This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

3 2044 075 174 847

Digitized by Google

Bd. Aug. 1942

HARVARD LAW SCHOOL
LIBRARY

Received Sept. 10. 1902

Digitized by Google

germany

Digitized by Google

Digitized by Google

88

Lehrbuch

des

Pandektenrechts

von

Dr. Bernhard Windscheid
weiland Professor an der Universität Leipzig.

Zweiter Band.

Achte Auflage,
unter vergleichender Darstellung des deutschen bürgerlichen Rechts bearbeitet

von

Dr. Theodor Kipp
Professor an der Universität Erlangen.

Frankfurt a. M.
Literarische Anstalt.
Rütten & Loening.
1900.

Digitized by Google

For IX
W766
ezl.

Alle Rechte, einschließlich des Rechts der Uebersetzung, vorbehalten.

Rec. Sept. 10, 1902

Digitized by Google

Inhaltsverzeichniß zum zweiten Band.

Viertes Buch.

Das Recht der Forderungen.

§		Seite
	Erstes Kapitel. Von den Forderungsrechten überhaupt.	
250—251.	I. Begriff des Forderungsrechts	1
	II. Gegenstand des Forderungsrechts.	
252.	A. Ueberhaupt	11
253.	Theilbarkeit und Untheilbarkeit der Leistung	14
254	Bestimmtheit und Unbestimmtheit der Leistung	17
255.	Alternative und generische Obligation	22
	B. Hervorzuhebende besondere Gegenstände der Forderungsrechte.	
256.	1. Geldleistung	39
257. 258.	2. Leistung des Interesse	48
259—261.	3. Leistung von Zinsen	63
	III. Inhalt des Forderungsrechts.	
262.	A. Ueberhaupt. Uebersicht des Folgenden	75
263.	B. Nachtheile des Schuldners, welcher den Gläubiger zum Processe nöthigt	77
264.	C. Unmöglichkeit der Leistung	80
265.	Verschuldung	88
	D. Zahlungsunfähigkeit und Concurs.	
266.	1. Zahlungsunfähigkeit	94
267. 268.	Rechtswohlthat des Nothbedarfs	95
269—272a.	2. Concurs	103
	E. Zeit der Leistung.	
273.	1. Rechte Zeit der Leistung	111
274.	Interusurium	113
275.	Unfreiwillige Stundung. Moratorium	115
	2. Verzug.	
276.	a. Begriff	116
277—279.	b. Voraussetzungen	117
280.	c. Wirkungen	131
281.	d. Aufhebung	139
282.	F. Ort der Leistung	142

Digitized by Google

§		Seite
	G. Steigerung der Macht des Gläubigers.	
283.	1. Ueberhaupt	147
284.	2. Erfüllungsversprechen	147
285. 286.	3. Conventionalstrafe	150
	H. Die natürlichen Verbindlichkeiten.	
287.	1. Begriff	160
288.	2. Rechtliche Bedeutung	163
289.	3. Einzelne Fälle	167
	IV. Subjecte des Forderungsrechts.	
290.	Uebersicht	176
291.	A. Unbestimmtheit des Subjects	177
	B. Mehrheit der Subjecte.	
292.	Einleitung	179
	1. Die Correalobligation.	
293—296.	a. Rechtsverhältniß	183
297.	b. Entstehung	196
298.	2. Die bloße Solidarität	199
299—300.	3. Mehrheit der Gläubiger oder Schuldner bei Untheilbarkeit der Leistung	208
301.	Anhang	216
	V. Entstehung des Forderungsrechts.	
302.	Einleitung	218
303.	A. Rechtsgeschäfte	219
304.	1. Einseitige Rechtsgeschäfte	219
	2. Vertrag.	
305.	a. Begriff	222
306. 307.	b. Abschluß	224
308.	Auslobung und Versteigerung	237
309.	c. Erklärung des Vertragswillens	246
310.	d. Vorvertrag. Punctation	250
	e. Erfordernisse der Gültigkeit des Vertrages.	
311.	α. Ueberhaupt	255
312.	β. Form des Vertrages	256
313.	γ. Vertrag durch den Willen eines Andern	260
314.	δ. Inhalt des Vertrages	264
315.	Vertrag auf eine unmögliche Leistung	267
316. 316a.	Vertrag auf Leistung an einen Dritten	272
317.	Vertrag zu Lasten eines Dritten	288
318.	Grund des Vertrages	289
	f. Arten der Verträge.	
319.	α. Reiner (abstracter) und individuell charakterisirter Vertrag	293
320.	β. Einseitige und zwei- oder gegenseitige Verträge	294
321.	Von den gegenseitigen Verträgen insbesondere	295

Digitized by Google

§ Seite
322. γ. Glücksverträge 314
323. δ. Nebenverträge 315
g. Bestärkung des Vertrages.
324. α. Eid. Conventionalstrafe 321
325. β. Handgeld 322
326. B. Vergehen (Delicte) 323
VI. Veränderung des Forderungsrechts.
327. A. In Betreff seines Gegenstandes 327
B. In Betreff seiner Subjecte.
328. 1. Durch Gesammtnachfolge 331
2. Durch Sondernachfolge.
a. Sondernachfolge in die Forderung (Cession).
329. Einleitung 332
330. α. Act der Uebertragung 337
331—334. β. Wirkung der Uebertragung 340
335. γ. Zulässigkeit der Uebertragung 357
336. δ. Rechtsverhältniß zwischen Gläubiger und Erwerber 363
337. ε. Uebertragung dinglicher Ansprüche 364
338—340. b. Sondernachfolge in die Schuld 367
VII. Aufhebung des Forderungsrechts.
341 A. Allgemeines 383
B. Die einzelnen Aufhebungsthatsachen.
1. Erfüllung.
342. 343. 343a. a. Wirkung und Erfordernisse 384
344. b. Beweis der Erfüllung 405
c. Verzug des Gläubigers.
345. α. Voraussetzungen 407
346 β. Wirkungen 415
347. d. Gerichtliche Hinterlegung 418
2. Compensation (Aufrechnung).
348. a. Begriff 425
349. b. Rechtlicher Vorgang bei der Compensation . . . 427
350. c. Voraussetzungen 448
351. d. Zusätzliches 459
352. 3. Zusammenkommen von Forderung und Schuld in derselben Person (Confusion) 463
4. Novation.
353. a. Begriff und Wirkung 466
354. b. Voraussetzungen 473
355. c. Die begründende Seite der Novation 480
356. S. g. novatio neccessaria 485
357. 5. Erlaß 486
358. Unfreiwilliger. Erlaß. Qualificirter Erlaß . . . 490

Digitized by Google

§ Seite
359. 6. Tod des Gläubigers oder Schuldners 492
360. 7. Unmöglichkeit der Leistung 496
361. 8. Andere Aufhebungsthatsachen 497

Zweites Kapitel. Die einzelnen Forderungsrechte.

362. Uebersicht 500

I. Forderungsrechte aus Verträgen.

363. Uebersicht 502
364. A. Der reine Vertrag 503
B. Schenkung.
365. 1. Begriff 505
366. 2. Verbindlichkeiten 513
367. 3. Besondere Vorschriften für die Schenkung 516
368. 369. 4. Besondere Arten der Schenkung 523
C. Verträge auf Rückgabe.
1. Das Darlehn.
370. a. Begriff und Voraussetzungen 530
371. b. Verpflichtungen 535
372. c. Beweis 538
373. d. Verbot des Darlehns an Hauskinder 543
2. Die Leihe.
a. Das Leihen im engeren Sinn.
374. α. Begriff 550
375. β. Verpflichtungen 552
376. b. Das Precarium 557
3. Die Hinterlegung.
a. Regelmäßiger Fall.
377. α. Begriff 560
378. β. Verpflichtungen 561
b. Besondere Fälle.
379. α. S. g. depositum irregulare 565
380. β. Sequestration 568
4. Die Verpfändung
381. a. Begriff 570
382. b. Verpflichtungen 571
383. 5. Der Trödelvertrag 574
384. 6. Uebernahme von Sachen durch Schiffer, Gast- und Stallwirthe 577
384a. 7. Andere Verträge auf Rückgabe 583
D. Verträge auf Umsatz.
1. Der Kauf.
385. a. Begriff 584
386—388. b. Abschluß 588
c. Verpflichtungen.
389. α. Ueberhaupt 607

Digitized by Google

§		Seite
	β. Insbesondere:	
390.	aa. Der Käufer trägt die Gefahr	616
391. 392.	bb. Haftung des Verkäufers wegen Entwehrung	626
	cc. Haftung des Verkäufers wegen der Beschaffenheit der Kaufsache	
393. 394.	αα. Sie hat Mängel	639
395..	ββ. Sie entbehrt Vorzüge	652
396.	d. Recht des Rücktritts	665
397.	e. Besondere Kaufgegenstände	667
398.	2. Der Tausch	669
	3. Die Miethe.	
399.	a. Begriff und Abschluß	670
	b. Verpflichtungen.	
400.	α. Die Sachmiethe	676
401.	β. Dienstmiethe	692
402.	c. Beendigung	708
403.	d. Besondere Anwendung des Miethvertrages . .	715
404.	4. Andere gegenseitige Verträge über Gebrauch von Sachen und Diensten	718
	E. Die Gesellschaft.	
405.	1. Begriff und Abschluß	724
	2. Rechtsverhältnisse.	
406.	a. Nach Innen	727
407.	b. Nach Außen	734
408.	3. Beendigung	739
	F. Der Auftrag.	
409.	1. Begriff und Abschluß	744
410.	2. Verpflichtungen	746
411.	3. Beendigung	751
412.	4. Besondere Anwendungen	753
	G. Verträge zum Zwecke rechtlicher Feststellung.	
412a. 412b.	1. Die Anerkennung	765
	2. Der Vergleich.	
413.	a. Begriff und Rechtsverhältniß	778
414.	b. Ungültigkeitsgründe	782
	3. Der Schiedsvertrag.	
415.	a. Begriff und Wirkungen	788
416.	b. Voraussetzungen der Verbindlichkeit der schiedsrichterlichen Verfügungen. Ungültigkeit des Schiedsvertrages	791
417.	c. Vertrag mit dem Schiedsrichter	796
418.	4. Der Schiedseidvertrag	797
419. 420.	H. Spiel und Wette	798

Digitized by Google

§ Seite

II. Forderungsrechte aus vertragsähnlichen Gründen.

A. Ungerechtfertigte Bereicherung.

1. Begriff.

421. a. Bereicherung 808

422. 423. b. Ungerechtfertigte Bereicherung 813

424. 425. 2. Verpflichtung 827

3. Besondere Fälle.

426. a. Bereicherung aus einer Leistung, welche zum Zweck der Erfüllung einer irrthümlicherweise vorausgesetzten Verbindlichkeit gemacht worden ist . . . 834

427–429. b. Bereicherung aus einer Leistung, welche unter einer auf die Zukunft gestellten Voraussetzung gemacht worden ist 843

430. 431. B. Freiwillige Besorgung fremder Angelegenheiten 851

432—447. C. Vormundschaft und Güterpflege. [In den dritten Band gestellt.]

