Anweisung nicht geltend machen will oder kann⁵⁷. Außerdem gilt für die Anweisung auf Schuld der Satz, daß der angewiesene Schuldner, falls er leistet, in Höhe der Leistung befreit wird⁵⁸, für die Anweisung zwecks Schulderfüllung oder sonstiger Leistungsbewirkung die gesetzliche Regel, daß Anweisung nicht Zahlung ist, vielmehr die bezweckte Leistung erst mit der Leistung des Angewiesenen an den Anweisungsempfänger bewirkt wird⁵⁹. Im übrigen können sich aus Schuldverhältnissen, die außerhalb des Anweisungsrechtes begründet sind, sehr verschiedenartige Verpflichtungen ergeben. Der Anweisende kann dem Anweisungsempfänger gegenüber verpflichtet sein, für die Honorierung der Anweisung durch den Angewiesenen einzustehen; er kann dem

⁵⁴ B.G.B. § 783. Über die Wertpapiereigenschaft oben Bd. II 133 Anm. 6.

⁵⁵ B.G.B. § 790. Der Widerruf ist dem Angewiesenen gegenüber zu erklären und ist auch dann wirksam, wenn er eine dem Anweisungsempfänger gegenüber begründete Verpflichtung verletzt. (Abweichend von der Vollmacht nach § 168.)

⁵⁶ B.G.B. § 791 (nachgiebiges Recht). Über den Einfluß des Konkurses eines Beteiligten vgl. Lent S. 133 ff.

⁵⁷ B.G.B. § 789. Diese Verpflichtung ist unabhängig von dem inneren Verhältnis und daher keine Vertragspflicht; die Nichtanzeige verpflichtet zum Schadensersatz. Vgl. oben § 189 S. 407 Anm. 23.

⁵⁸ B.G.B. § 787¹. Hat er angenommen, so ist er damit noch nicht von der Schuld gegenüber dem Anweisenden befreit, dieser kann aber seine Forderung gegen ihn nicht geltend machen, wenn er ihm nicht zugleich die Urkunde aushändigt.

⁵⁹ B.G.B. § 788; oben § 179 S. 155 Anm. 55.

Angewiesenen gegenüber Deckung oder Ersatz für die Leistung zu beschaffen haben. Der Anweisungsempfänger kann dem Anweisenden gegenüber verpflichtet sein, die Anweisung gegen den Angewiesenen geltend zu machen; er kann dem Angewiesenen für dessen Leistung eine Gegenleistung schulden⁶⁰. Der Angewiesene kann dem Anweisenden gegenüber zur Annahme der Anweisung oder zur Leistung an den Anweisungsempfänger verpflichtet sein⁶¹; er kann auch dem Anweisungsempfänger gegenüber eine derartige Verpflichtung übernommen haben⁶².

b. **Anweisungsakzept.** Ein besonderes Schuldverhältnis kraft Anweisungsrechtes entsteht nach bürgerlichem Recht lediglich durch formgerechte Annahme einer auf Geld, Wertpapiere oder andere vertretbare Sachen lautenden schriftlichen Anweisung⁶³. Die Annahme erfolgt durch schriftlichen Vermerk auf der Urkunde, wird aber, wenn sie vor deren Aushändigung an den Anweisungsempfänger erklärt war, erst mit ihrer Aushändigung wirksam⁶⁴. Durch die Annahme wird der Angewiesene dem Anweisungsempfänger zur Leistung verpflichtet⁶⁵. Seine Verpflichtung ist eine

⁶⁰ Als Bedingung der Leistung kann auch hier eine Gegenleistung in der Anweisung selbst bestimmt sein; ein Anspruch auf eine Gegenleistung kann nur außerhalb der Anweisung bestehen; vgl. v. Tuhr S. 13 ff., Oertmann, Vorbem. 3. — Anders bei der Orderanweisung; oben Anm. 22.

⁶¹ Daraus, daß er Schuldner des Anweisenden ist, folgt eine solche Verpflichtung nicht; B.G.B. § 787². Wohl aber z. B. aus einem Krediteröffnungsvertrage.

⁶² Z. B. durch das Versprechen, Anweisungen einer bestimmten Bank zu honorieren.

⁶³ B.G.B. § 784. Die Annahme einer schriftlichen Anweisung zu einer andersgearteten Leistung oder einer mündlichen Anweisung kann, wenn sie schriftlich erfolgt, zwar nie als Anweisungsakzept, wohl aber als selbständiges Schuldversprechen im Sinne des § 780 wirken. Ebenso die schriftliche Annahme einer unter § 783 fallenden Anweisung in anderer als der in § 784² vorgesehenen Form. Eine mündliche Annahme ist niemals Anweisungsakzept, kann jedoch nach Maßgabe des Kausalverhältnisses verpflichten. Diese Grundsätze gelten auch für kaufmännische Anweisungen; E.G. zum H.G.B. a. 21 S. 2. Nur kann auch die mündliche Annahme eines Vollkaufmanns als abstraktes Schuldversprechen wirken.

⁶⁴ B.G.B. § 784². Dies entspricht dem Wesen des konstitutiven Rektapapiers; oben Bd. II 132 Anm. 18.

⁶⁵ Die selbständige Verpflichtungskraft des Anweisungsakzeptes wurde nach dem Vorbilde des Wechselrechts zuerst bei kaufmännischen Anweisungen gesetzlich ausgesprochen (A.D.H.G.B. a. 300), dann aber im gem. R. allgemein anerkannt. Grundsätzlich anerkannt ist sie schon im Preufs. A.L.R. I, 16 § 259. Vgl. ferner Sächs. Gb. § 1328; Schweiz. O.R. a. 468¹ (früher 409).

vertragsmäßige. Denn dadurch, daß der Anweisungsempfänger kraft der nach Anweisungsrecht zugleich hierauf gerichteten Ermächtigung sich die Leistung versprechen läßt und der Angewiesene sie kraft seiner Ermächtigung verspricht, kommt ein Schuldvertrag zustande⁶⁶. Dieser Schuldvertrag aber ist abstrakter Natur⁶⁷. Denn die Annahmeerklärung ist ein selbständiges Schuldversprechen, dessen Verpflichtungskraft vom Verpflichtungsgrunde nicht abhängt. Ihre Verpflichtungskraft ist jedoch gegenüber der des einfachen Schuldversprechens dadurch gesteigert, daß sie vermöge ihrer Verkörperung in einem formalisierten Wertpapier durch dessen Wortlaut bestimmt wird⁶⁸. Darum kann der Annehmende dem Anweisungsempfänger nur drei Arten von Einwendungen entgegensetzen. Erstens solche, die die Gültigkeit seiner Erklärung betreffen; so Fälschung derselben, Formmängel seiner Unterschrift, Mangel der Geschäftsfähigkeit, Anfechtung wegen Irrtums, Betruges oder Drohung⁶⁹. Zweitens solche, die sich aus dem Wortlaute

⁶⁶ Manche halten die Annahme für eine einseitige Verpflichtungserklärung. So Schollmeyer S. 191 ff., Staudinger zu § 784 Bem. II 2 e, Oertmann Bem. 3, Jacobi S. 296 ff., Cosack I § 151 III 2 c, § 162 I 2 c, Crome § 307 Anm. 45, Enneccerus § 424 I 2 a, Brütt a. a. O. S. 192. Vgl. dagegen Planck Bem. 1 c, Matthiafs § 135 II A, Lent S. 82 ff.; oben § 185 S. 317 Anm. 23. — Wenn die Annahmeerklärung nicht vor der Aushändigung der Anweisung erfolgt ist, in welchem Falle sie dem Anweisungsempfänger mit der Aushändigung zugeht; muß sie nach allgemeinen Grundsätzen dem Anweisungsempfänger gegenüber erfolgen, um Wirksamkeit zu erlangen. Die Sonderbestimmung der W.O. a. 21⁴, aus der heute allgemein gefolgert wird, daß das Wechselakzept durch bloße Niederschrift perfekt wird (R.Ger. IX Nr. 9, LXXVII Nr. 41, Seuff. XLVI Nr. 280), gilt hier nicht. Wollte man aber auch das Gegenteil annehmen, so folgt daraus nicht, daß kein Vertragsschluß vorliegt. Dies behauptet allerdings für das Wechselakzept mit der herrschenden Lehre (oben § 185 S. 316 Anm. 23) das R.Ger. XXIV Nr. 17. Allein auch das Wechselakzept ist „Annahme“ eines Antrags, der sich eben auf Leistung eines bestimmten Versprechens richtet. Die Besonderheit besteht also darin, daß der Vertrag hier im Sinne des § 151 B.G.B. ausnahmsweise durch eine Annahmeerklärung zustande kommt, die nicht dem Antragenden gegenüber abgegeben zu sein braucht.

⁶⁷ Durch bloße Erwähnung des Grundes wird auch hier die abstrakte Wirkung nicht ausgeschlossen. Ebenso kann die Annahme, wie sogar das Wechselakzept (W.O. a. 22), mit Einschränkungen oder bedingt (z. B. auch durch Gegenleistung) erfolgen und behält dann innerhalb der damit bezeichneten Grenzen ihre abstrakte Verpflichtungskraft. Vgl. v. Tuhr S. 13 ff., Oertmann Bem. 4.

⁶⁸ B.G.B. § 784¹; oben Bd. II 128 Anm. 19. Vgl. Schweiz. O.R. a. 468¹ (früher a. 409). — Ähnlich W.O. a. 82.

⁶⁹ Dahin gehört auch der Einwand, daß er das Akzept schenkweise erteilt

der Urkunde ergeben, mögen sie nun den Inhalt der Anweisung (z. B. Fälligkeitstermin, den Leistungsort, Bedingtheit durch Gegenleistung) oder den Inhalt der Annahme (z. B. eine hinzugefügte Einschränkung oder Bedingung) betreffen, Drittens solche, die ihm unmittelbar gegen den Anweisungsempfänger zustehen; so den Aufrechnungseinwand, den Einwand schon geleisteter Zahlung, die Stundungseinrede. Dagegen kann er auf das der Erteilung der Anweisung zugrunde liegende Kausalverhältnis nicht zurückgreifen; sowohl das Deckungsverhältnis zwischen ihm und dem Anweisenden wie das Valutenverhältnis zwischen dem Anweisungsempfänger und dem Anweisenden liegen außerhalb des Anweisungsrechts⁷⁰. Anders verhält es sich nur insoweit, als er durch Aufdeckung des Kausalverhältnisses ein arglistiges Verhalten des Anweisungsempfängers nachzuweisen vermag; denn mit der Einrede der Arglist kann er die Geltendmachung jeder Forderung zurückschlagen⁷¹. Aus der Natur der Anweisung als Wertpapier folgt, daß der Angewiesene immer nur gegen Aushändigung der Anweisung zur Leistung verpflichtet ist⁷². Kraft besonderer Vorschrift verjährt der Anspruch aus dem Anweisungsakzept in drei Jahren⁷³.

c. Übertragung⁷⁴. Die Anweisung kann, falls der Anweisende die Übertragung nicht ausgeschlossen hat⁷⁵, durch Ver-

habe. Denn B.G.B. § 518 Abs. 1 S. 2 ist sinngemäß anwendbar. Vgl. für das Wechselakzept R.Ger. LXXI Nr. 73.

⁷⁰ Auch die von Tuhr S. 51 ff. gemachten und von Oertmann Bem. 4c gebilligten Ausnahmen sind abzulehnen; Planck, Bem. 2a.

⁷¹ So z. B., wenn der Anweisungsempfänger, als er sich das Akzept erteilen ließ, wußte, daß es einer Spielschuld Klagbarkeit oder einer Wucherschuld Gültigkeit verschaffen sollte. Dies ist zugunsten des Akzeptanten eines Wechsels allgemein anerkannt (vgl. R.Ger. VIII Nr. 24, LXVIII Nr. 101) und kann unmöglich, wie anscheinend von Planck a. a. O., für die Anweisung des B.G.B. geleugnet werden. Richtig Endemann § 195 Anm. 28.

⁷² B.G.B. § 785. Ist er, weil er nicht angenommen hat, überhaupt nicht verpflichtet, so hat er das Recht, gegen die Leistung die Urkunde zu verlangen. Quittung kann er außerdem fordern. — Da eine Kraftloserklärung, wie sie bei Wechseln stattfindet (W.O. a. 73), hier nicht zulässig ist, erlischt der Anspruch aus dem Anweisungsakzept mit dem Untergang der Urkunde; oben Bd. II 140 Anm. 51, 141 Anm. 54.

⁷³ B.G.B. § 786. Wie W.O. a. 77. Ein Bereicherungsanspruch gegen den Akzeptanten, wie nach W.O. a. 83, ist hier nicht gewährt.

⁷⁴ B.G.B. § 792; oben Bd. II 135 Anm. 22, 136 Anm. 26, 28.

⁷⁵ Die Ausschließung ist aber dem Angewiesenen gegenüber nur wirksam, wenn sie aus der Urkunde ersichtlich oder ihm vor der Honorierung vom Anweisenden mitgeteilt ist.

trag des Anweisungsempfängers mit einem Dritten übertragen werden. Erforderlich dazu ist schriftliche Übertragungserklärung und Übergabe der Urkunde. Erfolgt die Übertragung vor der Annahme, so ist sie, da eine Forderung noch nicht besteht, keine Forderungsabtretung⁷⁶, bewirkt aber den Übergang der Ermächtigung zum Leistungsempfange. Nimmt der Angewiesene die Anweisung dem nunmehr ermächtigten Dritten gegenüber an, so schließt er den abstrakten Schuldvertrag mit diesem ab, kann ihm daher Einwendungen aus dem zwischen ihm und dem Anweisungsempfänger bestehenden Rechtsverhältnis nicht entgegensetzen. Die Übertragung der bereits akzeptierten Anweisung wirkt in Ansehung des Rechts aus der Anweisung als Forderungsabtretung⁷⁷.

2. Wechselrecht. Der gezogene Wechsel ist eine an qualifizierte Schriftform gebundene und einem formalen Sonderrecht unterworfenene Anweisung auf eine bestimmte Geldsumme. Auch nach Wechselrecht ist die Annahme ein abstraktes Schuldversprechen mit selbständiger Verpflichtungskraft. Soweit für sie keine wechselrechtlichen Besonderheiten gelten⁷⁸, finden die für das Anweisungsakzept des bürgerlichen Rechts geltenden Regeln Anwendung. Hier aber ist im Gegensatz zum bürgerlichen Recht zugleich die Anweisung selbst nicht bloß Ermächtigungsgeschäft, sondern abstrakter Schuldvertrag. Denn sie schließt notwendig ein wertpapiermäßig verkörpertes Versprechen des Anweisenden (Ausstellers) gegenüber dem Anweisungsempfänger (Remittenten) ein, daß im Falle gehöriger Wahrung von Fristen und Formen der Angewiesene (Bezogene) papiergemäß leisten und auf Verlangen vorher annehmen werde. Dieses Garantieverprechen fällt, so eigenartig es vom Wechselrecht ausgestaltet ist, unter den bürgerlichrechtlichen Begriff des selbständigen Schuldversprechens und unterliegt den für dieses geltenden allgemeinen Regeln. Dasselbe gilt für das gleichhaltliche abstrakte Schuldversprechen, das im In-

⁷⁶ Doch finden nach § 792³ S. 2 die Vorschriften über Forderungsabtretung entsprechende Anwendung.

⁷⁷ Kipp b. Windscheid S. 816, Crome § 309 II 2 a, Planck, Bem. 3a, Enneccerus § 426 I 3; a. M. Staudinger Bem. III, Oertmann Bem. 1. Der Angewiesene kann also auch Einwendungen aus seinem Verhältnis zum Anweisungsempfänger oder einem anderen früheren Gläubiger herleiten. Doch ist auch in diesem Falle die Übertragung zugleich Übertragung des Rechts aus der Ermächtigung nach § 783. Darum kann auch durch ein ihm gegenüber abgegebenes zweites Akzept der Zessionar ein selbständiges Recht erlangen.

⁷⁸ Eine Hauptbesonderheit ist, daß der Bezogene aus dem Akzept auch dem Aussteller wechselfähig haftet; W.O. a. 23².

dossament eines Wechsels, wenn es nicht durch eine besondere Klausel ausgeschlossen wird, enthalten ist.

3. Scheckrecht. Der Scheck ist eine durch ein Sonderrecht geregelte Anweisung, die der Annahmefähigkeit entbehrt⁷⁹, dagegen gleich dem gezogenen Wechsel den Aussteller und die etwaigen Indossanten papiergemäß verpflichtet, für die Einlösung des Schecks, falls sie trotz rechtzeitiger Präsentation nicht erfolgt und dies durch gehörigen Protest nachgewiesen wird, selbstschuldnerisch einzustehn⁸⁰. Die Begebung eines Schecks ist daher ein abstrakter Schuldvertrag im Sinne des Schuldversprechens des bürgerlichen Rechts.

IV. Verkörperung in Wertpapieren. Die Verkörperung von Schuldverhältnissen in Wertpapieren bewirkt sachenrechtliche Abwandlungen des Schuldrechts. Dagegen läßt sie den inneren Kern der Schuldverhältnisse unberührt. Somit können Schuldversprechen verschiedenster Art, kausale wie abstrakte, wertpapiermäßig verbrieft sein⁸¹. Doch ist es in jedem Falle für das Verhältnis der Schuld zu ihrem Verpflichtungsgrunde bedeutungsvoll, wenn das Wertpapier skripturrechtliche Kraft besitzt. Denn dadurch verliert auch bei kausalen Wertpapieren dem dritten redlichen Erwerber gegenüber der Verpflichtungsgrund insoweit seine Erheblichkeit, als ihn das Papier nicht ersichtlich macht. Bei abstrakten Wertpapieren aber tritt in der Hand des dritten Erwerbers die absolute Loslösung der verbrieften Verpflichtung von ihrer causa ein. Das skripturrechtliche Wertpapier verschafft eben dem nach seinem Wortlaut begründeten Schein einer Forderung die Fähigkeit, zugunsten dessen, der dem Scheine traut, eine vollwirksame Forderung hervorzurufen, wenngleich bisher nur eine klaglose oder eine mit Mängeln behaftete oder überhaupt keine Forderung bestand⁸².

1. Rektapapiere. Die Erteilung eines abstrakten Schuldversprechens kann in einem als Rektapapier ausgestalteten Verpflichtungsschein erfolgen⁸³. Ein in einem Rektapapier verkörpertes Schuldversprechen ist stets das Anweisungsakzept des B.G.B. und jedes in einem eignen oder gezogenen Rektawechsel

⁷⁹ ScheckG. § 10. Ein Annahmevermerk gilt als nicht geschrieben.

⁸⁰ ScheckG. § 15 ff. Die Verbindlichkeit aus dem Indossament kann auch hier ausgeschlossen werden (§ 15³).

⁸¹ Oben Bd. II 127 ff.

⁸² Oben Bd. II 125—127.

⁸³ Oben Bd. II 133.

oder einem Rektascheck enthaltene Versprechen. Hier überall sind für die Begründung, Übertragung und Geltendmachung der Forderung besondere wertpapierrechtliche Grundsätze maßgebend⁸⁴. Was aber den Schuldinhalt betrifft, so wird zwar durch die formale Kraft des Wortlautes der Urkunde die Verselbständigung der abstrakten Verpflichtung gesteigert. Soweit jedoch Einwendungen aus dem materiellen Rechtsverhältnis, weil sie sich unmittelbar gegen den Versprechensempfänger richten, zulässig bleiben, haften sie an der Forderung selbst und greifen daher auch jedem Rechtsnachfolger gegenüber durch.

2. Orderpapiere. Der eigne und der gezogene Wechsel und der auf Namen lautende Scheck, denen die Ordereigenschaft nicht entzogen ist, können außer den abstrakten Schuldversprechen des Ausstellers (und beim gezogenen Wechsel des Akzeptanten) die abstrakten Schuldversprechen der Indossanten, die ihre Verpflichtung nicht ausgeschlossen haben, in sich aufnehmen⁸⁵. Auf einen Kaufmann ausgestellte Anweisungen oder von einem Kaufmann ausgestellte Verpflichtungsscheine über die Leistung von Geld, Wertpapieren oder anderen vertretbaren Sachen, in denen die Leistung nicht von einer Gegenleistung abhängig gemacht ist, können, wenn sie an Order lauten, indossiert werden, ihr Indossament als solches aber besitzt keine Verpflichtungskraft⁸⁶; die Annahme der Orderanweisung wirkt nach den Regeln des bürgerlichen Rechts als abstraktes Schuldversprechen⁸⁷, das im Orderverpflichtungsschein enthaltene Schuldversprechen muß nicht, kann aber abstrakt sein⁸⁸. Alle in einem Orderpapier enthaltenen Schuldversprechen aber gewinnen dadurch verstärkte Verpflichtungskraft, daß sie im Falle der Übertragung oder Weiterübertragung des verbrieften Rechts durch Indossament zugunsten des legitimierten Besitzers skripturrechtlich wirken und somit, falls sie abstrakt sind, sich vom Kausalverhältnis vollständig loslösen können⁸⁹.

⁸⁴ Oben Bd. II 134 ff. Nur die Ausübung des verbrieften Forderungsrechts betreffen auch die besonderen Vorschriften für die zu den Rektapapieren gehörigen Legitimationspapiere; vgl. B.G.B. § 808, oben Bd. II 139 ff. Auch sie können abstrakt sein, sind aber meist kausal.

⁸⁵ W.O. a. 14; ScheckG. § 15.

⁸⁶ H.G.B. § 363¹, 364¹, 365; oben Bd. II 142 Anm. 30.

⁸⁷ Dies ergibt sich aus E.G. zum H.G.B. a. 21 S. 2 mit a. 2.

⁸⁸ Oben Bd. II Anm. 17—18. Ist es kausal, so fällt es nicht unter die §§ 780 ff. B.G.B. — Die übrigen handelsrechtlichen Orderpapiere (H.G.B. § 363²) sind notwendig kausal.

⁸⁹ W.O. a. 82 (mit a. 36); ScheckG. § 18² (mit § 8); H.G.B. § 364² (mit

3. Inhaberpapiere. Schuldverschreibungen auf den Inhaber können ein kausales oder abstraktes Schuldversprechen enthalten⁹⁰. Unabhängig hiervon gelten für sie gemeinsame Grundsätze, die in Ansehung der Begründung, Übertragung und Geltendmachung der verbrieften Forderung das gemeine Schuldrecht abwandeln⁹¹. Alle diese Abwandlungen bringen die Beeinflussung des Schuldrechts durch die sachenrechtliche Verkörperung zum Ausdruck und können nur vom Sachenrecht her begriffen werden⁹². Gelten sie doch großenteils auch für Inhaberpapiere, die keine

§ 365); oben Bd. II 148 Anm. 26. — Bei den kausalen Orderpapieren tritt kraft des Indossaments eine Loslösung der Forderung vom Verpflichtungsgrunde insoweit ein, als derselbe nicht aus der Urkunde erhellt; doch gilt dies bei manchen von ihnen nur mit erheblichen Einschränkungen; oben Bd. II 125 Anm. 10—11.

⁹⁰ B.G.B. § 793; oben Bd. II 127 Anm. 18, 158 Anm. 13. Immer kausal sind die Zins-, Renten- und Gewinnanteilscheine auf Inhaber; ebd. S. 131 Anm. 33, 160 Anm. 25, 27. Daran ändert die durch B.G.B. § 803 zur gesetzlichen Regel erhobene starke Verselbständigung der Zinsscheine nichts, ebd. S. 186. Kausal sind auch die Erneuerungsscheine, die gleichfalls besondere Schuldverschreibungen auf den Inhaber sind, obschon ihre Abhängigkeit vom Hauptpapier durch B.G.B. § 805 sehr gesteigert ist, ebd. S. 130 Anm. 32, 161 Anm. 32, 170—171, 186 Anm. 159. Stets kausal sind endlich die im B.G.B. § 807 geregelten, als Inhaberschuldverschreibungen gemeinten Karten, Marken und ähnlichen Urkunden ohne Bezeichnung eines Gläubigers; ebd. S. 161.

⁹¹ B.G.B. § 793—807. Die in § 808 geregelten Namenpapiere mit Legitimationsklausel zugunsten jedes Inhabers sind Rektapapiere (oben Anm. 84), auf die aber einzelne Vorschriften über Inhaberschuldverschreibungen Anwendung finden.

⁹² Sie sind daher bei der Darstellung des Rechtes der Inhaberpapiere im Sachenrecht miterörtert. Vgl. über die Formvorschrift des § 793² oben Bd. II 162. Über den Begründungsakt als Schuldvertrag und die Bedeutung der durch § 794 (u. 807) eingeführten Haftung ohne Begebung ebd. S. 111 ff., 162, auch oben § 185 S. 316 Anm. 21—22. Über das Erfordernis der Staatsgenehmigung zur Ausgabe von Geldpapieren nach § 795 oben Bd. II 163—164. Über den Charakter der Urkunde als Einlösungspapier nach § 797 (u. 807) ebd. S. 171, 183. Über den Anspruch auf Erneuerung nach § 798 eb. II 179 Anm. 126. Über Kraftloserklärung und deren Wirkungen nach § 799—800 und über Zahlungssperre ebd. II 180—182. Über Vorlegungsfrist und Verjährung nach § 801—802 ebd. S. 184 u. 185. Über Wahrung des Forderungsrechts aus vernichteten oder abhanden gekommenen Zins-, Renten- oder Gewinnanteilscheinen nach § 804 ebd. S. 182. Über Umwandlung in ein Namenpapier nach § 806 ebd. S. 174 ff. Endlich über das sich aus § 793¹ ergebende Verhältnis zwischen dem Gläubigerrecht und der Ausübungsmacht des Inhabers ebd. S. 172 ff.

Schuldverschreibungen sind⁹³. Den Schuldinhalt als solchen aber berührt wieder die der Schuldverschreibung auf den Inhaber inwohnende skripturrechtliche Kraft. Denn da hier der Aussteller jedem Inhaber, der die Forderung geltend macht, Einwendungen, die nicht die Gültigkeit der Ausstellung betreffen oder ihm unmittelbar gegen den Inhaber zustehen, nur entgegensetzen kann, wenn sie sich aus der Urkunde ergeben⁹⁴, so kann sein Schuldversprechen, falls es kausal lautet, jede Abhängigkeit von einer in der Urkunde nicht ersichtlich gemachten Kausalbeziehung, falls es aber abstrakt lautet, überhaupt jeden Zusammenhang mit dem Kausalverhältnis abstreifen⁹⁵. Nicht anders verhält es sich mit dem Akzeptversprechen auf einer auf den Inhaber lautenden Anweisung⁹⁶, sowie mit dem in der Ausstellung eines Inhaberschecks enthaltenen Garantieverprechen des Anweisenden⁹⁷.

Drittes Kapitel.

Schuldverhältnisse aus unerlaubten Handlungen.

§ 211. Begriff und Umfang¹.

I. Begriff. „Unerlaubte Handlung“ ist eine durch Tun oder Unterlassen begangene widerrechtliche Verletzung einer fremden Privatrechtssphäre, durch die kraft Rechtssatzes ein auf Ersatz-

⁹³ Insbesondere für Inhaberaktien und für sachenrechtliche Inhaberpapiere; oben Bd. II 158 ff.

⁹⁴ B.G.B. § 796 (u. 807); vgl. oben Bd. II 170, 183.

⁹⁵ Hiermit ist die höchste Stufe der Verpflichtungskraft eines abstrakten Schuldversprechens erreicht.

⁹⁶ Dafs eine akzeptable Anweisung auf den Inhaber gestellt werden kann und dann das Akzept derselben im Sinne einer Schuldverschreibung auf den Inhaber wirkt, dürfte nicht zu bezweifeln sein. Lautet eine solche Anweisung auf Geld, so darf gemäß § 795 B.G.B. die akzeptierte Anweisung nur mit staatlicher Genehmigung in den Verkehr gebracht werden. — Ausdrückliche Vorschriften über Inhaberanweisungen enthält das Schweiz. O.R. a. 471¹ (früher § 413¹).

⁹⁷ ScheckG. § 4, 15, 18. Gleich dem Aussteller haftet nach § 15² jeder, der seinen Namen oder seine Firma auf die Rückseite eines Inhaberschecks gesetzt hat, — er sei denn der Bezogene —, dem jeweiligen Inhaber papiergemäß für die Einlösung.

¹ Deut. R.: Die älteren Werke, über deut. Privatrecht enthalten nichts über unerlaubte Handlungen oder doch nichts über die allgemeinen Grundsätze. Einiges bringt zuerst Beseler § 119. Auch Gengler § 131 ff. Ferner Cosack bei Gerber¹⁷ § 258 (während Gerber selbst in § 219 u. 220 nur

leistung an den Verletzten gerichtetes Schuldverhältnis begründet wird.

1. Der Begriff gehört dem Privatrecht an. Er kennzeichnet eine Handlung als Entstehungsart eines privaten Forderungsrechts. Somit unterscheidet er sich scharf von dem öffentlichrechtlichen Begriff der strafbaren Handlung, die einen öffentlichen Strafanspruch erzeugt. Eine unerlaubte Handlung kann straflos sein (z. B. fahrlässige Sachbeschädigung), eine Straftat, die keinen Eingriff in eine Privatrechtssphäre enthält (z. B. Verbrechen oder Vergehen wider die Staatsgewalt oder erfolgloser Versuch), ist keine unerlaubte Handlung. In sehr weitem Umfange aber sind dieselben Handlungen gleichzeitig strafbare und unerlaubte Handlungen. Dann treten die strafrechtlichen und privatrechtlichen Folgen nebeneinander ein.

Die Verselbständigung des Begriffes der unerlaubten Handlung ist eine geschichtliche Errungenschaft. Im deutschen Recht gab es ursprünglich infolge der innigen Verflechtung des Privatrechts mit dem Strafrecht nur einen einheitlichen Begriff der Missetat, so daß, wenn ihr eine Bußschuld gegen den Verletzten entsprang, durch diese die öffentliche Strafe aufgezehrt und ersetzt wurde. Schon im Mittelalter aber erfolgte gegenüber

von Nachdruck und Wildschaden handelt). Eingehend Stobbe § 199 ff. (b. Lehmann § 258 ff.). R. Hübner² § 89 (mit 77). Vgl. ferner die oben § 176 S. 73 Anm. 43 angef. Schriften von A. B. Schmidt und O. Hammer. Auch Brunner, über absichtslose Missetat im deut. Strafr., 1890 (Forsch. S. 487 ff.). v. Schwerin, R.G.² S. 122. Nord. R. bei v. Amira I § 54 ff., 92 ff., II § 43 ff., 86 ff. — Röm. R.: Windscheid § 326, 451 ff. Dernburg, Pand. § 129 ff. Pernice, Labeo² II 1 ff. v. Ihering, Jahrbuch f. D. IV 1 ff. — Preuß. R.: Förster-Eccius I § 89 ff. Dernburg II § 294 ff. — Französ. R.: Zachariae-Crome II § 413 ff. — Österr. R.: Krainz-Pfaff-Ehrenzweig § 326, 391 ff. — Bürg. R.: v. Liszt. Die Deliktobligationen im System des B.G.B., 1898. Linckelmann, Die Schadensersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen nach dem B.G.B., 1898. Schollmeyer S. 218 ff. Kipp b. Windscheid S. 947 ff. Cosack § 163 ff. Dernburg II 2 § 382 ff. Endemann § 202 ff. Kohler § 172 ff. Landsberg § 157 ff. Matthiafs § 142 ff. Crome § 324 ff. Enneccerus § 449 ff. Komm. zu B.G.B. § 823 ff., bes. Planck, Staudinger, Oertmann. — Speziell über den Begriff der unerlaubten Handlung: Eltzbacher, Das rechtswirksame Verhalten S. 274 ff. Zitelmann, Intern. Privatr. II 465 ff. — Über den Begriff der Widerrechtlichkeit: Zitelmann, Arch. f. ziv. Pr. IC 1 ff. Hold v. Ferneck, die Rechtswidrigkeit, 1903 ff. — „Über den Begriff der Rechtsverletzung“ Kipp in Berliner Festgabe für mich, 1910 II 1 ff. — Über „Das subjektive Recht im Gebiete der unerlaubten Handlung“ R. Schulz-Schaeffer, Bd. I 1915; dazu H. Lehmann, Z. f. H.R. LXXVIII 529 ff.

der Ausbreitung des Systems der öffentlichen Strafen mehr und mehr eine privatrechtliche Ausgestaltung der Ansprüche des Verletzten, wie dies namentlich in der ungleichen Behandlung der absichtlichen und der absichtslosen Missetat zum Ausdruck kam. Die Rezeption beförderte die fortschreitende Sonderung des Privatrechts vom Strafrecht. Das römische Recht hatte die Kategorie der *delicta privata* ausgebildet und den aus ihm entspringenden *obligationes ex delicto*, obschon sie von Hause aus poenal waren und stets, weil sie zum Teil die Funktionen des mangelhaften öffentlichen Strafrechts erfüllen mußten, einen stark poenalen Beigeschmack behielten, ihre Stelle im Privatrecht angewiesen. Der Begriff der Deliktobligation ging ins gemeine Recht über und streifte gegenüber dem fortgebildeten öffentlichen Strafrecht mehr und mehr den strafrechtlichen Zusatz ab. Die neueren Gesetzbücher stellen den allgemeinen Begriff der „unerlaubten Handlung“ auf und behandeln sie durchweg als Entstehungsgrund rein privatrechtlicher Schuldverhältnisse².

2. Den Inhalt des Schuldverhältnisses aus unerlaubter Handlung bildet stets eine Ersatzleistung an den Verletzten. Die Ersatzleistung kann auf Genugtuung oder auf Wiederherstellung abzielen und demgemäß als Privatstrafe oder als Schadensersatz ausgestaltet sein. Während sowohl im älteren deutschen wie im römischen Recht die Privatstrafe eine große Rolle spielte, ist im modernen Recht mehr und mehr die grundsätzliche Beschränkung der Forderung auf Schadensersatz durchdrungen, ohne daß damit das Moment der Genugtuung völlig ausgeschaltet wäre³.

3. Die unerlaubte Handlung kann nicht nur in positivem Tun, sondern auch in pflichtwidrigem Unterlassen bestehen. Dies war im älteren deutschen Recht stets anerkannt⁴ und wurde gegen-

² Preufs. A.L.R. I, 6: „Von den Pflichten und Rechten, die aus unerlaubten Handlungen entstehen.“ Code civ. III, 4 ch. 2: „Des Délits et des Quasi-Délits.“ Sächs. G.B. T. III Abt. I Abschn. III zu I, 2: „Unerlaubte Handlungen“, Abt. II Abschn. II: „Forderungen aus unerlaubten Handlungen“. Schweiz. O.R. I, 2: „Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen“. B.G.B. II, 7 Tit. 25: „Unerlaubte Handlungen“. — Das Oest.Gb. handelt II, 30 allgemein: „Von dem Rechte des Schadensersatzes und der Genugtuung“.

³ Hiervon unten § 215.

⁴ Sachsensp. II a. 38; Grimm, W. I 340. Stobbe-Lehmann § 259, 2. Hübner § 89 I, 1.

über dem römischen Recht, das ein Tun forderte⁵, auch im gemeinen Recht überwiegend angenommen⁶. Für das heutige Recht steht es außer Zweifel⁷.

4. Zum Begriff der unerlaubten Handlung gehört der objektive Tatbestand einer widerrechtlichen Privatrechtsverletzung. Die Handlung muß widerrechtlich sein, somit gegen eine Rechtsnorm verstossen. Sie muß aber zugleich einen schädigenden Eingriff in eine fremde Privatrechtssphäre enthalten, somit ein subjektives Privatrecht verletzen. Ob und inwieweit, wenn beide Voraussetzungen erfüllt sind, der objektive Tatbestand einer unerlaubten Handlung vorliegt, kann von der Rechtsordnung ungleich bestimmt werden. Sie kann die Grenzen enger oder weiter ziehen⁸. Sobald sie aber ein Verhalten zur unerlaubten Handlung stempelt, erklärt sie es damit zugleich für widerrechtlich⁹ und für rechtsverletzend¹⁰.

⁵ L. 13 § 2 D. 7, 1. Nur die Unterlassung eines Tuns, das durch vorhergehendes oder begleitendes Tun geboten war, wird dem Tun zugerechnet; Windscheid § 455, 2.

⁶ So mit wenigen Ausnahmen (vgl. Seuff. XXV Nr. 128, XXIX Nr. 237) von den Gerichten; vgl. bes. Seuff. XLV Nr. 90 und die dort S. 154 zusammengestellten Entsch., R.O.H.G. XIII 116, R.Ger. Seuff. XLIX Nr. 76. Vgl. Pernice a. a. O. II 128, Busch, Arch. f. ziv. Pr. XLV 139 ff., Dernburg, Pand. § 131 Anm. 11. A. M. Brinz, Windscheid a. a. O. u. A.

⁷ Ausdrücklich anerkannt schon im Preuß. A.L.R. I, 6 § 9, 11, 12, 26, Oest.Gb. § 1294. Dagegen ist das Sächs.Gb. § 1486 noch wesentlich römisch. Für das B.G.B. ist kein Streit; vgl. R.Ger. LII 373 ff., LIV 58 ff., Seuff. LXIII Nr. 63; zahlreiche Einzelfälle b. Planck zu § 823 Bem. II 2, Fischer-Henle § 823 Anm. 11. — Vgl. Traeger, Das Problem des Unterlassungsdelikts im Straf- und Zivilrecht, Marburg 1913 (Festschr. f. Enneccerus).

⁸ Von der positivrechtlichen Begrenzung der objektiven Deliktstatbestände durch das B.G.B. sprechen wir nachher behufs Feststellung des Umfangs des Bereiches der Deliktobligationen.

⁹ Man behauptet, das B.G.B. rechne zu den unerlaubten Handlungen auch solche, die nicht rechtswidrig sind. Dafs jede nach § 826 haftbar machende sittenwidrige Schadenszufügung widerrechtlich ist, wird unten zu II 4 gezeigt werden. Wenn außerdem Manche, wie z. B. Enneccerus § 449 Anm. 1, Oertmann, Vorbem. 1, als zweifellos hinstellen, dafs die Haftung für Tiere nach § 833 u. 835 keine Unrechtsgrundlage habe, so ist es freilich richtig, dafs das Halten des Tieres oder das Nichtabschiefsen des Wildes nicht rechtswidrig ist. Allein der Tierhalter oder Jagdberechtigte haftet ja gar nicht hierfür, sondern für die dadurch verursachte Schadenszufügung, und diese ist, soweit sie überhaupt menschlichem Handeln zugerechnet wird, widerrechtlich. — Ganz abwegig Schulz-Schäffer I 3, der „rechtswidrig“ und „kulpos“ verwechselt.

¹⁰ Die herrschende Meinung betrachtet als ausgemacht, dafs das B.G.B.

Dagegen ist ein rechtmäßiger Eingriff in eine fremde Privatrechtssphäre niemals unerlaubte Handlung. Sobald daher aus irgendeinem Grunde die Widerrechtlichkeit ausgeschlossen ist, treten die Rechtsfolgen der unerlaubten Handlung nicht ein¹¹. Allerdings kann auch der rechtmäßige Eingriff eine Verpflichtung zum Schadensersatz begründen. Allein dann handelt es sich um ein aus Gründen der ausgleichenden Gerechtigkeit auferlegtes gesetzliches Schuldverhältnis, auf das die Vorschriften über Schuldverhältnisse aus unerlaubten Handlungen nicht und auch nicht entsprechend anwendbar sind. Dies gilt für rechtmäßige private Eingriffshandlungen, die zum Schadensersatz verpflichten, wie z. B. Sachbeschädigung oder Sachzerstörung kraft Notstandsrechtes bei selbstverschuldetem Notstande¹² und jeder Eingriff in fremde Sach-

unerlaubte Handlungen kennt, die keine Rechtsverletzungen sind. Dafs der hiergegen von Eltzbach a. a. O. S. 274 ff. erhobene Widerspruch begründet ist, wird nachher (zu III) gezeigt werden.

¹¹ Vgl. bes. Zitelmann, Der Ausschluß der Rechtswidrigkeit, Arch. f. Z.Pr. IC 1 ff. „Nicht widerrechtlich“ ist, wie B.G.B. § 227—229 ausdrücklich sagt, jede Eingriffshandlung in den Grenzen des Selbsthilferechtes. Nicht widerrechtlich handelt ferner, wer in Ausübung eines besonderen Privatrechts (z. B. elterlicher oder vormundschaftlicher Gewalt, Aneignungsrechts, Nachbarrechts) oder in berechtigter Ausübung öffentlicher Gewalt in eine fremde Privatrechtssphäre eingreift. Anders verhält es sich jedoch, wenn er ein entgegenstehendes stärkeres Recht verletzt, da er dann die Grenzen des eignen Rechts überschreitet. Vgl. die eingehende Untersuchung in Ansehung der Ausübung eigener Privatrechte bei Zitelmann S. 26 ff. Die Widerrechtlichkeit einer Eingriffshandlung wird sodann durch rechtswirksame Einwilligung des Verletzten ausgeschlossen. Von der Tragweite dieses Prinzips handelt ausführlich Zitelmann S. 47 ff., der jedoch, weil er kein subjektives Recht an den obersten Persönlichkeitsgütern anerkennt (S. 75 ff.), bei den Eingriffen in die leibliche Integrität den m. E. durchgreifenden Gesichtspunkt verwirft, dafs die Einwilligung insoweit unwirksam ist, als der Einwilligende über das verletzte Recht nicht verfügen kann. Nicht widerrechtlich ist endlich auch, wie Zitelmann S. 102 ff. überzeugend darlegt, ein Eingriff innerhalb der Grenzen gesetzlich legitimierter Geschäftsführung ohne Auftrag. — In der besonders streitigen Frage, wann eine ärztliche Operation nicht rechtswidrig ist, halte ich gegenüber Zitelmann, der lediglich Einwilligung oder auftraglose Geschäftsführung als Rechtfertigungsgründe gelten läfst (S. 80 ff., 110 ff.), daran fest, dafs, weil unser geltendes Recht die ärztliche Praxis als einen freien öffentlichen Beruf behandelt, der Gesichtspunkt des Eingriffsrechtes kraft Berufserfüllung vorzustellen ist; oben Bd. I § 82 Anm. 1 u. 5.

¹² B.G.B. § 228². Dagegen ist jede Überschreitung der Schranken des Selbsthilferechtes objektiv rechtswidrig. Sie verpflichtet daher, auch wenn sie straflos ist, den Handelnden, falls er verantwortlich ist, als unerlaubte Handlung zum Schadensersatz; R.Ger. XXI Nr. 54. Wenn bei widerrechtlichem

herrschaft kraft Nothilferechts¹³. Es gilt ebenso für alle in Ausübung öffentlicher Gewalt vollzogenen rechtmäßigen Eingriffshandlungen, aus denen ein Entschädigungsanspruch des in seiner Privatrechtsphäre Betroffenen entspringt¹⁴.

5. Zum Begriff der unerlaubten Handlung gehört endlich außer dem objektiven Merkmal der Widerrechtlichkeit das subjektive Merkmal der Verantwortlichkeit des Handelnden für den schädlichen Erfolg.

a. Verantwortlichkeit setzt stets Verursachung voraus. In dieser Hinsicht entscheiden die allgemeinen Regeln über Kausalzusammenhang¹⁵. Sie sind jedoch zum Teil durch die Haftbarmachung aus entfernter mittelbarer Verursachung abgewandelt, wie dies namentlich bei der Haftung für Andere oder für schädigende Tiere und leblose Sachen zutage tritt¹⁶.

b. Die Verursachung war nach deutschem Recht zur Verantwortlichkeit für widerrechtliche Schadenszufügung grundsätzlich ausreichend. Dagegen verlangte das römische Recht grundsätzlich schuldhaft Verursachung. Das Verschuldensprinzip wurde vom gemeinen Recht aufgenommen und von den neueren Gesetzbüchern zugrunde gelegt. Allein die Verantwortlichkeit für unverschuldete Verursachung eines Schadens, die auch das römische Recht in einzelnen Fällen kannte, erhielt sich auf deutschrechtlicher Grundlage in erheblichem Umfange und wurde im modernen Recht wieder ausgedehnt¹⁷.

Selbsthilfeangriff nach § 231 B.G.B. die Verantwortlichkeit auch im Falle des entschuldbaren Irrtums eintritt, so liegt echte unerlaubte Handlung, aber Durchbrechung des Verschuldensprinzips vor.

¹³ B.G.B. § 904. Daß der Eingriff in das Eigentum oder sonstige Privatrecht an der Sache (dingliches Recht, Besitz) innerhalb der durch § 904 gezogenen Grenzen nicht rechtswidrig ist, liegt auf der Hand. — Andere Fälle in B.G.B. § 867, 962.

¹⁴ So in allen Anwendungsfällen des § 76 Preufs. A.L.R. Einl. (vgl. R.Ger. LXXVIII Nr. 44), bei allen kraft öffentlichrechtlichen Eingriffs gegen Entschädigung auferlegten Eigentumsbeschränkungen (oben Bd. II 408 ff., 517), bei der Enteignung (ebd. S. 464 ff., 522), bei der Untersagung der ferneren Benutzung einer gewerblichen Anlage (Gew.O. § 51) usw. Über frühere Versuche, hier mit dem Begriff des Delikts oder Quasidelikts zu operieren, vgl. oben Bd. II 471 Anm. 23. Hierher gehört auch die staatliche Entschädigungspflicht gegenüber unschuldig verurteilten oder in Untersuchungshaft gehaltenen Personen nach R.G. v. 20. Mai 1898 u. 14. Juli 1904.

¹⁵ Oben § 176 S. 74 Anm. 44.

¹⁶ Unten § 213—214.

¹⁷ Näheres unten in § 212.

6. Das B.G.B. trifft in einem besonderen Titel des Rechtes der Schuldverhältnisse Bestimmungen über „unerlaubte Handlungen“ und setzt dabei einen einheitlichen Begriff der unerlaubten Handlung voraus. Der Begriff der unerlaubten Handlung muß also für das heutige Recht weit genug gefaßt werden, um alle ihm vom B.G.B. unterstellten Schuldentstehungsgründe zu umfassen. Unter diesen aber befinden sich Fälle unverschuldeter Schadensverursachung. Es ist nicht zulässig, diese Fälle der hergebrachten romanistischen Schablone zuliebe auszuschneiden und für sie, weil nun einmal für die unerlaubte Handlung das Verschulden begriffswesentlich sei, die abgestorbene Kategorie des Quasidelikts wiederzubeleben oder eine andere Kategorie verwandter Tatbestände einzuführen¹⁸. Vielmehr muß offen anerkannt werden, daß das B.G.B., indem es zwar das Verschuldensprinzip als Regel festgehalten, die Regel aber durch Zugeständnisse an das reine Verursachungsprinzip durchbrochen hat, zu einer entsprechenden Erweiterung des Begriffes der unerlaubten Handlung nötigt. Demgemäß sind die allgemeinen Vorschriften über Schuldverhältnisse aus unerlaubten Handlungen, soweit nichts Abweichendes bestimmt ist, nicht nur auf alle in dem Titel über unerlaubte Handlungen geregelten Schuldverhältnisse, sondern auch auf gleichartige Schuldverhältnisse, die anderswo geregelt sind, anzuwenden¹⁹.

II. Umfang. Für den Umfang der Tatbestände, die ein Schuldverhältnis aus unerlaubter Handlung begründen, kommt in erster Linie in Betracht, wann das objektive Erfordernis der widerrechtlichen Schadenszufügung in dazu ausreichender Weise erfüllt ist. Davon soll hier gehandelt werden. Erst in zweiter Linie wird innerhalb des Bereiches der hiermit abgegrenzten Tatbestände eine engere Grenze durch die Rechtssätze gezogen, die das subjektive Erfordernis der Verantwortlichkeit betreffen. Hiervon soll später besonders geredet werden.

1. Eine von der Rechtsordnung gemißbilligte und somit

¹⁸ So verfahren z. B. Dernburg § 395 ff., Landsberg § 161, Enneccerus § 195, 449, 466 ff., Cosack § 166, Zitelmann, Int. P.R. II 531 ff.; besonders schroff Schulz-Schäffer I 1 ff. Unentschieden Oertmann, Vorbem. 3 b. Vgl. dagegen Planck, Vorbem. 6, Komm. d. R.G.R., Vorbem. 1, Endemann § 200 Anm. 19, Crome § 331 Anm. 2.

¹⁹ Dem entspricht die Praxis des R.Ger.; vgl. Z.S. LIII Nr. 31, LX Nr. 64, LXX Nr. 43, LXXIV N. 69; enger noch L Nr. 102; Einzelfälle im Komm. d. R.G.R. Vorbem. 2—3. — Dagegen erklären sich Enneccerus § 449 Anm. 1, Staudinger, Vorbem. XII.

widerrechtliche Handlung eignet sich zur Unterstellung unter den Begriff der unerlaubten Handlung, sobald sie Privatrechtsverletzung ist. Das deutsche Recht betrachtete jeden widerrechtlichen Eingriff in den persönlichen Bereich oder das Vermögen eines Anderen als eine durch Ersatzleistung auszugleichende Rechtsverletzung. Dagegen führte das römische Recht nur, wenn eine Handlung sich als *dolus* oder als *injuria* qualifizierte, einen allgemeinen Begriff der Rechtsverletzung durch, während es im übrigen nur bestimmte genau umschriebene Tatbestände der Verletzung einzelner Rechte als Delikte anerkannte. Im gemeinen Recht herrschte die Tendenz, den Deliktsbegriff zu verallgemeinern²⁰, wurde jedoch schliesslich wieder zurückgedrängt. Dagegen erklärten die neueren Gesetzbücher — das preussische, französische, österreichische, sächsische und schweizerische — übereinstimmend jede widerrechtliche Schadenszufügung für einen an sich zur unerlaubten Handlung ausreichenden Tatbestand²¹. Dafs die widerrechtliche Schadenszufügung Rechtsverletzung sei, erschien dabei als selbstverständlich.

Das bürgerliche Gesetzbuch hat leider diesen einfachen Standpunkt verlassen und, indem es von einem zu engen Begriff des subjektiven Rechts ausging, ein verkünsteltes System geschaffen, das eine Fülle von Streitfragen und Unsicherheit hervorgerufen hat. Es stellt zwar einen einheitlichen Begriff der unerlaubten Handlung auf, unterscheidet aber innerhalb desselben Rechts-, Gesetzes- und Sittenverletzung. Die herrschende Meinung schliesst daraus, dafs die unerlaubte Handlung, falls sie widerrechtlich ist, bald ein subjektives Recht, bald nur ein geschütztes „Gut“ oder „Interesse“ verletze, schliesslich aber überhaupt nicht „widerrechtlich“ zu sein brauche. In Wahrheit ist sie immer Verletzung eines subjektiven Rechts. Sobald die Privatrechtsordnung ein „Gut“ oder „Interesse“ einer Person gegen Verletzung schützt, erkennt sie es eben dadurch als subjektives Privatrecht an. Und sobald sie eine Schadenszufügung als unerlaubte Handlung qualifiziert, erklärt sie eben damit die Handlung für „widerrechtlich“. Die Unterscheidungen des B.G.B. wurzeln also nur in dem ungleichen Mafse der Konkretisierung des verletzten Rechts und haben ihre praktische Bedeutung lediglich darin, dafs sie einerseits

²⁰ Vgl. Landsberg, *Injuria und Beleidigung* S. 104 Anm. 3; Dernburg, *Pand.* II § 135.

²¹ Preufs. A.L.R. I, 6 § 8. Code civ. a. 1382. Oest. Gb. § 1295. Sächs. Gb. § 773. Schweiz. O.R. a. 50 (jetzt 41¹).

den Kreis der durch unerlaubte Handlung verletzbaren Rechte begrenzen, andererseits einer Abstufung des Grades der Verantwortlichkeit zugrunde liegen.

2. **Rechtsverletzung.** Nach § 823¹ B.G.B. begeht eine unerlaubte Handlung, wer vorsätzlich oder fahrlässig „das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines Anderen“ widerrechtlich verletzt.

a. Hiermit wird zunächst den obersten Persönlichkeitsrechten, die dem Menschen als solchem zustehen, ein vom öffentlichrechtlichen Schutz unabhängiger Privatrechtsschutz zugesichert. Tötung, Körperverschädigung, Gesundheitsschädigung und Freiheitsentziehung sind unerlaubte Handlungen, weil sie das Persönlichkeitsrecht auf leibliche Unversehrtheit oder das Persönlichkeitsrecht auf Freiheit verletzen²². Demgegenüber behauptet die herrschende Meinung, daß es sich hier nicht um subjektive Rechte, sondern um bestimmte „Lebensgüter“ handle, deren Verletzung das B.G.B. ausnahmsweise der Rechtsverletzung gleichstelle²³. Man beruft sich dafür auf die Entstehungsgeschichte und auf die Ausdrucksweise des Gesetzes²⁴. Allein die Leugnung eines subjektiven Rechts auf Achtung der eignen Leiblichkeit und der persönlichen Freiheit ist mit dem modernen Rechtsbewußtsein unvereinbar. Auch wenn der Gesetzgeber der Anerkennung der allgemeinen Persönlichkeitsrechte

²² Vgl. oben Bd. I § 82 I u. II. Gestritten wird, ob unter „Freiheit“ in § 823¹ nur die Freiheit der leiblichen Bewegung oder auch die Freiheit der Willensbetätigung zu verstehen ist. Für eine engere Auffassung Endemann § 200 Anm. 27 u. jetzt bes. Oertmann zu § 823 Bem. 2 d, sowie Schulz-Schäffer I 150 ff.; vgl. auch R.Ger. XLVIII Nr. 29, LVI Nr. 72, LVIII Nr. 6, Seuff. LX Nr. 122. Für die weitere Auffassung v. Liszt a. a. O. S. 24 ff., Dernburg § 390 II, Crome § 325 I 4, Staudinger zu § 823 Bem. II A 2 c, Planck, Bem. II 1 d. Die Grenzen sind zweifelhaft. Jedenfalls aber gehören auch Nötigung und Drohung zu den Freiheitsverletzungen.

²³ So bes. Schollmeyer S. 219 ff.; Cosack § 163 I 1 a; Crome § 325 I; Endemann § 200 Nr. 3 b; Enneccerus § 450; Planck, Bem. II 1 ff.; Oertmann, Bem. 1; vgl. auch R.Ger. LI Nr. 86, LVI Nr. 72 S. 275, LVIII Nr. 6 S. 28 ff.

²⁴ Die Entstehungsgeschichte ergibt eigentlich nur, daß man weder zur ausdrücklichen Bejahung noch zur ausdrücklichen Verneinung der Persönlichkeitsrechte den Mut fand. Die Fassung ist zweideutig. Nicht ohne Grund machen die Gegner geltend, daß, wenn die Worte „oder ein sonstiges Recht“ nicht bloß auf das Eigentum, sondern auf alles Vorangehende zurückbezogen werden sollten, der Gesetzgeber nicht „das Leben“ usw., sondern „das Recht auf Leben“ hätte sagen müssen. Allein sollte er wirklich auf solchem Schleichwege das Recht auf Leben usw. umgebracht haben?

absichtlich aus dem Wege gegangen sein sollte, kann sein doktrinäerer Irrtum sie nicht aus der Welt schaffen. Das Gesetz kann daher nur dahin verstanden werden, daß es die wichtigsten allgemeinen Persönlichkeitsrechte besonders hervorhebt und mit Fug dem Eigentum als dem wichtigsten Vermögensrecht voranstellt²⁵.

Daraus folgt, daß für andere allgemeinmenschliche Persönlichkeitsrechte, die nicht aufgezählt sind, jedoch gleichfalls anerkannten Rechtsschutz genießen, dasselbe gelten muß. Dahin gehört namentlich das Recht auf Ehre²⁶. Mithin ist die Verletzung der Ehre Rechtsverletzung im Sinne des § 823¹²⁷. Sie kann also auch dann unerlaubte Handlung sein, wenn sie nicht strafbar ist²⁸.

Durch die Sonderbestimmung des § 824 wird die Gefährdung des Kredits, des Erwerbs oder des Fortkommens eines Anderen durch die Behauptung oder Verbreitung einer unwahren Tatsache als unerlaubte Handlung charakterisiert^{28a}. Dabei wird ausdrücklich bestimmt, daß die Verpflichtung zum Schadensersatz

²⁵ Richtig v. Liszt S. 22 ff.; Dernburg § 383 IV 1; Linckelmann S. 18; Hachenburg, Votr. S. 153 ff.; Staudinger zu B.G.B. I 1 Vorbem. II (Löwenfeld) u. § 823 II A (Engelmann); Lehmann, Unterlassungspflicht S. 129; Lobe, Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs, 1907, S. 157 ff., 171 ff.; Schulz-Schäffer I 113 ff., 139 ff.; auch Bierling, Prinzipienlehre III 211 ff.

²⁶ Vgl. oben Bd. I § 82 III. — Auch das Recht am eignen Bilde muß jedenfalls seit dem R.G. v. 9. Jan. 1907 § 22—24 dahin gezählt werden. Nach richtiger Ansicht auch das Recht an der eignen Geheimsphäre, so daß z. B. die unbefugte Veröffentlichung von Briefen Rechtsverletzung ist; vgl. Grundz. des deutsch. Privatr. Enzykl. 71 S. 220 und die dort angef. Schriften von Giesker, sowie Schulz-Schäffer I 223 ff.

²⁷ Dernburg § 383 IV 1, 380 III; Endemann § 200 Anm. 28; Lehmann a. a. O. S. 130; Lobe a. a. O. S. 270; Schulz-Schäffer I 158 ff. A. M. Planck, Bem. II 1 fß, Crome § 327 II, Enneccerus § 451 I 2 e, Oertmann a. a. O., R.Ger. LI Nr. 86 S. 372 ff., LX Nr. 1. — Der Umstand, daß in § 704 Entw. I die Ehre ausdrücklich hinter der Freiheit aufgeführt war, später aber gestrichen ist, hat dann keine entscheidende Bedeutung, wenn, wie wir annehmen, die Aufzählung in § 823¹ nur exemplifikatorisch ist.

²⁸ Fällt sie unter die Vorschriften des Str.G.B. § 185 ff. über Beleidigung, so ist sie ohnehin nach § 823² zugleich unerlaubte Handlung; R.Ger. LXXXII Nr. 15 S. 63. Das deckt aber nicht die fahrlässige Beleidigung.

^{28a} Über den Begriff der unwahren Tatsache vgl. R.Ger. LXVI Nr. 73 S. 231 ff. Keine Behauptung und Verbreitung einer „Tatsache“ liegt in der Veröffentlichung einer wissenschaftlichen Untersuchung und ihrer Ergebnisse, auch wenn sie im Bereiche der technischen Wissenschaften erfolgt und eine ungünstige Kritik bestimmter Betriebseinrichtungen einschließt; R.Ger. LXXXIV Nr. 51.

auch eintritt, wenn der Handelnde die Unwahrheit zwar nicht kannte, aber kennen mußte, daß sie jedoch in diesem Falle wegfällt, wenn es sich um eine Mitteilung handelt, an der der Mitteilende oder der Empfänger ein berechtigtes Interesse hatte^{28b}. Da die unwahre Tatsache keineswegs ehrenrührig zu sein braucht, ist durch § 824 der Schutz der Persönlichkeitsrechte über das Recht auf Achtung der Ehre hinaus erweitert²⁹; in bestimmtem Umfange ist eben auch ein Persönlichkeitsrecht auf Achtung der persönlichen Fähigkeit zu wirtschaftlicher Betätigung anerkannt³⁰. Liegt zugleich Ehrverletzung vor, so konkurriert mit dem Anspruch aus § 824 der allgemeine Anspruch aus § 823^{1 31}.

Eine weitere Sonderbestimmung in § 825 bezieht sich auf die Verletzung der Geschlechtsehre: „Wer eine Frauensperson

^{28b} Der Begriff des „berechtigten Interesses“ im Sinne des § 824² ist streitig. Das R.Ger. fordert ein objektiv berechtigtes Interesse; LI Nr. 86 S. 378 ff., LVI Nr. 72 S. 285; vgl. indes LXXXV Nr. 96 S. 442 ff. Vgl. ferner R.Ger. LXXXIII Nr. 81. Über den Schutz von Auskunftsbüros vgl. O.L.G. Hamb. b. Seuff. LXIV Nr. 29 S. 64 ff. (bedenklich).

²⁹ Auch die in Str.G.B. § 187 in die „verläumderische Beleidigung“ einbezogene Kreditgefährdung braucht in Wahrheit keine Ehrverletzung zu sein; sie kann durch die Behauptung eines unverschuldeten Vermögensverlustes, der keineswegs die Ehre berühren würde, begangen sein; vgl. Binding, Strafr. I 160. Um so mehr gilt dies für B.G.B. § 824, der alle Nachteile für den Erwerb oder das Fortkommen der Kreditschädigung gleichstellt; solche Nachteile kann auch die Behauptung, Jemand sei schwindsüchtig, entbehre der höheren Schulbildung, habe zehn Kinder, herbeiführen. Vgl. auch R.Ger. LVII Nr. 35.

³⁰ Ein allgemeines Persönlichkeitsrecht mit diesem Inhalte, das unter § 823¹ fiele, ist nicht anzunehmen (a. M. Lobe a. a. O. S. 266 ff.). Somit ist die Behauptung unrichtig, daß § 824 überflüssig wäre, wenn § 823¹ das Recht auf Ehre deckte. Denn ohne § 824 wäre nur die Kreditgefährdung und auch diese nur im Falle wissentlicher unwahrer Behauptung auf Grund des § 823² nach Maßgabe des Str.G.B. § 187 unerlaubte Handlung. Andererseits war § 824 Abs. 2 erforderlich, wenn die Verantwortlichkeit für Fahrlässigkeit eingeschränkt werden sollte.

³¹ Dies ist der Fall, wenn die Tatsache geeignet wäre, den Anderen verächtlich zu machen oder in der öffentlichen Meinung herabzuwürdigen. Dann ist allerdings der Tatbestand der unerlaubten Handlung auch nach § 823² nicht nur im Falle der wissentlichen Verleumdung gemäß Str.G.B. § 187, sondern auch im Falle der leichtfertigen üblen Nachrede gemäß Str.G.B. § 186 gegeben. Aber dann kann sich der Handelnde nicht auf die Wahrung berechtigter Interessen auf Grund des § 824² berufen. Ist die Ehrverletzung schon nach § 823¹ unerlaubte Handlung, so kommen ihm auch die verwandten (aber nicht identischen) Strafausschließungsgründe des Str.G.B. § 193 als solche nicht zugute. Doch wird regelmäßig nach den allgemeinen Regeln über die Grenzen des Verschuldens auch die zivilrechtliche Verantwortlichkeit ausgeschlossen sein.

durch Hinterlist, durch Drohung oder unter Mißbrauch eines Abhängigkeitsverhältnisses zur Gestattung der außerehelichen Beibehaltung bestimmt, ist ihr zum Ersatze des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.“ In diesem Falle ist also die Antastung der weiblichen Ehre, auch wenn sie nicht strafbar ist, unerlaubte Handlung, während sie im übrigen nur, falls sie sich als Verbrechen oder Vergehen gegen die Sittlichkeit darstellt, nach § 823² zugleich den Tatbestand einer unerlaubten Handlung enthält³². Hiernach ist die einfache Verführung eines Mädchens über sechzehn Jahre keine unerlaubte Handlung. Der außereheliche Beischlaf als solcher gilt dem modernen Recht nicht mehr, wie früher das stuprum, als Delikt; die vom Manne verursachte Schädigung der weiblichen Ehre aber wird, wenn sie mit Einwilligung der Frauensperson erfolgt, nicht als widerrechtlich angesehen, falls nicht die Einwilligung aus besonderen Gründen der Wirkungskraft entbehrt³³. Den auf Grund des deutschen und kanonischen Rechts im gemeinen Recht anerkannten allgemeinen „Deflorationsanspruch“ hat also das B.G.B. beseitigt³⁴. Was von ihm übrig geblieben ist, kann nicht mehr als Ersatzanspruch aus unerlaubter Handlung, sondern nur als familienrechtlicher Anspruch konstruiert werden³⁵.

b. Die Verletzung des Eigentums wird als Eingriff in das oberste Vermögensrecht besonders hervorgehoben. Dabei ist nach der Terminologie des B.G.B. nur an das Eigentum an körperlichen Sachen zu denken, dessen Verletzung durch Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung der Sache oder durch sonstige widerrecht-

³² So namentlich in den Fällen des Str.G.B. § 174, 176, 177, 179, 182. (Durch § 174 wird auch die männliche Geschlechtsehre geschützt.)

³³ So stets wegen des jugendlichen Alters der Verführten (unter 16 Jahren) nach Str.G.B. § 182, wegen Vorspiegelung der Ehelichkeit des Beischlafs nach Str.G.B. § 179, wegen Mißbrauches eines Autoritätsverhältnisses nach Str.G.B. § 174 und darüber hinaus eben wegen Herbeiführung der Einwilligung durch Hinterlist, durch Drohung oder unter Mißbrauch irgendeines Abhängigkeitsverhältnisses nach B.G.B. § 825. Einer ausdrücklichen Bestimmung, daß einfache Verführung keine unerlaubte Handlung ist, bedurfte es nach den allgemeinen Grundsätzen über Ausschluß der Widerrechtlichkeit durch Einwilligung bei Ehrverletzung nicht. Wohl aber war eine ausdrückliche Vorschrift erforderlich, wenn auch in den Fällen des § 825 die Einwilligung für kraftlos erklärt werden sollte.

³⁴ Vgl. über diesen Stobbe-Lehmann § 261 und Näheres unten im Familienrecht. †

³⁵ So der verlöbnißrechtliche Anspruch aus B.G.B. § 1300 und der quasiherechliche Anspruch aus B.G.B. § 1716. Davon ist im Familienrecht zu handeln.

liche Einwirkung auf den Sachkörper erfolgt⁸⁶, aber auch in der Entziehung oder Schmälerung des Eigentumsrechtes durch eine widerrechtliche, jedoch rechtswirksame Verfügung des Scheinberechtigten enthalten ist⁸⁷.

Dem Eigentum ist „ein sonstiges Recht“ gleichgestellt.

Unbestritten bezieht sich dies auf alle absoluten Rechte. Und zwar nicht bloß auf dingliche Rechte, sondern auch auf Rechte an Personen, soweit sie mit Wirksamkeit gegen Dritte ausgestattet sind⁸⁸. Desgleichen auf alle besonderen Persönlichkeitsrechte, mögen sie nun zugleich einen vermögensrechtlichen Inhalt haben oder nicht. Dazu gehören jedenfalls die durch besondere Gesetzesvorschriften konkret ausgestalteten Persönlichkeitsrechte: Namenrecht, Firmenrecht, Rechte an Warenzeichen, Urheber- und Erfinderrechte, ausschließliche Aneignungsrechte und Gewerbeberechtigungen, sowie das Recht aus bestehendem Gewerbebetrieb auf Nichtbeeinträchtigung durch unlauteren Wettbewerb. Aber auch andere Persönlichkeitsrechte, die zwar der ausdrücklichen gesetzlichen Anerkennung entbehren, jedoch vom Leben zu besonderen Rechten ausgeprägt sind und vom Rechtsbewusstsein als solche empfunden werden, sind den „sonstigen Rechten“ zuzuzählen. Es ist die Aufgabe der Rechtsprechung, hier die Grenze zu ziehen. In der bisherigen Praxis machen sich mancherlei Schwankungen bemerkbar⁸⁹. Doch hat sie bereits Persönlichkeits-

⁸⁶ Insbesondere auch durch Störungen, die mit der Eigentumsfreiheitsklage abgewehrt werden können; oben Bd. II 513 Anm. 22. So z. B. durch unzulässige Immissionen; ebd. S. 421 Anm. 11. Gegen die Annahme des R.Ger. LVII Nr. 56, daß Bordellbetrieb auf dem Nachbargrundstück keine Eigentumsverletzung sei, vgl. Oertmann, Bem. 3^a. — Kasuistik im Komm. d. R.G.R. Bem. 9.

⁸⁷ Oben Bd. II 316, 331, 567, 574. Ebenso bei der Verfügung auf Grund eines unrichtigen Erbscheins usw. Eigentumsverletzung ist auch die Pfändung einer fremden Sache. Desgleichen die Verletzung des Pfandauslösungsrechtes aus § 1249; R.Ger. LXXXIII Nr. 86.

⁸⁸ So unter den Familienrechten das aus der elterlichen Gewalt fließende Recht am Kinde, wie dies namentlich § 1632 B.G.B. ergibt. Ebenso das eheliche Recht auf Lebensgemeinschaft. Wenn das R.Ger. LXXII Nr. 27 dies anerkennt, trotzdem aber dem Ehemann, der die Scheidung wegen Ehebruchs durchgesetzt hat, einen Schadensersatzanspruch gegen den Ehebrecher abspricht, so sind seine Gründe kaum überzeugend. Insbesondere ist die Ausführung verfehlt, daß der Ehemann, wenn er die Frau nicht entbehren wollte, sie ja behalten konnte, da die Scheidung sein freier Entschluß war. Das K.Ger. hatte zur Schadensersatzleistung verurteilt, sich aber nur gemäß § 823² auf das Schutzgesetz des Str.G.B. § 172 gestützt. — Vgl. auch unten Anm. 45.

⁸⁹ Dabei tritt die Frage, ob eine unerlaubte Handlung vorliegt, an Be-

rechten, die um konkrete Ausgestaltung ringen, zum Durchbruch verholfen. Insbesondere hat das Reichsgericht immer entschiedener das Recht auf Achtung eines bestehenden Gewerbebetriebes grundsätzlich als ein subjektives Recht anerkannt, das auch durch Eingriffe, die nicht behufs unlauteren Wettbewerbes erfolgen, im Sinne des § 823¹ verletzt werden kann⁴⁰.

Zu den dem Eigentum gleichgestellten Rechten gehört ferner der Besitz⁴¹.

An sich fallen endlich auch relative Rechte und somit namentlich Forderungsrechte unter den Begriff der „sonstigen Rechte“⁴². Es ist willkürlich, wenn die herrschende Meinung sie von vornherein ausschließt⁴³. Gleichwohl ist es richtig, daß

deutung weit hinter die Vorfrage zurück, ob eben ein „sonstiges Recht“, das verletzt werden konnte, vorhanden ist. Die Kasuistik bietet also weniger für die Lehre von den unerlaubten Handlungen, als für die Lehre von den Persönlichkeitsrechten ein wissenschaftliches Interesse.

⁴⁰ Vgl. bes. R.G. XLVIII Nr. 29, Nr. 61 S. 280, LI Nr. 86 S. 374, LVI Nr. 72 S. 276, LVIII Nr. 6, LXIV Nr. 15, LXV Nr. 55, LXXIII Nr. 26 S. 111 ff., LXXVII Nr. 58. Doch muß die Handlung natürlich widerrechtlich sein; R.Ger. LXIV 55, Seuff. LX Nr. 122. Auch fordert das R.Ger., daß sie sich unmittelbar gegen den Bestand des Betriebes richte; LXXIII 112, LXXVII 219, Seuff. LXX Nr. 177. Dem ärztlichen Beruf wird der Schutz aus § 823¹ versagt; R.Ger. LXIV Nr. 37. Das Recht auf Betätigung der Arbeitskraft ist noch nicht durchgedrungen; R.Ger. LI Nr. 86 S. 372 ff., LVI Nr. 72 S. 275, Gruchot LIII 1007; vgl. für dasselbe Riezler, Arch. f. b. R. XXVII 219 ff. — Gegen die Praxis des R.Ger. erklären sich bes. Planck zu § 823 II 1 fγ, v. Tuhr, Allg. T. I 155 ff., Cosack § 163 Anm. 9, H. Lehmann, Grundlinien des Industrierechts (Festschr. f. Zitelmann) 1913, S. 28. Vgl. aber Oertmann zu § 823 Bem. 3b, Enneccerus § 451 Anm. 7, Isay, Recht am Unternehmen, 1910, Schulz-Schäffer I 214 ff. Über den Stand der Streitfrage Raape zu Dernburg⁴ § 383 Anm. 12, Schulz-Schäffer a. a. O. S. 205 ff. — Näheres im Gewerberecht.

⁴¹ v. Liszt S. 21, Kipp S. 948, Linckelmann, Arch. f. b. R. XIII 85, Enneccerus § 451 I 1 d, Oertmann, Bem. 3 e. Komm. d. R.G.R., Bem. 9, oben Bd. II 214 Anm. 14; a. M. Planck, Bem. II 1 fδ. — Entziehung oder Störung des Besitzes durch verbotene Eigenmacht ist auch auf Grund von § 823² nach B.G.B. § 858¹ unerlaubte Handlung.

⁴² So v. Liszt S. 21, Cosack § 163 I 1 a, § 164 II 1, Cohn b. Gruchot XLIII 388, Stammler S. 10, Kohler § 191 III, Ebbecke im Recht, 1912, S. 252 ff., früher auch Kipp zu Windscheid⁸ S. 887. Desgleichen, jedoch mit Einschränkungen, Enneccerus § 451 I 1 d, Crome § 325 II 46, Planck, Bem. II 1 fε, Hellwig, Anspruch S. 42 ff., Dümchen, Jahrb. f. D. LIV 384 ff., Goldmann b. Gruchot LIV 56 ff.; sachlich auch Schollmeyer S. 221 (trotz der grundsätzlichen Verneinung auf S. 220).

⁴³ So Oertmann, Festschr. f. Dernburg, 1900, S. 61 ff., O. Chr. Fischer, Die Verletzung des Gläubigerrechts als unerlaubte Handlung, 1905, Linckel-

regelmäßig Forderungsrechte nicht zu den Rechten gehören, deren Verletzung ein Schuldverhältnis aus unerlaubter Handlung erzeugt. Denn das Wesen der Forderungsrechte besteht ja eben darin, daß sie als solche nur den Schuldner verpflichten. Verletzt dieser das Forderungsrecht, so haftet er nicht aus unerlaubter Handlung, sondern aus bestehendem Schuldverhältnis. Dritte aber sind dem Gläubiger gegenüber zu nichts verpflichtet und begehen daher ihm gegenüber keine Rechtsverletzung, wenn sie sein Forderungsrecht mittelbar dadurch schädigen, daß sie widerrechtlich in die Rechtssphäre des Schuldners eingreifen⁴⁴. Anders verhält es sich freilich im Falle der Entziehung gesetzlich begründeter familienrechtlicher Ansprüche auf Unterhalt durch Tötung des Unterhaltspflichtigen oder auf Dienstleistung durch Tötung, Körperverletzung oder Entziehung der Freiheit des Dienstpflichtigen; allein hier handelt es sich um unselbständige Schuldverhältnisse, die aus der personenrechtlichen Verbundenheit von Gläubiger und Schuldner fließen; die Entziehung des Forderungsrechts ist Folge der in der Verletzung des Persönlichkeitsrechts der Verpflichteten zugleich enthaltenen Verletzung des Personenrechts der Berechtigten, das ihnen kraft des von Jedermann zu achtenden Familienbandes zusteht⁴⁵. Indessen sind auch die selbständigen Forderungsrechte trotz ihrer relativen Natur keineswegs jeder Wirksamkeit gegen Dritte beraubt⁴⁶. Auch sie muß Jedermann, sobald er mit dem Rechte des Gläubigers in unmittelbare Berührung tritt, als fremde Rechte achten. Darum liegt eine Forderungsrechtsverletzung, die den Tatbestand einer unerlaubten Handlung bilden kann, vor, wenn ein Nichtgläubiger, der kraft rechtswirksamen Scheines der Gläubigerschaft über die Forderung zu verfügen vermag, durch unbefugte Verfügung die

mann S. 21, Dernburg § 383 IV 2, Kipp zu Windscheid⁹ S. 948 u. bes. Begriff der Rechtsverletzung (oben Anm. 1) S. 13 ff., Staudinger, Bem. II A 2 e δ, Titze, Unmöglichkeit S. 328 ff., Oertmann zu § 823 Bem. 3 d mit zahlreichen weiteren Literaturangaben. Ebenso R.-Ger. LVII Nr. 79, LXXXII Nr. 44, Gruchot L 99 ff., 965 ff., LI 384, 987, viele O.L.G. (z. B. Seuff. LVI Nr. 147, LX Nr. 229, LXIII Nr. 173).