448. D. Amt 871

E. Gemeinschaft und Grenzverwirrung.

449. 1. Gemeinschaft 872

450. 2. Grenzverwirrung 884

III. Forderungen aus Vergehen und verwandte Fälle.

451. A. Arglist 896

B. Entwendung.

452. 1. Begriff 899

453. 2. Verpflichtungen 902

454. 3. Besondere Fälle 905

C. Beschädigung.

455. 1. Das Aquilische Gesetz und seine Erweiterungen . . 909

456. 2. Andere Bestimmungen 917

457. 3. Beschädigung durch andere Personen und durch Thiere 920

4. Beschädigung durch Sachen.

a. Durch Grundstücke (cautio damni infecti).

458. α. Das Allgemeine 926

459. β. Das Nähere 928

460. γ. Zusätzliches 934

461. b. Durch bewegliche Sachen 936

462. D. Zwang und Betrug 937

462a. E. Verkürzung der Gläubiger 938

463. 1. Das frühere gemeine Recht 939

463a. 2. Das heutige Reichsrecht 950

F. Widerrechtliche Störung factischer Zustände.

464. 1. Störung des Besitzes 958

465. 2. Handeln gegen fremden Willen (interdictum quod vi aut clam) 966

466. 3. Handeln gegen Einspruch (operis novi nuntiatio) . . 969

Digitized by Google

§ Seite

467. G. Verletzung der Vorschriften über den Gebrauch öffentlicher Sachen 976
468. H. Störung des Begräbnißrechts 979
469. I. Störung der Rechtshülfe 980
470. K. Verletzung der Amtspflicht 981
471. L. Ungerechter Proceß 986
472. M. Injurie (Beleidigung) 987

IV. Andere gesetzliche Forderungsrechte.

473. A. Forderungsrechte aus den gesetzlichen Eigenthumsbeschränkungen 990
474. B. Verpflichtung zum Vorweisen 994
475. C. Alimentationsverbindlichkeit 999

V. Haftung für Verbindlichkeiten Anderer.

A. Bürgschaft.

476. 1. Begriff und Abschluß 1010
2. Verpflichtung des Bürgen.
477. a. Im Allgemeinen 1013
478. b. Rechtswohlthat der Vorausklage 1022
479. c. Mehrheit der Bürgen. Afterbürge 1028
480. d. Beendigung der Verpflichtung des Bürgen . . . 1032
481. 3. Rückgriff des Bürgen 1033

B. Die s. g. actiones adiecticiae qualitatis.

482. 1. Actio quod iussu, actio institoria, actio exercitoria 1036
483. 2. Actio de in rem verso 1044
484. 3. Actio de peculio 1049

C. Uebernahme fremder Verbindlichkeiten durch Personen weiblichen Geschlechts.

485—487. 1. Das Recht des Vellejanischen Senatsbeschlusses . . . 1054
488. 2. Spätere Aenderungen 1065

Digitized by Google

Digitized by Google

Viertes Buch.

Das Recht der Forderungen.*

Erstes Kapitel.

Von den Forderungen überhaupt.

I. Begriff des Forderungsrechts.**

§ 250.

Die Forderungsrechte bilden eine Unterart der persönlichen Rechte. Persönliche Rechte sind diejenigen Rechte, kraft deren der Wille des Berechtigten maßgebend ist für das Verhalten eines dem Berechtigten

---

* Besondere Bearbeitungen des R. der Forderungen sind: Bucher das R. der Forderungen. 1815. 2. Aufl. 1830. — Unterholzner quellenmäßige Zusammenstellung der Lehre des r. R. von den Schuldverhältnissen mit Berücksichtigung der heutigen Anwendung. 2 Bde. 1840. — Savigny das Obligationenr. 2 Bde. 1851. 1853. (Unvollendet.) — Molitor les obligations en droit romain avec l'indication des rapports entre la législation romaine et le droit français. 3 tomes. 1851—1853. — Koch das R. der Forderungen nach gemeinem und nach preußischem R. mit Rücksicht auf neuere Gesetzgebungen. 3 Bde. 1836—1843. 2. Aufl. 1859. 1860. — Ryk die Lehre von den Schuldverhältnissen nach gem. deutschen R. 3 Lieferungen. 1883. [1887. 1889]. — Hasenöhrl das österreichische Obligationenr. 1. Bd. 1878. 1881. 2. Bd. 1. Abth. 1886. Vgl. Krasnopolski ZS. f. HR. XXVII S. 313 fg. XXXIV S. 583 fg. — Die Werke von Unterholzner und Molitor sind nach dem Tode ihrer Verfasser herausgegeben worden.

** Savigny Oblig. I § 2—4 (1851). Brinz kr. Blätt. III S. 3—11. Pand. 1. Aufl. S. 361 fg. 534 fg. Grünh. ZS. I S. 11 fg. Pand. 2. Aufl. II S. 1 fg. (1852. 1860. 1874. 1879). Kuntze die Obligation und die Singularsuccession § 1—6. Lehre von den Inhaberpapieren § 54—58 (1856. 1857). Unger österreich. Privatr. I S. 539—553 (1856). Hartmann die Obligation S. 20 fg. 119 fg. (1875). (Vgl. zu dieser Schrift Scheurl kr. VJS. XVIII S. 481 fg., Pernice ZS. f. HR. XXI S. 318 fg., Rümelin Gött. Gel. Anzeigen 1876 S. 929 fg., Steinlechner in Grünh. ZS. III S. 715 fg.) Sohm in Grünh. ZS. IV S. 457—473 (1877). Thon Norm und subjectives R. S. 191 fg. (1878). Ryk die Obligation (1878). v. Schey Grünh. ZS. IX

Digitized by Google

gegenüberstehenden Einzelnen (oder einer Mehrheit von Einzelnen), im Gegensatz der dinglichen Rechte, kraft deren der Wille des Berechtigten maßgebend ist für das Verhalten der Menschen in Betreff einer Sache (I § 39). Aus dem Kreise der persönlichen Rechte muß man, um zum Begriff des Forderungsrechts zu gelangen, die Familienrechte aussondern, d. h. diejenigen Rechte, welche, wie sie auf einem Familienverhältniß beruhen, so die dem Familienverhältniß innewohnende sittliche Idee zum Ausdruck zu bringen bestimmt sind (I § 39 Ziff. 2). Die übrig bleibenden persönlichen Rechte sind die Forderungsrechte.

Die Forderungsrechte enthalten, wie alle Rechte, einen dem Berechtigten zu eigen gegebenen Befehl der Rechtsordnung[1], und der Inhalt dieses Befehls ist, wie der aller Befehle der Rechtsordnung, daß derjenige, an welchen der Befehl ergeht, seinen Willen in gewisser Weise zu einem äußeren Verhalten bestimme, daß er in gewisser Weise handele (I § 37)[2]. Die Handlung, welche von dem Forderungsrecht

---

✓ S 359 fg. (1882). Bierling zur Kritik der juristischen Grundbegriffe II
✓ S. 198 fg. (1883). Ryk Schuldverhältnisse S. 3 fg. (1883). Rümelin ACPra.
✓ LXVIII S. 151 fg. (1885). Brinz ACPra. LXX S. 371 fg. (1886). Kuntze die Obligationen im r. und heut. R. 2c. S. 90—125 (1886). Darüber Puntschart
✓ kr. VJS. XXIX S. 481 fg. [Vanni svolgimento storico del concetto di obbligazione nel diritto Romano. Urbino 1893.]

§ 250. [1] Die Forderungsre gebieten wie alle Re. Wenn man sagt: es könne kraft des Forderungsr. gefordert, der Wille dahin geltend gemacht werden, daß eine fremde Person ihren Willen in einer gewissen Weise bestimme, so gibt man dem Irrthum Raum oder veranlaßt ihn, als bestehe die Substanz des Forderungsr. im Fordern, als thue der durch das Forderungsr. Gebundene nur dann Unrecht, wenn er einer an ihn gerichteten Anforderung nicht gehorche, was im Begriff des Forderungsr. so wenig wie des R. überhaupt liegt. Insofern ist auch der Ausdruck Forderungsr. nicht einwandsfrei; doch entspricht er dem Sprachgebrauch des Lebens. — Die Legaldefinition in pr. I. 3, 13: „Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura".

[2] Die Forderungsre sind Re auf eine Handlung; aber sie sind nicht Re an einer Handlung oder über eine Handlung (Puchta Pand. § 219. Inst. I § 30, Savigny Obl. I S. 4. System I S. 339, Kuntze die Obligation 2c. S. 3—6). Indem man die Forderungsre Re an einer Handlung oder über eine Handlung nennt, stellt man die Handlung, welche kraft derselben gefordert werden kann, der Sache gleich, dem Existirenden das Nichtexistirende, dem Bleibenden das Vorübergehende. Das kann nicht aufklären, sondern muß verwirren und irreführen. Von dieser Auffassung aus ist Kuntze zu der Vorstellung gelangt, daß die Handlung als Object des Forderungsr. untergehen könne, und entwickelt aus derselben ein, wie er glaubt, entscheidendes Argument gegen die Möglichkeit der Sondernachfolge in Forderungsre (vgl. § 329 [10]). Dagegen Windscheid die Actio S. 154 fg. (kr. Uebersch. VI S. 221 *). S. jetzt auch Kuntze selbst, die Obligationen im r. u. heut. R. S. 106 („läßt sich allenfalls sagen"). Gegen die hier bekämpfte

Digitized by Google

geboten wird, hat regelmäßig einen Geldwerth für den Berechtigten. Daß sie einen Geldwerth haben müsse, mit anderen Worten, daß eine Thatsache, welche an und für sich ein Forderungsrecht zu erzeugen im Stande ist, ein Forderungsrecht auf eine in Geld nicht zu veranschlagende Handlung zu erzeugen nicht im Stande sei, ist eine zwar oft aufgestellte, aber nicht zu rechtfertigende Behauptung[3].