⁴⁴ So z. B. im Falle der Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung der geschuldeten Sache oder im Falle der Tötung, Körperverletzung oder Einsperrung des zur Dienstleistung Verpflichteten. — v. Liszt, Cosack, Cohn, Stammler, Kohler a. a. O. nehmen hier eine Verletzung des Forderungsrechts an.

⁴⁵ B.G.B. § 844—845 (vgl. unten § 215). Diese Bestimmungen sind daher auf Unterhalts- oder Dienstleistungsansprüche aus Vertrag nicht anwendbar.

⁴⁶ Vgl. oben § 175 II 7 S. 62 ff.

Forderung zerstört (z. B. einzieht oder erläßt) oder beschädigt (z. B. durch Vereinbarung mit dem Schuldner abschwächt) oder dem Gläubiger entzieht (z. B. an einen redlichen Dritten abtritt)⁴⁷. Im älteren deutschen und im preussischen Recht erschien es auch als unmittelbare Verletzung des Gläubigerrechts, wenn Jemand ein auf Leistung einer Sache gerichtetes Forderungsrecht dadurch vereitelt, daß er trotz Kenntnis des fremden „Rechts zur Sache“ die Sache für sich erwirbt; heute kann davon nicht die Rede sein, weil mit der Verwerfung des Rechts zur Sache zugleich die Anschauung durchgedrungen ist, daß eine derartige Handlungsweise nicht widerrechtlich ist⁴⁸. Dagegen ist die Vereitelung des Forderungsrechtes auf Dienstleistungen durch Abtrünnigmachen oder Abdingen des Dienstverpflichteten in Übereinstimmung mit dem älteren deutschen Recht durch Sonderbestimmungen des Gewerbe- und Gesinderechts als eine dem Gläubiger gegenüber zum Schadensersatz verpflichtende unerlaubte Handlung anerkannt⁴⁹. Eine unmittelbare Verletzung des Forderungsrechtes begeht ferner, wer durch widerrechtlichen Eingriff in eine vom Gläubiger kraft des Forderungsrechtes ausgeübte gegenständliche Herrschaft den Forderungsinhalt verkürzt⁵⁰. Endlich kann auch der durch die An-

⁴⁷ Hierzu ist z. B. der nach Abtretung oder gesetzlichem Übergange der Forderung infolge Unkenntnis des Schuldners noch als Gläubiger legitimierte frühere Gläubiger (oben § 180 II 3 d S. 194 ff.), der zur Geltendmachung des Forderungsrechtes aus einem Wertpapiere durch den Papierbesitz legitimierte Nichtgläubiger (oben Bd. II 119, 139, 154, 172 ff.), der durch einen unrichtigen Erbschein als Gläubiger legitimierte Nichterbe imstande. Er haftet also nach § 823¹, wenn ihn ein Verschulden, sei es auch nur Fahrlässigkeit, trifft, dem Gläubiger für Schadensersatz. So mit Recht Enneccerus, Crome, Planck, Hellwig, Dümchen, Goldmann, Schollmeyer a. a. O. (oben Anm. 42), während die Vertreter der herrschenden Meinung (oben Anm. 43, vgl. bes. Kipp, Begriff der Rechtsverletzung S. 15 ff.) davon nichts wissen wollen.

⁴⁸ Vgl. oben Bd. II 610, 611. Die vom R.Ger. LVII Nr. 79 geteilte Furcht, daß im Falle der Zurechnung der Forderungsrechte zu den „sonstigen Rechten“ mittels § 823¹ das „Recht zur Sache“ (und sogar unter Ausdehnung des Schutzes auf fahrlässige Verletzung) wieder aufleben werde, ist daher unbegründet. Denn § 823¹ verlangt ja „widerrechtliche“ Verletzung. Immerhin kann die vorsätzliche Mißachtung des fremden Forderungsrechtes auf die Sache dadurch rechtswidrig werden, daß sie nach den Umständen gegen die guten Sitten verstößt und somit unter § 826 fällt; oben Bd. II 611 Anm. 13, R.Ger. LXII Nr. 36.

⁴⁹ Oben § 199 S. 636 Anm. 198, § 200 III 8 d S. 678 ff.

⁵⁰ Unter diesem Gesichtspunkt ist z. B. das Erk. des O.L.G. Hamb. b. Seuff. LXI Nr. 31 gerechtfertigt, das dem Bauunternehmer auf Grund des § 823¹ einen Schadensersatzanspruch gegen den Beschädiger von Gegenständen,

fechtungsgesetzgebung dem Konkursverwalter als Vertreter der Gläubigergesamtheit oder einem einzelnen Gläubiger gewährte Anspruch gegen einen Gläubiger, der behufs eigener Befriedigung ihren Forderungen zur Befriedigung geeigneten Vermögenswert entzogen hat, deliktische Natur haben⁵¹.

3. Gesetzesverletzung. Nach § 823² ist aus unerlaubter Handlung verpflichtet, wer gegen ein den Schutz eines Anderen bezweckendes Gesetz verstößt. Doch ist stets Verschulden erforderlich, während sich der Grad des zu vertretenden Verschuldens nach dem Schutzgesetz richtet. Das Schutzgesetz kann strafrechtliche, polizeirechtliche oder auch zivilrechtliche Norm, es kann Gesetz im formellen Sinn oder auch bloße Rechtsverordnung sein.

Hiermit ist für die Abgrenzung der Deliktstatbestände auf eine unübersehbare Menge von Spezialvorschriften verwiesen. Die Frage aber, wann eine Vorschrift, die eine Handlung oder Unterlassung verbietet, „den Schutz eines Anderen“ bezweckt und somit ein „Schutzgesetz“ im Sinne des § 823² ist, bereitet große Schwierigkeiten. Nach der herrschenden Meinung, die auch in der Praxis durchgedrungen ist, fällt unter den Begriff des Schutzgesetzes nicht nur jede Rechtsnorm, die den Schutz einzelner Personen oder gewisser Personenklassen (z. B. der Arbeiter oder

die dem unvollendeten Bau als Bestandteile eingefügt und somit in das Eigentum des Bauherrn übergegangen waren, deshalb gewährt, weil er während des Baues über sie noch beliebig verfügen und sie sich durch Wegnahme wieder aneignen kann; nur irrt das O.L.G., wenn es meint, es sei hier ein anderes „sonstiges Recht“ als eben ein Forderungsrecht verletzt. Ebenso muß der schädigende Eingriff in das Benutzungsrecht des Mieters oder Pächters auch dann, wenn er keine Besitzstörung enthält, als Verletzung seines Forderungsrechts unter § 823¹ subsumiert werden. Es widerspricht doch jedem gesunden Rechtsgefühl, wenn das O.L.G. München b. Seuff. LX Nr. 229 dem Fischereipächter, der die Fischerei in einem öffentlichen Flusse gepachtet hat, jeden Schutz gegen dritte Störer versagt, weil sein Recht nur ein durch § 823 nicht gedecktes Forderungsrecht sei, Besitzschutz aber, da es Rechtsbesitz nicht gebe, ihm nicht gebühre!

⁵¹ Insoweit dies der Fall ist, liegt eine unerlaubte Handlung vor, die fremde Forderungsrechte verletzt, weil sie gegen die in gewissem Umfange jedem Gläubiger auferlegte Pflicht zur Achtung konkurrierender Gläubigerrechte verstößt. Zum Teil aber handelt es sich nur um Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung. Da die ganze Materie sonderrechtlich geregelt ist, ist hier auch von ihren deliktischen Elementen nicht weiter zu handeln. Doch kann mit dem Anspruch aus dem Anfechtungsgesetz ein Anspruch aus unerlaubter Handlung nach B.G.B. § 823 oder § 826 konkurrieren; R.Ger. LXXIV Nr. 62, LXXXIV Nr. 23, Seuff. LX Nr. 136, LXX Nr. 34.

der Bauhandwerker) bezweckt, sondern auch jede zum Schutze der Allgemeinheit bestimmte Vorschrift, wenn sie nur nicht lediglich das organisierte Ganze als solches, sondern zunächst oder doch nebenbei die Summe seiner einzelnen Glieder vor Schaden behüten soll⁵². Im einzelnen aber bleibt vieles zweifelhaft. Die Praxis entscheidet von Fall zu Fall nach ziemlich willkürlichen Erwägungen, die weniger von prinzipiellen Gesichtspunkten, als von dem Bedürfnis, dem Rechtsbewußtsein Genüge zu tun, getragen werden⁵³. So hat die Bestimmung des § 823² jedenfalls die von ihr erhoffte feste Abgrenzung der Deliktstatbestände nicht erreicht, vielmehr eine in unerquicklicher Kasuistik zutage tretende Unsicherheit hervorgerufen, wie sie unter der Herrschaft der Gesetzbücher, die den allgemeinen Begriff der widerrechtlichen Schadenszufügung zugrunde legen, unbekannt war und ist.

Um einen festen Standpunkt zu gewinnen, muß man auch bei der Auslegung des § 823² B.G.B. davon ausgehen, daß eine zum Schadensersatz verpflichtende Rechtsverletzung zugleich Privatrechtsverletzung sein muß⁵⁴. Die Handlung muß nicht bloß widerrechtlich sein⁵⁵, sondern auch einen Eingriff in den von der Rechtsordnung gewährleisteten Individualbereich des Geschädigten und somit in dessen subjektives Privatrecht enthalten. Ein Gesetz ist Schutzgesetz, wenn es diesen Individualbereich in irgendeiner Richtung zu sichern bestimmt ist. Handelt es sich aber nicht um

⁵² Vgl. v. Lizst S. 30 ff., Cosack § 163 II 2 a, Crome § 326, 3, Landsberg § 158 II, Enneccerus § 452, Dernburg § 383 V, Planck, Bem. III, 2, Staudinger, Bem. III A, Oertmann, Bem. 4; ferner Bauer, Begriff des Schutzgesetzes, 1908, Träger, Kausalbegriffe S. 201 ff. u. 376 ff.; R.Ger. LIX Nr. 68, LXIII Nr. 81. Enger fassen den Begriff des Schutzgesetzes bes. Linckelmann S. 28, Lenel, D.J.Z. II 409, Detmold, Der Begriff des Schutzgesetzes, Festg. f. Regelsberger, 1901, S. 317 ff. — Natürlich kommt auch ein Gesetz, das lediglich den Schutz des Staats oder einer anderen Verbandsperson bezweckt, insoweit als Schutzgesetz in Betracht, als ein Ersatzanspruch der Verbandsperson selbst in Frage steht.

⁵³ Zusammenstellungen im Komm. d. R.G.R. Bem. 14 u. b. Fischer-Henle Anm. 16; auch b. Staudinger a. a. O., Oertmann a. a. O., Enneccerus a. a. O. Anm. 3, 4. u. 9, Raape b. Dernburg⁴ Anm. 23.

⁵⁴ Vgl. Eltzbacher, Handlungsfähigkeit S. 281 ff. — Verletzung eines „Rechtsguts“ verlangen auch v. Lizst S. 32, Rümelin, Arch. f. ziv. Pr. XC 300, Endemann, Anm. 31, Oertmann, Bem. 4d, u. A. Ein geschütztes Rechtsgut ist aber eben subjektives Recht.

⁵⁵ Die Widerrechtlichkeit ist mit der Gesetzesverletzung an sich ohne weiteres gegeben, kann aber im Einzelfalle (z. B. durch Notstand oder Einwilligung) ausgeschlossen sein.

ein konkret ausgestaltetes besonderes Recht, das unter § 823¹ fällt, so ist eben nach positiver Gesetzesvorschrift die Verletzung der allgemeinen Privatrechtssphäre nur dann unerlaubte Handlung, wenn sie durch eine derartige spezielle Rechtsnorm verboten ist⁵⁶.

4. Sittenverletzung. Darüber hinaus ist nach § 826 aus unerlaubter Handlung zum Schadensersatz verpflichtet, wer in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise einem Anderen vorsätzlich Schaden zufügt⁵⁷. Diese Bestimmung soll die Lücken des durch § 823 gewährten Privatrechtsschutzes ausfüllen, mithin im wesentlichen die subsidiäre Funktion der gemeinrechtlichen *actio doli* übernehmen. Sie hat in der Praxis eine große und stets wachsende Bedeutung gewonnen⁵⁸.

⁵⁶ Natürlich fallen die meisten durch Abs. 1 als unerlaubt gekennzeichneten Handlungen zugleich unter Abs. 2. Dann ist es verfehlt, die ergänzende Vorschrift des Abs. 2 heranzuziehen. Warum ruft z. B. R.Ger. LI Nr. 42 den § 909 B.G.B. als Schutzgesetz an, während er doch ein ganz konkretes Nachbarrecht gewährt?

⁵⁷ Gleiches bestimmt das neue Schweiz. O.R. a. 41².

⁵⁸ Vgl. v. Liszt, S. 42 ff.; Stammer, Richtiges Recht S. 474 ff.; Oertmann, D.J.Z. VIII 325 ff., XVI 435 ff., Komm. zu § 826; Planck, D.J.Z. XII 190 ff., Komm. zu § 826; Kohler, Arch. f. b. R. XXIX 140 ff.; Dirk, ebd. XXXIII 74 ff.; H. A. Fischer, Rechtswidrigkeit S. 70 ff.; Hedemann, Jahrb. f. D. LXIII 1 ff.; Dernburg § 393; Crome § 330; Enneccerus § 453; Staudinger zu § 826. Zusammenstellung v. Entsch. b. Oertmann, Staudinger Komm. d. R.G.R. zu § 826, Fischer-Henle zu § 826, Hedemann a. a. O. S. 30 ff., Raape b. Dernburg⁴ Anm. 10. — Die umfassendste und wichtigste Anwendung von § 826 macht die Praxis in den wirtschaftlichen Kämpfen der Gegenwart, insbesondere zwischen Unternehmern und Arbeitern, behufs Feststellung der Grenzen, bei deren Überschreitung Kampfmafsregeln, wie Verurserklärungen und Boykotts, Arbeitsaussperrungen und „schwarze Listen“, unerlaubt sind; vgl. Brückmann, Jur. W.Schr. 1902 S. 626 ff., Meyer im Recht 1904 S. 357 ff., Lobe, D.J.Z. XIII 934 ff., Oertmann, Bl. f. Rechtsanw. LXXII 217 ff., Arch. f. b. R. XXXIII 221 ff., XXXIV 216 ff., K. Pinzower, Das Verhältnis des § 826 B.G.B. zum Boykott, 1911, Verh. des 28. D.J.T. II 34 ff., des 29. D.J.T. IV 185 ff., 246 ff., V 173 ff., 777 ff.; hinsichtlich des Boykotts bes. R.Ger. LXVI Nr. 91, LXXVI Nr. 10. Ferner bei Mißbrauch der Kartellmacht; R.Ger. LXXXV Nr. 33 (Lieferungssperre). — Eine erhebliche Rolle spielt ferner die Anwendung des § 826 in Fällen unsittlicher Ausnützung der formalen Rechtskraft; vgl. bes. R.Ger. LXI Nr. 87 u. LXXVIII Nr. 89 mit den dort angef. älteren Entsch.; dazu Rumpf, Jahrb. f. D. XLIX 403 ff., Dernburg, D.J.Z. X 465, Hoeniger, ebd. S. 1005 ff., Oertmann zu § 826 Bem. 4g, Hedemann a. a. O. S. 46; durchaus ablehnend Hellwig, Klagrecht u. Klagmöglichkeit S. 78, Pagenstecher, Rechtskraft S. 396 ff., Wurzer, Jahrb. f. D. LXV 335 f. — Über Anwendbarkeit auf wissentlich falsche Auskunft-

Binding, Handbuch. II. 3. III: Gierke, Deutsches Privatrecht. III. 57

Erforderlich ist vorsätzliche Schadenszufügung⁵⁹. Eine solche ist immer Verletzung der privaten Rechtssphäre. Sie ist aber, insofern sie nicht unter § 823 fällt, nur dann unerlaubte Handlung, wenn sie durch ein wegen der angewandten Mittel oder des erstrebten Zwecks nach der Durchschnittsanschauung der anständig und billig denkenden Menschen unsittliches Tun oder Unterlassen erfolgt⁶⁰.

Die nach § 826 zum Schadensersatz verpflichtende Handlung ist widerrechtlich. Sie verstößt ja gegen ein ausdrückliches gesetzliches Verbot. Das Sittengesetz ist nicht etwa als eine von außen her die Rechtsordnung durchbrechende Macht anerkannt, sondern als konstitutiver Faktor in die Rechtsordnung aufgenommen. Der Verstofs gegen die guten Sitten macht, wie nach § 138 jedes Rechtsgeschäft nichtig, so nach § 826 jede vorsätzliche Schadenszufügung rechtswidrig. Dies gilt auch dann, wenn der Handelnde ein bestimmtes formales Recht ausübt. Denn insoweit er es in unsittlicher Weise zur vorsätzlichen Schädigung eines Anderen benützt, überschreitet er die seinem Recht durch die Rechtsordnung gezogenen Schranken und übt nur noch scheinbar ein Recht aus, während er in Wahrheit widerrechtlich handelt⁶¹.

erteilung Seuff. LXX Nr. 146 und (R.Ger.) Nr. 147. — Auf Verleitung zum Vertragsbruch Hein, Die Verleitung zum Vertragsbruch nach b. R., 1906, S. 70 ff. — Auf einen den Schuldner knebelnden Kreditversicherungsvertrag R.Ger. LXXXV Nr. 74. — Auf Erschleichung der Einrede aus § 1717 B.G.B. O.L.G. München b. Seuff. LXX Nr. 82. — Auf arglistige Herbeiführung der Formnichtigkeit eines Vertrages Josef, Arch. f. b. R. XXXVI 60 ff. — Andere besondere Anwendungsfälle z. B. R.Ger. LVIII Nr. 101, LXIX Nr. 62, LXXII Nr. 40, LXXXIII Nr. 8, Seuff. LXI Nr. 137, LXII Nr. 159. — Über Konkurrenz mit Vertragsanfechtung R.Ger. LIX Nr. 46.

⁵⁹ Der Wille muß also auf Schadenszufügung gerichtet sein. Ist dies der Fall, sei es auch nur eventuell oder sei es auch ohne die Voraussicht, wen der Schade treffen wird, so ist dem Erfordernis genügt. Vorsatz der Sittenverletzung ist nicht erforderlich; R.Ger. LXXII Nr. 40.

⁶⁰ Über den anzulegenden Maßstab herrscht Streit; im allgemeinen entscheiden gleiche Gesichtspunkte, wie bei der Anwendung des § 138.

⁶¹ Gegenüber dem Schikaneverbot des § 226 bringt der § 826 eine Erweiterung; der Rechtsmissbrauch fällt unter § 826 nicht bloß, wenn er lediglich den Zweck haben kann, einem Anderen Schaden zuzufügen, sondern auch, wenn er eignen Vorteil auf Kosten des Geschädigten bezweckt. So gegen Planck³ zu § 226 Bem. 1 (anders 4. Aufl. Bem. 5) und § 826 Bem. 2^d u. Fischer, Rechtswidrigkeit S. 142 ff., die herrschende Meinung u. die Praxis; vgl. Oertmann, D.J.Z. VIII 324 ff., Komm. Bem. 1, Staudinger Bem. 6, Crome Anm. 11, Enneccerus Anm. 10, Raape b. Dernburg 4 § 393 Anm. 8, R.Ger. LVIII Nr. 55 u. 56, LXII Nr. 36, LXVI Nr. 55, LXXXVI Nr. 47 S. 195,

Die unerlaubte Handlung aus § 826 ist aber auch stets Rechtsverletzung. Die herrschende Meinung verneint dies, weil das verletzte Recht nur am Vermögen als solchem bestehen könnte, ein derartiges Recht aber dem B.G.B. fremd sei. Es ist richtig, daß das B.G.B. das Vermögen als Ganzes nicht als Gegenstand eines durch § 823¹ geschützten Rechtes anerkennt und daher gegen fahrlässige und auch gegen eine nicht unsittliche vorsätzliche Schädigung nur schützt, wenn die schädigende Handlung gegen ein Schutzgesetz im Sinne des § 823² verstößt⁶². Allein insoweit dies zutrifft, ist eben doch ein privatrechtlicher Anspruch auf das Unterbleiben von nachteiligen Einwirkungen auf die Vermögenslage im ganzen anerkannt. Gegenüber sittenwidriger vorsätzlicher Schädigung aber wird durch § 826 offenbar Jedermann ein allgemeines subjektives Ausschließungsrecht verliehen. Die Quelle dieses Ausschließungsrechtes kann nur das allgemeine Persönlichkeitsrecht sein, das der Person die Herrschaft an dem ihr von der Rechtsordnung zugestandenen Individualbereich und somit auch an ihrem Vermögen gewährleistet⁶³. Somit hat der Gesetzgeber, obschon unfreiwillig und unbewußt, durch § 826 das Vorhandensein des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes anerkannt und ihm eine freilich beschränkte Wirkungskraft verliehen. Demgemäß hat denn auch in der Praxis die Anwendung des § 826 den Weg gewiesen, auf dem das allgemeine Persönlichkeitsrecht sich mehr und mehr ein gewisses Maß von Geltung verschafft und vollere Siege entgeschreitet. Unter der Ägide des § 826 erringen auch besondere Persönlichkeitsrechte, deren Verselbständigung noch nicht durchgedrungen ist, zunächst einen begrenzten Schutz, bis sie zu voll geschützten Rechten im Sinne des § 823¹ ausreifen⁶⁴.

Seuff. LX Nr. 147. Keineswegs aber darf man mit Oertmann a. a. O., Kipp, Begriff der Rechtsverletzung S. 12, u. A. behaupten, in diesem Falle sei die Handlung nicht widerrechtlich. Damit, daß er die schikanöse Rechtsausübung für „unzulässig“ erklärt, erklärt der § 226 noch nicht jeden anderen Rechtsmissbrauch für „zulässig“. Der unsittliche Rechtsmissbrauch mit dem Vorsatz der Schadenszufügung ist eben durch § 826 schlechthin verboten.

⁶² Hierüber ist die Praxis einig. Vgl. R.Ger. LI Nr. 20, LVIII Nr. 6, LXII Nr. 74, LXV Nr. 55, LXXVI Nr. 10; Seuff. LVII Nr. 186, LXII Nr. 39.

⁶³ Vgl. auch Eltzbacher a. a. O. S. 333 ff., der aber ein vom Persönlichkeitsrecht gesondertes „allgemeines Ausschließungsrecht“ an der Gesamtheit der Güter annimmt. Ebenso Langheinken, Anspruch S. 156 ff. — Gegen das allgemeine Persönlichkeitsrecht neuestens Schulz-Schäffer I 119 ff., der das subjektive Recht als „Imperativpotenz“ definiert (S. 105 ff.); vgl. darüber und dagegen H. Lehmann, Z. f. H.R. LXXVIII 529 ff.

⁶⁴ So hat das Recht aus bestehendem Gewerbebetriebe, dem anfänglich

Andererseits kann die Erwägung, daß nur eine vom Rechtsbewußtsein als Rechtsverletzung empfundene nachteilige Einwirkung auf eine fremde Privatrechtssphäre unerlaubte Handlung sein kann, dazu beitragen, die nicht wegzuleugnende Gefahr einer zu weiten Ausdehnung des Schutzes aus § 826 abzuwehren^{64a}.

5. Verletzung der Amtspflicht⁶⁵. Nach § 839 haftet ein Beamter⁶⁶, der schuldhaft die ihm einem Dritten gegenüber

nur der Schutz aus § 826 zugebilligt wurde (vgl. z. B. noch R.Ger. LXXIII Nr. 77), in erheblichem Umfange bereits den Schutz aus § 823¹ errungen (oben Anm. 40). Auch gegenüber unlauterem Wettbewerb verwertete die Praxis den § 826 ständig in den durch die Spezialvorschriften des U.W.G. v. 1896 nicht gedeckten Fällen; jetzt ist der Anlaß hierzu durch die Generalklausel des U.W.G. v. 7. Juni 1909 § 1 weggefallen, weil diese Bestimmung weiter als § 826 reicht, indem sie von der sittenwidrigen Handlung nur fordert, daß sie „zu Zwecken des Wettbewerbes“ vorgenommen ist, somit eine besondere Absicht der Schadenszufügung nicht verlangt. Dagegen muß sich das Recht auf Arbeitsfreiheit vorläufig mit dem Schutz aus § 826 begnügen (oben Anm. 40). Ebenso anscheinend das Recht auf Achtung der Geheimsphäre (oben Anm. 26). — Die Bedeutung der ganzen Entwicklung liegt wiederum mehr in der Erweiterung des Begriffes der subjektiven Rechte, als in der Gestaltung des Deliktsbegriffes.

^{64a} Unter diesem Gesichtspunkt rechtfertigt sich z. B. die Ablehnung der Anwendung des § 826 in den Entsch. des R.Ger. LXXI Nr. 31, LXXVI Nr. 28, LXXVIII Nr. 4, LXXXII Nr. 66. Vgl. auch Kohler, Arch. f. b. R. XXIX 140 ff. (gegen Anwendung auf zu niedrige Preisbestimmung durch O.L.G. Naumburg).

⁶⁵ Die grundsätzliche Haftung der öffentlichen Beamten für Schadenszufügung durch Versehen im Amt wurde zuerst im preufs. R. durchgeführt und im Preufs. A.L.R. II, 10 § 88 ff. festgehalten; vgl. Dernburg, Preufs. P.R. II § 135. Im gem. R. wurde die sog. „Syndikatsklage“, die ursprünglich nur auf ungerechten Urteilsspruch gegründet werden konnte, überwiegend, obschon unter vielen Streitfragen, zu einem Rechtsbehelf gegen alle schädigende Amtshandlungen richterlicher und nichtrichterlicher Beamten erweitert; Dernburg, Pand. II § 135 Anm. 6—7 u. Windscheid § 470. So auch Sächs. Gb. § 1506 ff. Über österr. R. vgl. Krainz-Pfaff-Ehrenzweig § 408. Das Schweiz. O.R. a. 64 (61) wendet die allgemeinen Grundsätze über unerlaubte Handlungen an, gestattet aber Abweichungen durch Bundes- und Kantonalgesetze, ausgenommen für gewerbliche Verrichtungen von öffentlichen Beamten. — Über das heutige deut. R. Delius, Haftpflicht der Beamten, 1901; Maltz, Beamtenhaftpflicht nach § 839, 1904; Nöldeke b. Gruchot XLII 797 ff.; Schneider, Arch. f. z. Pr. XCI 209 ff.; Endemann § 202, 1; Crome § 329; Dernburg § 392; Ennecerus § 457; weitere Literaturnachweise b. Dernburg Anm. 2, Planck zu § 839, Oertmann zu § 839. Vgl. auch über das Verhältnis von § 839 zu § 823 R. Schmidt, Die Gesetzeskonkurrenz, 1915, S. 217.

⁶⁶ Wer Beamter ist, bestimmt sich nach öffentlichem Reichs- und Landesrecht. In Betracht kommen nur öffentliche Beamte des Staates oder eines anderen öffentlichrechtlichen Verbandes.

obliegende Amtspflicht verletzt⁶⁷, dem Dritten für den daraus entstehenden Schaden⁶⁸. Diese Haftung stempelt auch solches in Ausübung des Amtes begangene Tun oder Unterlassen, das nicht schon nach § 823 oder § 826 unerlaubte Handlung ist, zur unerlaubten Handlung. Sie tritt unabhängig von den Folgen der Pflichtverletzung gegenüber dem Staate oder dem sonstigen Dienstherrn ein. Voraussetzung aber ist, daß der Beamte zugleich dem Geschädigten gegenüber verpflichtet war, seine amtliche Funktion gehörig auszuüben. Auch hier also muß das als unerlaubte Handlung mit Privatrechtsfolgen ausgestattete Verhalten nicht bloß widerrechtlich sein, sondern auch eine Rechtsverletzung einschließen. Die Besonderheit aber besteht darin, daß das verletzte subjektive Recht ein öffentlichrechtlicher Anspruch ist. Denn verletzt ist der Rechtsschutzanspruch oder irgendein anderer Anspruch auf Betätigung der öffentlichen Gewalt im Einzelinteresse. Allein dieser öffentlichrechtliche Anspruch steht im Dienste der Privatrechtssphäre, die er ergänzt und vollendet, und wird daher als Zubehör des Privatrechts behandelt. Darum ist seine Verletzung, falls sie schädigend in die Privatrechtssphäre eingreift, geeignet, ein privatrechtliches Schuldverhältnis zu begründen⁶⁹.

III. Verhältnis zur Verletzung bestehender Schuldverhältnisse. Die Verletzung eines bestehenden Schuldverhältnisses ist keine unerlaubte Handlung. Sie verpflichtet den Schuldner, wenn er für sie verantwortlich ist, zur Ersatzleistung an den Gläubiger, aber sie begründet nicht ein neues, sondern verändert nur das alte Schuldverhältnis. Dies gilt in gleicher Weise für alle Schuldverhältnisse, mögen sie aus Rechtsgeschäft oder auf

⁶⁷ Über die Abgrenzung gegen solche Amtspflichten, die nur dem Staate oder sonstigen Dienstherrn gegenüber bestehen, in der Praxis vgl. Staudinger Bem. 5a, Oertmann Bem. 2b, Komm. d. R.G.R. Bem. 2. Der Notar haftet nicht bloß dem Auftraggeber, sondern jedem geschädigten Dritten; R.Ger. LXXVIII Nr. 53; unrichtig O.L.G. Hamb. b. Seuff. LXII Nr. 222. Vgl. auch R.Ger. LVIII Nr. 75. Auch bei Überschreitung seiner Zuständigkeit haftet der Beamte aus § 839; R.Ger. LXXI Nr. 19 (anders früher LX 321).

⁶⁸ Die Haftung fällt weg, insoweit nach den neueren Gesetzen dem Dritten ausschließlich der Staat oder sonstige öffentlichrechtliche Verband haftet; vgl. unten § 213 V. Doch bleibt auch dann die Verletzung der Amtspflicht im Rahmen des § 839 unerlaubte Handlung, die nur eben dem Staate usw. zugerechnet wird, für den Beamten aber eine Regresspflicht gegen den Staat usw. begründen kann.

⁶⁹ Weitere Besonderheiten dieses Delikts bestehen in der durch § 839 vorgesehenen Ermäßigung der Verantwortlichkeit; davon unten § 212 S. 908.

andere Weise entstanden sein⁷⁰. Insbesondere scheiden daher alle Vertragsverletzungen als solche aus dem Kreise der unerlaubten Handlungen aus⁷¹. Ist freilich ein Vertrag nicht zustande gekommen oder nichtig, so kann eine Schadensersatzpflicht aus dem Verhalten des einen Teils gegen den anderen Teil nur unter dem Gesichtspunkt der unerlaubten Handlung begründet werden⁷².

Nun kann aber eine das Gläubigerrecht verletzende Handlung gleichzeitig den Tatbestand einer unerlaubten Handlung erfüllen. Denn sie kann zugleich einen Eingriff in die Privatrechtssphäre des Gläubigers enthalten, aus dem der Schuldner, wenn er ihn einem beliebigen Dritten gegenüber beginge, deliktisch haften würde. So kann z. B. aufser dem Forderungsrecht das Recht des Gläubigers an Leib und Leben verletzt sein⁷³; es kann gleichzeitig eine Verletzung seines Eigentums, dinglichen Rechtes oder Besitzes vorliegen⁷⁴; die Vertragsverletzung kann zugleich gegen ein Schutzgesetz verstossen⁷⁵; sie kann sich als vorsätzliche sittenwidrige Schadenszufügung darstellen⁷⁶. Darüber, ob und inwieweit in solchen Fällen mit dem Gläubigeranspruch ein deliktischer Anspruch konkurriert, herrscht ein noch unausgetragener lebhafter

⁷⁰ Es gilt auch für das Schuldverhältnis aus unerlaubter Handlung, dessen Verletzung nicht etwa eine weitere unerlaubte Handlung ist. Ebenso für unselbständige Schuldverhältnisse personenrechtlicher oder sachenrechtlicher Herkunft.

⁷¹ Eine Vertragsverletzung wird auch noch nicht dadurch zur unerlaubten Handlung, daß das Gesetz, wie z. B. § 618³, für die Bemessung des zu leistenden Schadensersatzes auf die Vorschriften über unerlaubte Handlungen verweist.

⁷² R.Ger. LXII Nr. 74; Seuff. LXII Nr. 39; Oertmann, Vorbem. 5b. Vgl. auch B.G.B. § 682.

⁷³ So kann der Dienstherr durch Verletzung der Fürsorgepflicht, der Dienstpflichtige durch Verletzung der Dienstpflicht, aber auch der Verkäufer, Werkmeister oder Schenker durch Lieferung einer fehlerhaften Sache den Tod, eine Körperverletzung oder Gesundheitsschädigung des Vertragsgenossen herbeiführen.

⁷⁴ So z. B., wenn der Mieter, Pächter, Entleiher, Verwahrer die Sache zerstört, beschädigt oder unterschlägt; oder wenn durch geliefertes krankes Vieh das gesunde Vieh des Empfängers angesteckt wird.

⁷⁵ So kann z. B. die Verletzung der dienstherrlichen Vertragspflicht zugleich gegen ein Arbeiterschutzgesetz verstossen; die arglistige Verschweigung eines Mangels kann strafbarer Betrug sein.

⁷⁶ So z. B., wenn Jemand die verkaufte Sache nicht liefert, um dem Käufer die Erfüllung einer eigenen Verbindlichkeit unmöglich zu machen, ein verdungenes Fuhrwerk nicht rechtzeitig stellt, um den Besteller durch Verhinderung einer wichtigen Reise zu schädigen, eine Geldschuld nicht zahlt, um den Konkurs des Gläubigers herbeizuführen.

Streit⁷⁷. Im allgemeinen ist in Theorie und Praxis die Ansicht durchgedrungen, daß der Gläubiger zwischen der Geltendmachung des Anspruches aus dem bestehenden Schuldverhältnis und der Klage aus unerlaubter Handlung die Wahl hat. Doch muß ein besonderer deliktischer Anspruch insoweit verneint werden, als das unerlaubte Verhalten lediglich ein unselbständiger Bestandteil der Nichterfüllung oder fehlerhaften Erfüllung der bestehenden Schuldverpflichtung ist⁷⁸. Denn insoweit zehrt der Gläubigeranspruch als Ausfluß eines besonderen Rechtsverhältnisses, das die in ihm wurzelnden Beziehungen restlos einschließt, den Deliktsanspruch auf. Insoweit kann daher auch, wer nach Vertragsrecht für die Vertragsverletzung nicht verantwortlich ist, nicht haftbar gemacht werden, weil er nach Deliktsrecht haften würde⁷⁹. Und ebensowenig dürfen ihm, wenn er für die Vertragsverletzung verantwortlich ist, strengere Ersatzfolgen aufgebürdet werden, als sie das Vertragsrecht an den Erfüllungsmangel knüpft⁸⁰. Dagegen steht dem Gläubiger die Wahl, ob er sich mit dem Anspruch aus

⁷⁷ O. Chr. Fischer a. a. O. (oben Anm. 43) S. 104 ff.; Kipp, D.J.Z. VIII 256 ff., b. Windscheid S. 950; Crome, D.J.Z. IX 14 ff., B.R. § 324, 5; v. Blume, Recht 1905 S. 481 ff.; v. Liszt S. 10 ff.; R. Schmidt, Gesetzeskonkurrenz, S. 178 ff.; Cosack § 169 VI 1; Endemann § 200, 1 b; Dernburg II 1 § 64; Enneccerus § 449 II; Planck, Vorbem. 5. — Zusammenstellung der Entsch. des R.G. im Komm. d. R.G.R. Vorbem. 4.

⁷⁸ Z. B. Sachbeschädigung durch fahrlässigen Gebrauch der gemieteten oder entliehenen Sachen oder Sachverlust durch mangelhafte Behütung einer solchen oder einer in Verwahrung genommenen Sache; Sach- oder Personenschädigung durch Sorgfaltsverletzung beim Transport; Beschädigung der Person des Dienstpflichtigen durch einfache Nichterfüllung der Fürsorgepflicht (sonst wäre § 618³ überflüssig). Vgl. R.Ger. in J.W.Schr. 1904 S. 166 Nr. 4, Z.S. LXVII Nr. 52 S. 185. Vgl. auch R.Ger. b. Seuff. LXXI Nr. 63.

⁷⁹ Also z. B. der Verleiher nicht bei leichter Fahrlässigkeit, der unentgeltliche Verwahrer nicht, wenn er gleiche Sorgfalt, wie in eigenen Angelegenheiten, angewandt hat, der Dienstbote nicht, wenn er nach den Sonderbestimmungen des Gesinderechts (oben § 200 S. 656 Anm. 69) vertraglich nicht haftet. Dagegen muß, wenn überhaupt ein Anspruch aus § 823 zugelassen wird, auch das Maß der Verantwortlichkeit aus ihm geschöpft werden. Vgl. einerseits v. Liszt S. 13 ff., Kipp S. 350, Hellwig, Anspruch S. 98 ff., andererseits Planck a. a. O., Dernburg § 64 II 3 b, Crome Anm. 32, Enneccerus a. a. O.

⁸⁰ So z. B. der Post Schadensersatzleistung über den durch §§ 8—12 des Postges. begrenzten Umfang hinaus; R.Ger. LXVII Nr. 52. Oder dem Dienstherrn Entschädigung für nicht vermögensrechtlichen Schaden aus § 847 (der in § 618³ nicht in Bezug genommen ist); O.L.G. Bamberg b. Seuff. LXI Nr. 80. Doch wird in dieser Entsch. unrichtig der Anspruch aus § 847 verneint, ob schon der konkurrierende Anspruch aus § 823 bejaht wird. Wendete das Gericht § 823 an, so mußte es auch § 847 anwenden!

Vertragsverletzung begnügen oder anstatt desselben den Anspruch aus unerlaubter Handlung erheben will, stets offen, sobald das Verhalten des Schuldners den Tatbestand einer unerlaubten Handlung selbständig verwirklicht⁸¹. Dies ist der Fall, wenn es einen Überschuss von Rechtswidrigkeit über bloße Nichterfüllung oder fehlerhafte Erfüllung des Forderungsrechtes in sich schließt⁸².

Ein ähnliches Verhältnis besteht zwischen den Ansprüchen aus unerlaubter Handlung und den Ansprüchen aus einer bestehenden sachenrechtlichen oder personenrechtlichen Verpflichtung⁸³.

⁸¹ Hängt die unerlaubte Handlung nur äußerlich mit dem Vertragsverhältnis zusammen, ist sie z. B. nur durch den Vertragschluss oder bei Gelegenheit der Vertragsausführung begangen, so ist überhaupt lediglich der deliktische Anspruch begründet. So kann z. B. der durch Betrug zum Vertragschluss Bestimmte, falls der Betrug nach § 823² unerlaubte Handlung ist, den deliktischen Schadensanspruch sowohl, wenn er den Vertrag durch Anfechtung vernichtet hat, als auch, wenn er ihn bestehen läßt, geltend machen, obschon er in keinem der beiden Fälle einen Anspruch aus Vertragsverletzung hat. Ebenso haftet der Verleiher oder Schenker, der durch Hingabe einer schadensstiftenden Sache schuldhaft die Person oder das Eigentum des Empfängers verletzt, aus § 823¹, obschon er, wenn er den Mangel der Sache nicht arglistig verschwiegen hat, nach Vertragsrecht nicht haftet.

⁸² So immer, wenn die Vertragsverletzung zugleich unter § 826 fällt (oben Anm. 76). Regelmäßig auch, wenn sie nach § 823² wegen Verstosses gegen ein Schutzgesetz zugleich unerlaubte Handlung ist (oben Anm. 75). So konkurriert z. B. mit dem Anspruch des Dienstverpflichteten aus § 618 der volle Deliktsanspruch, wenn der Dienstberechtigte den Schaden nicht bloß durch Nichterfüllung der vertraglichen Fürsorgepflicht, sondern durch eine damit verbundene Verletzung einer besonderen gewerberechtlichen Schutzbestimmung verursacht hat; oben § 199 S. 621 Anm. 135. Mit dem Gewährleistungsanspruch kann bei arglistiger Verschweigung des Mangels ein deliktischer Anspruch aus Betrug, mit dem Vertragsanspruch aus Verbringung einer anvertrauten Sache der deliktische Anspruch aus Unterschlagung, mit dem Anspruch aus vertragswidriger Beschädigung einer solchen Sache der deliktische Anspruch aus vorsätzlicher Sachbeschädigung konkurrieren. Darüber hinaus wird aus bloß fahrlässiger Sachbeschädigung der Mieter oder Entleiher, wenn er sie sich ohne Zusammenhang mit dem Gebrauchszweck, der Verwahrer, wenn er sie sich bei dem Gebrauch zuschulden kommen läßt, deliktisch (somit auch der unentgeltliche Verwahrer bei jeder Fahrlässigkeit) haftbar. Auch gegen den Arzt kann der geschädigte Patient statt des Vertragsanspruches den Anspruch aus unerlaubter Handlung nach § 823¹ geltend machen, wenn jener durch fehlerhafte Behandlung seine öffentliche Berufspflicht verletzt hat.

⁸³ Der dingliche Anspruch als solcher begründet keine deliktische Haftung; R.Ger. LVI Nr. 78. Hat aber der Besitzer sich den Besitz durch unerlaubte Handlung verschafft, so haftet er dem Eigentümer gegenüber nach Deliktsrecht; B.G.B. § 992. Vgl. auch § 951². Auch die Familienrechtsverletzung als

§ 212. Verantwortlichkeit für eignes widerrechtliches Verhalten.

I. Verursachung und Verschulden. Nach älterem deutschem Recht genügte, wie schon erwähnt ist, zur Begründung der Verantwortlichkeit für widerrechtliche Schadenszufügung die Verursachung des Schadens¹. Die Unterscheidung zwischen strafrechtlichen und privatrechtlichen Folgen einer Rechtsverletzung entwickelte sich gerade aus der allmählich durchdringenden Anschauung, daß peinliche Strafe nur für böswillige Übeltat gebühre, Ersatzleistung aber auch aus ungewollter Übeltat geschuldet werde². Ein Verschulden des Täters setzte die Haftung aus Ungefährwerk grundsätzlich nicht voraus³.

Mit der Rezeption gelangte im gemeinen Recht der römische Grundsatz zur Herrschaft, daß die Verantwortlichkeit für wider-

solche fällt nicht unter den Begriff der unerlaubten Handlung, kann aber zugleich eine unerlaubte Handlung enthalten und dann einen konkurrierenden Deliktsanspruch begründen; R.Ger. LXXV Nr. 61, LXXXV Nr. 71.

¹ Vgl. Wilda, Strafrecht S. 552 ff. Hepp, Die Zurechnung auf dem Gebiete des Zivilrechtes, 1838, S. 121 ff. A. B. Schmidt, Die Grundsätze über den Schadensersatz in den Volksrechten (oben § 176 S. 73 Anm. 43), S. 31 ff. Hammer, Die Lehre vom Schadensersatz nach dem Sachsensp. u. den verwandten Rechtsquellen (oben § 176 S. 73 Anm. 43.), S. 2 ff., 40 ff. Heusler, Inst. II 262 ff. Stobbe-Lehmann § 259, 3. Hübner, Grundz. § 89 I 1. v. Schwerin, R.G. ² S. 122. Müller-Erzbach, Gefährdungshaftung und Gefahrtragung, 1912, S. 225 ff. (der aber zu unrecht dem deut. R. das Verursachungsprinzip abspricht und dafür das Gefährdungsprinzip imputiert). Über nord. R. v. Amira I § 55 II, § 56, II § 44 u. 45.

² Ed. Roth. 387: Si quis hominem liberum, casum facientem, nolendo occiderit, componat eum sicut adpretiatus fuerit, et faida non requiratur, eo quod nolendo fecit. Sachsensp. II 38: Die man sal gelden den scaden, die von siner warlose gesciet anderen luden, it si von brande oder von bornen, den he nicht beweret enes knies ho boven der erde, oder of he schüt oder wirpt enen man oder en ve, als he ramet enes vogeles. Hir umme verdelt man ime nicht sin lif noch sin gesunt, of die man joch wol stirft; wende he mut ine gelden also sin weregelt stat.

³ Die Haftung war reine Erfolgshaftung und trat daher auch ein, wenn Fahrlässigkeit im heutigen Sinne nicht vorlag. Manche Quellen schliessen ausdrücklich, viele erkennbar den Zufallserfolg ein. Wenn andere die absichtslose Schädigung als eine solche von warlose, verwarlosung, versäumnisz oder ähnlich bezeichnen, so charakterisieren sie damit nur den typischen objektiven Tatbestand und den Gegensatz zur gewollten Schädigung, ohne einen technischen Begriff von „Fahrlässigkeit“ zugrunde zu legen. Vgl. den eingehenden Nachweis b. Hammer S. 6 ff. — Über Fälle des Ausschlusses der Ersatzverbindlichkeit ebd. S. 72 ff., Müller-Erzbach S. 249 ff.

rechtliche Schadenszufügung durch Verschulden bedingt ist⁴. Die neueren Gesetzbücher halten an dem „Verschuldensprinzip“ als Ausgangspunkt fest⁵. Auch das B.G.B. stellt es an die Spitze; die vielfach befürwortete Rückkehr zum „Verursachungsprinzip“ („Veranlassungsprinzip“) hat es nicht vollzogen⁶.

Allein das Verschuldensprinzip, das in Deutschland niemals ausnahmslos durchgeführt war, ist infolge der modernen Entwicklung an so zahlreichen Punkten durchlöchert, daß es nicht mehr angeht, im Verschulden den letzten Grund der Verantwortlichkeit für widerrechtliche Schadenszufügung zu erblicken. Das Verschulden ist nur noch ein regelmäßiges Erfordernis. Die Fälle der Haftung ohne Verschulden sind keine Singularitäten, sondern Ausfluß einer vordringenden Bewegung, die das Schadensersatzrecht auf eine neue Grundlage zu stellen sucht⁷.

II. Verantwortlichkeit aus Verschulden. Damit eine

⁴ v. Ihering, Das Schuldmoment im röm. Privatrecht, 1867. Windscheid § 451 Anm. 1 mit Nachweisen aus der Praxis.

⁵ Preufs. L.R. I, 3 § 10 ff. Code civ. a. 1682, 1383. Österr. Gb. § 1294, 1295. Sächs. Gb. § 116, 1483. Schweiz. O.R. a. 50 (jetzt 41).

⁶ Entw. I wollte sogar das Verschuldensprinzip, das die Motive als großen Kulturfortschritt priesen, reiner als das röm. R. durchführen und in diesem Sinne einen Rückschritt gegenüber allen modernen Gesetzbüchern bringen. Vgl. meine Schrift über den Entw. S. 260 ff. Das B.G.B. hat wichtige Zugeständnisse an das Verursachungsprinzip gemacht, aber sie erscheinen gegenüber § 823 als Ausnahmen von der Regel.

⁷ Vgl. A. Merkel, Jurist. Enzykl. § 665 ff., bes. § 673 ff. (4. Aufl. v. R. Merkel § 692 ff.). V. Mataja, Das Recht des Schadensersatzes vom Standpunkte der Nationalökonomie, 1888. Steinbach, Die Grundsätze des heutigen Rechts über den Ersatz von Vermögensschaden, 1888. R. Binding, Die Normen, 2. Aufl. I (1890) S. 433 ff.; dazu Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen, 1915, I 91 ff. J. Unger, Handeln auf eigne Gefahr, 1890 (3. Aufl. 1904); Handeln auf fremde Gefahr, Jahrb. f. D. XXXIII 299 ff. V. Sjögren, ebd. XXXV 343 ff. R. Merkel, Die Kollision rechtmäßiger Interessen und die Schadensersatzpflicht bei rechtmäßiger Handlung, 1895. M. Rümelin, Gründe der Schadenszurechnung, 1896. Stammler, Schuldv. S. 111 ff. Jung, Delikt u. Schadensverursachung, 1897. G. Rümelin, Arch. f. ziv. Pr. LXXXVIII 285 ff. Mauzka, Der Rechtsgrund des Schadensersatzes außerhalb bestehender Schuldverhältnisse, 1904. Traeger, Kausalbegriff im Strafr. u. Zivilr., 1904, S. 294 ff. v. Randa, Die Schadensersatzpflicht nach öst. R., 1907. Enneccerus I § 199. K. Adler, Unverschuldetes Unrecht, 1910. Hedemann, Die Fortschritte des Zivilrechts im 19. Jahrh., 1910, S. 81 ff. M. Rümelin, Schadensersatz ohne Verschulden, 1910; Haftung im klinischen Betriebe, 1913. Müller-Erzbach, Gefährdungshaftung und Gefahrtragung, 1912.

Schadensersatzpflicht aus schuldhafter Verursachung eintrete, ist zweierlei erforderlich.

1. **Zurechnungsfähigkeit des Handelnden.** Ein Verschulden liegt nur vor, wenn die schädigende Handlung freier Willensbestimmung entspringt. Darum ist für den einem Anderen zugefügten Schaden nicht verantwortlich, wer ihn im Zustande der Bewusstlosigkeit oder in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustande krankhafter Störung der Geistestätigkeit zufügt. Hat er jedoch sich selbst durch geistige Getränke oder ähnliche Mittel in einen vorübergehenden Zustand dieser Art versetzt, so ist er in gleicher Weise, wie wenn ihm Fahrlässigkeit zur Last fiele, verantwortlich, falls er nicht nachweist, daß er ohne Verschulden in den Zustand geraten ist⁸. Unverantwortlich ist ferner stets ein Kind bis zu sieben Jahren, sowie ein Jugendlicher zwischen sieben und achtzehn Jahren und ein Taubstummer dann, wenn er bei Begehung der schädigenden Handlung nicht die zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht hatte⁹.

2. **Fehlerhafte Willensbestimmung.** Die Schadensverursachung muß vorsätzlich oder fahrlässig erfolgen. Nach dem B.G.B. genügt zur Verantwortlichkeit für die unter § 823¹ fallende Rechtsverletzung stets Fahrlässigkeit¹⁰. Ist dagegen der Tatbestand einer unerlaubten Handlung nur wegen des Verstosses

⁸ B.G.B. § 827. Eine Abweichung vom Verschuldensprinzip liegt insofern vor, als den Schädiger die Beweislast trifft, daß er ohne Verschulden (z. B. weil er die berauschende Wirkung eines Getränkes weder kannte noch kennen mußte oder auf ärztliche Anordnung zu viel Morphinum genommen hat) in den Zustand geraten ist. Im übrigen ist nur in den Begriff der Verursachung die mittelbare Verursachung einbezogen, diese aber muß schuldhaft sein. Für eine nur im Falle des Vorsatzes unerlaubte Handlung (wie stets beim Verstosse gegen § 826 und in manchen Fällen gegen § 823²) haftet seltsamerweise der Schuldige, weil er nur dem fahrlässig Handelnden gleichgestellt wird, nicht. Diese Befreiung kann aber unmöglich gelten, wenn er sich vorsätzlich gerade behufs Begehung der unerlaubten Handlung in den Zustand versetzt hat. Kipp b. Windscheid I 528, Planck zu § 828 Bem. 3a, Oertmann Bem. 3; a. M. v. Liszt S. 50 ff. — Vgl. Schweiz. O.R. a. 54² (früher § 57).

⁹ B.G.B. § 828. Vgl. Str.G.B. § 55—56 (Straffreiheit bis zu 12 Jahren, von 12 bis zu 18 Jahren bei Mangel der zur Erkenntnis der Strafbarkeit erforderlichen Einsicht). Den Beweis, daß die Voraussetzungen der Haftbefreiung nach § 828 vorliegen (vgl. dazu R.Ger. LI Nr. 7, LIII Nr. 39 S. 159, Seuff. LIII Nr. 227, LIV Nr. 138), hat der Jugendliche zu führen; R.Ger. LXI Nr. 58.

¹⁰ Im Falle des § 824 mit der durch Abs. 2 angeordneten Einschränkung; oben § 211 Anm. 30—31.

gegen ein Schutzgesetz im Sinne des § 823² gegeben, so richtet sich das Maß des zur Verantwortlichkeit erforderlichen Verschuldens nach dem Inhalte des Schutzgesetzes, so daß, wenn dieses nur vorsätzlich verletzt werden kann, auch die Schadensersatzpflicht nur bei Vorsatz eintritt; im übrigen reicht Fahrlässigkeit aus, ist aber auch dann erforderlich, wenn ein Verstoß gegen das Schutzgesetz als solches ohne Verschulden möglich ist. Die um ihrer Sittenwidrigkeit willen nach § 826 unerlaubte Handlung setzt begrifflich stets Vorsatz voraus¹¹. Die Haftung des Beamten aus Verletzung der Amtspflicht tritt bei Vorsatz wie Fahrlässigkeit, jedoch im Falle bloßer Fahrlässigkeit nur subsidiär ein¹²; für Verletzung der Amtspflicht bei der Urteilsfällung in einer Rechtssache haftet der Beamte überhaupt nur, wenn er sich einer mit öffentlicher Strafe bedrohten Bestechlichkeit oder vorsätzlicher Rechtsbeugung schuldig gemacht hat¹³.

III. Verantwortlichkeit ohne Verschulden. Die Fälle, in denen aus widerrechtlicher Schadenszufügung gehaftet wird, ohne daß ein Verschulden vorzuliegen braucht, haben miteinander gemein, daß sie das Verschuldensprinzip zugunsten des Verursachungsprinzips durchbrechen. Da aber die Verursachung im geltenden Recht nicht allgemein als zureichender Haftungsgrund anerkannt ist, fragt es sich, warum sie gerade in diesen Fällen genügt. Diese Frage läßt sich nur dahin beantworten, daß eben hier überall die Überwälzung der Schadenslast von dem schuldlos Geschädigten auf den Schädiger, auch wenn dieser gleichfalls schuldlos ist, als ein besonders dringendes Postulat der ausgleichenden Gerechtigkeit empfunden wird und deshalb sich durchgesetzt hat. Es liegen Umstände vor, unter denen sich das Rechtsbewußtsein mit besonderer Energie dagegen sträubt, daß der von einem widerrechtlichen Eingriff in seine Rechtssphäre Betroffene endgültig den Schaden tragen und der, aus dessen Tätigkeitsbereich der Eingriff hervorgegangen ist, von jeder Ersatz-

¹¹ Oben § 211 S. 898 Anm. 59. Ebenso nach U.W.G. § 1.

¹² B.G.B. § 839¹: „wenn der Verletzte nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag“. Vgl. dazu R.Ger. LXXXVI Nr. 68.

¹³ B.G.B. § 839² mit Str.G.B. § 334 u. 336. Die um der Unabhängigkeit der Rechtsprechung willen unentbehrliche Befreiung der richterlichen Beamten von der Haftung für sonstige Versehen erstreckt sich aber nur auf die Urteilsfällung (einschließlich der Erlassung eines Versäumnisurteils trotz Mangels der gehörigen Voraussetzungen, R.Ger. b. Seuff. LXIX Nr. 106), nicht auf die Prozeßleitung, daher auch nicht auf Verweigerung oder Verzögerung der Amtsausübung.

pflicht befreit bleiben soll. Diese Umstände aber sind in den einzelnen Fällen keineswegs gleich geartet. Darum lassen sich die Gründe, aus denen im heutigen Recht zur Verantwortlichkeit für unerlaubtes Handeln die Verursachung genügt, nicht unter eine einheitliche Formel bringen¹⁴.

1. Haftung Zurechnungsunfähiger. Nach älterem deutschen Recht hafteten Kinder bis zu zwölf Jahren und Sinnlose, obschon sie von Strafe frei blieben, doch mit ihrem Vermögen für den Ersatz des widerrechtlich zugefügten Schadens¹⁵. Im

¹⁴ Dafs in allen Fällen der Gedanke des Verursachungsprinzips zugrunde liegt (Binding, Mauczka) und in den einzelnen Fällen sich dessen siegreiches Vordringen offenbart (G. Rümelin, Hedemann, K. Adler), läßt sich nicht leugnen. Es ist daher verkehrt, das Verursachungsprinzip als unbrauchbar zu verwerfen (so neuerdings besonders M. Rümelin und Müller-Erzbach) und es durch ein anderes Prinzip ersetzen zu wollen. So lange aber das Verursachungsprinzip nicht allgemein anerkannt ist, bleibt das Bestreben berechtigt, nach einem ergänzenden Prinzip zu suchen, das die Anerkennung der Erfolgshaftung in bestimmten Fällen und nur in diesen erklärt. Man hat ein solches in dem Prinzip der Haftung auf Grund der Durchsetzung der mit fremden Interessen kollidierenden eignen Interessen (A. Merkel, Unger) oder des überwiegenden aktiven Interesses (R. Merkel) zu finden geglaubt. Damit ist aber nur ein sehr unsicherer und keineswegs überall passender Mafsstab gewonnen. Neuerdings ist besonders das Prinzip der Gefährdungshaftung aufgestellt worden (M. Rümelin, Müller-Erzbach), das zwar vielfach zutrifft, aber, wenn es nicht gewaltsam gestreckt wird (wie von Sjögren und Müller-Erzbach sogar auf die Haftung Unzurechnungsfähiger), keineswegs alle Fälle deckt. Wenn Andere sich auf das Prinzip der billigen Schadensverteilung (Randa, Hedemann) oder der Schadensverteilung im Sinne des sozialen Ideals (Stammler) berufen, so ist dagegen an sich nichts einzuwenden. Die Frage aber, warum das positive Recht in bestimmten Fällen und nur in diesen eine deliktische Erfolgshaftung für billig erachtet, ist damit nicht gelöst. — Manche Verwirrung erwächst daraus, dafs viele Untersuchungen ein gemeinschaftliches Prinzip für die deliktische Erfolgshaftung, die Entschädigungspflicht aus rechtmässiger Schadenszufügung und die Haftung für Zufall in Vertragsverhältnissen zu ermitteln suchen. Gemeinsam ist natürlich der Gesichtspunkt der ausgleichenden Gerechtigkeit. Allein der rechtmässige Eingriff in eine fremde Rechtssphäre ist schon seinem Begriff nach niemals schuldhaft. Die Zufallshaftung in Vertragsverhältnissen aber folgt aus gesetzlich auferlegter oder übernommener Tragung der Gefahr, nicht aus Schadensverursachung. Auf dem richtigen Wege befindet sich Müller-Erzbach mit seiner Unterscheidung von „Gefährdungshaftung“ und „Gefahrtragung“.

¹⁵ L. Sal. 24 § 5. L. Fris. add. 3, 70. Sachsensp. II 65 § 1, III 3. Richtst. L.R. 43 §§ 6 u. 9. Gosl. Stat. S. 42 Z. 8ff. Rsb. n. D. IV 14 d. 5. Vgl. Wilda S. 640 ff., Hammer S. 26 ff. (sehr eingehend), Stobbe-Lehmann § 259, 3, Müller-Erzbach S. 245. — Unrichtig ist die Meinung von John, Das Strafrecht in Norddeutschland zur Zeit der Rechtsbücher, 1858,

gemeinen Recht zurückgedrängt, wurde eine derartige Haftung, für die seit Thomasius die Naturrechtslehrer eintraten¹⁶, von den neueren Gesetzbüchern, wenngleich in abgeschwächter Gestalt, wieder eingeführt¹⁷. Auch nach dem B.G.B. haftet, wer wegen Zurechnungsunfähigkeit an sich nicht verantwortlich ist, gleichwohl für den von ihm verursachten Schaden, sofern der Ersatz desselben nicht von einem aufsichtspflichtigen Dritten erlangt werden kann; doch hat er den Schaden nur insoweit zu ersetzen, als die Billigkeit nach den Umständen, insbesondere nach den Verhältnissen der Beteiligten, eine Schadloshaltung erfordert und ihm nicht die Mittel entzogen werden, deren er zum standesgemäßen Unterhalte, sowie zur Erfüllung seiner gesetzlichen Unterhaltungspflichten bedarf¹⁸. Hier ist der Rechtsgrund der Haftung lediglich die Schadensverursachung durch eine rechtswidrige Handlung¹⁹. Ein Verschulden des Zurechnungsunfähigen ist begrifflich ausgeschlossen und es ist unzulässig, die Haftung davon abhängig zu machen, daß ein dem Verschulden des Zurechnungsfähigen analoger Willensfehler vorliegt²⁰. Allein das Gesetz schränkt, weil es nun einmal im übrigen

S. 99 ff., und von Kraut, Vorm. I 339 ff., 357 ff., der Vormund habe gehaftet und sich nur durch Hingabe des Mündels befreien können. Nur eine subsidiäre Haftung des Vormunds bei Mittellosigkeit des Mündels begegnet, falls er durch eigne Nachlässigkeit die Schädigung verschuldet. Hammer S. 36 ff.

¹⁶ Vgl. Hepp, Die Zurechnung auf dem Gebiete des Zivilrechts, 1898, S. 175 ff., 243 ff.

¹⁷ Preufs. A.L.R. I, 6 § 41—43 (jedoch nur subsidiär, wenn der Beschädigte den Ersatz aus dem Vermögen der Aufseher oder Eltern nicht erhalten kann, und nur insoweit, als dem Beschädigten die Mittel zum nötigen Unterhalt und, wenn er ein Kind ist, zu einer standesmäßigen Erziehung nicht entzogen werden). Vgl. Oest. G.B. § 1310, Zürch. Gb. § 1835, Schweiz. O.R. a. 58 (jetzt 54¹) mit Verweisung auf „Billigkeit“.

¹⁸ B.G.B. § 829. Vgl. Schwartz, Das Billigkeitsurteil des § 829 B.G.B., 1904. Heinsheimer, Arch. f. ziv. Pr. XCV 234 ff. Sjögren a. a. O. S. 417 ff. Jung a. a. O. 40 ff. M. Rümelin, Gründe der Schadenszurechnung S. 65 ff., Schadensersatz ohne Verschulden S. 50 ff. Traeger a. a. O. 215 ff. Enneccerus § 449 I.

¹⁹ Handlungsfähig im natürlichen Sinne ist auch der Zurechnungsunfähige, da er irgend ein Maß von Willensbestimmung besitzt. Eine Handlung desselben liegt vor, wenn sich in seinem Verhalten die auch in ihm lebendige menschliche Kraft psychisch motivierter Einwirkung auf die Außenwelt äußert, mag sie noch so abnorm (z. B. bei einem Tobsuchtsanfall) fungieren. Dagegen liegt keine Handlung, aus der der Zurechnungsunfähige haften könnte, vor, wenn er Schaden in mechanischer Weise, z. B. durch einen unwillkürlichen Fall oder infolge eines von außen kommenden Stosses, anrichtet.

²⁰ Dies unternehmen Manche, um eine Anknüpfung an die Verschuldens-

am Verschuldensprinzip festhält, die Haftung des Zurechnungsunfähigen aus schuldloser Verursachung durch ein Billigkeitsprinzip ein²¹. Und zwar gewährt es ihm nicht nur ein durch die Rücksicht auf Schonung seiner Persönlichkeit gerechtfertigtes beneficium competentiae²², sondern knüpft den Eintritt der Schadensersatzpflicht überhaupt an die Bedingung, daß nach den Umständen die Schadloshaltung des Verletzten von der Billigkeit gefordert wird²³. Diese Durchbrechung des Verursachungsprinzips tilgt nun freilich nicht die Inkongruenz, daß, so lange der Zurechnungsfähige nur im Falle des Verschuldens haftet, der Zurechnungsunfähige grund-

haftung zu gewinnen. So bes. M. Rümelin, Gründe S. 68 ff. und ausführlicher Schadensersatz S. 52 ff., Heinsheimer a. a. O., Oertmann zu § 829 Bem. 2 d. Sie fordern ein von der persönlichen Unfähigkeit abgesehen schuldhaftes Verhalten oder eine an sich „vorwerfbare Normwidrigkeit“. Allein Intelligenzmangel bildet keinen Gegenstand eines Vorwurfes und, wenn von ihm abgesehen wird, kommt dies auf eine Verschuldensfiktion hinaus. Darum darf auch bei der Entscheidung der Frage, ob eine Schadloshaltung „billig“ ist, die sittliche Wertung des subjektiven Verhaltens des Täters (Grad der geistigen Entwicklung, Bösartigkeit usw.) nicht, wie vielfach verlangt wird, mitsprechen.

²¹ Die Billigkeit ist nicht, wie Hedemann S. 115, Steinbach S. 78 u. A., im wesentlichen auch Stammer, Richtiges Recht S. 471, annehmen, Haftungsgrund, sondern Grund der Haftungsschwächung. Vgl. Binding, Normen I² 466 ff. — Mit dem Gesichtspunkt der Interessenbewahrung, von dem Unger, Handeln auf eigene Gefahr S. 140, u. R. Merkel a. a. O., ausgehen, ist hier nichts anzufangen, da nichts darauf ankommt, ob der Zurechnungsunfähige bei der Handlung ein eignes Interesse wahrnimmt. Ganz abwegig ist der Versuch von Sjögren S. 419 ff. u. Müller-Erzbach S. 86 ff. u. 245, einen Fall der Gefährdungshaftung herauszukonstruieren, weil die den Geisteskranken und Kindern (angeblich nur in ihrem Interesse) belassene Bewegungsfreiheit ein „Gefährdungszustand“ sei; vgl. dagegen M. Rümelin, Schadensersatz S. 51 ff.

²² Wie das Preufs. A.L.R. (oben Anm. 17), dem eine weitere Einschränkung fremd war.

²³ Die Billigkeitserwägungen, auf Grund deren der Richter festzustellen hat, ob eine Schadensersatzpflicht nicht oder nur teilweise begründet ist, sind objektiver Natur. Als „Verhältnisse der Beteiligten“, die dabei insbesondere maßgebend sein sollen, kommen in erster Linie die beiderseitigen Vermögensverhältnisse in Betracht. Dabei können aber unmöglich die zur Zeit der Tat vorliegenden Umstände, sondern der Regel nach nur die Umstände entscheiden, die zur Zeit des Urteils obwalten; vgl. die eingehende Untersuchung von Schwartz a. a. O. S. 20 ff.; (a. M. Hedemann, Arch. f. b. R. XXV 378, Dernburg § 384 Anm. 16). Schon daraus ergibt sich, daß die Billigkeit nicht Haftungsgrund, sondern nur Grund der Ausschließung oder Ermäßigung der an sich aus der Verursachung entspringenden Haftung sein kann.

sätzlich strenger als jener zu behandeln ist²⁴. Es war daher durchaus angemessen, wenn der zweite Entwurf des B.G.B. (§ 752) dem Zurechnungsfähigen für den Fall, daß er von der unbedingten Haftung befreit ist, weil ihm weder Vorsatz noch Fahrlässigkeit zur Last fällt, dieselbe bedingte Haftung auferlegen wollte, die er in jedem Falle dem Zurechnungsunfähigen auferlegte. Allein diese Bestimmung ist leider vom Bundesrate gestrichen²⁵.

2. Handeln auf eigene Gefahr. In manchen Fällen tritt eine Haftung aus außerkontraktlicher schuldloser Schadensverursachung ein, weil es als gerecht erscheint, daß der Handelnde die Gefahr einer durch seine Handlung begangenen Rechtsverletzung auf sich zu nehmen hat.

So handelt stets auf eigene Gefahr, wer zur Selbsthilfe schreitet. Er hat daher, wenn in Wirklichkeit die Voraussetzungen erlaubter Selbsthilfe nicht vorliegen, den durch seinen widerrechtlichen Angriff verursachten Schaden auch dann zu ersetzen, wenn er sich in unverschuldetem Irrtum befand²⁶.

Ebenso handelt auf eigene Gefahr, wer von der ihm vor endgültiger Feststellung seines Rechts zugebote gestellten Gerichtshilfe Gebrauch macht. Er muß daher, falls ein vorläufig vollstreckbares Urteil oder ein Vorbehaltsurteil wieder aufgehoben oder ein Arrest oder eine einstweilige Verfügung als unberechtigt

²⁴ Man nehme an, daß bei einem Ballspiel ein Knabe mit dem von ihm geworfenen Balle das Auge eines Zuschauers getroffen hat und der Verlust des Auges die Folge war. Fahrlässigkeit liegt nicht vor. Schadloshaltung ist billig, weil der Knabe sehr reich, der Verletzte vermögenslos ist. Ist der Knabe noch nicht sieben Jahr alt, so haftet er. Ist er dagegen vierzehn Jahre alt, so geht er, da ihm schwerlich die zur Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht fehlt, frei aus. Sicher vor Haftung ist er allerdings nur, wenn er über 18 Jahre alt ist. Denn bis dahin kann ihm Intelligenzmangel die Haftung aus § 829 zuziehen.

²⁵ Unleugbar steht so die Haftung des Zurechnungsunfähigen, die im älteren deut. R. sich dem System harmonisch einfügte, im geltenden Recht isoliert da.

²⁶ B.G.B. § 231 (oben § 211 S. 883 Anm. 12). So auch nach älterem deutsch. R. bei unrechtmäßiger eigenmächtiger Pfändung; oben Bd. I 346 Anm. 64—65. — Unrichtig ist die Ansicht, daß nach deut. R. auch der in berechtigter Notwehr zugefügte Schaden zu ersetzen gewesen sei; so Heusler, Inst. II 263 Anm. 4, Stobbe-Lehmann § 259 Anm. 18. Doch mußte, wer einen Anderen in der Notwehr getötet hatte, das Wergeld zahlen, wenn er durch Unterlassung alsbaldiger gehöriger Verklärung das Recht verwirkt hatte, den Toten des Friedensbruches zu überführen; Sachsensp. II, 14. Vgl. Brunner, R.G. II 236, Planck, Gerichtsv. I 800 ff., Hammer a. a. O. S. 106 ff., V. Friese, Das Strafrecht des Sachsenpiegels, 1898, S. 8 ff.

aufser Kraft gesetzt wird, den durch die nunmehr als widerrechtlich festgestellten Zwangseingriffe verursachten Schaden auch dann ersetzen, wenn ihm kein Verschulden zur Last fällt²⁷.

Desgleichen handelt auf eigene Gefahr, wer im rechtsgeschäftlichen Verkehr eine Willenserklärung abgibt, auf deren Gültigkeit der Erklärungsempfänger oder, falls sie nicht empfangsbedürftig ist, ein Dritter, für den sie bestimmt ist, vertraut und ohne Fahrlässigkeit vertrauen darf. Stellt sich daher die Erklärung als nichtig heraus, weil sie nicht ernstlich gemeint war oder wegen Irrtums oder unrichtiger Übermittlung angefochten ist, so haftet er, auch wenn ihm kein Verschulden zur Last fällt, dem in seinem Vertrauen Getäuschten für den ihm zugefügten Schaden²⁸. Dies ist der Schaden, den der Getäuschte dadurch erleidet, daß er auf die Gültigkeit vertraut²⁹. In ähnlicher Weise ist, wer ohne Vertretungsmacht als Vertreter einen Vertrag schließt, dessen Genehmigung der Vertretene verweigert, dem anderen Teil, falls dieser den Mangel der Vertretungsmacht weder kannte noch kennen mußte, auch dann, wenn ihm kein Verschulden trifft, zur Schadloshaltung verpflichtet³⁰. Auch in diesen Fällen liegt, da die Erklärung als rechtsgeschäftliche Handlung unwirksam ist, eine Haftung aus außerrechtsgeschäftlicher Schadensverursachung durch unerlaubte Handlung vor³¹.

²⁷ Z.P.O. § 717, 302, 600, 945. Im früheren Recht war Streit; die Praxis verlangte Verschulden. Vgl. Dernburg § 399. Das R.Ger. wendet mit Recht die Grundsätze der unerlaubten Handlung an; Z.S. LXXIV Nr. 69. Dagegen lehnt es eine analoge Ausdehnung auf ähnliche Fälle ab; Seuff. LX Nr. 249, LXI Nr. 120.

²⁸ B.G.B. § 122, dazu über das bisherige Recht oben Bd. I 289 Anm. 24. Vgl. Unger a. a. O. S. 30 ff., Oertmann zu § 122, v. Tuhr, Allg. T. II, 1 § 67 VI (mit Literaturnachweisen auf S. 593 Anm. 146).

²⁹ Also der Betrag des „Vertrauensinteresses“ oder sog. „negativen Interesses“; jedoch nicht über den Betrag des „Erfüllungsinteresses“ oder sog. „positiven Interesses“ hinaus, da der Geschädigte mehr auch nicht gehabt hätte, wenn die Erklärung gültig gewesen wäre (oben § 176 S. 78 Anm. 63).

³⁰ B.G.B. § 179 und dazu oben Bd. I 301 Anm. 81—82. Doch beschränkt sich der Ersatzanspruch des Geschädigten hier nur, falls der Vertreter den Mangel seiner Vertretungsmacht nicht kannte, auf das Vertrauensinteresse, während er sonst nach seiner Wahl Erfüllung durch den Vertreter oder vollen Schadensersatz fordern kann. Der beschränkt Geschäftsfähige bleibt, obschon er wirksam vertreten kann, haftungsfrei; folgerichtig wäre, daß er für das negative Interesse einstehen müßte.

³¹ Ist Verschulden kein Begriffsmerkmal der unerlaubten Handlung, so sind die Voraussetzungen einer solchen erfüllt. Denn die Erklärung ist als schädigender Eingriff in einen fremden Privatrechtsbereich rechtsverletzend

Wir haben früher gesehen, daß auch auf eigne Gefahr handelt, wer eine Schuldverschreibung auf den Inhaber ausstellt, und daß es sich hieraus ohne Zuhilfenahme der Kreationstheorie erklärt, wenn er, falls die Urkunde ohne seinen Willen in den Verkehr gelangt, dem auf ihre Verpflichtungskraft vertrauenden redlichen Erwerber haftet⁸².