Auffassung des Forderungsr. haben sich ferner ausgesprochen: Brinz kr. Bl. III S. 4, Bekker Heid. kr. ZS. III S. 450, Fitting Correalobligs. S. 29, Ziebarth die Realexecution und die Obligation (Halle 1866) S. 23 fg., Bruns in v. Holtz. Encycl. § 14, 2, b. — Schott der obligatorische Vertrag unter Abwesenden (1873) S. 45 fg. verwirft nicht bloß das R. „an" einer Handlung und „über" eine Handlung, sondern auch das R. „auf" eine Handlung; die Obligation sei nicht R. auf eine Handlung, sondern ein R. am Vermögen (vgl. § 252 [1]). Die Gründe scheinen mir nicht schwer zu widerlegen. — Auch Hartmann a. a. O. will das Moment der Handlung aus dem Begriff der Obligation entfernen; die Obligation sei darauf gerichtet, daß der Gläubiger bekomme, nicht wesentlich darauf, daß er durch die Handlung des Schuldners bekomme. Doch erkennt auch Hartmann an, daß die Obligation „in erster Linie" auf eine Thätigkeit des Schuldners gehe, und ich möchte glauben, daß in allen Fällen, wo die Obligation durch ein Bekommen des Gläubigers getilgt wird, welches nicht (direct oder indirect) vom Schuldner ausgeht, dieß eine Consequenz nicht aus dem Begriff, sondern aus dem Zweck der Obligation sei. Vgl. das Nähere § 343a [5]. Gegen Hartmann auch Scheurl a. a. O. S. 484 fg., Pernice a. a. O. S. 330 fg., Sohm in Grünh. ZS. IV S. 472 [31], Dernburg Preuß. Privatr. II § 1 [2], v. Schey Grünh. ZS. IX S. 376 [96], Dernburg Pand. II § 2 [1], Mitteis die Individualisirung der Obligation S. 8 fg. (dazu Pernice ZS. f. HR. XXXIII S. 435). — Nach Sohm a. a. O. ist die Obligation zwar ein R. auf eine Handlung, aber ein R. auf eine freie Handlung; daher werde durch die Execution nicht der der Obligation entsprechende Zustand hergestellt, sondern der ihr widersprechende; die Execution erfolge nicht kraft eines R. des Gläubigers, sondern kraft eines Satzes des öffentlichen R. Gegen Sohm s. Thon Rnorm und subjectives R. S. 235 fg. — Brinz Pand. 2. Aufl. a. a. O.: die Obligation ist kein Sollen, sondern ein Müssen; sie begründet nicht Willensunterwerfung (S. 31), sondern „Haftung", d. h. der Schuldner ist mit seinem Vermögen „Satisfactionsobject"; wenn er nicht leistet, wird ihm sein Vermögen genommen; sie hat nicht Compulsiv- sondern Ablativkraft. Brinz steht unter dem Banne der Idee, daß obligatio personae und obligatio rei begrifflich in Einen Begriff zusammengehen (vgl. I § 224 [6]). Gegen Brinz Rümelin a. a. O. Gegen Rümelin Brinz ACPra. a. a. O. (**). Gegen die Haftung auch Kohler Grünh. ZS. XIV S. 3 fg. — In anderer Weise verwerthet den Begriff der „Haftung" Puntschart die fundamentalen Grundlagen des r. Privatr. (1885) S. 70 fg. vgl. kr. VJS. XXIX S. 493 fg. Sie ist ihm die „objectivrliche" Grundlage, aus welcher sich das subjective R. des Gläubigers erst als Folge ergibt. — Ob wohl die angespannte Gedankenarbeit, die auf diese Untersuchungen verwendet worden ist, eine entsprechende Frucht gebracht hat?

[3] Diese Behauptung wird namentlich auf l. 9 § 2 D. 40, 7 gestützt: — „ea enim in obligatione consistere, quae pecunia lui praestarique possunt". Allein die Entscheidung, zu deren Begründung hier dieser Satz aufgestellt wird,

Digitized by Google

§ 251.

Was die Bezeichnungsweise angeht, so wird statt „Forderungsrecht" auch „Forderung" schlechthin gesagt[1]. Die dem Forderungs-

ist, daß eine Obligation auf Verschaffung des Eigenthums an einem freien Menschen nicht bestehen könne, und Verschaffung des Eigenthums an einem freien Menschen ist nicht sowohl eine Handlung ohne Vermögenswerth, als eine unmögliche Handlung. Ueberdieß weiß Jeder, wie mißlich es ist, solche gelegentlich gemachte allgemeine Aussprüche der Quellen beim Worte zu nehmen. Nun gibt es zwar ferner eine Reihe von Quellenstellen, in welchen der wirkliche Grund der ein Forderungsr. zurückweisenden Entscheidung der ist, daß der Gläubiger an der geschuldeten Handlung kein Vermögensinteresse habe, so namentlich l. 7 D. 19, 5, l. 38 § 17. l. 95 D. 45, 1; allein diese Stellen erklären sich vollkommen aus der Nothwendigkeit der Geldcondemnation, in deren Voraussetzung sie geschrieben sind (anders Jhering in dem unten citirten Aufsatz S. 80 fg.). Und trotz dieser Nothwendigkeit werden in anderen Stellen Forderungsre auch ohne Vermögensinteresse des Gläubigers anerkannt, so in l. 11 § 1. l. 16 § 1 D. 43, 24, l. 3 § 13 D. 43, 29, l. 6 pr. D. 18, 7, und namentlich in l. 54 pr. D. 17, 1; es ist anzunehmen, daß der Judex hier auf eine durch sein Ermessen zu bestimmende Geldsumme (vgl. l. 14 § 1 D. 11, 3) verurtheilt habe (Windscheid Heidelb. kr. ZS. II S. 538—540, Mommsen Lehre vom Interesse S. 124—133, Jhering a. a. O. S. 60: Geld zum Zweck der Satisfaction). Ubbelohde Forts. von Glück, Serie der Bücher 43 u. 44, I S. 46—49. — Wollte der Jurisdictionsmagistrat die Sache selbst in die Hand nehmen, so konnte er auch mit Verhängung von Geldstrafen vorgehen, wie das namentlich für den Fall der Verpflichtung zu einer schiedsrichterlichen Entscheidung bezeugt ist, l. 3 § 1. l. 32 § 12 D. 4, 8, s. ferner l. 92 D. 35, 1 und dazu III § 634 [1]. Zur Vergleichung können auch diejenigen Stellen hierher gezogen werden, in welchen ein Zwang zu einer Leistung, die keinen Geldwerth hat, anerkannt ist, ohne daß auf dieselbe ein Forderungsr. erwachsen ist, l. 7 D. 33, 1, l. 44 D. 40, 4, l. 14 § 2 D. 11, 7, vgl. l. 11 § 25 D. 32, — so wie diejenigen Stellen, in welchen in anderen Beziehungen einem Interesse, welches kein Geldinteresse ist, Berücksichtigung geschenkt wird, l. 35 D. 4, 4, l. 36 D. 38, 2, l. 71 D. 21, 2 (anders l. 131 § 1 D. 45, 1). Im heutigen R. darf weder die Condemnations- noch die Executionsfrage Schwierigkeit machen; die Condemnationsfrage nicht, weil wir das Princip der Geldcondemnation nicht mehr haben, die Executionsfrage nicht, weil der Richter nach CPO. 774. 775 [888. 890] die Befolgung seines Urtheils durch Strafen erzwingen kann (ein R., welches ihm auch schon früher nach J. R. A. § 162 und der Praxis nicht bestritten werden durfte, s. die Lehrbücher des Civilprocesses von Martin § 262, Linde § 374, Bayer § 336, Osterloh § 235, Wetzell § 50 a. E., ferner Wächter Erörter. II S. 27, und vgl. auch ACPra. LV S. 387 fg.; Sf. XXV. 293. 299). Für das heutige R. darf daher das Princip aufgestellt werden, daß einem im Uebrigen rbeständigen Forderungsr. nicht deßwegen die Anerkennung versagt werden darf, weil die Leistung, auf welche es geht, für den Gläubiger keinen Geldwerth hat. Daraus folgt freilich nicht, daß der Richter in allen Fällen seinen Arm zu leihen habe, wo etwas gefordert wird, was für den Fordernden keinen Geldwerth hat. Der Richter wird seine Befugnisse nicht überschreiten, wenn er seine Hülfe überall versagt, wo der Forderung eine bloße Laune zu Grunde liegt, und seine Hülfe nur da gewährt, wo die Forderung der Ausdruck eines nach seinem Ermessen berechtigten Interesse ist. Aber wenn ich z. B. mir von meinem Nachbar versprechen

Digitized by Google

rechte entsprechende Verpflichtung heißt „Schuld"; jedoch zeigt der Sprachgebrauch eine entschiedene Neigung, diesen Ausdruck auf Geld-

---

lasse, daß derselbe ein mich in meinen Arbeiten störendes Clavierspielen unterlasse, wird man dann meinem Nachbar die Freiheit gestatten wollen, ungestraft den Vertrag zu brechen? Zu eng ist es daher, wenn Puchta § 220 (vgl. auch Buchka Stellvertretung S. 190. 191) von dem Geldinteresse nur da absehen will, „wo die Forderung für den Gläubiger zugleich eine sittliche Pflicht ist". Vgl. auch Ihering a. a. O. S. 91 (dazu aber auch unten § 314 [8]). Ohne alle Beschränkung hat sich (mit besonderer Rücksicht auf den Vertrag zu Gunsten eines Dritten) für die Zulässigkeit von Forderungsren auf Leistungen, welche keinen Geldwerth für den Gläubiger haben, erklärt (nur bei der römischen Stipulation sei es anders gewesen) Heyer Abhandlungen Nr. 1 (1841) und ZS. f. CR. u. Pr. N. F. III S. 1 fg. (1847); jedoch ist seine Beweisführung nicht genügend. Vgl. darüber Sintenis II § 102 [4], Girtanner Bürgschaft S. 63 fg., Buchka Stellvertretung S. 4 fg., Vangerow III § 608 Anm. Nr. I. 1, aber auch die Bemerkung Rudorff's zu Puchta § 220 [1]. Anerkannt ist das hier Gesagte von Rudorff a. a. O. und zu Note [1] das.; übereinstimmend auch, in beachtenswerther Ausführung, Ziebarth ([2]) S. 29 fg. 171—172, ferner Unger der revidirte Entwurf eines BGB. für das Königreich Sachsen (Wien 1861) S. 52 fg. Jahrb. f. Dogm. X S. 58 [72], Bruns in v. Holtz. Encycl. I § 48, Exner Pfandrbegriff S. 52 [112], Zimmermann stellvertretende Negotiorum Gestio S. 51 fg., Thon Rnorm und subjectives R. S. 189. 208, und vor Allem in ausführlicher und gründlicher Entwickelung Ihering in einem 1878 erstatteten Rgutachten, abgedruckt in Jahrb. für Dogm. XVIII S. 41 fg.; jetzt auch Goldschmidt Handelsr. 2. Aufl. II S. 82 [26] (anders in der 1. Aufl. § 64 [31]) ebenso Hasenöhrl I S. 21 fg. Ferner ist der Ausführung der hier vertheidigten Ansicht gewidmet die Inauguraldissertation von L. Kleine, Berlin 1884, und vgl. auch G. Lehmann die Schutzlosigkeit der immateriellen Lebensgüter beim Schadenersatz, Dresden 1884. S. ferner die Erkenntnisse bei Sf. II. 272, XXV. 289, XXXII. 214, und bei Buchka und Budde Entscheidungen des OAG. zu Rostock II. 30; vgl. auch Sf. XXXII. 210, XXXVIII. 14. Widersprechend Neuner Wesen und Arten der Privatrverhältnisse (1866) S. 64 fg., Hartmann über den rlichen Begriff des Geldes S. 49 [1], die Obligation S. 54. 55, Brinz 2. Aufl. II S. 94, Meili ZS. f. HR. XXIV S. 362 fg., Eck zu Bruns in v. Holtz. Encycl. I § 49 [4], Dernburg Preuß. Privatr. II § 21, Ryk Schuldverhältnisse S. 6 fg. (unklar: es soll eine geldwerthe Leistung, aber kein Vermögensinteresse erforderlich sein). Neuner's Gründe sind im Wesentlichen, daß die richterliche Strafverhängung dem Gläubiger nicht (mit Sicherheit) verschaffe, worauf sein Interesse gehe, und daß sie gar nichts helfe bei unmöglich gewordener Leistung. Also weil dem Gläubiger nicht vollständig geholfen werden kann, soll ihm gar nicht geholfen werden? Hartmann verweist auf die Möglichkeit, sich durch Conventionalstrafe zu sichern; aber die Frage ist eben, ob diese Möglichkeit zur rlichen Nöthigung zu erheben ist. Für das Erforderniß des Geldwerths ferner Dernburg Pand. II § 17, Wendt Pand. § 186, [Hellwig ACPra. LXXXVI S. 228 fg.]; gegen dasselbe für das heutige R. Kuntze die Obligationen im röm. u. heut. R. S. 128 fg. [[Pernice Labeo III S. 172 fg.]] [Für das r. R. stellt P. genaue Unterscheidungen zwischen den einzelnen Contracten und Prozeßarten auf. Ebenfalls gegen das Erforderniß des Geldwerths Regelsberger I § 50 [16], Laband ACPra. LXXIII S. 178, Hartmann das. S. 371 fg., Kohler ABR. XII

Digitized by Google

schulden zu beschränken[2]. Neben diesen Ausdrücken haben wir aus der römischen Rechtssprache den Ausdruck „Obligation" aufgenommen, bezeichnen aber mit demselben nach dem Vorgange des römischen Rechts nicht bloß die dem Forderungsrechte entsprechende Verpflichtung, sondern auch das Forderungsrecht selbst, sowie das Gesammtrechtsverhältniß, von welchem Forderungsrecht und Verpflichtung die beiden Seiten sind[3]. Der Forderungsberechtigte heißt: „Gläubiger", der ihm gegenüberstehende Verpflichtete „Schuldner"[4].

S. 1 fg. bes. S. 13 fg. Positiv formulirt Kohler: Alle Verabredungen über Dinge, welche nach unserer Lebensanschauung freie Aeußerungen der Liebe oder des Anstandes sein sollen, sind dem Rverkehr und damit der Rpflicht entzogen, noch mehr gilt dieß von Allem, was sich auf die Religion bezieht (S. 21), oder: Versprechungen erzeugen keine Obligation, wenn sie einer Sphäre des Lebens angehören, die nicht geschäftsmäßig ist und es nicht sein soll (S. 18). Genaueres S. 23 fg. R. R.: S. 41—85. Stammler R. der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren (R. des BGB. in Einzeldarstellungen V) 1897 S. 1 fg. Die Obligation muß nur einem objectiv berechtigten Bedürfnisse dienen.]

§ 251. [1] Es wird die Thatsache genannt statt des R. auf die Thatsache, wie wir „Anspruch" sagen statt „R. zum Ansprechen", „Nießbrauch" statt „R. zum Nießbrauchen", und wie die Römer „actio" sagen statt „ius agendi", „ususfructus" statt „ius utendi fruendi". Vgl. I § 43 [2]. § 44 [1]. § 203 [1]. — Delbrück die Uebernahme fremder Schulden S. 3—15 nimmt für „Forderung" im Gegensatz zum Forderungsr. einen besonderen, auf deutscher Rsanschauung beruhenden, Begriff in Anspruch. „Forderung" soll das Forderungsr. in seiner abstracten Eigenschaft als Vermögenswerth bezeichnen, und so die „Forderung" gar nicht in das Obligationenr. gehören. S. dawider Windscheid kr. Ueberschau I S. 36—38, Kuntze die Obligation § 25—27, Bruns in v. Holtz. Encycl. § 45; aber vgl. auch Gürgens Jahrb. f. Dogm. VIII S. 250 fg. Vgl. ferner § 252 [1 a. E.].

[2] Genauer: auf Verpflichtungen, deren Gegenstand die Verschaffung des Eigenthums an einer Summe Geldes ist. In diesem Sinne ist „Schuld", was die Römer aes alienum nennen (s. namentlich l. 213 § 1 D. 50, 16). Vgl. übrigens auch die Ausführung von Brinz Pand. § 92 (2. Aufl. § 217) und in Grünh. ZS. I S. 33 fg. (dazu Rümelin ACPra. LXVIII S. 182 fg.) und von Salkowski zur Lehre von der Novation S. 9 fg. — Delbrück ([1]), entsprechend seiner Auffassung der „Forderung", sieht auch in dem Ausdruck „Schuld" die Bezeichnung für einen selbständigen Begriff, die Verpflichtung in ihrer abstracten Eigenschaft als Vermögensminderung, als negativer Vermögenswerth.

[3] Der römische Ausdruck obligatio bezeichnet, wie der deutsche Ausdruck, Verpflichtung: 1) die Thatsache des Verpflichtens (z. B. l. 1 § 3 D. 2, 14, l. 20 D. 5, 1, l. 19 D. 50, 16); 2) den durch diese Thatsache hervorgerufenen Zustand des Verpflichtetseins. In diesem Sinne definirt pr. I. 3, 13 die obligatio als „iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura". Der Ausdruck wird aber auch 3) zur Bezeichnung des der Verpflichtung gegenüberstehenden Forderungsr. gebraucht, in gleicher Weise wie der Ausdruck servitus die ganz gewöhnliche Bezeichnung für das Dienstbarkeitsrecht ist. Es ist das eine Ungenauigkeit des Sprachgebrauches, welche in der

Digitized by Google

[I. Das BGB. gibt keine Definition des Schuldverhältnisses. Es leitet sein zweites Buch, vom „Recht der Schuldverhältnisse" mit der Bestimmung ein: Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern. (241 S. 1) Es fragt sich (vgl. Planck II S. 3 fg.), ob man aus diesem Satz im Sinne des BGB. den andern entnehmen kann: In jedem Falle, in welchem jemand von einem Andern eine Leistung zu fordern berechtigt ist, liegt ein Schuldverhältniß vor?

1. Nach der Systematik des BGB. muß man annehmen, daß dasselbe unter Schuldverhältnissen nur verstanden wissen wollte: solche selbständige Rechtsverhältnisse, deren primärer Inhalt in dem Recht einer Partei auf eine Leistung der andern (oder in den Rechten der Parteien auf gegenseitige Leistungen) besteht. Es ist damit selbstverständlich nicht gesagt, daß die Schuldverhältnisse, welche das BGB. anerkennt, nur im siebenten Abschnitt des zweiten Buches zu suchen sind, welcher

---

römischen Rsprache durchaus festgewurzelt und so häufig ist, daß es überflüssig erscheint, besondere Belegstellen dafür anzuführen. Nur auf l. 30 D. 44, 7 sei hier hingewiesen, wo sogar von einer „obligatio creditorum" die Rede ist, und darauf, daß eine Hinneigung zu diesem Sprachgebrauch sich auch in der zweiten, in den Quellen enthaltenen Begriffsbestimmung der obligatio geltend macht. L. 3 pr. D. 44, 7. „Obligationum substantia . . in eo consistit, ut . . alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum." Vgl. Bekker ZS. f. RGesch. IX S. 396. Um so mehr konnte der Ausdruck obligatio 4) da gebraucht werden, wo es nicht auf einseitige Hervorhebung des Forderungsr. oder der Verpflichtung, sondern auf die Bezeichnung des Gesammtrverhältnisses ankam. Von dem Sinne des Wortes „obligatio" handeln die Aufsätze von Hugo in dessen civil. Magazin I S. 68 fg. (1791), III S. 389 fg. (1812) und von Riedel das. V S. 99 fg. (1814). Vgl. auch Kuntze die Obligation ꝛc. § 5, Windscheid die Actio ꝛc. S. 169 [3], Kuntze Inhaberpapiere S. 243 [7]. Neuestens Bekker ZS. f. RGesch. IX S. 385 fg. und Actionen des röm. Privatr. I S. 5 fg. Letzterer Schriftsteller sieht in der römischen obligatio, wie in der römischen actio (vgl. I § 44 [5] a. E. [dazu aber auch Bekker kr. VJS. XX S. 340 fg.]) etwas rein Formales (obligatio = actione teneri), das Wesen der obligatio besteht ihm nicht darin, daß sie ein Leistensollen auferlegt, sondern darin, daß sie zur Uebernahme eines iudicium nöthigt. — Für unser „Forderungsr." hatten die Römer keinen entsprechenden Ausdruck, sondern mußten sich mit dem allgemeinen „actio" behelfen, obgleich ein engerer Sprachgebrauch unter actio bloß die obligatorische actio verstand (l. 178 § 2 D. 50, 16, l. 28 D. 44, 7), so daß häufig die Ausdrücke actio und obligatio als gleichbedeutend gebraucht werden, vgl. u. a. l. 8 § 11 D. 16, 1, l. 10 D. 19, 1, l. 7 § 1 D. 4, 5.

[4] Creditor — debitor l. 10. l. 11. l. 12. pr. D. 50, 16. Ursprünglich war der Sprachgebrauch ein engerer, l. 5 § 3 D. 44, 7. Bekker ZS. f. RGesch. IX S. 388 fg, vgl. Jhering der Zweck im Re I S. 166 fg. (2. [u. 3.] Aufl. S. 157 fg.). Ein allgemeiner Ausdruck für das Obligationssubject überhaupt ist „reus", obgleich dieser Ausdruck sich später fast ganz auf den Schuldner zurückgezogen hat; aber vgl. Festus s. v. reus, Cic. de oratore II. 43, und noch z. B. l. 1 D. 45, 2. „Qui stipulatur, reus stipulandi dicitur, qui promittit, reus promittendi habetur". — Den Ausdrücken „creditor" und „debitor" entsprechen die Ausdrücke „creditum" und „debitum", z. B. l. 3 D. 10, 2, l. 1 D. 16, 2.