3. Gefährdungshaftung. Den wichtigsten Fällen, in denen das geltende Recht eine Verantwortlichkeit für unverschuldete Schadensverursachung kennt, liegt der Gedanke der Gefährdungshaftung zugrunde: wer ein mit besonderer Gefahr für Andere verbundenes Unternehmen betreibt, soll für die Betriebsgefahr einstehen. In diesen Fällen erscheint es als gerecht, daß der Unternehmer, dem die Vorteile aus dem Betriebe zufließen, auch das in dessen Gefährlichkeit begründete Risiko trägt. Der Rechtsgrund seiner Ersatzverbindlichkeit aber ist stets die durch ihn verursachte Schadenszufügung, die als solche, obschon der Betrieb rechtmäßig ist, widerrechtlich und rechtsverletzend ist und daher unter den Begriff der unerlaubten Handlung fällt⁸³.

Eine Gefährdungshaftung ist reichsgesetzlich dem Unternehmer einer Eisenbahn für die durch den Betrieb verursachten Tötungen und Körperverletzungen auferlegt; doch bleibt er von der Schadensersatzpflicht befreit, wenn er nachweist, daß der Unfall durch höhere Gewalt oder durch eignes Verschulden des Geschädigten verursacht ist⁸⁴. Nach den meisten Landesgesetzen haftet der

und wegen Täuschung des auf sie nach den Verkehrsregeln berechtigterweise gesetzten Vertrauens widerrechtlich. Vgl. oben § 177 S. 113 Anm. 10, § 185 S. 313 u. 315. Wäre freilich, wie v. Tuhr S. 594 ff. meint, im Falle bloßer Anfechtbarkeit der Erklärung nicht deren Abgabe, sondern erst deren Anfechtung die den Schaden verursachende Handlung, so läge in diesem Falle ein rechtmäßiger und nur eben zum Ausgleich verpflichtender Eingriff in fremdes Recht vor. Allein diese (ohnehin dem Wortlaut des § 122 widersprechende) Auffassung verkennt, daß die Anfechtung nur das bereits durch die nunmehr rückwärts vernichtete Erklärung Bewirkte als Schadenszufügung enthüllt. — Übrigens kann ja stets die Schadensverursachung zugleich schuldhaft sein und würde dann auch aus dem früher allein anerkannten Gesichtspunkt der culpa in contrahendo eine deliktische Haftung begründen. Eine solche tritt nach dem B.G.B. z. B. im Falle des § 307 aus einer Vertrauens Täuschung, die hier stets schuldhaft sein muß, ein (oben § 177 S. 112 ff. Anm. 9—10).

⁸² Oben Bd. II 111—112 und hier § 185 S. 314 Anm. 13.

⁸³ Dies ist nach anfänglichem Schwanken in der Praxis sowohl für die im B.G.B. selbst in B. II Abschn. 7 Tit. 25 geregelten, wie für die in anderen Reichs- und Landesgesetzen enthaltenen Fälle anerkannt; vgl. bes. R.Ger. LIII Nr. 31, LVII Nr. 12, LX Nr. 69, LXX Nr. 43, Seuff. LXI Nr. 163.

⁸⁴ R.G. v. 7. Juni 1871 § 1. Die Streitfragen über die Begriffe der Eisen-

Eisenbahnunternehmer in gleicher Weise für die durch den Betrieb verursachten Sachbeschädigungen⁸⁵.

Sodann haftet reichsrechtlich der Halter eines Kraftfahrzeuges (oder statt seiner ein Anderer, der ohne sein Wissen und Wollen das Fahrzeug in Betrieb setzt) für die beim Betriebe eingetretenen Tötungen, Körperverletzungen und Sachbeschädigungen; doch ist er von der Verpflichtung zum Schadensersatz befreit, wenn er als Ursache des Unfalls ein unabwendbares Ereignis nachweist, das aber nicht auf fehlerhafter Beschaffenheit des Fahrzeuges oder einem Versagen seiner Vorrichtungen beruhen darf⁸⁶.

Eine Gefährdungshaftung der Unternehmer anderer mit gemeiner Gefahr verbundener Betriebe, wie sie vor allem bei Luftfahrzeugen und elektrischen Anlagen ein dringendes Postulat der Gerechtigkeit ist, hat in Deutschland bisher noch keine Anerkennung gefunden⁸⁷. Nur wenn eine Anlage oder ein Betrieb kraft besonderer Gestattung auf einem dem öffentlichen

bahn, des Betriebsunfalles und der höheren Gewalt können hier nicht erörtert werden. Über den Einfluß des eignen Verschuldens des Geschädigten vgl. unten zu V. Über den Inhalt des Ersatzanspruches unten § 215.

⁸⁵ E.G. zum B.G.B. a. 105. Preuß. Eisenbahnges. v. 3. Nov. 1838 § 25 mit G. v. 3. Mai 1869; Württ. G. v. 4. Juni 1903; mehrere A.G. zum B.G.B. (angeführt in den Komm. zu a. 105).

⁸⁶ R.G. v. 3. Mai 1909 § 7. Darüber, daß hier „Gefährdungshaftung“ vorliegt, vgl. Dernburg⁴ § 396 a, R.G. b. Seuff. LXIX Nr. 174. Der Begriff des unabwendbaren Ereignisses ist, von der erwähnten Einschränkung abgesehen, weiter als der der höheren Gewalt, R.Ger. b. Seuff. LXVIII Nr. 82. Er umfaßt insbesondere auch die Verursachung durch das Verhalten des Verletzten, eines nicht beim Betriebe beschäftigten Dritten oder eines Tieres, sofern nur sowohl der Halter wie der Führer des Fahrzeuges jede nach den Umständen des Falles gebotene Sorgfalt beobachtet hat. Das R.Ger. LXXXVI Nr. 37 freilich erblickt darin eine „Steigerung“ des Begriffes der höheren Gewalt, weil nur eine ganz besondere Aufmerksamkeit entlastet; allein „höhere Gewalt“ liegt in solchen Fällen überhaupt nicht vor. Die Haftung tritt nach § 8 nicht ein bei Schädigung einer mit dem Fahrzeuge beförderten Person oder Sache oder einer beim Betriebe tätigen Person und entfällt überdies bei Lastautomobilen mit geringer Geschwindigkeitsfähigkeit. — Über den Umfang der Schadensersatzpflicht vgl. unten § 215.

⁸⁷ Weder ein Reichsgesetz, noch ein nach E.G. zum B.G.B. a. 105 zulässiges Landesgesetz hat bisher Abhilfe geschaffen. Das R.Ger. hält überall, auch bei Luftschiffen (LXXVIII Nr. 37) und Elektrizitätswerken (LXXXI Nr. 50), am Verschuldensprinzip fest. — Ein schweiz. B.G. v. 27. Juni 1902 hat eine Gefährdungshaftung für den Inhaber einer elektrischen Stromleitung eingeführt. — In rechtspolitischer Hinsicht vgl. Verh. des 31. D. J. T. Bd. II 29 ff. (Niemeyer), 62 ff. (Sperl), 366 ff. (Pape), 510 ff. (Krasny), III 261 ff. (Pattai), 295 ff. (Kipp).

Gebrauch dienenden Grundstück eingerichtet ist (z. B. elektrische Leitungen, Röhrenanlagen, Dampfschiffahrt auf öffentlichen Gewässern), haftet nach einigen Landesgesetzen der Unternehmer für den durch die Anlage oder den Betrieb verursachten Schaden, sofern dieser sich beim öffentlichen Gebrauch ereignet³⁸.

Im älteren deutschen Recht wurzelt die Haftung des Bergwerkseigentümers für den durch den Betrieb des Bergwerks dem Grundeigentum oder dessen Zubehörungen zugefügten Schaden; sie trifft als reine, von Verschulden unabhängige Verursachungshaftung den jeweiligen Bergwerkseigentümer gegenüber dem jeweiligen Grundeigentümer³⁹.

Als Gefährdungshaftung erscheint ferner die dem Inhaber einer obrigkeitlich genehmigten gewerblichen Anlage auferlegte Haftung für schädigende Einwirkungen auf ein benachbartes Grundstück, die an sich unzulässig sind, auf deren Unterlassung aber nicht geklagt werden kann; denn der dem Eigentümer oder Besitzer als Ersatz für den versagten negatorischen Anspruch im Falle der Untunlichkeit ausreichender Schutzeinrichtungen gewährte Anspruch auf Schadloshaltung tritt unabhängig vom Verschulden des Unternehmers ein⁴⁰.

Der Gesichtspunkt der Gefährdungshaftung greift zum Teil auch durch, wenn Jemand ohne eignes Verschulden für Andere

³⁸ Ermöglicht durch E.G. zum B.G.B. a. 106. Nach Bayr. A.G. a. 59 (vgl. Oertmann, Bayr. L.P.R. S. 272 ff.), Hess. a. 75, Anh. a. 30, Lüb. § 61 tritt die Haftung nur dann und insoweit ein, wenn und soweit sie bei der Konzession behördlich auferlegt ist, nach Braunsch. § 29 (bei „gefährlichen“ Betrieben), Kob.-Goth. a. 17 § 3, Mein. a. 12 § 2 ohne weiteres infolge der Konzession. Die Haftung entfällt bei höherer Gewalt und eignem Verschulden des Geschädigten.

³⁹ Preufs. Bergg. § 148 und die nachgebildeten Berggesetze; von der Praxis des Obertribunals schon auf Grund des Preufs. L.R. herausgebildet. Modifiziert durch § 150. Vgl. über das zugrunde liegende Prinzip R.Ger. XXX Nr. 68, XXXIV Nr. 65, XXXV Nr. 32. — Über die geschichtliche Entwicklung Müller-Erzbach S. 258 ff. — Näheres im Bergrecht.

⁴⁰ Gew.O. § 26, oben Bd. II 422 Anm. 15. (Doch fordert das R.G. zur Begründung eines Schadensersatzanspruchs für die Vergangenheit Nachweis eines Verschuldens, Seuff. LX Nr. 218; vgl. dagegen Müller-Erzbach S. 60 ff.). Gleiches gilt bei der durch E.G. z. B.G.B. a. 125 gestatteten landesgesetzlichen Erstreckung des § 26 auf Verkehrsunternehmungen; oben Bd. II 422 Anm. 16. Es muß aber überhaupt mit dem R.Ger. (vgl. bes. LVIII Nr. 32 u. LXX Nr. 43) überall angenommen werden, wo dem Eigentümer durch eine Ausnahmenvorschrift die Unterlassungsklage gegen einen rechtsverletzenden Eingriff entzogen ist. Darüber, daß in diesen Fällen auch die schuldlose Schadensverursachung unerlaubte Handlung ist, vgl. R.Ger. LXX Nr. 43 S. 157.

haftet, und wird bei der Haftung für Tiere und leblose Sachen wirksam. Doch soll von diesen Haftungen, bei denen noch andere Gesichtspunkte mitsprechen, besonders gehandelt werden.

4. Umkehr der Beweislast. In einer Reihe von Fällen hat das moderne Recht zwar nicht mit dem Verschuldensprinzip gebrochen, jedoch dem Verursachungsprinzip das Zugeständnis gemacht, daß der Geschädigte den Anspruch auf Schadensersatz auf bloße Verursachung durch den Schädiger gründen kann und dieser nur von der Haftung befreit ist, wenn er behauptet und beweist, daß auf seiner Seite eine schuldhafte Verursachung nicht vorliegt. Da hier die Verursachung an sich ausreichender Haftungsgrund und der Mangel eines Verschuldens nur möglicher Befreiungsgrund ist, kann im Ergebnis auch aus einer in Wahrheit schuldlosen Verursachung eine Schadensersatzpflicht entspringen. Diese Umkehr der Beweislast begegnet nur vereinzelt bei der Verantwortlichkeit für eignes widerrechtliches Verhalten⁴¹, spielt aber bei der Haftung für Andere und für Tiere und leblose Sachen eine erhebliche Rolle⁴².

IV. Verantwortlichkeit Mehrerer. Wenn Mehrere durch eine gemeinschaftlich begangene unerlaubte Handlung als Mittäter, Anstifter oder Gehilfen einen Schaden verursacht haben, ist jeder für den Schaden verantwortlich⁴³. Dasselbe muß gelten,

⁴¹ So haftet der Tierhüter neben dem Tierhalter nach B.G.B. § 834 in gleichem Umfange wie dieser, kann sich aber durch Entschuldigungsbeweis befreien. Ebenso nach K.F.G. § 18 der Führer eines Kraftfahrzeuges neben dem Halter bis zum Nachweise, daß der Schaden „nicht durch ein Verschulden“ seinerseits verursacht ist. Vgl. auch oben S. 907 Anm. 8 u. 9. Nur eine Verschiebung der Beweislast, nicht, wie Müller-Erzbach S. 71 meint, eine Haftung ohne Verschulden ist auch in § 14 U.W.G. zu finden; die Behauptung oder Verbreitung kreditgefährdender Tatsachen zu Zwecken des Wettbewerbes verpflichtet an sich nur zum Schadensersatz, wenn sie unwahr sind, den Beweis ihrer Wahrheit aber hat der Schädiger zu erbringen; freilich haftet er auch, wenn er sie ohne Verschulden für wahr hielt, aber auch dann hat er schuldhaft gehandelt, weil ihm das Gesetz eben die Verbreitung derartiger Tatsachen zu Zwecken des Wettbewerbes verbietet, wenn er ihre Wahrheit nicht erweisen kann (wie nach Str.G.B. § 186); bei vertraulicher Mitteilung aus berechtigtem Interesse tritt die Schadensersatzpflicht nur bei Kenntnis oder verschuldeter Unkenntnis der Unrichtigkeit ein.

⁴² Vgl. unten § 213 S. 926 Anm. 24, S. 929 Anm. 36—38, § 214 S. 941.

⁴³ B.G.B. § 830 mit der Erweiterung, daß es der gemeinschaftlichen Verursachung gleich steht, wenn sich nicht ermitteln läßt, wer von mehreren Beteiligten den Schaden verursacht hat; dazu R.Ger. LVIII Nr. 91 und über die

wenn Mehrere durch zusammenwirkende selbständige unerlaubte Handlungen den schädlichen Erfolg herbeigeführt haben⁴⁴.

Sind Mehrere nebeneinander für den Schaden verantwortlich, so haften sie als Gesamtschuldner⁴⁵. Im Verhältnis zueinander sind sie, wie sonstige Gesamtschuldner, im Zweifel zu gleichen Anteilen verpflichtet. Doch fällt im inneren Verhältnis die Verpflichtung dann nur einem von ihnen zur Last, wenn er aus unmittelbarer, der andere nur aus mittelbarer Verursachung des Schadens haftet. Somit kann, wer für den durch eine andere Person zugefügten Schaden aufkommen muß, von dieser Person, falls auch sie verantwortlich ist, Ersatz verlangen⁴⁶. Ebenso hat, wer für den durch ein Tier oder eine Sache angerichteten Schaden als Tierhalter oder Sachbesitzer einzustehen hat, ein Rückgriffsrecht gegen denjenigen, der neben ihm aus näherer Verursachung verantwortlich ist⁴⁷. Überdies kann stets auf Grund besonderer Umstände, insbesondere wegen überwiegender Schadensverursachung durch den einen oder anderen, die Schadenslast im

sehr streitige Tragweite dieser Bestimmung Oertmann, Bem. 3 (mit Darlegung der verschiedenen Meinungen), Enneccerus § 458, 3, Dernburg § 386, 3.

⁴⁴ Enneccerus § 458, 2. Anders, wenn jeder nur einen fest abgrenzbaren Teil des Schadens verursacht hat; Traeger S. 282 ff.

⁴⁵ B.G.B. § 830¹, oben § 182 S. 258 Anm. 54. Ausnahme in § 835³ (unten § 214 Anm. 75).

⁴⁶ So nach § 840² der nach § 831 oder § 832 haftende Geschäftsherr oder Aufsichtspflichtige, wenn neben ihm der Gehilfe oder der Beaufichtigte verantwortlich ist. Desgleichen nach § 841 der wegen Verletzung der Amtspflicht bei Bestellung, Beaufsichtigung oder rechtsgeschäftlicher Autorisation eines zur Geschäftsführung für einen Dritten Berufenen haftende Beamte (z. B. Vormundschafts-, Nachlass- oder Konkursrichter), wenn neben ihm der Berufene (Vormund, Pfleger, Konkursverwalter) für den verursachten Schaden verantwortlich ist. Ebenso nach § 1833² der Mitvormund oder Gegenvormund bei bloßer Verletzung seiner Aufsichtspflicht neben dem Vormund.

⁴⁷ So nach B.G.B. § 840³ bei den Haftungen aus §§ 833—838. Mithin kann sich der Tierhalter oder der nach § 834 haftende Aufseher an den unmittelbaren Täter (z. B. den, der das Tier gehetzt oder freigelassen hat), aber auch (obschon dies nicht ausdrücklich gesagt ist) der Tierhalter an den mithaftenden Aufseher halten. Ebenso der Tierhalter an den nach dem Reichshaftpflichtgesetz mithaftenden Unternehmer; R.Ger. LIII Nr. 31, LVIII Nr. 96. Der Jagdberechtigte kann vom mithaftenden Verursacher des Wildschadens (z. B. dem scheuchenden Wilddieb) Ersatz verlangen. Der für Gebäudeeinsturz verantwortliche Besitzer oder der nach § 838 haftende Unterhaltungspflichtige hat gegen den mithaftenden unmittelbar Schuldigen (z. B. den Baumeister), der Besitzer gegen den mithaftenden Unterhaltungspflichtigen das Rückgriffsrecht. — Vgl. neues Schweiz. O.R. a. 51.

inneren Verhältnis die Gesamtschuldner zu ungleichen Teilen oder einen oder mehrere von ihnen ausschliesslich treffen⁴⁸.

Die Haftung des Zurechnungsunfähigen aus Schadensverursachung und die Haftung des Beamten wegen einer blofs fahrlässigen Verletzung tritt nur subsidiär ein⁴⁹. Sie tritt aber nicht nur ein, wenn es an einem anderen Verpflichteten fehlt, sondern auch dann, wenn ein solcher zwar vorhanden, aber von ihm Ersatz nicht zu erlangen ist⁵⁰. Im letzteren Falle haften der subsidiär Verpflichtete und der in erster Linie Verpflichtete dem Verletzten als Gesamtschuldner; im inneren Verhältnis aber trifft die Schadenslast den primär Verpflichteten allein⁵¹.

V. Mitverantwortlichkeit des Geschädigten. Wenn das Verhalten des Geschädigten allein den Schaden verursacht hat, weil es einen rechtlich beachtlichen Kausalzusammenhang zwischen

⁴⁸ Auf Grund analoger Anwendung des § 254 B.G.B., R.Ger. LXXV Nr. 61, Seuff. LXV Nr. 213. Ausdrücklich ist Gleiches in K.F.Z.G. § 17 für den Fall bestimmt, daß bei Schadensverursachung durch mehrere Kraftfahrzeuge die beteiligten Fahrzeughalter einem Dritten haften oder wegen Mitverursachung des Schadens durch ein Tier oder eine Eisenbahn neben dem Fahrzeughalter ein Tierhalter oder ein Eisenbahnunternehmer verantwortlich sind. Das Prinzip soll auch dann, wenn einer der Beteiligten der Verletzte ist, auf die für einen anderen von ihnen eintretende Haftung angewandt werden; vgl. R.Ger. LXXIX Nr. 76, Seuff. LXIX Nr. 79. Ist aber der Verletzte Dritten gegenüber haftfrei (z. B. als Tierhalter nach § 833²), so scheidet er auch aus der inneren Schadensgemeinschaft aus; R.Ger. LXXXII Nr. 26. Der § 17 ist auf mithaftende Kraftfahrzeugführer entsprechend anwendbar; § 18³. — Vgl. über die verwickelten Verhältnisse, die bei einem Zusammenstoß zwischen Kraftwagen und Straßeneisenbahnwagen sich besonders daraus ergeben, daß die Eisenbahngesellschaft den verletzten beiderseitigen Fahrgästen aus der Betriebsgefahr haftet, der Kraftfahrzeughalter den eignen Fahrgästen nur aus dem Beförderungsvertrage, R.Ger. LXXXIV Nr. 18.

⁴⁹ B.G.B. § 829 (oben S. 910), § 839 Abs. 1 S. 2 (oben S. 908 Anm. 12).

⁵⁰ Also wenn im Falle des § 829 der Aufsichtspflichtige aus § 832, im Falle des § 839 ein Anderer als der Beamte aus irgendeinem Grunde zwar für den Schaden verantwortlich, aber etwa mittellos oder abwesend ist. Kann wenigstens ein Teil des Schadens von ihm erlangt werden, so tritt die Haftung nur für den Rest ein.

⁵¹ Dies ist für den Fall des § 829 in § 840² ausdrücklich bestimmt. Es muß auch für den Fall des § 839 gelten, so daß dem Beamten das Rückgriffsrecht gegen den Mithaftenden vorbehalten bleibt. Haben jedoch mehrere Beamte (z. B. als Kollegium) den Schaden fahrlässig verursacht, so richtet sich ihre Ausgleichspflicht nach den gewöhnlichen Regeln über Gesamtschuldverhältnisse. Dagegen fällt, wenn einer von ihnen seine Amtspflicht vorsätzlich verletzt hat, ihm im Verhältnis zu dem wegen seiner Insolvenz mithaftenden fahrlässigen Beamten die Schadensersatzpflicht allein zur Last.

dem schädlichen Erfolge und der eine Bedingung für dessen Eintritt setzenden Handlung abschneidet, liegt eine unerlaubte Handlung überhaupt nicht vor. Dagegen wird eine für den Schaden kausale Handlung dadurch, daß der Verletzte den Schaden mitverursacht hat, ihres Charakters als unerlaubte Handlung, falls die übrigen Voraussetzungen einer solchen erfüllt sind, nicht entkleidet. Wohl aber kann in diesem Falle die Verpflichtung zum Schadensersatz wegfallen oder sich ermäßigen. In dieser Hinsicht greift im geltenden deutschen Recht die allgemeine Regel des § 254 B.G.B. durch, der zufolge die Umstände, besonders aber das Maß, in dem die Mitverursachung durch den Beschädigten zu dem schädlichen Erfolge beigetragen hat, darüber entscheiden, ob der Schade voll oder überhaupt nicht oder zum Teil und zu welchem Teil zu ersetzen ist⁵². Diese Regel gilt auch für die Fälle der Haftung aus schuldloser Verursachung⁵³. Auf Seite des Beschädigten fordert freilich der Wortlaut des § 254 eignes „Verschulden“⁵⁴, muß jedoch gleichfalls jede den Schaden mitverur-

⁵² Oben § 176 S. 180 ff. (dort auch in Anm. 69 über das abweichende gemeine und preuß. R.).

⁵³ R.Ger. LV Nr. 77, Seuff. LIX Nr. 123. Daher z. B. zugunsten des Tierhalters (R.Ger. b. Gruchot LI 608), des Jagdberechtigten (R.Ger. J.W.Schr. XXXII Beil. 1), des aus verfrühter Zwangsvollstreckung Haftenden (R.Ger. in Bl. f. R.A. LXXIV 703). Insbesondere ist die Praxis einig, daß § 254 auf die Haftung aus R.H.Pfl.G. § 1 anzuwenden ist und daher nicht mehr, wie früher, durch eignes Verschulden des Verletzten die Schadensersatzpflicht notwendig ganz, sondern je nach den Umständen nur teilweise ausgeschlossen wird; vgl. R.Ger. b. Gruchot XLVII 924, Z.S. LIII Nr. 21 u. 98, LVI Nr. 38, LXII Nr. 38, LXIII Nr. 83, Seuff. LIX Nr. 123, LXX Nr. 241. Ausdrücklich schreibt das K.F.G. § 9 die Anwendung des § 254 bei der Haftung für Kraftfahrzeuge mit dem Zusatz vor, daß bei Sachschäden dem Verschulden des Verletzten das Verschulden dessen gleichsteht, der die tatsächliche Gewalt über die Sache ausübt. Ebenso beruht auf dem Prinzip des § 254 die im H.G.B. § 736 (Fassung der Nov. v. 7. Jan. 1913) angeordnete Verteilung der Schadensersatzpflicht zwischen den Reedern mehrerer schuldiger Schiffe bei Schiffszusammenstoß (mit dem Zusatz, daß eventuell der Schade zu gleichen Teilen zu tragen ist; doch gilt dies im Falle der Tötung oder Körperverletzung nur im Verhältnis der Reeder zueinander, während sie den Verletzten als Gesamtschuldner haften); vgl. § 738 (anwendbar auch bei Schädigungen ohne Zusammenstoß) und § 739 (auch wenn ein Binnenschiff beteiligt ist).

⁵⁴ Oben § 176 S. 81 ff. Die im § 254 Abs. 2 S. 1 enthaltenen Erstreckungen des Begriffs schuldhafter Mitverursachung sind auch auf den durch unerlaubte Handlung Beschädigten anwendbar. Ein Spezialfall der schuldhaften Unterlassung der Anwendung des Schadens ist im Falle der Schädigung durch einen pflichtwidrig handelnden Beamten die vorsätzliche oder fahrlässige Unterlassung des Gebrauches eines Rechtsmittels; doch wird hier nach § 839³ stets der Beamte von der Ersatzpflicht völlig befreit; Delius a. a. O. S. 46 ff.

sachende Handlung oder Unterlassung insoweit ins Gewicht fallen, als der Beschädigte für sie nach den bei unerlaubten Handlungen geltenden Grundsätzen verantwortlich wäre⁵⁵. Darum kommt auch das Verhalten des zurechnungsunfähigen Beschädigten in den Grenzen, in denen der Zurechnungsunfähige nach § 829 für unerlaubtes Handeln haftet, in Betracht⁵⁶. Ebenso die Mitverursachung durch einen Umstand, für den der Beschädigte kraft Gefährdungshaftung verantwortlich ist⁵⁷. Dagegen fällt dem Beschädigten mitwirkendes Verschulden eines Dritten nur insoweit zur Last, als er für dieses nach Deliktsrecht einzustehen hat⁵⁸.

⁵⁵ Das Verschulden ist zwar im Rechtssinn (als ein im eigenen Interesse zu mißbilligendes Verhalten, ein „Verschulden gegen sich selbst“, wie Zitelmann, Grundr. S. 166 ff., sagt), zu verstehen, nicht, wie Manche (z. B. Crome I § 111 Anm. 15, Endemann § 132, 1^b, Weyl, Verschuldensbegriffe S. 297 ff., 301, 599 ff., und jetzt auch Oertmann zu § 254 Bem. 2e) wollen, in untechnischem oder bloß tatsächlichem Sinne zu nehmen. Allein soweit im Bereiche der unerlaubten Handlungen die schuldlose Verursachung den Schädiger haftbar macht, muß sie auch, wenn nicht ein ungerechtes Ergebnis herauspringen soll, auf Seite des Beschädigten der schuldhaften Verursachung gleichgestellt werden. Vgl. Enneccerus § 236 Anm. 13.

⁵⁶ So auch M. Rümelin S. 316 ff., Traeger S. 340, Enneccerus a. a. O., Oertmann a. a. O. S. 57; a. M. v. Liszt S. 82. Das R.Ger. will grundsätzlich das Verhalten eines beschädigten Kindes überhaupt nicht berücksichtigen (LIV Nr. 103, LIX Nr. 64, LXII Nr. 83), das einer jugendlichen Person nur dann, wenn sie die nach § 828 erforderliche Einsicht besitzt (R.Ger. LIX Nr. 64, Seuff. LX Nr. 55). Vgl. indes die damit schwer vereinbaren Entsch. LXVIII Nr. 102, LXXVI Nr. 50.

⁵⁷ So fällt z. B. die Haftung des Tierhalters für den durch sein Tier verursachten Schaden ganz oder teilweise weg, wenn ein Tier des Beschädigten den Schaden mitverursacht hat; R.Ger. LXVII Nr. 34. Für den Fall der Beschädigung eines Kraftfahrzeughalters durch ein anderes Kraftfahrzeug, ein Tier oder eine Eisenbahn ist Gleiches ausdrücklich im K.F.G. § 17 bestimmt (oben Anm. 54).

⁵⁸ Somit ist, wenn in § 254 Abs. 2 S. 2 die entsprechende Anwendung von § 278 vorgeschrieben ist, gleichwohl die Verantwortlichkeit des durch unerlaubte Handlung Beschädigten für Mitverursachung des Schadens durch seinen gesetzlichen Vertreter abzulehnen (R.Ger. LIV Nr. 104) und für Mitverursachung durch eine Hilfsperson nur nach Maßgabe des § 831 anzuerkennen (R.Ger. LXII Nr. 83 S. 348 ff., LXXV 258 ff., J.W.Schr. XI 806). A. M. Planck, zu § 254 Bem. 5 b (mit ausführlicher Erörterung der Streitfrage), Oertmann Bem. 5 b $\beta\beta$, Enneccerus § 236 Anm. 11, § 459 Anm. 12. Anders verhält es sich natürlich, soweit durch besondere Bestimmung dem Beschädigten eine unbedingte Haftung für fremdes Verschulden auferlegt ist, wie dem Reeder nach H.G.B. § 734 oder dem Schiffseigner nach B.Sch.G. § 3; R.Ger. LXXXV Nr. 83. Vgl. auch für den Fall der Sachbeschädigung durch ein Kraftfahrzeug K.F.G. § 9 (oben Anm. 54):

§ 213. Haftung für Andere.

I. **Überhaupt.** Soweit im heutigen Recht eine Verantwortlichkeit für unerlaubtes Handeln anderer Personen anerkannt ist, entstammt sie im wesentlichen deutschrechtlichen Keimen.

Das ältere deutsche Recht liefs in erheblichem Umfange eine deliktische Haftung für widerrechtliche Schadenszufügung durch Andere eintreten. Im Laufe des Mittelalters sind manche dieser Haftungen verschwunden, andere abgeschwächt. Soweit sie aber fortbestanden, blieb der gemeinsame Grundgedanke lebendig, dem sie entsprungen waren. Der Haftungsgrund war überall eine personenrechtliche Verbundenheit, die dem Angehörigen einer Gemeinschaft eine Verantwortlichkeit für die von einem Gemeinschaftsangehörigen ausgehende Schädigung Dritter auferlegte. In genossenschaftsrechtlicher Verbundenheit wurzelte die uralte deliktische Mithaftung der Sippegenossenschaft für den von einem Sippegenossen gegen eine fremde Sippe begangenen Friedensbruch¹, aber auch die in mancherlei Gestalt bei Gemeinden und Gilden durchgeführte deliktische Gesamthaftung². Auf herrschaftsrechtlicher Verbundenheit beruhte die Haftung des Hausherrn für die Missetaten der Angehörigen der von ihm beherrschten und vertretenen Hausgemeinschaft, insbesondere der Hauskinder³, der Unfreien⁴, der hörigen oder freien Diener⁵ und des ins Haus auf-

¹ Schuld und Haftung S. 14 ff. und 102 ff. mit weiteren Nachweisen. Weil Haftungsgrund der Sippeverband war, konnte die Sippe sich durch Ausstoßung des Schuldigen vor Aufnahme der Fehde befreien; ebd. S. 15 Anm. 8.

² Genossenschaftsr. I 73 Anm. 43, II 386 ff.

³ Brunner, R.G. I² 92, 102; His, Fries. Strafr. S. 49 ff., Hammer a. a. O. S. 80 ff. — Nord. R. bei v. Amira I § 58, II § 47.

⁴ In den Volksrechten ist besonders eingehend die Haftung für Unfreie geregelt; vgl. Wilda, Strafr. 555, 652 ff., Brunner I² 141, 216 ff., II 551 ff., A. B. Schmidt a. a. O. S. 43 ff., His a. a. O. S. 46 ff., Stobbe-Lehmann § 264 I; nord. R. bei v. Amira I § 57, II § 57. Sie erscheint ursprünglich als Haftung für Sachen aus Gewere, mehr und mehr aber als Haftung für Personen aus Hausherrschaft. Dies zeigt sich in der scharfen Unterscheidung der Haftung des Herrn aus eigener Tat, wenn der Knecht nur als sein Werkzeug handelte, und seiner Haftung für fremde Schuld, wenn der Knecht selbständig delinquierte (Schuld und Haftung S. 16 Anm. 12); in der bei vorübergehender Überlassung in eine andere Hausgemeinschaft eintretenden Haftung des nunmehrigen Hausherrn (l. Rib. 72, 4); in der völligen oder doch teilweisen Enthaltung des Herrn durch sofortige Auslieferung des Schuldigen (Schuld und Haftung S. 16 ff. Anm. 13—16), die aber ausgeschlossen ist, wenn er ihn nach erlangter Kenntnis von der Tat im Hause behält (l. Sax. 58).

⁵ Schon die Volksrechte erwähnen eine Haftung für Freigelassene, Aldien

genommenen Gastes⁶. Eine Erweiterung der hausherrlichen Haftung war die in verschiedenen Anwendungsfällen anerkannte Haftung des Geschäftsherrn für seine Leute⁷. Andererseits begegnet auch eine Haftung des Untergebenen für den Herrn⁸.

Nach der Rezeption drang im gemeinen Recht die römisch-rechtliche Auffassung durch, nach der die deliktische Haftung eignes Verschulden voraussetzt und daher durch fremdes Handeln nur dann begründet werden kann, wenn eignes schuldhaftes Handeln bei dem schädlichen Erfolge mitgewirkt hat. Doch liefs in vereinzelten Fällen auch das rezipierte römische Recht eine von eigem Verschulden unabhängige Haftung für fremdes Verschulden als „obligatio quasi ex delicto“ eintreten⁹. Es gewährte gegen Schiffer, Gast- und Stallwirte die *actio furti* wegen Entwendung und die aquilische Klage wegen Beschädigung eingebrachter Sachen durch ihre Leute¹⁰. Und es verpflichtete den Inhaber einer Wohnung zum Ersatz des durch Hinauswerfen oder Hinausgiefsen auf einen besuchten Ort verursachten Schadens¹¹. In der Praxis erhielt sich

und Liten. Brunner I² S. 146 u. 148, His S. 46. Die späteren Quellen regeln besonders die Haftung für freies Gesinde; oben § 200 S. 660 Anm. 90, dazu Hammer a. a. O. S. 81 ff., His S. 50 ff., Stobbe-Lehmann § 264 II 1. Für den Zusammenhang mit der Hausgemeinschaft spricht der mehrfach bezeugte Satz, daß der Hausherr sich durch sofortige Entlassung des Gesindes befreien kann, dieses Recht aber verliert, wenn er dem Schuldigen, nachdem er seine Tat erfahren hat, weiter Wohnung und Obdach gewährt; Schuld und Haftung S. 17 Anm. 17. Derselbe Satz begegnet auch bei Hauskindern; ebd. Vgl. dazu ebd. S. 103. — Der Sachsensp. II, 32 § 1 u. die Gosl. Stat. S. 46 Z. 33 ff. erkennen eine Haftung für freies Gesinde nicht mehr an. Dagegen beruhen die Ausführungen des Sachsensp. II, 72 über die Haftung des Burgmannen für die Burgmannen und deren Begrenzung ganz auf dem alten Rechtsprinzip.

⁶ Brunner I² S. 399 ff., His S. 51, Stobbe-Lehmann a. a. O. Anm. 9.

⁷ Stobbe-Lehmann § 264 II 3.

⁸ Genossenschaftsr. II 389 ff., Schuld u. Haftung S. 17 ff.

⁹ Inst. Just. 4, 5. — Die Noxalklagen gegen den Herrn eines schuldigen Sklaven (Dig. 9, 4) konnten in Deutschland nicht aufgenommen werden, die gegen den *pater familias* waren schon im Justinianischen Recht beseitigt.

¹⁰ Dig. 47, 5; Wäntig, Über die Haftung für fremde unerlaubte Handlungen, 1875, S. 51 ff., Windscheid § 454 Anm. 21—22, § 457 Anm. 5. Schon im gemeinen Recht, jedenfalls aber in den Gesetzbüchern verlor die besondere deliktische Haftung dieser Personen ihre Bedeutung; die heutige strenge Haftung der Gastwirte knüpft an das *receptum* an und ist Vertragshaftung; oben § 204 VI S. 746 ff.

¹¹ Dig. 9, 3; Wäntig a. a. O. S. 61 ff.; Windscheid § 457, 1. Die römische Bestimmung wurde (jedoch ohne den Strafsatz) gemeines Recht und ging auch ins Bad. L.R. a. 1384^a, Öst. Gb. § 1318, Sächs. Gb. § 1554—1559,

auf Grund deutschrechtlicher Anschauungen vielfach eine weitergehende Haftung des Hausherrn für Hausangehörige, die namentlich in den partikulären Gesindeordnungen fixiert wurde. Von den großen Gesetzbüchern kehrte das französische im wesentlichen zum deutschrechtlichen Prinzip zurück¹², während die übrigen ihm nur einzelne Zugeständnisse machten. So auch das B.G.B. Dagegen hat auf sonderrechtlichen Gebieten im modernen Recht die Verantwortlichkeit für widerrechtliche Schadenszufügung durch Andere sich wieder in weiterem Umfange durchgesetzt.

Soweit eine solche Verantwortlichkeit heute besteht, ist ihr Rechtsgrund kaum einheitlich zu bestimmen. Dem individualistischen Zuge der neueren Gesetzgebung widerstrebt ihre Herleitung aus personenrechtlicher Verbundenheit¹³. Sie will nur eignes Tun oder Unterlassen als Haftungsgrund gelten lassen, sucht daher die deliktische Haftung von Haus- oder Geschäftsherrn für abhängige Personen auf eine individuelle mittelbare Verursachung oder Mitverursachung des Schadens zurückzuführen. Indessen reicht zur Erklärung der erweiterten Unternehmerhaftung bei bestimmten Betrieben dieser Gesichtspunkt nicht aus. Hier wird vielmehr der Gedanke wirksam, daß der Unternehmer als Haupt eines herrschaftlich organisierten Verbandes für die im Betriebe tätigen Verbandsangehörigen einstehen muß, weil die Schadensverursachung von diesem Verbandsangehörigen als einem einheitlichen Ganzen ausgeht¹⁴. Nur aus einer eigenartigen Erneuerung der genossenschaftlichen Gesamthaftung andererseits läßt sich die Haftung der Gemeinden für Aufruchrschaden erklären¹⁵.

II. Hausherrschaftliche Haftung. Die deutschrechtliche Haftung des Hausherrn für Hausangehörige ist in manchen neueren Gesetzbüchern die erkennbare Grundlage von Bestimmungen geblieben, die eine Verantwortlichkeit für Andere vorsehen. Deut-

abgeschwächt ins Preufs. L.R. I, 6 § 66 über. Entw. I § 729—733 wollte sie, jedoch unter Zulassung eines Entschuldigungsbeweises, aufnehmen; vgl. meine Schrift über den Entw. S. 270. Im B.G.B. ist sie gestrichen.

¹² Code civ. a. 1884, der für unerlaubte Handlungen wie Vertragsverletzungen gilt (oben § 178 S. 122 Anm. 20).

¹³ Anders im Völkerrecht! Hier hat sich die deliktische Haftung Aller für Einen und Eines für Allen in gewaltiger Kraft erhalten und gerade im gegenwärtigen Kriege furchtbare Konsequenzen gezeitigt, die vielfach über alles bisher für zulässig Gehaltene hinausgehen und an die Urzeiten erinnern.

¹⁴ Vgl. Genossenschaftsth. S. 803 ff. Diese Haftung nähert sich also der deliktischen Körperschaftshaftung an.

¹⁵ Vgl. unten zu IV S. 932 ff.

lich knüpft an sie das französische Gesetzbuch an¹⁶. Das neue schweizerische Gesetzbuch leitet ausdrücklich aus der „Hausgewalt“ eine Haftung des „Familienhauptes“ für Schadensverursachung durch unmündige oder entmündigte „Hausgenossen“ her¹⁷. Aber auch im preussischen Landrecht ist der Zusammenhang der Haftung des Dienstherrn für das Gesinde und des Meisters für Gesellen und Lehrlinge mit der Hausgemeinschaft noch gewahrt¹⁸.

Dagegen kennt das B.G.B. keine aus der Hausherrschaft als solcher fließende Verantwortlichkeit für Hausangehörige¹⁹. Es ersetzt sie durch eine unterschiedlose Haftung des Aufsichtspflichtigen für widerrechtliche Schadenszufügung durch eine wegen ihrer Minderjährigkeit oder ihres geistigen oder körperlichen Zustandes aufsichtsbedürftige Person²⁰. Diese Haftung trifft in gleicher Weise den, der kraft Gesetzes zur Aufsichtsführung verpflichtet ist²¹, wie den, der die Führung der Aufsicht durch Ver-

¹⁶ Nach Code civ. a. 1384 haften der Vater und nach seinem Tode die Mutter für die bei ihnen wohnenden minderjährigen Kinder und können sich nur durch den Nachweis befreien, daß sie deren Schaden stiftende Handlung nicht hindern konnten. Eine gleiche Haftung trifft die „instituteurs“ für Zöglinge und die Meister für Lehrlinge, so lange diese ihrer Überwachung unterstehen. Dagegen ist die Haftung für Dienstboten von dem Hausverbande gelöst; sie tritt nur im Bereiche ihrer dienstlichen Verrichtungen, hier aber unbedingt ein. Vgl. Zachariae-Crome § 417.

¹⁷ Schweiz. Z.G.B. § 333; jedoch mit Vorbehalt der Befreiung durch Nachweis gehöriger Aufsicht. Der frühere a. 61 des O.R. stellte die Haftung auf „häusliche Aufsicht“ ab.

¹⁸ Dies zeigt sich in der subsidiären Haftung des Dienstherrn oder Meisters für die Schadenszufügung durch solche Personen, wenn er sie in Kenntnis ihrer gefährlichen Eigenschaften aufgenommen hat oder im Dienste behält (I, 6 § 62—63, 65, 67), besonders aber darin, daß prinzipale Haftung eintritt, wenn die Schadensverursachung durch Gesinde, Gesellen oder Lehrlinge feststeht, die Person des Täters aber nicht nachweisbar ist (§ 68). Vgl. auch die ähnlichen Bestimmungen für Hauswirte (§ 66—68). Außerdem tritt eine Haftung aus schuldhafter Vernachlässigung der Aufsicht über Wahn- und Blödsinnige und Kinder unter 7 Jahren ein (§ 57). — Auch das Österr. Gb. § 1314 kennt eine Haftung für schuldhaft ins Haus aufgenommene oder im Hause behaltene gefährliche Dienstpersonen oder Verbrecher; sie tritt gegenüber „dem Hausherrn und den Hausgenossen“ ein. — Dagegen behilft das Sächs. Gb. sich mit der generellen Regel des § 772.

¹⁹ Gesinderechtliche Bestimmungen, die eine besondere hausherrschaftliche Haftung begründen, könnten an sich daneben fortbestehen, sind aber wohl allgemein außer Kraft gesetzt; vgl. oben § 200 S. 660 Anm. 91.

²⁰ B.G.B. § 832. Vgl. Feder a. a. O. (oben § 178 S. 123 Anm. 24) S. 110 ff.; E. Schultze, Arch. f. b. R. XVII 99 ff.; Riedel, D.J.Z. X 693 ff.

²¹ So kraft Familienrechts den Vater, die Mutter, den Vormund oder den

trag übernimmt²². Sie setzt stets voraus, daß die aufsichtsbedürftige Person den Schaden durch objektiv widerrechtliches Verhalten verursacht hat, hängt aber nicht davon ab, ob und in welchem Umfange diese selbst aus unerlaubter Handlung haftet²³. Sie tritt jedoch überhaupt nicht ein, wenn der Aufsichtspflichtige seiner Aufsichtspflicht genügt hat oder wenn der Schade auch bei gehöriger Aufsichtsführung entstanden sein würde. Das Verschuldensprinzip ist also nicht aufgegeben, sondern nur durch Umkehrung der Beweislast zurückgedrängt²⁴. Es wird vermutet, daß der Aufsichtspflichtige durch schuldhafte Verletzung der Aufsichtspflicht den Schaden mittelbar verursacht oder mitverursacht hat. Er befreit sich aber durch den Nachweis, daß ihm entweder überhaupt kein Verschulden zur Last fällt oder sein Verschulden für den Schaden nicht kausal war. Für die Würdigung der Entlastungsgründe sind die besonderen Umstände des einzelnen Falles maßgebend. Entscheidend ist vor allem das nach den Verhältnissen der Beteiligten zu fordernde Maß von Aufsicht. Und hieraus wird sich auch heute ein ungleicher Haftungsumfang ergeben, je nachdem es sich um die hausherrschaftliche Haftung für Hausangehörige handelt, für deren gesamte Lebensführung der Haftende

Pfleger, aber auch kraft besonderer privat- oder öffentlichrechtlicher Vorschriften den Lehrherrn, den öffentlichen Lehrer, den Vorsteher einer öffentlichen Erziehungs-, Heil- oder Irrenanstalt usw. — Eine Aufsichtspflicht über den aufsichtsbedürftigen Ehegatten besteht nicht; R.Ger. LXX Nr. 14. Dagegen muß eine Aufsichtspflicht der Herrschaft über minderjährige oder schwachsinnige Dienstboten auch da, wo nicht (wie in den oben § 200 S. 655 Anm. 61 angef. Ges.O.) die Herrschaft ausdrücklich zu einer allgemeinen Aufsicht verpflichtet ist, aus dem Wesen des Gesindeverhältnisses gefolgert werden; a. M. Oertmann, Bem. 1 a a. E.

²² So den Inhaber einer privaten Erziehungs- oder Heilanstalt, den Krankenpfleger, den Irrenwärter usw.

²³ Ist sie nach § 827–829 haftungsfrei, so haftet der Aufsichtspflichtige allein; andernfalls haften beide als Gesamtschuldner, jedoch im Verhältnis zueinander, wenn der Aufsichtsbedürftige voll verantwortlich ist, nur er, wenn er nur aus § 829 haftet, nur der Aufsichtspflichtige; oben § 212 S. 918 Anm. 46 u. S. 919 Anm. 51.

²⁴ Das ist eine erhebliche Neuerung gegenüber dem gem. u. preuß. Recht, von der Entw. I § 710 noch nichts wissen wollte. Sie hat ihr Vorbild im Code civ. a. 1384⁵ und im Schweiz. O.R. a. 61. Doch entfernt sich der Code civ. auch materiell vom Verschuldensprinzip, da er zur Enthftung den Nachweis fordert, daß der Haftende die Handlung nicht verhindern konnte, während der Nachweis, daß die Nichthinderung unverschuldet war, nicht genügt; R.Ger. XXIII Nr. 73. — Vgl. oben § 212 III 4 S. 917.

verantwortlich ist²⁵, oder nur eine vorübergehende Aufsichtsführung für begrenzte Zwecke in Frage steht²⁶.

III. Geschäftsherrschaftliche Haftung. Die Haftung des Geschäftsherrn für widerrechtliche Schadenszufügung durch seine Leute unterscheidet sich von der hausherrschaftlichen Haftung und ihren Abzweigungen grundsätzlich dadurch, daß sie sich nicht auf alles unerlaubte Verhalten, sondern immer nur auf das Verhalten bei Ausführung der zugewiesenen geschäftlichen Verrichtungen erstreckt²⁷. Sie wurde seit der Rezeption im gemeinen Recht auf die Fälle des eignen Verschuldens des Geschäftsherrn bei der Auswahl oder Beaufsichtigung seiner Angestellten beschränkt. Hieran hielten die Gesetzbücher fest. Nur das französische Gesetzbuch legt dem Geschäftsherrn eine von eigenem Verschulden unabhängige Verantwortlichkeit auf²⁸. Auch das B.G.B. hat sich nicht entschlossen, die von ihm durchgeführte unbedingte Haftung des Geschäftsherrn für das Verschulden seiner Gehilfen bei der Erfüllung von Verbindlichkeiten auf das Gebiet der unerlaubten Handlungen zu erstrecken, läßt vielmehr hier nur eine Haftung aus eigenem Verschulden eintreten²⁹. Allein es verschärft im Gegensatz zum bisherigen deutschen Recht diese Haftung durch

²⁵ Es ist nicht zu billigen, wenn die Praxis auch bei der Elternhaftung zu Einschränkungen neigt, die mit der generellen Elternpflicht zur Erziehung und Leitung hausangehöriger Kinder unvereinbar sind; so namentlich das R.Ger. L Nr. 15 (unter Aufhebung des von einer strengeren Auffassung ausgehenden Erk. des O.L.G. Stettin, Rspr. III. 23 ff.); auch Rspr. II 458, Seuff. LVII Nr. 216, LXIII Nr. 114. Auch die Aufsichtspflicht der Vorsteher von Erziehungsanstalten, der Lehrherrn usw. wird durch die häusliche Gemeinschaft gesteigert.

²⁶ Darum sind namentlich die oft erhobenen übertriebenen Anforderungen an die Aufsichtsführung der Lehrer über die Schüler während des Schulbesuches oder bei Schulausflügen, durch die eine Zeitlang der Lehrerstand beunruhigt wurde, abzulehnen; vgl. Oertmann, Bem. 1 a mit Nachweisen aus der Praxis.

²⁷ Sie kann aber mit weiter gehender Haftung konkurrieren, wenn der Geschäftsgehilfe zugleich hausangehörig ist (so früher vielfach beim Gesinde) oder als aufsichtsbedürftige Person vom Geschäftsherrn zu beaufsichtigen ist (so jetzt nach B.G.B., z. B. als minderjähriges Gesinde oder als Lehrling).

²⁸ Code civ. a. 1384³. Jeder Entschuldigungsbeweis ist ausgeschlossen.

²⁹ Vgl. über § 278 und sein Verhältnis zu § 831 oben § 178 S. 123. Die dort Anm. 24 angef. Schriften von Feder u. Heinsheimer handeln auch von § 831; vgl. ferner Nöldecke b. Gruchot XLI 766 ff., Brückner im Recht 1901 S. 299 ff., 338 ff., 373 ff., Isay, Geschäftsführung S. 401 ff., K. Fischer, Zurechnung fremden Verschuldens, 1908.

Umkehrung der Beweislast³⁰. Darüber hinaus ist durch Sondergesetze bei bestimmten Geschäftsbetrieben dem Geschäftsherrn eine von eigenem Verschulden unabhängige Haftung auferlegt.

1. Nach gemeinem bürgerlichem Recht ist, wer einen Anderen zu einer Verrichtung bestellt, zum Ersatz des Schadens verpflichtet, den der Andere in Ausführung der Verrichtung einem Dritten widerrechtlich zufügt³¹. Die Haftung tritt sowohl auf Grund dauernder Anstellung in einem Geschäftsbetriebe wie auf Grund der Beauftragung mit einer einzelnen tatsächlichen oder rechtlichen Verrichtung ein, setzt aber immer voraus, daß der Besteller dem Bestellten gegenüber die Stellung eines Geschäftsherrn einnimmt³². Stets beschränkt sich die Haftung auf den Ersatz des Schadens, den der Bestellte in Ausführung der Verrichtung, zu der er bestellt ist, verursacht hat³³. Die Schadenszufügung muß objektiv widerrechtlich sein; dagegen ist nicht erforderlich, daß der Bestellte selbst für sie verantwortlich ist³⁴.

³⁰ Entw. I § 711—712 hatte sich auch hierzu noch nicht verstanden. Vorangegangen war das Schweiz. O.R. a. 62 (jetzt a. 55 mit einem aus B.G.B. § 831 entlehnten Zusatz).

³¹ B.G.B. § 831 Abs. 1 S. 1. Nach Abs. 2 trifft die gleiche Verantwortlichkeit den, der für den Geschäftsherrn die Besorgung eines der Geschäfte, aus denen dessen Verantwortlichkeit entspringt, vertragsmäßig übernommen hat, z. B. den Geschäftsleiter, Werkmeister, Aufseher, Bauführer, Maurerpolier usw.; je nach den Umständen haftet er neben dem Geschäftsherrn oder statt seiner.

³² R.Ger. LI Nr. 48, Recht 07 Nr. 1404, 08 Nr. 2170, Jur.W.Schr. 09 S. 276, Warneyer 08 Nr. 477, 11 Nr. 180, 12 Nr. 27. So auch Fischer S. 76, Crome S. 1050, Staudinger, Bem. 2 a γ, Enneccerus § 459 II 1. Dagegen wollen Andere in verschiedenem Umfange § 831 auf die zu durchaus selbständiger Tätigkeit Bestellten ausdehnen; so Planck, Bem. 1 a, Dernburg § 387 II 1, Oertmann, Bem. 2 a, Jovy, Arch. f. b. R. XXXVII 78 ff. — Ob die Bestellung auf einem gültigen Rechtsgeschäft beruht, ist, sobald sie kausal geworden ist, gleichgültig; Feder a. a. O. S. 92.

³³ Wie nach § 278 (oben § 178 S. 123 Anm. 26), macht nach § 831 eine nur bei Gelegenheit der Ausführung erfolgte Schädigung den Geschäftsherrn nicht verantwortlich; doch genügt der innere Zusammenhang mit der auszuführenden Verrichtung. Vgl. R.Ger. LXXIII Nr. 108 S. 437 Jur.W.Schr. XIII 327; Dernburg § 387 II 2, Feder S. 97, Planck, Bem. 1 b, Staudinger, Bem. 3 b, Oertmann, Bem. 2 c. — So auch nach franz. R.; R.Ger. XXIV Nr. 22 u. 67.

³⁴ Dernburg § 387 II 3, Feder S. 100, Fischer S. 79, Planck, Bem. 1 c, Staudinger, Bem. 3 a, Oertmann, Bem. 2 d, Enneccerus § 459 II 3; R.Ger. LXX Nr. 23, Seuff. LXIII Nr. 115. A. M. Cosack⁵ § 164 I 3 a (in 6. Aufl. anscheinend aufgegeben). — Ist der Bestellte gleichfalls verantwortlich, so haftet er neben dem Besteller, ihm gegenüber aber allein; oben § 212 S. 918 Anm. 46.

Zur Begründung des Schadensersatzanspruches genügt der Nachweis, daß einer der Angestellten, mag auch nicht feststehen, welcher, den Schaden verursacht hat³⁵.

Der an sich verantwortliche Geschäftsherr kann sich durch Entlastungsbeweis befreien³⁶. Er kann entweder nachweisen, daß ihn kein Verschulden trifft, oder dartun, daß sein Verschulden den Schaden nicht verursacht hat, weil dieser auch ohne dasselbe eingetreten sein würde. Um seine Schuldlosigkeit nachzuweisen, muß er stets beweisen, daß er bei der Auswahl der bestellten Person die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat³⁷. Liegt ihm die Beschaffung von Vorrichtungen oder Gerätschaften oder die Leitung der Ausführung der Verrichtung ob, so muß er außerdem beweisen, daß er auch hierbei mit der erforderlichen Sorgfalt verfahren ist³⁸.

2. Nach Schiffahrtsrecht besteht eine von eigenem Verschulden unabhängige Verantwortlichkeit des Reeders oder Schiffseigners für den Schaden, den eine Person der Schiffsbesatzung einem Dritten durch ihr Verschulden in Ausführung ihrer Dienstverrichtungen zufügt³⁹. Die Haftung des Reeders oder Schiffs-

³⁵ R.Ger. LXX Nr. 98.

³⁶ B.G.B. § 831 Abs. 1 S. 2. — Nur die Haftung von Beamten für die von ihnen angenommenen Stellvertreter und Gehilfen kann nach E.G. a. 78 durch das Landesrecht erweitert und daher mit Ausschluß jedes Entlastungsbeweises statuiert werden. Dies ist mehrfach für Notare bestimmt; vgl. Niedner zu a. 78 Bem. 2. Allgemein nach Elsass-Lothr. A.G. § 37; Kisch S. 328 ff. Auch die §§ 41—45 A.L.R. I, 13 sind noch in Kraft.

³⁷ Der hierbei anzulegende Maßstab richtet sich nach der Art, insbesondere der Gefährlichkeit der übertragenen Verrichtung und den zu ihrer gehörigen Ausführung erforderlichen körperlichen und geistigen Eigenschaften, Fähigkeiten und Kenntnissen; zur Wahrung der Sorgfalt gehört ausreichende Erkundigung über die Person des Bestellten; vgl. die Nachweise aus der Praxis b. Oertmann, Bem. 3 a α, Enneccerus § 459 Anm. 10. Stellt sich die Untüchtigkeit eines Angestellten erst im Laufe des Dienstverhältnisses heraus oder hätte sie später erkannt werden müssen (R.Ger. LXXVIII Nr. 22 S. 109, LXXIX Nr. 22 S. 106), so liegt in jeder ferneren Verwendung des Angestellten zu einer einzelnen Verrichtung, zu der er sich nicht eignet, eine culpa in eligendo.

³⁸ Ob und in welchem Umfange derartige Verpflichtungen bestehen, richtet sich nach der Beschaffenheit des Anstellungsverhältnisses; R.Ger. b. Gruchot XLVI Nr. 63, Z.S. LIII Nr. 16 u. 32, D.J.Z. 1909 S. 1387. Liegt dem Geschäftsherrn nur eine allgemeine Kontrolle über die einem Anderen zugewiesene selbständige Tätigkeit ob, so will das R.Ger. bei der Verletzung dieser Pflicht § 831 nicht anwenden, vielmehr die Beweislast dem Beschädigten zuschieben; Z.S. LIII Nr. 32 S. 124 ff., LXXXII Nr. 48 S. 218.

³⁹ H.G.B. § 485; durch E.G. z. H.G.B. a. 7 ausgedehnt auf Seeschiffe, die

eigners tritt jedoch nur mit dem Schiffsvermögen (Schiff und Fracht) ein⁴⁰. In gleicher Weise haftet der Flosseigentümer mit dem Floß für den Floßführer und die Floßmannschaft, wenn infolge des Verschuldens einer dieser Personen durch das Floß eine Beschädigung verursacht wird⁴¹.

3. Durch das Reichshaftpflichtgesetz § 2 ist dem, der ein Bergwerk, einen Steinbruch, eine Gräberei oder eine Fabrik betreibt, eine persönliche Haftung für fremdes Verschulden auferlegt⁴². Diese Haftung tritt ein, wenn bei dem Betriebe durch Tötung oder Körperverletzung eines Menschen ein Schaden entstanden ist⁴³ und ein Bevollmächtigter oder Repräsentant des Unternehmers oder eine zur Leitung oder Beaufsichtigung des Betriebes oder der Arbeiter angenommene Person durch ein Verschulden in Ausführung der Dienstverrichtungen den Unfall verursacht hat⁴⁴. Somit haftet der Unternehmer mangels eignen Verschuldens nicht für das Verschulden eines einfachen Arbeiters⁴⁵.

nicht dem Erwerbe durch Seefahrt dienen; B.Sch.G. § 3. Ein besonderer Anwendungsfall ist die Haftung bei verschuldetem Schiffszusammenstoß; H.G.B. § 434, E.G. a. 7, B.Sch.G. § 92.

⁴⁰ H.G.B. § 486¹ Nr. 3, E.G. a. 7, B.Sch.G. § 4¹ Z. 3. Bei eigenem Verschulden haftet der Reeder oder Schiffseigner persönlich. Doch trifft nach B.Sch.G. § 4² den Schiffseigner, der das Schiff selbst führt, auch bei eigenem Verschulden in Ansehung der Führung, von bösslicher Handlungsweise abgesehen, nur die beschränkte Haftung.

⁴¹ Flöfs.G. § 22—23.

⁴² Eine Anlage zur Petroleumgewinnung erkennt das R.Ger. nicht als Bergwerk oder Gräberei an; R.Ger. XIX Nr. 35. Ebenso wenig (auch nicht als Steinbruch) einen Tunnelbau; ebd. VIII Nr. 12. Dagegen fällt eine dauernd betriebene Mergelgrube u. dgl. unter den Begriff der Gräberei; Seuff. L Nr. 171. Als Fabrik läßt das R.Ger. LXVII Nr. 60 auch ein Elektrizitätswerk gelten. Gleiches ist für Gasanstalten und Wasserwerke zu sagen. Kein Fabrikbetrieb dagegen ist das Baugewerbe; R.Ger. VIII Nr. 12 S. 52.

⁴³ Über den Begriff des Betriebsunfalles vgl. R.Ger. XXIX Nr. 13, LXXI Nr. 1. Arbeiten zur Einrichtung einer Fabrik gehören zum Betriebe, R.Ger. XVI Nr. 5; ebenso von der Fabrik aus geleitete Außenarbeiten. R.Ger. IV Nr. 26. — Den ursächlichen Zusammenhang zwischen dem Betriebe und der Verletzung muß der Geschädigte nachweisen; R.Ger. I Nr. 23.

⁴⁴ Es gehört also zur Begründung des Ersatzanspruchs, daß ein kausales Verschulden eines derartigen Vertreters des Unternehmers nachgewiesen wird. Doch kommt es auch hier nicht darauf an, welche von den mehreren Personen, für die der Unternehmer verantwortlich ist, die Schuld trägt (vgl. oben Anm. 35). Somit ist es keine Klageänderung, wenn der Anspruch nachträglich auf das Verschulden eines anderen als des ursprünglich genannten Repräsentanten gestützt wird; R.Ger. b. Seuff. XLI Nr. 301.

⁴⁵ Anders wie nach Code civ. a. 1384. Ist aber ein Arbeiter als Vor-

4. Eine von eigenem Verschulden unabhängige Haftung für Schadensverursachung durch alle im Betrieb tätigen Personen ist in der Gefährdungshaftung des Eisenbahnunternehmers und des Kraftfahrzeughalters mitenthalten⁴⁶.

5. Die Haftung des Geschäftsherrn ist insoweit, als es sich um Tötung oder Körperverletzung durch einen Betriebsunfall handelt, gegenüber den im Betriebe selbst beschäftigten Angestellten und Arbeitern durch die öffentlichrechtliche Unfallversicherung im wesentlichen ihrer Bedeutung entkleidet. Denn für diese Personen und ihre Hinterbliebenen tritt, falls sie nach der Reichsversicherungsordnung gegen den Betriebsunfall versichert sind, an Stelle des deliktischen Schadensersatzanspruches der Versicherungsanspruch⁴⁷. Die Befreiung von der deliktischen Haftung gilt sowohl für den Geschäftsherrn selbst, wie für dessen Bevollmächtigte oder Repräsentanten und für Betriebs- und Arbeitsaufseher⁴⁸. Sie umfasst nicht nur die Haftung aus schuldloser Verursachung, sondern (mit Ausnahme strafgerichtlich festgestellter vorsätzlicher Herbeiführung des Unfalls) auch die Haftung aus eigenem Verschulden⁴⁹.

arbeiter oder auch nur als Leiter oder Aufseher für eine einzelne Arbeit bestellt, so haftet der Unternehmer für sein Verschulden; R.Ger. I Nr. 15, VIII Nr. 7.

⁴⁶ Oben § 212 S. 914 ff. Anm. 34—36. Abweichend von R.H.Pf.G. § 2 ist hier ein Verschulden der Hilfsperson nicht erforderlich. Nur in den Fällen des Kr.F.G. § 7 Abs. 2 S. 2 haftet der Kraftfahrzeughalter nur für Verschulden des Führers, muß aber sowohl seine wie des Führers Schuldlosigkeit beweisen. Es liegt also ein eigenartiger Fall der Umkehrung der Beweislast vor.

⁴⁷ R.V.O. § 898 ff., 1042, 1219. Voraussetzung ist einer der in § 544 oder 546 bezeichneten Unfälle. Der Versicherungsanspruch bleibt dem Umfange nach hinter dem Schadensersatzanspruch zurück, wird aber durch eigenes Verschulden des Verletzten nicht ausgeschlossen. Der Schadensersatzanspruch fällt auch weg, wenn im einzelnen Falle ein Anspruch auf Rente überhaupt nicht entsteht. — Ähnliche Bestimmungen enthält das Beamtenfürsorgeges. v. 18 Juni 1901 § 10 u. 14.

⁴⁸ R.V.O. § 899; nach § 1219 auch für Mitreeder, Lotsen und Personen der Schiffsbesatzung.

⁴⁹ In demselben Umfange entfallen die Ersatzansprüche aus dem Dienstvertrage; oben § 199 S. 622 Anm. 137. — Am stärksten entlastet wird hierdurch der aus R.H.Pf.G. § 2 haftende Unternehmer, da hier nur selten Betriebsunfälle Dritter in Frage kommen. Aber auch die Haftung des Eisenbahnunternehmers aus R.H.Pf.G. § 1 fällt weg, sobald der gegen Unfall versicherte Verletzte — sei es auch in einem anderen Betriebe — in dessen Dienst steht (R.Ger. XXI Nr. 10, LXXI Nr. 2), während sie Dritten gegenüber bis zur Leistung der Unfallrente voll (R.Ger. XXIV Nr. 23) und nachher in Höhe des

IV. Haftung der Gemeinden für Aufbruchschaden. Nach einer Reihe von Landesgesetzen haftet die Gemeinde für den Ersatz des Schadens, der bei einer Zusammenrottung, einem Auflauf oder einem Aufruhr entsteht⁵⁰. Diese Haftung trifft nach preussischem Recht und den meisten anderen Gesetzen die Gemeinde, in deren Bezirk die Ansammlung stattgefunden hat, unbedingt hinsichtlich aller durch offene Gewalt oder Anwendung der dagegen getroffenen gesetzlichen Mafsregeln verursachten Beschädigungen von Personen oder Sachen, ohne dafs irgendein Kausalzusammenhang zwischen dem Verhalten der Gemeinde als solcher und den schädigenden Handlungen zu bestehen braucht⁵¹. Sie ist also ein ins moderne Privatrecht eingesprengter Rest der alten genossenschaftlichen Gesamthaftung⁵². Anders verhält es sich nach denjenigen Gesetzen, die der Gemeinde Befreiung gewähren, wenn sie nachweist, dafs sie bei der Aufwendung aller ihr zugeborenen Mittel aufserstande war, den Schaden abzuwehren⁵³. Denn hier überwiegt der Gedanke der Körperschaftshaftung aus eigener schuldhafter Unterlassung in Verbindung mit Umkehrung der Beweislast⁵⁴. Überall bleibt der Gemeinde der Rückgriff

durch diese nicht gedeckten Schadens (R.Ger. XXIII Nr. 11) fortbesteht. Gleiches gilt für die Haftung des Reeders oder Schiffseigners, für die Haftung aus dem Kraftfahrzeugges., sowie für die Haftung des Geschäftsherrn oder Geschäftsleiters aus B.G.B. § 831. Schliesslich aber kann auch die gewöhnliche Verschuldenshaftung aus B.G.B. § 823 durch die Unfallversicherung beseitigt werden.

⁵⁰ Vorbehalten in E.G. zum B.G.B. a. 108. Den Ausgangspunkt bildete das franz. Ges. vom 10. vend. IV, das in Elsass-Lothringen noch gilt (Kisch S. 252). In ganz Preussen gilt das Preufs. G. v. 11. März 1850 (Dernburg § 400), in ganz Bayern das Gesetz v. 12. März 1850 mit A.G. zum B.G.B. a. 142 (Oertmann S. 268 ff.). Vgl. ferner Württ. G. v. 28. Aug. 1849; Bad. v. 13. Febr. 1851; Hess. v. 3. März 1859 mit A.G. a. 275; Sachsen-Altenb. G. v. 25. März 1837, Kob.-Goth. A.G. zum B.G.B. a. 21, Anhalt. a. 31, Schwarzb.-Sondersh. a. 20, Rudolst. a. 53—58. — Über die Entwicklungsgeschichte E. Loening, Haftung des Staats usw., 1876, S. 90 ff., 125 ff.

⁵¹ Preufs. G. § 1 u. dazu R.Ger. LXVII Nr. 62. Ebenso nach Französ., Württemb., Bayr., Bad., Koburg-Gotha. u. Schwarzburg. Recht.

⁵² Den geschichtlichen Zusammenhang vermittelt das französ. R., in dem das Ges. v. 1795 nur erhaltenes altes Recht fixierte.

⁵³ So das Altenburg., Hess. u. Anhalt. Recht; in Koburg-Gotha u. Schwarzb.-Sondersh. kann in diesem Falle die Gemeinde wenigstens Ersatz aus der Staatskasse fordern.

⁵⁴ Vgl. Genossenschaftsth. S. 799 Anm. 2. — Wenn auch nach Preufs. Ges. § 2 die Gemeinde in dem Fall, dafs die Ansammlung in einem anderen Gemeindebezirk stattgefunden hat, sich von der Haftung für den in ihrem

gegen die gleichzeitig haftenden schuldigen Einzelpersonen vorbehalten⁵⁵.

V. Haftung der Verbandspersonen. Die juristischen Personen des privaten und öffentlichen Rechts stehen, wie überhaupt im Privatrecht, so hinsichtlich der Schadensersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen den Einzelpersonen grundsätzlich gleich. Sie haften daher in gleichem Umfange, wie diese, für Andere⁵⁶. Ebenso aber sind sie für widerrechtliche Schadenszufügung durch eignes Tun oder Unterlassen in gleicher Weise, wie Einzelpersonen, verantwortlich. Dadurch, daß ihr gesamtes Handeln sich durch Organe vollzieht, die Organschaftsträger aber neben ihnen zugleich als Individuen aus schuldhafter Verursachung haften können, wird ihre Haftung keineswegs zu einer Haftung für Andere gestempelt. Vielmehr sind, sobald das Handeln eines Organs der Verbandsperson selbst zugerechnet wird, auf ihre dadurch einem Dritten gegenüber begründete Verpflichtung zum Ersatze eines widerrechtlich zugefügten Schadens die Grundsätze über die Haftung aus eigener unerlaubter Handlung anzuwenden⁵⁷. Die Frage aber, wann eine Organhandlung rechtlich als unerlaubte Handlung der juristischen Person selbst gilt, ist keine schuldrechtliche Frage, sondern wird ausschließlich vom sozialen Verbandsrecht beantwortet. Das B.G.B. löst sie durch die für alle juristischen Personen

Bezirk angerichteten Schaden durch den Nachweis der Unmöglichkeit der Abwehr befreien kann (Dernburg § 400 Anm. 3), so wird damit das Prinzip der reinen Körperschaftshaftung für das Verhalten der Gesamtheit des eigenen Gebietes in um so helleres Licht gerückt.

⁵⁵ Nach E.G. a. 108 sind auch besondere landesgesetzliche Bestimmungen zulässig, die in Ansehung des Kreises der als Beteiligte mitverantwortlichen Einzelpersonen und der Regelung ihres Verhältnisses zueinander das B.G.B. abwandeln. Somit gilt noch die Preufs. V. v. 17. Aug. 1835; vgl. Dernburg § 400 II. Ferner Sächs. Gb. § 1499; Niedner zu E.G. a. 108 Bem. 2 a.

⁵⁶ Genossenschaftsth. S. 801 ff.; oben Bd. I 533; mein Gutachten f. d. XXVIII. D.J.T. I 111 Anm. 37. Nach heutigem deut. R. kommt besonders die geschäftsherrliche Haftung nach B.G.B. § 831, sowie die gesteigerte Haftung nach Schiffsrecht, Reichshaftpflichtsges. § 1 u. 2 und Kraftfahrzeuggesetz, unter Umständen aber auch die Haftung aus Aufsichtspflicht nach § 832² in Betracht. — Ein Unterschied gegenüber der Haftung von Einzelpersonen tritt natürlich hervor, soweit eine Befreiung durch Entschuldigungsbeweis zulässig ist. Denn hier muß die juristische Person den Mangel eigenen Verschuldens nachweisen, greifen also die Regeln über Körperschafts- und Anstaltsdelikte (somit B.G.B. § 31) ein. — Vgl. über die Anwendung dieser Grundsätze auf die Haftung des Reiches für einen Kanallotsen auf Grund des § 831 und den vom Reich zu führenden Entlastungsbeweis in Erk. des R.Ger. LXXIX Nr. 22.

⁵⁷ Genossenschaftsth. S. 788 ff.; oben Bd. I 528 ff.

des privaten wie öffentlichen Rechts gleichmäßig geltende Vorschrift, daß der Verband für den Schaden verantwortlich ist, den der Vorstand, ein Vorstandsmitglied oder ein anderer verfassungsmäßiger Vertreter durch eine in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen begangene, zum Schadensersatz verpflichtende Handlung einem Dritten zufügt⁵⁸. Diese Bestimmung ist aber auf den Staat und die anderen öffentlichrechtlichen Verbandspersonen nur insoweit anwendbar, als es sich um privatrechtliche Verrichtungen ihrer verfassungsmäßig berufenen Organe handelt⁵⁹. Dagegen richtet sich die Haftung des Staats und der Gemeinden sowie der gemeindeähnlichen Kommunalverbände für den von ihren Beamten in Ausübung anvertrauter öffentlicher Gewalt widerrechtlich zugefügten Schaden nach besonderen reichs- und landesrechtlichen Vorschriften⁶⁰. Nach langem Kampfe ist die grundsätzliche Anerkennung der Verantwortlichkeit des Reiches für die Reichsbeamten und im weitaus größten Teile Deutschlands der des Staats und der Kommunalverbände für ihre Beamten durchgedrungen⁶¹. Dabei walten mancherlei Verschiedenheiten sowohl

⁵⁸ B.G.B. § 31, 86, 89¹. Über die Tragweite dieser Bestimmung und insbesondere die stark umstrittene Begrenzung des in § 31 nur umschriebenen Organbegriffs vgl. mein Gutachten a. a. O. S. 109 ff. u. die dort Anm. 28 angef. Literatur; dazu seitdem bes. Oertmann zu § 31, v. Tuhr, Allg. T. I 463, 538 ff., 611, 621 ff., Enneccerus⁹⁻¹¹ I § 102. — Vgl. jetzt bes. auch Schweiz. Z.G.B. § 55 („Organe“).

⁵⁹ Über die schwierige und mannigfach bestrittene Abgrenzung des Anwendungsbereiches vgl. mein Gutachten S. 116 ff. u. seitdem bes. v. Tuhr a. a. O. S. 624 ff., Enneccerus a. a. O. § 112 II; vgl. auch Rümelin, Haftung im klinischen Betrieb S. 69 ff. (ärztliche Tätigkeit beamteter Ärzte).

⁶⁰ Allgemein durch Reichsrecht geregelt ist sie nur hinsichtlich der Grundbuchbeamten; oben Bd. II § 118 X S. 310 ff. Im übrigen hat E.G. a. 77 die Regelung dem Landesrecht vorbehalten. Daran hat (entgegen den Vorschlägen des XXVIII. D.J.T.) die bisherige Reichsgesetzgebung nichts geändert; sie hat jedoch hinsichtlich der Haftung des Reiches für die eigenen Beamten, die vorher nach Landesrecht zu beurteilen war, einheitliches Reichsrecht geschaffen.

⁶¹ Über die Geschichte des Kampfes und den Rechtszustand bis zum Jahre 1909 vgl. mein Gutachten S. 102 ff. Jetzt gilt das R.G. v. 22. Mai 1910 für die Reichsbeamten (einschließlich der Personen des Soldatenstandes) und die Beamten der Schutzgebiete. Für die Staats- und Gemeindebeamten gilt in ganz Preußen das Ges. v. 1. Aug. 1909 nebst Ergänzung v. 14. Mai 1914 (für Lehrer), dem Gesetze f. Oldenburg, Anhalt u. Waldeck nachgebildet sind; ferner Bestimmungen der A.G. zum B.G.B. in Bayern (a. 60—61), Württemb. (a. 202—204), Bad. (a. 5), Hess. (a. 77—80), S. Weimar (§ 91), Kob.-Gotha (a. 18), Schwarzb.-S. (a. 19), Reufs ä. L. (§ 69), Reufs j. L. (§ 48) u. Elsass-Lothr. (§ 40). In Sachsen steht die Haftung gewohnheitsrechtlich fest. Dagegen tritt in

in Ansehung der Abgrenzung des Kreises der Beamten, für die die Verantwortlichkeit eintritt⁶², wie in Ansehung der Unterscheidung zwischen staatlicher und kommunaler Haftung⁶³. Überall aber deckt sich, soweit sie eintritt, die staatliche oder kommunale Haftung mit der dem Beamten selbst auf Grund schuldhafter Verletzung der Amtspflicht durch § 839 B.G.B. auferlegten Haftung⁶⁴. Sie ist daher deliktischer und somit privatrechtlicher Natur. Jeder Beamte erscheint eben insoweit, als er ihm anvertraute öffentliche Gewalt ausübt, als Staats- oder Gemeindeorgan, dessen Tun oder Unterlassen Tun oder Unterlassen des Staats oder der Gemeinde selber ist. Mit dem privatrechtlichen Schadensersatzanspruch des Verletzten gegen den öffentlichrechtlichen Verband konkurriert nach allgemeinen Grundsätzen ein gleichinhaltlicher Anspruch gegen den schuldigen Beamten⁶⁵. Nach den meisten

beiden Mecklenburg (A.V. § 49 bz. 48) die Haftung nur in bestimmten Verwaltungszweigen auf Grund besonderer Landesgesetze ein, und Gleiches wird in den übrigen Ländern angenommen.

⁶² Manche Gesetze schliessen die Haftung für solche Beamte, die lediglich auf Gebühren angewiesen sind, also z. B. für Notare und Gerichtsvollzieher, aus. So Preufs. G. § 13 u. Hess. A.G. a. 79. Dagegen ist die Haftung des Staats für Notare in Bayern ausdrücklich ausgesprochen; Notar.G. v. 9. Juni 99 a. 126, Seuff. LXX Nr. 179. Ebenso für Gerichtsvollzieher, Bayr. A.G. a. 60; vgl. auch R.Ger. LVI Nr. 22 für Elsass-Lothringen. Die Haftung des Reiches für Zwangsloten wird vom R.Ger. LXXXVI Nr. 30 bejaht. — Besondere Bestimmungen, die die staatliche Haftung weiter einschränken (wie die Post- und Telegraphengesetze), bleiben unberührt.

⁶³ Besonders umstritten war in Preussen die Frage, wer für Volksschullehrer haftet; sie ist jetzt, wie schon vorher vom R.Ger. LXXXV Nr. 4, durch die Nov. v. 1914 (§ 4^a) im Sinne der Haftung des Staates entschieden. Dagegen haftet für die Lehrer an höheren städtischen Lehranstalten die Stadtgemeinde; R.Ger. LXXXIV Nr. 5. Für den Landrat haftet auch bei seiner Tätigkeit als Vorsitzender des Kreis Ausschusses der Staat; Seuff. LXXI Nr. 60. Dagegen für den Schiedsmann die Gemeinde; Seuff. LXX Nr. 195. — Für den Brandmeister einer freiwilligen Feuerwehr haftet die Gemeinde, da er Vereinsorgan ist, nicht; R.Ger. LXXXIII Nr. 69.

⁶⁴ Nur ist sie im R.Ges. § 1², Preufs. § 1², Bayr. a. 61, Württ. a. 202² auf den Fall ausgedehnt, daß der Beamte nach § 827 B.G.B. nicht verantwortlich ist. Darin liegt jedoch, da auch der Beamte unter Umständen aus § 829 haften kann, keine Abweichung vom Prinzip; am wenigsten, wenn (wie nach Reichs- u. Preufs. R.) auch diese reine Verursachungshaftung des Staates usw. nur insoweit eintritt, „als die Billigkeit die Schadloshaltung erfordert“. — Eine von Verschulden des Beamten unabhängige staatliche Haftung kann auch auf Grund einer landesrechtlichen Erweiterung der Haftung des Beamten (oben S. 929 Anm. 36) eintreten; mein Gutachten S. 124.

⁶⁵ Hieran hält das Hess. Ges. fest; in Sachsen-Weimar, Schwarzb.-S.,

neueren Gesetzen aber tritt die Haftung des öffentlichrechtlichen Verbandes überhaupt an die Stelle der nach § 839 B.G.B. begründeten Beamtenhaftung, so daß der Schadensersatzanspruch des Verletzten gegen den Beamten völlig ausgeschlossen ist⁶⁶ und die eigne Verantwortlichkeit des Beamten sich nur in der ihm auferlegten Ersatzpflicht gegenüber dem Staat oder der Gemeinde äußert⁶⁷.

§ 214. Haftung für Tiere und leblose Sachen.

I. Haftung für Tiere.

1. Geschichte. Im älteren deutschen Recht¹ war auf gemeinarischer Grundlage eine Haftung des Tierherrn für sein Schaden stiftendes Tier allgemein anerkannt. Doch war das Tierhaftungsrecht schon in den Volksrechten mannigfach ungleich fortentwickelt und erfuhr später zum Teil eine weitere Verfärbung. Ausgangspunkt war die uralte, allmählich zurückgedrängte, aber nie ganz erloschene Vorstellung, daß das Tier selbst als willensfähiges Wesen für sein Tun verantwortlich und daher für wider-

Reufs ä. L. und Elsass-Lothr. haftet der öffentlichrechtliche Verband überhaupt nur subsidiär; mein Gutachten S. 121 Anm. 77. Dadurch, daß diese Gesetze für die Haftung des Staats oder der Gemeinde auf das Bürgschaftsrecht verweisen, wird deren privatrechtliche Natur bestätigt, ihr deliktischer Charakter aber nicht ausgetilgt.

⁶⁶ Dies gilt nach Reichsrecht für alle Grundbuchbeamten und für die Reichsbeamten, in Preußen, Bayern, Württ., Baden, Oldenburg, Anhalt, Kob.-Gotha, Reufs j. L. u. Waldeck allgemein. Zu der darin enthaltenen tief eingreifenden Abänderung des gemeinen bürgerlichen Rechts sind die Landesgesetze durch E.G. a. 77 S. 2 ausdrücklich ermächtigt.

⁶⁷ Das Rückgriffsrecht des Staats oder der Gemeinde (vgl. die in meinem Gutachten S. 121 Anm. 76 angef. Bestimmungen und dazu Reichsges. § 2, Preuss. G. § 3—4) ist Ausfluß des Beamtenverhältnisses und gehört daher dem öffentlichen Recht an. Darum hat auch die Grb.O. die Regelung des Regressanspruchs gegen den Grundbuchbeamten dem Landesrecht überlassen, das darüber sehr verschiedene Bestimmungen trifft; oben Bd. II 305 Anm. 75—76.

¹ Wilda, Strafr. 588 ff. Kraut, Vorm. I 348 ff. Brunner, R.G. I² 216 ff., II 555 ff. Stobbe-Lehmann § 263. H. Isay, Die Verantwortlichkeit des Eigentümers für seine Tiere, Jahrb. f. D. XXXIX 208 ff., S. 214 ff. Meine Schrift über Schuld und Haftung S. 15 ff., 36 ff., 103 ff. R. Hübner, Grundz. § 89 II 2. v. Schwerin, R.G. ² S. 111, 122. — Über das Recht der Volksrechte A. B. Schmidt a. a. O. S. 48 ff. Über das spätere Mittelalter Hammer a. a. O. S. 85 ff. Über das Sachsenspiegelrecht V. Friese, Strafr. des Sachsensp., H. LV der Unters. z. D.St. u. R.G., S 60 ff. Über das fries. R. His, Fries. Strafr. S. 44 ff. H. Hoffmann, Die Haftung für außerkontraktliche Schadenszufügungen durch Tiere nach Hamburger Recht, H. LI der Unters. — Nord. R. bei v. Amira I 396 ff., II 421 ff.

rechtliche Schadenszufügung haftbar sei. Der durch ein Tier Geschädigte kann sich daher grundsätzlich an das Tier selbst halten. Gehört aber das Tier einem fremden Herrschaftsverbande an, so steht zwischen dem Geschädigten und dem Tier das Herrenrecht. Darum hat er eine unmittelbare Zugriffsmacht auf das Tier, von dem selbstverständlichen Notwehrrecht gegen einen Angriff desselben abgesehen, nur dann, wenn er es bei einem Eingriff in seine Rechtssphäre auf handhafter Tat betrifft². Im übrigen kann er sich, weil er die Gewere des Herrn nicht eigenmächtig brechen darf, zunächst nicht an das Tier, sondern nur an den Herrn halten. Der Herr aber muß kraft seiner Herrenpflicht für das Tier einstehen und dessen Tat wie eigne Tat verantworten³. Er hat daher dem Geschädigten den vom Tier angerichteten Schaden zu ersetzen und namentlich anstatt desselben Wergeld oder Buße zu zahlen. Für Haustiere haftet er in gleichem Umfange wie für menschliche Hausgenossen und insbesondere ursprünglich genau so, wie für die ebenfalls in seiner Gewere befindlichen eignen Leute⁴. Die Haftung fällt nur weg, wenn der Verletzte selbst oder im Falle der Beschädigung von Tier durch Tier sein Tier die Verantwortung trägt⁵, oder wenn ein Dritter die Schadens-

² Dann darf er sich des Tieres bemächtigen, um an ihm Rache zu nehmen. Er darf es töten, aber nicht sich aneignen. Sein Tötungsrecht, das bei gewissen Tieren stets fortbestand, wurde im übrigen durch das bloße Pfändungsrecht ersetzt, kraft dessen er das Tier gefangen halten darf, es aber dem Tierherrn zur Einlösung durch Zahlung oder Sicherstellung der verwirkten Bußschuld bereit stellen muß. Erst wenn die Einlösung nicht erfolgt, kann er am Tier Rache nehmen. Allmählich entwickelt sich dann die Haftung des Tieres zur Sachhaftung, so daß der Pfändende sich aus dem Werte des Tieres befriedigen darf. Vgl. oben Bd. I 345 ff., 348 ff., Schuld und Haftung S. 36—37, sowie die vielfach (obschon nicht durchweg) zutreffenden eingehenden Ausführungen über den Einfluß des Gedankens der handhaften Tat bei Isay a. a. O. S. 246 ff.

³ Doch wird ihm, wenn er nicht selbst bei der Tierestat mitgewirkt hat, diese in historischer Zeit nur als absichtslose Missetat zugerechnet, so daß er von Straffolgen befreit bleibt.

⁴ Über die Gleichbehandlung der Haftung für Haustiere mit der für Knechte (vgl. über diese die in Schuld und Haftung S. 15 Anm. 10 angef. Lit.) vgl. A. B. Schmidt a. a. O. S. 48 Anm. 111, Stobbe-Lehmann § 263 Anm. 2, Schuld u. Haftung a. a. O. Anm. 13—17.

⁵ Die in der Wormser Ref. VI, 1 tit. 21 § 2 enthaltene Regel, daß, wenn das angreifende Tier geschädigt wird, kein Ersatz zu leisten ist, mag aus I. 1 § 11 D. 9, 1 entlehnt sein, entspricht aber sicherlich auch deutschem Recht. Sachsensp. II, 54 § 5 steht nicht entgegen.

zufügung durch das Tier verursacht hat⁶. Nach manchen Quellen haftet auch, wenn sich das Tier bei der Schadenszufügung in der Hut eines Bediensteten des Herrn befindet, in erster Linie der Aufsichtspflichtige und nur subsidiär der Herr⁷. Regelmäßig aber kann der Herr, wenn er nicht selbst bei der Tierestat mitgewirkt hat, sich durch Auslieferung des schuldigen Tieres der Verantwortlichkeit entschlagen⁸. Doch wird er vielfach auch dadurch nur vom Ersatz des vollen Schadens befreit, während er zum Teilersatz verpflichtet bleibt⁹. Nach manchen Quellen verliert er das Auslieferungsrecht, wenn er das Tier, nachdem er von dessen Missetat Kenntnis erlangt hat, wieder in seine Gewere nimmt, es haust und füttert¹⁰. Dann läßt er die Schuld auf sich und haftet wie für eigne Tat. Die Auslieferung zielte ursprünglich auf Vollzug der Rache am schuldigen Tiere ab, ging dann aber mehr und mehr in ein Mittel der Ersatzverschaffung aus dem Werte des Tieres über¹¹. Unbedingt haftet, wer ein böses Haustier oder ein (wennschon gezähmtes) wildes Tier hält, für den Schaden, den das Tier während der Zeit, in der er es hält, anrichtet¹². Hier beruht offenbar die Haftung des Tierherrn von

⁶ Beispiele bei Stobbe-Lehmann Anm. 5.

⁷ Sachsensp. II, 40 § 4, III, 49; andere Stellen bei Stobbe-Lehmann Anm. 9.

⁸ Das Auslieferungsrecht ist schwerlich, wie Brunner, Isay u. A. annehmen, erst jüngere Bildung, sondern uraltes Recht; Schuld und Haftung S. 16 Anm. 13. Nach manchen Volksrechten jedoch befreit die Auslieferung nur von den Straffolgen; ebd. Anm. 15. Immer fehlt das Auslieferungsrecht dem Herrn, der durch eigenes Unterlassen oder Tun den Schaden — wenn auch schuldlos — mitverursacht hat; Hammer a. a. O. S. 95.

⁹ Schuld und Haftung S. 17 Anm. 16, Stobbe-Lehmann Anm. 4, His S. 44.

¹⁰ Vgl. bes. Sachsensp. II a. 40; dazu die ähnlichen in Schuld und Haftung S. 17 Anm. 17 angef. Stellen.

¹¹ In ähnlicher Weise, wie im Falle der Viehpfändung die durch Nichteinlösung vollzogene Dereliktion; oben Anm. 2. Am deutlichsten zeigt dies die Bestimmung des Sachsensp. II, 40 § 4, nach der der Tierherr, wenn er nur wegen Unzulänglichkeit der Haftung des Tierhüters haftet, die Wahl hat, den Schaden bis zur Höhe des Wertes des Tieres (und bei Zugtieren des Wagens) zu ersetzen oder das Tier (nebst Wagen) dem Geschädigten zum Ersatz zu überlassen. In den Quellen des späteren Mittelalters und namentlich der Rezeptionszeit nähert sich das Auslieferungsrecht, zumal wenn es uneingeschränkt gewährt wird, mehr und mehr der römischen *noxae datio an*; Stobbe-Lehmann Anm. 18—19. Auch der Satz „*noxae sequitur caput*“ hat sich unabhängig vom römischen Recht im deutschen Recht entwickelt; Rsb. n. Dist. II, 8 d. 4, Ditmars. L.R. v. 1447 § 105.

vornherein auf der Annahme eigener schuldhafter Verursachung¹³. Aber auch in die reine Tierhaftung begann schon im Mittelalter der Gedanke einer Schuld des Tierherrn einzudringen¹⁴.

Nach der Rezeption konnte das römische Recht¹⁵ in Deutschland um so leichter durchdringen, als es dem deutschen Recht urverwandt war. Denn neben der aquilischen Klage gegen den, der eine Beschädigung durch ein Tier schuldhaft verursacht hat, läßt das römische Recht gegen den Eigentümer eines Schaden stiftenden Vierfüßlers die aus alter Zeit stammende *actio de pauperie* zu, die aus der Vorstellung einer Schuld des Tieres entsprungen ist¹⁶. Sie geht auf Leistung von Schadensersatz oder Hingabe des Tieres zur *nox*¹⁷, setzt aber eine Schadenszufügung voraus, die das Tier gegen die Art und Weise seiner Gattung (aus besonderer Bosheit oder unnatürlicher Erregung) vorgenommen hat¹⁸. Ein Verschulden des Eigentümers fordert sie nicht. Doch neigte man im gemeinen Recht dazu, die Haftung des Eigentümers aus einer Verschuldensvermutung zu erklären¹⁹.

In den deutschen Partikularrechten erhielt sich zum

¹² Sachsensp. II, 62 § 1; zahlreiche weitere Belege b. Hammer a. a. O. S. 95 ff., Stobbe-Lehmann Anm. 21—22.

¹³ Das Halten solcher Tiere gilt von vornherein als unerlaubt; Gl. zu Sachsensp. II, 62. Bei böartigen Haustieren aber (nicht bei wilden Tieren) kann er sich durch den Nachweis, daß er die böse Eigenschaft nicht kannte, von der unbedingten Haftung befreien und behält dann das Preisgaberecht; Hammer S. 96.

¹⁴ Über die Entwicklung eigener Schuld des Herrn aus seiner Haftung für das schuldende Tier vgl. Schuld u. Haftung S. 103—104.

¹⁵ Vgl. Windscheid-Kipp § 457, 3 und die dort in Anm. 6 angef. umfangreiche Literatur; Dernburg, Pand. § 133; Isay a. a. O. S. 282 ff.

¹⁶ Dig. 9, 1; Inst. 4, 9. Die Juristen der Kaiserzeit lehnten freilich diese Vorstellung ab; vgl. Ulp. l. 3 D. h. t.: *Pauperies est damnum sine injuria datum; nec enim potest animal injuriam fecisse, quod sensu caret*. Allein in der ganzen Struktur dieser in das römische System schlecht passenden Klage wirkt die primitive Vorstellung nach. — Eine ähnliche *noxale actio de pastu* wird gegeben, wenn ein Tier fremde Früchte abfrisst.

¹⁷ Beklagter ist der Eigentümer des Tieres zur Zeit der Klageerhebung: *nox* caput sequitur; l. 1 § 12 D. h. t. Durch den Tod des Tieres erlischt die Klage (l. 1 § 13 D. h. t.), aber nicht, wenn die Klage schon erhoben ist; Seuff. XLVII Nr. 274. — Vgl. auch R.Ger. XX Nr. 44 u. Nr. 46.

¹⁸ L. 1 § 4 u. 7 D. h. t. Die aus der Glosse zu § 7 stammende Formulierung „*contra naturam sui generis*“ ist übrigens sehr anfechtbar; vgl. Seuff. XLVIII Nr. 33.

¹⁹ Vgl. Isay a. a. O. S. 288 ff. u. über Anhaltspunkte in den röm. Quellen S. 287 ff.

Teil eine strengere Haftung des Tierherrn auf deutschrechtlicher Grundlage; insbesondere blieb das Sachsenspiegelrecht im gemeinen Sachsenrecht bis zum Inkrafttreten des B.G.B. lebendig²⁰. Die neueren Gesetzbücher dagegen erkannten grundsätzlich nur eine Haftung des Tierherrn aus eigenem Verschulden an und schafften die *noxae datio* ab. Doch dehnte das preussische Landrecht nicht nur den Verschuldensbegriff hierbei außerordentlich weit aus, sondern liefs auch in einem Ausnahmefalle eine beschränkte Haftung ohne Verschulden eintreten²¹. Strenger hält das österreichische Gesetzbuch am Verschuldensprinzip fest²². Auch das schweizerische Obligationenrecht legt dem Tierhalter nur eine Haftung aus eigenem Verschulden auf, verschärft sie aber durch Umkehrung der Beweislast²³. Nur das sächsische Gesetzbuch erkannte in ähnlichem Umfange, wie das römische Recht, eine durch das Recht der *noxae datio* ermäßigte Haftung des schuldlosen Tierhalters an²⁴.

Dem gegenüber macht das französische Gesetzbuch auf germanischrechtlicher Grundlage den Eigentümer oder den, der ein Tier gebraucht, während seines Gebrauches unbedingt für

²⁰ R.G. b. Seuff. XXXIX Nr. 214, LI Nr. 108, O.L.G. Kiel ebd. XLVII Nr. 198.

²¹ Preufs. A.L.R. I, 6 § 70—78; Dernburg, Preufs. P.R. § 302. Als Verschulden gilt schon das Halten wilder oder anderer schädlicher und ungewöhnlicher Tiere ohne obrigkeitliche Erlaubnis (§ 71); nach erteilter Erlaubnis und, wo eine solche nicht nötig ist, bei Kenntnis der individuellen Schädlichkeit eines Tieres die Unterlassung gehöriger Mafsregeln zur Abwendung des zu befürchtenden Schadens (§ 72, 74); sonst versäumte Aufsicht (§ 73). „Ohne seine besondere Schuld“ aber haftet, wer ein zwar unschädliches, jedoch in der ländlichen oder städtischen Haushaltung nicht gebrauchtes Tier hält; er haftet also, da das Halten eines solchen Tieres erlaubt ist, lediglich aus Verursachung, hat aber nur den durch das Tier verursachten „unmittelbaren“ Schaden (nicht z. B. den Schaden aus verminderter Erwerbsfähigkeit) zu ersetzen; § 72, R.Ger. XXXII Nr. 81. Außerdem schuldlose Haftung aus unbefugtem Weiden von Vieh auf fremdem Gelände nach den Feldpol.-Ordnungen.

²² Öst. G.B. § 1320. Ersatzpflicht ohne Verschulden tritt jedoch in einzelnen Fällen nach Spezialgesetzen ein. Krainz-Pfaff-Ehrenzweig § 402 I.

²³ Schweiz. O.R. a. 65, jetzt 56. Gleiches wollten der Bayr. Entw. a. 948 u. der Dresdn. Entw. a. 1025 bestimmen.

²⁴ Sächs. Gb. § 1560—1564. Bei wilden Tieren tritt die Haftung wie nach älterem deut. R. unbedingt ein; bei Haustieren hat der Tierhalter im Falle eigener Schuldlosigkeit, die er aber beweisen mufs, das Recht der *noxae datio*.

jeden durch das Tier verursachten Schaden verantwortlich²⁵. Eine *noxae datio* ist ihm fremd, wurde jedoch im badischen Landrecht durch eine Zusatzbestimmung zugelassen²⁶.

Das deutsche bürgerliche Gesetzbuch sprach in § 833 die Haftung jedes Tierhalters für eine durch sein Tier verursachte Tötung oder Verletzung eines Menschen oder Beschädigung einer Sache vorbehaltlos aus²⁷. Doch setzte bald eine lebhaftere Agitation gegen dieses strenge Recht ein, die dadurch gefördert wurde, daß die Praxis hier und da aus dem Gesetzbuchstaben unbillige, sinnwidrige Folgerungen zog²⁸, und die ihr Ziel mit dem Zustandekommen des Gesetzes vom 30. Mai 1908, der ersten überhaupt zum B.G.B. erlassenen Novelle, wenigstens teilweise erreichte. Dem § 833 wurde ein zweiter Absatz zugefügt, dem zufolge der Halter eines seinem Beruf, Erwerb oder Unterhalt dienenden Haustieres sich durch einen Entschuldigungsbeweis von der Schadensersatzpflicht befreien kann. Damit ist leider das gesunde Prinzip des § 833, der die geschichtliche Entwicklung des deutschen Rechts zum Abschluß gebracht zu haben schien, wieder durch eine Ausnahmebestimmung durchlöchert, die gerade für die im Leben wichtigsten Fälle in unharmonischer Weise einem widersprechenden Gedanken Geltung verschafft²⁹.

2. Die Haftung des Tierhalters nach geltendem deutschem Recht³⁰.

²⁵ Code civ. a. 1385; Zachariae-Crome § 418 I, Isay S. 291 ff.; R.Ger. XIV Nr. 86. Über das zugrundeliegende Recht der *Coutumes* vgl. Isay S. 274 ff.

²⁶ Bad. L.R. s. 1385 a.

²⁷ Entw. I § 734 wollte das reine Verschuldensprinzip durchführen. Entw. II § 756 u. Entw. III § 817 machten den Halter eines wilden Tieres unbedingt, den eines Haustieres vorbehaltlich der Befreiung durch Entschuldigungsbeweis haftbar. Durch Reichstagsbeschluss empfing § 833 seine verschärfte Fassung.

²⁸ Vgl. darüber die Gutachten von Marwitz und Traeger in den Verh. des XXVIII. D.J.T. I 86 ff., 115 ff. u. die Referate von Enneccerus ebd. III 71 ff., 621 ff. Der Juristentag sprach sich gegen die Änderung aus.

²⁹ Cosack behandelt jetzt sogar die Tierhaftung aus § 833 Abs. 2 als echt deliktische Haftung in § 165 X gesondert von der in § 166 II dargestellten bloß „deliktsähnlichen“ Tierhaftung. Dabei ist aber verkannt, daß immerhin auch die Haftung aus § 833 Abs. 2 dem in Abs. 1 ausgesprochenen Grundprinzip unterworfen bleibt.

³⁰ v. Liszt, Deliktsobl. S. 107 ff. Isay a. a. O. S. 300 ff., sowie b. Gruchot XLVIII 511 ff. Linckelmann S. 85 ff. Traeger, Kausalbegriff S. 310 ff. Litten, Die Ersatzpflicht des Tierhalters, 1905. E. Hagelberg,

a. Ihrem Wesen nach ist die Haftung des Tierhalters im heutigen Recht *Gefährdungshaftung*⁸¹. Da die Vorstellung einer Verantwortlichkeit des Tieres selbst verschwunden ist, kann die Verantwortlichkeit des Tierherrn nicht mehr auf den Gedanken gegründet werden, daß er kraft seines Herrschaftsverhältnisses für das Tier einzustehen habe. Darum kann er sich auch nicht mehr durch *noxae datio* befreien. Der Rechtsgrund seiner Haftung liegt vielmehr darin, daß er seinerseits den vom Tier angerichteten Schaden durch das Halten des Tieres verursacht hat. Daß aber die Verursachung ausreicht, um seine Verantwortlichkeit zu begründen, beruht auf der besonderen Gefahr, die mit jeder Tierhaltung gesetzt ist und nach moderner Anschauung von dem getragen werden soll, der die Vorteile aus der Tierhaltung genießt. Demgemäß beschränkt sich auch die den Tierhalter als solchen treffende Ersatzpflicht auf solche Schäden, die durch die spezifische Tiergefahr verursacht sind⁸². Sie ist aber, da nach dem früher Gesagten Verschulden kein Wesensmerkmal der unerlaubten Handlung ist, deliktischer Natur. Denn die durch das Tier erfolgte Schadenzufügung ist eine vom Tierhalter verursachte widerrechtliche Privatrechtsverletzung⁸³.

b. Verantwortlich ist der Tierhalter. Der Begriff des Tierhalters ist stark umstritten⁸⁴. Er deckt sich nicht mit dem Begriff des Tiereigentümers, wohl aber mit dem Begriff des jeweiligen Tierherrn⁸⁵. Tierhalter ist daher, wer das Tier als

Der Begriff des Tierhalters nach §§ 833, 834 B.G.B., 1905. O. G. Schwarz, Die Haftung des Tierhalters aus § 833 B.G.B., 1905. Schmoller, Arch. f. ziv. Pr. XCVIII 1 ff. Krückmann, Jahrb. f. D. LII 459 ff., LIV 107 ff. Josef b. Gruchot LIII 28 ff. Francke, Tierhalterhaftung, 1911. — Endemann, B.R. § 202, 2. Dernburg § 396. Cosack a. a. O. (oben Anm. 29). Crome § 336. Matthiafs § 143 II. Enneccerus § 466. Komm. zu § 833 ff., bes. Oertmann, Planck, Staudinger.

⁸¹ Oben § 212 III 3 S. 914 ff.

⁸² Unten zu d und über die Geltung dieser Schranke auch für Abs. 2 zu g.

⁸³ Vgl. oben § 211 S. 882 Anm. 9, S. 885 Anm. 18—19.

⁸⁴ Übersicht der verschiedenen Ansichten bei Hagelberg a. a. O. S. 2 ff.; hier auch S. 7 ff. eine sorgfältige Zusammenstellung der in den german., röm. u. modernen Quellen begegnenden Ausdrücke, mit denen die haftende Person bezeichnet wird.

⁸⁵ Schon im Sachsensp. IIa 62, Schwabensp. c. 244 und anderen mittelalterlichen Quellen wird der Herr des Tieres auch als der, der das Tier „hält“, bezeichnet. Auch in den neueren Gesetzen überwiegt, wenn die Haftung dem, der das Tier „hält“, auferlegt wird, offenbar die Vorstellung des Tierherrn (so Preufs. A.L.R. § 70, 72, Schweiz. O.R. a. 65). Umgekehrt dürfte oft, wo von

seinem Hauswesen oder seinem Wirtschaftsbetriebe zugehörig besitzt³⁶, mag er nun Eigenbesitzer oder bloßer Nutzbesitzer (z. B. Nießbraucher, Pächter, Mieter) sein³⁷. Er hört nicht auf, Tierhalter zu sein, wenn er ohne Aufgabe seiner Herrenstellung das Tier einem Anderen anvertraut³⁸. Dagegen macht Verwahrungsbesitz oder für kurze Zeit eingeräumter Leih- oder Mietsbesitz nicht zum Tierhalter³⁹. Von Zurechnungsfähigkeit hängt die Haftung des Tierhalters nicht ab⁴⁰. Mehrere Tierhalter haften als Gesamtschuldner⁴¹.

c. Die Haftung tritt für Tiere jeder Art ein. Die dem

der Haftung des „Eigentümers“ die Rede ist, der tatsächliche Tierherr gemeint sein (so sicherlich Preufs. A.L.R. § 73). Jedenfalls entspricht der deutschrechtlichen Entwicklung die Anknüpfung an die Herrenstellung, nicht, wie Isay auszuführen sucht, an das Eigentum als solches.

³⁶ So mit Recht Enneccerus § 466 IV 3, sowie R.Ger. LXVI Nr. 1 u. Warneyer 1912 S. 292. Vgl. auch R.Ger. LV Nr. 40. Damit stimmt die herrschende Meinung (vgl. Hagelberg S. 67, 78, 85, Oertmann zu § 433 Bem. 4 a δ und die dort Genannten) im wesentlichen überein, will aber die Entscheidung einseitig darauf abstellen, wer die Nutzungen des Tieres bezieht, und sieht sich dann wieder zur Anerkennung von Ausnahmen genötigt. So auch R.Ger. LII Nr. 31 u. LV Nr. 40 mit der Formulierung: wer in eigenem Interesse durch Gewährung von Obdach und Unterhalt die Sorge für das Tier übernommen hat, sofern dies nicht bloß zu einem ganz vorübergehenden Zweck geschieht.

³⁷ Die Ansicht von Isay S. 315 ff., daß nur der Eigenbesitzer und dieser auch, wenn ein Nutznießer oder Pächter das Tier unter sich hat, Tierhalter sei, ist allgemein verworfen.

³⁸ A. M. Dernburg § 396 VI 1, nach dem nur unmittelbarer Besitz zum Tierhalter macht. Allein der Inhaber eines Reitinstituts bleibt Halter des Pferdes, während dasselbe sich auf einem Ausritt im Besitz des Mieters befindet (Seuff. LVIII Nr. 5), und ist andererseits nicht Halter der Pensionspferde. So bleibt auch die Gemeinde Halterin des Gemeindebullen, den sie gegen Entgelt in Wartung und Pflege gegeben hat (Seuff. LXI Nr. 4). Ebenso, wer sein Tier bei einem Stallwirt einstellt (Seuff. LXI Nr. 174), es einem Trainer, einem Dresseur oder einem Tierarzt anvertraut oder es zur Besorgung des Verkaufs (z. B. einer Landwirtschaftskammer, R.Ger. LXVI Nr. 1) übergibt. Unrichtig daher R.Ger. LXII Nr. 21. — Noch weniger wird die Tierhalterschaft dadurch aufgehoben, daß ein bloßer Besitzhalter (Verwalter, Gesinde) vorübergehend das Tier der Herrschaft des Tierherrn oder seinem räumlichen Machtbereich entzieht (R.Ger. LII Nr. 31). — Dagegen erlischt die Tierhalterschaft durch endgültigen Besitzverlust; Oertmann, Bem. 4 b β, Enneccerus Anm. 15.

³⁹ R.Ger. LXVI Nr. 1, Seuff. LVIII Nr. 5, LXI Nr. 154, 174. — A. M. Cosack § 166 II 1 a.

⁴⁰ A. M. v. Liszt S. 107, Endemann § 202 Anm. 9. Vgl. aber Dernburg § 396 III, Litten S. 137, Schwarz S. 20 ff., Oertmann Bem. 3 f.

⁴¹ R.Ger. LX Nr. 71.

früheren Recht geläufige Unterscheidung zwischen wilden Tieren und Haustieren ist dem B.G.B. grundsätzlich fremd. Nur muß es sich um ein Tier handeln, das nach der Lebensanschauung als Tier gehalten wird⁴².

d. Voraussetzung der Schadensersatzpflicht ist, daß der Schade durch die Tötung oder Verletzung des Körpers oder der Gesundheit eines Menschen oder durch Beschädigung einer Sache entstanden ist⁴³ und daß das Tier diesen Schaden durch spezifisch-tierisches Tun verursacht hat⁴⁴. Dies ist der Fall, wenn es als beseeltes Wesen sich aus innerem psychischen Antriebe bewegt und somit die ihm innewohnende eigne Lebensenergie, aus der eben die besondere Tiergefahr fließt, schädigend betätigt⁴⁵. Dagegen ist § 833 unanwendbar, wenn es entweder nur durch äußere physische Kräfte körperlich bewegt wird⁴⁶ oder lediglich dem Willen eines es leitenden Menschen als dessen Werkzeug folgt⁴⁷. Unverkennbar kommt die alte Vorstellung der tie-

⁴² Daß auch für gezüchtete Bazillen aus § 833 gehaftet werde, ist oft behauptet (vgl. z. B. Planck, Bem. 2a, Oertmann, Bem. 3a), aber entschieden abzulehnen; Dernburg § 396 II, Enneccerus Anm. 13, Litten S. 17 ff.

⁴³ Sachentziehung ist der Sachbeschädigung gleichzustellen; v. Liszt S. 108, Litten S. 23. Dagegen fällt sonstige Beschädigung (z. B. Verlust durch Zeitversäumnis) nicht unter § 833; Goldmann u. Lilienthal S. 913.

⁴⁴ Hinsichtlich des erforderlichen Kausalzusammenhanges zwischen dem Tun des Tieres und dem Eintritt des Schadens gelten die allgemeinen Grundsätze. Vgl. Oertmann Bem. 3d. Mittelbare Verursachung genügt; Dernburg Anm. 18; R.Ger. XXIX Nr. 31, L Nr. 49, Gruchot LI 197.

⁴⁵ Vgl. bes. Planck, Bem. 2b, Oertmann, Bem. 3c, Traeger S. 318 ff., Litten S. 79 ff., Schwarz S. 64 ff., Enneccerus § 466 IV 2b. Die Zurechnung eines aus der Tierseele entspringenden Verhaltens zum tierischen Tun wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß, wie dies z. B. beim Scheuen der Pferde der Fall ist, der Seelenreiz durch die Einwirkung eines äußeren Ereignisses oder eines menschlichen oder tierischen Tuns auf die Tiersinne hervorgerufen wird; vgl. z. B. R.Ger. L Nr. 89, LIV Nr. 22, 104, LX Nr. 14, LXI Nr. 77, Seuff. LX Nr. 14, LXII Nr. 56, 136, LXVIII Nr. 127. Ob die Einwirkung auf die Sinne „unwiderstehlich“ war, kommt dabei nicht, wie das R.Ger. LIV Nr. 22 S. 75 meint, in Betracht.

⁴⁶ Vgl. z. B. R.Ger. LXI Nr. 77, LXIX Nr. 91, Seuff. LXX Nr. 36.

⁴⁷ Vgl. R.Ger. L Nr. 37, LIV Nr. 22, Gruchot XLVII 948, Seuff. LVIII Nr. 5, 186. So z. B., wenn der Kutscher oder Reiter das ihm gehorchende Tier derartig lenkt, daß es eine Person oder Sache beschädigt (A. M. nur Cosack § 166 II 1b). Hat er dagegen in dem Augenblick der Schadenszufügung die Herrschaft über das Tier verloren oder auch nur vorübergehend aufgegeben, so liegt Schädigung durch das Tier vor. So, wenn der Kutscher das Gespann sich selbst überläßt; Seuff. LXII Nr. 136; unrichtig R.Ger. LXV Nr. 29.

rischen „Schuld“ in entsprechender Umbildung auch heute immer wieder zum Durchbruch⁴⁸.

e. Im Falle der Mitverursachung des Schadens durch den Verletzten kann nach B.G.B. § 254 die Ersatzpflicht des Tierhalters ganz oder teilweise wegfallen⁴⁹. Dies gilt auch im Verhältnis mehrerer Tierhalter zueinander, wenn ein Tier des Verletzten den Schaden mitverursacht hat⁵⁰, und führt insbesondere im Falle eines Kampfes zwischen Tier und Tier zu dem gleichen Ergebnis, wie die im älteren deutschen Recht maßgebende Abwägung der beiderseitigen „Schuld“⁵¹. Dagegen haftet im Falle

⁴⁸ Charakteristisch dafür ist die Begründung der Nichthaftung des Tierhalters für die Ansteckung eines fremden Pferdes durch sein eigenes drusenkrankes Pferd in Erk. des R.Ger. LXXX Nr. 55 (das die Ansteckung bewirkende „Beschnüffeln“ sei zwar willkürliches tierisches Tun, aber an sich harmlose und ungefährliche Bewegung und Gefühlsäußerung).

⁴⁹ Vgl. oben § 212 S. 920 Anm. 53. In den Fällen, in denen das bisherige Recht von vornherein jeden Ersatzanspruch wegen eigenen Verschuldens des Verletzten versagte, wie namentlich, wenn er das Tier gereizt hat (Preuss. L.R. § 75, Sächs. Gb. § 1562, Code civ. a. 1385 nach R.Ger. XIV 319), muß auch jetzt die Haftung des Tierhalters regelmäßig wegfallen. Unter Umständen aber, besonders, wenn das Verschulden nur in Unvorsichtigkeit bestand, ist Teilung des Schadens angezeigt; R.Ger. LI Nr. 66 u. b. Seuff. LXIX Nr. 173. Über den Fall der Zurechnungsunfähigkeit des mitverursachenden Verletzten vgl. oben § 212 S. 921 Anm. 56.

⁵⁰ Oben § 212 S. 921 Anm. 57; R.Ger. LXVII Nr. 34 (Schadensteilung, wenn der Hund des Verletzten das ihn verletzende Pferd scheu gemacht hatte).

⁵¹ Insbesondere muß, wenn ein Tier angegriffen hat, der Halter dieses (falls nicht etwa den anderen Tierhalter ein Verschulden trifft) den Schaden allein tragen. Dieses im älteren deut. Recht (oben S. 937 Anm. 5), im röm. R. (l. 1 § 8 u. 12 D. h. t.) u. im Sächs. Gb. (§ 1563) anerkannte Ergebnis entspricht allein dem Rechtsbewußtsein. Vgl. Isay, Jahrb. f. D. a. a. O. S. 314 ff., b. Gruchot a. a. O. S. 511 ff., Dernburg Anm. 23, Kohler I 213, Oertmann Bem. 6. Es folgt aber auch aus dem Verursachungsprinzip; denn wenn der Tierhalter als Verursacher der Schädigung durch das Tier gilt, so hat der Halter des angreifenden Tieres ein rechtsverletzendes Tun zu verantworten, während dem Halter des sich verteidigenden Tieres dessen Tun als nicht rechtswidrige Abwehr des Angriffs zuzurechnen ist. Insofern ist die von Isay, Dernburg und Kohler verfochtene analoge Anwendung der §§ 227—228 B.G.B. gerechtfertigt. Durfte der Halter des angegriffenen Tieres das angreifende Tier selbst töten oder beschädigen, so darf er dies auch durch sein Tier tun. Wenn Schwarz S. 84 ff., Staudinger Bem. 4 c, Crome Anm. 10 u. A. schlechthin jeden Tierhalter für den von seinem Tier angerichteten Schaden haften lassen, so ist dies unerträglich. Soll ich, wenn mein geringwertiger alter Hund von einer kostbaren Dogge angegriffen ist und sie getötet hat, deren Wert ersetzen, selbst aber, wenn auch mein Hund dabei beschädigt ist, mit einer Kleinigkeit zufrieden sein? Auch der Vorschlag von Krückmann,

der Mitverursachung des Schadens durch einen Dritten oder dessen Tier der Tierhalter neben dem Dritten, wenn dieser überhaupt haftet, als Gesamtschuldner⁵².

f. Die Haftung des Tierhalters fällt insoweit weg, als sie wegbedungen ist. Sie muß als stillschweigend wegbedungen gelten, wenn sich aus der Natur eines Vertrages, durch den der Verletzte sich einer bestimmten Behandlung des Tieres unterzieht, die Übernahme der Tiergefahr ergibt⁵³ oder wenn bei unentgeltlicher Gewährung des Gebrauches oder Mitgebrauches eines Tieres nach Treu und Glauben anzunehmen ist, daß die Haftung des Tierhalters für die damit verbundene Gefahr ausgeschlossen sein sollte⁵⁴. Allein auch ohne Vertragsschluss muß auf Grund einseitiger Gefahrübernahme durch den Verletzten die Haftung des Tierhalters entfallen, wenn jener sich der drohenden Tiergefahr in dem Bewußtsein ausgesetzt hat, auf eigene Gefahr zu handeln⁵⁵.

Jahrb. f. Dogm. LIV 134, die Gefährdung zu verteilen, führt zu ungerechten Ergebnissen. — Das Preuß. L.R. § 78 liefs in Konsequenz des Verschuldungsprinzips überhaupt nur eine Haftung des durch Vernachlässigung der Aufsichtspflicht schuldigen Eigentümers eintreten.

⁵² Er ist nicht, wie nach älterem deut. R. (oben S. 938 Anm. 6), gem. R., Preuß. L.R. § 76, Sächs. Gb. § 1563, haftungsfrei. Nur für das innere Verhältnis, also die Frage des Rückgriffsrechts, kommt hier § 254 analog zur Anwendung; oben § 212 S. 918 ff. Anm. 47 u. 48.

⁵³ So übernimmt der Trainer oder Zureiter eines ihm übergebenen Pferdes, der Dresseur eines Hundes oder eines wilden Tieres, der Tierarzt, der ein Tier in eigne Pflege nimmt, stets die mit seiner beruflichen Tätigkeit verbundene Gefahr; vgl. R.Ger. L Nr. 56, LVIII Nr. 104, LXI Nr. 14, Gruchot XLIX 935, Seuff. LX Nr. 188. Dagegen bleibt dem Kutscher, dem Pferde knecht, der Viehmagd usw. der Tierhalter für unverschuldeten Tierschaden verantwortlich; R.Ger. L Nr. 56 S. 252, LXVIII Nr. 104 S. 412, J.W.Schr. 1905 S. 392 ff. Ebenso dem Hufschmiede, wenn sich nicht aus dem Vertrage im Einzelfalle die Gefahrübernahme ergibt; R.Ger. LXI Nr. 14.

⁵⁴ Auf diesem Wege ist die Praxis in den Fällen, in denen eine aus Gefälligkeit von einem Fuhrwerk mitgenommene Person ohne menschliches Verschulden verunglückt, mehr und mehr dahin gelangt, die ursprünglich vom R.Ger. dem Tierhalter im Widerspruch mit dem Rechtsbewußtsein auferlegte Haftung (R.Ger. LIV Nr. 22, vgl. auch Gruchot LIII 688, Seuff. LXI Nr. 221, LXII Nr. 255) abzulehnen; vgl. bes. R.Ger. LV Nr. 75, LXVII Nr. 110, Seuff. LXI Nr. 220. Auch wer mit einem geliehenen Fuhrwerke ausfährt, wird zwar nicht (wie das R.Ger. LXII Nr. 21 unrichtig annimmt) Tierhalter (vgl. oben S. 943 Anm. 38—39), trägt aber die eigene Gefahr. — Vgl. über die Einwirkung des Vertragsverhältnisses überhaupt bes. Danz, D.J.Z. XIII 383 ff., v. Blume, Recht 1905 S. 481 ff., Krückmann, Jahrb. f. D. LII 428 ff., LIV 130 ff., LVI 285 ff., Oertmann, Bem. 5 b, Enneccerus § 466 V.

⁵⁵ Oder hätte, wenn Ritter Delorges im Löwengarten zerfleischt wäre,

g. Ein Verschulden des Tierhalters ist nicht Voraussetzung seiner Haftung für Tiergefahr. Nur soweit die Beschädigung durch ein Tier nicht auf die besondere Tiergefahr zurückgeführt werden kann und somit die Anwendung des § 833 ausgeschlossen ist, kann ein Schadensersatzanspruch gegen den Tierhalter, wie gegen jeden etwa verantwortlichen Dritten, regelmäßig nur auf Verschulden gegründet werden⁵⁶.

Allein seit der Novelle von 1908 kann der Tierhalter, falls das Tier ein seinem Beruf, seiner Erwerbstätigkeit oder seinem Unterhalt dienendes Haustier ist⁵⁷, sich von der Haftung durch Berufung auf seine Schuldlosigkeit befreien, wenn er nachweist, daß er selbst bei der Beaufsichtigung des den Schaden herbeiführenden Tieres die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat oder der Schade auch bei der Anwendung dieser Sorgfalt entstanden sein würde⁵⁸. Bei solchen Haustieren ist also zwar das Prinzip der Gefährdungshaftung festgehalten. Denn nur, weil und soweit der Verletzte seinen Schadensersatzanspruch auf die nach § 833 vom Tierhalter zu verantwortende besondere Tiergefahr stützt, ist zur Begründung des Anspruches die Behauptung und der Beweis eines Verschuldens des Tierhalters nicht erforderlich⁵⁹. Allein das dem Wesen der Gefährdungshaftung

dafür nach dem Tatbestande in Schillers „Handschuh“ Kaiser Franz gehaftet? Wer in einen Bärenzwinger steigt, wer unnötiger Weise unter Mißachtung einer Warnung vor bissigen Hunden ein Grundstück betritt, wer mit einem Kettenhunde spielt, aber auch, wer unaufgefordert oder aufgefordert auf einem fremdem Fuhrwerk Platz nimmt, hat von vornherein und ohne Rücksicht auf etwaiges Verschulden, falls er zu Schaden kommt, keinen Anspruch aus § 833; es ist verkehrt, erst in § 254 einen Grund für die Enthftung des Tierhalters zu suchen. Vgl. auch Oertmann, Bem. 5 b d, Enneccerus § 466 Anm. 26.

⁵⁶ Aus § 823¹, möglicherweise aber auch mit Umkehrung der Beweislast aus § 831 oder 832 oder ohne Verschuldensnachweis aus § 829.

⁵⁷ Der Begriff des Haustieres steht geschichtlich fest, ist daher nicht, wie Manche meinen, auf Bienen zu erstrecken (oben Bd. II 530 Anm. 29). Dem Beruf dient z. B. ein militärisches Dienstpferd (auch Krümperpferde, R.Ger. LXXVI Nr. 59); der Erwerbstätigkeit das lebende Gutsinventar, das Vieh des Viehhändlers, das Schlachtvieh in der Hand des Metzgers (R.Ger. LXXIX Nr. 7), der Zughund; dem Unterhalt Milchvieh, Federvieh, Schweine, wenn sie nur für den eignen Haushalt bestimmt sind.

⁵⁸ Hat ein Angestellter des Tierhalters den Schaden schuldhaft verursacht, so muß der Tierhalter außerdem, um enthaftet zu werden, den Entlastungsbeweis gemäß § 831 führen; R.Ger. LXXVI Nr. 59 S. 229 ff. — Verschulden des gesetzlichen Vertreters ist nach Analogie des § 278 B.G.B. dem selbst schuldunfähigen Tierhalter zuzurechnen; vgl. unten S. 957 Anm. 101.

⁵⁹ Andernfalls kann er eben nur aus § 823 klagen und muß schuldhaft

entsprechende Verursachungsprinzip ist durch die Zulassung des Entschuldigungsbeweises auf das Äußerste abgeschwächt, da die Haftung aus der Verursachung wegfällt, falls dargetan werden kann, daß sie nicht zugleich schuldhaft ist⁶⁰.

3. Haftung des Tierhüters. Neben dem Tierhalter haftet für Schadenszufügung durch ein Tier, wer für ihn die Aufsicht über das Tier vertragsmäßig übernimmt. Doch kann er sich stets durch Entschuldigungsbeweis befreien⁶¹. Dem Verletzten gegenüber haften Tierhalter und Tierhüter, falls sie haften, als Gesamtschuldner; dagegen wird, wenn dem Tierhüter der Entlastungsbeweis gelingt, die Haftung des Tierhalters, wenn der Tierhalter nach § 833² haftungsfrei ist, die Haftung des Tierhüters davon nicht berührt⁶². Die Verantwortlichkeit des Tierhüters beruht, obschon sie im Rahmen des § 833 eintritt, nicht auf dem Prinzip der Gefährdungshaftung, sondern auf der im Interesse der Tieraufsicht durch Umkehrung der Beweislast verschärften Haftung für eignes widerrechtliches Verhalten⁶³.

4. Haftung für Wildschaden. Als Haftung für Schadensverursachung durch Tiere erscheint auch die Haftung des Jagdberechtigten für die Beschädigung von Grundstücken durch jagdbare Tiere. Eine derartige Haftung wurde in der gemeinrechtlichen Praxis seit dem 16. Jahrhundert, wenschon meist in beschränktem Umfange, anerkannt und in Partikularrechten gesetzlich ausgesprochen⁶⁴; sie wurde sodann mit der Aufhebung des Jagdrechts auf fremdem Grund und Boden im Jahre 1848 zwar in manchen Ländern, wie namentlich in Preußen, abgeschafft⁶⁵, überwiegend

Verursachung behaupten und beweisen (jedoch mit den sich aus § 831 oder 832 ergebenden Modifikationen).

⁶⁰ Vgl. über die Umkehrung der Beweislast überhaupt oben § 112 III 4 S. 917.

⁶¹ B.G.B. § 834.

⁶² Vgl. R.Ger. LX Nr. 71, Seuff. LVIII Nr. 5, LXII Nr. 136. — Über das innere Verhältnis, falls beide haften, oben § 212 S. 918 Anm. 47.

⁶³ Vgl. oben § 212 S. 917 Anm. 41.

⁶⁴ Lehrb. des deut. P.R. von Runde § 160, Mittermaier § 219 ff., Beseler § 199 V, Stobbe-Lehmann § 263 III; Bülow u. Hagemann III Nr. 6, Pfeiffer, Prakt. Ausf. III Nr. 5; Lehrb. der älteren Partikularrechte bei Stobbe a. a. O. Anm. 42. — Wichtige ältere Gesetze: Österr. Jagdges. v. 28. Febr. 1786 § 15 (auch bei Kraut § 88 Nr. 12); dazu über spätere Gesetze Krainz-Pfaff-Ehrenzweig § 402 I 4. Preufs. A.L.R. I, 9 § 141 ff. Hess. V. v. 6. Aug. 1810 (Kraut a. a. O. Nr. 13); Braunschweig. V. v. 16. Sept. 1827 (ebd. Nr. 16); Bad. G. v. 31. Okt. 1833 (§ 12—13 ebd. Nr. 14—15).

⁶⁵ Preufs. Jagdg. v. 31. Okt. 48 u. v. 7. März 50 § 23, 29.

aber in veränderter Gestalt festgehalten⁶⁶ und auch in Preußen wieder eingeführt⁶⁷; sie ist endlich durch das B.G.B. zu gemeinem deutschen Recht erhoben, jedoch nur in einem Mindestumfange reichsrechtlich fixiert, während dem Landesrecht ein erheblicher Spielraum zu abweichenden und ergänzenden Bestimmungen belassen ist⁶⁸.

Die Haftung für Wildschaden ist, während sie früher meist auf Verschulden gegründet wurde⁶⁹, nach dem Vorbilde der neueren Gesetze im B.G.B. als Gefährdungshaftung ausgestaltet⁷⁰. Sie setzt also kein Verschulden, sondern nur Verursachung voraus⁷¹. Der Jagdberechtigte muß insoweit, als er für Wildschaden

⁶⁶ So Meining. G. v. 1. Juni 48; Hannov. v. 21. Juli 48 u. 11. März 50; Bayr. v. 15. Juni 50; Bad. v. 2. Dez. 50 u. 29. Aug. 86; Kurhess. v. 26. Jan. 54; Württ. v. 27. Okt. 55; Sächs. v. 1. Dez. 64; Schwarzb.-S. v. 17. Febr. 70; Hess. v. 1. Juni 95.

⁶⁷ Preuß. Wildschadenges. v. 11. Juli 91, jetzt Jagdges. v. 15. Juli 1907 §§ 51 ff. Doch gilt in Hannover und (nach Jagdges. § 81) in Kurhessen das bisherige Recht (oben Anm. 66) fort.

⁶⁸ B.G.B. § 835 mit A.G. a. 70—72. Vgl. Linckelmann S. 89 ff., Endemann § 202, 2b, Dernburg § 397, Crome § 337, Matthiafs § 143 II B, Enneccerus § 470 u. die Komm. Zusammenstellung der abweichenden landesrechtlichen Bestimmungen am besten bei Niedner, Komm. zu E.G. a. 70—72. Über Bayern (A.G. a. 144) Oertmann § 61. Sachsen (G. v. 28. Mai 98) Klofs § 54. Württ. A.G. a. 195—200 (umfassende Neuregelung). Baden (G. v. 9. Aug. 98) Dorner u. Seng § 73, 7. Hessen (Neufassung des W.Sch.Ges. v. 28. Juli 99) Wolf § 21. Mecklenb. (V. v. 9. Apr. 99 für Schwerin, v. 18. Dez. 99 f. Strelitz) v. Buchka § 17. Braunsch. A.G. § 32—37. Anhalt. W.Sch.G. v. 21. Apr. 99. Thüring. Staaten b. Böckel § 43 (in Mein. u. Schwarzb.-S. die oben Anm. 66 angef. älteren Ges., in Altenburg u. Schwarzb.-R. neue Wildschadenges. v. 1899, sonst die A.G., Weimar. § 74—90, Kob.-Goth. a. 66). Lüb. G. v. 6. März 1900 (Neufassung 1907) § 67—80. Elsaß-Lothr. (A.G. § 16—36) Kisch § 113—115.

⁶⁹ In der gemeinrechtlichen Praxis forderte man einen durch übermäßiges Hegen des Wildes verursachten erheblichen Schaden. Freilich fehlte es nicht an Stimmen, die sich für unbedingte Haftung aussprachen; so bes. Pfeiffer a. a. O. u. die von ihm Angeführten (S. 98, 113 ff.). Allein sie drangen nicht durch. Streng am Verschuldungsprinzip hält das Preuß. I.R. a. a. O. § 146 fest. Ebenso Braunsch. V. v. 1827 (oben Anm. 64).

⁷⁰ Schon das Österr. G. v. 1786 (oben Anm. 64) sah von Verschulden ab. Ebenso die Hess. V. a. 1810. Desgleichen die Gesetze seit 1848 (oben Anm. 66—67). Hinsichtlich des B.G.B. besteht kein Zweifel.

⁷¹ Daß gleichwohl eine unerlaubte Handlung vorliegt, ist oben dargetan. Darum haften mehrere Verpflichtete nach § 830 B.G.B. als Gesamtschuldner. Hat ein Dritter den Schaden schuldhaft verursacht, so haftet der Jagdberechtigte neben ihm als Gesamtschuldner, hat aber nach 830^b den Rückgriff gegen den Schuldigen; oben § 212 S. 918 Anm. 47.

haftet, die Gefahr tragen, die der ihm zum Vorteil gereichende Wildstand für die nicht zur Ausübung der Jagd berechtigten Grundstücksinteressenten mit sich bringt. Dafs aber der Wildschade als eine von ihm verursachte widerrechtliche Schadenszufügung gilt, beruht auf einem ganz anderen Gedanken, als bei der Haftung des Tierhalters. Denn er verursacht den Schaden nicht durch das Halten eines seiner Herrschaft unterworfenen Tieres, sondern lediglich durch die Unterlassung der Ausübung eines ihm zustehenden ausschließlichen Aneignungsrechtes an einem herrenlosen Tier⁷².

Die Ersatzpflicht trifft, soweit noch ein Jagdrecht auf fremden Grundstücken besteht, den Jagdberechtigten⁷³, soweit dagegen dem Grundeigentümer nur das Recht zur Ausübung des Jagdrechts

⁷² Wer Eigentümer von Wild ist, haftet für dieses als Tierhalter nach § 833, nicht nach § 835. Dies gilt auch für wilde Tiere in „Tiergärten“; § 960¹. Den Tiergärten ist aber keineswegs, wie Viele wollen, jeder eingehegte Jagdbezirk zuzurechnen; vielmehr sind die Tiere in „Hegewäldern“, in denen förmliche Jagden veranstaltet werden, regelmäfsig herrenlos; vgl. bes. Roterling, Arch. f. b. R. XXXVIII 145 ff. Für solche Tiere haftet daher, wenn sie Wildschaden anrichten, nur der auf dem beschädigten Grundstück zur Jagd Berechtigte nach § 835. Und nur auf sie bezieht sich der Vorbehalt des E.G. a. 71 Z. 2, kraft dessen das Landesrecht für den „durch ein aus einem Gehege ausgetretenes jagdbares Tier“ den Eigentümer oder Besitzer des Geheges verantwortlich machen kann. Dies tun z. B. Württ. A.G. a. 191, Bad. Jagdg. § 21 Z. 4, Braunsch. § 32, Weim. § 76, Altenb. § 2, Schwarzb.-R. § 2, Lüb. § 70. Regelmäfsig wird dabei ausdrücklich bestimmt, dafs daneben dem Verletzten der nach § 835 Verpflichtete haftet, diesem aber ein Rückgriffsrecht gegen den Gehegebesitzer zusteht. Gleiches ist auch anzunehmen, wo nur die Verantwortlichkeit des Letzteren ausgesprochen wird (wie in Weimar, Altenburg u. Lübeck), da in E.G. a. 71 Z. 2 eine Ermächtigung zur Aufserkraftsetzung des § 835 nicht zu finden ist. Diese Haftung des Gehegebesitzers fliefst aus Schadensverursachung durch unzureichende Verwahrung und ist daher keine echte Wildschadenhaftung. Jedenfalls gilt dies da, wo sie auf Verschulden gegründet wird, wie im Preufs. Jagdges. § 64¹ die Haftung für Schwarzwild, das nur in solchen Einfriedigungen gehegt werden darf, aus denen es nicht ausbrechen kann; vgl. R.Ger. LXX Nr. 78 (daher kein Ausschluß des Rechtsweges). — Die im früheren Recht begegnende Enthftung des Jagdberechtigten durch den Nachweis, dafs der Schaden durch Streifwild verursacht ist (vgl. Beseler a. a. O. Anm. 21), ist dem geltenden Recht fremd; doch kann das Landesrecht nach E.G. a. 71 Z. 7 dem Verpflichteten einen Anspruch auf Erstattung des geleisteten Ersatzes gegen denjenigen, in dessen Jagdbezirk das Schadenwild seinen Stand hatte, gewähren, wie dies allgemein im Hannov. Jagdg. § 4 und für Kaninchen in den Meckl. V. § 5 vorgesehen ist.

⁷³ Dies ist nur für Mecklenburg noch von erheblicher Bedeutung, kann aber auch noch in Sachsen vorkommen (Klofs § 54 II 2a).

entzogen ist, grundsätzlich den Jagdausübungsberechtigten⁷⁴. Sind mehrere zur eignen Jagdausübung nicht befugte Grundeigentümer behufs gemeinschaftlicher Ausübung ihres Jagdrechts zu einem Verbands vereinigt, so ist, wenn der Verband rechtsfähig ist, der Verband als solcher haftbar, während andernfalls die verbundenen Grundeigentümer als Einzelne nach dem Verhältnisse der Größe ihrer Grundstücke haften⁷⁵. Doch kann das Landesrecht hinsichtlich der Ersatzpflicht für Wildschäden in gemeinschaftlichen Jagdbezirken Abweichendes bestimmen⁷⁶. Insbesondere kann es an Stelle der Eigentümer die Gemeinde haftbar machen und ihr nur ein Rückgriffsrecht gegen die Eigentümer gewähren⁷⁷. Der Jagdpächter ist an sich nicht haftbar und, wenn er ver-

⁷⁴ Somit haftet der Eigentümer eines Eigenjagdbezirkes für den Wildschaden auf einem fremden Grundstück, wenn ihm auf diesem gesetzlich die Ausübung des Jagdrechts des Eigentümers zusteht, wie dies bei Enklaven vorkommt; vgl. Württ. A.G. a. 192, Sächs. G. § 4 (Klofs a. a. O. II 2c), Schwarzb.-R. u. Reufs j. L. (Böckel § 43 II b). Dagegen haftet der zugleich jagdberechtigte und jagdausübungsberechtigte Grundeigentümer nicht aus § 835. Auch nicht, wenn er sich die Jagd vorbehalten hat, gegenüber einem geschädigten Nutzungsberechtigten oder gegenüber dem Grundstückpächter; der letztere kann nur aus dem Pachtvertrage oder etwa aus § 823 Ersatzansprüche herleiten. Eine Ausnahme gilt nur nach E.G. a. 72, wenn in Ansehung des Grundstücks ein zeitlich nicht begrenztes Nutzungsrecht (z. B. Erbpacht) besteht; dann wird im Sinne des § 835 das Eigentümerjagdrecht auf diesem Grundstück wie ein Jagdrecht an einem fremden Grundstück behandelt; vgl. über Meckl. R. v. Buchka § 17 III.

⁷⁵ B.G.B. § 835³. Mithin haftet nach der gemeinrechtlichen Regel eine mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestattete Jagdgenossenschaft als solche; so z. B. in Sachsen (Klofs § 54 II 2b), Reufs. j. L. (Böckel a. a. O.), Lüb. G. § 69. Dagegen tritt, falls es an einer selbständigen Jagdgenossenschaft fehlt, vielmehr die Gemeinde das Jagdausübungsrecht hat, nach der gesetzlichen Regel die verhältnismäßige Haftung der einzelnen Eigentümer ein. Diese Haftung ist bloße Anteilhaftung (oben § 212 S. 918 Anm. 45).

⁷⁶ So haften nach dem Preufs. Jagdg. § 52¹, obschon die Jagdgenossenschaft rechtsfähig ist (§ 16¹), die (durch den Jagdvorsteher vertretenen) Eigentümer als Einzelne. Vgl. auch Hannov. Jagdordn. § 23. Das Landesrecht kann auch die Haftung anders verteilen; Anhalt. G. § 4.

⁷⁷ Die Haftung der Gemeinde besteht nach vielen Landesgesetzen. Ausschließlich nach Bayr. G. a. 5 (mehrere Gemeinden als Gesamtschuldner); als Regel in Württ. a. 193, Bad. § 21 Z. 3, Hessen (Wolf § 21 IV), Weim. § 75, Kob.-Goth. a. 16 § 3 Schwarzb.-R. § 3 (in gewissen Bezirken der Staat); subsidiär in Meiningen (Böckel a. a. O.) und in Elsaß-Lothr. § 18 (primär nur für Schwarzwild, aber unter Mithaftung der Wildschadengenossenschaft, Kisch § 114 II, § 115). — Ein Rückgriffsrecht gegen die Eigentümer wird in Bayern, Weim., Kob.-Goth. ausdrücklich gewährt.

tragsmäßig den Wildschadensersatz übernommen hat, nur dem Jagdberechtigten zur Erstattung der zu zahlenden Wildschadensersatzbeträge verpflichtet⁷⁸. Doch haftet nach zwingendem Reichsrecht der Eigentümer eines Grundstücks als Pächter der Jagd auf einem fremden Grundstück, auf dem wegen der Grundstückslage das Jagdrecht nur gemeinschaftlich mit seinem Jagdrecht ausgeübt werden darf⁷⁹. Und das Landesrecht kann in gemeinschaftlichen Jagdbezirken dem Jagdpächter die Haftung anstatt der Eigentümer, ihres Verbandes oder der Gemeinde oder auch neben ihnen auferlegen⁸⁰.

Die Wildschadenhaftung tritt nur für bestimmte Wildarten ein. Reichsrechtlich besteht sie lediglich für Schwarz-, Rot-, Elch- und Damwild und für Fasanen⁸¹. Das Landesrecht aber kann sie auf den durch andere jagdbare Tiere verursachten Schaden erstrecken und hat vielfach namentlich Hasen und Kaninchen einbezogen⁸².

⁷⁸ So in Preussen, obschon hier im Falle der Verpachtung der Jagd in einem gemeinschaftlichen Jagdbezirk die Übernahme der Wildschäden durch den Jagdpächter regelmässig ausbedungen werden soll und ein Jagdpachtvertrag, in dem dies nicht geschieht, bei Einspruch auch nur eines Nutzungsberechtigten behördlicher Genehmigung bedarf; Jagdg. § 52². Vgl. auch Weim. § 75⁵⁻⁶, Schwarzb.-R. § 3. — Möglich ist freilich die Ausgestaltung des Jagdpachtvertrages als eines unmittelbar den Verletzten gegenüber zum Ersatz verpflichtenden Vertrages zugunsten eines Dritten. Kraft Gesetzes bewirkt die vertragsmäßige Übernahme der Ersatzpflicht für den Jagdpächter in einem gemeinschaftlichen Jagdbezirk die unmittelbare Haftung neben der Gemeinde nach Kob.-Goth. a. 16 § 3.

⁷⁹ B.G.B. § 835 Abs. 2 S. 2. So bei allen einem Eigenjagdbezirk angeschlossenen Grundflächen; vgl. Preuss. G. § 53¹, Weim. § 75⁴, die anderen thüring. Ges. b. Böckel § 63 III 1c. Das Landesrecht kann nach E.G. a. 71 Z. 3 ihn auch dann verpflichten, wenn er die ihm angebotene Pacht ablehnt; so bei Waldenklaven Preuss. G. § 53² mit § 10; vgl. Sächs. G. § 10.

⁸⁰ E.G. a. 71 Z. 6. So haftet der Jagdpächter in erster Linie statt der Grundeigentümer, die aber für den Fall seiner Zahlungsunfähigkeit verhaftet bleiben; in Altenb. § 1. Er haftet statt der Jagdgenossenschaft in Anhalt § 5, Braunsch. A.G. § 34, mit Vorbehalt subsidiärer Haftung der Jagdgenossenschaft in Schwarzb.-S., neben der Jagdgemeinde in Lüb. § 69. Er haftet statt der Gemeinde mit Vorbehalt einer bürgerschaftlichen Haftung der Gemeinde in Württ. a. 193, Baden (Dorner u. Seng § 73, 7^o), Meiningen, Elsass-Lothr. § 18 (außer für Schwarzwild), neben der Gemeinde in Hess. § 21 IV, Kob.-Goth. a. 16 § 3. Vgl. auch Hannov. Jagd-O. § 23, Kurhess. G. § 3.

⁸¹ B.G.B. § 835¹. Hierbei hat es in Preussen (außer Hannover u. Kurhessen), Sachsen und anderen nord- und mitteldeutschen Staaten sein Bewenden behalten.

⁸² E.G. a. 71. So Hasen und Kaninchen Hannov. G. § 1, Kurhess. G. § 1

Der Anspruch auf Schadensersatz umfasst allen durch das Tier dem Grundstücke selbst oder dessen Bestandteilen zugefügten Schaden einschliesslich des Schadens an den zwar schon getrennten, aber noch nicht eingeernteten Früchten⁸³. Er steht dem Verletzten, somit nicht blofs dem Grundeigentümer, sondern auch dem Niefsbraucher, Pächter oder Mieter zu. Verschuldete Mitverursachung des Schadens durch den Verletzten ist gemäfs § 254 B.G.B. zu berücksichtigen. Darüber hinaus kann das Landesrecht den Ersatzanspruch unbedingt ausschliessen, wenn der Wildschaden an Gärten, Obstgärten, Weinbergen, Baumschulen oder einzelstehenden Bäumen angerichtet ist, die nicht durch Herstellung der unter gewöhnlichen Umständen zur Abwendung des Schadens ausreichenden Schutzvorrichtungen gesichert sind⁸⁵. Insoweit hebt auch eine schuldlose Mitverursachung des Schadens durch den Verletzten den Ersatzanspruch auf⁸⁶.

Hinsichtlich der Geltendmachung des Ersatzanspruches treffen kraft reichsgesetzlicher Ermächtigung die Landesgesetze besondere Verfahrensvorschriften, die auch die Grundsätze einschliessen, nach denen der Wildschaden festzustellen ist, und den Anspruch von gehöriger Geltendmachung bei der zuständigen Behörde innerhalb einer kurzen Ausschlussfrist abhängig machen⁸⁷.

(G. v. 1865 § 34¹), Elsass-Lothr. § 16, mit Beschränkungen Anhalt § 3; Hasen Württ. a. 190, Kob.-Goth. a. 16 (jedoch nur nach Ortsstatut); Kaninchen Meckl. V. § 1; alle jagdbaren Säugetiere Bayr. a. 144 Nr. II; alle jagdbaren Tiere Bad. a. 1 (aufser Raubtieren, Zug- und Strichvögeln), Hess. a. 1 (auch Iltis, Dachs, Fischotter, Trutwild), Meiningen (aufser Raubtieren), Schwarzb.-S. G. v. 1870.

⁸³ B.G.B. § 835 Abs. 1 S. 2. Als Einerntung gilt auch die Verbringung in Mieten oder Diemen und an sonstige zur Aufbewahrung bestimmte Stätten.

⁸⁴ R.Ger. LII Nr. 91; oben § 212 S. 920 Anm. 53.

⁸⁵ E.G. a. 71 Z. 4. So Kurh. G. § 2, Bayr. a. 5, Württ. a. 190, Bad. § 21 Z. 2, Hess. a. 2, Meckl. § 2, Anhalt § 2, Weim. § 74, Altenb. § 3, Kob.-Goth. a. 16 § 12, Schwarzb.-R. § 1, Lüb. § 71, Hamb. Jagdg. v. 2. Juni 1903 § 32, Elsass-Lothr. § 17. In Württ. ist dies jedoch nur gegenüber Hasenschaden und nicht für Weinberge vorgeschrieben. Für Weinberge gilt auch in einigen anderen Ges. (bes. Bad. u. Elsass-Lothr.) die Bestimmung nicht.

⁸⁶ Oertmann § 61 II 3b, Kisch § 114 Anm. 4, Dorner u. Seng § 73 d, Böckel § 43 Anm. 16, Nöldeke S. 890, Niedner zu E.G. a. 71 Z. 4. — Wo eine landesgesetzliche Bestimmung fehlt, ist die blofse Unterlassung von Schutzvorkehrungen kein den Ersatzanspruch ausschliessendes Verschulden (Seuff. XLII Nr. 190), kann aber unter Umständen sich als schuldhafte Mitverursachung nach § 254 darstellen (R.Ger. LII Nr. 91).

⁸⁷ E.G. a. 70 mit G.V.G. § 13. Vgl. z. B. Preufs. Jagdordn. § 54—60, Bayr. R. b. Oertmann § 61 II 1—2, Württ. a. 194—200, Sächs. b. Klofs

II. Haftung für leblose Sachen. Ursprünglich behandelte das deutsche Recht auch leblose Sachen als schuldfähige Wesen, für die im Falle einer durch sie bewirkten Tötung oder Verletzung eines Menschen oder Tieres ihr Herr auch dann einzustehen hatte, wenn ihm eine eigne Tat nicht zur Last fiel⁸⁸. Im Laufe der Zeit verschwand diese Vorstellung, wenschon nicht aus dem Volksglauben, so doch aus dem Recht. Allein, soweit die Schädigung durch gefährliche Sachen als Tat des Besitzers erschien, erhielt sich dessen von Verschulden unabhängige Verursachungshaftung für den durch die Sachen angerichteten Schaden. Unter dem Einfluß des römischen Rechtes drang auch hier das Verschuldensprinzip durch⁸⁹. Doch schließt die moderne Gefährdungshaftung aus besonders gefährlichen Betrieben offenbar eine von Verschulden unabhängige Haftung für den durch gewisse Sachen, wie z. B. Eisenbahnanlagen, Lokomotiven, Kraftfahrzeuge, Schiffe, Maschinen usw., verursachten Schaden ein⁹⁰.

Eine durchaus auf Schadensverursachung durch Sachen abgestellte Gefährdungshaftung aber ist die Haftung für Gebäudeeinsturz. Das römische Recht gewährte regelmäÙig nur einen vertragsmäÙigen Schadensersatzanspruch aus der *cautio damni*

§ 54 II 5, Bad. b. Dorner u. Seng § 73, 79, Hess. b. Wolf § 52 V, Meckl. b. Buchka § 17 II u. V, Anh. 6—16, Thüring. R. b. Böckel § 43 III, Elsaß-Lothr. b. Kisch § 114 IV. Überall tritt ein besonderes Schätzungsverfahren ein. In Preußen und anderen Staaten (z. B. Sachsen, Hessen, Weimar, Altenburg) ist der ordentliche Rechtsweg ganz ausgeschlossen und die endgültige Entscheidung Verwaltungsgerichten übertragen. — Das Nähere gehört ins Jagdrecht. So auch die mannigfachen jagdpolizeilichen Vorschriften zur Wildschadensverhütung; vgl. Preuß. Jagdordn. § 61—68.

⁸⁸ A. B. Schmidt a. a. O. S. 32 ff.; Brunner, R.G. I² 213 ff., II 556 ff.; Hübner, Grundz. § 89 II 3; Isay a. a. O. S. 226 ff. So für Waffen, fallende Bäume, Tierfallen, Mühlräder, Balken. Auch hier, wie bei der Tierhaftung, begegnet Haftbefreiung durch Auslieferung oder Preisgabe, sowie Tataneignung durch ferneren Gebrauch der schuldbeladenen Sache (l. Rib. 70, 1).

⁸⁹ Auch Code civ. a. 1384, der dem Wortlaut nach eine unbedingte Verantwortlichkeit für Schädigung durch „*choses que l'on a sous sa garde*“ statuiert, wird von der herrschenden Meinung dahin ausgelegt, daß Verschulden erforderlich ist; Zachariae-Crome § 416 Anm. 5, § 418 a. E., R.Ger. XXII Nr. 74.

⁹⁰ Vgl. oben § 212 III 3 S. 914 ff. Nach dem K.F.G. § 7² hebt sich diese Haftung von der allgemeinen Haftung für Betriebsunfälle dadurch ab, daß die Befreiung durch Nachweis eines unabwendbaren Ereignisses nicht eintritt, wenn der Unfall auf fehlerhafter Beschaffenheit oder mangelhaftem Funktionieren des Fahrzeugs beruht. Vgl. auch hinsichtlich des Schiffszusammenstoßes O.L.G. Hamb. b. Seuff. XLII Nr. 135 S. 197.

infecti, die der Grundeigentümer, wenn von seinem Grundstücke her dem Nachbargrundstück ein Schaden drohte, auf Verlangen zu leisten verpflichtet war⁹¹. Neuere Gesetze dagegen verpflichten den Eigentümer unmittelbar zum Ersatze des Schadens, den sein Gebäude infolge fehlerhafter Errichtung oder mangelhafter Unterhaltung verursacht⁹². Auch das B.G.B. kennt eine Haftung für derartige Schadensverursachung, läßt aber einen Entschuldigungsbe-
 weis zu⁹³. Die Haftung setzt voraus, daß durch den Einsturz eines Gebäudes oder eines anderen mit einem Grundstücke verbundenen Werkes oder durch die Ablösung von Teilen eines solchen ein Mensch getötet oder verletzt oder eine Sache beschädigt ist⁹⁴ und daß der Einsturz oder die Ablösung Folge fehlerhafter Ein-

⁹¹ Vgl. oben Bd. II 428 u. die dort in Anm. 41 angef. Literatur. Doch macht sich der Gedanke einer Haftung für das Grundstück darin geltend, daß einerseits eine unmittelbare Schadensersatzpflicht eintritt, wenn der Beschädigte sich vergeblich um Erlangung des Versprechens bemüht hat, andererseits der Eigentümer sich durch Preisgeben des Grundstücks von jeder Verpflichtung befreien kann. — An das röm. R. lehnt sich das Öst. Gb. § 343 an.