Digitized by Google

auch wohlweislich „einzelne Schuldverhältnisse“ und nicht „die einzelnen Schuldverhältnisse“ überschrieben ist. Es können zuvörderst Schuldverhältnisse durch Vertrag begründet werden (zweiter Abschnitt), ohne daß dieser Vertrag einer der im siebten Abschnitt besonders behandelten Kategorieen untersteht. Es können auf Grund des außerhalb des BGB. bestehenden Rechts aus verpflichtenden Thatsachen Verhältnisse entstehen, welche Schuldverhältnisse sind, weil ihr primärer Inhalt die Verpflichtung zu einer Leistung eines Schuldners an einen Gläubiger ist. Es unterliegt ferner keinem Zweifel, daß die Verbindlichkeiten aus Pflichttheilsrechten, Vermächtnissen, Auflagen, weil sie jene Merkmale deutlich aufweisen, ebenfalls echte Schuldverhältnisse im Sinne des BGB. sind (s. auch 1967 Abs. 2), trotzdem, wie billig, ihre Regulirung im Erbrecht und nicht im Recht der Schuldverhältnisse erfolgt ist.

2. Wenn ein dingliches oder sonst absolutes Recht beeinträchtigt wird, so entsteht daraus zweifellos dann ein Schuldverhältniß, wenn die Beeinträchtigung zugleich nach den Sätzen des Rechts der Schuldverhältnisse, insbesondere nach den Vorschriften über unerlaubte Handlungen oder ungerechtfertigte Bereicherung verpflichtend wirkt, und es ist dabei namentlich zu beachten, daß die Frage des Schadensersatzes wegen Verletzung dinglicher Rechte und des Besitzes im BGB. zum guten Theil ausschließlich als obligationenrechtliche behandelt ist (s. I § 124 a. E. unter 4). Soweit aber der durch die Beeinträchtigung begründete dingliche Anspruch (221) in Frage steht, entspricht es der constructionellen Auffassung des BGB. wohl nicht, anzunehmen, daß das dingliche Recht durch seine Verletzung ein Schuldverhältniß erzeugt, kraft dessen der Verletzte als Gläubiger von dem Verletzer als Schuldner die Herstellung des dem dinglichen Rechte entsprechenden Zustandes zu fordern hat, sondern der Begriff des Schuldverhältnisses bleibt bei Seite und es entsteht aus dem dinglichen Rechte der dingliche Anspruch, der als Forderung nicht bezeichnet wird. Soweit im BGB. überhaupt ein Anspruch auf Geldersatz im Zusammenhang des Sachenrechts als eventueller oder Nebenanspruch bei dem dinglichen Anspruch behandelt wird, (987 fg. 1017. 1065. 1227) geschieht dieß zum Theil durch Bezugnahme auf einzelne Vorschriften des Rechts der Schuldverhältnisse, und es kann dann nicht zweifelhaft sein, daß auf Ansprüche dieser Art auch die allgemeinen Vorschriften über Schuldverhältnisse Anwendung zu finden haben (988. 992. 993). Da es aber keinen Sinn hätte, zwischen diesen Fällen und denjenigen, in welchen die Verbindlichkeit des dem dinglichen Anspruch Haftenden ohne Verweisung auf besondere obligationenrechtliche Vorschriften normirt ist (987 Abs. 2. 989. 990. 991), einen principiellen Gegensatz anzunehmen, so wird man unbedenklich sagen dürfen, daß auch bei der Haftung aus den letzteren Vorschriften die allgemeinen Sätze des Obligationenrechtes zur Anwendung zu kommen haben, um so mehr, als in Bestimmungen beider Arten mehrfach mit Begriffen operirt wird, (Ersatz, Schaden, Schadensersatz, Verzug, Verschulden) die von anderswoher als aus dem allgemeinen Theil des Rechts der Schuldverhältnisse überhaupt keine Erläuterung erhalten können. Eine gewisse Bestätigung dieses Ergebnisses liegt darin, daß auch umgekehrt die Bestimmung über die Haftung des Besitzers bei Rechtshängigkeit der Eigenthumsklage geeignet befunden worden ist, im Recht der Schuldverhältnisse verschiedentlich in Bezug genommen zu werden (292. 347). Der Anspruch auf Herstellung des dem dinglichen Rechte entsprechenden Zu-

Digitized by Google

standes wird weniger als die etwaigen Ersatzforderungen auf die Heranziehung der allgemeinen Vorschriften des Rechts der Schuldverhältnisse angewiesen, unzweifelhaft aber wird auch er der Herrschaft dieser Vorschriften nicht entzogen sein. Wie z. B. kraft ausdrücklicher Vorschrift Miteigenthümer die Herausgabe der Sache nur so verlangen können, wie Gläubiger einer untheilbaren Obligation, die nicht Gesamtgläubiger sind, die Leistung verlangen können (1011. 432), so haften Mitbesitzer auch ohne ausdrückliche Vorschrift der rei vindicatio gegenüber gemäß § 431 wie Gesamtschuldner. Selbstverständlich aber ist, daß die allgemeinen Vorschriften des Obligationenrechts auf die dinglichen Ansprüche nur insoweit Anwendung finden, als nicht besondere Vorschriften oder entscheidende Erwägungen aus der Natur dieser Ansprüche, (insbesondere aus ihrem Zusammenhange mit dem dinglichen Rechte selbst) entgegenstehen. So wird z. B. der Erlaßvertrag, der das echte Schuldverhältniß tilgt (397), wenn der Eigenthümer dem Besitzer die Herausgabe der Sache erläßt, selbständiger und je nach Umständen verschiedener Beurtheilung unterliegen müssen. Ist er der Ausdruck des Eigenthumsübertragungswillens, so erreicht er bei einer beweglichen Sache seinen Zweck (929), nicht aber bei einem Grundstück (925); bei diesem kann er (höchstens), wenn er der Form des § 313 genügt, als Verpflichtung zur Eigenthumsübertragung wirken und den Eigenthumsanspruch des jetzigen Eigenthümers (gemäß dem I § 197 a. E. S. 894 Bemerkten) einredeweise hemmen, einem neuen Eigenthümer gegenüber ist er dagegen wirkungslos, wenn nicht eine Vormerkung gemäß § 883 fg. eingetragen ist.

3. In dem gleichen Verhältniß, wie zu den dinglichen Ansprüchen stehen die allgemeinen Vorschriften des Obligationenrechts zu dem Erbschaftsanspruch (2018 fg.); sie sind auf diesen Anspruch anwendbar, soweit nicht aus besonderen Vorschriften oder Erwägungen das Gegentheil folgt (s. insbes. 2021. 2024 a. E 2025. 2027 Abs. 1 [260]).

4. Die Familienrechtsverhältnisse, ein jedes als Ganzes betrachtet, sind, trotzdem sie in erster Linie (vgl. I S. 149) relative Rechte sind, nicht Schuldverhältnisse, und es ist wohl auch kein Satz der allgemeinen Lehren von den Schuldverhältnissen nachweisbar, von dem man das Bedürfniß hätte, ihn auf ein solches Verhältniß als Ganzes anzuwenden; die einzelnen auf familienrechtlichen Verhältnissen beruhenden Verpflichtungen dagegen sind dem allgemeinen Recht der Schuldverhältnisse zu unterstellen, soweit nicht aus besonderen Gründen Abweichungen sich ergeben.

II. Das BGB. sagt, daß kraft des Schuldverhältnisses eine Leistung gefordert werden, und fügt hinzu, daß diese auch in einem Unterlassen bestehen kann (241).

III. Die Frage, ob die Leistung einen Vermögenswerth haben muß (§ 250[2], vgl. die dort angeführten Schriften von Kohler und Stammler sowie Planck II S. 5 fg.) ist als stillschweigend verneint anzusehen, denn ein solches Erforderniß bedürfte, wenn es anerkannt werden sollte, der ausdrücklichen Aufstellung. (S. auch Mot. II S. 5).

1. Gesetzliche Verpflichtungen, welche das BGB. selbst auferlegt, sind freilich außerhalb des Kreises des Familienrechts (vgl. 1353. 1627. 1686. 1793) stets solche, deren Gegenstand das Vermögen betrifft und auch wenn (ausnahmsweise) wegen eines nicht vermögensrechtlichen Schadens ein Geldersatz gefordert werden kann (847), ist doch der Leistungsgegenstand selbst Geld.

Digitized by Google

2. Bei Verpflichtungsgeschäften unter Lebenden gehört Vermögenswerth der Leistung nicht zu den Bedingungen der Wirksamkeit; wohl aber bedarf es der Einhaltung der Schranken des § 138 BGB.; d. h. das Rechtsgeschäft darf nicht gegen die guten Sitten verstoßen. Einen solchen Verstoß wird es aber immer enthalten, wenn derjenige, der sich etwas versprechen läßt, den Versprechenden dem Rechtszwange aussetzen will, ohne an der Leistung seinerseits ein (objectiv, d. h. nach vernünftigem Ermessen) berechtigtes Interesse zu haben. Diesen Ausdruck kann man angesichts der Bestimmungen im BGB. 343 Abs. 1. 824 Abs. 2 unbedenklich gebrauchen, Bestimmungen, von denen die erstere auch durch ihren Inhalt dafür spricht, daß ein berechtigtes Interesse, welches nicht Vermögensinteresse ist, ausreicht, einen obligatorischen Vertrag zu rechtfertigen. Soll einem Anderen als dem Versprechensempfänger geleistet werden, so wird es nur darauf ankommen, ob dieser Andere ein berechtigtes Interesse an der Leistung hat. Unsittlich ist aber ein in rechtsverbindlicher Absicht gegebenes Versprechen (selbst wenn der Gläubiger ein berechtigtes Interesse an Erzielung der Leistung hat), auch dann, wenn es unsittlich ist, daß der Versprechende sich in Bezug auf die in Frage stehende Handlung oder Unterlassung bindet. Soweit danach ein rechtsverbindlicher Vertrag möglich ist, ist übrigens nicht jedes Versprechen ein solcher Vertrag; es kommt vielmehr immer noch darauf an, ob nicht das Versprechen zu denjenigen gehört, die herkömmlich als rechtsunverbindliche gegeben und genommen zu werden pflegen. Im letzteren Falle tritt Rechtsverbindlichkeit im Zweifel auch dann nicht ein, wenn ein Vermögensinteresse des Versprechensempfängers zu Tage liegt. Ganz zu trennen von der Frage der Gültigkeit des Versprechens und damit des Anspruchs auf Erfüllung ist die andere, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfange Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt werden kann. Hier bleibt das Gesetz (253) dabei stehen, daß im Allgemeinen wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, Entschädigung in Geld nicht verlangt werden kann. Die einzige Ausnahme, die davon im Falle eines Vertragsverhältnisses aufgestellt ist (1300), betrifft das Verlöbniß. In allen andern Fällen muß die Berücksichtigung des nicht pecuniären Interesses durch Vertragsstrafe gesichert werden (343).