⁹² Code civ. a. 1386; vgl. Zachariae-Crome § 418 II. Schweiz. O.R. a. 67 (58). Nach beiden Gesetzbn. tritt die Ersatzpflicht unabhängig von Verschulden gegen jeden Beschädigten ein. Auch das Sächs. Gb. § 351 fordert kein Verschulden, jedoch nur gegenüber dem Nachbarn, so daß also eine lediglich sachenrechtliche Vorschrift vorliegt. Dagegen kennt das Preufs. L.R. I, 8 § 3 ff. nur eine Schadensersatzpflicht des Eigentümers aus Vernachlässigung der ihm gesetzlich auferlegten Unterhaltungspflicht.

⁹³ B.G.B. § 836—838. Im Bereiche dieser Haftung gewährt § 908 zugleich den oben Bd. II 428 besprochenen nachbarrechtlichen (also dinglichen) Anspruch auf Abwendung drohender Einsturzgefahr durch die dazu erforderlichen Vorkehrungen. — Über den schuldrechtlichen (deliktischen) Anspruch vgl. Komm. zu § 836 ff., Linckelmann S. 94 ff., Eckstein b. Gruchot LVIII 331 ff., Fromherz, Haftpflichtrecht S. 238 ff., Kipp b. Windscheid S. 997 ff., Dernburg § 398, Endemann § 202, 3, Cosack § 165 IX, Matthiafs § 143 III, Crome § 335, Enneccerus § 456.

⁹⁴ Den Gebäuden gleichgestellte Werke sind z. B. Mauern, Türme, Spaliere, Turngerüste, Elektrizitätswerke (Seuff. LXIV Nr. 30), Torbogen (Seuff. LVII Nr. 62), Brunnen, Kanäle, Schleusen (Seuff. LXIV Nr. 92), Röhren, Schienen, Dämme, Brücken; nicht dagegen aufgehäufte Schlamm- und Sandmassen (R.Ger. LX Nr. 30), Pflanzen (R.Ger. LII Nr. 98, J.W.Schr. 1905 S. 370) und mit dem Boden nicht fest verbundene bewegliche Sachen (Seuff. LX Nr. 208, R.Ger. im Recht 1907 S. 1404). Einsturz ist auch der Zusammenbruch eines Gebäudeteils, wie z. B. eines Fußbodens oder einer Zimmerdecke (R.Ger. LII Nr. 63, Rspr. d. O.L.G. IV 285, IX 45), einer Treppe; Ablösung das Herausfliegen und Zersplittern einer Türglasscheibe (ebd. V 249), das Herabfallen von Dachziegeln, Fensterladen (R.Ger. LX Nr. 104), Schutzdrähten (Seuff. LXIV Nr. 30). Mittelbare Verursachung genügt (R.Ger. LII Nr. 63: Verletzung durch Sturz infolge Einbrechens des Fußbodens; Rspr. d. O.L.G. IX 46, Seuff. LXIV Nr. 30).

richtung oder mangelhafter Unterhaltung ist⁹⁵. Sie trifft den Eigenbesitzer des Grundstücks und neben ihm den früheren Eigenbesitzer, falls bei Eintritt des Unfalls noch kein Jahr seit Beendigung seines Besitzes verstrichen ist⁹⁶. Nur wenn ein Anderer das Gebäude oder Werk in Ausübung eines Rechtes in selbständigem Eigenbesitz hat, haftet er an Stelle des Grundstücksbesitzers⁹⁷. Neben dem Eigenbesitzer ist verantwortlich, wer die Unterhaltung des Gebäudes oder Werkes für ihn vertragsmäßig übernimmt oder kraft eines ihm zustehenden Nutzungsrechtes zu bewirken hat⁹⁸. Mehrere zum Schadensersatz verpflichtete Personen haften als Gesamtschuldner⁹⁹. Der Anspruch auf Schadensersatz steht dem Verletzten zu¹⁰⁰. Der Anspruch fällt aber weg, wenn der an sich für den Einsturz oder die Ab-

⁹⁵ Zwischen dem Sachfehler und dem Ereignis muß Kausalzusammenhang bestehen, es genügt aber wieder mittelbare Verursachung. So z. B., wenn ein Sturm oder ein anderes Naturereignis oder eine menschliche Tätigkeit, wie Anstoßen oder Anlehnen, mitgewirkt hat; vgl. R.Ger. LXXVI Nr. 67, Seuff. XLVIII Nr. 6, LVII Nr. 62.

⁹⁶ B.G.B. § 836. Also auch den besitzenden Nichteigentümer, nicht aber den nicht besitzenden Eigentümer. Mittelbarer Eigenbesitz genügt; vgl. oben Bd. II 220 Anm. 45.

⁹⁷ B.G.B. § 837. Natürlich kommt es auch hier nicht darauf an, ob der Besitzer das Recht, das er als ein ihm zustehendes ausübt, wirklich hat; R.Ger. b. Seuff. LXXI Nr. 140. Somit ist § 837 nicht nur anwendbar, wenn das Gebäude oder Werk nicht als Grundstücksbestandteil gilt (oben Bd. II 45 ff.), sondern möglicherweise auch, wenn es zwar Grundstücksbestandteil ist, aber (gemäß § 865, oben Bd. II 218) in gesondertem Eigenbesitz steht. Dagegen entlastet bloßer Nutzungsbesitz eines Anderen den Grundstücksbesitzer nicht. Somit haftet dieser weiter für das vermietete oder verpachtete Gebäude; R.Ger. LIX Nr. 4. Aber auch für das vom Erbbauberechtigten oder vom Nießbraucher benutzte Gebäude, falls dieses nicht vom Berechtigten als gesonderter Eigentumsgegenstand besessen wird. Der Nutzungsbesitzer kann immer nur aus § 838 neben dem Eigenbesitzer, niemals aus § 837 statt seiner haften. A. M. Raape b. Dernburg⁴ § 398 Anm. 11.

⁹⁸ B.G.B. § 838. So also einerseits der Verwalter, der Baumeister, aber auch der Mieter oder Pächter, soweit er sich vertragsmäßig zur Unterhaltung verpflichtet hat, andererseits der Pächter eines landwirtschaftlichen Grundstücks, der Nießbraucher, der als Ehemann oder kraft elterlicher Gewalt Nutzungsberechtigte in dem durch die §§ 582, 1041, 1384, 1654 bestimmten Umfang, sowie auch der nach § 1021 zur Unterhaltung einer Anlage verpflichtete Grunddienstbarkeitsberechtigte.

⁹⁹ Doch ist im Verhältnis zum mithaftenden Besitzer der Unterhaltungspflichtige und im Verhältnis zu jedem aus den §§ 836—838 Haftenden ein schuldiger Dritter gemäß § 840³ allein verpflichtet; oben § 212 S. 918 Anm. 47.

¹⁰⁰ Doch kann, wenn er den Schaden mitverursacht hat, sein Ersatzanspruch ganz oder teilweise durch § 254 ausgeschlossen sein; oben § 212 S. 920 ff. Anm. 52, 56, 58.

lösung verantwortliche Besitzer oder Unterhaltungspflichtige nachweist, daß er die zur Abwendung der Gefahr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat¹⁰¹. Daß die Unterlassung der gehörigen Sorge für Abwehr der Einsturzgefahr als Verschulden gilt, beruht nicht auf einer Ausnahmebestimmung, sondern auf der Anwendung des im heutigen Recht überhaupt durchgedrungenen Grundsatzes, dem zufolge der Eigentümer verpflichtet ist, dafür Sorge zu tragen, daß seine Sache nicht Anderen gefährlich wird¹⁰². Die Besonderheit der Gesetzesbestimmungen über Gebäudeeinsturz besteht also in der Umkehrung der Beweislast¹⁰³. Gerade damit aber empfängt die Haftung für die durch fehlerhaft errichtete Gebäude und gleichgestellte Werke verursachten Schäden den Charakter einer Gefährdungshaftung, die grundsätzlich Verursachungshaftung und nur durch die Möglichkeit der Haftbefreiung im Falle schuldloser Verursachung stark abgeschwächt ist¹⁰⁴.

¹⁰¹ B.G.B. § 836 Abs. 1 S. 1 mit § 837 u. 838; vgl. R.Ger. LXXVI Nr. 67, Seuff. LXI Nr. 6, Gruchot L 977, LIII 1027. Der frühere Besitzer braucht eigne Sorgfalt nur für seine Besitzzeit nachzuweisen und kann sich überdies durch den Nachweis befreien, daß ein späterer Besitzer durch Beobachtung der erforderlichen Sorgfalt die Gefahr hätte abwenden können; B.G.B. § 836 Abs. 2. — Ist der Besitzer schuldunfähig, so soll er nach Dernburg § 398 III 3, Oertmann, Bem. 6, Enneccerus § 456 I 5 überhaupt haftfrei sein. Jedenfalls haftet er im Rahmen des § 829; R.G. b. Seuff. LXXI Nr. 59. Man wird ihm aber auch, um nicht zu einem sinnwidrigen Ergebnis zu gelangen, nach Analogie des § 278 ein Verschulden seines gesetzlichen Vertreters zurechnen müssen; Kipp b. Windscheid S. 953, Planck, Bem. 2; a. M. R.Ger. a. a. O. Den gesetzlichen Vertreter selbst aus § 838 haften zu lassen, wie Dittenburger, Schutz des Kindes, S. 64, will, ist unzulässig. Dieselbe Lösung drängt sich mit noch größerer Wucht im Falle des § 833² auf, wenn der Tierhalter schuldunfähig ist; oben S. 947 Anm. 58.

¹⁰² Oben Bd. II 416 Anm. 52, 547 Anm. 11. In diesem Sinne führt das R.Ger. LII Nr. 98 S. 376 zutreffend aus, daß das dem römischen Recht fremde Prinzip des § 836 auch gegenüber dem Eigentümer eines morschen Baumes Platz greifen muß, wenn durch den Zusammenbruch des Baumes ein Schaden entsteht und der Eigentümer zur Abwendung dieser Gefahr nicht die im Verkehr erforderliche Sorgfalt angewandt hat.

¹⁰³ Wenn diese Bestimmungen fehlten, würde der Verletzte auf dieselben Tatbestände einen Anspruch aus § 823 gründen können, sobald er nur den Schuldbeweis führt; vgl. R.Ger. b. Seuff. LXXI Nr. 59. Andererseits kann er auch, wenn der Gebäudeeinsturz nicht durch Sachfehler verursacht ist, aus § 823 auf Ersatzleistung klagen, wenn der Beklagte den Unfall anderweit verschuldet, und muß dann nur seinerseits den Schuldbeweis führen.

¹⁰⁴ Das Verhältnis ist ganz ähnlich, wie seit der Novelle bei der Haftung des Tierhalters im Falle des § 833²; vgl. oben S. 947 ff. Anm. 57—60. Wenn Enneccerus hier Gefährdungshaftung annimmt (§ 466 III), hätte er folge-

§ 215. Rechtsfolgen der unerlaubten Handlung.

I. Schadensersatz und Buße. Wir haben oben gesehen, daß die unerlaubte Handlung ihrem Begriffe gemäß eine schuldrechtliche Verpflichtung zur Ersatzleistung an den Verletzten begründet, die Ersatzleistung aber in Privatstrafe oder Schadensersatz bestehen kann¹.

1. Geschichtliche Entwicklung. Im Kompositionensystem des alten deutschen Rechtes trugen Wergeld und Buße, da sie aus dem Abkauf der Rache durch ein Sühngeld hervorgegangen waren und gleich der Rache auf Genugtuung abzielten, überwiegend strafrechtlichen Charakter. Doch erfüllten sie zugleich den Zweck einer Ausgleichung des Schadens, den im Falle der Tötung die Sippe oder der sonstige Wergeldempfänger und bei anderen Delikten der Bußempfänger erlitten hatte². Soweit dann bei den schwereren absichtlichen Missetaten gegen die Person oder das Vermögen Wergeld und Buße durch öffentliche Strafen verdrängt wurden³, traten an ihre Stelle reine Schadensersatzansprüche des Verletzten gegen den Täter⁴. Im übrigen entfaltete das Wergeld, das nach wie vor namentlich bei Ungefährwerk geschuldet wurde, nunmehr überwiegend seine Ersatzfunktion⁵. Die Buße

richtig auch die Haftung für Gebäudeeinsturz nicht als reine Verschuldenshaftung konstruieren dürfen. — Die Haftung des vertragsmäßig zur Unterhaltung Verpflichteten aus § 838 jedoch ähnelt mehr der des Tierhüters (oben S. 948 Anm. 63).

¹ Oben § 211 I 2 S. 881.

² Über das Verhältnis der Straf- und Entschädigungsfunktion von Wergeld und Buße vgl. Wilda S. 314 ff., Brunner, R.G. I² 120, 230, II 613, A. B. Schmidt a. a. O. S. 1 ff., Hammer a. a. O. S. 97 ff., V. Friese, Strafr. d. Ssp. S. 171 ff.

³ Peinliche Strafe schließt Wergeld und Buße aus; Ssp. III 50.

⁴ Hammer S. 65 ff.; Friese S. 173 Anm. 11.

⁵ So bes. im Sachsenspiegel; vgl. Hammer S. 97 ff. Freilich streifte es seinen poenalen Charakter nicht durchweg ab, wie aus Ssp. II 14 § 1 (neben Wette) und auch III 45 erhellt. Dies führt Friese a. a. O. gegen Hammer richtig aus, verkennt aber das überall hervortretende Übergewicht des Ersatzgedankens. So heißt es bei absichtsloser Tötung im Ssp. II 38: he mut in gelden, alse sin wergeld stat; bei der Tötung oder Verletzung durch ein Tier II 40 § 1: den scaden nach rechtem wergelde oder nach sime werde beteren; bei der Missetat des Kindes II 65: mit dem Wergeld bessern oder den Schaden gelden na sinem werde. Deutlich tritt der Gedanke der Entschädigung auch bei der Besserung der Verstümmelung mit einem für die einzelnen Glieder ungleich bemessenen Teile des Wergeldes zutage; II 16 § 5—7. Lediglich fixierter Schadensersatz ist das Wergeld der Tiere (II 54 § 5, III 48, 51), weshalb sogar daneben Buße verwirkt sein kann (III 48 § 2) und bei Tieren ohne Wergeld der Ersatz ihres individuellen Wertes an die Stelle tritt (III 47 § 2, 51 § 2).

dagegen entwickelte mehr und mehr den Charakter der Privatstrafe⁶, so daß bei unerlaubten Handlungen, bei denen die feste Buße nicht als ausreichender Ersatz empfunden wurde, daneben der im Einzelfalle zugefügte Schaden zu ersetzen war⁷. Unerlaubte Handlungen, die so wenig mit Buße wie mit öffentlicher Strafe bedroht waren, begründeten ausschließlich eine Schadensersatzpflicht⁸.

Nach der Rezeption gab die herrschende Lehre die Privatstrafen des römischen Rechts, das bei den meisten Einzeldelikten dem Verletzten bald einen selbständigen Strafanspruch, bald einen Strafzusatz zum Schadensersatzanspruch gewährte⁹, für gemeines deutsches Recht aus¹⁰. Doch wurden sie vom wirklichen Rechtsleben fast durchweg abgelehnt oder mindestens wieder abgestoßen¹¹.

⁶ Darum folgt ihr stets das Strafgeld (Gewette) an den Richter; Ssp. I 53 § 1. Doch erfüllt sie immer noch da, wo der Verletzte außer ihr keinen Ersatzanspruch hat, zugleich die Funktion des Ausgleiches für erlittenen Schaden; vgl. z. B. Ssp. II 16 § 6, 8—9, 34 § 1, 37 § 1.

⁷ So schon zur Zeit der Volksrechte; Brunner, R.G. II 613, Schröder, R.G.⁵ S. 357. Vgl. ferner Ssp. II 29, 46 § 4, 47, III 47 § 1, 86 § 1—2, 87 § 1—2 (bute geven und in aus dem schaden nemen).

⁸ Brunner I² 140, II 547. Vgl. z. B. Ssp. II, 49 § 2, 62 § 1, 65 § 1, 49 § 2, III 20 § 1, 48 § 3, 51 § 2. Dabei wurden die ursprünglich auch für den reinen Schadensersatz geltenden festen Ansätze durch die Schätzung des konkreten Schadensbetrages verdrängt; oben § 176 S. 77 Anm. 59—60.

⁹ v. Savigny, Syst. V § 210—212, O.R. II § 82—84. Windscheid § 326, 2, § 453, 2, § 454, 1—3, § 455, 5, § 456, 1—5, § 472. N. Hailliant, Die römischen Privatstrafen, 1884. — Daß ursprünglich alle römischen Deliktssklagen überhaupt rein poenal waren, hat E. Levy, Privatstrafe und Schadensersatz im klassischen römischen Recht, 1915, wahrscheinlich gemacht. Ihm zufolge war die poena von Hause aus die gesetzlich zu festem Geldbetrage abgeschätzte Privatrache, die nichts von Schadensersatz enthielt; die reipersekutorische Funktion sei erst später in die Deliktssklagen aufgenommen.

¹⁰ Vgl. Windscheid § 326 Anm. 5 mit umfassenden Literaturangaben. Die Meinung, daß „grundsätzlich“ die römischen Privatstrafen bei uns anwendbar seien, behauptete sich, obschon man die Beseitigung der meisten von ihnen zugeben mußte, bis in die neueste Zeit. Doch verstummte, seitdem zuerst Thomasius, de usu actionum poenaliu[m] juris Romani in foro Germanico, 1693, Widerspruch erhoben hatte, niemals die gegenteilige Meinung. Für diese bes. Savigny, O.R. II § 84, Beseler § 53 Z. 5, Stobbe-Lehmann § 258, Dernburg, Pand. I § 135, II § 129.

¹¹ Bezeichnend ist, daß nicht einmal die ausdrückliche Anerkennung der actio furti in der CCC a. 157, 158 der Privatstrafe des Diebstahls Eingang verschaffte. Einzelne Partikularrechte, wie das Württ. G. v. 5. Sept. 1839 a. 8, schafften die Privatstrafen ausdrücklich ab. — Vgl. auch oben Bd. I § 39 S. 336 ff. Anm. 6 u. 8 über die römischen Privatstrafen der unerlaubten Selbsthilfe.

Eine Ausnahme machte nur die mit der römischen *actio aestimatoria* wegen *injuria* einklagbare Privatstrafe, die indes gleichfalls in Partikularrechten abgeschafft wurde¹² und mit der Reichsstrafgesetzgebung auch aus dem gemeinen Recht verschwand¹³. Aber auch das deutschrechtliche Bußensystem, das im späteren Mittelalter bereits im Absterben begriffen war, ging bis auf geringe Reste unter¹⁴. Das Wergeld fristete zwar im Sachsenrecht sein Leben¹⁵, kam aber allmählich außer Gebrauch¹⁶. Dagegen erhielt sich bis in die neueste Zeit die von der sächsischen Praxis seit dem 16. Jahrhundert ausgebildete „Sachsenbuße“, die wegen Freiheitsberaubung in Höhe von 40 Groschen für jeden Tag der Gefangenhaltung neben dem Schadensersatz zu entrichten war¹⁷. Gemeinrechtlich drang als Ersatz für die Buße der Anspruch auf ein „Schmerzensgeld“ durch, das im Falle der Körperverletzung wegen der erlittenen Schmerzen in einem nach den Umständen zu bemessenden Betrage gefordert werden konnte¹⁸. Der Anspruch auf Schmerzensgeld

¹² So Const. Saxon. IV, 42; Lüneb. Ref. VIII, 19. Dagegen behielt sie das Württ. G. v. 1839 a. 17 alternativ bei.

¹³ E.G. z. Str.G.B. § 2, z. Str.Pr.O. § 11. Nur als Schadensersatzklage behauptete sich die *actio injuriarum* unter Abstreifung ihres poenalen Bestandteils in der gemeinrechtlichen Praxis; vgl. O.L.G. Hamb. b. Seuff. LI Nr. 179.

¹⁴ Inwieweit die Buße im „Pfandgelde“ fortlebte, ist oben Bd. I § 39 S. 350 ff. Anm. 86—88 gezeigt.

¹⁵ Es wurde auf 240 (bei Weibern auf 120) Taler fixiert, im Kurfürstentum auf 20 resp. 10 Taler herabgemindert; Const. Sax. IV, II (bei Gliedverlust nach IV, 42 willkürliche Buße).

¹⁶ Noch im Jahre 1882 wurde in Reufs. j. L. eine Klage auf Wergeld (aus Ssp. II 63) in Höhe von 720 Mark angestrengt, jedoch vom O.L.G. Jena (unter Berufung auf das nicht erloschene poenale Element) abgewiesen; Seuff. XXXVIII Nr. 122.

¹⁷ Haubold § 302 Anm. e—f, Heimbach § 259 Anm. 8, Weiske, Abh. S. 108 ff. Beibehalten in Sächs. Gb. § 1497. Man rechtfertigte den Fortbestand gegenüber dem Reichsrecht durch die Deutung dieser Buße als Entschädigung für das erlittene Unlustgefühl.

¹⁸ Vgl. Gensler, Arch. f. z. Pr. I 143 ff.; Seitz, Unters. über die heutige Schmerzensgeldklage, 1860; v. Wächter, Die Buße bei Beleidigungen und Körperverletzungen, 1874, S. 72 ff.; Stobbe-Lehmann § 260 II 2; Windscheid § 454, 7. — Das Schmerzensgeld begegnet schon seit dem 14. Jahrh.; Rsb. n. D. II d. 2, 3, Purgoldt IV 24, Hammer S. 105, Stobbe a. a. O. Anm. 28. Es wurde dann besonders auf Grund der CCC. a. 20—21 ausgebildet und fast allgemein als gemeinrechtliches Institut anerkannt; vgl. die b. Stobbe Anm. 27 u. Windscheid Anm. 30 angef. Entsch. (abweichend nur O.A.G. Wiesbaden Seuff. XIII Nr. 31), sowie schliesslich R.Ger. VIII Nr. 29, Seuff. XXXVIII Nr. 121. Von den Gesetzbüchern nahm es das Preufs. A.L.R. I, 6, § 112—114, jedoch nur für die niederen Stände und mit Begrenzung des Betrages nach unten und

entsprang aus jeder schuldhaften Körperverletzung¹⁹, war aber unvererblich²⁰. Wegen seines Zusammenhanges mit der Buße wurde ihm früher ziemlich allgemein ein poenaler Charakter zugeschrieben²¹. Neuerdings drang jedoch die Ansicht durch, daß er lediglich als Schadensersatzanspruch wegen der erlittenen Unlust aufzufassen und deshalb von der reichsgesetzlichen Aufhebung der Privatstrafen für Körperverletzung nicht berührt sei²².

So war das Ergebnis der Entwicklung des gemeinen Rechts, daß aus unerlaubter Handlung lediglich Schadensersatzansprüche entspringen. Auf demselben Standpunkte stehen die neueren Gesetzbücher. Auch das B.G.B. führt ihn durch. Doch hat sich der Gedanke, daß dem Verletzten mindestens in gewissen Fällen außer dem Ersatz des materiellen Schadens eine Genugtuung für das zugefügte Unrecht gebührt, in zwei an Stelle der Privatstrafen getretenen Rechtsbildungen wiederum Bahn gebrochen: in dem Anspruch auf Ersatz auch des immateriellen Schadens und in der modernen Buße.

2. Schadensersatzpflicht überhaupt. Inhalt und

oben, auf. Allgemein ferner Öst. Gb. § 1325, Zürch. Gb. § 1845, Sächs. Gb. § 1489 (älteres sächs. R. b. Wächter S. 85 Anm. 67, thüring. b. Heimbach § 259). Abgeschafft wurde es im Bad. L.R. a. 1382 f u. Württ. G. v. 1839 a. 14.

¹⁹ Vgl. Seuff. XXXI Nr. 231, 232, XLI Nr. 104 (R.Ger.), XLV Nr. 12 (Obst. L.G. f. Bayern), XLVI Nr. 257. Nur nach Preufs. L.R. § 112 bloß bei grobem Versehen.

²⁰ Seuff. VIII Nr. 138, XXXI Nr. 230, XLVII Nr. 271. „Der Schmerz stirbt mit dem Verletzten.“ Anders nur nach Eintritt der Rechtshängigkeit. — So auch die österr. Praxis; vgl. M. Kössler, Die Vererblichkeit des Schmerzensgeldes nach öst. R. (Sonderabdruck aus Öst. Zentralblatt für die juristische Praxis Bd. 30), der seinerseits Vererblichkeit behauptet, sobald der Wille der Geltendmachung irgendwie erklärt ist.

²¹ Vgl. Gensler a. a. O. S. 147, Seitz a. a. O. S. 164 ff., Gengler § 131, Windscheid in den 3 ersten Aufl., das ältere sächs. R. (Schmidt I 480 ff.), Lüb. O.A.G. b. Seuff. XXXII Nr. 239, das denn auch konsequent Aufhebung durch das R.Str.G.B. annimmt.

²² v. Wächter S. 73 ff., Windscheid, Anm. 31 (seit der 4. Aufl.), Stobbe, Anm. 31—32; R.Ger. VIII Nr. 29, Seuff. XXXI Nr. 232, XXXVIII Nr. 121, XLIII Nr. 115, XLVI Nr. 257 (Obst. L.G. Bayern). — Überwiegend nahm man daher auch an, daß, soweit neben Unfallrente Schadensersatz zu leisten ist, das Schmerzensgeld inbegriffen sei; Seuff. LIX Nr. 226, LXVI Nr. 2; anders ebd. XLIX Nr. 119, LVI Nr. 197. Auch neben Ersatzansprüchen aus dem Reichshaftpflichtges. ließ man vielfach landesrechtliche Ansprüche auf Schmerzensgeld zu; R.O.H.G. XXIV 311 ff., R.Ger. I Nr. 101, Seuff. XXXV Nr. 29; anders R.O.H.G. XIX 397 ff., R.Ger. XI Nr. 15, Seuff. XXXII Nr. 68, XXXIX Nr. 302.

Umfang der Verpflichtung zum Schadensersatz, die das B.G.B. bei jedem einzelnen Deliktstatbestand ausdrücklich festsetzt, richten sich nach den allgemeinen Vorschriften über Schadensersatz²³. Demgemäß geht auch hier der Anspruch des Verletzten in erster Linie auf Wiederherstellung und nur subsidiär auf Ausgleich durch Geldzahlung²⁴. Ebenso ist auch hier grundsätzlich stets der volle durch die unerlaubte Handlung verursachte Schaden zu ersetzen, ohne daß, wie in anderen Gesetzbüchern, eine Abstufung nach dem Grade des Verschuldens stattfindet²⁵, tritt jedoch im Falle der Mitverursachung durch den Verletzten eine billige Schadensverteilung gemäß § 254 B.G.B. ein²⁶. Doch gelten einzelne Besonderheiten.

3. Vermögensschaden. Die Schadensersatzpflicht umfaßt stets den durch die unerlaubte Handlung verursachten Vermögensschaden. Dieser aber ist in mehrfacher Richtung besonders geregelt.

a. Verletzung der Person. Richtet sich die unerlaubte Handlung gegen die Person, so erstreckt sich die Verpflichtung zum Schadensersatz auf die Nachteile, welche die Handlung für

²³ Vgl. oben § 176 II 5 S. 73 ff. und die dort Anm. 43 angef. Schriften.

²⁴ Oben § 176 S. 75 ff. Anm. 50—56. — Auf Grund des § 249 B.G.B. kann, wie Dernburg, Jur.W.Schr. 1908 S. 161 ff., B.R. § 390 III, zutreffend ausführt, der Richter auch den Verletzer fremder Ehre zu Widerruf und Ehrenerklärung verurteilen; zustimmend Crome § 327 Anm. 11, Staudinger zu § 824 Bem. 7 a, Schulz-Schäffer I 165 ff. Vgl. auch O.L.G. Hamb. b. Seuff. LXIV Nr. 29 S. 63. Abweichend R.Ger. LX Nr. 4. — Auch der im gem. R. dem Beleidigten neben dem Geldanspruch gewährte Anspruch auf Abbitte, Ehrenerklärung und Widerruf erfüllte ursprünglich die Wiederherstellungsfunktion; vgl. v. Wallenrodt, Z. f. R.G. III 238 ff. Er wurde aber, obschon von Hause aus nur der Anspruch auf Abbitte Strafcharakter trug, mehr und mehr im Ganzen als Privatstrafanspruch aufgefaßt und als solcher für beseitigt durch das R.Str.G.B. angesehen; Windscheid § 472 Anm. 8, Binding, Strafr. I 304 Anm. 27.

²⁵ Oben § 176 S. 78 ff. Anm. 62—68. Doch ermöglichen auch hier die Vorschriften über die richterliche Feststellung des Schadens eine Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls; ebd. S. 77 Anm. 59—61 (über Besonderheiten bei der Feststellung des Wildschadens oben § 213 Anm. 83). Ferner kommen die Regeln über Vorteilsausgleichung und die Bestimmung des § 255 B.G.B. in Betracht; oben § 176 S. 84 ff. Anm. 85—88. — Soweit die Verantwortlichkeit ohne Verschulden eintritt, sind mangels abweichender Bestimmung die allgemeinen Vorschriften über den Umfang des Schadensersatzes gleichfalls anwendbar.

²⁶ Oben § 176 S. 80 ff. Anm. 69—75, § 212 V S. 819 ff., § 214 I 2 e u. 4 Anm. 84—85.

den Erwerb oder das Fortkommen des Verletzten herbeiführt²⁷. Dies gilt für jeden zum Schadensersatz verpflichtenden Eingriff in den Persönlichkeitsbereich²⁸. Damit wird dem Verletzten neben dem selbstverständlichen Anspruch auf Ersatz des unmittelbar durch die Handlung verursachten Vermögensschadens²⁹ auch der Anspruch auf Entschädigung wegen Aufhebung oder Schmälerung seiner künftigen Erwerbsfähigkeit oder wegen Erschwerung seines künftigen Fortkommens ausdrücklich gewährleistet³⁰.

Genauer geregelt ist die Schadensersatzpflicht für den Fall, daß durch Verletzung des Körpers oder der Gesundheit die Erwerbsfähigkeit des Verletzten aufgehoben oder vermindert oder eine Vermehrung seiner Bedürfnisse verursacht wird³¹. Der Ersatz für diesen Schaden ist durch Entrichtung einer Geldrente zu leisten³². Die Zuerkennung der Rente setzt voraus, daß infolge der leiblichen oder gesundheitlichen Schädigung für die Zu-

²⁷ B.G.B. § 842. Dies entspricht im Grundgedanken dem bisherigen Recht. Vgl. über das gem. R. Stobbe § 260 II (mit den in Anm. 22 angef. Entsch.). Ferner Preufs. A.L.R. I § 115 ff. (mit sehr kasuistischen Abstufungen nach den Graden des Verschuldens); Öst. Gb. § 1325 ff.; Sächs. Gb. § 1489 ff., 1497 ff.; Schweiz. O.R. a. 52—53 (45—46).

²⁸ Also für Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit, der Freiheit, der Ehre (vgl. B.G.B. § 824), des Namenrechts und anderer besonderer Persönlichkeitsrechte.

²⁹ Dazu gehören im Falle der Körperverletzung nicht nur die Kosten der Heilung und des während der Krankheit erforderlichen vermehrten Aufwandes (vgl. Preufs. L.R. § 111, Öst. Gb. § 1325, Sächs. Gb. § 1489, R.H.Pf.G. § 3a Kr.F.G. § 11), sondern auch der während der Krankheit durch Behinderung der Erwerbstätigkeit entgangene Gewinn. Die Kosten der versuchten Heilung, der Mehraufwand und der verlorene Arbeitsverdienst sind auch im Falle der Tötung, wenn der Tod nicht sofort eintritt, zu ersetzen (Preufs. L.R. § 98, Sächs. Gb. § 1491, Schweiz. O.R. a. 52 (45²), H.Pf.G. § 3¹, K.F.G. § 10¹); diese Ersatzansprüche sind vom Getöteten selbst erworben und werden vererbt.

³⁰ Eine Erschwerung des Fortkommens liegt auch in der Entziehung oder Verminderung der Heiratsgelegenheit für eine weibliche Person durch Verunstaltung oder sonstige dauernde Schädigung; Dernburg § 388 II 1, Oertmann zu § 842 Bem. 2c, Enneccerus § 461 III 1; Rspr. d. O.L.G. XII 119. So auch nach gem. R., vgl. Seuff. XVIII Nr. 42, Preufs. L.R. § 126—127. Vgl. auch Öst. Gb. § 1326, Sächs. Gb. § 1490.

³¹ B.G.B. § 843. Mit geringen Abweichungen übereinstimmend H.Pf.G. § 3a, 7, K.F.G. § 11, 13.

³² Auf die Rente ist § 760 anwendbar; sie ist daher vierteljährlich im Voraus zu entrichten, was das R.Ger. LXIX Nr. 66 für eine den Richter bindende Vorschrift erklärt. Je nach den Umständen kann Sicherheitsleistung gefordert werden (jedoch nach R.Ger. LX Nr. 101 erst, wenn auch die Rente bereits gefordert werden kann).

kunft eine Verminderung der Einnahmen oder eine Vermehrung der Ausgaben in Aussicht steht, die andernfalls nicht eintreten würde³³. Die Höhe und die Dauer der Rente sind den Umständen gemäß nach richterlichem Ermessen festzusetzen; ausnahmsweise kann der Verletzte statt der Rente eine Abfindung in Kapital verlangen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt³⁴. Im Falle einer wesentlichen Veränderung der Verhältnisse, die für die Festsetzung der Höhe und Dauer der Rente maßgebend waren, kann jeder Teil im Wege der Klage eine entsprechende Abänderung des Urteils verlangen³⁵. Durch die einem Dritten obliegende Verpflichtung, dem Verletzten Unterhalt zu gewähren, wird dessen Ersatzanspruch nicht ausgeschlossen³⁶. Ob der Verletzte sich einen infolge der Verletzung erlangten sonstigen Vorteil anrechnen lassen

³³ Steht fest, daß der Verletzte von seiner Erwerbsfähigkeit ohnehin keinen Gebrauch machen würde, so kommt ihre Minderung nicht in Betracht. Dagegen ist für die Entziehung oder Minderung der wegen jugendlichen Alters noch nicht vorhandenen, aber für die Zukunft zu erwartenden Erwerbsfähigkeit Ersatz zu leisten; R.Ger. b. Seuff. XXXIX Nr. 305, LXIII Nr. 250. Berufswechsel ist in der Regel dem Verletzten nicht zuzumuten, Seuff. LXIII Nr. 13; bei der Berufswahl des Kindes aber ist seine verbliebene Geeignetheit zu berücksichtigen, ebd. LIII Nr. 18. Auch die Ehefrau, die nur im Hausstande oder Gewerbe des Mannes tätig ist, hat wegen verminderter Erwerbsfähigkeit einen selbständigen Ersatzanspruch. Es ist ein arger Mißgriff, wenn das R.Ger. ihr einen solchen zwar bei allgemeiner Gütergemeinschaft zuspricht, bei gesetzlichem Güterstande aber, weil nur der Mann geschädigt sei, versagt; LXIII Nr. 50, LXXIII Nr. 81, Seuff. LXVIII Nr. 128. Neuerdings hat das R.Ger. LXXXV Nr. 15 wenigstens einer im gesetzlichen Güterstande lebenden Frau, die den Haushalt aus den Einkünften ihres Vorbehaltsguts bestritten hatte und sich infolge ihrer Verletzung bei Führung des Haushalts einer bezahlten weiblichen Hilfskraft bedienen mußte, einen selbständigen Ersatzanspruch gewährt. Mitverschulden des Mannes steht auch bei allgemeiner Gütergemeinschaft dem Anspruch der Frau nicht entgegen; R.Ger. b. Seuff. LXXI Nr. 36.

³⁴ So z. B., wenn der Verpflichtete die geforderte Sicherheit nicht stellt, in Vermögensverfall zu geraten droht oder im Auslande wohnt (Seuff. LXII Nr. 108), aber auch, wenn der Berechtigte dringend eines Kapitals bedarf. Mehreren Verpflichteten gegenüber kann nur einheitlich auf Rente oder Kapital erkannt werden; R.Ger. LXVIII Nr. 105; a. M. Oertmann, Bem. 3 b β.

³⁵ Z.P.O. § 323. Die Rente kann also für die Zeit seit der Klageerhebung aufgehoben, höher oder niedriger bemessen, anders befristet, auch durch Kapitalabfindung ersetzt werden. Ebenso kann der Berechtigte nachträglich Sicherheitsleistung oder Erhöhung der bestellten Sicherheit verlangen; Z.P.O. § 324, H.Pf.G. § 7³, K.F.G. § 13³.

³⁶ Dies gilt für den gesamten Schadensersatzanspruch; R.Ger. LXV Nr. 44, Seuff. LXXI Nr. 112, Oertmann, Vorteilsausgleichung S. 107 ff. Gleiches war im gemeinen Recht anzunehmen; Seuff. XLVIII Nr. 32 (R.Ger.).

mufs, entscheidet sich nach den allgemeinen Grundsätzen über Vorteilsausgleichung³⁷.

b. Mittelbarer Schaden. Soweit eine unerlaubte Handlung nicht blofs dem unmittelbar Verletzten gegenüber als solche gilt, sondern zugleich als widerrechtlicher Eingriff in die Privatrechtssphäre eines Dritten gewertet wird, hat auch der Dritte Anspruch auf Ersatz des ihm mittelbar zugefügten Schadens. Dies ist namentlich der Fall, wenn eine gegen die Person gerichtete unerlaubte Handlung gleichzeitig vermögensrechtliche Ansprüche aus Familienangehörigkeit verletzt³⁸. Für den hier zu leistenden Schadensersatz gelten besondere Regeln, die sich teils nur auf die Tötung, teils zugleich auf die Verletzung des Körpers, der Gesundheit und der Freiheit beziehen³⁹.

Wer für Tötung verantwortlich ist, hat zunächst stets die Beerdigungskosten dem Beerdigungspflichtigen zu ersetzen⁴⁰.

Er ist ferner verpflichtet, für die Entziehung von gesetzlichen Unterhaltsansprüchen Schadensersatz zu leisten⁴¹. Der

³⁷ Oben § 176 S. 85. Danach ist regelmäfsig zwar eine Beamtenpension, nicht aber eine Forderung aus einem Versicherungsvertrage oder sonstigem Vertragsverhältnis anzurechnen. Vgl. Oertmann, Vorteilsausgleichung S. 111 ff., 142 ff., sowie Bem. 5c zu § 843; R.Ger. LXIV Nr. 87, LXVIII Nr. 13, LXX Nr. 30. Doch gelten besondere Bestimmungen nach R.H.Pf.G. § 4 u. R.V.O.

³⁸ Oben § 211 S. 893 Anm. 45. Doch sind auch andere Fälle möglich. So z. B. nach § 826; vgl. R.Ger. LXXIX Nr. 12, Enneccerus § 462 Anm. 1.

³⁹ B.G.B. § 844—846. Unter „Tötung“ ist hier nicht blofs die vorsätzliche oder fahrlässige Tötung des Str.G.B., sondern jede als unerlaubte Handlung qualifizierte Verursachung des Todes zu verstehen. Somit auch Körperverletzung mit tödlichem Ausgang, R.Ger. LXV Nr. 75, LXVI Nr. 59. Ebenso Tötung durch ein Tier, falls der Tierhalter nach § 833 haftet. Einwilligung des Getöteten ist einflusslos; R.Ger. LXVI Nr. 71, oben § 211 S. 883 Anm. 11.

⁴⁰ B.G.B. § 844¹; R.H.Pf.G. § 3¹; K.F.G. § 10¹. So auch, während für das gem. Recht die Verpflichtung nicht anerkannt wurde (Seuff. XV Nr. 255), Preufs. L.R. § 98, Sächs. Gb. § 1491, Schweiz. O.R. a. 52¹ (45¹). Der Ersatzanspruch steht nach dem Gedanken des Gesetzes nur dem kraft Gesetzes Beerdigungspflichtigen (Erben oder Unterhaltspflichtigen) zu; vgl. Planck, Bem. 3; a. M. Staudinger, Bem. III A 1b, Oertmann, Bem. 5a, Enneccerus § 462 Anm. 4. Die Kosten einer nicht durch die Umstände gebotenen Überführung der Leiche an einen anderen Ort brauchen nicht ersetzt zu werden; R.Ger. LXVI Nr. 71 S. 308 ff. — Nach dem Preufs. L.R. a. a. O. traten die „Trauerkosten“ hinzu.

⁴¹ B.G.B. § 844²; R.H.Pf.G. § 3²; K.F.G. § 10². So schon nach gemeinem Gerichtsgebrauch; vgl. Windscheid § 455 Anm. 19, Stobbe § 260 I 2 und die dort angef. (auch reichsgerichtl.) Entsch. Ebenso (in verschiedenem Umfange) nach Preufs. A.L.R. I 6 § 99—110, Öst. Gb. § 1327, Sächs. Gb. § 1492, Schweiz. O.R. a. 52³ (45³).

Ersatzanspruch steht jedem zu, dem gegenüber der Getötete zur Zeit der Verletzung unterhaltspflichtig war oder werden konnte⁴², setzt aber voraus, daß ihm infolge der Tötung der Unterhaltsanspruch gegen den Getöteten entzogen ist⁴³. Der Schadensersatz ist der Regel nach durch Entrichtung einer Geldrente zu leisten, deren Höhe gemäß den im Einzelfalle maßgebenden Vorschriften über die Unterhaltspflicht und deren Dauer einerseits nach der mutmaßlichen Lebensdauer des Unterhaltspflichtigen, andererseits nach der Zeit, während deren er voraussichtlich den Unterhalt zu gewähren gehabt hätte, zu bemessen ist⁴⁴. Auf die Rente finden die Vorschriften über die wegen Entziehung der Erwerbsfähigkeit

⁴² Auch dem zu dieser Zeit noch nicht geborenen, aber schon erzeugten Kinde; nicht aber dem etwa nach der Verletzung noch erzeugten Kinde oder angetrauten Ehegatten. In Betracht kommt nur der aktuelle Unterhaltsanspruch. Es ist aber nicht erforderlich, daß er schon aktuell geworden ist, genügt vielmehr, daß er, wenn der Unterhaltspflichtige am Leben geblieben wäre, voraussichtlich aktuell werden würde. So z. B., falls der Unterhaltsanspruch Bedürftigkeit voraussetzt und diese zur Zeit nicht vorliegt, daß ihr späterer Eintritt zu erwarten ist. Oder, soweit Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen erforderlich ist und diese dem Getöteten noch fehlte, daß sie voraussichtlich noch rechtzeitig eingetreten, z. B. der noch nicht erwerbsfähige getötete Sohn bei Lebzeiten der Eltern fähig geworden wäre, sie bei Verarmung zu unterstützen; Seuff. LXII Nr. 108, für das gem. R. ebd. LVII Nr. 218. Auch die Tötung des zur Zeit nur subsidiär Unterhaltspflichtigen begründet für den Fall, daß später seine Verpflichtung primär werden würde, den Ersatzanspruch.

⁴³ Er tritt also nicht ein, soweit die Unterhaltspflicht ausnahmsweise auf die Erben übergeht (vgl. B.G.B. § 1582, 1712), wohl aber auch in diesen Fällen, soweit die Erben die Gewährung verweigern können; R.Ger. LXXIV Nr. 106. Dagegen wird der Ersatzpflichtige dadurch nicht entlastet, daß anstatt des Getöteten ein Anderer (z. B. statt des Vaters die Mutter) unterhaltspflichtig wird. Gerade darum aber kann der subsidiär Verpflichtete dafür, daß durch die Tötung seine Unterhaltspflicht aktuell wird, keinen Schadensersatz vom Täter fordern; R.Ger. LXIV Nr. 85 u. 87; anders für das gem. R. b. Seuff. LVII Nr. 217.

⁴⁴ Es ist also unter Berücksichtigung aller in Betracht kommenden Umstände (bei unehelichen Kindern insbesondere auch der Fristbestimmung des § 1708) nach Wahrscheinlichkeitserwägungen zu bemessen, welchen Vermögensschaden, der ohne die Tötung nicht eingetreten wäre, der Ersatzberechtigte durch den Verlust des Unterhaltsanspruches erleidet. Ist der Ersatzanspruch aufschiebend bedingt (oben Anm. 42), so ist die Rente erst vom Zeitpunkt des Eintrittes der Bedingung an zu entrichten; doch kann vorher je nach den Umständen Klage auf künftige Leistung (Z.P.O. § 258) oder mindestens Feststellungsklage (R.Ger. J.W.Schr. 1907 S. 110 ff., 1909 S. 314, Warneyer I Nr. 48) angestellt werden. Möglich ist auch aus wichtigen Gründen die sofortige Zuerkennung einer Kapitalabfindung; Seuff. LXII Nr. 108.

durch Körperverletzung zu zahlende Rente entsprechende Anwendung; insbesondere also kann statt ihrer aus einem wichtigen Grunde Kapitalabfindung verlangt werden; auch kann bei einer Änderung der Verhältnisse jeder Teil auf Urteilsänderung klagen. Soweit der Ersatzberechtigte durch den Tod des Unterhaltspflichtigen einen rechtlichen Vorteil erlangt, hat er sich diesen nach den allgemeinen Grundsätzen über Vorteilsausgleichung anrechnen zu lassen⁴⁵.

Endlich hat, wer für Tötung, Körper- oder Gesundheitsverletzung oder Freiheitsentziehung verantwortlich ist, einem Dritten, dem der Verletzte zu Dienstleistungen im Hauswesen oder Gewerbe gesetzlich verpflichtet war, — also bei Verletzung einer Ehefrau dem Ehemann, bei Verletzung eines Hauskindes den Eltern —, Schadensersatz für die ihm entgehenden Dienste zu leisten⁴⁶. Auch diese Entschädigung ist regelmässig durch Entrichtung einer Geldrente zu bewirken⁴⁷. Ihr Betrag richtet sich nach dem Werte der Dienste, die das Familienhaupt mutmasslich empfangen haben würde, wenn der Verletzte nicht getötet

⁴⁵ So zwar nicht den Erwerb aus Beerbung des Getöteten schlechthin, wohl aber die dadurch erlangte dauernde Erhöhung der Einkünfte; R.Ger., J.W.Schr. 1907 S. 130, Z.S. LXXII Nr. 101. Ebenso sind der Witwe und den Kindern die bei gütergemeinschaftlicher Ehe aus dem angefallenen Gesamtgut fließenden Mehreinnahmen anzurechnen; R.Ger. LXIV Nr. 87 S. 355 ff., LXIX Nr. 65. Auch die bestrittene Frage nach dem Einfluß der Wiederverheiratung der Witwe auf ihren Rentenanspruch ist mit Oertmann, Vorteilsausgleichung S. 107 ff., Komm. zu § 844 Bem. 5 b 7, unter diesem Gesichtspunkt zu beantworten. Die Wiederverheiratung als solche ist einflusslos; Dernburg § 391 II 3 e, Seuff. XLVIII Nr. 226, LVII Nr. 217, R.Ger. b. Gruchot XLIV 943. Soweit aber der gegen den zweiten Ehemann erworbene Unterstützungsanspruch vollen Ersatz bietet, ist er als ein nur durch die Tötung ermöglichter Vorteil in Anschlag zu bringen, der durch § 843⁴ nicht dieser Bedeutung entkleidet wird. — Vertragsmäßig erworbene Versicherungsgelder sind auch hier nicht anzurechnen, wohl aber gesetzliche Witwen- und Waisengelder; oben S. 965 Anm. 37, R.Ger. LXIV Nr. 87 S. 351 ff.

⁴⁶ B.G.B. § 845. Dieser Ersatzanspruch ist bei der Haftung für Betriebsunfälle nach H.Pf.G. § 3^a u. K.F.G. § 11 ausgeschlossen; R.Ger. LVII Nr. 11, J.W.Schr. 1909 S. 483, 1911 S. 332. Im übrigen tritt er auch bei der Haftung für schuldlose Tötung (z. B. gegen den Tierhalter) ein.

⁴⁷ Auf diese finden die Vorschriften des § 843²⁻⁴ entsprechende Anwendung, so daß sie also ausnahmsweise durch Kapitalabfindung ersetzt werden kann. Die Rente ist aber nicht, wie die Renten aus § 843 und 844, dem Pfändungsverbot des § 850 Z.P.O. unterworfen, also auch frei übertragbar und aufrechenbar.

oder ganz oder teilweise dienstunfähig gemacht worden wäre⁴⁸. Der Ersatzanspruch des unmittelbar Verletzten wegen des ihm selbst zugefügten Schadens bleibt unberührt⁴⁹.

Alle diese Ersatzansprüche wegen mittelbarer Schädigung sind selbständige, nicht aus dem Recht des Verletzten abgeleitete, sondern aus Verletzung des eigenen Rechts entspringende Ansprüche⁵⁰. Doch setzen sie voraus, daß der Ersatzpflichtige dem unmittelbar Verletzten gegenüber die Verantwortung für unerlaubtes Handeln trägt. Darum ist bestimmt, daß der Ersatzanspruch des mittelbar Geschädigten nicht nur, wenn er selbst, sondern auch, wenn der unmittelbar Verletzte die Entstehung des Schadens mitverursacht hat, nach den Regeln des § 254 B.G.B. ausgeschlossen oder gemindert sein kann⁵¹.

c. **Sachersatz.** Für den Fall der Entziehung oder Beschädigung einer Sache durch unerlaubte Handlung gelten einige Sonderbestimmungen. Die Ersatzpflicht ist dadurch verschärft,

⁴⁸ Soweit im konkreten Falle Dienste nicht zu erwarten waren, tritt kein Ersatzanspruch ein; Rspr. d. O.L.G. IX 49. Waren die Dienste gegen Entgelt zu leisten, so ist nach den Regeln der Vorteilsausgleichung der nunmehr ersparte Entgelt abzurechnen; R.Ger. in J.W.Schr. 1905 S. 341. Die rechtskräftige Festsetzung ist auch hier gemäß Z.P.O. § 323 abänderlich (oben S. 964 Anm. 35).

⁴⁹ So auch der Anspruch der verletzten Ehefrau wegen verminderter Erwerbsfähigkeit; oben S. 964 Anm. 33. Teilweise abweichend im Anschluß an das R.Ger. Enneccerus § 462 Anm. 12, Oertmann, Bem. 3. Der Gesichtspunkt der Vorteilsausgleichung, den der Letztere anwenden will, paßt kaum, da die unfreiwillige Befreiung von der bisherigen Tätigkeit doch für die (vielleicht schaffensfreudige) Frau kein Vorteil ist!

⁵⁰ Sie sind daher der Verfügung des unmittelbar Verletzten (Verzicht, Vergleich) entzogen; vgl. Dernburg § 391 Anm. 17.

⁵¹ B.G.B. § 846. Daß der Ersatzanspruch überhaupt wegfällt, wenn die Tötung oder sonstige Verletzung nicht widerrechtlich war (z. B. bei Notwehr), versteht sich von selbst. Dies gilt auch, wenn im Falle der Verletzung durch ein Tier die Haftung des Tierhalters wegbedungen oder durch einseitige Gefahrübernahme ausgeschlossen ist; oben § 214 S. 906 Anm. 53—55; R.Ger. LXV Nr. 56 (mit unnötiger Berufung auf § 846). Allein auch im Falle widerrechtlicher Verletzung fällt schuldhaftes Mitverursachen durch den Verletzten den für ihre Person vorwurfsfreien Familienangehörigen zur Last. Vgl. R.Ger. b. Seuff. XLI Nr. 89 u. 93, XLVIII Nr. 244. So kann überwiegendes Verschulden des im Duell Getöteten an dem Stattfinden des Duells jeden Ersatzanspruch seiner Hinterbliebenen ausschließen. Auch die Herbeiführung der Verletzung durch schuldhaftes Unvorsichtiger ist erheblich. — Hat der Ersatzberechtigte durch eignes schuldhaftes Verhalten den Schaden mitverursacht, so ist natürlich § 254 ganz unabhängig von der Bestimmung des § 846 anzuwenden; R.Ger. LV Nr. 7.

dafs der zur Rückgabe der Sache Verpflichtete für deren zufälligen Untergang oder zufällige Verschlechterung, sowie für sonstige zufällige Unmöglichkeit der Rückgabe in gleichem Umfange haftet, wie ein im Verzuge befindlicher Schuldner⁵², und der zum Ersatze des Wertes oder der Wertminderung Verpflichtete den geschuldeten Betrag von dem der Wertbestimmung zugrunde gelegten Zeitpunkt an zu verzinsen hat⁵³. Andererseits ist, wenn wegen Entziehung oder Beschädigung einer beweglichen Sache Ersatz zu leisten ist, die Erfüllung dieser Verbindlichkeit dadurch erleichtert, dafs zur Empfangnahme der, der zur Zeit der Entziehung oder Beschädigung Besitzer der Sache war, legitimiert ist⁵⁴.

d. Haftungsbeschränkungen. Bei manchen Arten der Verursachungshaftung ohne eigenes Verschulden gelten Haftungsbeschränkungen, infolge deren im einzelnen Falle der Betrag des zu ersetzenden Schadens hinter dem des zugefügten Schadens zurückbleiben kann. Dahin gehört, nachdem die Befreiung durch *noxae datio* aus dem geltenden Rechte verschwunden ist, die auf das Schiffsvermögen beschränkte Haftung des Reeders oder Schiffseigners für fremdes Verschulden⁵⁵. Desgleichen die nur bis zur Grenze der Billigkeit und des Vorhandenseins ausreichender Mittel eintretende Haftung des Zurechnungsunfähigen⁵⁶. Endlich die durch einen festen Höchstbetrag begrenzte Gefährdungshaftung des Kraftzeughalters⁵⁷.

⁵² B.G.B. § 848; vgl. § 287 u. oben § 178 S. 138 Anm. 100.

⁵³ B.G.B. § 849; wie beim Verzuge nach § 290, vgl. oben § 178 S. 138 Anm. 101. — Der Ersatzanspruch wegen Verwendungen auf die entzogene Sache ist dem Herausgabepflichtigen nicht (wie nach gem. R. u. Sächs. Gb. § 1499) ganz versagt, sondern durch § 850 B.G.B. in gleichem Umfange gewährt, wie jedem Besitzer gegen den Eigentümer.

⁵⁴ B.G.B. § 851. Durch Leistung an diesen Besitzer wird also der Ersatzpflichtige befreit, wenn er nicht wufste oder ohne grobe Fahrlässigkeit wissen mußte, dafs ein Dritter als Eigentümer oder sonstiger Berechtigter ersatzberechtigt war.

⁵⁵ Oben § 213 S. 930 Anm. 40—41.

⁵⁶ Oben § 212 S. 910 Anm. 18.

⁵⁷ K.F.G. § 11. Er haftet im Falle der Tötung oder Verletzung eines Menschen nur bis zu einem Kapitalbetrage von 50 000 oder einem Rentenbetrage von jährlich 3000 Mark (bei Tötung oder Verletzung mehrerer Menschen höchstens bis zum Gesamtbetrage von 150 000 resp. 9000 Mark), im Falle der Sachbeschädigung nur bis zum Betrags von 10 000 Mark; soweit die auf Grund desselben Ereignisses zu leistenden Einzelentschädigungen zusammen den Höchstbetrag übersteigen, verringern sie sich im Verhältnis ihres Gesamtbetrages zum Höchstbetrage. Die Beschränkung kommt dem schuldigen Kraft-

4. Immaterieller Schaden. Das B.G.B. hält an der Regel, daß wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschade ist, eine Entschädigung in Geld nicht gefordert werden kann⁵⁸, auch für Deliktsschulden fest. Nur bei bestimmten gegen die Person gerichteten unerlaubten Handlungen durchbricht es die Regel und gewährt dem Verletzten neben dem Anspruch auf Ersatz des vollen Vermögensschadens auch einen Anspruch auf Ersatz des immateriellen Schadens⁵⁹. Die Fälle sind: Verletzung des Körpers oder der Gesundheit⁶⁰; Freiheitsentziehung⁶¹; Verletzung der Geschlechtsehre durch

zeughalter nach § 16 nicht zugute. Wohl aber nach § 18 dem schuldigen Kraftzeugführer.

⁵⁸ Oben § 176 S. 82 ff. Bei der Fassung des § 253 ist es leider auch im Falle der böswilligsten Sachbeschädigung nicht möglich, den Gefühlsschaden zu berücksichtigen; der Versuch Dernburgs, dies höchst unbillige Ergebnis nach dem Vorbilde des Preufs. L.R. § 87 zu beseitigen, setzt sich über das positive Recht hinweg; oben § 176 S. 84 Anm. 81.

⁵⁹ B.G.B. § 847. Zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Verletzung wird dabei nicht unterschieden. Aber auch wer aus schuldloser Verursachung verantwortlich ist, haftet aus § 847. So z. B. der Tierhalter. Vgl. R.Ger. Nr. 56, Rspr. der O.L.G. IX, 46, Seuff. LXIII Nr. 43. Nur die Haftung für Körperverletzung aus Betriebsunfällen nach H.Pf.G. ist durch die erschöpfende Festsetzung des Umfanges des Schadens in § 3^a dem Geltungsbereich des § 847 entzogen, der jedoch nach § 9 wieder anwendbar wird, wenn den Unternehmer eignes Verschulden trifft. R.Ger. LXIII Nr. 29, J.W.Schr. 1908 S. 196. Ebenso nach K.F.G. § 11 u. 16; R.Ger. b. Seuff. LXIX Nr. 79. Das Schweiz. O.R. gewährt jetzt bei Körperverletzung nach den Umständen, bei jeder Verletzung Jemandes „in seinen persönlichen Verhältnissen“ da, „wo die besondere Schwere der Verletzung und des Verschuldens es rechtfertigt“, einen Anspruch auf Leistung einer „Geldsumme als Genugtuung“; a. 47 u. 49 (etwas abweichend früher a. 54 u. 55).

⁶⁰ B.G.B. § 847¹. Damit ist das Schmerzensgeld (oben S. 960 ff. Anm. 18—22) in das geltende Recht übernommen. Aber darüber hinaus kommen auch rein seelische Leiden, sofern sie durch die Verletzung verursacht sind, in Betracht; vgl. Seuff. LIX Nr. 34, LXX Nr. 15 (erzwungener Ruhestand eines Offiziers), sowie die bei Oertmann Bem. 3 angef. Lit. Somit ist im Falle der Verunstaltung nicht bloß (wie nach Preufs. L.R. § 123—128) der etwaige Vermögensschade aus Erschwerung des Erwerbes oder Fortkommens, sondern auch (wie nach Sächs. Gb. § 1490) die Minderung des Lebensgefühls und Lebensgenusses auszugleichen; vgl. R.Ger. LXXVI Nr. 45 (gegenüber dem O.L.G. Stuttg. wohl zu stark einschränkend). Auch verursachte Prozessaufregung kann zu berücksichtigen sein; R.Ger. b. Seuff. LXIV Nr. 7. — Lediglich der Vermögensschaden ist im Falle der Tötung zu ersetzen. Billiger ist das Schweiz. O.R. a. 47 (früher 54), das den Angehörigen eine (an das Wergeld erinnernde) Genugtuungssumme zuspricht.

⁶¹ B.G.B. § 847¹ S. 1; Seuff. LIX Nr. 34. Damit ist die Sachsenbufse (oben S. 960 Anm. 17) zugleich gedeckt und ersetzt.

ein gegen eine Frauensperson begangenes Verbrechen oder Vergehen wider die Sittlichkeit oder durch qualifizierte Verführung⁶². Der Anspruch bezweckt Schadensersatz, nicht Privatstrafe. Er hat aber mit dem ehemaligen Anspruch auf Privatstrafe gemein, daß er sich auf Verschaffung einer Genugtuung richtet; nur kann die Genugtuung nicht mehr unter dem Gesichtspunkte eines dem Schuldigen als Vergeltung auferlegten Übels, sondern nur noch unter dem Gesichtspunkte einer Ausgleichung für die dem Verletzten zugefügten körperlichen und seelischen Unlustgefühle gefordert werden. Deshalb ist dieser Anspruch, soweit er nicht bereits durch Vertrag anerkannt oder rechtshängig geworden ist, unübertragbar und unvererblich⁶³.

5. Buße. Bei bestimmten gegen die Person gerichteten unerlaubten Handlungen, die zugleich mit öffentlicher Strafe bedroht sind, kann der Strafrichter auf Verlangen des Verletzten neben der Strafe auf eine an diesen zu erlegende Buße erkennen. Es sind dies Ehrverletzungen durch üble Nachrede oder Verleumdung, Körperverletzungen, strafbare Verletzungen der Rechte aus geistiger Schöpfung und der Rechte an Warenzeichen, sowie mittels unlauteren Wettbewerbes begangene strafbare Verletzungen des Rechtes aus dem Gewerbebetriebe⁶⁴. Über die rechtliche Natur dieser Buße wurde früher viel gestritten⁶⁵. Heute wird kaum noch bezweifelt, daß sie lediglich eine Form des Schadensersatzes ist und, obschon sie vom Strafrichter im Strafverfahren zugesprochen wird, keinerlei Privatstrafe in sich schließt⁶⁶. Allein sie zielt

⁶² B.G.B. § 847². Vgl. B.G.B. § 825 und die oben § 211 S. 890 Anm. 32—33. angef. Bestimmungen des Str.G.B. — Der im B.G.B. außerdem noch begehende Anspruch auf Ersatz von immateriellem Schaden aus § 1300 ist kein Deliktsanspruch; oben § 211 S. 890 Anm. 35.

⁶³ B.G.B. § 847¹ S. 2. Daher auch unpfändbar und nicht durch Aufrechnung tilgbar.

⁶⁴ Str.G.B. § 188, 231; Lit.U.G. § 40, KunstU.G. § 35, Must.G. § 14 (mit § 18 des Lit.U.G. v. 1870), Gebr.Must.G. § 11, Pat.G. § 37; W.Z.G. § 18; U.W.G. § 26. Durchweg also Verletzungen eines besonderen Persönlichkeitsrechtes; oben Bd. I § 82.

⁶⁵ Man legte ihr bald mit v. Wächter, Die Buße bei Beleidigungen u. Körperverletzungen, 1874, eine aus Schadensersatz und Strafe gemischte Natur bei, bald mit Dochow, Über den juristischen Charakter der im Reichsstrafrecht vorkommenden Buße, 1875, reinen Ersatzcharakter, bald mit Flesch, Die rechtliche Natur der Buße, Gerichtssaal XXVIII 291, rein poenale Natur. Vgl. über die Geschichte der Kontroverse A. Graf zu Dohna, Die Stellung der Buße im reichsrechtlichen System des Immaterialgüterrechts, 1902, S. 28 ff.

⁶⁶ Seitdem das B.G.B. eine etwa zu zahlende Genugtuungssumme zum

nicht bloß auf Ersatz des Vermögensschadens, sondern zugleich auf Genugtuung ab und kann daher auch auferlegt werden, wenn ein Vermögensschaden überhaupt nicht entstanden ist⁶⁷. Das System der Bußen bildet daher eine Ergänzung der eng begrenzten Vorschriften des B.G.B. über die Ansprüche auf Ersatz auch des immateriellen Schadens⁶⁸. Doch ist der nach den Umständen zu bemessende Gesamtbetrag der Buße an eine feste Höchstgrenze von 6000 oder in einigen Fällen 10 000 Mark gebunden⁶⁹. Ist eine Buße rechtskräftig zuerkannt, so zehrt sie jeden weiteren Schadensersatzanspruch und somit auch jeden Anspruch auf Ersatz von Gefühlsschaden auf⁷⁰. Dagegen wird durch Nichterhebung oder Abweisung des Anspruchs auf Buße der vor dem Zivilrichter geltend zu machende Schadensersatzanspruch nicht berührt. Auch kann, wenn von mehreren Mittätern oder sonstigen nach bürgerlichem Recht Mithaftenden der eine oder andere nicht strafbar ist oder nicht bestraft wird, gegen ihn trotz Verurteilung des oder der Anderen zu einer Buße der Anspruch auf Schadensersatz immer noch vor dem Zivilrichter verfolgt werden⁷¹. Umgekehrt bleibt,

Schadensersatz rechnet, kann auch die Buße nicht gut anders konstruiert werden. Freilich erscheint nunmehr ihr strafprozessuales Gewand als Anomalie. Allein das ändert nichts an ihrem materiell-rechtlichen Wesen. Die vom Strafrichter zuerkannte Forderung ist durchaus eine gewöhnliche zivilrechtliche Obligation. Vgl. Graf zu Dohna a. a. O. S. 42 ff., 53 ff.

⁶⁷ Nur im Falle des Str.G.B. § 188 wird eine für die Vermögensverhältnisse, den Erwerb oder das Fortkommen nachteilige Beleidigung gefordert; auch hier aber ist anerkanntermaßen der immaterielle Schaden gleichzeitig zu berücksichtigen..

⁶⁸ Im Falle der Körperverletzung hat der Verletzte die Wahl, ob er Schmerzensgeld usw. gemäß B.G.B. § 847 im Zivilprozess einklagen oder im Strafprozess Buße fordern will. Bei Freiheitsentziehung und Verletzung der Geschlechtslehre steht für die Geltendmachung von immateriellem Schaden nur der Weg des § 847, bei übler Verleumdung und Verletzung der urheberrechtlichen und gewerblichen Persönlichkeitsgüter nur der Bußanspruch zur Verfügung. Es bleiben aber empfindliche Lücken. Denn bei sonstigen Eingriffen in die persönliche Sphäre, wie z. B. bei einfacher Beleidigung, Hausfriedensbruch, Namensanmaßung oder Namensmißbrauch, Verletzung des Rechtes am eignen Bilde, fehlt es überhaupt an der Möglichkeit, Genugtuung in Geld zu fordern.

⁶⁹ Auf 10 000 Mark ist der Höchstbetrag in Gebr.Must.G. § 11, Pat.G. § 37, W.Z.G. § 18 und U.W.G. § 26 hinaufgesetzt.

⁷⁰ So überall kraft ausdrücklicher Bestimmung. Will daher der Verletzte einen Vermögensschaden, der den Höchstbetrag der Buße übersteigt, geltend machen, so muß er im Zivilprozess klagen, dann aber, von Körperverletzung abgesehen, auf den Ersatz von immateriellem Schaden verzichten.

⁷¹ R.Ger. LXXIX Nr. 33 S. 150 ff.; a. M. Obst. L.G. Bayern Seuff. LVII

wenn zuerst vom Zivilrichter auf Leistung von Schadensersatz erkannt ist, das Verlangen einer Buße im Strafverfahren noch zulässig; nur ist natürlich bei Bemessung der Buße der schon im Urteil des Zivilrichters bewertete Schaden außer Ansatz zu lassen⁷².

II. Verjährung. Der Schadensersatzanspruch aus unerlaubter Handlung verjährt in drei Jahren, seitdem der Verletzte von dem Schaden und der Person des Ersatzpflichtigen Kenntnis erlangt hat, spätestens aber in 30 Jahren seit Begehung der Handlung⁷³. Nach Vollendung der Verjährung kann der Verletzte noch, wenn der Ersatzpflichtige durch die unerlaubte Handlung etwas auf seine Kosten erlangt hat, einen Bereicherungsanspruch erheben⁷⁴ und die Erfüllung einer durch die unerlaubte Handlung gegen ihn erworbenen Forderung, obschon er ihre Aufhebung nicht mehr verlangen kann, verweigern⁷⁵. Die Vorschriften über die

Nr. 215. Er kann dann möglicherweise, wenn der entstandene Vermögensschade erweislich höher ist als die erkannte Buße, zu einem höheren Betrage als der Bestrafte verurteilt werden. Andererseits darf ihm außer dem Falle der Körperverletzung der in der Buße enthaltene Ersatz für immateriellen Schaden nicht auferlegt werden. Er haftet nach B.G.B. § 840 zusammen mit dem Bußschuldner als Gesamtschuldner. (Dafs mehrere Bußschuldner als Gesamtschuldner haften, wird in den oben Anm. 64 angef. Gesetzesbestimmungen mit Ausnahme des § 188 Str.G.B. ausdrücklich hervorgehoben, folgt aber auch hier schon aus § 840 B.G.B.).

⁷² R.Ger. in Str.S. IX 223. Auf diesem Wege kann der Verletzte in Fällen, in denen der Zivilrichter den Gefühlsschaden nicht berücksichtigen durfte, nachträglich beim Strafrichter dafür Ersatz erlangen.

⁷³ B.G.B. § 852¹ (wie nach Preuss. L.R. § 54—55). Es kommt nicht auf die Kenntnis des Umfanges des Schadens an; R.Ger. b. Gruchot LIII 690 ff., Warneyer II Nr. 509, 558, Seuff. LXIII Nr. 64. Wohl aber hinsichtlich eines nachträglich hinzutretenden neuen Schadens auf die Kenntnis von dessen Eintritt; R.Ger. b. Warneyer I Nr. 55, II Nr. 30, Z.S. LXXXV Nr. 94. Kennenmüssen hinsichtlich der Person des Ersatzpflichtigen steht der Kenntnis nicht gleich; R.Ger. LXXVI Nr. 14. Auf den Ausgleichungsanspruch unter mehreren Ersatzpflichtigen findet, da er kein Deliktsanspruch ist, die kurze Verjährung nicht Anwendung; R.Ger. LXIX Nr. 97. Ebenso wenig auf den Anspruch aus auftragloser Geschäftsführung oder ungerechtfertigter Bereicherung, den ein Dritter durch Aufwendungen zur Beseitigung des Schadens in einer Zeit, als der Deliktsanspruch noch nicht verjährt war, gegen den aus unerlaubter Handlung Ersatzpflichtigen erworben hatte; R.Ger. LXXXVI Nr. 22. — Nach dem Schweiz. O.R. a. 60 (früher 69) verjährt der Anspruch in einem Jahre von der Kenntnis oder spätestens in zehn Jahren von dem Tage der Handlung an, jedoch bei strafbaren Handlungen erst zusammen mit der Strafverjährung.

⁷⁴ B.G.B. § 852².

⁷⁵ B.G.B. § 853; dazu R.Ger. LX Nr. 67. Ebenso neues Schweiz. O.R. a. 60³.

Verjährung der Deliktsansprüche sind auf alle unerlaubten Handlungen unabhängig davon, ob sie ein Verschulden voraussetzen und an welcher Stelle des B.G.B. oder eines anderen Gesetzes sie geregelt sind, anzuwenden⁷⁶, soweit dies nicht durch abweichende Sondervorschriften ausgeschlossen ist⁷⁷. In einigen Fällen ist die Geltendmachung des Ersatzanspruches überdies an die Wahrung einer Ausschlussfrist gebunden⁷⁸.

III. **Unterlassungsklage**⁷⁹. Der Schadensersatzanspruch aus unerlaubter Handlung umfaßt nach § 249 B.G.B den Anspruch auf Beseitigung der Beeinträchtigung des verletzten Rechtes. In vielen Fällen aber wird dem Verletzten daneben eine Unterlassungsklage zum Schutze gegen künftige Verletzungen vom Gesetze gewährt. Die Praxis des Reichsgerichtes hat in steigendem Maße eine derartige Unterlassungsklage auch in anderen Fällen zugelassen. Die Theorie ist gefolgt. Doch herrscht lebhafter Streit sowohl über die Begründung wie über die Begrenzung der sogenannten deliktischen Unterlassungsklage.

In Wahrheit ist die dabei fast allgemein obwaltende Vor-

⁷⁶ Oben § 211 S. 885 Anm. 19. So auch bei unstatthafter Immission; R.Ger. LXX Nr. 43. Auch in den Fällen des Handelns auf eigne Gefahr und somit insbesondere bei der Haftung aus Vertrauenstäuschung im rechtsgeschäftlichen Verkehr (oben § 212 S. 913 Anm. 31); vgl. Unger, Handeln auf eigne Gefahr S. 149, Randa, Schadensersatzpflicht nach Öst. R.², 1908, S. 212.

⁷⁷ So gilt bei Urheber- und Erfinderrechtsverletzungen zwar auch eine abgekürzte Verjährungsfrist von drei Jahren, aber mit besonderen Bestimmungen über den Beginn des Laufes der Frist; Lit. U.G. § 50—51, KunstU.G. § 47—48, Must.G. § 10, Gebr.Must.G. § 9, Pat.G. § 39. Schadensersatzansprüche aus Betriebsunfällen verjähren nach Haftpf.G. § 8 in 2 Jahren seit dem Unfall oder Tode, nach dem K.F.G. § 14 u. 18 in 2 Jahren seit der Kenntnis oder 30 Jahren seit dem Unfall. Solche aus unlauterem Wettbewerb nach U.W.G. § 21 in 6 Monaten seit der Kenntnis oder 3 Jahren seit der Begehung der Handlung.

⁷⁸ So bei Betriebsunfällen nach K.F.G. § 15 u. 18, bei Wildschäden nach Landesges. (oben § 214 S. 953 Anm. 87).

⁷⁹ Vgl. H. Lehmann, Unterlassungspflicht, 1906, S. 119 ff., 220 ff., auch über die Klage auf Unterlassung von Dienstleistungen vertragsbrüchiger Arbeitnehmer, im Arbeitsrecht, 1915, S. 302 ff.; Eltzbacher, Die Unterlassungsklage, 1906; Stephan, Die Unterlassungsklage, 1908, S. 318 ff.; Jacobsohn, Die Unterlassungsklage, 1912; Mannhardt, D.J.Z. VIII 416 ff.; Oertmann, ebd. IX 616 ff.; Fuld b. Gruchot XLVII 373 ff.; Lau, ebd. S. 491 ff.; Lesser, Arch. f. b. R. XXXVIII 102 ff.; Ulrich, Jahrb. f. D. LXIV 161 ff.; Kipp b. Windscheid S. 959; v. Blume in Festschr. f. Güterbock, 1910, S. 383 ff.; Schulz-Schäffer I 166 ff. Komm. v. Planck zu § 823 Bem. IV 2, Staudinger, Vorbem. VII 4, Oertmann, Vorbem. 4; Cosack § 164 II; Ennecerus § 465; Raape b. Dernburg⁴ § 388^a.

stellung, daß aus der unerlaubten Handlung als solcher ein besonderer Unterlassungsanspruch entspringe oder entspringen könne, unhaltbar. Sie wäre zutreffend, wenn die verbreitete Meinung gebilligt werden könnte, der zufolge aus dem Prinzip der Naturalherstellung sich ergeben soll, daß der deliktische Schadensersatzanspruch einen Anspruch auf Sicherung gegen drohende Wiederholung des widerrechtlichen Eingriffes einschließt⁸⁰. Allein damit wird der Begriff des Schadensersatzes ungehörig gestreckt und zugleich der Unterlassungsanspruch, weil er an die deliktischen Voraussetzungen gebunden wird, stark verkümmert⁸¹. Sobald aber der Unterlassungsanspruch als selbständig anerkannt wird, kann er, wie immer er gerechtfertigt werden mag, nicht aus der unerlaubten Handlung hergeleitet werden⁸². Denn es ist klar, daß der Anspruch auf Unterlassung wiederholter Verletzungen eines einmal verletzten Rechtes nicht in dessen Verletzung wurzeln kann, da ja ein gleicher Anspruch auf Unterlassung dem Verletzten auch vor der Verletzung gegen den Täter, dessen unerlaubtes Handeln eben in seiner Verletzung bestand, Zustand und unabhängig von dem Vorkommen einer Verletzung gegen Jedermann zusteht. Vielmehr handelt es sich stets um die Geltendmachung des unmittelbar mit dem Rechte selbst gegebenen einheitlichen und dauernden Gesamtanspruches auf Unterlassung unbefugter Eingriffe⁸³.

Die Frage ist also nur, ob und wann zum Schutze dieses Anspruches eine vorbeugende Unterlassungsklage angestellt

⁸⁰ So bes. Oertmann a. a. O., H. Lehmann S. 223, Lau a. a. O. S. 505, Stephan S. 155, Staudinger a. a. O., Komm. d. R.G.R. Vorbem. Nr. 6 c, Ulrich S. 244 ff.

⁸¹ Vgl. bes. Eltzbacher a. a. O. S. 216 ff., v. Blume S. 392 ff., Jacobsohn S. 34 ff., Raape § 388^a II.

⁸² In der Literatur wird fast allgemein von einem durch unerlaubte Handlung begründeten Unterlassungsanspruch gesprochen, und so drückt sich vielfach auch das R.Ger. aus, das z. B. LXXVIII Nr. 55 daraus praktische Folgerungen zieht. Auch Enneccerus § 465 II meint, der Unterlassungsanspruch sei zwar kein Deliktsanspruch, aber ein ihm ähnlicher und zum Teil analog zu behandelnder Anspruch aus „rechtswidrigem Verhalten“.

⁸³ Ein solcher Unterlassungsanspruch ist, soweit ein Recht überhaupt durch unerlaubte Handlung verletzt werden kann, als gesetzlicher Anspruch mit ihm notwendig verknüpft. — Wesensverschieden von diesem gegen Jedermann gerichteten Unterlassungsanspruch ist natürlich der aus einem rechtsgeschäftlich begründeten Forderungsrecht auf Untertun fließende Unterlassungsanspruch gegen den Schuldner; vgl. meine Abh. über dauernde Schuldverhältnisse, Jahrb. f. D. LXIV 368 ff. Dies wird, wie Enneccerus § 465 III richtig bemerkt, meist nicht genügend beachtet.

werden kann⁸⁴. Unmöglich kann die Rechtsordnung, da sie Klagsansprüche nur zur Befriedigung wirklicher Bedürfnisse gewährt, eine solche Klage auf Grund der bloßen Tatsache des Vorhandenseins eines Unterlassungsanspruches zulassen⁸⁵. Sie bindet daher deren Zulassung an bestimmte weitere Voraussetzungen. Es müssen Umstände vorliegen, aus denen erhellt, daß ein Unterlassungspflichtiger seine Unterlassungspflicht in Zukunft vermutlich nicht erfüllen wird. Hierzu ist nun freilich nach geltendem Recht vor allem erforderlich, daß der Beklagte den Unterlassungsanspruch bereits durch Zuwiderhandeln verletzt hat⁸⁶. Allein es genügt jedes widerrechtliche Zuwiderhandeln, so daß zwar eine unerlaubte Handlung vorliegen kann, keineswegs aber vorzuliegen braucht⁸⁷. Andererseits reicht die vorgekommene Einzelverletzung nicht aus,

⁸⁴ Diese Frage betrifft die Begrenzung und Gestaltung des Rechtsschutzanspruches und gehört nicht in die Deliktslehre. Sie gehört überhaupt nicht in die Lehre von den Schuldverhältnissen. In diese fällt nur die Frage nach dem Schutze der auf ein Unterlassen gehenden Forderungsrechte, von der meine in der vor. Anm. angeführte Abh. a. a. O. handelt. — Hier ist nur das Verhältnis zur Deliktslehre klar zu stellen.

⁸⁵ Es ist natürlich undenkbar, daß irgendeine Rechtsordnung jedem Eigentümer ohne weiteres eine Unterlassungsklage gegen Jedermann, der möglicherweise einmal sein Eigentum beeinträchtigen wird, gestatten könnte. Wie es ja auch undenkbar ist, daß lediglich auf das Vorhandensein eines Rechts die Zulässigkeit einer Feststellungsklage gegründet werden könnte.

⁸⁶ Denkbar wäre es, daß schon die ernste Gefahr erstmaliger Verletzung für ausreichend erklärt würde. Dies dürfte jedoch nicht, wie Cosack § 164 II, Lesser S. 114, Raape § 388^a a. E. meinen und in einzelnen Fällen auch das R.Ger. angenommen hat (z. B. XLVIII Nr. 29), dem geltenden Recht entsprechen; vgl. Eltzbacher S. 162, v. Blume S. 396, Enneccerus Anm. 11, R.Ger. XLVIII Nr. 29 S. 119 ff. — Anders verhält es sich nur bei dem Forderungsrecht auf Unterlassung; vgl. meine angef. Abh. S. 371 Anm. 18 (unrichtig hier Eltzbacher S. 158 ff., der die Vorschrift des § 550 B.G.B. verallgemeinern will).

⁸⁷ Daß objektive Widerrechtlichkeit genügt, folgt für alle Fälle, in denen das Gesetz ausdrücklich eine Unterlassungsklage gewährt, aus dem Wortlaut der Bestimmungen, ist aber mit der herrschenden Meinung und dem R.Ger. überall anzunehmen, wo die Klage überhaupt zulässig ist; R.Ger. LX Nr. 2, LXI Nr. 88 S. 371. (Mit der Auffassung des Unterlassungsanspruches als eines Deliktsanspruches ist dies freilich unvereinbar). Auch wenn daher die widerrechtliche Handlung keine unerlaubte Handlung ist, weil das dazu nach den gesetzlichen Vorschriften erforderliche Verschulden oder Verschuldensmaß fehlt, und somit eine Verpflichtung zum Schadensersatz nicht erzeugt, kann sie die Unterlassungsklage wecken; R.Ger. b. Seuff. LXXI Nr. 164. Selbst Zurechnungsunfähigkeit des Handelnden steht nicht entgegen. Vgl. bes. Eltzbacher S. 173 ff., Raape S. 780.

wenn die künftige Erfüllung des Gesamtanspruchs durch den Beklagten nicht gefährdet ist. Darum müssen, wie bei jeder Klage auf künftige Leistung, Umstände dargetan werden, die die Besorgnis rechtfertigen, daß der Beklagte auch weiterhin gegen seine Unterlassungspflicht verstossen werde⁸⁸. Doch nimmt das Gesetz in manchen Fällen die künftige Verletzungsgefahr ohne weiteres als mit der bisherigen Verletzung gegeben an⁸⁹. Sind aber diese Voraussetzungen erfüllt, so ist die Unterlassungsklage nicht nur zum Schutze derjenigen Rechte, bei denen dies im Gesetz ausdrücklich bestimmt ist⁹⁰, sondern zum Schutze jedes absoluten Rechtes zulässig⁹¹. In diesem Sinne hat die deutsche Praxis in den letzten Jahren mehr und mehr eine sogenannte allgemeine Unterlassungsklage nach Analogie der negatorischen Klage ausgebildet⁹². Mit der von der herrschenden Meinung immer noch

⁸⁸ Dies ergibt sich schon aus § 259 Z.P.O.; bei den im B.G.B. erwähnten Unterlassungsklagen ist es meist besonders hervorgehoben (§ 12, 862, 1004), es muß aber allgemein als Regel gelten. Die Beweislast trifft den Kläger. Er muß nicht nur die Möglichkeit, sondern die Wahrscheinlichkeit der Wiederholung dartun. Vgl. R.Ger. LXXXVIII Nr. 46. Eltzbacher S. 179 ff.

⁸⁹ So B.G.B. § 1134, H.G.B. § 37, U.W.G. § 1, 13, 14, 16. Eltzbacher S. 180 ff. sieht die Nichterwähnung der Verletzungsgefahr als unerheblich an. Vgl. indess Planck zu B.G.B. § 1134 Bem. 2^a, Biermann, Bem. 1, Kohler, Der unlautere Wettbewerb, 1914, S. 277. Jedenfalls braucht hier der Kläger das Vorhandensein der Gefahr nicht zu behaupten und zu beweisen.

⁹⁰ So im B.G.B. für das Namenrecht (§ 12), den Besitz (§ 862), das Eigentum (§ 1004), die Hypothek (§ 1134) und für fast alle sonstigen Sachenrechte (durch die Verweisungen in § 1017, 1027, 1065, 1090, 1107, 1192, 1227); im H.G.B. für das Firmenrecht (§ 37); im U.W.G. für das Recht aus dem Gewerbebetriebe gegenüber unlauterem Wettbewerb (§ 1, 3, 13, 14, 16).

⁹¹ Hinsichtlich der Urheber- und Erfinderrechte und des Rechts am Warenzeichen ist dies in Theorie und Praxis trotz des Fehlens einer ausdrücklichen Bestimmung stets widerspruchslos anerkannt worden; Eltzbacher S. 67 ff., Jacobson S. 100 ff.

⁹² Grundlegend R.Ger. XLVIII Nr. 29 S. 114 ff.; bei Ehrverletzung LXXXIII Nr. 55, LXXXII Nr. 15; bei Verstoss gegen § 824 LVI Nr. 72, LXXVIII Nr. 46; auf Grund des § 826 LVII Nr. 56, LX Nr. 2, LXI Nr. 88; vgl. auch Gruchot XLIX 923 ff., J.W.Schr. 1903 S. 11, 07 S. 505 Nr. 1, 12 S. 587. Ebenso viele O.L.G., z. B. Rspr. V 386, Seuff. LXIV Nr. 11 u. 12, Recht 1908 Nr. 2469. — Wenn neuerdings das R.Ger. die Unterlassungsklage versagt (LXXVII Nr. 58 S. 222 ff.) oder doch einschränkt (LXXXII Nr. 15, Gruchot LVII 968 ff.), falls die Handlung mit öffentlicher Strafe bedroht ist, so wird diese ungerechtfertigte Verkümmernng des Zivilrechtsschutzes schwerlich durchdringen; vgl. dagegen Rosenthal, Leipz. Z. 13 S. 899 ff., Lesser a. a. O. S. 115, Enneccerus S. 690; a. M. Neukamp in Festschr. f. Zitelmann, 1913, Schulz-Schäffer S. 169 ff.

nicht überwundenen unzulässigen Verengerung des Begriffes des subjektiven Rechtes ist freilich diese Ausdehnung des Klagschutzes schwer vereinbar⁹³. Wer sich der Erkenntnis verschließt, daß jeder widerrechtliche Eingriff in eine fremde Privatrechtssphäre Rechtsverletzung ist⁹⁴, muß entweder die Verallgemeinerung der vorbeugenden Unterlassungsklage bekämpfen⁹⁵ oder sie mit einer bedenklichen Verflüchtigung des Rechtsschutzes in Interessenschutz erkaufen⁹⁶. In Wahrheit kommt in der Bewegung nur die auf die Dauer unablenbare Auffassung zum Durchbruch, daß eben allen privatrechtlichen Verletzungsverboten auch subjektive Privatrechte entsprechen⁹⁷. Und die materiellrechtliche Bedeutung der Erweiterung des Bereiches der Unterlassungsklage liegt daher vor allem in der vordringenden Anerkennung und Ausgestaltung der Persönlichkeitsrechte⁹⁸.

⁹³ Das R.Ger. spricht bei der Begründung zwar bisweilen von einem geschützten „Recht“ (z. B. LX Nr. 2 S. 7), vermeidet aber meist die offene Anerkennung eines solchen.

⁹⁴ Oben § 211 II 1 S. 886, II 3 S. 896 Anm. 54, II 4 S. 899 Anm. 63.

⁹⁵ So mit besonderer Lebhaftigkeit Oertmann a. a. O., der dem R.Ger. eine unberechtigte Neubildung vorwirft, die hoffentlich infolge überwiegenden Widerspruchs der Theorie nie zu Gewohnheitsrecht erstarken werde. Vgl. auch H. Lehmann a. a. O. S. 122 ff., Lau a. a. O., v. Blume a. a. O., Staudinger a. a. O.

⁹⁶ So namentlich Enneccerus § 465 I 2 (durch Analogieschluss zu ermittelndes „höheres Prinzip“, nach dem „der drohenden Wiederholung rechtswidriger, Andere schädigender Handlungen ein Riegel vorgeschoben werden soll“). Ähnlich Planck a. a. O.

⁹⁷ Diesen Gesichtspunkt führt insbesondere Eltzbacher folgerichtig durch. Im wesentlichen auch Jacobsohn S. 36 ff., 105 ff., jedoch mit einer Inkonsequenz (in Ansehung v. B.G.B. § 826 u. U.W.G. § 1) S. 112. Auch die Ausführungen von Raape S. 779 ff. laufen, obschon er nur mit der Analogie operiert, im Grunde auf dasselbe hinaus; daß bei Verletzung öffentlichrechtlicher Pflichten eine Unterlassungsklage regelmäßig unstatthaft ist, hebt er richtig hervor.

⁹⁸ Für ihr Dasein und ihre Wirkungskraft ist eben in gleicher Weise, wie die Möglichkeit, daß ihre Verletzung als unerlaubte Handlung einen Schadensersatzanspruch erzeugt (oben § 211 S. 878 ff. Anm. 26—31, S. 892 Anm. 40, S. 899 Anm. 63—64), die Möglichkeit, daß durch ihre Verletzung ein negatorischer Rechtsschutzanspruch ausgelöst wird, ein beweisendes Symptom. Vgl. dazu schon die zutreffende Bemerkung von Kipp a. a. O., sowie Eltzbacher S. 104 ff., Jacobsohn S. 141 ff.

Viertes Kapitel.

Schuldverhältnisse aus sozialen Zusammenhängen.

§ 216. Geschäftsführung ohne Auftrag.

I. Überhaupt. Die Behandlung der auftraglosen Geschäftsführung als eines selbständigen Entstehungsgrundes von Schuldverhältnissen entstammt dem römischen Recht¹. Sie wurde auf Grund der römischen Sätze über *negotiorum gestio* im gemeinen Recht von Theorie und Praxis durchgebildet², in die neueren Gesetzbücher übernommen³ und vom B.G.B. durchaus im Anschluß an das bisherige Recht ausgebaut⁴.

II. Begriff. Eine Geschäftsführung ohne Auftrag liegt vor, wenn zwei Voraussetzungen erfüllt sind.

¹ Doch fehlt es im älteren deut. R. nicht an Anzeichen dafür, daß sowohl hinsichtlich der Verantwortlichkeit dessen, der sich fremder Geschäfte annahm, wie hinsichtlich seiner Ersatzansprüche ähnliche Grundsätze galten. Besondere Rechtssätze, die in dieses Gebiet einschlagen, waren hinsichtlich der Pflichten und Rechte des Finders ausgeprägt. Von Bedeutung für das heutige Recht wurde namentlich die Ausbildung des Finderlohns, des Bergelohns und ähnlicher Rettungslöhne. — Vgl. über nord. R. v. Amira I 746 ff., II 901 ff.

² Dig. 3, 5, Cod. 2, 18 de negotiis gestis. Vgl. bes. Wlassak, Zur Geschichte der *negotiorum gestio*, 1878. Ruhstrat, Arch. f. ziv. Pr. XXXII 173 ff., XXXIII 25 ff., 213 ff., XXXIV 59 ff., LXIV 110 ff., Jahrb. f. D. IX 223 ff., XIX 154 ff., XXVII 70 ff.; Über *negotiorum gestio*, 1858. Zimmermann, Echte und unechte neg. g., 1872; Über die stellvertretende neg. g., 1876. Sturm, Das *negotium utiliter gestum*, 1878; Das Grundprinzip der neg. g., 1882. Thon, Arch. f. ziv. Pr. LXXX 77 ff. Kohler, Jahrb. f. D. XXV 42 ff. Dernburg, Pand. II § 121. Windscheid § 430—431 (mit zahlreichen weiteren Literaturnachweisen in Anm. *).

³ Preufs. A.L.R. I, 13 § 228—261; dazu Dernburg, Preufs. P.R. II § 284 ff. Code civ. a. 1372 ff.; dazu Zachariae-Crome § 411. Österr. Gb. § 1035 ff.; dazu Krainz-Pfaff-Ehrenzweig § 410; v. Schey, Geschäftsführung ohne Auftrag und Widerrechtlichkeit im Öst. A.B.G.B. in Festschr. f. Zitelmann 1913. Sächs. Gb. § 1339 ff. Schweiz. O.R. a. 469—474, jetzt a. 419—424.

⁴ B.G.B. § 677—687. Sturm, Die Lehre von der Geschäftsführung nach dem B.G.B., 1897. Isay, Geschäftsführung nach dem B.G.B., 1900; dazu Fr. Leonhard, Krit. V.Schr. XLIV 404 ff. Brückmann, Die Rechte des Geschäftsführers ohne Auftrag, 1903. Streber, Wille und Interesse bei dem Geschäftsführer ohne Auftrag, 1907. Lent, Begriff der auftraglosen Geschäftsführung, 1909. Zitelmann, Arch. f. ziv. Pr. IC 102 ff. Klein, Die Rechts-handlungen i. e. S., 1912, S. 87 ff. — Schollmeyer S. 126 ff. Endemann § 178. Dernburg § 299 ff. Crome § 254 ff. Matthiafs § 138. Cosack § 155. Enneccerus § 385 ff. Komm. v. Planck, Staudinger, Oertmann u. A.

1. Es ist erstens erforderlich, daß Jemand ein Geschäft für einen Anderen besorgt. Das Geschäft kann in der Vornahme eines Rechtsgeschäfts oder in rein tatsächlichem Handeln bestehen⁵. Der Handelnde aber muß es als ein fremdes Geschäft besorgen, also mit dem Bewußtsein tätig werden, den Interessen eines Anderen, der als Geschäftsherr erscheinen soll, zu dienen. Gehört das Geschäft nicht schon seinem Gegenstande nach der fremden Interessensphäre an, kann es vielmehr an sich so gut ein eigenes wie ein fremdes Interesse befriedigen, so muß überdies die Absicht erhellen, es im Dienste des fremden Interesses vorzunehmen⁶. Daß neben dem fremden Interesse zugleich eigenes Interesse verfolgt wird, schließt den Begriff der Geschäftsführung keineswegs aus⁷. Nicht erforderlich ist, daß der Geschäftsführer die Person des Geschäftsherrn kennt; befindet er sich über sie im Irrtum, so wird der wirkliche Geschäftsherr aus der Geschäftsführung berechtigt und verpflichtet⁸.

⁵ In gleicher Weise wie beim Auftrage; oben § 203 S. 718 Anm. 3. Die für den Begriff der „Geschäftsbesorgung“ in § 675 B.G.B. erforderliche engere Begrenzung (oben § 203 S. 720 Anm. 10—11) ist hier nicht angezeigt. Auch ärztliche Hilfsleistung, Unternehmen zur Rettung aus Lebensgefahr, überhaupt jede Tätigkeit, die sich zum Gegenstande eines Dienst- oder Werkvertrages eignet, kann Geschäftsführung ohne Auftrag sein; vgl. Seuff. LXI Nr. 31, Crome § 254, 1; auch Oertmann, Vorbem. 3 (der aber lieber nur ein analoges Verhältnis annehmen will). — A. M. Isay a. a. O. S. 46 ff.

⁶ Man spricht von „objektiv“ und „subjektiv“ fremden Geschäften. Ein Geschäft der ersten Art liegt z. B. vor, wenn Jemand das Haus eines Anderen repariert, sein Tier verpflegt, sich seines verlassenen Kindes annimmt. Hier genügt Kenntnis des Sachverhalts. Wenn dagegen Jemand einen „neutralen“ Vertrag schließt, z. B. eine Sache kauft oder mietet, so empfängt das Geschäft erst durch den Willen, es für einen Anderen zu besorgen, den Charakter eines fremden Geschäfts. Ob aber der Geschäftsführer im Namen des Anderen oder in eigenem Namen gehandelt hat, ist für die Frage, ob Geschäftsführung ohne Auftrag vorliegt, ohne Bedeutung. — Die Unterscheidung von „objektiv“ und „subjektiv“ fremden Geschäften ist von der gemeinrechtlichen Theorie ausgebildet worden und wird auch gegenüber dem B.G.B., obschon die Motive II 855 ff. sie ablehnten, überwiegend (anders z. B. Staudinger zu § 677 Bem. 2 b) festgehalten; vgl. bes. Isay S. 51 ff., Brückmann S. 40 ff., Kipp bei Windscheid S. 913 ff., Dernburg § 290 I 1—2, Crome § 254, 2, Oertmann, Vorbem. 3 b—c, Klein a. a. O. S. 87, Enneccerus § 385 II 2; auch (mit zum Teil abweichender Begrenzung) Lent S. 34 ff., 68 ff.

⁷ Vgl. Enneccerus § 385 Anm. 3. So auch im Falle der Gemeinschaft (soweit sich nicht aus ihr ein Recht ergibt, für sie zu handeln); Dernburg § 300 Anm. 1, Oertmann, Vorbem. 3 e, R.Ger. LXIII Nr. 69.

⁸ B.G.B. § 686. So auch l. 5 § 1 D. h. t., Preufs. L.R. § 261, Sächs. Gb. § 1343. — Geschäftsführung ohne Auftrag ist auch für eine künftige Person,

2. Zweitens darf der Geschäftsführer nicht durch Auftrag des Geschäftsherrn zur Besorgung des Geschäftes berufen oder ihm gegenüber sonst dazu berechtigt sein⁹. Auftraglose Geschäftsführung liegt also auch nicht vor, wenn der Geschäftsführer in Ausübung der Rechte oder Erfüllung der Pflichten handelt, die für ihn ein Dienst- oder Werkvertrag oder elterliche oder vormundschaftliche Gewalt oder ein öffentliches Amt dem Geschäftsherrn gegenüber begründet¹⁰. Dagegen wird der Begriff der auftraglosen Geschäftsführung dadurch nicht ausgeschlossen, daß der Geschäftsführer im Auftrage eines Dritten tätig wird¹¹ oder eine ihm gegenüber einem Dritten obliegende sonstige Verpflichtung erfüllt¹². Auch liegt, falls der Geschäftsführer nicht beauftragt oder sonst eingriffsberechtigt ist, auch dann auftraglose Geschäftsführung vor, wenn er sich irrtümlich für beauftragt oder sonst eingriffsberechtigt hält¹³.

III. Zulässigkeit. Der Begriff der auftraglosen Geschäfts-

eine Leibesfrucht, eine noch nicht bestehende juristische Person (R.Ger. b. Seuff. XLII Nr. 112) möglich.

⁹ B.G.B. § 677. Wenn hier nur von Berechtigung gesprochen wird, so steht doch meist die Verpflichtung im Vordergrund; Lent S. 161 ff.

¹⁰ So ist z. B. der Konsul, der pflichtgemäß den Nachlaß eines Reichsangehörigen in Verwahrung nimmt, den Interessenten gegenüber kein auftragloser Geschäftsführer. Ebensowenig ist, worüber früher lebhaft gestritten wurde, der öffentliche Armenverband, der dem Hilfsbedürftigen Unterstützung gewährt, auftragloser Geschäftsführer der unterhaltspflichtigen Familienangehörigen; sein durch Reichsgesetz (Unterst.W.G. § 62) oder Landesrecht (kraft E.G. a. 103) anerkannter Erstattungsanspruch beruht auf gesetzlichem Forderungsübergange und unterliegt auch nicht subsidiär den Regeln über auftraglose Geschäftsführung. Vgl. Preuß. O.Tr. LXXXI 217 ff., R.Ger. XIV Nr. 49; Kohler a. a. O. S. 107; auch (obschon beide früher a. M. waren) Dernburg § 299 I 2 b u. Oertmann, Vorbem. 5 d β.

¹¹ So ist z. B. der von der Ehefrau zur Hilfeleistung für den kranken Mann gerufene Arzt zugleich auftragloser Geschäftsführer des Mannes; auch die vom Manne aufgetragene ärztliche Behandlung der Frau kann zugleich Geschäftsführung für diese, ihre durch sie selbst veranlasste Behandlung Geschäftsführung für den Mann sein. Vgl. Brückmann, J.W.Schr. 06 S. 80 ff.

¹² Vgl. Oertmann, Vorbem. 5 d (auch über die erforderlichen Einschränkungen). Die Praxis nimmt dies auch an, wenn er eine ihm gegen den Dritten obliegende nur subsidiäre Verpflichtung für Rechnung des primär verpflichteten Geschäftsherrn erfüllt; vgl. Seuff. LXIV Nr. 69, R.Ger. b. Gruchot LIII 1028, Warneyer II Nr. 86.

¹³ Oertmann, Vorbem. 5 e; Enneccerus § 385 II 3; R.Ger. b. Gruchot LII 1002. — Auftraglos handelt insbesondere auch, wer auf Grund eines nichtigen Auftrags oder sonstigen Vertrages handelt oder die Grenzen seiner Handlungsbefugnis überschreitet. — Vgl. Sächs. Gb. § 1339.

führung umfasst unzulässige wie zulässige Geschäftsführung. Nur die zulässige Führung fremder Geschäfte aber begründet das eigenartige Schuldverhältnis aus auftragloser Geschäftsführung.

1. Damit die unberufene Besorgung fremder Geschäfte zulässig sei, bedarf es eines besonderen Rechtfertigungsgrundes für den in ihr enthaltenen Eingriff in die fremde Privatrechtssphäre, der ohne einen solchen widerrechtlich wäre¹⁴. Die geltende Rechtsordnung fordert dazu in erster Linie, daß der Eingriff im objektiven Interesse des Geschäftsherrn liegt¹⁵. Allein sie begnügt sich in der Regel noch nicht damit¹⁶, verlangt vielmehr außerdem, daß die Geschäftsübernahme nicht mit dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn in Widerspruch steht¹⁷. Nur dann kommt ein der Geschäftsführung entgegenstehender Wille des Geschäftsherrn nicht in Betracht, wenn ohne die Geschäftsführung eine Pflicht des Geschäftsherrn, deren Erfüllung im öffentlichen Interesse liegt, oder eine gesetzliche Unterhaltspflicht desselben nicht rechtzeitig erfüllt werden würde¹⁸. Außerdem folgt aus all-

¹⁴ Diesen Gesichtspunkt stellen das Preuß. L.R. § 298–299 u. das Öst. Gb. § 1035 an die Spitze.

¹⁵ So nach richtiger Auffassung das gem. R.; vgl. Windscheid § 430, 2 b. Ferner das Preuß. L.R. § 281, Öst. Gb. § 1098, Schweiz. O.R. a. 422 (472). Aber auch das B.G.B. Der Entw. I wurde freilich von der für das gem. R. vielfach verfochtenen „subjektiven“ Theorie, nach der ausschließlich oder doch in erster Linie der präsumtive Wille des Geschäftsherrn entscheiden soll (Aufzählung der Anhänger b. Windscheid a. a. O. Anm. 17), beherrscht; Motive II 860 ff., meine Schrift über den Entw. S. 274 ff. Im B.G.B. ist diese Theorie nicht zum Ausdruck gelangt und schon durch den das „Interesse“ voranstellenden Wortlaut von § 677 u. § 683 ausgeschlossen.

¹⁶ Dies tut grundsätzlich die rein „objektive“ Theorie, die für das gemeine Recht von Manchen (Aufzählung bei Windscheid a. a. O.) vertreten wurde und im wesentlichen dem Preuß. L.R. u. Österr. Gb. zugrunde liegt. Meist leitete man aus ihr zugleich eine durch ihr Grundprinzip keineswegs gebotene Beschränkung der *actio negotiorum gestorum contraria* auf den Fall eines notwendigen, nicht bloß nützlichen Eingriffes her.

¹⁷ B.G.B. § 677, 678, 685. Dies entspricht der für das gemeine Recht überwiegenden Meinung, sowie dem Sächs. Gb. § 1345 u. Schweiz. O.R. a. 420³ (470²). Im Preuß. L.R. § 249 u. Öst. Gb. § 1040 wird nur ein ausdrückliches Verbot des Geschäftsherrn als Hindernis anerkannt.

¹⁸ B.G.B. § 679. Übereinstimmend mit dem (auf Grund der römischen Gewährung der *actio funeraria* trotz Verbotes) ausgebildeten gem. R. u. dem Sächs. Gb. § 1355. Über die Tragweite des „öffentlichen Interesses“ vgl. Isay S. 138, Zitelmann a. a. O. S. 114 ff., Oertmann, Bem. 2a; Seuff. III Nr. 51, XIV Nr. 94, LXI Nr. 31. Über die Fälle und den Umfang der Unterhaltspflicht, die auch ärztliche Behandlung einschließt, Oertmann Bem. 2 b, Zitelmann S. 111 ff.; Seuff. LXIV Nr. 192.

gemeinen Grundsätzen, daß einerseits eine verbotene oder sittenwidrige Geschäftsführung durch den Zulassungswillen des Geschäftsherrn nicht zulässig wird¹⁹, andererseits ein rechts- oder sittenwidriges Verbot des Geschäftsherrn die Geschäftsführung nicht unzulässig macht²⁰.

Die zulässige auftraglose Geschäftsführung ist eine rechtmäßige Eingriffshandlung²¹. Sie ist kein Rechtsgeschäft²². Sie ist kein Vertrag, weil sie ohne Einwilligung des Geschäftsherrn wirksam wird²³, und geht auch durch dessen nachträgliche Ge-

¹⁹ Zitelmann a. a. O. S. 108 ff. Eine Handlung, die auch im Falle des Auftrags oder der ausdrücklichen Einwilligung des Geschäftsherrn widerrechtlich wäre, kann durch Übereinstimmung mit dessen nicht erklärtem Willen erst recht nicht rechtmäßig werden.

²⁰ Wenn das neue Schweiz. O.R. in Art. 420² den Satz einschiebt „und war dessen Verbot nicht unsittlich oder rechtswidrig“, so spricht es damit nur aus, was auch bei uns nach allgemeinen Grundsätzen gelten muß. Auch die Erfüllung einer bloß sittlichen Pflicht des Geschäftsherrn kann den wider dessen Willen erfolgenden Eingriff rechtfertigen, wenn das entgegenstehende Wollen wider die guten Sitten verstößt; vgl. das Beispiel b. Oertmann, Bem. 2 c a. E. — Hiernach ist die Rettung eines Selbstmörders, da der Selbstmord nicht bloß nicht die Ausübung eines Rechts, sondern unsittlich ist, trotz des Widerspruchs mit dem Willen des Geretteten niemals rechtswidrig und somit für das Privatrecht zulässige auftraglose Geschäftsführung. Sehr eingehend behandelt die vielerörterte Frage M. Unger, Der Selbstmord in der Beurteilung des geltenden deutschen Rechts, 1913 (Berliner Diss.), S. 188—276. Im Ergebnis herrscht ziemlich allgemeine Übereinstimmung (a. M. Brückmann a. a. O. S. 157). Die Begründung ist ungleich. Bedenklich ist die unmittelbare Herleitung aus § 679 B.G.B. unter Berufung auf eine im öffentlichen Interesse bestehende Rechtspflicht, sich am Leben zu erhalten; so Schulzenstein, D.J.Z. IX 82 ff., XII 1309, Kipp a. a. O. S. 917, Höniger, Arch. f. b. R. XXXV 269 ff., Josef b. Gruchot L 40 ff., Gesetz u. Recht, 1911, S. 269 ff. Auf die herrschenden sittlichen Anschauungen stützen sich Hellwig, Die Stellung des Arztes S. 13, Zitelmann a. a. O. S. 115 ff., Oertmann, Bem. 2 c. Zitelmann will § 679 analog anwenden. Allein es bedarf überhaupt nicht der Heranziehung des § 679. Unger S. 204 ff. nimmt ein eine Lücke des Gesetzes ausfüllendes Gewohnheitsrecht an. Ein solches mag vorliegen, würde aber nur die Entfaltung allgemeiner Prinzipien unseres Rechtes enthalten. Über die einzelnen Rechtsfolgen der Verhinderung eines Selbstmordes handelt ausführlich Unger S. 213 ff.

²¹ Vgl. bes. Zitelmann a. a. O. S. 104 ff. und dazu oben § 211 S. 883 Anm. 11. Zustimmend H. A. Fischer, Rechtswidrigkeit, 1911, S. 281 ff.; Raape b. Dernburg⁴ § 302 Anm. 1.

²² A. M. nur Endemann § 718 Anm. 3.

²³ Der römische Begriff der obligatio quasi ex contractu ist unschädlich, insoweit er nur auf die Ähnlichkeit der Rechtswirkungen mit denen eines mandatum hinweisen will, dagegen irreführend, wenn er auf den Schuldgrund

nehmung nicht in einen Vertrag über²⁴. Sie ist aber auch kein einseitiges Rechtsgeschäft, weil die von ihr hervorgebrachten Rechtsfolgen vom Geschäftsführer nicht gewollt zu sein brauchen und es überdies mit der ganzen Struktur unseres Rechts unvereinbar ist, daß der einseitige Wille des Geschäftsführers dem Geschäftsherrn unablehnbare Rechte und Pflichten aufdrängen könnte. Wohl aber ist sie eine von der Rechtsordnung mit Rechtswirkungen ausgestattete Rechtshandlung²⁵. Als eine solche ist sie auf Grund des zwischen den Privatrechtssubjekten bestehenden sozialen Zusammenhanges anerkannt. In diesem wurzelt der Gedanke, daß die freiwillige Menschenhilfe im Privatrecht legitim und schutzwürdig ist²⁶. Ob freilich im einzelnen Falle die Hilfe aus Nächstenliebe oder aus mehr oder minder eigensüchtigen Motiven geleistet wird, ist gleichgültig²⁷. Das Institut als solches aber ist altruistisch angelegt.

2. Soweit es an einem Rechtfertigungsgrunde fehlt, ist die Einmischung in fremde Angelegenheiten unzulässig. Die unzulässige auftraglose Geschäftsführung ist stets objektiv rechtswidrig. Trägt der Geschäftsführer für die rechtswidrige Übernahme die Verantwortlichkeit, so ist sie unerlaubte Handlung. Bei der wegen Widerspruchs mit dem Willen des Geschäftsführers unzulässigen Geschäftsführung ist dies der Fall, wenn der Geschäftsführer bei der Übernahme schuldhaft handelte, weil er den Widerspruch kannte oder erkennen mußte²⁸. Aus unzulässiger Geschäfts-

bezogen wird. Die vielfach unternommenen Versuche (vgl. Windscheid a. a. O. Anm. 17), mit einer Fiktion der Einwilligung oder einem fingierten Mandat zu operieren, werden heute allgemein verworfen.

²⁴ Vgl. Brückmann a. a. O. S. 163 ff., Oertmann zu § 684 Bem. 2. Das Gegenteil wurde oft für das gem. R. angenommen; dagegen Dernburg, Pand. § 122 Anm. 22. Das Preuss. L.R. § 239 und das Schweiz. O.R. a. 424 (früher 474) schreiben die Anwendung der Grundsätze über den Auftrag vor, das Sächs. Gb. § 1340 tut dies nur in Ansehung des Genehmigenden. Richtig ist nur, daß für die Zukunft die Ersetzung des Verhältnisses aus auftragloser Geschäftsführung durch ein Auftragsverhältnis vereinbart werden kann.

²⁵ Hierüber herrscht heute nahezu Einstimmigkeit. Vgl. bes. Lent S. 51 ff., Manigk, Willenserklärung S. 685 ff., Klein S. 88 ff.

²⁶ Dies hat besonders Kohler a. a. O. S. 1 ff. klar gestellt; dazu Lehrb. II 445 ff. Vgl. auch Zitelmann S. 105.

²⁷ Vgl. Kohler, Lehrb. II 449; Oertmann, Vorbem. 4; R.Ger. im Recht 08 Nr. 1177.

²⁸ B.G.B. § 678. Übernimmt er die Geschäftsführung zwecks Abwendung einer dem Geschäftsherrn drohenden dringenden Gefahr, so kommt ihm, wenn § 678 überhaupt anwendbar ist (was keineswegs, wie Streber S. 26 ff. u.

führung entsteht weder Recht noch Pflicht zur Geschäftsführung. Der Geschäftsherr kann die Beseitigung der durch sie bewirkten Beeinträchtigung und künftige Unterlassung verlangen²⁹ und hat außerdem in jedem Falle einen Bereicherungsanspruch, im Falle der unerlaubten Handlung einen Schadensersatzanspruch gegen den Geschäftsführer³⁰. Der Geschäftsführer ist zur Durchführung der unbefugten Geschäftsbesorgung nicht verpflichtet, muß aber, wenn er das Geschäft weiter führt, das Interesse des Geschäftsherrn mit gleicher Sorgfalt, wie ein befugter Geschäftsführer, wahrnehmen, widrigenfalls er jenem aus unerlaubter Handlung für Schadensersatz haftet³¹. Andererseits erlangt der Geschäftsführer keinen Anspruch auf Ersatz seiner Aufwendungen, kann vielmehr nur nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung das herausverlangen, was der Geschäftsherr durch die Geschäftsführung erlangt hat³².

Die unzulässige Geschäftsführung verwandelt sich in zulässige Geschäftsführung, wenn sie der Geschäftsherr, obschon sie seinem Interesse oder seinem Willen nicht entspricht, genehmigt³³.

Oertmann zu § 680 Bem. 2 meinen, ausgeschlossen ist), § 680 zugute, so daß er nur bei grob fahrlässiger Unkenntnis haftet.

²⁹ Diese Ansprüche sind unabhängig von Verschulden; hinsichtlich der Unterlassungsklage gilt das oben § 215 III Gesagte.

³⁰ Gemäß B.G.B. § 812 ff., 823 ff. Der deliktische Schadensersatzanspruch, den ihm § 678 B.G.B. ausdrücklich gewährt, schließt in den Grenzen des § 848 den zufälligen Schaden ein. So auch Preufs. L.R. § 249, Schweiz. O.R. a. 420³ (470²).

³¹ Der Geschäftsherr kann nicht gleichzeitig die Geschäftsführung ablehnen und Ansprüche aus fehlerhafter Geschäftsführung geltend machen. Wohl aber kann er, wenn er schon wegen schuldhafter Übernahme der Geschäftsführung Schadensersatz fordern kann, die Vergrößerung des Schadens durch weiteres Verschulden in Ansatz bringen, wenn dagegen die Übernahme nicht schuldhaft war, auf Grund späterer verschuldeter Schadenszufügung Ersatz nach Deliktsrecht verlangen. Dies hält die Fassung des § 678 deutlich offen.

³² B.G.B. § 684 S. 1. Dieser Anspruch ist der gewöhnliche Bereicherungsanspruch, entspringt also nicht aus der Geschäftsführung ohne Auftrag als solcher.

³³ B.G.B. § 684 S. 2 bestimmt nur, daß mit der Genehmigung der Geschäftsführer die Ersatzansprüche erlangt, die im Falle zulässiger Geschäftsführung ohne Auftrag dem Geschäftsführer zustehen. Allein die Wirkung der Genehmigung muß sich auf das ganze Verhältnis erstrecken, so daß nunmehr auch die Ansprüche des Geschäftsherrn als solche aus zulässiger Geschäftsführung zu behandeln sind. Folglich kann der Geschäftsherr Schadensersatz

IV. Schuldverhältnis aus zulässiger Geschäftsführung. Die zulässige Geschäftsführung erzeugt regelmäßig für beide Teile, möglicherweise aber nur für einen Teil eine schuldrechtliche Verpflichtung.

1. Verpflichtung des Geschäftsführers. Der Geschäftsführer ist verpflichtet, das Geschäft so zu führen, wie es das Interesse des Geschäftsherrn mit Rücksicht auf dessen wirklichen oder mutmaßlichen Willen erfordert⁸⁴. Während also die Übernahme der Geschäftsbesorgung von seinem freien Willen abhängt, ist er nach einmal erfolgter Übernahme schuldrechtlich zu gehöriger Durchführung des Geschäftes verpflichtet⁸⁵. Dabei hat er regel-

wegen widerrechtlicher Geschäftsführung aus § 678 überhaupt nicht mehr fordern. Wegen fehlerhafter Geschäftsführung kann er, soweit er nicht auch sie genehmigt hat, jetzt aus § 677 und § 678 Schadensersatz nach Auftragsrecht verlangen, möglicherweise aber auch auf seinen bisherigen Deliktsanspruch (oben Anm. 31) als konkurrierenden Anspruch (oben § 211 III S. 902 ff.) zurückgreifen. — Der Satz des gem. Rs., daß der Geschäftsherr eine einheitlich erfolgte Führung einer Mehrheit von Geschäften (z. B. Vermögensverwaltung) ganz genehmigen oder ganz ablehnen muß, also nicht bloß die ihm vorteilhaften Einzelgeschäfte sich aneignen darf, muß auch heute gelten; vgl. auch Preufs. L.R. § 240—241, 251.

⁸⁴ B.G.B. § 677. Er hat also, wie bei dem Übernahmenschluß, sowohl das objektive Interesse des Geschäftsherrn wie dessen subjektiven Willen zu beachten. Auch die rechtmäßig übernommene Geschäftsführung muß er nicht bloß, wenn es der Vorteil des Geschäftsherrn fordert, sondern auch, wenn ihm die Fortsetzung verboten wird oder er nachträglich ihre Unvereinbarkeit mit dem Willen des Geschäftsherrn erkennt oder erkennen muß, einstellen oder entsprechend abändern. Doch kommt auch hier der Wille des Geschäftsherrn im Falle des § 679 oder wenn er rechts- oder sittenwidrig ist (oben S. 982 ff. Anm. 18 u. 19) nicht in Betracht. Und darüber hinaus hat der Geschäftsführer das objektive Interesse bei einem unausgleichbaren Konflikt mit subjektiven Launen oder Liebhabereien des Geschäftsherrn voranzustellen; vgl. das Beispiel b. Oertmann, Bem. 1 b § S. 815. Ohnehin kann allein das objektive Interesse entscheiden, wenn die Person des Geschäftsherrn dem Geschäftsführer unbekannt ist oder noch nicht existiert oder wenn er unmündig und ein gesetzlicher Vertreter, dessen Wille zu beachten wäre, nicht vorhanden oder nicht bekannt ist. — Mit dem B.G.B. stimmt das Schweiz. O.R. a. 419 (469) überein. Dagegen sollen nach Sächs. Gb. § 1345 in erster Linie der Wille und erst mangels eines aus ihm zu entnehmenden Anhaltes die Natur der Sache und die Verhältnisse des Geschäftsherrn maßgebend sein.

⁸⁵ Die bisherigen Gesetzbücher verpflichten ihn ausdrücklich, die Geschäftsführung bis zur Vollendung fortzusetzen; Preufs. L.R. § 257, Code civ. a. 1373, Öst. Gb. § 1039, Sächs. Gb. § 1346. Dies ist (vorbehaltlich des in der vor. Anm. Gesagten) auch für das heutige Recht anzunehmen; Isay S. 125 ff. A. M. Dernburg § 301 VI, Goldmann-Lilienthal S. 709, Oertmann zu § 677 Bem. 1 a (richtig 1. Aufl.); R.Ger. LXIII Nr. 69. Die Meinung, daß

mässig volle Sorgfalt anzuwenden, jedoch, wenn die Geschäftsführung die Abwendung einer dem Geschäftsherrn drohenden dringenden Gefahr bezweckt, nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten³⁶. Für den Erfolg dagegen steht er nicht ein³⁷. Der Geschäftsführer ist ferner verpflichtet, die Übernahme der Geschäftsführung, sobald es tunlich ist, dem Geschäftsherrn anzuzeigen und, wenn nicht mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist, dessen Entschliessung abzuwarten³⁸. Im übrigen treffen ihn gleiche Verpflichtungen, wie wenn er beauftragt wäre³⁹.

Die Verpflichtung aus der Geschäftsführung tritt nicht ein, wenn der Geschäftsführer geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist⁴⁰. In diesem Falle liegt zwar eine zulässige Geschäftsführung vor, sie begründet aber nur für den Geschäftsherrn eine schuldrechtliche Verpflichtung. Der Geschäftsführer ist nur in jedem Falle aus etwaiger ungerecht-

er nur nicht zur Unzeit abstehe darf, wäre richtig, wenn § 671 B.G.B. entsprechend anwendbar wäre. Davon kann aber nicht die Rede sein.

³⁶ B.G.B. § 680. Ähnlich nach der überwiegenden Ansicht des gem. R.; vgl. Dernburg, Pand. § 122 Anm. 24—26. Auch Schweiz. O.R. a. 420² (470¹). Andere Abstufungen im Preufs. L.R. § 237, 245, Code civ. a. 1374, Sächs. Gb. § 1347. — Dafs der Geschäftsführer auch für Verschulden seiner Gehilfen gemäfs § 278 B.G.B. haftet, ist allgemein anerkannt.

³⁷ Wie nach gem. R., Preufs. L.R. § 236, Öst. Gb. § 1036. Darin eben liegt ein Hauptunterschied der Haftung aus zulässiger Geschäftsführung von der Haftung des unberechtigten Geschäftsführers (oben S. 985 Anm. 30).

³⁸ B.G.B. § 681 S. 1. Dadurch soll er dem Geschäftsherrn nach Möglichkeit die Gelegenheit verschaffen, seinen Willen kund zu geben, etwaigen Einspruch zu erheben oder Anweisungen für die Geschäftsführung zu erteilen. Die Haftung aus Unterlassung der Anzeige oder des Wartens bestimmt sich nach § 677—679. Ebenso die Begrenzung der Beachtlichkeit von Verboten und Anweisungen.

³⁹ B.G.B. § 681 S. 2. Erwähnt sind die Auskunfts- und Rechnungslegungspflicht, die Herausgabepflicht und die Verzinsungspflicht aus § 666—668. Aber auch die Vorschrift des § 672 über die Verpflichtung des Beauftragten beim Tode des Geschäftsherrn ist sicher entsprechend anzuwenden; vgl. Code civ. a. 1373. Ebenso beim Tode des Geschäftsführers die Vorschrift des § 673 hinsichtlich der Verpflichtung seiner Erben.

⁴⁰ B.G.B. § 682. Wie Preufs. L.R. § 374, Sächs. Gb. § 1349, Schweiz. O.R. a. 420 (470). Insoweit sind also die Grundsätze über Rechtsgeschäfte auf die hier vorliegende Rechtshandlung übertragen. Bei blofser Beschränkung der Geschäftsfähigkeit aber ist anzunehmen, dafs die auftraglose Geschäftsführung durch Genehmigung des gesetzlichen Vertreters voll wirksam wird; vgl. bes. Lent S. 52 ff. und P. Klein S. 92 ff. nebst den hier Anm. 145 angef. zahlreichen Schriftstellern; a. M. Manigk S. 689 ff., Matthiafs § 138 C 4. — Über den Einfluss von Willensmängeln Klein S. 94 ff.

fertiger Bereicherung, möglicherweise aber auch aus einer ihm zuzurechnenden unerlaubten Handlung haftbar⁴¹.

2. **Verpflichtung des Geschäftsherrn.** Der Geschäftsherr ist verpflichtet, dem Geschäftsführer seine Aufwendungen wie einem Beauftragten zu ersetzen⁴². Zu den Aufwendungen aber gehört hier auch geleistete berufsmäßige Arbeit, für die Entgelt erwartet wird⁴³. Somit kann der Arzt, der ungerufen ärztliche Hilfe bringt, entsprechendes Honorar, der Bergsteiger, der den verirrtten Bergsteiger aufsucht und aus der Gefahr befreit, Führerlohn verlangen.

Der Ersatzanspruch tritt nicht ein, wenn der Geschäftsführer nicht die Absicht hatte, vom Geschäftsherrn Ersatz zu verlangen. In diesem Falle läßt der Geschäftsführer sich zwar eine schuldrechtliche Verpflichtung auf, erwirbt aber aus der Geschäftsführung keine Forderung. Da hierin eine Schenkung oder doch eine nicht zu vermutende unentgeltliche Zuwendung liegt, trifft den Geschäftsherrn, wenn er auf Ersatz in Anspruch genommen wird, die Beweislast⁴⁴. Nur wenn Eltern oder Voreltern Abkömmlingen oder diese jenen Unterhalt gewähren, spricht eine gesetzliche Vermutung für den Mangel der Absicht, vom Empfänger Ersatz zu verlangen⁴⁵.

V. Anwendungsgebiet. Die Vorschriften über Geschäftsführung ohne Auftrag werden bei bestimmten Verhältnissen, die eine auftraglose Geschäftsführung in sich schliessen, durch Spezial-

⁴¹ Über die Tragweite der Verweisung auf die Vorschriften über unerlaubte Handlungen in § 682 vgl. Klein S. 90 ff.

⁴² B.G.B. § 683, 684 S. 2; also nach § 677 alle Aufwendungen, die er für erforderlich halten durfte.

⁴³ Vgl. Isay S. 148 ff., Dernburg § 302 II, Planck, Bem. 3a, Brückmann S. 182, 214 ff., Kipp, S. 924, Crome § 255 III; Seuff. L Nr. 15, LXI Nr. 3, Rspr. d. O.L.G. VIII 343, XII 272, XVIII 23. A. M. Lotmar, Arbeitsv. I 122 Anm. 1, Staudinger, Bem. 2a; auch Oertmann, Bem. 3b, der aber wenigstens Ersatz für Verdienstentgang gewähren will. Der Wortlaut des § 683 erweckt Bedenken, die aber gegenüber dem dringenden Bedürfnis einer solchen Erweiterung nicht durchgreifen. Die Analogie des Auftrags, bei dem Unentgeltlichkeit der Dienstleistung vereinbart ist, versagt hier eben; im Falle eines „Auftrages“ zu derartigen Dienstleistungen würde vielmehr nach § 612² oder § 632 ein Dienst- oder Werkvertrag anzunehmen sein.

⁴⁴ B.G.B. § 685¹. Vgl. für das gem. R. Dernburg, Pand. § 122 Anm. 32; Sächs. Gb. § 1353.

⁴⁵ B.G.B. § 685². Sächs. Gb. § 1354 (auch unter Geschwistern). Die Vermutung gilt nur gegenüber dem „Empfänger“, nicht gegenüber einem säumigen Unterhaltspflichtigen, dessen Geschäft der Gewährende besorgen wollte.

vorschriften verdrängt. Insbesondere ist das gesetzliche Schuldverhältnis aus der Besitznahme an einer gefundenen Sache eigenartig geregelt⁴⁶. Andererseits verweist das B.G.B. bei manchen Verhältnissen, bei denen es sich um die Wahrnehmung fremder Interessen handelt, ohne daß die Voraussetzung auftragloser Geschäftsführung erfüllt zu sein braucht, auf entsprechende Anwendung der Vorschriften über Geschäftsführung ohne Auftrag⁴⁷ oder doch einzelner dieser Vorschriften⁴⁸.

VI. Unehchte Geschäftsführung ohne Auftrag. Von einer solchen spricht man, falls Jemand ein fremdes Geschäft als eignes besorgt.

Handelt er dabei in der irrigen Meinung, daß das Geschäft sein eigenes sei, so finden nach dem B.G.B. die Vorschriften über Geschäftsführung ohne Auftrag überhaupt keine Anwendung. Die Geschäftsführung entbehrt also der spezifischen schuldbegründenden Kraft; der Geschäftsführer wird im Falle des Verschuldens aus unerlaubter Handlung und sonst nur aus ungerechtfertigter Bereicherung verpflichtet und nur aus ungerechtfertigter Bereicherung des Geschäftsherrn berechtigt⁴⁹.

Weiß er dagegen, daß das Geschäft ein fremdes ist, veräußert oder verändert er z. B. wider besseres Wissen eine fremde Sache, als sei sie seine eigne, oder treibt er wider besseres Wissen eine

⁴⁶ B.G.B. § 695 ff.; oben Bd. II 533 ff. Vgl. auch H.G.B. § 740 ff., B.Sch.G. § 93 ff., StrandO. § 4 ff.

⁴⁷ So hat der Erbe, der vor der Annahme erbschaftliche Geschäfte besorgt, falls sie sich infolge von Ausschlagung als Besorgung fremder Geschäfte herausstellt, dem nunmehr berufenen Erben gegenüber die Rechte und Pflichten eines Geschäftsführers ohne Auftrag; § 1959¹. Ebenso im Falle der Berufung auf beschränkte Haftung den Nachlassgläubigern gegenüber (in Ansehung des Ersatzes von Aufwendungen auch noch nach der Annahme); § 1978¹ u. ³, 1991¹, 2036 S. 2; analog der Vermögensübernehmer nach § 419².

⁴⁸ Hinsichtlich des Ersatzanspruches wegen seiner Aufwendungen steht einem Geschäftsführer ohne Auftrag gleich: der Verkäufer nach Übergang der Gefahr bis zur Übergabe, § 450¹; der Mieter, Pächter oder Entleiher, soweit die Aufwendungen nicht notwendig waren, § 547², 581, 601²; der herausgabepflichtige Besitzer nach Eintritt von Bösgläubigkeit oder Rechtshängigkeit, § 994², 1007³; der Nießbraucher, soweit er nicht verpflichtet ist, § 1049; der Pfandgläubiger, § 1216; der Vorerbe, soweit sie nicht zur Erhaltung der Erbschaft gemacht sind, § 2125.

⁴⁹ B.G.B. § 687¹. Ebenso grundsätzlich nach gem. R.; Windscheid § 431 Anm. 18; R.Ger. XIII Nr. 43. Dagegen läßt das Sächs. Gb. § 1342 zwar nicht die Rechte, wohl aber die Pflichten eines auftraglosen Geschäftsführers entstehen.

fremde Forderung als eigne ein, so haftet er zwar gleichfalls an sich aus unerlaubter Handlung oder doch (soweit er etwa für eine solche nicht verantwortlich ist) aus ungerechtfertigter Bereicherung und hat seinerseits nur einen Bereicherungsanspruch. Allein der Geschäftsherr kann ihn, wenn er dies vorzieht, als Geschäftsführer in Anspruch nehmen⁵⁰. Dann kann er ihn in gleichem Umfange, wie im Falle der Genehmigung einer unzulässigen echten Geschäftsführung ohne Auftrag, verantwortlich machen⁵¹, bleibt jedoch seinerseits trotzdem nur zur Herausgabe seiner Bereicherung verpflichtet⁵².

⁵⁰ B.G.B. § 687²; Lent S. 118 ff., Cosack § 155 V 2, Oertmann zu § 687 Bem. 3, Enneccerus § 388 I; vgl. auch F. Schulz, Arch. f. ziv. Pr. CV 463 ff. — Auf den Fall, daß der Geschäftsführer das Geschäft aus grober Fahrlässigkeit für sein eignes hielt, läßt sich dies nicht, wie Isay S. 104 will, erstrecken.

⁵¹ Gemäß der in § 687² S. 1 enthaltenen Verweisung auf § 677 u. § 681. Der Geschäftsherr kann also, anstatt Schadensersatz nach § 823¹ oder Herausgabe der Bereicherung nach § 812 mit § 819 zu fordern, ordnungsmäßige Ausführung des Geschäfts, gleich als hätte er Auftrag dazu gegeben, verlangen und namentlich auch auf Herausgabe des etwaigen Gewinnes klagen; Cosack a. a. O., Enneccerus a. a. O., Dernburg § 303 Anm. 5; a. M. Oertmann a. a. O. Vgl. R.Ger. LXXXIV Nr. 8: ein Angestellter, der eine nach Dienstvertragsklausel dem Prinzipal angefallene Gebrauchsmustererfindung für sich angemeldet hat, ist nach § 687² dem Prinzipal zur Übertragung des Gebrauchsmusterrechts und zur Rechnungslegung verpflichtet. Gegenüber den Ansprüchen aus unerlaubter Handlung bieten diese Ansprüche überdies den Vorteil, daß sie nicht der kurzen Verjährung unterliegen. — Wenn das B.G.B. ihm auch die Geltendmachung der sich aus § 678 u. § 682 ergebenden Ansprüche vorbehält, so ist dies bedeutungslos. Denn Schadensersatz aus § 678 kann er nur fordern, wenn er die Geschäftsführung ablehnt, nicht aber, wenn er sie als für seine Rechnung erfolgt sich aneignet; oben S. 958 Anm. 33. Den geschäftsunfähigen Geschäftsführer aber kann er aus § 682 immer nur aus unerlaubter Handlung oder Bereicherung in Anspruch nehmen, niemals als Geschäftsführer verantwortlich machen.

⁵² B.G.B. § 687² S. 2. Die Fassung des Satzes: „Macht er sie geltend, so ist er dem Geschäftsführer nach § 684 S. 1 verpflichtet“, ist verfehlt. Nicht aber, wie Fr. Schulz a. a. O. S. 470 ff. meint, der Gedanke. Der Bereicherungsanspruch aus § 684 S. 1 kann dem Geschäftsführer in keinem Falle versagt werden; vgl. Brückmann S. 226, Oertmann Bem. 3 c. Daß er aber, auch wenn der Geschäftsherr seine Geschäftsführung als solche anerkennt, auf den Bereicherungsanspruch beschränkt ist und nicht den Anspruch aus § 684 S. 2 erlangt, ist eine singuläre Benachteiligung, die ausdrücklicher Anordnung bedurfte.

§ 217. Vorlegung von Sachen.

I. **Überhaupt.** Das B.G.B. regelt im Anschluß an die römischen und gemeinrechtlichen Sätze über die *actio ad exhibendum*¹ als ein besonderes selbständiges Schuldverhältnis die dem Besitzer einer Sache gesetzlich auferlegte Verpflichtung, die Sache einer bestimmten anderen Person auf deren Verlangen vorzulegen².

Auch hier handelt es sich um eine in dem allgemeinen sozialen Zusammenhange der Privatrechtssubjekte wurzelnde Verpflichtung. Sie hat nur vorbereitende Bedeutung, da sie dem Vorlegungsberechtigten nur die Möglichkeit verschaffen soll, etwaige weitere Ansprüche geltend zu machen. Aber sie ist eben als Verpflichtung zur Hilfsleistung für fremde Interessen rechtlich selbstständig³.

II. **Vorlegung von Sachen überhaupt.** Verpflichtet zur Vorlegung ist jeder Besitzer der Sache, sei er unmittelbarer oder mittelbarer Besitzer⁴. Die Sache kann beweglich oder unbeweglich sein⁵. Berechtig, von ihm die Vorlegung zu verlangen, ist, wer gegen ihn einen Anspruch in Ansehung der Sache hat oder sich Gewißheit verschaffen will, ob ihm ein solcher Anspruch zusteht⁶.

¹ Dig. 10, 4; Cod. 3, 42. Demelius, Die Exhibitionspflicht in ihrer Bedeutung für das klassische u. heutige R., 1876. Windscheid § 474 mit weiteren Literaturangaben in Anm. *.

² B.G.B. § 809—811. So auch Sächs. Gb. § 1565—1567. — Vgl. Dierschke, Vorlegung von Sachen zur Besichtigung nach dem B.G.B., 1901. Kipp, b. Windscheid S. 1065 ff. Endemann § 197. Dernburg II 1 § 42. Matthiafs § 140. Enneccerus § 438—439. Komm. v. Planck, Staudinger, Oertmann. Speziell über Urkundenvorlegung: Kohler, Arch. f. ziv. Pr. LXXIX 1 ff.; Siegel, Vorlegung von Urkunden im Prozeß, 1904.

³ Dadurch unterscheidet sie sich von den aus bestehenden Schuldverhältnissen oder sachen- oder erbrechtlichen Verhältnissen entspringenden Vorlegungspflichten und verwandten Pflichten zur Gestattung von Einsichtnahme, zur Auskunfterteilung usw., mit denen sie Dernburg II 1 § 33—42 zusammenstellt.

⁴ Besitzt eine juristische Person durch ihren Vorstand, so ist sie die rechte Beklagte, nicht der Vorstand in Person; R.Ger. LXXXIII Nr. 55 S. 250.

⁵ Die römische Editionsspflicht bezieht sich nur auf bewegliche Sachen.

⁶ Das Schuldverhältnis entsteht erst mit der Aufforderung zur Vorlegung, nicht schon, sobald einander Besitz des einen Teils und Sachanspruch des anderen Teils gegenüberstehen. Es handelt sich nicht etwa um ein dauerndes Legalschuldverhältnis. Darum kann auch der Besitzer durch Aufgeben des Besitzes vor Empfang der Aufforderung keine Schuldverpflichtung verletzen, sondern nur, wenn er vorsätzlich in Schädigungsabsicht handelt, nach § 826 aus unerlaubter Handlung haftbar werden.

Der Hauptanspruch, um dessen willen er die Vorlegung verlangt, kann dinglich oder persönlich sein, braucht auch nicht die Sache selbst zu betreffen, sondern nur von deren Existenz oder Beschaffenheit abzuhängen. Außerdem ist stets erforderlich, daß aus diesem Grunde die Besichtigung für ihn ein Interesse hat. Die geschuldete Leistung besteht in der Vorlegung der Sache zur Besichtigung oder in der Gestattung ihrer Besichtigung. Leistungsort ist der Ort, an dem sich die Sache befindet; doch kann aus einem wichtigen Grunde jeder Teil die Vorlegung an einem andern Orte verlangen. Die Gefahr und die Kosten der Vorlegung trägt der Berechtigte; der Verpflichtete kann die Vorlegung verweigern, bis ihm der Berechtigte die Kosten vorschießt und wegen der Gefahr Sicherheit leistet.

III. Vorlegung von Urkunden insbesondere. Die allgemeinen Vorschriften über Vorlegung von Sachen gelten auch für Urkunden⁷. Das B.G.B. erweitert aber die Vorlegungspflicht von Urkunden durch eine Sondervorschrift⁸. Wer ein rechtliches Interesse daran hat, die in fremdem Besitz befindliche Urkunde einzusehen, kann vom Besitzer die Gestattung der Einsicht verlangen, wenn die Urkunde in seinem Interesse errichtet ist oder ein zwischen ihm und einem Anderen bestehendes Rechtsverhältnis bekundet oder Verhandlungen über ein Rechtsgeschäft enthält, die zwischen ihm und einem Anderen oder zwischen einem von ihnen und einem gemeinschaftlichen Vermittler gepflogen worden sind⁹.

⁷ Ihre Vorlegung kann daher auf Grund von § 809 auch verlangt werden, wenn die Voraussetzungen des § 810 nicht vorliegen. So z. B., wenn der Kläger die Einsicht verlangt, um sich von dem Dasein eines Urheberrechts zu überzeugen, kraft dessen er dem Besitzer die Benutzung verbieten will; R.Ger. LXIX Nr. 92 S. 401.

⁸ B.G.B. § 810. Vorher war, während im übrigen das Landesrecht entschied (vgl. gem. R. b. Windscheid § 474 Anm. 21, R.Ger. XXXII Nr. 46, Sächs. Gb. § 1566), eine reichsrechtliche Bestimmung über die materiellrechtliche Vorlegungspflicht „gemeinschaftlicher“ Urkunden in der Z.P.O. § 387 getroffen. Jetzt verweist die Z.P.O. § 422 in dieser Hinsicht auf das bürgerliche Recht. Doch bleibt der selbständige, mit besonderer Klage verfolgbare materiellrechtliche Vorlegungsanspruch von dem prozessualen Anspruch auf Urkundenvorlegung zu Beweis Zwecken verschieden; vgl. Siegel a. a. O. S. 111 ff. Von der Vorlegung im Laufe eines Rechtsstreites handelt Z.P.O. § 420 ff.; nur für sie gelten auch bei Handelsbüchern besondere Regeln nach H.G.B. § 45—47.

⁹ Im Gegensatz zu § 809 ist also ein dem Vorlegungsgläubiger zustehender Anspruch in Ansehung der Urkunde nicht erforderlich, und wenn ihm ein solcher Anspruch zusteht, braucht dieser sich nicht gegen den Besitzer zu richten. Dagegen muß der Vorlegungsgläubiger ein „rechtliches“, also ein seine recht-

Die Vorlegungspflicht kann je nach den Umständen sich auf einen Teil der Urkunde beschränken, aber auch die Verpflichtung einschließen, die Anfertigung von Abschriften oder Auszügen zu gestatten.

§ 218. Ungerechtfertigte Bereicherung.

I. Geschichtliche Entwicklung. Das römische Recht hat in Gestalt von Kondiktionen eine Reihe von aufserkontraktlichen Forderungsrechten ausgebildet, die in Fällen einer ohne gerechten Grund erfolgten Vermögensverschiebung dem Geschädigten gegen den Erwerber zustehen und sich auf Herausgabe des grundlos erlangten Vermögensvorteils richten¹. Aus irrtümlicher Zahlung einer Nichtschuld entspringt die *condictio indebiti* gegen den Empfänger; aus der Nichtverwirklichung eines Zwecks, zu dem eine geschäftliche Leistung gemacht ist, die *condictio ob causam* gegen den Empfänger; aus der Verwerflichkeit eines Erwerbes wegen Unsittlichkeit des Zweckes oder der Mittel die *condictio ob turpem vel injustam causam*; aus sonstigem grundlosem Erwerbe endlich, mag es von Anfang an an einem gehörigen Grunde gefehlt haben oder mag der Grund später weggefallen sein (*causa finita*), die *condictio sine causa*². Das römische System, dem das ältere deutsche Recht nichts ähnliches an die Seite zu setzen hatte, aber auch keine widersprechenden Sätze entgegenstellte³, wurde in das

lichen Verhältnisse berührendes Interesse an der Einsichtnahme haben, und ein solches Interesse muß sich in der vom Gesetz bezeichneten Weise aus dem Inhalt der Urkunde objektiv ergeben. Vgl. dazu R.Ger. LVI Nr. 27. Der Besitzer braucht an dem beurkundeten Rechtsverhältnis oder Rechtsgeschäft in keiner Weise beteiligt zu sein. Umgekehrt aber ist trotz eines etwaigen mittelbaren Interesses am Urkundeninhalt der Vorlegungsanspruch ausgeschlossen, wenn die Urkunde sich nur auf das Verhältnis des Besitzers zu Dritten bezieht; Rspr. d. O.L.G. IV 52, Seuff. LX Nr. 65.

¹ Vgl. über das röm. u. gem. R. bes.: v. Savigny, Syst. V 503 ff. Windscheid, Die Lehre des r. R.s von der Voraussetzung, 1850. Erxleben, Die *conditiones sine causa*, 1850/52. H. Witte, Die Bereicherungsklagen des gem. R., 1859. Voigt, Die *conditiones ob causam*, 1862. Dernburg, Pand. § 138 ff. Windscheid-Kipp § 421 ff.

² Dig. 12, 4—7, Dig. 13, 1, Cod. 4, 5—9.

³ Eine nähere Untersuchung fehlt. Ein allgemeines Prinzip ist jedenfalls in den Quellen nicht ausgesprochen. Aber ein Recht zur Rückforderung des Geleisteten in den Fällen der Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit des zugrunde liegenden Geschäfts, des berechtigten Rücktritts oder Widerrufs, der Vereitelung des Leistungszwecks (z. B. durch Nichterfüllung einer Auflage), der Verwerflichkeit des Empfanges (z. B. bei verbotenen Spiel) war stets anerkannt; vgl. z. B. Ssp. I, 9 § 2 u. 5. Über die Spuren im westnord. R. v. Amira II 937 ff.

gemeine Recht aufgenommen und mehr und mehr im Sinne von Spielarten einer allgemeinen Bereicherungsklage fortgebildet.

Daneben gewann die römische *Versionsklage*, die als *actio de in rem verso* nur die beschränkte Bedeutung einer aus dem Geschäft eines Hauskindes gegen den Hausvater bis zum Belauf seiner Bereicherung zulässigen adjektivischen Klage hatte, durch die Erweiterung der *actio de in rem verso utilis* im gemeinen Recht zeitweise die Funktion eines allgemeinen Bereicherungsanspruches⁴. Mit Zuhilfenahme dieser Klage aus nützlicher Verwendung, für die das ältere deutsche Recht mancherlei Anknüpfungspunkte bot, gelangte man unter dem Einfluß naturrechtlicher Anschauungen vielfach zu dem Satze, daß jede Bereicherung zum Schaden eines Anderen unstatthaft sei und eine Erstattungspflicht begründe⁵.

Von den neueren Gesetzbüchern hat das preussische Landrecht die Klage aus nützlicher Verwendung zu einem allgemeinen Rechtsbehelf ausgestaltet⁶ und außerdem die speziellen Konditionen des römischen Rechts besonders geregelt⁷. Ähnlich verfährt das österreichische Gesetzbuch⁸. Die übrigen Gesetzbücher haben die Verwendungsklage fallen lassen und schloßen sich dem römischen Kondiktionensystem an⁹. So auch das B.G.B., das aber, wie schon vor ihm das schweizerische Obligationenrecht¹⁰, einen

⁴ Vgl. bes. v. Tuhr, *Actio de in rem verso*, 1815; Wellspacher, *Versio in rem*, 1900; Dernburg, *Pand.* II § 14; Windscheid-Kipp § 483 (mit weiteren Literaturangaben in Anm. *).

⁵ Vgl. Dernburg, *Pand.* II § 14 Anm. 18, § 138 Anm. 14, *Preufs. P.R.* § 287, 2, *B.R.* § 374 Anm. 6; Windscheid § 421 Anm. 1. — Im 19. Jahrh. wurde diese Lehre allgemein verworfen, jedoch über die Zulässigkeit der *Versionsklage* und ihr Verhältnis zu den Konditionen endlos gestritten.

⁶ *Preufs. L.R.* I, 13 § 262—280. Jacobi, *Die Lehre von der nützlichen Verwendung nach Preufs. A.L.R. kritisch u. systematisch dargestellt*, 1861. Dernburg, *Preufs. P.R.* § 288.

⁷ *Preufs. L.R.* I, 16 § 166—212; Dernburg *a. a. O.* § 289—292. Nur die *condictio sine causa* fehlt, da sie in der Klage aus nützlicher Verwendung aufgegangen ist.

⁸ *Öst. Gb.* § 1041—1042 über den Anspruch aus nützlicher Verwendung, § 1431—1437 nebst anderen zerstreuten Bestimmungen über Konditionen; vgl. Krausz-Pfaff-Ehrenzweig § 411—416.

⁹ So *Code civ.*, der aber nur die *cond. indebiti* in a. 1376—1381 speziell regelt; *Zachariae-Crome* § 412; über andere Kondiktionfälle (bes. auf Grund der a. 1131—1133) ebd. § 412^a. Wesentlich römisch das *Sächs. Gb.*, das in § 1357 einen Anspruch aus nützlicher Verwendung grundsätzlich ablehnt, in § 1483—1550 die einzelnen römischen Konditionen nacheinander regelt.

¹⁰ *Schweiz. O.R.* a. 70—75 (jetzt a. 62—67).

einheitlichen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung anerkennt und für dessen einzelne Anwendungsfälle nur einige Sondervorschriften trifft¹¹.

II. Prinzip. Das Gesetz verpflichtet den, der durch die Leistung eines Anderen oder in sonstiger Weise auf dessen Kosten etwas ohne rechtlichen Grund erlangt hat, das Erlangte an ihn herauszugeben. Dem Mangel des rechtlichen Grundes stellt es gleich, wenn der rechtliche Grund später wegfällt oder der mit einer Leistung nach dem Inhalte des Rechtsgeschäfts bezweckte Erfolg nicht eintritt¹². Der Tatbestand also, aus dem hier ein Schuldverhältnis unabhängig vom Willen der Beteiligten entspringt, ist ein von der Rechtsordnung als „ungerechtfertigte Bereicherung“ mißbilligtes Erwerben oder Behalten von Vermögenswert, der einem Anderen entzogen ist¹³.

Der leitende Gedanke, dem das Gesetz bei der Gewährung des Bereicherungsanspruches folgt, ist die Herbeiführung eines Ausgleichs zwischen formellem und materiellem Recht im Sinne der sozialen Gerechtigkeit. Auf der einen Seite ist erforderlich, daß eine Vermögensverschiebung mit rechtlicher Wirkungskraft

¹¹ B.G.B. § 812—822. Über das abweichende Verfahren des Entw. I § 737—748 vgl. Hartmann, Gutachten aus dem Anwaltstande S. 323 ff., Lenel, Arch. f. ziv. Pr. LXXIV 213 ff., meine Schrift über den Entw. S. 272 ff. — Zum geltenden Recht: W. Collatz, Ungerechtfertigte Vermögensverschiebung, 1894; Zur Theorie der Realgeschäfte u. der ungerechtfertigten Bereicherung, 1911. v. Mayr, Bereicherungsansprüche des deut. b. R.s, 1903. Jung, Die Bereicherungsansprüche und der Mangel des rechtlichen Grundes, 1902. Stammer, Zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung (in Festschr. f. Fitting), 1903. Plessen, Grundlagen der modernen Kondiktio, 1904. Hartmann, Arch. f. b. R. XXI 224 ff. v. Tuhr, Zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung (aus Festschr. f. Bekker), 1907. Fr. Schulz, System der Rechte auf den Eingriffserwerb, Arch. f. ziv. Pr. CV. Stampe, ebd. CX 119 ff. Hedemann, Bereicherung durch Strohmänner, in Festschr. f. Thon, 1911. H. A. Fischer, Grenzgebiete des Schadensersatzes und des Bereicherungsanspruches, in Festschr. f. Zitelmann, 1913. Reichel, Rechtskraft u. ungerechtfertigte Bereicherung, in Festschr. f. Wach, 1913, III 3 ff. — Schollmeyer § 13; Endemann § 198; Cösack § 167 ff.; Matthiafs § 141; Crome § 316; Dernburg § 374 ff.; Enneccerus § 440 ff.; Komm. v. Planck, Staudinger, Oertmann.

¹² B.G.B. § 812¹. (Über Abs. 2 unten S. 1003 Anm. 31.)