3. Das Erbrecht beschäftigt sich grundsätzlich mit dem Schicksal des Vermögens des Verstorbenen. Wie nur das Vermögen auf den Erben übergeht (1922 Abs. 1), so ist die Pflichttheilsobligation nothwendig eine rein vermögensrechtliche (2303); deßgleichen kann als Vermächtniß nur ein Vermögensvortheil zugewandt werden (1939). Für die Auflage dagegen (1940) ist es nicht vorgeschrieben, daß ihre Erfüllung irgend Jemandem Vermögensvortheil bringen muß, und es wäre auch zweifellos verkehrt, eine solche Voraussetzung aufstellen zu wollen. (Man denke z. B. an eine Auflage, im Winter den Vögeln Futter zu streuen.) Dagegen muß die Erfüllung der Auflage einen im Gelde abschätzbaren Aufwand seitens des Verpflichteten darstellen. Der § 2187 ergibt zunächst für Auflagen, mit denen ein Vermächtnißnehmer beschwert ist, daß er die Erfüllung verweigern kann, soweit dasjenige, was er aus dem Vermächtniß erhält, zur Erfüllung nicht ausreicht. Diese Vorschrift setzt zu ihrer Anwendung nothwendig voraus, daß der Aufwand zur Erfüllung der Auflage mit dem Werth des Vermächtnisses verglichen werden kann; Handlungen oder Unterlassungen, deren Last

Digitized by Google

in Gelde nicht schätzbar ist, kann der Verpflichtete immer verweigern; denn der entgegengesetzte Schluß, daß er sie nie verweigern könne, wäre offenbar verfehlt, weil hierdurch der dem Belasteten zugedachte Schutz gegen eine Last, welche den Vortheil des Vermächtnisses übersteigt, für die Fälle unschätzbarer Auflagen, in denen die persönliche Belästigung eine sehr große sein kann, illusorisch gemacht werden würde. Zweifellos wäre das ein schlimmeres Ergebniß als das andere, daß die Erfüllung von Auflagen der fraglichen Art im Belieben oder vielmehr im Gewissen des Belasteten steht. Will der Erblasser die Erfüllung des Wunsches, dem eine solche Auflage entspricht, juristisch sichern, so muß er zur Bedingung greifen. Ist mit der Auflage ein Erbe belastet, so ist davon auszugehen, daß derjenige Erbe, welcher nicht unbeschränkt haftbar geworden ist, im Falle der Ueberschwerung nur den Nachlaß zur Verfügung zu stellen hat, mit dessen Mitteln (soweit sie reichen) der Berechtigte (2194) die Erfüllung der Auflage herbeiführen mag (s. insbes. 1992. 1990. 1991). Kann die Erfüllung der Auflage nicht für Geld oder Geldeswerth beschafft werden, so ist gegen den Erben rechtlich überhaupt nichts auszurichten, weil die Frage, ob eine Ueberschwerung vorliegt, sich der Beantwortung entzieht, und bei dieser Sachlage ebenso wie beim Vermächtnißnehmer zu Gunsten des Belasteten zu entscheiden ist. Ist der Erbe unbeschränkt haftbar geworden, so könnte man sich allerdings denken, daß er zur Erfüllung einer höchstpersönlichen, das Vermögen nicht berührenden Auflage rechtskräftig verurtheilt, und dann die zulässigen Zwangsmittel bis zur Erschöpfung gegen ihn angewandt werden könnten (2196). Hiermit wäre die Sache jedenfalls zu Ende; denn eine Entziehung dessen, was aus der Erbschaft zur Vollziehung der Auflage hätte verwandt werden müssen (2196), ist in solchem Falle nicht denkbar. Es ist aber auch jenes Zwangsverfahren für ausgeschlossen zu halten; denn es ist weder anzunehmen, daß das Erbrecht hier dem sonst beobachteten Princip, wonach es sich auf das Vermögen beschränkt, untreu werden wollte, noch daß es eine Belastung des Erben mit Auflagen im weiteren Sinne zulassen wollte als solche Belastungen des Vermächtnißnehmers, noch endlich, daß die Versäumniß der Inventarfrist oder Verstöße bei der Inventarerrichtung den Erben mit Verpflichtungen belasten könnten, die mit dem Vermögen gar nichts zu thun haben, für welche also auch der Nachweis des Bestandes des Nachlasses ganz gleichgültig wäre.]

II. Gegenstand des Forderungsrechts.

A. Ueberhaupt.

§ 252.

Unter Gegenstand des Forderungsrechts wird hier die Handlung verstanden, zu welcher das Forderungsrecht den Schuldner verpflichtet[1].

[1] Der Ausdruck „Gegenstand des Forderungsr.“ ist mehrdeutig. Man kann § 252. unter diesem Ausdruck verstehen, wie hier geschieht, die Handlung, welche kraft des Forderungsr. gefordert werden kann. Man kann darunter aber auch die Person verstehen, welche die Handlung vornehmen soll, von der ungenauen aber

Digitized by Google

Den Gegenstand des Forderungsrechts in diesem Sinne bezeichnet man durch den Ausdruck „Leistung".

In Betreff der Leistung sind folgende Gegensätze zu bemerken.

1. Die Leistung kann eine positive und eine negative sein, d. h. sie kann ein Thun oder ein Unterlassen zum Inhalte haben[1a]. Die bei weitem wichtigsten Leistungen sind die positiven[2]; unter ihnen aber

---

verbreiteten Vorstellung aus, daß im dinglichen Re die Sache, im Forderungsr. die Person des Verpflichteten beherrscht werde. Endlich aber läßt sich noch ein anderer Sprachgebrauch, obgleich er ebenfalls ungenau ist, schwer abweisen, nach welchem auch die Sache, deren Leistung (Verschaffung zu Besitz, Genuß, Eigenthum) kraft des Forderungsr. verlangt werden kann, als Gegenstand des Forderungsr. bezeichnet wird. Es wäre sehr erwünscht, wenn man dieser Mehrdeutigkeit durch Einführung neuer Ausdrücke entgehen könnte; aber solche Ausdrücke bieten sich nicht dar. So bleibt nichts übrig, als auf jene Mehrdeutigkeit aufmerksam zu machen, und davor zu warnen, daß man nicht unbewußt den Ausdruck bald in diesem, bald in jenem Sinne gebrauche. Vgl. Unger I S. 499—500. 543. — Vgl. auch Kuntze die Obligation ꝛc. § 34, welcher selbst unter „Gegenstand der Obligation" das von derselben geforderte Handeln als solches versteht, im Gegensatz zu seinem Inhalt gedacht. So auch Salkowski zur Lehre von der Novation S. 4. S. jetzt Kuntze die Obligationen ꝛc. § 23. — Köppen Erbr. S. 246—248 sieht als Gegenstand des Forderungsr. das Vermögen des Schuldners an, welches dadurch gemindert werde; er bleibt also in ähnlicher Weise, wie Delbrück (§ 251 [1]), auf den er auch verweist, bei dem ökonomischen Resultat des Forderungsr. stehen, und berücksichtigt nicht dessen juristische Structur. Gegen Köppen Schott der obligatorische Vertrag unter Abwesenden (1873), welcher an die Stelle des Vermögens „im objectiven, ökonomischen Sinn" das Vermögen „im subjectiven, juristischen Sinn", d. h. die vermögensrliche Macht des Schuldners in abstracto, setzt, und so dahin gelangt, daß die Obligation ein „R. am Re des Schuldners" sei; dawider Bekker kr. VJS. XV S. 547 fg. Bekker Pand. I § 25: R. an einer Person und deren Vermögen. [Vgl. I § 39 [2 a. E.]] — Hartmann die Obligation (S. 20. 162 fg. 272 unt.) will die Kategorie „Gegenstand der Obligation" ganz beseitigen, wegen der Vieldeutigkeit des Ausdrucks und weil das Wesen der Obligation in ihrem „Zweck" (vgl. § 251 [2]) bestehe.

[1a] Auch das Unterlassen ist eine Handlung, eine Willensbestimmung, nur nicht eine Bestimmung des Willens zur Thätigkeit, sondern eine Bestimmung zur Unthätigkeit. Diesen Gedanken drücken zwei neuere Schriftsteller (H. Gerber Beiträge zur Lehre vom Klagegrunde und der Beweislast § 11, Maxen über Beweislast, Einreden und Exceptionen S. 200—210), nicht glücklich, so aus: die Forderungsre auf Unterlassen seien Forderungsre auf Verzicht auf das R. zum Thun. S. dawider auch Unger II § 129 [31a], Thon Rnorm und subjectives R. S. 200 [18]. Der letztgedachte Schriftsteller (a. a. O. S. 199 fg.) geht weiter und leugnet, daß die negative „Obligation" überhaupt auf eine Willensbestimmung gerichtet sei. Ebenso, wie es scheint, Kohler Jahrb. f. Dogm. XVII S. 263. Hartmann die Obligation S. 117. 118 erklärt sich nicht sowohl gegen die „Bestimmung des Willens zur Unthätigkeit", als gegen die Bezeichnung derselben als Leistung oder Handlung. Energisch für die hier vertretene Auffassung Zitelmann Irrthum S. 61 fg.

Digitized by Google

wieder sind von besonderer Wichtigkeit diejenigen, welche zum Inhalt das Verschaffen von Eigenthum, ein Geben im streng juristischen Sinne des Wortes[3], haben. Außerdem kann die positive Leistung zum Inhalt haben: Verschaffung irgend eines andern Rechts, Befreiung von einer dinglichen oder obligatorischen Last, Hingabe einer Sache zum bloß factischen Haben oder zum Gebrauch oder zur Benützung, irgend eine andere Thätigkeit. Der Inhalt der Leistung kann auch aus Thun und Unterlassen, oder aus den verschiedenen Arten des Thuns gemischt sein[4].

2. Die Leistung kann eine vorübergehende oder eine dauernde sein[5], d. h. sie kann die Willensthätigkeit in einer nur vorübergehenden oder in einer dauernden Weise in Anspruch nehmen. Dauernd ist die negative Leistung; aber auch die positive kann es sein[6].

3. Die Leistung kann eine einfache oder eine zusammengesetzte sein[7]. Einfach ist die Leistung, welche auf das Bewirken eines einigen Erfolges gerichtet ist; zusammengesetzt ist die Leistung, deren Erfolg

---

[2] Beispiele von negativen Leistungen aus den Quellen: l. 2 § 5. l. 4 pr. l. 75 § 7. l. 83 pr. l. 85 § 3 D. 45, 1, l. 13 pr. D. 8, 4. Hierher gehören auch die deutschen Bannre, d. h. diejenigen Re, kraft deren Jemand verbieten kann, daß die Einwohner eines gewissen Bezirkes gewisse Bedürfnisse bei einem Andern als bei ihm gegen Entgelt befriedigen (Bierzwang, Mühlenzwang, Backofenzwang ꝛc.).