¹³ Der römische Gesichtspunkt der obligatio quasi ex contractu, der schon bei den gemeinrechtlichen Kondiktionen nur gewaltsam festgehalten werden konnte, ist für den heutigen einheitlichen Bereicherungsanspruch völlig unbrauchbar. Für ihn läßt sich auch mit den stärksten Fiktionen keine Willensgrundlage herstellen.

eingetreten ist; es muß wirklich Eigentum oder sonstiges Recht übergegangen, ein Recht erloschen, belastet oder sonst nachteilig verändert, eine Verbindlichkeit entstanden sein. Auf der anderen Seite aber wird vorausgesetzt, daß das Gesetz demselben Rechtserfolge, der im Einklange mit seinen Bestimmungen eingetreten ist, die innere Berechtigung abspricht. Zweifellos offenbart damit die Rechtsordnung einen ihr immanenten Zwiespalt und korrigiert sich selbst, indem sie, was sie mit der einen Hand gibt, mit der anderen Hand nimmt. Das Bedürfnis einer solchen Korrektur aber muß sich um so lebhafter fühlbar machen, je selbständiger und starrer einerseits die eine Vermögensverschiebung bewirkenden Rechtsvorgänge ausgestaltet sind und je dringender doch andererseits das moderne Rechtsbewußtsein die Bewertung jeder Vermögensverschiebung nach Grund und Zweck verlangt. Darum spielt gerade im B.G.B., das in besonders weitem Umfange abstrakten Verträgen eine von den Kausalbeziehungen unabhängige Verpflichtungs- und Übertragungskraft verleiht und vor allem die Veränderungen der dinglichen Rechtslage durch dingliche Rechtsgeschäfte von ihrem schuldrechtlichen Grunde loslöst, der Bereicherungsanspruch eine ungleich größere Rolle, als im bisherigen Recht. Er durchzieht das ganze Gesetzesrecht als das in zahlreichen Verhältnissen immer wiederkehrende Mittel, um formell rechtmäßige, aber materiell ungerechte Vermögensverschiebungen tunlichst wieder auszugleichen¹⁴.

Die Frage jedoch, in welchen Fällen die Rechtsordnung den von ihr selbst gewollten Erfolg als ungerechtfertigt ansieht, läßt sich nicht mit einer einheitlichen Formel beantworten¹⁵. Denn

¹⁴ In ähnlichem Sinne äußern sich Schollmeyer S. 211 Anm. 2, Dernburg § 374 IV, Crome § 316, Enneccerus § 440. Im Kern auch Stammer S. 153 ff., der jedoch mit seinem Begriff des „richtigen“ Rechts, das gegen das „technisch geformte“ Recht reagiere, die einheitliche Struktur der positiven Rechtsordnung zerstört. Denn „richtiges“ Recht ist auch das formelle Recht und auf positivrechtlichen Sätzen beruht auch dessen Korrektur durch Bereicherungsansprüche. Die Rechtsordnung glaubt ihrer Aufgabe im Dienste der Rechtsidee weder ohne feste formalrechtliche Regeln über den Eintritt von Vermögensverschiebungen, noch ohne Berücksichtigung der materiellrechtlichen Gründe derselben entsprechen zu können. Den so in ihr selbst angelegten Konflikt aber löst sie mit ihren eignen Mitteln und wahrt ihre Einheitlichkeit, indem sie das formelle Recht als solches unangetastet läßt, jedoch auf Grund des materiellen Rechtes insoweit Ausgleichungsansprüche gewährt, als dies nach ihrer Auffassung eine gerechte Ordnung des sozialen Verkehrs fordert.

¹⁵ Derartige Versuche begegnen z. B. bei Collatz, Vermögensverschiebung S. 40, Realgeschäfte S. 22 ff., v. Mayr S. 428 ff., Jung S. 129, Plessen S. 50,

der Begriff des „rechtlichen Grundes“ ist nicht eindeutig. Das B.G.B. normiert in dem Titel über ungerechtfertigte Bereicherung einzelne besondere Anwendungsfälle des Grundprinzips, bei denen von sehr verschiedenen Gesichtspunkten aus einem Vermögenserwerb der rechtliche Grund abgesprochen wird. Überdies aber finden sich an anderen Stellen des B.G.B. und in sonstigen Gesetzen mancherlei Verweisungen auf die Vorschriften über ungerechtfertigte Bereicherung. Doch bedeuten sie zum Teil nur eine inhaltliche Einschränkung anderweit begründeter Forderungsrechte durch die Bereicherungsgrenze. Hier ist die ungerechtfertigte Bereicherung nicht selbständiger Schuldgrund, sondern Maßstab für die um besonderer Umstände willen verordnete Abschwächung der Schuldhafung¹⁶. Solche Bestimmungen sind daher für die Ermittlung der Tragweite des echten Bereicherungsanspruches unverwertbar. Andere Gesetzesvorschriften aber enthalten in der Tat eine Entfaltung des in § 812 B.G.B. ausgesprochenen Prinzips für eigenartige Anwendungsfälle¹⁷. Aus ihnen lassen sich daher Schlüsse

Oertmann, Vorbem. 1 c 7. — Fr. Schulz a. a. O. S. 473 ff. will sogar den ganzen Begriff der Bereicherungsansprüche auflösen und in dem weiteren Begriff der Ansprüche auf den „Eingriffserwerb“ aufgehen lassen. Dies ist aber eine ungeschichtliche Vergewaltigung des positiven Rechts; vgl. Ennecerus § 442 Anm. 1.

¹⁶ Dies tritt am deutlichsten in den Fällen hervor, in denen bei Rücktritt oder Kündigung wegen eines Umstandes, den der andere Vertragsteil nicht zu vertreten hat, der Anspruch auf Rückgewähr des Geleisteten zu einem Bereicherungsanspruch zusammenschrumpft; denn das Forderungsrecht auf Rückgewähr entspringt dem Vertrage und bleibt trotz der Einschränkung Vertragsanspruch; vgl. B.G.B. § 327 (dazu oben § 184 S. 308 ff. Anm. 126 u. 130), § 543², § 628¹, Verl.G. § 37. Eine zugunsten des gutgläubigen Erwerbers eintretende Einschränkung der infolge von Gläubigeranfechtung begründeten Herausgabepflicht bedeutet die Verweisung auf das Bereicherungsrecht in K.O. § 37² und Anf.G. § 7². Ebenso ist in Z.P.O. § 541² die Verpflichtung des Klägers zur Erstattung des auf Grund des aufgehobenen Urteils Erlangten nicht auf ungerechtfertigte Bereicherung gegründet, sondern nach dem Maßstabe des Bereicherungsanspruches abgeschwächt. Ähnlich in Zw.V.G. § 50³. — Auch die über die Haftung des eingebrachten Gutes der Frau und des ehelichen Gesamtguts bis zur Höhe der Bereicherung in § 1399² und § 1455 B.G.B. getroffenen Bestimmungen bringen nur haftungsrechtliche Grundsätze in Ansehung von Sondervermögensschulden zur Geltung. Dahin gehört auch die Behandlung der Ansprüche aus rechtloser Bereicherung der Konkursmasse als Masseschulden in K.O. § 59 Z. 3.

¹⁷ Echte Bereicherungsansprüche gewähren zweifellos: § 323³ B.G.B. bei gegenseitigen Verträgen wegen Bewirkung einer „nicht geschuldeten Gegenleistung“ (oben § 178 S. 131 Anm. 69); § 516 Abs. 2 S. 3 bei Ablehnung einer schenkweise erfolgten Zuwendung (oben § 191 S. 417); § 684 S. 1 und § 687

auf die positivrechtlichen Grenzen ziehen, innerhalb deren die innere Ungerechtigkeit einer Vermögensverschiebung als Mangel eines rechtlichen Grundes zu bewerten ist. Hiernach ist einerseits gewiss, daß die im Gesetz ausdrücklich erwähnten Bereicherungsansprüche nicht die Fälle erschöpfen, in denen der allgemeine Grundsatz des § 812 Platz greift¹⁸. Andererseits aber genügt zur Gewährung eines Bereicherungsanspruches nicht jede beliebige Unbilligkeit einer erfolgten Vermögensverschiebung. Vielmehr bedarf es dazu einer den anerkannten Fällen gleichwertigen Diskrepanz zwischen dem formalrechtlichen Ergebnis und der materiellen Gerechtigkeit. Jedenfalls ist der Bereicherungsanspruch ausgeschlossen, wenn sich aus Sinn und Zweck eines Gesetzes ergibt, daß der von ihm an einen Tatbestand geknüpfte Rechtsverlust den endgültigen Verlust des Vermögenswertes einschließen soll. Darum ist z. B. ein Anspruch auf Ausgleichung der durch Ersitzung, Verjährung oder Ablauf einer Ausschlussfrist herbeigeführten Vermögensverschiebung, so hart die Einbuße des Einen und so un-

Abs. 2 S. 2 bei nicht anerkannter auftragloser Geschäftsführung (oben § 216 S. 985 Anm. 32), während § 682 nur auf die allgemeinen Grundsätze verweist; § 951¹ bei Rechtsverlust durch Verbindung, Vermischung oder Verarbeitung (oben Bd. II 584); § 977 beim Funderwerbe (ebd. S. 538); auch K.O. § 7² u. § 38. Als echte Bereicherungsansprüche müssen ferner die Herausgabeansprüche des Schenkers bei Rückforderung oder Widerruf in den Fällen der §§ 528, 531², 1301 u. 1584 B.G.B. aufgefaßt werden, da sie auf dem Gedanken beruhen, daß die durch den Schenkungszweck gerechtfertigte Bereicherung von nun an als ungerechtfertigte Bereicherung erscheint (oben § 191 VI S. 426 ff.). Desgleichen der Bereicherungsanspruch des Schenkers wegen Nichtvollziehung einer Auflage in § 527 B.G.B. (oben § 191 S. 431), sowie der bei Nichtvollziehung einer vom Erblasser gemachten Auflage in § 2196 gewährte Bereicherungsanspruch. Auch die gegenüber dem redlichen Besitzer in Ansehung der von ihm erworbenen Früchte durch § 988 u. 993¹ B.G.B. gewährten persönlichen Herausgabeansprüche sind als echte Bereicherungsansprüche aufzufassen, da sie zur Korrektur der dinglichen Rechtslage bestimmt sind (oben Bd. II 511 Anm. 15 u. 595 Anm. 43—46). Ebenso der Bereicherungsanspruch gegen den redlichen Erbschaftsbesitzer nach § 2026 B.G.B. Als echte Bereicherungsansprüche müssen auch die gegenseitigen Bereicherungsansprüche zwischen den verschiedenen Vermögensmassen bei der ehelichen Errungenschaftsgemeinschaft und Fährnisgemeinschaft nach § 1539 S. 1 und § 1550² B.G.B. betrachtet werden. Endlich die Bereicherungsansprüche aus den §§ 2287 ff. u. 2329 B.G.B., von denen unten (zu VIII S. 1021) die Rede sein soll.

¹⁸ Hierüber herrscht Einigkeit. Allgemein ist z. B. anerkannt, daß der einen Rechtsverlust für den Eigentümer bewirkende Verbrauch fremder Sachen, obwohl das B.G.B. dies nirgends ausspricht, einen Bereicherungsanspruch erzeugt.

billig der Gewinn des Anderen unter Umständen erscheinen mag, grundsätzlich nicht gegeben¹⁹. Dafs an sich auch hier die Verneinung des rechtlichen Grundes denkbar ist, zeigen die Ausnahmebestimmungen, die in gewissen Fällen einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung vorbehalten²⁰.

Der Bereicherungsanspruch kann mit anderen Ansprüchen konkurrieren²¹. Soweit freilich eine Vermögensverschiebung überhaupt nicht stattgefunden hat, weil die Rechtsordnung dem rechtsgeschäftlichen oder tatsächlichen Vorgange, der den Schein einer Vermögensverschiebung hervorruft, die Wirksamkeit versagt, ist für den Bereicherungsanspruch kein Raum. Darum schließt der dingliche Anspruch auf Herstellung des der wahren Rechtslage entsprechenden Zustandes die Kondiktion des scheinbar Erlangten, insbesondere der Eigentumsanspruch auf Herausgabe einer Sache den Herausgabeanspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung aus²². Wohl aber besteht neben dem dinglichen Anspruch ein Bereicherungsanspruch auf Herausgabe des ohne rechtlichen Grund erlangten Besitzes²³. Ebenso ist zwar, wenn nur scheinbar

¹⁹ Im Falle der Ersitzung will freilich Wolff, Sachenrecht § 71 IV, die Klage aus § 812 zulassen, wenn der Eigenbesitz, auf dem die Ersitzung beruht, ohne rechtlichen Grund erlangt war; dann bleibe eine *condictio possessionis* möglich, die nach § 818¹ zugleich den Anspruch auf Rückübereignung einschliesse. Zustimmend Enneccerus § 442 Anm. 17. Vgl. auch Oertmann, Recht 1910 S. 585 ff. Indessen dürfte doch dem Sinn und Zweck des Gesetzes die Annahme entsprechen, dafs der ungerechtfertigte Besitz mit dem Augenblick des Eigentumserwerbes kraft Ersitzung aufhört, ungerechtfertigt zu sein. Der Eigentumserwerb aber ermangelt nicht des rechtlichen Grundes.

²⁰ So bes. W.O. a. 83 für den Wechselinhaber gegen den Aussteller oder Akzeptanten eines verjährten oder präjudizierten Wechsels; ScheckG. § 21 für den Scheckinhaber gegen den Aussteller, dessen Regressverbindlichkeit durch Unterlassung rechtzeitiger Vorlegung oder durch Verjährung erloschen ist. Vgl. auch B.G.B. § 1973² über die Bereicherungshaftung des Erben gegenüber dem im Aufgebotsverfahren ausgeschlossenen Nachlassgläubiger; dazu § 1989. — Über § 852² vgl. unten S. 1001 Anm. 25^a.

²¹ v. Mayr S. 356 ff. u. Oertmann, Vorbem. 4, halten ihn für subsidiär. Vgl. dagegen Cosack § 168 I 6, Dernburg § 374 Anm. 6, Planck, Vorbem. 5, Jung S. 42 ff., Plessen S. 58 ff., Enneccerus § 441 Anm. 12.

²² So mit Recht Endemann § 128 Anm. 12, Fischer-Henle zu § 812 Bem. 9. Anders verhält es sich bei den mit dem Eigentumsanspruch verbundenen Bereicherungsansprüchen in Ansehung von Früchten (oben Anm. 17 S. 998), weil es sich hierbei um Früchte handelt, an denen der Besitzer das Eigentum erworben hat.

²³ Der Besitz mit allen durch ihn gebotenen Vermögensvorteilen ist eben wirklich erworben. Darum kann auch der Eigentümer gegen den Besitzer statt der Vindikation die *condictio possessionis* anstellen, erlangt aber mit ihr

eine Verbindlichkeit entstanden ist, ein Bereicherungsanspruch auf Befreiung von der in Wahrheit nicht entstandenen Verbindlichkeit undenkbar, wohl aber der im Falle eines abstrakten Schuldversprechens oder Schuldanerkenntnisses grundlos erlangte Rechtsvorteil einer wirksamen Scheinforderung kondizierbar²⁴. Auch mit Rückforderungsrechten aus Schuldverträgen können Bereicherungsansprüche aus grundloser Leistung konkurrieren²⁵. Vor allem endlich kann im Falle ungerechtfertigter Bereicherung durch widerrechtlichen Eingriff der Bereicherungsanspruch mit dem Schadensersatzanspruch aus unerlaubter Handlung zusammentreffen. Der widerrechtliche Eingriff begründet auch dann, wenn er keine unerlaubte Handlung ist, einen Bereicherungsanspruch auf Herausgabe des durch ihn Erlangten. Umgekehrt entspringt aus einer unerlaubten Handlung dann kein Bereicherungsanspruch, wenn sie keine Vermögensverschiebung bewirkt hat. Soweit aber der Täter durch die unerlaubte Handlung auf Kosten des Verletzten etwas erlangt hat, steht diesem ein Bereicherungsanspruch zu, der durch den weitergehenden deliktischen Schadensersatzanspruch zwar zurückgedrängt, aber nicht aufgezehrt wird und daher ungeschwächt

eben nur die Wiedereinräumung des Besitzes, nicht die endgültige Herausgabe der Sache. Die Kondiktion des Besitzes ist auch nicht, wie Jung S. 43 meint, dann ausgeschlossen, wenn die Wiedererlangung des Besitzes durch eine Besitzschutzklage möglich ist; vgl. Planck, Vorbem. 5, Plessen S. 58. — Bei einem Grundstücke ist an sich auch die Kondiktion eines das dingliche Recht beeinträchtigenden unrichtigen Bucheintrages als eines grundlos erlangten vermögensrechtlichen Vorteils denkbar; doch besteht dazu infolge der dinglichen Ausgestaltung des Berichtigungsanspruches (oben Bd. II 344 ff.) kein Bedürfnis.

²⁴ Vgl. oben § 210 S. 867 Anm. 39, S. 868 Anm. 41, S. 869.

²⁵ So wird man Planck, Vorbem. 5, darin zustimmen müssen, daß im Falle des berechtigten Rücktritts von einem Verträge der Zurücktretende statt des Vertragsanspruchs auf Rückgewähr des Geleisteten aus § 346 B.G.B. den bloßen Bereicherungsanspruch aus § 812 geltend machen kann; er begnügt sich vielleicht damit, weil der andere Teil die Nichtigkeit des Vertrages behauptet und er die Erörterung darüber, obschon der Vertrag gültig ist, abschneiden will. Von selbst versteht es sich, daß der Bereicherungsanspruch nicht dadurch ausgeschlossen wird, daß der Kläger mit einem Vertragsanspruch das Gleiche von einem Dritten erlangen könnte; R.Ger. XLVIII Nr. 33. — Abwegig ist die Ansicht von Plessen S. 42, daß der Bereicherungsanspruch auch mit dem Anspruch auf Vertragserfüllung durch Bewirkung einer geschuldeten Gegenleistung konkurriere; denn so lange die mit einer Leistung erworbene Gegenleistungspflicht besteht, liegt keine ungerechtfertigte Bereicherung vor (unten S. 1013 Anm. 70).

fortbesteht, wenn der Anspruch aus unerlaubter Handlung verjährt ist^{25 a}.

III. Allgemeine Voraussetzungen. Zur Entstehung des Bereicherungsanspruches ist nach dem allgemeinen Grundsatz des B.G.B. stets dreierlei erforderlich.

1. Bereicherung des Verpflichteten. Der Verpflichtete muß „etwas erlangt“ haben, d. h. es muß ihm ein rechtlicher Vorteil erwachsen sein, durch den sein Vermögensbestand im ganzen erhöht und er also „bereichert“ ist²⁶. Dies kann durch den Erwerb eines vermögenswerten Rechts, z. B. des Eigentums, eines anderen dinglichen Rechts, einer Forderung, eines Patentrechts oder Warenzeichenrechts, erfolgen. Dahin gehört nach richtiger Meinung auch die Erlangung des Besitzes²⁷. Ebenso kann durch die Erweiterung oder Verstärkung eines Rechts, z. B. durch Erwerb eines Rangvorzuges für ein Grundpfandrecht, eine Bereicherung eintreten. Umgekehrt kann in der Befreiung von einer Schuldverbindlichkeit oder einer dinglichen Last eine Bereicherung liegen. Aber auch die Erlangung eines Vermögensvorteils, der einen Rechtsübergang nicht einschließt, kann sich als Bereicherung darstellen. So insbesondere die Erlangung eines wirksamen Rechtscheins, der kraft seiner formellen Legitimationskraft den Scheinberechtigten in den Stand setzt, über ein ihm nicht zustehendes Recht zu verfügen oder es in anderer Weise für sich nutzbar zu machen²⁸. Ferner der tatsächliche Gebrauch oder Verbrauch

^{25a} Dies ist der auch aus dem Wortlaut (dem Worte „auch“) erkennbare Sinn des § 852². Daraus folgt, daß der Verletzte auch vor dem Eintritt der Verjährung sich mit der Bereicherungsklage begnügen kann. Er tut dies vielleicht, weil er das Verschulden des Beklagten nicht aufdecken oder dessen Nachweis sich ersparen will.

²⁶ Der Wert alles Erlangten muß also den Wert der dafür gebrachten Vermögensopfer, übernommenen Lasten und eingetretenen Nachteile übersteigen; R.Ger. XLIV Nr. 33 S. 144, LIV Nr. 41 S. 141, LX Nr. 66 S. 291 ff., LXXIII Nr. 19 S. 69, LXXV Nr. 87, LXXXVI N. 85.

²⁷ Daß der Besitz kondizierbar sei, wollte Entw. I § 737³ ausdrücklich bestimmen. Die Bestimmung ist als selbstverständlich gestrichen. Sie ergibt sich aus der Rechtsnatur des Besitzes. Aber auch von denen, die den Besitz nicht als Recht anerkennen, wird allgemein die *condictio possessionis* in Übereinstimmung mit dem gemeinen Recht zugelassen, weil jedenfalls der Besitz eine vorteilhafte Rechtsstellung verschafft. Vgl. oben Anm. 23.

²⁸ Dahin gehört z. B. die Erlangung einer unrichtigen Legitimation durch das Grundbuch oder einen Erbschein, der Erwerb einer Scheinforderung (oben Anm. 24) oder der Scheinerwerb einer Forderung (oben § 180 S. 190 ff. Anm. 55—60).

fremder Sachen, die Empfangnahme von Dienstleistungen oder der Bezug von Unterhalt, wenn dadurch Vermögensaufwendungen, die sonst zu machen gewesen wären, erspart worden sind. Endlich auch die Nichtentstehung einer Schuld oder Last, die nach der Rechtslage hätte entstehen sollen und entstanden wäre, wenn nicht ein formaler Weigerungsgrund erlangt worden wäre.

2. Bereicherung auf Kosten des anderen Teils. Die Bereicherung muß „auf Kosten“ dessen erfolgt sein, der den Bereicherungsanspruch erhebt. Für ihn muß also mit der Erlangung des Vermögensvorteils durch den Bereicherten ein entsprechender Vermögensnachteil verbunden sein.

Dieser Vermögensnachteil kann in einer Verminderung des Vermögens durch Verlust oder Schwächung eines vermögenswerten Rechts oder durch Begründung einer vermögensrechtlichen Verbindlichkeit oder Last bestehen. Es genügt aber auch die Gefährdung des Vermögensbestandes durch einen ihn bedrohenden Rechtsschein. Und eine Bereicherung auf Kosten des Anderen liegt auch vor, wenn durch sie eine Vermehrung seines Vermögens, die sonst eingetreten wäre, vereitelt wird, er z. B. eine ihm angefallene Erbschaft oder einen Vermächtnisanspruch nicht erwirbt, für geleistete Dienste die Vergütung nicht fordern kann oder einen Anspruch auf Schuldbefreiung einbüßt²⁹. Der vom Bereicherten erlangte Vorteil und der für den anderen Teil entstandene Nachteil können sich gegenständlich decken, aber auch gegenständlich auseinanderfallen³⁰.

Der die Vermögensverschiebung bewirkende Vorgang kann von mannigfach verschiedener Beschaffenheit sein. Eine besondere Rolle spielt im B.G.B. wie im gemeinen Recht die durch eine

²⁹ Um solche Fälle einzuschließen, ist anstatt des früher üblichen, in Entw. I § 748 gebrauchten und im neuen Schweiz. O.R. a. 62¹ beibehaltenen Ausdrucks „aus dem Vermögen eines Anderen“ der Ausdruck „auf Kosten eines Anderen“ gewählt. Doch würde auch ohne diese Änderung das gleiche Ergebnis zu gewinnen sein, da es sich stets um vermögenswerte Erwerbsmöglichkeiten und somit um Wertverschiebungen zwischen den Vermögen handelt.

³⁰ Sie decken sich z. B., wenn dem Verluste des Eigentums, eines dinglichen Rechts oder einer Forderung der Erwerb des Eigentums, des Rechts oder der Forderung gegenübersteht oder der Aufhebung eines Rechts oder einer Forderung die Befreiung von der Last oder Schuld korrespondiert. Sie fallen auseinander, wenn dem Rechtsverluste des Einen der durch die Verfügung über das Recht erzielte Gewinn des Anderen, dem für Bezahlung einer fremden Schuld gebrachten Opfer die Schuldbefreiung, dem Nichtempfangen von Mietzins oder Arbeitslohn die Ausgabenersparnis entspricht.

rechtswirksame „Leistung“ des Benachteiligten an den Bereicherten erfolgte Übertragung von Vermögenswert³¹. Die Vermögensverschiebung kann aber auch „in sonstiger Weise“ herbeigeführt sein. Sie kann zunächst durch eine Handlung des Benachteiligten zustande kommen, die dem Bereicherten zum Vorteil gereicht, ohne daß an ihn etwas geleistet wäre³². Sie kann aber namentlich auch durch eine eigne rechtsgeschäftliche oder nichtrechtsgeschäftliche, rechtmäßige oder rechtswidrige Handlung des Bereicherten selbst, wie z. B. wirksame Verfügung auf Grund bloßen Rechtscheins, Gebrauch oder Verbrauch einer fremden Sache, Verarbeitung von fremdem Stoff, einseitige Besitzergreifung oder Besitzentziehung bewirkt werden³³. Es ist auch möglich, daß die Handlung eines Dritten die Vermögensverschiebung hervorbringt³⁴. Endlich kann auch ein rein tatsächlicher Naturvorgang den Einen auf Kosten des Anderen bereichern³⁵.

³¹ So durch Übereignung einer Sache, Begründung oder Übertragung eines dinglichen Rechts, Eingehung einer Verbindlichkeit, Forderungsabtretung, aber auch bloße Besitzüberlassung; desgleichen durch rechtsgeschäftliche Aufhebung eines dinglichen Rechts oder einer Forderung (z. B. Schuldverlass). Daß auch die vertragmäßige Anerkennung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Schuldverhältnisses eine Leistung ist, versteht sich bei ihrer konstitutiven Kraft von selbst, ist aber in § 812² ausdrücklich konstatiert.

³² So z. B. die Schuldbefreiung durch Bewirkung der Leistung an den Gläubiger (§ 362, R.Ger. b. Seuff. LXIX Nr. 192) oder Schuldübernahmevertrag mit diesem (§ 414). Desgleichen die Rechtsverschaffung durch Versprechen der Leistung an einen Dritten (§ 328, Hellwig, Vertr. S. 275). Sodann der zum Vorteil eines Anderen erklärte Verzicht; R.Ger. b. Gruchot LI 976. Endlich die Ausschlagung einer Erbschaft zum Vorteil des nächstberufenen Erben oder eines Vermächtnisses zum Vorteil des Beschwerten.

³³ Auf eine eigne Handlung des Bereicherten gründet sich auch der Eigentumserwerb des Finders (oben Bd. II 537 ff.) und vielfach der in den Fällen des § 988 u. 993 B.G.B. kondizierbare Fruchterwerb.

³⁴ So zweifellos in den unten (zu VIII) zu besprechenden Fällen, in denen die unentgeltliche Zuwendung seitens des primär Bereicherten als Bereicherung des Empfängers auf Kosten des Geschädigten gilt. So auch beim Funderwerb seitens der Gemeinde (oben Bd. II 538). Oder bei der durch einen Dritten vorgenommenen Verbindung oder Vermischung. Man vgl. auch den Fall des R.Ger. LI Nr. 17 (ein Geisteskranker pachtet ein Gut und kauft Kartoffeln, die er aussäet; der frühere Eigentümer der unbezahlten Kartoffeln hat einen Bereicherungsanspruch gegen den das Gut zurückerhaltenden Grundeigentümer). Ferner Rspr. d. O.L.G. XVIII 49 (Bereicherung des Mannes durch Verwendung fremden Geldes im Haushalt seitens der Frau). — Auch eine behördliche Handlung, z. B. unrichtige Eintragung, Zuschlag des Grundeigentums, Zwangsvollstreckung (R.Ger. LVI Nr. 17), kann die Vermögensverschiebung herbeiführen.

Es versteht sich von selbst, daß zwischen der Wertverminderung des einen und der Werterhöhung des anderen Vermögens ein ursächlicher Zusammenhang bestehen muß. Zweifelhaft aber ist, inwieweit ein unmittelbarer Kausalzusammenhang erforderlich ist oder eine entferntere Verursachung genügt. In Übereinstimmung mit der in der Theorie überwiegenden Ansicht verlangt die Praxis grundsätzlich eine unmittelbare Vermögensverschiebung zwischen den Parteien⁸⁶. Sie versagt daher dem Geschädigten die Bereicherungsklage gegen den Bereicherten, wenn dieser den Vorteil auf dem Umwege über das Vermögen eines zunächst bereicherten Dritten erlangt hat⁸⁷. In den gesetzlichen Bestimmungen, die den durch unentgeltliche Zuwendung seitens des ursprünglich Bereicherten mittelbar Bereicherten haftbar machen, erblickt sie ausnahmsweise verordnete Erweiterungen des regulären Bereicherungsanspruches. Diese Einschränkung des Bereicherungsanspruches ist neuerdings lebhaft bekämpft worden⁸⁸, wird aber durch die geschichtliche Entwicklung des Rechtsinstituts und dessen Aufbau im B.G.B gerechtfertigt⁸⁹. Nur darf das Erfordernis der

⁸⁵ So möglicherweise bei Verbindung oder Vermischung, bei Fruchterwerb, bei Eigentumsverschiebung kraft Wasserrechts (E.G. zum B.G.B. a. 65).

⁸⁶ Vgl. v. Mayr S. 207 ff., Jung S. 145 ff., Planck, Vorbem. 2b, Oertmann, Vorbem. 2d; R.Ger. J.W.Schr. 1905 S. 80 Nr. 19, Z.S. LXVI Nr. 21 S. 80 ff., LXXIII Nr. 46 S. 177, Seuff. LXIII Nr. 11, LXXIII Nr. 92, Gruchot LI 967; Rspr. d. O.L.G. II 505, IV 53 ff., Recht 1907 S. 181, Sächs. Rpfl.A. 1908 S. 487 ff.

⁸⁷ So hat der Angewiesene, der ohne Deckung an den Anweisungsempfänger gezahlt hat, nur gegen den Anweisenden, nicht gegen den Anweisungsempfänger einen Bereicherungsanspruch; R.Ger. LX Nr. 6 (Postanweisung), O.L.G. Naumb. b. Seuff. LXIX Nr. 103 (Scheck). Aus grundloser Aufhebung einer Hypothek erlangt der Hypothekengläubiger einen Bereicherungsanspruch nur gegen den Grundeigentümer, nicht gegen die vorgerückten Nachhypothekare; R.Ger. LXXIII Nr. 46. Der Werkmeister, der auf Grund eines mit einem Dritten geschlossenen Bauausführungsvertrages Baumaterialien verwendet, hat keinen Bereicherungsanspruch gegen den Grundeigentümer; R.Ger. b. Seuff. LXIII Nr. 11. Vgl. ferner den bei Enneccerus § 441 Anm. 16 mitgeteilten Fall, in dem das O.L.G. Dresden m. E. mit Recht die Bereicherungsklage abgewiesen hat. Von selbst versteht sich, daß die Leistung an oder durch den Vertreter auch hier der Leistung an oder durch den Vertretenen gleichsteht; R.Ger. LXXXI Nr. 60 S. 265. Dagegen fehlt die unmittelbare Vermögensverschiebung, wenn der Erwerb durch eine Zwischenperson vermittelt ist, die als indirekter Stellvertreter zunächst für sich erworben und dann das Erlangte dem Bereicherten zugewandt hat; Rspr. d. O.L.G. II 505, R.Ger. b. Seuff. LXIII Nr. 11 S. 18, LXXIII Nr. 92.

⁸⁸ Mit sehr eingehender Begründung von Enneccerus § 441 I 4.

⁸⁹ Die herrschende Lehre stimmt mit dem Kondiktionensystem überein.

Unmittelbarkeit der Vermögensverschiebung nicht im Sinne des direkten Vermögensüberganges gedeutet werden⁴⁰. Vielmehr kommt es nur darauf an, daß derselbe einheitliche Vorgang dem einen Teil den Vorteil verschafft und dem anderen Teil den Nachteil zugefügt hat⁴¹. Anders verhielt es sich bei der Verwendungsklage

Nur dieses aber, nicht das weiterreichende System der Versionsklage liegt dem B.G.B. zugrunde. Vor allem jedoch lassen die Bestimmungen des § 816 Abs. 1 S. 2 und des § 822 B.G.B. durch ihre Fassung deutlich erkennen, daß sie Abweichungen von der Regel, nicht, wie Enneccerus unter d und e ausführt, Anwendungsfälle der Regel darstellen. Wenn grundsätzlich die mittelbare Bereicherung auf Kosten des Geschädigten ausreichte, wären sie unnötig gewesen. Andererseits würden sie unter dieser Voraussetzung eine schwer zu rechtfertigende Einschränkung der Bereicherungsklage enthalten, da dann doch auch der im Falle der entgeltlichen Zuwendung erlangte Wert, soweit er den gezahlten Entgelt übersteigt, und jedenfalls das auf anderem Wege als durch Zuwendung unentgeltlich Erlangte kondizierbar sein müßte.

⁴⁰ Vgl. Crome § 317, 3a u. b, bes. Anm. 37, 39—41.

⁴¹ Dies ist bei sämtlichen von Enneccerus unter c angeführten Beispielen der Fall, bei denen also ein Bereicherungsanspruch begründet ist, keineswegs aber, wie er meint, eine bloß „mittelbare“ Vermögensverschiebung vorliegt. Bezahle ich eine fremde Schuld (α), so bewirkt die mein Vermögen mindernde Leistung an den Gläubiger zugleich unmittelbar die Bereicherung des Schuldners durch Befreiung. Kondiziere ich den aus dem Verkauf meiner Sache an einen gutgläubigen Dritten erzielten Erlös nach 816 Abs. 1 S. 1 (β), so handelt es sich um das, was durch dieselbe Verfügung erlangt ist, die meinen Eigentumsverlust bewirkt hat. Habe ich meinen Schuldner zur Zahlung an den Gläubiger meines vermeintlichen Gläubigers angewiesen (γ), so ist dieser durch dieselbe zu meinen Lasten erfolgte Leistung des Angewiesenen bereichert, durch die ich meine Forderung gegen den Angewiesenen eingebüßt habe. Denn die Leistung durch einen Angewiesenen bewirkt ebenso, wie die durch einen Beauftragten oder auftraglosen Geschäftsführer, mit der Bereicherung des Empfängers stets insoweit zugleich unmittelbar einen Vermögensnachteil des Anweisenden, Auftraggebers oder Geschäftsherrn, als diesem dadurch eine vorhandene Deckung entzogen oder eine Ersatzpflicht aufgebürdet wird; Dernburg § 381 II. Stellt ein unbeteiligter Dritter eine untrennbare Verbindung meiner Sache mit einem Grundstück her (δ), so ist die Handlung des Dritten unmittelbare Ursache sowohl meines Eigentumsverlustes wie des Eigentumserwerbes des Grundeigentümers. — So bleibt von den Fällen, die Enneccerus gegen die herrschende Lehre ins Feld führt, nur das zu b angeführte und in Anm. 20 erläuterte Beispiel übrig, daß Jemand mit meinem Gelde, das er in entschuldbarem Irrtum für eignes hielt, seine vermeintliche Schuld bezahlt; hier habe ich freilich keine *condictio indebiti* gegen den bereicherten Nichtgläubiger (R.Ger. LX Nr. 66); wohl aber steht eine solche dem Zahlenden zu, da er auch ohne Verschulden mir ersatzpflichtig geworden und somit die Bereicherung auf seine Kosten erfolgt ist; ich aber kann von ihm nach Bereicherungsrecht die Abtretung der auf meine Kosten erlangten Kondiktion verlangen.

des früheren Rechts; allein diese gehört eben nicht mehr dem geltenden Recht an und darf nicht in Gestalt eines Bereicherungsanspruches wieder aufleben⁴².

3. Ungerechtfertigte Bereicherung. Die Bereicherung muß des „rechtlichen Grundes“ entbehren. Wir haben schon gesehen, daß der Mangel des rechtlichen Grundes kein eindeutiger Begriff ist, sondern in den einzelnen Fällen auf verschiedenartigen Wertungen eines dem formalrechtlichen Erfolge widersprechenden Postulates der materiellen Gerechtigkeit beruht. Für die hierbei entscheidenden Gesichtspunkte aber ist in erster Linie die Beschaffenheit des die Vermögensverschiebung bewirkenden Vorganges maßgebend. An die Einteilung dieser Vorgänge daher muß sich die Gruppierung der Kondiktionsfälle anschließen⁴³.

Ist die Vermögensverschiebung durch eine rechtsgeschäftliche Handlung des Geschädigten bewirkt, also von ihm gewollt, so entbehrt sie des rechtlichen Grundes, wenn sie durch das zugrunde liegende Kausalverhältnis nicht gerechtfertigt wird. So verhält es sich vor allem bei jeder durch eine Leistung des Geschädigten an den Bereicherten infolge der vom Kausalverhältnis unabhängigen Wirkung des Verfügungs- oder Verpflichtungsgeschäftes verursachten Vermögensverschiebung. Sie ist grundlos, wenn die über den Zweck der Leistung getroffene oder als getroffen vorausgesetzte Vereinbarung hinfällig ist oder wird. Die Zwecksetzung ist von Hause aus hinfällig, wenn sie in der Tilgung einer Schuld besteht, die in Wahrheit nicht vorhanden ist⁴⁴, wenn sie sich auf einen verbotswidrigen oder unsittlichen Erwerb richtet⁴⁵.

⁴² Dernburg § 380 V glaubt in den Fällen, in denen die preussische Praxis eine Klage aus nützlicher Verwendung zuließ, einen Bereicherungsanspruch konstruieren zu können; er meint, wenn Jemand zwar nicht in rechtlichem, aber in wirtschaftlichem Sinne für einen Anderen kontrahierte und dann ohne neues Rechtsgeschäft diesem das Erlangte zuwandte, sei dieser auf Kosten des Gegenkontrahenten bereichert. Ebenso Crome § 321 III. Die Praxis lehnt dies durchweg ab; oben S. 1004 Anm. 37 a. E. Weitere Nachweise und eingehende Widerlegung bei Oertmann, Vorbem. 2d.

⁴³ Hervorzuheben ist die von Enneccerus § 442 vollzogene Gruppierung. Vgl. auch Oertmann, Vorbem. 2f, Planck, zu § 812 Bem. 3. — Ganz abweichend Stampe, Arch. f. z. Pr. CX 119 ff.

⁴⁴ Dies ist der Fall der *condictio indebiti*, von der unter IV besonders zu handeln ist. Wenn Manche meinen, hier liege vielmehr Nichteintritt des bezweckten Erfolges (§ 812 Abs. 1 S. 2) vor, so war doch eben der vorgestellte Erfolg von vornherein unmöglich und darum die Zwecksetzung nichtig.

⁴⁵ Dies sind die Fälle der gemeinrechtlichen *condictio ob injustam* und *ob turpem causam*; davon unter VII. Die Zwecksetzung ist auch hier von vornherein nichtig.

oder wenn sie an dem Nichtzustandekommen des Kausalgeschäftes scheitert⁴⁶. Sie wird, obschon sie von Hause aus wirksam ist, nachträglich hinfällig, wenn sie auf einen zukünftigen Erfolg gerichtet ist und dieser hinterher nicht eintritt⁴⁷. Und sie wird auch dann, wenn der mit ihr erstrebte Erfolg zunächst erreicht war, von dem Augenblick an hinfällig, in dem der Zweck später wieder wegfällt⁴⁸. In ähnlicher Weise ermangelt eine Bereicherung, die durch eine Leistung des Geschädigten an einen Dritten oder durch eine überhaupt keine Leistung enthaltende rechtsgeschäftliche Handlung desselben bewirkt wird, des rechtlichen Grundes,

⁴⁶ Dies sind viele der Fälle der gemeinrechtlichen *condictio sine causa* i. e. S. Dahin gehören die Bereicherungsansprüche des Schenkers bei Nichtzustandekommen der Schenkung aus § 516, des auftraglosen Geschäftsführers aus § 684 u. 687 Abs. 2 S. 2, des auf Grund eines gegenüber der Konkursmasse unwirksamen Vertrages mit dem Gemeinschuldner Leistenden aus K.O. § 7 (oben Anm. 17 S. 998). Ferner dessen, der auf Grund eines wegen Formmangels nicht zustande gekommenen Vertrages geleistet hat (es müßte denn seine Leistung den Formmangel heilen); R.Ger. LVI Nr. 94. Andere Beispiele sind: Wirksame Leistung auf Grund eines wegen Dissenses nicht zustande gekommenen Kausalgeschäftes (so z. B. bei irriger Annahme einer als Darlehen gegebenen Summe als Geschenk oder in dem vom R.Ger. LXXXVII Nr. 8 S. 41 ff. behandelten Falle, daß die Übertragung einer als Dienstkaution zu bestellenden Hypothek an einen Dritten nur als Pfandhalter erfolgen sollte, dieser aber sie als Erfüllung einer Schuld des Gläubigers des Übertragenden an ihn annahm). Oder auf Grund eines wegen beschränkter Geschäftsfähigkeit des Empfängers unwirksamen Vertrages. Oder Leistung zwecks Erfüllung einer in einem nichtigen Vertrage vereinbarten Bedingung. Oder Eingehung einer abstrakten Verbindlichkeit, Begebung eines Wechsels, Erteilung eines Schuldanerkennnisses auf Grund einer klaglosen Schuld. Endlich auch im Falle der Nichtigkeit der Leistung selbst die Kondiktion des mit ihr übertragenen Besitzes oder des durch sie begründeten wirksamen Scheinrechts.

⁴⁷ Das sind die Fälle der gemeinrechtlichen *condictio ob causam* (*causa data causa non secuta*); davon ist zu V besonders zu handeln.

⁴⁸ Dies sind die im gemeinen Recht als *condictio causa finita* bezeichneten Fälle der *condictio sine causa* i. e. S. Dahin gehören: der Bereicherungsanspruch aus § 323³ B.G.B., falls zurzeit der Bewirkung der Gegenleistung die durch sie im Voraus vergoltene Leistung des anderen Teils noch möglich war; die Bereicherungsansprüche des Schenkers bei nachträglicher Entkräftung der Schenkungskausa (oben Anm. 17 S. 998); der Anspruch auf Rückgewähr der Draufgabe im Falle des § 337²; die Kondiktion der Schuldurkunde nach Tilgung der Schuld; der Anspruch auf Rückgewähr des auf Grund eines auflösend bedingten oder befristeten Geschäftes unbedingt oder unbefristet Geleisteten bei Eintritt der Bedingung oder des Termines. Hier war das Erlangen gerechtfertigt, ist aber von nun an das Haben des Erlangten ungerechtfertigt.

wenn die für die gewollte Wirkung kausale Zwecksetzung des Handelnden hinfällig ist oder wird⁴⁹.

Dagegen besteht in den Fällen, in denen eine Handlung des Bereicherten die Vermögensverschiebung bewirkt, der Mangel des rechtlichen Grundes regelmässig in der Widerrechtlichkeit des in ihr enthaltenen Eingriffes in das Vermögen des Geschädigten. So verhält es sich insbesondere bei der Bereicherung durch eine auf Grund eines Rechtsscheines wirksame rechtsgeschäftliche Verfügung oder Empfangnahme, durch die ein Nichtberechtigter dem Geschädigten einen Vermögenswert entzieht, ohne dazu befugt zu sein⁵⁰. Ebenso ist jede sonstige durch widerrechtliche Handlung auf Kosten eines Anderen erlangte Bereicherung nicht nur dann, wenn eine (verschuldete oder unverschuldete) unerlaubte Handlung vorliegt, sondern auch dann ungerechtfertigt, wenn der Tatbestand einer unerlaubten Handlung aus subjektiven Gründen nicht erfüllt ist⁵¹. Doch gibt es auch Fälle, in denen eine rechtmässige Hand-

⁴⁹ So in den oben S. 1003 Anm. 32 angeführten Fällen. Die Bereicherung des Schuldners durch Bezahlung oder Übernahme seiner Schuld kann ungerechtfertigt sein, weil der Geschädigte durch sie irrtümlich eine Verpflichtung gegen den Schuldner zu erfüllen glaubte oder diesem einen verwerflichen Vorteil verschaffte oder sie schenkweise vornahm, ohne dass die Schenkung angenommen wurde; sie kann ungerechtfertigt werden, weil der mit ihr bezweckte Erfolg nicht eintritt oder ihr Zweck (z. B. Gegenleistung für geschuldete Leistung oder Schenkung) später wegfällt. Aus gleichen Gründen kann die Bereicherung durch den unmittelbaren Erwerb eines Forderungsrechts auf Kosten dessen, der das Leistungsversprechen einem anderen Versprechensempfänger wirksam erteilt hat, ungerechtfertigt sein oder werden. Ähnliches gilt für die Bereicherung infolge eines Verzichtes auf Rechtserwerb oder der Ausschlagung einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses; nur kommt hier, falls Schenkung bezweckt war, der Mangel oder Wegfall der Schenkungskausa nach § 517 nicht in Betracht.

⁵⁰ Dies sind die zu VI besonders zu behandelnden Fälle des § 816 B.G.B. Die Verfügung oder Empfangnahme ist möglicherweise zugleich unerlaubte, immer aber objektiv widerrechtliche Handlung.

⁵¹ So haftet, wer wegen Zurechnungsunfähigkeit nicht oder nicht voll für Schadensersatz einzustehen hat, doch für die erlangte Bereicherung. Dies ist selbstverständlich, ergibt sich aber auch aus § 829 B.G.B. Ebenso, wer wegen entschuldbaren Irrtums nicht verantwortlich ist. So z. B. bei unbefugter Besitzentziehung, bei Besitzergreifung an einer für herrenlos gehaltenen Sache, bei Gebrauch oder Verbrauch von fremdem Geld oder Gut, bei Spezifikation, bei Betreibung der Zwangsvollstreckung auf Grund eines unzulänglichen Vollstreckungstitels (R.Ger. LVI Nr. 17). Auch wer aus einem geschäftlichen Verhältnis einen Besitz oder ein Recht erlangt hat, seinerseits aber wegen mangelnder oder beschränkter Geschäftsfähigkeit nicht verpflichtet ist, haftet aus ungerechtfertigter Bereicherung (Anwendungsfall in §. 682).

lung zwar einen Vermögensvorteil verschafft, kraft besonderer Gesetzesvorschrift aber nicht als ausreichender rechtlicher Grund für das endgültige Behalten des Erlangten gilt⁵².

Auch in den Fällen der Bewirkung der Vermögensverschiebung durch die Handlung eines Dritten ist die Bereicherung dessen, der den Vorteil erlangt, regelmäÙig dann grundlos, wenn die Handlung einen widerrechtlichen Eingriff in das Vermögen des Geschädigten enthält⁵³.

Ist endlich die Bereicherung Wirkungsfolge eines Tatbestandes, zu dessen Verwirklichung es überhaupt keiner Handlung bedarf, so ermangelt sie des rechtlichen Grundes, wenn nach Sinn und Zweck des sie zustande bringenden Rechtssatzes die Vermögensverschiebung eben nur Rechtsverschiebung, nicht zugleich Wertverschiebung zwischen den Vermögen bedeuten soll⁵⁴. In solchen Fällen kommt es auch, soweit bei der Setzung des Tatbestandes eine menschliche Handlung mitwirkt, nicht darauf an, ob der Handlung ein auf den Erfolg gerichteter Wille entspricht⁵⁵.

⁵² So die zum Eigentumserwerbe führende Besitzergreifung des Finders oder die Fruchtziehung des redlichen Besitzers (oben S. 1003 Anm. 33).

⁵³ So in den Fällen der Haftung aus mittelbarer Bereicherung durch unentgeltliche Zuwendung die vermittelnde Zuwendungshandlung. Aber auch die eine unmittelbare Bereicherung auf Kosten eines Anderen bewirkende Verbindungs-, Vermischungs- oder Verbrauchshandlung (oben S. 1003 Anm. 34). Ein objektiv widerrechtlicher Eingriff in das Vermögen des Geschädigten liegt auch stets in der dem Bereicherten einen ihm nicht gebührenden Vorteil verschaffenden behördlichen Handlung (ebda.). — Ein Fall der ungerechtfertigten Bereicherung durch rechtmäßiges Handeln eines Dritten (Verzicht des Finders) ist der Funderwerb der Gemeinde nach § 976¹ B.G.B.

⁵⁴ Entw. I § 748² wollte bestimmen: „Als rechtlicher Grund ist es im Zweifel anzusehen, wenn ein Rechtsverlust auf einer diesen bestimmenden Vorschrift beruht“. Diese Bestimmung, die die ausdrücklich anerkannten Bereicherungsansprüche aus einem unmittelbar kraft Gesetzes eintretenden Rechtsverlust zu Ausnahmen gestempelt hätte, ist gestrichen. Es kommt also auf die Auslegung der einzelnen Gesetzesvorschrift an. Hiernach wäre es z. B. an sich möglich, mit Crome § 317 Anm. 19 im Falle des § 964 B.G.B. einen Bereicherungsanspruch zu gewähren; doch spricht dagegen die bienenrechtliche Anschauung, daß der Verlust des Eigentums und der sonstigen Rechte an einem räuberischen Bienenschwarm nicht unbillig ist. Bei den vom Landesrecht geregelten wasserrechtlichen Verschiebungen der Rechte an Grund und Boden wird vielfach ein Bereicherungsanspruch auch da, wo er nicht (wie z. B. im Preuß. Wasser G. § 15³) ausdrücklich anerkannt ist, zugelassen werden müssen (so z. B. im Falle des § 18 des Preuß. Wasser G.).

⁵⁵ Dies gilt z. B. bei dem Rechtsverlust durch Verbindung oder Verbindung, Handbuch. II. 3. III: Gierke, Deutsches Privatrecht. III. 64

IV. Bereicherungsanspruch wegen Nichtschuld. Dieser Anspruch setzt voraus:

1. Eine Leistung zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit. Der Erfüllung steht die Hingabe eines anderen als des vermeintlich geschuldeten Gegenstandes an Erfüllungsstatt gleich.

2. Nichtbestehen der Schuld zurzeit der Leistung. Die Schuld, die getilgt werden sollte, muß im Augenblicke der Leistung nicht bestanden haben, mag sie nun nie entstanden oder wieder erloschen gewesen sein. Als niemals entstanden gilt auch eine erfolgreich angefochtene Schuld; wird also eine anfechtbare Schuld erfüllt, so ist die Zurückforderung zulässig, wenn später die Anfechtung stattgefunden hat⁵⁶. Noch nicht entstanden ist eine aufschiebend bedingte Schuld; das zum Zweck ihrer Erfüllung Geleistete kann daher bis zum Eintritt der Bedingung zurückgefordert werden⁵⁷. Dagegen gilt eine betagte Schuld als schon entstanden; ihre vorzeitige Erfüllung begründet daher keinen Anspruch auf Rückgewähr und auch nicht auf Erstattung von Zwischenzinsen⁵⁸. Ebenso wenig kann der Schuldner einen Bereicherungs-

mischung (§ 951), den, wie ein Naturereignis, auch eine in keiner Weise auf den Erfolg abzielende Handlung des Bereicherten, eines Dritten oder auch des Verlustträgers selbst bewirken kann. Es gilt ferner beim Fruchtterwerbe des redlichen Besitzers im Falle des Eigentumserwerbes durch Trennung, die, wie durch ein Naturereignis (z. B. bei nicht zum wirtschaftlichen Ertrage gehörigen Waldbäumen durch Windschlag), so durch eine beliebig beschaffene fremde Handlung in der Weise erfolgen kann, daß er nach § 988 oder § 993 als ungerechtfertigte Bereicherung gilt. Ebenso braucht die im Falle des § 976² den Funderwerb der Gemeinde bewirkende Unterlassung des Finders keine gewollte Handlung zu sein. Nicht anders verhält es sich mit dem Rechtsverlust durch Verjährung oder Präklusion, wenn er ausnahmsweise einen Bereicherungsanspruch zurückläßt (oben S. 999 Anm. 20). So kann auch eine nicht rechtsgeschäftliche Handlung des Geschädigten ihm einen Bereicherungsanspruch verschaffen. Doch ist es unangebracht, dafür mit Enneccerus a. a. O. II 3 eine eigne Kategorie aufzustellen; auch in dem von ihm gebildeten Beispiel — Fütterung fremden Viehs mit eigenem Futter in der irrigen Annahme, es sei eignes Vieh oder das Futter gehöre dem Vieheigentümer — tritt der ungewollte Rechtsverlust kraft Rechtssatzes durch Untergang des Gegenstandes und die ungewollte Bereicherung in analoger Weise, wie bei Verbindung oder Vermischung, ein.

⁵⁶ B.G.B. § 142. Anders, wenn eben die Erfüllung als Bestätigung anzusehen, also nach § 144 die Anfechtung unwirksam ist.

⁵⁷ Mit dem Eintritt der Bedingung aber fällt der Bereicherungsanspruch weg, da sich nun herausstellt, daß nur verfrüht geleistet ist.

⁵⁸ B.G.B. § 813². Doch wird man mit Dernburg § 115 VIII bei ver-

anspruch darauf gründen, daß er eine Schuld bezahlt hat, die er durch Aufrechnung hätte tilgen können; denn die aufrechenbare Schuld erlischt erst mit dem Vollzuge der Aufrechnung⁵⁹.

Eine an sich bestehende Schuld ist in Ansehung des Zurückforderungsrechtes der Nichtschuld gleichstellt, wenn die Geltendmachung des Anspruchs durch eine ihm entgegenstehende zerstörlische Einrede ausgeschlossen war⁶⁰. Dagegen wird eine Schuld dadurch, daß dem Gläubiger die Zugriffsmacht fehlt, nicht zur Nichtschuld; vielmehr ist die haftungslose Schuld, obschon unvollkommene Schuld, immerhin Schuld, so daß das zu ihrer Erfüllung Geleistete nicht zurückgefordert werden kann⁶¹. Darüber hinaus aber versagt das B.G.B. die Rückforderungsklage schon dann, wenn die bewirkte Leistung einer sittlichen Pflicht oder einer Anstandsrücksicht entsprach⁶², stellt also insoweit eine lediglich moralische Verbindlichkeit, die überhaupt kein rechtliches Sollen begründete, einer unvollkommenen Schuld gleich⁶³.

3. Irrtümliche Annahme des Bestehens der Ver-

frühter Erfüllung durch einen beschränkt Geschäftsfähigen nach § 107 B.G.B. die Kondiktion gewähren müssen; vgl. Preufs. L.R. I, 16 § 171.

⁵⁹ Oben § 179 S. 172 Anm. 134. Doch ist dies stark bestritten.

⁶⁰ B.G.B. § 813¹. Anders bei einer vorübergehenden Einrede.

⁶¹ Oben § 174 III 2a S. 43. Dies ist durch Sondervorschriften ausdrücklich ausgesprochen: für die Schuld aus dem Versprechen von Ehemäklerlohn (oben § 202 VI S. 717 ff.); für die Schuld aus Spiel, Wette, Differenzgeschäft und bestimmten Börsentermingeschäften (oben § 208 II 3 S. 811 ff., III 3 S. 819, VI S. 826 ff.); für die verjährte Schuld (durch die in § 813 Abs. 1 S. 2 noch besonders für unberührt erklärte Vorschrift des § 222² B.G.B.). Es ergibt sich aber allgemein aus dem Wesen der unvollkommenen Schuld, muß daher auch für die durch K.O. § 193 als eine solche gekennzeichnete Schuld des Gemeinschuldners hinsichtlich des infolge eines Zwangsvergleiches nicht befriedigten Schuldbetrages angenommen werden. Darum bedarf es hier nicht der Heranziehung des Schlufssatzes von § 814 B.G.B., durch den meist der ja vom Rechtsbewußtsein unbedingt geforderte Ausschluss der *condictio indebiti* gerechtfertigt wird; vgl. Jäger, Bem. 51 zu K.O. § 193.

⁶² B.G.B. § 814 a. E. Vgl. z. B. R.Ger. LXIII Nr. 11; Rspr. d. O.L.G. XII 102. Nicht dahin gehört die Erfüllung eines wegen Formmangel nichtigen Geschäfts; R.Ger. in D.J.Z. III 32, Rspr. d. O.L.G. VI 228.

⁶³ Es sind dieselben Fälle, in denen nach § 534 eine schenkweise erfolgte Leistung der Rückforderung und dem Widerruf entzogen ist; oben § 191 S. 433. Hier aber ist die Leistung behufs Erfüllung einer vermeintlichen Pflicht bewirkt, also in Ermangelung des Schenkungswillens keine Schenkung. Vgl. Siber, Rechtszwang S. 50 ff. Gleichwohl hat die Leistung als Schenkung Bestand, weil sie nach sozialen Anschauungen als Schenkung verstanden werden mußte und deshalb die abweichende Willensmeinung nicht beachtet wird; oben § 174 S. 48 Anm. 161.

bindlichkeit. Ob der Irrtum entschuldbar oder unentschuldbar ist, kommt nicht in Betracht⁶⁴. Der Irrtum kann in der Unkenntnis des Nichtvorhandenseins, der Nichtigkeit oder der Anfechtbarkeit der Schuld, ihres Erlöschens, ihrer noch schwebenden Bedingtheit oder ihrer Entkräftung durch eine zerstörende Einrede bestehen. Er kann sich aber auch auf den geschuldeten Gegenstand beziehen⁶⁵. Möglich ist auch, daß der Zahlende das zur Erfüllung einer objektiv bestehenden Schuld Geleistete zurückfordern kann, weil er sich irrtümlich für den Schuldner einer in Wahrheit fremden Schuld hielt⁶⁶ oder an einen irrtümlich für den Gläubiger gehaltenen Nichtgläubiger zahlte⁶⁷. Ausgeschlossen ist der Bereicherungsanspruch nur, wenn der Leistende positiv gewußt hat, daß er zur Leistung nicht verpflichtet war⁶⁸. Ist die Zahlung mit Vorbehalt erfolgt oder zur Vermeidung verwaltungsrechtlicher oder gerichtlicher Zwangsbeitreibung unfreiwillig ge-

⁶⁴ Anders zufolge der herrschenden Meinung nach gemeinem Recht; Windscheid § 426, 3. Vgl. aber schon Preufs. L.R. I, 16 § 166, Code civ. a. 1376, Sächs. Gb. § 1523. Für das geltende deut. R. folgt es aus § 814, der dem Wissen das Wissenmüssen nicht gleichstellt. Auch bloßer Zweifel schließt die Rückforderung nicht aus; R.Ger. LIX Nr. 97. Es müßte denn vergleichsweise gezahlt sein oder sonst die Absicht, auch für den Fall des Nichtbestandes der Schuld endgültig zu leisten, erhellen; Planck zu § 813 Bem. 2 a.

⁶⁵ Auch wenn der Schuldner in Unkenntnis seines Wahlrechts einen nur alternativ geschuldeten Gegenstand leistete, kann er ihn kondizieren. Nicht dagegen, wenn er nur von einer facultas alternativa nicht Gebrauch machte.

⁶⁶ Doch kann er vom Gläubiger nur dann kondizieren, wenn er eben irrtümlich die fremde Schuld als eigne bezahlte; R.Ger. XLIV 144. Zahlte er in der irrtümlichen Annahme einer ihm obliegenden Verpflichtung eine fremde Schuld als solche für den wirklichen Schuldner, so hat er einen Bereicherungsanspruch nur gegen den dadurch befreiten Schuldner; Seuff. LXI Nr. 204. — Über die Frage, wem im Falle der Bezahlung einer nur vermeintlichen fremden Schuld der Bereicherungsanspruch zusteht, vgl. oben S. 1014 ff. Anm. 37 u. 41.

⁶⁷ Ist der Nichtgläubiger zum Empfange kraft Rechtsscheines legitimiert (nach B.G.B. § 407 oder § 408), so wird der Schuldner freilich befreit und, wenn er es dabei beläßt, kann nur der wahre Gläubiger als Verlustträger nach § 816² kondizieren. Allein man wird mit dem R.Ger. LXXXIII Nr. 42 S. 186 gegen die herrschende Ansicht auch dem Schuldner hier dann die Kondiktion gewähren müssen, wenn er an der Rückgängigmachung der Schuldtilgung ein Interesse hat, z. B. wenn er gegen den in Konkurs oder Vermögensverfall geratenen wahren Gläubiger eine aufrechenbare Forderung hat.

⁶⁸ B.G.B. § 814. Die Beweislast hinsichtlich des Nichtvorhandenseins eines Irrtums trifft den Bereicherten, während die Leistung, ihre Zweckbestimmung zur Erfüllung einer Verbindlichkeit und das Nichtbestehen dieser Verbindlichkeit vom Rückfordernden zu beweisen sind; R.Ger. LX Nr. 103.

leistet, so ist die Rückforderung auch dann zulässig, wenn der Zahlende den Mangel seiner Verpflichtung kannte⁶⁹.

V. Bereicherungsanspruch wegen Nichterfolges. Dieser Anspruch setzt voraus:

1. Eine Leistung, die nach dem Inhalte des Rechtsgeschäfts einen künftigen Erfolg bezweckt. Der bezweckte Erfolg kann ein bestimmtes Verhalten des Empfängers sein, das infolge der Leistung erwartet wird⁷⁰. Er kann aber auch in einer bestimmten Art der Verwendung des Geleisteten bestehen, wozu es des Eintritts eines erwarteten Ereignisses bedarf⁷¹. In jedem Falle jedoch muß die Zwecksetzung sich aus dem Inhalte des Rechtsgeschäftes ergeben, regelmäßig also zwischen dem Leistenden und dem Empfänger vereinbart sein⁷². Eine nicht

⁶⁹ Dernburg § 376. Sonderbestimmungen des Preufs. Stempelsteuerges. v. 31. Juli 1895 § 26 ebd. unter IV.

⁷⁰ Dahin gehört aber nicht, wie bei den römischen Innominatkontrakten, die bei einem gegenseitigen Vertrage für die bereits bewirkte Leistung geschuldete Gegenleistung des anderen Teils; hier ist nach heutigem Recht der Leistungszweck zunächst durch Erwerb des Forderungsrechtes auf Gegenleistung erreicht und nur bei Wegfall dieses Forderungsrechtes eine Kondiktion gegeben (oben S. 1007 Anm. 48); unrichtig ist daher die Meinung, daß mit dem Erfüllungsanspruch ein Bereicherungsanspruch konkurriere (oben S. 1000 Anm. 25). Dagegen gehört dahin z. B. die Hingabe einer Quittung in Erwartung eines Darlehnsempfanges, die Vorauszahlung von Kaufpreis oder Dienstlohn in Erwartung des Zustandekommens eines Kauf- oder Dienstvertrages, die Leistung auf einen wegen Formmangels nichtigen Vertrag in Erwartung der Heilung des Mangels (R.Ger. LIII Nr. 60, Seuff. LVII Nr. 20, Rspr. d. O.L.G. III 209, IV 237, VI 228, XXV 31), die Begebung eines Wechsels zur Deckung für eine künftige Schuld, wenn der Wechselschuldner genötigt ist, den abredewidrig weiterbegebenen Wechsel einzulösen, obschon die Schuld nicht entstanden ist (R.Ger. LVI Nr. 79). Andere Fälle R.Ger. LXI Nr. 11 S. 43, LXXV Nr. 35, Seuff. LXII Nr. 104, LXX Nr. 149. — Ein Sonderfall ist der Bereicherungsanspruch wegen Nichtvollziehung einer Auflage, der durch B.G.B. § 527 u. § 2196 noch an weitere Voraussetzungen gebunden ist (oben Anm. 17 S. 998).

⁷¹ So wenn in Erwartung einer Eheschließung der Vater eine Aussteuer oder Ausstattung im Voraus gegeben oder dem Schwiegersohn in spe eine Zuwendung gemacht oder auch ein Dritter eine Mitgift gespendet hat. Hier ist nicht die Eheschließung, auf deren Vollzug kein Druck ausgeübt werden darf, sondern die Erleichterung der durch die Eingehung der Ehe verursachten Kosten und Lasten der bezweckte Erfolg. Ebenso kann das in Erwartung des Eintritts einer Bedingung Geleistete, wenngleich die *condictio indebiti* wegen Kenntnis des Nichtbestehens einer Leistungspflicht ausgeschlossen ist, wegen Nichterfolges kondiziert werden; R.Ger. LXXI Nr. 79, LXXXV Nr. 7.

⁷² Stillschweigende Vereinbarung ist anzunehmen, wenn der Empfänger

zum Geschäftsbestandteil erhobene „Voraussetzung“, von der der Leistende ausgegangen ist, genügt nicht⁷³.

2. Nichteintritt des bezweckten Erfolges. Der Erfolg muß vereitelt sein; es muß feststehen, daß der Empfänger die erwartete Handlung unterläßt oder daß das erwartete Ereignis ausbleibt⁷⁴. Doch ist die Rückforderung ausgeschlossen, wenn der Eintritt des Erfolges von vornherein unmöglich war und der Leistende dies gewußt hat⁷⁵ oder wenn der Leistende den Eintritt des Erfolges wider Treu und Glauben verhindert hat⁷⁶. Die Beweislast in Ansehung des Eintrittes oder Nichteintrittes des Erfolges trifft den Bereicherten⁷⁷.

VI. Bereicherungsanspruch wegen unberechtigter Verfügung. Dieser Anspruch setzt stets voraus, daß ein Berechtigter durch eine ihm gegenüber wirksame rechtsgeschäftliche Handlung eines Nichtberechtigten einen Rechtsverlust erleidet. Die Wirksamkeit einer solchen Handlung beruht auf der einem Schein der Berechtigung gutgläubigen Dritten gegenüber bei-

die Erfolgsabsicht des Leistenden erkennt und nicht widerspricht; R.Ger. bei Gruchot LV 956 ff.

⁷³ Die Windscheidsche Lehre von der Voraussetzung ist im B.G.B. abgelehnt; Dernburg § 377 II 2, Rspr. d. O.L.G. II 383 ff., R.Ger. LXVI Nr. 34.

⁷⁴ Gleichgültig ist, wodurch der Nichteintritt verursacht ist, ob insbesondere menschliches Verhalten oder ein Zufall (z. B. der Tod eines Verlobten) den Eintritt verhindert hat. (Ausnahme unten in Anm. 76).

⁷⁵ B.G.B. § 815. So z. B., wenn er wußte, daß die in Aussicht genommene Eheschließung wegen zu naher Verwandtschaft unmöglich war, während es unerheblich ist, wenn er ein Ehehindernis kannte, dessen Beseitigung möglich gewesen wäre. Hier kann die Zwecksetzung nicht ernst genommen werden und wird daher nicht beachtet.

⁷⁶ B.G.B. § 815. Analog dem für bedingte Rechtsgeschäfte geltenden Grundsatz des § 162. So z. B., wenn der Vater die Eheschließung der Tochter lediglich deshalb hindert, um die gegebene Mitgift zurückfordern zu können.

⁷⁷ Er muß also, wenn der Rückfordernde die Leistung und deren Zweckbestimmung bewiesen hat, behufs Abwehr des Anspruchs seinerseits beweisen, daß der bezweckte Erfolg eingetreten ist oder daß die Entscheidung, ob er eintreten wird, noch aussteht. So in Übereinstimmung mit der für das gem. R. überwiegenden Theorie (vgl. Windscheid § 429 Anm. 2) und Praxis (vgl. R.Ger. V Nr. 7, XIV Nr. 55 S. 225 ff., Seuff. XXI Nr. 127, XXIX Nr. 281, XXXIII Nr. 170, XLI Nr. 276, XLVI Nr. 144) Dernburg § 377 III, Endemann § 198 S. 1242, Oertmann, Vorbem. 5, Enneccerus § 444 II (jedoch mit einer Modifikation in Anm. 10). A. M. Planck zu § 812 Bem. II, Crome § 319 II, v. Mayr a. a. O. S. 400 ff., Leonhard, Beweislast S. 402 ff. Unstreitig ist, daß er, wenn der Nichteintritt feststeht, er sich aber auf § 815 beruft, beweispflichtig ist.

gelegten Legitimationskraft. Schon die Erlangung des Rechtscheines stellt sich als ein des materiellen Rechtsgrundes entbehrender Erwerb auf Kosten des in seinem Recht gefährdeten Berechtigten dar und kann daher für diesen einen Herausgabeanspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung begründen⁷⁸. Folgerichtig erscheint auch jeder vom Scheinberechtigten auf Grund des falschen Scheines gemachte Erwerb als eine auf Kosten des wahren Berechtigten erlangte grundlose Bereicherung. Bei dem weiten Umfange, in dem das B.G.B. zum Schutze des redlichen Erwerbes dem Rechtsschein Wirksamkeit verleiht, hat im geltenden Recht gerade dieser Bereicherungsanspruch eine hervorragende Bedeutung. Er begegnet in doppelter Gestalt.

1. Erstens ist der Nichtberechtigte im Falle einer dem Berechtigten gegenüber wirksamen Verfügung über einen Gegenstand verpflichtet, das durch die Verfügung Erlangte dem Berechtigten herauszugeben⁷⁹. So hat er namentlich den empfangenen Kaufpreis oder sonstigen Entgelt herauszugeben oder die darauf erlangte Forderung abzutreten, wenn er eine fremde Sache veräußert oder belastet oder ein fremdes Recht veräußert, belastet, geschwächt oder aufgehoben hat und seine Verfügung dem Berechtigten gegenüber wirksam ist, weil er zu ihr nach Liegenschaftsrecht durch unrichtigen Grundbucheintrag oder nach Fahrnisrecht durch den gehörig übertragenen Besitz legitimiert war⁸⁰. Ebenso verhält es sich im Falle einer wirksamen entgeltlichen Verfügung des durch einen unrichtigen Erbschein legitimierten Nichterben oder des durch ein unrichtiges Zeugnis des Nachlassgerichts über Fortsetzung der ehelichen Gütergemeinschaft oder über Testamentsvollstreckung Scheinbefugten⁸¹. Auch der Gläubiger, für den der Gerichtsvollzieher eine nicht dem Schuldner gehörige Sache wirksam verkauft hat, hat nach richtiger Ansicht den ihm ausgehändigten Erlös dem früheren Eigentümer der Sache als ungerechtfertigte Bereicherung herauszugeben⁸².

2. Zweitens wird der Nichtberechtigte durch den Empfang

⁷⁸ Vgl. oben S. 1001 Anm. 28 und hinsichtlich des Besitzes Anm. 27, sowie S. 999 ff. Anm. 23 u. 24.

⁷⁹ B.G.B. § 816 Abs. 1 S. 1.

⁸⁰ Vgl. oben Bd. II 329 ff., 566 ff., 687, 975 ff., 991.

⁸¹ B.G.B. § 2366 u. 2367 mit § 1597 u. § 2368³.

⁸² R.Ger. b. Gruchot L 962 ff. Doch besteht darüber eine vielerörterte Streitfrage. Vgl. über die verschiedenen Ansichten Oertmann zu § 816 Bem. 1, der seinerseits den Bereicherungsanspruch (wie schon Arch. f. ziv. Pr. XCVI 1 ff.) ablehnt.

einer Leistung, die an ihn mit Wirkungskraft gegenüber dem zum Empfange Berechtigten erfolgt ist, dem letzteren zur Herausgabe des Geleisteten verpflichtet⁸³. Somit hat in den zahlreichen Fällen, in denen ein Schuldner durch Leistung an einen Nichtgläubiger, den er auf Grund des äußeren Scheins für den Gläubiger hielt und halten durfte, befreit wird, der durch den Verlust seiner Forderung geschädigte wahre Gläubiger einen Bereicherungsanspruch gegen den Leistungsempfänger. So der durch Abtretung oder gesetzlichen Übergang der Forderung eingetretene neue Gläubiger gegen den bisherigen Gläubiger, wenn der Schuldner in Unkenntnis des Gläubigerwechsels noch an diesen geleistet hat⁸⁴. Ebenso umgekehrt der alte Gläubiger gegen den anscheinend an seine Stelle getretenen Gläubiger, wenn der Schuldner an diesen geleistet hat, weil er infolge einer wirksamen unrichtigen Anzeige oder Kundmachung annahm, daß ein Gläubigerwechsel stattgefunden habe⁸⁵. Desgleichen überall da, wo der Schuldner an einen durch ein besonderes Legitimationsmittel ihm gegenüber zum wirksamen Empfange in den Stand gesetzten Nichtgläubiger geleistet hat, der wahre Gläubiger gegen den Empfänger⁸⁶.

⁸³ B.G.B. § 816². Die in jedem Falle widerrechtliche, wenn auch möglicherweise nur objektiv widerrechtliche Empfangnahme der dem Berechtigten gebührenden Leistung, die ja eine Verfügung über die fremde Forderung einschließt, weil sie diese aufhebt, ist der die Vermögensverschiebung bewirkende Vorgang. Nicht, wie Enneccerus § 442 II 2 a meint, die Leistung als „Handlung eines Dritten“.

⁸⁴ Vgl. B.G.B. § 407 u. § 412 (oben § 180 S. 194 ff.), sowie die Bestimmungen über die Befreiung von der Miets- oder Pachtzinsschuld durch Leistung an den ursprünglichen Gläubiger in Unkenntnis des Gläubigerwechsels in den §§ 574, 579 u. 581 (oben § 197 S. 545) und den nachgebildeten §§ 1056, 1426, 1663 u. 2135. Verwandt sind die Fälle der Befreiung durch Leistung an den nicht mehr Empfangsberechtigten in Unkenntnis der Einverleibung der Forderung in ein Sondervermögen (Gesellschaftsvermögen § 720, Gesamtgut § 1473² u. 1479, eingebrachtes Gut bei der Errungenschaftsgemeinschaft § 1524², Erbschaft § 2019 u. § 2111).

⁸⁵ B.G.B. § 409 nebst H.G.B. § 25 (oben § 180 S. 190 ff.); B.G.B. § 576 (oben § 197 S. 546). Einen gleichartigen Bereicherungsanspruch hat im Falle des Scheinerwerbs einer bereits abgetretenen Forderung durch nochmalige Abtretung, gerichtliche Überweisung oder Übergangsanerkenntnis der erste Erwerber der Forderung gegen den Scheingläubiger, wenn der Schuldner an diesen nach B.G.B. § 408 wirksam geleistet hat (oben § 180 II 3 e S. 196).

⁸⁶ So bei der Leistung an den durch unrichtigen Erbschein usw. legitimierten Nichtgläubiger (oben Anm. 81); bei manchen Leistungen (z. B. Zahlung von Hypothekenzinsen) an den kraft unrichtigen Grundbucheintrags Scheinberechtigten (B.G.B. § 893 u. 1138, oben Bd. II 330, 869 ff.); bei der Leistung

VII. Bereicherungsanspruch wegen verwerflichen Empfanges. Dieser Anspruch setzt voraus, daß gemäß der Zweckbestimmung einer Leistung der Empfänger durch ihre Annahme gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstossen hat⁸⁷. Der verwerfliche Zweck kann in der Zukunft oder in der Vergangenheit liegen⁸⁸.

1. Der Bereicherungsanspruch steht dem Leistenden gegen den Empfänger zu und richtet sich auf Herausgabe dessen, was der Empfänger auf Kosten des Leistenden erlangt hat. Gleich jedem Bereicherungsanspruch setzt er eine Vermögensverschiebung voraus und tritt daher insoweit nicht ein, als infolge der Nichtigkeit des Leistungsgeschäftes ein Rechtsübergang nicht stattgefunden hat⁸⁹. Doch kann er auch in diesem Falle in Ansehung eines trotz der Nichtigkeit des Leistungsgeschäftes erlangten Vorteils begründet sein⁹⁰. Vor allem aber gewährt er Ab-

an einen durch den Besitz eines Wertpapiers (Inhaberpapiers nach B.G.B. § 793 Abs. 1 S. 2, Rektapapiers mit der Legitimationsklausel nach B.G.B. § 808, formgerecht abgetretenen Hypothekenbriefs nach B.G.B. § 1155, gehörig indossierten Orderpapiers nach W. O. a. 36 u. H.G.B. § 365) legitimierten Nichtgläubigers (oben Bd. II 139, 154, 172, 893); bei der nach B.G.B. § 851 wirkamen Schadensersatzleistung an den Sachbesitzer (oben § 215 S. 960 Anm. 54); vgl. auch B.G.B. § 969 (oben Bd. II 535).

⁸⁷ B.G.B. § 817 S. 1. Damit sind die gemeinrechtliche *condictio ob injustam* und *ob turpem causam*, deren Verhältnis zueinander sehr bestritten war, verschmolzen. — Ähnlich das französ. R. auf Grund des Code civ. a. 1131 u. 1133 (*Zachariae-Crome* § 412^a III); das Öst. R. gemäß G.B. § 1174 (*Krainz-Pfaff-Ehrenzweig* § 415); das Sächs. Gb. § 1551 ff. Dagegen gewährte das Preuss. L.R. I, 16 § 205—212 regelmässig nur dem Fiskus ein Rückforderungsrecht (Ausnahmen in § 207 u. 212). Das Schweiz. O.R. a. 66 (75) versagt überhaupt jede Rückforderung.

⁸⁸ So gehört hierher die Annahme einer Leistung, die den Empfänger zur Vornahme einer rechts- oder sittenwidrigen Handlung bestimmen oder für eine solche belohnen soll, aber auch die Annahme einer Bezahlung für pflichtmäßiges Handeln oder Unterlassen. Je nach den Umständen auch die Annahme von Schweigegeld (R.Ger. LVIII Nr. 52, dazu jedoch *Seuff.* LVIII Nr. 94, LIX Nr. 102). Ferner die Annahme einer durch Betrug oder durch Drohung erwirkten Leistung; R.Ger. X Nr. 51.

⁸⁹ Ist das Leistungsgeschäft selbst nach § 134 oder 138 B.G.B. nichtig und hat es daher an der dinglichen Rechtslage nichts geändert oder ein Schuldverhältnis nicht begründet, so ist, wie oben gezeigt ist, ein Anspruch auf Rückübereignung, Rechtswiederherstellung, Schuldbefreiung usw. undenkbar. Insoweit ist also § 817 unanwendbar. Darum kann auch dem, der in solchem Falle das Gegebene zurückverlangt, z. B. die hingegebene Sache vindiziert oder Wiedereinsetzung in sein Recht fordert, nicht die durch die Leistung betätigte eigne Unsittlichkeit entgegengehalten werden.

hilfe, wenn das Leistungsgeschäft als ein abstraktes Verfügungs- oder Verpflichtungsgeschäft, dem als solchem kein Makel anhaftet, rechtsbeständig und nur das zugrunde liegende Kausalgeschäft wegen der verwerflichen Zweckbestimmung nichtig ist⁹¹. Der Herausgabeanspruch des Leistenden wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß er die Unverbindlichkeit des durch die Leistung zu erfüllenden Geschäftes gekannt hat⁹².

2. Ausgeschlossen dagegen ist sein Rückforderungsrecht, wenn er auch seinerseits mit der Leistung gegen ein Verbotsgesetz oder die guten Sitten verstossen hat⁹³. Dann kann er das Geleistete trotz der Verwerflichkeit des Empfanges insoweit nicht zurückfordern, als es auf Grund der verbotenen oder unsittlichen Abrede geleistet war⁹⁴. Doch gilt die wichtige Ausnahme, daß

⁹⁰ Kondizierbar bleibt ja der etwa erlangte Besitz oder wirksame Rechtschein. Desgleichen der Wert der vom Empfänger bereits verbrauchten Gegenstände. Ebenso, was der Empfänger durch wirksame Verfügung über einen Gegenstand, z. B. auch Verkauf eines nichtigen Wechsels, erlangt hat.

⁹¹ Vgl. oben Bd. II 316 Anm. 48, 450 Anm. 30, 546 Anm. 8, auch 925 ff.; über abstrakte Verpflichtungsgeschäfte oben § 210 S. 867 ff. Vgl. auch R.Ger. LXXV Nr. 18 (Einigung über den Eigentumsübergang beim Bordellkauf als solche nicht unsittlich). — Hiernach hängt die Tragweite des § 817 von der keineswegs zweifelfreien und im einzelnen von den Umständen abhängigen Antwort auf die Frage ab, ob die Unsittlichkeit der causa auch das abstrakte Geschäft nichtig macht. Wer dies mit Dernburg § 378 II generell bejaht, muß das Anwendungsgebiet des § 817 auf die oben Anm. 90 angeführten Fälle beschränken. Anders die in Theorie und Praxis herrschende Meinung; vgl. Oertmann zu § 817 Bem. 4 und die dort gegebene Übersicht. Einen vermittelnden Standpunkt nimmt besonders Crome § 322 I ein.

⁹² Im Gegensatz zur *condictio indebiti* nach § 814.

⁹³ B.G.B. § 817 S. 2. So liegt z. B. beiderseitige Unsittlichkeit vor, wenn die Leistung den Empfänger zu einer verbotenen oder unsittlichen Handlung oder zur Pflichtverletzung bestimmen oder dafür belohnen soll, während die verbots- oder sittenwidrige Annahme einer Leistung für Unterlassung einer verwerflichen Handlung oder für Pflichterfüllung nur dem Empfänger zum Vorwurf gereicht. Regelmäßig, aber nicht notwendig ist auch die Zahlung von Schweigegeld unsittlich; R.Ger. LVIII Nr. 52. Je nach den Umständen auch die Auszahlung von Gewinn bei verbotenen Spiel; oben § 208 S. 813 Anm. 34. Überwiegend wird in der Praxis beim Bordellverkauf (auch beim Verkauf des Bordellinventars, R.Ger. LXIII Nr. 87) im Falle des Einverständnisses beider Teile über den Zweck beiderseitige Unsittlichkeit angenommen und daher die Rückforderungsklage dem Verkäufer wie dem Käufer versagt; doch sind in der vielverhandelten Frage auch abweichende Meinungen vertreten; vgl. Oertmann, Bem. 6 a. Beiderseits unsittlich ist der Vertrag über entgeltliche Verschaffung eines Titels; R.Ger. LXXXVI Nr. 23 (keine Rückforderung des behufs Verschaffung des Hoflieferantentitels Gezahlten).

⁹⁴ Nicht davon betroffen wird eine Leistung auf Grund eines zwar wegen

auch eine solche Leistung kondiziert werden kann, wenn sie in der Eingehung einer Verbindlichkeit bestand⁹⁵. Die Ausnahme erstreckt sich aber nicht auf das zur Erfüllung der Verbindlichkeit Geleistete, dessen Rückforderung also ausgeschlossen bleibt⁹⁶.

Die Rückforderung des zu verwerflichem Zweck Geleisteten muß erst recht für ausgeschlossen erachtet werden, wenn der Vorwurf den Leistenden allein trifft. Einen Bereicherungsanspruch aus § 817 kann er dann überhaupt nicht erheben, weil die Annahme der Leistung durch den Empfänger nicht verwerflich ist. Allein ihm steht auch dann, wenn er auf Grund der Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts einen anderen Bereicherungsanspruch aus § 812 herleitet, die Abschneidung seines Rückforderungsrechtes durch § 817 entgegen⁹⁷.

der Nichtigkeit des Hauptvertrages gleichfalls nichtigen, aber an sich unanstoßigen Nebenvertrages; vgl. R.Ger. LXVII Nr. 79 (Zulässigkeit der Rückforderung einer Kautionsleistung, die bei einem nach Gew.O. § 33 und § 147 verbotenen „Kastellanvertrage“ der die fremde Schankkonzession ausübende Wirt zu dem an sich erlaubten Zweck der Sicherung einer Forderung gestellt hatte); Seuff. LXX Nr. 216 (Sicherheitsleistung des Bordellpächters). Ebensowenig bei einem zusammengesetzten Geschäft die Leistung auf Grund des wegen der Unsittlichkeit des einen Geschäfts nach § 139 B.G.B. ebenfalls nichtigen jedoch für sich nicht zu beanstandenden anderen Geschäftes; R.Ger. LXXVI Nr. 10.

⁹⁵ Vgl. in Ansehung abstrakter Verbindlichkeiten oben § 210 S. 868 Anm. 41. Als kondizierbaren Bestandteil einer eingegangenen Verbindlichkeit behandelt das R.Ger. neuerdings auch die Bestellung einer Hypothek, gewährt daher beim Bordellverkauf dem Käufer einen Anspruch auf Befreiung von einer für den Verkäufer eingetragenen Kaufpreishypothek (LXVIII Nr. 28, ebenso O.L.G. Dresden b. Seuff. LXVIII Nr. 168), während es früher die Kondition der dinglichen Belastung ausschloß (LXIII Nr. 48). Doch sucht es dem unbilligen Ergebnis, daß der Käufer das Eigentum am Grundstück behält, jedoch der dinglichen wie persönlichen Haftung für den Kaufpreis ledig wird, durch Gewährung der Einrede der Arglist gegen die ohne Angebot der Rückübereignung angestellte Klage auf Befreiung zu steuern; LXXI Nr. 107 (vgl. indessen auch LXXVIII Nr. 62). — Die Bestellung einer Grundschild erklärt das R.Ger. LXXIII Nr. 35, weil sie lediglich dingliche Belastung ist, gemäß der Regel des § 817 S. 2 für nicht kondizierbar.

⁹⁶ Oben § 210 S. 869 Anm. 44. Als Erfüllung der Kaufpreisschuld beim Bordellkauf erscheint nach der Ansicht des R.Ger. (vgl. die vor. Anm.) auch die Hingabe einer Grundschild, nicht aber die Bestellung einer Hypothek.

⁹⁷ So bei einem unsittlichen Spieldarlehen; R.Ger. LXX Nr. 1 (oben § 208 S. 814 Anm. 37). Bei einem nur für den Verlierer verbotenen Spiel (oben § 208 S. 813 Anm. 34). Bei einem nur für den einen Teil unsittlichen Kauf; R.Ger. LXIII Nr. 87 (auch im Falle der Einkleidung als Abzahlungsgeschäft unter Modifikation der Bestimmungen des Abz.G. § 1). Vor allem

VIII. Bereicherungsanspruch wegen mittelbarer Bereicherung. Zur Herausgabe eines nur mittelbar auf Kosten des Geschädigten erlangten Vorteils ist der Empfänger jenem unter bestimmten Voraussetzungen verpflichtet, wenn seine Bereicherung auf unentgeltlicher Zuwendung durch den ursprünglichen Empfänger beruht⁹⁸. Stets muß im Falle der unentgeltlichen Verfügung des Nichtberechtigten, falls sie dem Berechtigten gegenüber wirksam ist, derjenige, der auf Grund der Verfügung unmittelbar einen rechtlichen Vorteil erlangt hat, das Erlangte dem Berechtigten herausgeben⁹⁹. Allgemein aber ist, wenn der Empfänger das Erlangte unentgeltlich einem Dritten zuwendet, der Dritte insoweit, als infolgedessen der Bereicherungsanspruch gegen den Empfänger ausgeschlossen ist, dem Geschädigten zur Herausgabe verpflichtet, wie wenn er die Zuwendung grundlos von ihm er-

steht § 817 S. 2 auch dem Wucherer entgegen, wenn er das dem Bewucherten Geleistete kondiziert; Neubecker, D.J.Z. VII 568 ff., Dernburg I § 127 Anm. 18, Kohler, Enzykl. II 79, Oertmann zu § 817 Bem. 6 a; R.Ger. LXXXV Nr. 60 (mit Vorbehalt eines Schadensersatzanspruches aus unerlaubter Handlung, wenn ein entmündigter Verschwender durch Vorspiegelung voller Geschäftsfähigkeit das wucherische Darlehen erlangt hat). A. M. Eccius, D.J.Z. VIII 41 ff., Goldmann-Lilienthal S. 873 Anm. 7, Graff, D.J.Z. XIII 1102, Kipp b. Windscheid S. 885. Doch dürfte daraus nicht der unbedingte Ausschluß eines Bereicherungsanspruches wegen der gegebenen Darlehnsvaluta zu folgern sein. Denn wenn das Wesen des Darlehens Gebrauchsüberlassung ist (oben § 198 II 1 S. 576), so ist auch nur die Rückforderung des gewährten Gebrauchsvorteils, weil dafür wucherische Vergütung bedungen war, nicht aber die des Kapitals, das gar nicht endgültig überlassen werden sollte, wegen Unsittlichkeit der Leistung ausgeschlossen. Hiernach bleibt eine der Billigkeit mehr entsprechende Entscheidung im Sinne des früheren Wuchergesetzes (oben § 198 S. 588 Anm. 112) möglich; daß der Bewucherte stets eine über den zinslosen Genuß des Kapitals hinausgehende Bereicherung behält, ist keineswegs beifallswürdig. Diesen Gesichtspunkt bringt auch das O.L.G. Dresden b. Seuff. LIX Nr. 81 bei einem aus einem anderen Grunde unsittlichen Darlehn (abweichend O.L.G. Braunschweig ebd. LIV Nr. 213), das R.Ger. LXIX Nr. 79 S. 326 hinsichtlich einer gestellten Kautions zur Geltung. Vgl. Oertmann, Bem. 6 b.

⁹⁸ Es muß sich um eine rechtsgeschäftliche Zuwendung unter Lebenden oder von Todes wegen handeln; sonstiger unentgeltlicher Erwerb ist nicht, wie Cosack § 168 II 2 b u. Schulz a. a. O. S. 315 wollen, gleichzustellen.

⁹⁹ B.G.B. § 816 Abs. 1 S. 2. Durch diese (dem Entw. I unbekannt) Bestimmung gewährt das B.G.B. ein Mittel des Ausgleiches der unbilligen Folgen, die sich daraus ergeben, daß es abweichend von den meisten früheren Gesetzen für den Erwerb vom Scheinberechtigten neben dem guten Glauben Entgeltlichkeit nicht fordert; vgl. oben Bd. II § 119 S. 329 ff. Anm. 114, 122—123, § 134 S. 567 Anm. 73.

halten hätte¹⁰⁰. Ein Bereicherungsanspruch auf Grund mittelbarer Bereicherung steht ferner dem Vertragserben gegen den Beschenkten zu, wenn der Erblasser die Schenkung in der Absicht, den Vertragserben zu beeinträchtigen, gemacht hat¹⁰¹. Hier wird die Bereicherung durch eine dem Vertragserben gegenüber vertragswidrige, jedoch wirksame und nach dem B.G.B. unanfechtbare Handlung des Erblassers vermittelt, erscheint aber erst mit dem Tode desselben als ein auf Kosten des Vertragserben erlangter, durch die Schenkung wegen der Schwäche der Schenkungskausa nicht gerechtfertigter Vorteil, weil der Vertragserbe erst im Augenblicke des Erbschaftsanfalles durch die Verminderung des Nachlasses einen Vermögensnachteil erleidet¹⁰². Ähnlich verhält es sich mit dem subsidiären Bereicherungsanspruch des durch eine Schenkung in seinem Pflichtteil verkürzten Pflichtteilsberechtigten gegen den Beschenkten¹⁰³.

IX. Inhalt des Bereicherungsanspruches. Der Anspruch geht auf Herausgabe des Erlangten. Er richtet sich daher in erster Linie auf naturale Rückgewähr. Somit auf Rücküberweisung der übereigneten Sache, Rückübertragung des übertragenen dinglichen Rechts oder Persönlichkeitsrechts oder der abgetretenen Forderung, Wiedereinräumung des kondizierten Besitzes; Wiederherstellung des aufgehobenen oder geschwächten Rechtes; Befreiung von der übernommenen Last oder der eingegangenen Ver-

¹⁰⁰ B.G.B. § 822. Die Verpflichtung erstreckt sich auf die schenkweise erlangten Früchte und Surrogate (nach § 818), aber wohl auch auf die Bereicherung durch unentgeltliche Zuwendung eines mit grundlos erlangten Mitteln vertragsmäßig erworbenen Gegenstandes (z. B. eines mit dem Gelde gekauften Schmucks); Planck zu § 822 Bem. 2 b, Enneccerus § 448 Anm. 4; a. M. Cosack § 168 II 2 a, Oertmann Bem. 3, Staudinger Bem. 2 a. Soweit aber der ursprünglich Bereicherte trotz Weggabe des Erlangten noch haftet, haftet der Beschenkte nicht, mag jener auch zahlungsunfähig sein. — Natürlich ist bei Weiterversenkung auch der spätere Erwerber herausgabepflichtig.

¹⁰¹ B.G.B. § 2287¹. Gleich steht der subsidiäre Bereicherungsanspruch des Vertragsvermächtnisnehmers gegen den Beschenkten im Falle der schenkweise erfolgten Veräußerung oder Belastung des Vermächtnisgegenstandes nach § 2288 Abs. 2 S. 2.

¹⁰² Zum Unterschiede von den Fällen der §§ 816 u. 822 tritt hier eine Haftung des die ungerechtfertigte Vermögensverschiebung bewirkenden Zuwenders überhaupt nicht ein.

¹⁰³ B.G.B. § 2329. Der Anspruch tritt nur ein, soweit die Erben nicht zur Ergänzung verpflichtet sind oder wenn der Pflichtteilsberechtigte Alleinerbe ist, und trifft unter mehreren Beschenkten den früher Beschenkten nur insoweit, als der später Beschenkte nicht verpflichtet ist.

bindlichkeit oder wirksamen Scheinverbindlichkeit¹⁰⁴. Der Anspruch erstreckt sich weiter auf die gezogenen Nutzungen (nach Abzug der Gewinnungskosten), auf das auf Grund eines erlangten Rechtes Erworbene (z. B. den Gegenstand einer eingezogenen Forderung, den Pfanderlös, die Ablösungssumme einer Grundschuld) und auf alles, was als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung des erlangten Gegenstandes erworben ist (z. B. die Versicherungsforderung oder die Versicherungsgelder, den Schadensersatzanspruch aus unerlaubter Handlung oder auch aus rechtmäßigem Eingriff, den Herausgabeanspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung)¹⁰⁵. Ist aber die Herausgabe wegen der Beschaffenheit des Erlangten nicht möglich (z. B. bei Schuldbefreiung durch Zahlung an den Gläubiger, bei empfangenen Diensten, bei genossenen Gebrauchsvorteilen) oder ist der Empfänger zur Herausgabe aufserstande (z. B. wegen Veräußerung des Gegenstandes oder wegen Verbrauches des Geldes oder einer anderen verbrauchbaren Sache), so richtet sich der Anspruch auf den Ersatz des Wertes des Erlangten.

Der Anspruch wird jedoch durch die vorhandene Bereicherung begrenzt. Wie daher das ursprünglich Erlangte nur insoweit herauszugeben oder zu ersetzen ist, als es unter Berücksichtigung der damit verbundenen Vermögensschmälerung eine Vermögensbesserung darstellte¹⁰⁷, so ist die Herausgabe- oder

¹⁰⁴ Nur im Falle des § 951¹ geht er von vornherein nur auf Wertersatz. In den Fällen der §§ 528 Abs. 1 S. 2, 1973 Abs. 2 S. 2, 2329² kann der Bereicherte die Herausgabe durch Zahlung des Wertes abwenden.

¹⁰⁵ B.G.B. § 818¹. Dagegen ist das Surrogationsprinzip hier auf den rechtsgeschäftlichen Erwerb nicht ausgedehnt. Soweit er daher nicht (wie in den Fällen des § 816¹ und § 820) unmittelbarer Gegenstand des Bereicherungsanspruches ist, kann die Herausgabe des für einen erlangten Gegenstand erzielten Entgeltes oder eines mit erlangten Geldmitteln angeschafften Gegenstandes nicht verlangt, sondern nur gemäß § 818² Wertersatz des dafür Hingegebenen gefordert werden. So R.Ger. LVI Nr. 94, Gruchot LI 922 und die herrschende Meinung; vgl. Dernburg § 381 III, Endemann § 198 Anm. 56, Cosack § 168 I 1a, Crome § 323 Anm. 37, Planck, Bem. 3, jetzt auch Oertmann Bem. 2cα, u. Enneccerus § 447 13. Grundsätzlich abweichend Fr. Schulz a. a. S. 339 ff., 343.

¹⁰⁶ B.G.B. § 818²; dazu die vor. Anm. Der objektive Wert, nicht etwa das Interesse ist zu ersetzen. Vgl. über den Wertersatz für Dienstleistungen durch angemessene Vergütung R.Ger. b. Seuff. LXX Nr. 149 S. 274. — Auf einen ihm selbst erwachsenen Bereicherungsanspruch gegen einen Dritten braucht sich der Wertersatzberechtigte nicht verweisen zu lassen, hat vielmehr nur seinen Bereicherungsanspruch ohne Gewähr für dessen Bestand an den Ersatzpflichtigen abzutreten; R.Ger. LXXXVI Nr. 85 S. 347 ff.

¹⁰⁷ Oben S. 1001 Anm. 26.

Ersatzpflicht ausgeschlossen, soweit zurzeit der Erhebung des Anspruchs die eingetretene Bereicherung nicht mehr besteht¹⁰⁸. Demgemäß mindert sich die Verpflichtung des Bereicherten durch die auf den erlangten Gegenstand gemachten Aufwendungen und die durch den Erwerb desselben erlittenen Nachteile¹⁰⁹ und fällt weg, wenn der Bereicherte das Erlangte verloren, verschenkt oder verbraucht hat, er müßte denn dadurch Ausgaben, die er sonst gemacht hätte, erspart haben¹¹⁰.

Eine Erweiterung des Anspruchs erfolgt stets mit dem Eintritte der Rechtshängigkeit, indem von da an der Empfänger nach den allgemeinen Grundsätzen haftet, also namentlich für verschuldeten Verlust oder Untergang und für versäumte Fruchtziehung einzustehen hat¹¹¹. Dieselbe verschärfte Haftung trifft den bösgläubigen Empfänger, der den Mangel des rechtlichen Grundes beim Empfange gekannt oder später erfahren hat, schon vom Empfange oder von der Erlangung der Kenntnis an¹¹². Sie trifft ferner vom Empfange an den durch verwerflichen Empfang Bereicherten¹¹³. Sie trifft endlich bei dem auf Nichteintritt des

¹⁰⁸ B.G.B. § 818³. Nur trägt hinsichtlich des Wegfalls der Bereicherte die Beweislast; R.Ger. LXV Nr. 71 S. 298, LXVIII Nr. 66. Der Wegfall ist aber rechtsvernichtende Tatsache, also, wenn er feststeht, vom Richter von Amtswegen zu berücksichtigen; R.Ger. LXXXIII Nr. 34.

¹⁰⁹ Ob die Aufwendungen notwendig oder auch nur nützlich waren, ist unerheblich (anders Schweiz. O.R. a. 74, jetzt 65); der Bereicherte braucht den Gegenstand nur gegen ihre Erstattung herauszugeben oder kann, wenn er Geld zu leisten hat, ihren Betrag abziehen. Vgl. R.Ger. LX Nr. 66, LXV Nr. 71 S. 297, Gruch. XLVIII 1090 ff., J.W.Schr. 1911 S. 40 u. 323; über einzelne Streitige Punkte v. Tuhr a. a. O. S. 17 ff., Oertmann, Bem. 3 a α. Auch die durch den Erwerb erlittenen Nachteile, daher auch die durch den erlangten Gegenstand verursachten Vermögensbeschädigungen, mindern die Bereicherung; Staudinger, Bem. 5; a. M. Oertmann, Bem. 3 a β.

¹¹⁰ Vgl. R.Ger. LXV Nr. 71, LXVIII Nr. 66, LXXXIII Nr. 34 u. 35 (Wegfall der Bereicherung durch zu viel gezahltes Gehalt bei Verbrauch für bessere Lebenshaltung). Vgl. auch R.Ger. LXX Nr. 91 S. 352. Hingabe zu Darlehen ist nach R.Ger. b. Gruch. LI 922 kein Verlust, was aber nur bei einem sicheren Schuldner zutrifft. Beim Verkauf unter dem Wert ist die Bereicherung um den Unterbetrag des Kaufpreises gemindert, somit von dem geschuldeten Ersatz des Wertes des verkauften Gegenstandes (oben Anm. 105) abzuziehen. — Näheres b. Oertmann, Bem. 3 b.

¹¹¹ B.G.B. § 818⁴. Dazu oben § 178 VII S. 143 ff.

¹¹² B.G.B. § 819¹ (§ 142² ist anwendbar, oben Anm. 56). Ähnlich Preufs. L.R. I, 16 § 189, 193—194, 208; Code civ. a. 1378—1379; Öst. Gb. § 1437; Sächs. Gb. § 1528; Schweiz. O.R. a. 64 (73).

¹¹³ B.G.B. § 819².

bezweckten Erfolges und bei dem auf späteren Wegfall des rechtlichen Grundes gegründeten Bereicherungsanspruch den Bereicherten vom Empfange an, falls nach dem Inhalte des Rechtsgeschäftes der Eintritt des Erfolges als ungewiß oder der Wegfall des Rechtsgrundes als möglich angesehen wurde; doch hat hier der Empfänger erst von dem Zeitpunkt an, in dem er den Nichteintritt des Erfolges oder den Wegfall des Rechtsgrundes erfährt, Zinsen zu entrichten und Nutzungen, durch die er nicht mehr bereichert ist, herauszugeben¹¹⁴.

X. Geltendmachung. Der ungerechtfertigten Bereicherung entspringt ein im Wege der Klage geltend zu machender Anspruch gegen den Bereicherten¹¹⁵. Der Anspruch unterliegt nur der ordentlichen Verjährung; nur in einzelnen Sonderfällen ist er einer abgekürzten Verjährung unterworfen¹¹⁶.

Die Forderung aus ungerechtfertigter Bereicherung kann aber auch im Wege der Einrede gegen einen Anspruch des Bereicherten geltend gemacht werden¹¹⁷. Gegenüber dem Anspruch auf Erfüllung einer ohne rechtlichen Grund eingegangenen Verbindlichkeit ist diese Einrede verselbständigt und darum auch dann noch in Kraft, wenn der Anspruch auf Befreiung von der Verbindlichkeit verjährt ist¹¹⁸.

¹¹⁴ B.G.B. § 820. Die Verschärfung der Haftung setzt voraus, daß der Erfolg nicht nur ungewiß oder der Wegfall des Grundes nicht nur möglich war, sondern dies auch subjektiv vorgestellt wurde und diese Vorstellung objektiv im Inhalt des Rechtsgeschäftes zum Ausdruck kam. Dann mußte eben der Empfänger von vornherein mit der Möglichkeit rechnen, daß er zur Rückgewähr verpflichtet werde. Vgl. das neue Schweiz. O.R. a. 64.

¹¹⁵ Von mehreren Bereicherten ist jeder nur in Höhe seiner Bereicherung haftbar; R.Ger. J.W.Schr. 1909 S. 274 Nr. 8, Recht 1911 Nr. 48. Eine Gesamtschuld, wie bei unerlaubter Handlung, entsteht nicht (eine bedenkliche Ausnahme macht R.Ger. LXVIII N. 66).

¹¹⁶ Der Bereicherungsanspruch aus B.G.B. § 977 im Falle des Fundenerwerbes verjährt in drei Jahren (oben Bd. II 538); der Bereicherungsanspruch aus § 2287 (oben S. 1001 Anm. 101) nach Abs. 2 ebenfalls in drei Jahren. Dazu kommen die kraft E.G. a. 104 erlassenen landesrechtlichen Vorschriften über die abgekürzte Verjährung der Ansprüche auf Rückerstattung öffentlicher Abgaben (meist in 4, in Bayern in 3 Jahren); Niedner zu E.G. a. 104 Bem. 5. — Nach Sächs. Gb. § 1532 (mit § 1538, 1546, 1550) verjährte die Klage auf Rückerstattung grundlos gezahlter Zinsen stets in 3 Jahren. — Das neue Schweiz. O.R. a. 67¹ läßt jeden Bereicherungsanspruch in 3 Jahren seit der Kenntnis, spätestens aber in 10 Jahren seit der Entstehung verjähren.

¹¹⁷ R.Ger. b. Seuff. LXIII Nr 147; oben § 210 S. 869 Anm. 43.

¹¹⁸ B.G.B. § 821. Eine gleiche Bestimmung trifft das neue Schweiz. O.R.

§ 219. Schuldverhältnisse aus Rechtsgemeinschaft.

I. **Überhaupt.** Aus jeder Rechtsgemeinschaft entspringen Schuldverhältnisse. Sie sind aber, da die Gemeinschaft als solche kein Schuldverhältnis ist, unselbständige Schuldverhältnisse. Von den unselbständigen Schuldverhältnissen ist, da zwar die allgemeinen Grundsätze des Schuldrechts auf sie Anwendung finden, ihre Besonderheiten aber auf der Eigenart des sie bewirkenden Rechtsverhältnisses beruhen, bei den zugrunde liegenden Rechtsverhältnissen zu handeln¹. Somit gehören die Schuldverhältnisse aus Rechtsgemeinschaft nur insoweit dem Schuldrecht an, als die Gemeinschaft selbst im Schuldrecht beheimatet ist, weil sie entweder eine Forderung zum Gegenstande hat² oder durch Schuldvertrag geschaffen ist³.

Das B.G.B. regelt jedoch das aus einer Gemeinschaft nach Bruchteilen entspringende Schuldverhältnis als eine besondere Art der einzelnen Schuldverhältnisse und trifft bei dieser Gelegenheit zugleich Bestimmungen über das zugrunde liegende Gemeinschaftsverhältnis selbst, die mit dem Rechte der Schuldverhältnisse nicht das Mindeste zu tun haben⁴. Dieses Verfahren hat sein

a. 67²; sie hat wegen der kurzen Verjährungsfrist (oben Anm. 116) eine größere praktische Bedeutung, als sie der § 821 B.G.B. erlangen kann.

¹ Vgl. oben § 175 I S. 55.

² Oben § 183. Die Forderungsgemeinschaft als solche ist natürlich kein Schuldverhältnis, gehört aber dem Recht des Schuldverhältnisses in gleicher Weise an, wie die Eigentumsgemeinschaft dem Sachenrecht oder die Urheberrechtsgemeinschaft dem Urheberrecht.

³ Oben § 209. Die durch Gesellschaftsvertrag geschaffene Gemeinschaft selbst ist wiederum kein Schuldverhältnis (ebda. VI S. 840). Dafs der Gesellschaftsvertrag des geltenden Rechts seinerseits kein reiner Schuldvertrag, vielmehr gerade insoweit, als er die Gemeinschaft erzeugt, personenrechtlicher Vertrag ist und darum die ihm vom B.G.B. (abweichend vom H.G.B.) im System der Schuldverträge angewiesene Stellung sprengt, ist eine Sache für sich.

⁴ B. II Abschn. VII Tit. 15 § 741—758 mit der Überschrift „Gemeinschaft“. Vgl. dazu die oben Bd. II § 122 Anm. 1 angef. Lit. über das Miteigentum; ferner die Komm. zum B.G.B. § 741—758 von Planck, Staudinger, Oertmann u. A., sowie Schollmeyer S. 158 ff., Dernburg § 368 ff., Endemann § 182, Crome § 286—287, Landsberg § 153, Matthiafs § 139, Enneccerus § 403 ff., Cosack II § 284 ff.; auch Kipp b. Windscheid S. 940 ff. Zu den Bd. II § 122 Anm. 1 angef. Monographien über die Gemeinschaft des B.G.B. von v. Seeler und Jörges sind seitdem namentlich hinzugetreten: A. Saenger, Gemeinschaft und Rechtsteilung, Marb. 1913 (bei Heymann, Arbeiten zum Handels-, Gewerbe- und Landwirtschaftsrecht Nr. 19), und Engländer, Die regelmässige Rechtsgemeinschaft, Teil I: Grundlegung, Berlin 1914.

Vorbild in den Pandektensystemen, in denen es unter dem Banne des römischen Aktionensystems üblich wurde, weil die Gemeinschaft in den Horizont der römischen Quellen überhaupt nur unter dem Gesichtspunkt der „*actio communi dividundo*“ eingetreten ist⁵. Den übrigen großen Gesetzbüchern ist es fremd⁶. In der Tat hat es jede innere Berechtigung verloren. Auch versteht sich von selbst, daß durch die Regelung an unpassender Stelle die „Gemeinschaft“ nicht zum Schuldverhältnis geworden ist. Wenn daher hier noch ein Blick auf die nun einmal im B.G.B. gesondert ausgestalteten Schuldverbindlichkeiten aus Gemeinschaft zu werfen ist⁷, so ist dabei doch von der Gemeinschaft als solcher nur, soweit der Zusammenhang es erforderlich macht, zu reden⁸.

Der Geltungsbereich der Vorschriften des B.G.B. über „Gemeinschaft“ wird dadurch begrenzt, daß sie in jedem Falle, wenn ein Recht Mehreren gemeinschaftlich zusteht, immer jedoch

⁵ Die *actio communi dividundo* (Dig. 10, 3, Cod. 3, 37), die ursprünglich nur auf Auflösung der Gemeinschaft abzielte, später auch auf Ansprüche aus bestehender Gemeinschaft erstreckt wurde, empfing eine schuldrechtliche Grundlage durch Unterstellung einer *obligatio quasi ex contractu* (§ 3 Inst. 3, 27). Konsequent mußte man um der *actio finium regundorum* willen auch von der „Grenzverwirrung“ im Obligationenrecht handeln (so Windscheid § 440).

⁶ Das Preuss. A.L.R. handelt I, 17 „vom gemeinschaftlichen Eigentum“ (im Sinne seines weiten Eigentumsbegriffs) und dabei auch von den aus „zufälliger Gemeinschaft“ (§ 8—114) entspringenden Schuldverhältnissen. Das Öst. Gb. § 825—858 von der Gemeinschaft des Eigentums und anderer dinglicher Rechte, § 888—896 von der Gemeinschaft der Rechte und Pflichten. Das Sächs. Gb. enthält zwar in § 1392 der Lehre vom Quasikontrakt zuliebe eine Bestimmung über die nicht auf Vertrag beruhende Gemeinschaft, verweist aber lediglich auf die Vorschriften über Miteigentum und Gesellschaft. In der Schweiz handelt, während das O.R. schweigt, das Z.G.B. a. 646—654 vom gemeinschaftlichen Eigentum und den aus ihm entspringenden Pflichten.

⁷ Diese Notwendigkeit entfällt für Cosack, der dem „Gemeinschaftsrecht“ ein eignes (V) Buch widmet, in dem dann auch das gesamte Recht der „Rechtsgemeinschaft nach Bruchteilen“ Unterkunft findet (§ 284—290).

⁸ Von den Gemeinschaftsverhältnissen überhaupt ist schon oben Bd. I § 30 III, von den Gemeinschaften zur gesamten Hand ebd. § 80, vom gemeinschaftlichen Eigentum Bd. II § 122 und hier zugleich von der Gemeinschaft nach Bruchteilen (S. 383 ff.) gehandelt. Auch von den verschiedenen Formen urheberrechtlicher Gemeinschaft (Bd. I § 80 II 3), dem gemeinschaftlichen Besitz (Bd. II § 114 III 6), den Gemeinschaften des Grenzrechts (ebd. § 126 II 10 b), dem gemeinschaftlichen Eigentümergrundpfandrecht (ebd. S. 940 ff.), den Gemeinschaften zwischen Eigentümer und Nießbraucher oder Pfandgläubiger an einem Bruchteil (ebd. S. 689 u. 995 ff.), sowie der Gemeinschaft kraft Forderungspfandrechts (ebd. S. 1016) war schon die Rede. Die Gemeinschaftsverhältnisse des Familien- und Erbrechts sind später zu behandeln.

nur, sofern sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt, Anwendung finden sollen⁹. Indem das B.G.B. die so geregelte Gemeinschaft als „Gemeinschaft nach Bruchteilen“ bezeichnet, erklärt es einerseits diese Gemeinschaftsform für den Regelfall, schließt aber andererseits die unmittelbare Geltung der betreffenden Vorschriften überall da aus, wo ein Recht Mehreren zwar gemeinschaftlich, jedoch nicht nach Bruchteilen zusteht. Vor allem daher sind die Gemeinschaften zur gesamten Hand grundsätzlich diesen Vorschriften entzogen. Nur durch ausdrückliche Bestimmungen sind auf die nach dem Prinzip der gesamten Hand gebauten Vermögensgemeinschaften des B.G.B. einzelne für die Gemeinschaft nach Bruchteilen geltende Rechtssätze übertragen¹⁰, ohne daß hiervon der scharfe begriffliche Gegensatz beider Gemeinschaftsformen irgendwie berührt würde¹¹. Ebenso wenig fallen Gemein-

⁹ B.G.B. § 741.

¹⁰ Bei der Gesellschaft gelten nach § 731 für die Teilung des Gesellschaftsvermögens nach Auflösung der Gesellschaft (oben § 209 S. 852 Anm. 100), bei der ehelichen Gütergemeinschaft und der fortgesetzten Gütergemeinschaft nach § 1477¹ (mit § 1498, 1546³, 1549) für die Teilung des Überschusses subsidiär die Vorschriften über die Gemeinschaft. Bei der Erbengemeinschaft sind die Vorschriften über die Gemeinschaft betreffs Verwaltung, Auseinandersetzung und Grenzen eines Teilungsverbots aushilfsweise herangezogen (§ 2038², 2042², 2044¹). — Keinerlei Verweisung auf das Gemeinschaftsrecht des B.G.B. findet sich bei der im H.G.B. geregelten Reederei. Unanwendbar ist dasselbe auch auf die dem Landesrecht vorbehaltenen Gemeinschaften zur gesamten Hand, wie z. B. die Gewerkschaften des alten Rechts (E.G. a. 67), Agrargemeinschaften (E.G. a. 164, dazu a. 113), fortbestehendes älteres Gemeinschaftseigentum ohne Quotenteilung (E.G. a. 181²).

¹¹ Zu einer Auseinandersetzung mit den neuesten theoretischen Versuchen, diesen Gegensatz zu verwischen, ist hier nicht der Ort. Es sei nur in Kürze bemerkt, daß sie grundsätzlich abzulehnen sind. Dies gilt zunächst von der von A. Saenger a. a. O. aufgestellten Lehre, die auf Grund einer geharnischten Absage an den Begriff des geteilten Rechts zu dem Ergebnis gelangt, daß jede Eigentumsgemeinschaft notwendig Gesamthandsgemeinschaft sei (S. 99) und zwischen der schlichten Gemeinschaft und der echten Gemeinschaft zu gesamter Hand nur sekundäre Unterschiede beständen; die sogenannten „Bruchteile“ seien nur den Sonderrechten von Vereinsmitgliedern entsprechende Individualrechte, die „das Maß der Beteiligung an der Gemeinschaft in der Form selbständiger neuer, nicht durch Teilung geschaffener Sonderbefugnisse ausdrücken“ (S. 103, 109). Diese Auffassung vergewaltigt die geschichtliche Entwicklung und widerspricht dem geltenden deutschen Recht, das zwar, wie ich selbst dargelegt habe, in die schlichte Gemeinschaft eine Verwaltungsgemeinschaft zur gesamten Hand eingeführt hat, aber grundsätzlich daran festhält, daß bei ihr das gemeinschaftliche Recht hinsichtlich seiner Zuständigkeit in gesonderte Teilrechte zerlegt ist und in ihnen sich erschöpft. Noch schärfer zurück-

schaftsverhältnisse, die sich unter Mehreren einerseits bei solidarischer Berechtigung eines jeden von ihnen auf einen Gegenstand als Ganzes, andererseits bei gesonderter Berechtigung eines jeden von ihnen auf einen realen Teil eines Gegenstandes aus dem gegenständlichen Zusammenhange ergeben, unter die Vorschriften über die Gemeinschaft¹². Dagegen sind diese Vorschriften grundsätzlich anwendbar, sobald ein Recht Mehreren in der Weise gemeinschaftlich zusteht, daß ein jeder von ihnen für sich zu einem ziffernmäßig bestimmten ideellen Teil Alleinberechtigter ist¹³. Ein derartiges Verhältnis besteht immer nur in Ansehung einzelner Vermögensgegenstände; erstreckt es sich auf mehrere Vermögensgegenstände, so ergreift es jeden von ihnen unmittelbar, ohne sie

zuweisen ist der von Engländer a. a. O. unternommene Versuch, unter Berufung darauf, daß das B.G.B. von dem einheitlichen Oberbegriff des gemeinschaftlichen Rechtes ausgehe, das geltende Recht geschichtlich völlig zu entwurzeln und unter gleichzeitiger Verwerfung des römischen Gedankens der Quotenteilung und des germanischen Gedankens der gesamten Hand einen neuen Begriff der „Rechtsgemeinschaft“ zu konstruieren, dem sich die „regelmäßige“ und die gesamthändige Gemeinschaft als wesensgleiche „Unterarten“ einfügen. Die schließliche Definition lautet (S. 293): „Rechtsgemeinschaft (gemeinschaftliches subjektives Recht) bedeutet eine Zuständigkeitsform eines Rechtsinhaltes, bei welcher mehrere (relativ) unselbständige gleichartige Rechtspositionen („Anteile“) durch eine innere Ordnung zu einem System von Rechtsanteilen zusammengeschlossen werden.“ Mag dieses Ergebnis formell unanfechtbar sein, so ist es doch völlig unfruchtbar und lohnt nicht die Mühe, die der Verfasser in gründlichen, scharfsinnigen und in ihren kritischen Partien beachtenswerten Ausführungen darauf verwandt hat. Was soll denn so eine abstrakte, farblose, verkünstelte Formel an wirklichen Werten leisten? Am Wesen der Dinge geht sie vorbei, die gestaltgebenden Gegensätze verschleiert sie, den lebensvollen geschichtlichen Gebilden saugt sie das Blut aus!

¹² Darum finden die Vorschriften der §§ 741 ff. auf Forderungsgemeinschaften überhaupt nicht unmittelbar Anwendung. Denn das B.G.B. kennt neben solidarischer Gesamt- und gesamthändiger Mitgläubigerschaft nur Teilgläubigerschaft, nicht Mitgläubigerschaft nach Bruchteilen. Vgl. Sohm, Gegenstand S. 61, Enneccerus § 403 III, Engländer a. a. O. S. 129 Anm. 234 A. M. Oertmann, Vorbem. 1c, Crome § 286 Anm. 18, Cosack § 285, zum Teil wohl auch v. Tuhr I 87 ff. Doch ist in den Fällen, in denen ein Gesamthandsverhältnis nur nach außen besteht, das innere Gemeinschaftsverhältnis mangels eines die Gläubiger verknüpfenden besonderen Bandes einer Gemeinschaft nach Bruchteilen verwandt und daher die analoge Anwendung einzelner Vorschriften über Gemeinschaft zulässig; oben § 133 S. 279 Anm. 56. Überdies wird eine Forderung durch Verkörperung in einem Wertpapier oder Zugehörigkeit zu einem Sacheigentum oder einem anderen absoluten Recht dem Geltungsbereich der §§ 741 ff. mitunterworfen.

¹³ Auch auf ältere „Gemeinschaften nach Bruchteilen“ ist durch E.G. a. 173 ihre Geltung erstreckt.

gleich der Gesamthandsgemeinschaft zu einem Sondervermögen zusammenzuschließen. Es kann aber bei Vermögensgegenständen verschiedener Art vorkommen¹⁴. Den typischen Hauptfall bildet das gemeinschaftliche Eigentum in Gestalt des schlichten Miteigentums, für das die allgemeinen Vorschriften über Gemeinschaft im B.G.B. durch einige Sondervorschriften ergänzt werden¹⁵. Vermögensgegenstände, die außerdem nach Bruchteilen gemeinschaftlich sein können, sind namentlich sonstige Sachenrechte¹⁶, der Besitz¹⁷ und vermögenswerte Persönlichkeitsrechte¹⁸.

II. Bei bestehender Gemeinschaft. Aus der Gemeinschaft nach Bruchteilen entspringt während ihres Bestandes ein dauerndes Schuldverhältnis. Dasselbe besteht immer nur zwischen den Teilhabern als Einzelnen. Denn alle Forderungen und Verbindlichkeiten sind an die als selbständige Vermögensrechte ausgestalteten (im Zweifel gleichen, jedoch im Einzelfall beliebig ungleichen) Anteile geknüpft, die in objektiver Hinsicht je einen festen Bruchteil des gemeinschaftlichen Gegenstandes ergreifen und in subjektiver Hinsicht das gemeinschaftliche Recht seiner Zuständigkeit nach in gesonderte Rechtsbereiche zerlegen¹⁹. Da jedem Teilhaber kraft seines Anteils ein der Größe desselben ent-

¹⁴ Welche Gegenstände sich eignen, ist bei v. Tuhr I 82 ff. eingehend untersucht; vgl. auch Oertmann, Vorbem. 4. Über Forderungen oben Anm. 12. — Ausgeschlossen sind jedenfalls die Vollmacht und alle Gestaltungsrechte; vgl. v. Tuhr S. 91 ff.

¹⁵ B.G.B. § 1008—1111 nebst E.G. a. 181 (oben Bd. II 383—387).

¹⁶ Z. B. Erbbaurecht, Nießbrauch (oben Bd. II 689, teilweise abweichend v. Tuhr S. 87), beschränkte persönliche Dienstbarkeit, Reallast, Grundschuld. Über Grunddienstbarkeiten vgl. v. Tuhr S. 85 ff., über Hypotheken und Pfandrechte S. 90 ff. — Für die bei real geteiltem Eigentum an Grenzanlagen bestehende nachbarrechtliche Benutzungsgemeinschaft (oben Bd. II 443 ff.) ordnet B.G.B. § 922 ausdrücklich die subsidiäre Anwendung der Vorschriften über die Gemeinschaft an.

¹⁷ Oben Bd. II 221 ff. (bes. Anm. 48, 50, 84).

¹⁸ Das Miturheberrecht aus gemeinsamer Schöpfung, das oben Bd. I 782 ff. als Rechtsgemeinschaft zur gesamten Hand charakterisiert ist, wird nunmehr im Lit.U.G. § 6 für „eine Gemeinschaft nach Bruchteilen im Sinne des B.G.B.“ erklärt. Doch sind die Vorschriften der §§ 741 ff. jedenfalls nur mit starken Einschränkungen anwendbar. Auch ein Patentrecht kann nach Bruchteilen gemeinschaftlich sein. Ebenso das Recht an einem Zeitungsunternehmen; R.Ger. b. Gruch. LIII 982.

¹⁹ B.G.B. § 742. Über das stark bestrittene Wesen der als Gegenstände verselbständigten „Bruchteile“ vgl. oben Bd. II 47 ff. Anm. 39—41. Darüber, daß sich in der Summe der Anteile das gemeinschaftliche Recht seiner subjektiven Zuständigkeit nach erschöpft, ebd. S. 383 ff. (bes. Anm. 42).

sprechender Bruchteil der Früchte gebührt und er zum Gebrauch des gemeinschaftlichen Gegenstandes insoweit befugt ist, als nicht der Mitgebrauch der übrigen Teilhaber beeinträchtigt wird²⁰; hat er zunächst ein Forderungsrecht gegen jeden anderen Teilhaber auf Überlassung dieser Vorteile aus der Nutzung²¹. Sodann aber ergeben sich aus der gesetzlich organisierten Willensverbundenheit, die hinsichtlich der Verwaltung des gemeinschaftlichen Gegenstandes eintritt und nach dem B.G.B. die Züge einer Verwaltungsgemeinschaft zu gesamter Hand aufweist²², besondere Schuldverhältnisse unter den Teilhabern²³. Da jeder Teilhaber mit Wirkung für alle Teilhaber einseitig die zur Erhaltung des Gegenstandes notwendigen Mafsregeln treffen kann, hat er gegen jeden anderen Teilhaber ein Forderungsrecht nicht nur auf nachträgliche Genehmigung solcher Mafsregeln, sondern auch auf Vorauserteilung der Einwilligung in ihre Vornahme²⁴. Da ferner mit Stimmenmehrheit nach der Gröfse der Anteile eine der Beschaffenheit des gemeinschaftlichen Gegenstandes entsprechende ordnungsmässige Verwaltung und Benutzung mit Wirkung für die Minderheit beschlossen werden kann, ist jeder Teilhaber zur Unterwerfung unter einen gehörigen Mehrheitsbeschluss und zur Anerkennung der durch ihn herbeigeführten Einschränkungen

²⁰ B.G.B. § 743. Diese Ansprüche sind sonderrechtliche Ausflüsse des Anteils, die ihre nähere Bestimmung aus dessen sachenrechtlichem oder sonstigem gegenstandsrechtlichen Inhalt empfangen, und haben somit an sich dingliche Wirkungskraft. Doch gewähren sie ein vom Anteilsrecht im Ganzen abgesondertes unmittelbares Herrschaftsrecht erst nach ihrer Realisierung. Insbesondere bewirkt auch der Anteil an den Früchten nicht deren sofortige Teilung. Denn er ergreift nur den Reinertrag, nicht den Rohertrag des gemeinschaftlichen Gegenstandes. Darum ist z. B. der quotenmässige Anteil des Miteigentümers eines Grundstückes an den Mietszinsforderungen nicht für sich abtretbar oder pfändbar; gegen dessen Gläubigerpfändung steht jedem anderen Miteigentümer die Widerspruchsklage zu; vgl. Seuff. LXVIII Nr. 8, LXX Nr. 124.

²¹ Er kann daher mit der schuldrechtlichen Gemeinschaftsklage z. B. Herausgabe der von einem anderen Teilhaber gezogenen Früchte zu dem ihm gebührenden Teil oder Verstattung zum Mitgebrauch oder Wertersatz für entzogene Nutzungen fordern.

²² B.G.B. § 744—745; oben Bd. II 384 ff.

²³ Auch hier handelt es sich nur um Schuldverhältnisse zwischen den Teilhabern als Einzelnen, nicht zwischen einem Teilhaber und der Teilhabergesamtheit, da die letztere eben nur für Verwaltungszwecke eine Personeneinheit bildet, dagegen der Befähigung zur Rechtsträgerschaft entbehrt.

²⁴ Dies ist in § 742² ausdrücklich bestimmt. Der Teilhaber kann sich dadurch nicht nur die Anerkennung der Notwendigkeit der Mafsregel, sondern auch die etwa erforderliche Vertretungsmacht Dritten gegenüber verschaffen.

seines Anteilsrechtes verpflichtet²⁵; er hat aber gegen die anderen Teilhaber ein Forderungsrecht auf Unterlassung von Mehrheitsbeschlüssen, die den Machtbereich einer bloßen Verwaltungsgemeinschaft überschreiten oder in sein Individualrecht eingreifen²⁶. Und soweit die Verwaltung und Benutzung nicht durch Vereinbarung oder Beschlufs geregelt ist, kann jeder Teilhaber eine dem Interesse aller Teilhaber nach billigem Ermessen entsprechende Verwaltung und Benutzung verlangen, hat also gegen jeden anderen Teilhaber ein Forderungsrecht auf Zustimmung zu einer von ihm vorgeschlagenen ordnungsmäßigen Regelung, das er mit der Gemeinschaftsklage gerichtlich geltend machen kann²⁷. Die gehörig erfolgte Regelung der Verwaltung und Benutzung wirkt auch für und gegen die Sondernachfolger der Teilhaber, verdinglicht daher zugleich die durch sie hervorgerufenen Schuldverhältnisse²⁸. Aus der im Wesen der Gemeinschaft nach Bruchteilen begründeten Verteilung der Verfügungsmacht, die hinsichtlich des Gegenstandes im Ganzen ausschliesslich allen Teilhabern gemein-

²⁵ Der Mehrheitsbeschlufs kann von der Minderheit wegen bloßer Unzweckmäßigkeit nicht angefochten werden; auch wird seine Ausführung durch den Widerspruch der Minderheit nicht gehindert, so dafs es einer gegen die Widersprechenden gerichteten Klage auf Unterwerfung nicht bedarf. Vgl. Seuff. LXI Nr. 131.

²⁶ Ein Beschlufs, der eine wesentliche Veränderung des Gegenstandes bewirkt oder das Bruchteilsrecht eines Teilhabers in Ansehung der Nutzungen ohne dessen Zustimmung beeinträchtigt, ist nichtig. Der in seinem Anteilsrecht verletzte Teilhaber kann hierauf eine Feststellungsklage richten. Man wird ihm aber auch die Gemeinschaftsklage auf Aufhebung oder Abänderung des Beschlusses oder auf Unterlassung der Ausführung nicht versagen dürfen.

²⁷ Das Urteil hat nur das bestehende Schuldverhältnis festzustellen und das auf Grund desselben Geschuldete zuzuerkennen; es ist Leistungsurteil, nicht Gestaltungsurteil. Darum mufs der Kläger ein bestimmtes Verlangen stellen, dem dann der Beklagte im Wege der Widerklage ein anderes Verlangen entgegenstellen kann. Vgl. R.Ger. b. Gruchot XLIX 837 ff. Zulässig aber ist nur ein Verlangen, das die dem Mehrheitsbeschlufs gezogenen Grenzen nicht überschreitet. Die Bestellung eines gerichtlichen Verwalters kann regelmäfsig nicht verlangt werden; R.Ger. b. Seuff. LXII Nr. 201. — Sind nur zwei Teilhaber mit gleichen Anteilen vorhanden, so ist, wenn sie sich nicht einigen, immer nur gerichtliche Entscheidung über die Art der Verwaltung und Benutzung möglich; R.Ger. in Recht 06 S. 374.

²⁸ B.G.B. 746. Dies gilt keineswegs blofs für eine vereinbarte oder beschlossene, sondern auch für eine durch Urteil bestimmte Verwaltungs- und Benutzungsordnung; Planck, Bem. 2, Dernburg § 369 Anm. 8, Crome § 286 Anm. 73, jetzt auch Oertmann, Bem. 1. Die Anteilsrechte sind in ihrem gegenstandsrechtlichen Bestande eingeschränkt, hiervon aber werden zugleich die aus ihnen fließenden schuldrechtlichen Beziehungen ergriffen.

schaftlich, hinsichtlich jedes Anteils ausschließlich dem einzelnen Teilhaber zusteht, entspringt kein besonderes Schuldverhältnis²⁹. Dagegen liegt ein Schuldverhältnis aus der Gemeinschaft in der den Teilhabern auferlegten Verpflichtung, die Lasten des gemeinschaftlichen Gegenstandes, sowie die Kosten der Erhaltung, der Verwaltung und einer gemeinschaftlichen Benutzung nach dem Verhältnis ihrer Anteile zu tragen³⁰.

III. Aufhebung der Gemeinschaft. Die Aufhebung der Gemeinschaft kann nicht nur stets einstimmig beschlossen, sondern auch von jedem einzelnen Teilhaber jederzeit verlangt werden (§ 749¹). Der Aufhebungsanspruch, der keiner Verjährung unterliegt (§ 758), stellt sich nach dem B.G.B. als ein aus der Gemeinschaft entspringendes Individualrecht dar; er ist schuldrechtlicher Natur³¹ und richtet sich gegen jeden anderen Teilhaber, der die Einwilligung in die Aufhebung verweigert³².

Die Gemeinschaft kann durch vertragsmäßige Ausschließung oder Einschränkung des Aufhebungsanspruchs verfestigt werden. Das Recht des einzelnen Teilhabers, die Aufhebung zu verlangen, kann für immer oder auf Zeit wegbedungen, auch kann seine Geltendmachung von der Einhaltung einer Kündigungsfrist abhängig gemacht werden³³. Allein stets bleibt kraft zwingenden Rechtssatzes jedem Teilhaber das Recht vorbehalten, die sofortige Aufhebung zu verlangen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt³⁴. Mit dieser Einschränkung wirkt die vertragsmäßige Verfestigung

²⁹ B.G.B. § 747. Die Abgrenzung hat lediglich dingliche Wirkungen.

³⁰ B.G.B. § 748. Jeder Teilhaber kann also mit der Gemeinschaftsklage von jedem anderen Teilhaber eine verhältnismäßige Beitragsleistung zu den erforderlichen Aufwendungen und Teilerstattung der gemachten Aufwendungen fordern.

³¹ Vgl. Binder a. a. O. S. 82, Oertmann zu § 749, Bem. 1 b; auch R.Ger. LXVII Nr. 100 S. 398. Eine Verfügungsmacht über die anderen Anteile ist in dem Anspruch nicht enthalten. Das Mittel zu seiner Durchsetzung ist daher die schuldrechtliche Gemeinschaftsklage; das Urteil ist nicht, wie das römische Teilungsurteil, adjudikatorisch, sondern deklaratorisch, indem es das unter den Parteien bestehende Schuldverhältnis klarstellt und zur Durchführung bringt.

³² Inhalt der Forderung ist also die Einwilligung; erst durch die Einwilligung der anderen Teilhaber oder ihre rechtskräftige Verurteilung zur Einwilligung kommt die Aufhebung zustande.

³³ Nach der Auslegungsregel des § 750 tritt die auf Zeit vereinbarte Ausschließung des Aufhebungsanspruchs im Zweifel mit dem Tode eines Teilhabers außer Kraft.

³⁴ B.G.B. § 749²⁻³. Jede zuwiderlaufende Vereinbarung ist nichtig.

der Gemeinschaft auch für und gegen die Sondernachfolger, gestaltet also das dingliche Rechtsverhältnis und folgeweise zugleich das im Anteilsrecht enthaltene Forderungsrecht auf Aufhebung um; nur versagt diese Verdinglichung gegenüber dem an dem Anteil eines Teilhabers erworbenen Pfändungspfandrecht, gegenüber dem Pfandrecht nach Eintritt der Verkaufsberechtigung und gegenüber dem Beschlagsrecht der Konkursgläubigerschaft⁸⁵.

Mit der Aufhebung der Gemeinschaft gewinnt das Anteilsrecht des Teilhabers den schuldrechtlichen Inhalt eines Auseinandersetzungsanspruches. Jeder Teilhaber kann von den anderen Teilhabern die Erfüllung dieses Anspruchs durch Gewährung eines Äquivalents für sein wegfallendes Anteilsrecht fordern. Die Art der Auseinandersetzung unterliegt der freien Vereinbarung⁸⁶. Mangels anderer Abrede aber vollzieht sie sich nach gesetzlichen Regeln, deren Beobachtung jeder Teilhaber verlangen und gegenüber einem anderen Teilhaber, der sich ihnen nicht freiwillig unterwirft, im Wege der Klage erzwingen kann⁸⁷.

Der gesetzlichen Regel nach erfolgt die Auseinandersetzung im Wege der Teilung, die entweder als Naturalteilung durch Zerlegung des gemeinschaftlichen Gegenstandes in mehrere selbständige Gegenstände oder als Wertteilung durch Verkauf des gemeinschaftlichen Gegenstandes und Teilung des Erlöses vollzogen wird⁸⁸. Die Teilung in Natur kann jeder Teilhaber ver-

⁸⁵ B.G.B. § 751, § 1258 Abs. 2 S. 2, K.O. § 16². — Über die Möglichkeit stärkerer landesgesetzlicher Verfestigung des Miteigentums im Falle des E.G. a. 131 vgl. oben Bd. II 387 Anm. 52. Über die gesetzlichen Einschränkungen des Aufhebungsanspruches bei Grenzgemeinschaften durch B.G.B. § 922 u. 923 ebd. S. 444 Anm. 118 u. S. 445 Anm. 121.

⁸⁶ Die Teilhaber können nicht nur mit dem Aufhebungsvertrage einen Teilungsvertrag verbinden, durch den sie die Auseinandersetzung vollziehen, sondern auch im Voraus für den Fall der Aufhebung Teilungsgrundsätze vereinbaren, an die sie dann schuldrechtlich, nicht aber dinglich gebunden sind. Vgl. v. Seeler a. a. O. S. 82, Goldmann u. Lilienthal S. 797, Oertmann zu § 752 Bem. 1.

⁸⁷ Die Klage, die natürlich mit der Aufhebungsklage (oben Anm. 31—32) verbunden, jedoch auch während eines bereits eingeleiteten Auseinandersetzungsverfahrens hinsichtlich jedes einzelnen streitigen Punktes erhoben werden kann, geht also auf Einwilligung des Beklagten in die vom Gesetz angeordnete Teilungsmaßregel, die der Kläger bestimmt bezeichnen muß. Das Urteil ist wieder rein deklarativ; der Richter hat nicht die ihm vom römischen Recht gewährte dingliche Gestaltungsmacht, sondern hat nur auszusprechen, wozu die Parteien einander verpflichtet sind.

⁸⁸ B.G.B. § 753—755.

langen, wenn sich der Gegenstand ohne Verminderung des Gesamtwertes dergestalt zerlegen läßt, daß gleichartige reale Teile entstehen, die den bisherigen ideellen Anteilen entsprechende Ersatzgegenstände bilden und als solche den Teilhabern zu alleinigem Recht übertragen werden können³⁹. Dasselbe gilt, wenn mehrere Gegenstände gemeinschaftlich sind, die sich ohne Wertverminderung in gleichartige reale Stücke nach Verhältnis der Anteile zerlegen lassen⁴⁰. Sind die Teile gleich, so entscheidet über ihre Zuteilung das Los⁴¹. Ist die Teilung in Natur ausgeschlossen, so kann jeder Teilhaber den Verkauf des gemeinschaftlichen Gegenstandes nach den Vorschriften über den Pfandverkauf oder die Zwangsversteigerung und die Teilung des Erlöses verlangen⁴². Ist die Veräußerung an einen Dritten unstatthaft, so tritt die Versteigerung unter den Teilhabern an die Stelle⁴³. Doch kann, wenn der Gegenstand eine gemeinschaftliche Forderung ist, der Verkauf nur, wenn sie noch nicht fällig ist, dagegen nach Eintritt der Fälligkeit nur die gemeinschaftliche Einziehung und

³⁹ Ob dies der Fall ist, hängt in erster Linie von der Beschaffenheit des Gegenstandes, keineswegs aber von ihr allein ab. Unter den körperlichen Sachen sind Mengesachen regelmäßig teilbar, Grundstücke aber, obschon ihre Zerlegung in mehrere Grundstücke von beliebiger Größe stets möglich ist, nur dann, wenn nach den konkreten Verhältnissen die Zerstückelung nicht eine Entwertung oder die Zerstörung der wirtschaftlichen Benutzungsart herbeiführen würde; R.Ger. b. Gruch. LIV 633. Von den unkörperlichen Gegenständen sind Hypotheken- und Grundschulden teilbar (R.Ger. LIX Nr. 85 S. 318, LXIX Nr. 9 S. 42), ebenso der Regel nach Forderungen auf eine teilbare Leistung (R.G. LXV Nr. 2 S. 7 ff.), nicht dagegen z. B. eine Fahrgerechtigkeit (R.Ger. b. Gruch. LIV 961). Ausgeschlossen ist der Anspruch auf Naturalteilung natürlich auch durch ein gesetzliches Teilungsverbot. Desgleichen durch eine den Teilhaber bindende Vereinbarung. Andererseits können die Teilhaber, sofern kein gesetzliches Verbot entgegensteht, auch die Naturalteilung eines unteilbaren Gegenstandes, sogar die Zerstückelung eines Edelsteins oder eines Kunstwerkes, vereinbaren. — In dem Anspruch auf Naturalteilung ist der Anspruch auf Mitbewirkung der erforderlichen Übertragungshandlungen, z. B. Übergabe, Auflassung und Eintragung, Bildung von Teilhypothekenbriefen, enthalten.

⁴⁰ Z. B. Wertpapiere, Exemplare eines Buches, eine Herde; nicht dagegen ein Mobiliar, eine Bibliothek, ein Viergespann.

⁴¹ B.G.B. § 752 S. 2.

⁴² Sie können natürlich, wenn sie einig sind, jede beliebige andere Art des Verkaufes wählen, auch trotz Möglichkeit einer Naturalteilung den Gegenstand behufs Wertteilung verkaufen oder anderweit verwerten.

⁴³ So z. B. im Falle einer die Veräußerung an einen Dritten ausschließenden Vereinbarung oder erblasserischen Anordnung. Natürlich können sie, wenn sie einig sind, auch in anderen Fällen diesen Weg beschreiten.

je nach der Beschaffenheit des geleisteten Gegenstandes dessen Naturalteilung oder dessen Verkauf behufs Erlösteilung verlangt werden⁴⁴. Bleibt der Versuch eines Verkaufes erfolglos, so kann jeder Teilhaber die Wiederholung fordern, trägt aber, wenn der wiederholte Versuch mißlingt, die Kosten. Im Falle der endgültigen Unausführbarkeit des Verkaufes fehlt es dem einzelnen Teilhaber an einem gesetzlichen Mittel, die Auseinandersetzung zu erzwingen; die Gemeinschaft bleibt also bestehen, bis durch freie Vereinbarung Abhilfe geschaffen wird. Ist die Veräußerung rechtlich unmöglich, so ist die Gemeinschaft in Ansehung eines unteilbaren Gegenstandes überhaupt unauflöslich⁴⁵.

Das B.G.B. zieht in die Auseinandersetzung auch die im Gemeinschaftsverhältnis wurzelnden Schulden der Teilhaber hinein. Einmal kann, wenn die Teilhaber als Gesamtschuldner für eine Verbindlichkeit haften, die sie im inneren Verhältnis nach Anteilen zu erfüllen haben, weil sie zu den nach Anteilen zu tragenden Lasten oder Kosten gehört oder behufs Erfüllung einer solchen Verbindlichkeit eingegangen ist, jeder Teilhaber bei der Aufhebung der Gemeinschaft verlangen, daß die Schuld aus dem gemeinschaftlichen Gegenstande berichtigt wird. Dieser Anspruch geht auch gegen die Sondernachfolger. Soweit zu seiner Befriedigung der Verkauf des gemeinschaftlichen Gegenstandes erforderlich ist, hat der Verkauf nach den für die Auseinandersetzung geltenden Regeln zu erfolgen. Hiernach ist also der Teilungs-

⁴⁴ Diese Bestimmung hat nach dem oben S. 1028 Anm. 12 Gesagten hauptsächlich nur infolge der Anwendbarkeit des § 754 auf die Auseinandersetzung bei aufgelösten Gesamthandsgemeinschaften praktische Bedeutung (vgl. oben § 209 S. 853 Anm. 107). Sie gilt aber auch hier nur, wenn die Forderung nicht, weil sie sich auf eine teilbare Leistung richtet, mit dem Wegfall der gesamten Hand in Teilforderungen zerfällt, sondern wegen der Unteilbarkeit der Leistung oder kraft besonderer Abrede in der Weise gemeinschaftlich bleibt, daß nur an alle geleistet werden kann. Denn auch hier geht, wenn sie möglich ist, die Naturalteilung der Einziehung und dem Verkaufe und die Einziehung nur dem Verkaufe vor. Vgl. die eingehenden Ausführungen des R.Ger. LXV Nr. 2 S. 7 ff. (für Nachlassforderungen).

⁴⁵ So verhält es sich z. B. bei einem Mitnießbrauch nach Bruchteilen, da der Nießbrauchsanteil als solcher nicht übertragbar ist, durch Tod oder Verzicht aber erlischt, nicht auf die Mitnießbraucher übergeht. Doch kann, da die Ausübung des Nießbrauchs übertragbar ist, eine Auseinandersetzung hinsichtlich der Ausübung im Wege der Benutzungsordnung erzielt und unter Umständen verlangt werden (§ 745). Gleiches ist m. E. für das Miturheberrecht im Falle des § 6 Lit. U.G. anzunehmen, da das Bruchteilsurheberrecht jedes Mitverfassers der Substanz nach an seine Person gebunden ist.

anspruch jedes Teilhabers durch die Belastung sämtlicher Anteile mit der vorweg zu befriedigenden Ausgleichsschuld dinglich belastet. Sodann aber kann jeder Teilhaber, der gegen einen anderen Teilhaber eine Forderung hat, die sich auf die Gemeinschaft gründet, bei der Aufhebung der Gemeinschaft die Berichtigung dieser Forderung aus dem auf den Schuldner entfallenden Teil des gemeinschaftlichen Gegenstandes oder des für denselben erzielten Verkaufserlöses verlangen. Auch dieser Anspruch kann gegen die Sondernachfolger geltend gemacht werden. Somit ist gegenüber der aus einem Anteilsrecht fließenden Ersatzforderung der Anteil des ersatzpflichtigen Teilhabers dinglich belastet. Der Gläubiger kraft Gemeinschaftsrechtes hat gegenüber anderen Gläubigern des Schuldners in Ansehung des Auseinandersetzungsanteils ein Recht auf bevorzugte Befriedigung und im Konkurse ein Absonderungsrecht⁴⁶.

Aus der Zuteilung eines gemeinschaftlichen Gegenstandes an einen der Teilhaber entspringt für die anderen Teilhaber eine Gewährleistungspflicht; ein jeder von ihnen hat zu seinem Anteil wegen eines Mangels im Rechte oder wegen eines Mangels der Sache in gleicher Weise wie ein Verkäufer Gewähr zu leisten⁴⁷. Diese Gewährleistungspflicht tritt nicht nur ein, wenn die Zuteilung infolge eines behufs Wertteilung erfolgten Verkaufes an einen Teilhaber stattgefunden hat, sondern trifft auch im Falle der Naturalteilung die einzelnen Teilhaber hinsichtlich der den anderen Teilhabern überwiesenen Teile⁴⁸.

⁴⁶ B.G.B. § 755—756 und K.O. § 51; oben Bd. II 385 Anm. 39. Unverkennbar liegt auch in diesen Bestimmungen eine Annäherung der Gemeinschaft nach Bruchteilen an die Gemeinschaft zur gesamten Hand.

⁴⁷ B.G.B. § 757. Ebenso Preufs. L.R. I, 17 § 97—98; für Erbteilungen, auch Code civ. a. 884—885, Sächs. Gb. § 2352. Nach röm. R. hatte der adjudizierende Richter für Kautionsleistung de evictione zu sorgen.

⁴⁸ Auch in diesem Falle würde sie sich wohl schon aus § 445 u. § 493 B.G.B. ergeben, da das Aufgeben des ideellen Anteils am gemeinschaftlichen Gegenstande gegen Empfang eines realen Teils eine entgeltliche Veräußerung ist. Die ausdrückliche Bestimmung des § 757 aber stellt dieses Ergebnis auch gegenüber einer möglichen anderen Auffassung des Teilungsvorganges sicher.

4.

Systematisches Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft.

Herausgegeben von Dr. Karl Binding, früher Professor in Leipzig.

von Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts. I. Band. Allgemeine Lehren und Personenrecht	M. 14.—, geb. M. 17.—
II. Band. 1. Hälfte. Die rechtserheblichen Tatsachen, insbesondere das Rechtsgeschäft	» 16.—, » » 19.—
II. Band. 2. Hälfte. (In Vorbereitung.)	
Mommsen, Abriß des Römischen Staatsrechts. Zweite Auflage	» 9.—, » » 12.—
Mommsen, Römisches Strafrecht	» 24.—, » » 27.—
Mitteis, Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diocletians. I. Band. Grundbegriffe und Lehren von den Juristischen Personen	» 10.—, » » 13.—
Wenger, Geschichte des Römischen Zivilprozesses. (In Vorbereitung.)	
Regelsberger, Pandekten. I. Band	» 16.—, » » 19.—
Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte. I. Band. Zweite Aufl. II. Band. (Vergriffen.) Zweite Auflage in Vorbereitung.	» 14.—, » » 17.—
Heusler, Institutionen des Deutschen Privatrechts. I. und II. Band	» 20.80, » » 26.80
von Gierke, Deutsches Privatrecht. I. Band. Allgemeiner Teil und Personenrecht. II. Band. Sachenrecht	» 43.—, » » 49.50
III. Band. Schuldrecht.	
Wieland, Handelsrecht. (In Vorbereitung.)	
Grünhut, Wechselrecht. I. und II. Band. (Vergriffen.) Zweite Auflage in Vorbereitung.	
Wagner, Seerecht. I. Band. Einleitung. — Personen des Seerechts	» 10.—, » » 13.—
Pappenheim, Seerecht. II. Band. Sachen des Seerechts und Schuldverhältnisse des Seerechts. III. Band (In Vorbereitung.)	» 14.—, » » 17.—
Ehrenberg, Versicherungsrecht. I. Band. (Vergriffen.) Zweite Auflage in Vorbereitung. II. Band in Vorbereitung.	
Binding, Strafrecht. I. Band	» 20.—, » » 23.—
Glaser, Strafprozeß. I. und II. Band	» 29.60, » » 35.60
Oetker, Strafprozeß. III. Band. Das Verfahren vor den Schwur- und Schöffengerichten	» 16.—, » » 19.—
IV. (Schluß-)Band in Vorbereitung.	
Wach, Deutsches Zivilprozeßrecht. I. Band	» 15.60, » » 18.60
Gerland, Verfassung der Zivil- und Strafgerichte. (In Vorbereitung.)	
Seuffert, Deutsches Konkursprozeßrecht	» 11.—, » » 14.—
Haenel, Deutsches Staatsrecht. I. Band. Die Grundlagen des deutschen Staates und die Reichsgewalt	» 19.—, » » 22.—
Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht. I. Band. Zweite Aufl. II. Band. Zweite Auflage im Druck (erscheint 1917).	» 10.—, » » 13.—
Sohm, Kirchenrecht. I. Band. Die geschichtlichen Grundlagen. (Vergriffen.) II. Band in Vorbereitung.	
Triepel, Völkerrecht. (In Vorbereitung.)	
Krüger, Geschichte der Quellen und Literatur des Römischen Rechts. Zweite Auflage	» 12.—, » » 15.—

Systematisches Handbuch
der
Deutschen Rechtswissenschaft.

Unter Mitwirkung
der

Professoren Dr. H. Brunner, früher in Berlin, Dr. V. Ehrenberg in Leipzig, Dr. H. Gerland in Jena, Dr. O. von Gierke in Berlin, des General-Prokurators Dr. J. Glaser, früher in Wien, der Professoren Dr. C. S. Grünhut in Wien, Dr. A. Haenel in Kiel, Dr. A. Heusler in Basel, Dr. E. Heymann in Berlin, Dr. H. Kantorowicz in Freiburg, Dr. P. Krüger in Bonn, Dr. O. Mayer in Leipzig, Dr. L. Mitteis in Leipzig, Dr. Th. Mommsen, früher in Berlin, Dr. F. Oetker in Würzburg, Dr. M. Pappenheim in Kiel, Dr. F. Regelsberger, früher in Göttingen, Dr. Lothar Seuffert in München, Dr. R. Sohm in Leipzig, Dr. E. Strohal, früher in Leipzig, Dr. H. Triepel in Berlin, Dr. A. v. Tuhr in Straßburg, Dr. A. Wach in Leipzig, Dr. R. Wagner, früher in Leipzig, Dr. L. Wenger in München, Dr. C. Wieland in Basel,

herausgegeben von

Dr. Karl Binding,
früher Professor in Leipzig.

Zweite Abteilung, dritter Teil, dritter Band:

Otto von Gierke: Deutsches Privatrecht. Dritter Band.



Verlag von Duncker & Humblot.
München und Leipzig 1917.