[3] Man sagt aber nicht: das Eigenthum geben, sondern nach dem bekannten Sprachgebrauch, welcher das Eigenthumsr. mit seinem Gegenstand identificirt (I § 42 [4]) = eine Sache geben.

[4] Die Römer gebrauchen zur Bezeichnung der möglichen Verschiedenheit des Inhalts der Leistung die Ausdrücke: dare, facere, praestare (l. 3 pr. D. 44, 7). Dare geht in seinem strengen Sinne auf Verschaffung eines R. an einer Sache (nach Civilr.), im weiteren Sinne aber bezeichnet es jede andere Verschaffung, z. B. dare operas (u. a. l. 8 pr. D. 38, 1). Ebenso bezeichnet facere sowohl den Gegensatz zum dare, als es das dare mit umfaßt (l. 2 pr. D. 45, 1, l. 218 D. 50, 16). Sehr bestritten ist der Sinn des Ausdruckes praestare (die obligatorische Leistung überhaupt? Leistung aus dare und facere gemischt? Delictsleistung? Sicherheitsleistung? Einstehen für Etwas?). Vgl. Unterholzner I § 98, Marezoll ZS. f. CR. u. Pr. X S. 219 fg., Puchta Inst. II § 165 von Note [1] an, Savigny Oblig. I S. 299—301 und Syst. V Beil. Nr. XIV Nr. XXV—XXIX, Rudorff ZS. f. gesch. RW. XIII S. 187 [9], Huschke das. XIII S. 249—254, Brinz Pand. 1. Aufl. § 135 [2. Aufl. II S. 92], Baron die adjecticischen Klagen S. 150 fg. Uebrigens ist das r. R. weit davon entfernt, an diese Ausdrücke eigenthümliche, von einander abweichende Regeln anzuknüpfen. Savigny Oblig. I S. 301.

[5] Savigny Oblig. I S. 302.

[6] Z. B. die Leistung des Vermiethers, des Vormundes.

[7] Sintenis II S. 36. 37, Gerber Jahrb. f. Dogm. II S. 42—52, Muther zur Lehre von der römischen Actio S. 118 fg., v. Schey Grünh. ZS. IX S. 385. 392 fg. Vgl. auch I § 107 [8], II § 464 [4].

Digitized by Google

nur durch eine Mehrheit von Willensthätigkeiten, jede mit einem unterschiedenen Erfolg, erreicht werden kann[8]. Die zusammengesetzte Leistung besteht aus einer Mehrheit von Leistungen; aber diese Mehrheit wird unter einem verbindenden Gesichtspunkt als Einheit gedacht. Wo der verbindende Gesichtspunkt fehlt, hat man nicht eine zusammengesetzte Leistung, sondern eine Mehrheit von Leistungen schlechthin[9]. Auch wo wirklich eine zusammengesetzte Leistung vorliegt, können doch die einzelnen Leistungen, aus welchen sie besteht, möglicherweise nicht bloß als Bestandtheile Einer Leistung, sondern zugleich als diese einzelnen Leistungen, und insofern als Gegenstände für sich bestehender Forderungsrechte, in Betracht kommen[10].

[Auch das BGB. bezeichnet den Gegenstand des Schuldverhältnisses im Sinne dieses Paragraphen als die Leistung (§ 241 fg.). Daß die Leistung ein Thun oder ein Unterlassen sein kann, ist ausgesprochen (241 S. 2); aber auch die sonstigen Bemerkungen des Textes bleiben für das Recht des BGB. brauchbar].

Theilbarkeit und Untheilbarkeit der Leistung*.

§ 253.

4. Die Leistung kann eine theilbare oder eine untheilbare sein. Theilbar im Sinne des Rechts ist[1] die Leistung, welche unbeschadet

---

[8] Beispiele: eine einfache Leistung ist die negative Leistung, ferner das Geben; eine zusammengesetzte Leistung ist die Vermögensverwaltung, die Leistung des Gesellschafters.

[9] Die Leistung dessen, welcher sich anheischig macht, die Schulden eines Andern zu bezahlen (Alles, was die Eigenschaft hat, Schuld dieses Andern zu sein), ist eine zusammengesetzte Leistung. Wer sich anheischig macht, für einen Andern dessen Schuld a und dessen Schuld b zu bezahlen, verpflichtet sich nicht zu einer zusammengesetzten Leistung, sondern zu mehreren Leistungen, wenn auch der Andere außer a und b keine Schulden hat. Vgl. l. 29 pr. D. 45, 1. „Scire debemus, in stipulationibus tot esse stipulationes, quot summae sunt, totque esse stipulationes, quot species sunt. . . . Quamvis autem placuerit, tot esse stipulationes, quot summae, totque esse stipulationes, quot res, tamen, si pecuniam quis, quae in conspectu est, stipulatus sit, vel acervum pecuniae, non tot sunt stipulationes, quot nummorum corpora, sed una stipulatio: nam per singulos denarios singulas esse stipulationes absurdum est. Stipulationem quoque legatorum constat unam esse, quamvis plura corpora sint vel plura legata. Sed et familiae vel omnium servorum stipulatio una est. Item quadrigae aut lecticariorum stipulatio una est. At si quis illud et illud stipulatus sit, tot stipulationes sunt, quot corpora". L. 86. l. 140 pr. eod., l. 75 § 9 eod., l. 16 § 1. l. 140 § 1 eod., l. 58 pr. D. 46, 1, l. 21 pr. D. 4, 8, l. 35 § 7 D. 39, 6. Vgl. Dernburg Preuß. Privatr. II § 24.

[10] Vgl. hierzu Regelsberger Studien im bayr. Hypothekenr. S. 10 fg., welcher Schriftsteller die Ausdrücke „Stammobligation" und „Zweigobligationen" gebraucht.

Digitized by Google

ihres Wesens in Theile zerlegt werden kann, so daß jede Theilleistung eine Leistung des gleichen Inhalts ist, wie die Gesammtleistung, und sich von der Gesammtleistung nur quantitativ unterscheidet; untheilbar ist diejenige Leistung, bei welcher eine solche Zerlegung nicht möglich ist[2]. Unter Theilen einer Leistung sind also Bruchtheile, Rechnungstheile zu verstehen[3]. Im Einzelnen ist theilbar die Leistung, welche zum Inhalte die Verschaffung des Eigenthums[4] oder eines andern

---

* Die ausführlichste Schrift über diesen Gegenstand ist die von Ubbelohde: die Lehre von den untheilbaren Obligationen (1862). Andere monographische Bearbeitungen dieser Lehre sind: Rubo Versuch einer Erklärung der Fragmente lex II. III. IV. LXXXV Dig. de verborum obligationibus (1822). de Scheurl commentatio ad LL. 2, 3, 4, 72 & 85 D. de verborum obligationibus (Inauguralabhandlung, 1835). C. Kleyer des obligations divisibles et indivisibles (Bruxelles 1873). G. Leoni sulle obligazioni divisibili ed indivisibili nel diritto Romano (Palermo 1882). Rümelin die Theilung der Re S. 171 fg. (1883). v. Scheurl Theilbarkeit als Eigenschaft von Ren S. 68 fg. (1884). G. Leoni la teoria dei diritti e degli oblighi divisibili ed indivisibili. Padova 1887. G. Rümelin Jahrb. f. Dogm. XXVIII S. 434 fg. (1889). [Terrana studio sulle obbligazioni divisibili ed indivisibili in diritto Romano e diritto civile Italiano. Palermo 1891. Gradenwitz Interesseleistung bei untheilbaren Obligationen. Bresl. Diss. 1895]. Außerdem sind zu vergleichen vor Allem Savigny Oblig. I § 29—36; ferner Ribbentrop zur Lehre von den Correal-Obligationen § 21—24, Brinz kr. Bl. IV S. 45—52 und Pandekten § 139. 2. Aufl. II § 228—231, Vangerow III § 567 [2], Sintenis II S. 40—55, Siebenhaar Correalobligationen S. 135 fg. 208 fg., Ryk Schuldverhältnisse S. 95 fg.

[1] Wächter ACPra. XXVII S. 187, Rubo S. 32 fg., Scheurl p. 49 sqq., Savigny § 31, Ubbelohde S. 22, Rümelin S. 18 fg. 171 fg., Scheurl S. 68 fg. § 253.

[2] Dieß ist der juristische Begriff der Theilbarkeit der Leistung, während der Sprachgebrauch und die Auffassung des Lebens geneigt ist, als theilbar diejenige Leistung zu bezeichnen, welche nicht anders, als durch eine Reihe einzelner von einander abgegrenzter Handlungen beschafft werden kann, wie z. B. die Errichtung eines Bauwerkes. Im juristischen Sinne ist die Errichtung eines Bauwerkes eine untheilbare Leistung, weil die einzelnen Handlungen, durch welche sie bewerkstelligt wird, nicht Errichtung eines Bauwerkes sind (die Errichtung eines Bauwerkes ist nur ihr Zweck). Vgl. l. 80 § 1 D. 35, 2 (6). Dagegen ist z. B. das Geben einer Summe Geldes eine theilbare Leistung, weil das Geben einer jeden Summe, welche kleiner ist, als die verschuldete, immerhin das Geben einer Summe Geldes ist. Eine Leistung, welche in jenem vulgären Sinne eine theilbare genannt wird, ist nicht sowohl eine theilbare als eine zusammengesetzte; was man ihre Theile nennt, sind nicht sowohl ihre Theile, als ihre Bestandtheile (§ 252, 3). — Vgl. Sf. XVII. 15. (?)

[3] Vgl. zu dem Gesagten I § 142.

[4] Die Verschaffung des Eigenthums an einer Quantität vertretbarer Sachen ist theilbar, weil die zu leistende Quantität es ist, l. 2 § 1. l. 54 pr. l. 85 § 1. l. 117 D. 45, 1, l. 9 § 1. l. 29 D. 46, 3. Die Verschaffung des Eigenthums

Digitized by Google

theilbaren Rechts[5] hat, untheilbar diejenige, welche zum Inhalte die Verschaffung eines untheilbaren Rechts[6] hat; in gleicher Weise ist zu unterscheiden, wenn die Leistung die Befreiung von dem Recht eines Andern zum Inhalte hat[7]. Leistungen, welche nicht die Bewirkung eines rechtlichen Erfolges zum Inhalte haben, positive wie negative, sind regelmäßig untheilbar[8]; jedoch ist es auch bei ihnen nicht ausgeschlossen, daß der durch sie zu erreichende Erfolg bruchtheilweise verwirklicht werden könne[9]. — Jenachdem die Leistung theilbar oder untheilbar ist, ist es auch das auf die Leistung gerichtete Forderungsrecht[9a]. Die praktische Bedeutung der Unterscheidung zwischen theil-

an einer theilbaren Sache, z. B. einem Grundstücke ist theilbar, weil die zu leistende Sache es ist (I § 142, 1 a. E.). Unter allen Umständen aber ist die Leistung, welche Verschaffung des Eigenthums zum Inhalte hat, theilbar durch s. g. ideelle Theilung der zu leistenden Sache (I § 142, 4). L. 54 pr. D. 45, 1, l. 9 § 1. l. 34 § 1 D. 46, 3. Ubbelohde § 6.

[5] L. 5 D. 7, 1, l. 13 § 1 D. 46, 4. Ubbelohde § 9. 10.

[6] L. 17 D. 8, 1, l. 25 § 9—11 D. 10, 2, l. 2 § 1. l. 72 pr. D. 45, 1, l. 13 § 1 D. 46, 4. Ubbelohde § 8. — Zu Note [4—6]: Rümelin S. 189 fg.

[7] Ubbelohde § 10.

[8] L. 72 pr. D. 45, 1. „Stipulationes non dividuntur earum rerum, quae divisionem non recipiunt, veluti viae . . . . Idem puto et si quis faciendum aliquid stipulatus sit, ut puta fundum tradi (darüber Savigny Oblig. I S. 335 fg., Ubbelohde § 7, Rudorff zu Puchta § 222 b, Rümelin S. 191, Scheurl S. 74, Sf. XXXI. 318), vel fossam fodiri, vel insulam fabricari, vel operas, vel quid his simile; horum enim divisio corrumpit stipulationem . .". L. 80 § 1 D. 35, 2: — „si opus municipibus heres facere iussus est, individuum videtur legatum; neque enim ullum balineum aut ullum theatrum aut stadium fecisse intellegitur, qui ei propriam formam, quae ex consummatione contingit, non dederit . .". L. 85 § 2 D. 45, 1. Für Unterlassungen: l. 2 § 5. 6. l. 3. l. 4 pr. l. 85 § 3 D. 45, 1. Ubbelohde § 11—14, Rümelin S. 197 fg.

[9] Hierher gehört z. B. die Nichtbehelligung mit einem Anspruch; diese Nichtbehelligung kann vorhanden sein oder nicht vorhanden sein nach Bruchtheilen des Anspruchs. L. 4 § 1 D. 45, 1, l. 44 § 6 D. 10, 2 (vgl. übrigens Ubbelohde S. 285—294). Noch deutlicher tritt die Theilung der Leistung hervor, wenn das zu leistende Thun quantitativ bestimmt ist, z. B. eine bestimmte Anzahl von Arbeitstagen. L. 54 § 1 D. 45, 1, l. 15 § 1 D. 38, 1. — Scheurl S. 75 fg. (vgl. auch Rümelin S. 207. 269 unt.) ist der Meinung, die negative Leistung sei immer untheilbar. Das ist nicht richtig. Was ich halb thun kann, kann ich auch halb unterlassen. Eine andere Frage ist es freilich, ob für die Obligation auf ein theilbares Unterlassen in allen Beziehungen das Gleiche gilt, wie für die Obligation auf ein theilbares Thun. Vgl. § 301 Ziff. 2.

[9a] Rümelin a. a. O. (1) schlägt die Formulirung vor: theilbar ist diejenige Forderung, bei welcher sich nach durchgeführter Theilung gleiche Forderungsre ergeben. Ich sehe darin keine Verbesserung. Was sind „gleiche Forderungsre"?

Digitized by Google

baren und untheilbaren Forderungsrechten liegt darin[10], daß das theilbare Forderungsrecht theilweise aufgehoben werden, und daß es sich in eine Mehrheit von einander unabhängiger Forderungsrechte spalten kann, während das Eine und das Andere bei den untheilbaren Forderungsrechten unmöglich ist[11].

[Im BGB. ist der Begriff der Theilbarkeit einer Leistung als bekannt vorausgesetzt (420. 427. 431. 432). Er ist ebenso zu fassen, wie im Text für das gemeine Recht geschehen ist (vgl. Planck zu § 420 [2]). Richtig bemerkt Planck (was übrigens auch gemeinrechtlich zutrifft), daß die Herausgabe einer Sache im Sinne des BGB. eine untheilbare Leistung ist (vgl. BGB. 432. 1011). Der Gegensatz zwischen theilbaren und untheilbaren Obligationen ist aber im BGB. von geringerer Bedeutung als im gemeinen Recht. In einem der wichtigsten Fälle, in welchem er gemeinrechtlich zur Sprache kommt, dem der Beerbung des Schuldners oder des Gläubigers durch Mehrere, läßt das BGB. die mehreren Erben des Schuldners grundsätzlich auch dann als Gesammtschuldner haften (2058), wenn die Leistung theilbar ist, und behandelt die mehreren Erben des Gläubigers auch bei Theilbarkeit der Leistung ebenso, wie sonst die mehreren Gläubiger einer untheilbaren Leistung, wenn sie nicht Gesammtgläubiger sind (2039. 432) (vgl. I S. 197 fg.). Zu beachten ist, daß der Ausdruck „theilweise" leisten auch in einem weiteren Sinne vorkommt, in welchem er nicht nur einen Bruchtheil einer theilbaren Leistung, sondern auch die unvollständige Bewirkung einer untheilbaren Leistung sowie die mangelhafte Leistung bedeutet (280. 283. 307. 320 Abs. 2. 323. 325. 326.)].

Bestimmtheit und Unbestimmtheit der Leistung*.

§ 254.

Der Inhalt der Leistung kann durch die das Forderungsrecht begründende Thatsache mehr oder weniger genau bestimmt sein[1]. Unter den Fällen, in welchen die Bestimmtheit keine vollständig genaue ist, ist folgender Unterschied von juristischer Wichtigkeit. Entweder liegt neben der Unbestimmtheit zu gleicher Zeit die Verweisung auf eine Quelle vor, durch welche die Unbestimmtheit zur Bestimmtheit erhoben werden soll, oder es ist dieß nicht der Fall. Ist es nicht der Fall,

[10] Savigny S. 322—325. 349—351, Ubbelohde S. 19—21.

[11] L. 2 § 1. l. 85 pr. § 2 D. 45, 1, l. 13 § 1 D. 46, 4. — Von der Behandlung, welche bei untheilbaren Forderungsren im Falle einer Mehrheit der Gläubiger oder Schuldner eintritt, wird unten (§ 299) näher die Rede sein.

* Unterholzner I § 105. 106, Savigny Oblig. I § 38 fg., Sintenis II S. 26—36, Holzschuher III § 208, Brinz 2. Aufl. II § 240—243.

[1] Ueber die strengen Anforderungen, welche die Römer an das „certum" § 254. als Obligationsgegenstand machen (stipulatio certi, condictio certi), s. Savigny Oblig. I S. 388* und System V Beil. XIV Nr. XXXII—XLVI Vgl. auch Huschke Darlehn S. 209 fg.

Digitized by Google

so kommt die Unbestimmtheit dem Schuldner zu Gute, nicht dem Gläubiger; der Schuldner kann innerhalb der getroffenen Bestimmung leisten, was er will; so weit er nicht gebunden ist, ist er frei[2]. Ist jedoch die Unbestimmtheit von der Art, daß der Schuldner sich aller Leistungspflicht entziehen kann, so ist ein Forderungsrecht nur scheinbar vorhanden[3]. — Die Quelle, auf welche zur Ergänzung der Unbestimmtheit verwiesen ist, kann die Erklärung einer der Parteien sein, oder die Erklärung eines Dritten[4], oder das richterliche Ermessen[5], oder irgend eine andere Thatsache[6]. Ist die Entscheidung auf den Willen des Schuldners gestellt, so ist wieder zuzusehen, ob nicht derselbe dadurch aller Gebundenheit ledig, und in Folge davon ein Forderungsrecht gar nicht vorhanden ist[7]. Versagt die bezeichnete Quelle der Entscheidung, so ist es, als wenn auf eine solche gar nicht verwiesen worden wäre[8]. Ist es ungewiß, ob aus derselben eine Entscheidung herzuleiten sein wird, und die Unbestimmtheit ist von der

---

[2] Vgl. l. 99 pr. D. 45, 1, l. 106 eod.

[3] L. 94. l. 95. l. 115 pr. D. 45, 1, l. 71 pr. D. 30, l. 30 § 1 D. 18, 1, l. 69 § 4 D. 23, 3, l. 1 C. 5, 11. L. 71 pr. cit.: — „magis derisorium est, quam utile legatum". Vgl. l. 17. l. 46 § 3. l. 108 § 1 D. 45, 1. S. auch § 314 [1]. Vgl. Sf. X. 241, XIII. 219, XV. 211, XVI. 26, XVII. 124, XXIX. 14, XXX. 138, XXXII. 214, XXXVI. 21, XXXVII. 300, XXXVIII. 220, XXXIX. 294. Goldschmidt Handelsr. 2. Aufl. II S. 65 [23].

[4] In l. 25 pr. D. 19, 2 heißt es: „Si merces promissa sit generaliter alieno arbitrio, locatio et conductio contrahi non videtur". Vgl. die Citate § 386 [54].

[5] So namentlich bei den actiones bonae fidei, arbitrariae, in aequum et bonum conceptae. Vgl. I § 46. Auch dann hängt die Endentscheidung vom Richter ab, wenn der Inhalt der Leistung nicht sowohl durch den nackten Willen einer bezeichneten Person, als durch ihr billiges Ermessen (arbitrium boni viri, im Gegensatz zum arbitrium schlechthin) bestimmt werden soll. L. 24 pr. D. 19, 2, l. 76—80 D. 17, 2, l. 69 § 4 D. 23, 3, l. 3 C. 5, 11, l. 1 § 1 D. 31, l. 22 § 1 D. 50, 17. Vgl. l. 35 D. 17, 1. [Daß die Entscheidung der Partei oder des Dritten nach dem arbitrium boni viri zu treffen ist, ist im Zweifel stets anzunehmen. RG. XXXIV S. 15 fg., XXXV S. 105 fg., Dernburg II § 15 zu [7 fg.], Kipp Jahrb. f. Dogm. XXXV S. 334, *Triani*, per il XXXV. anno d'insegnamento di Fil. Serafini. Firenze 1892. p. 168 s.]

[6] Z. B. Kauf um den Preis, um welchen der Verkäufer seinerseits die Sache angekauft hat. Vgl. l. 7 § 1. 2. l. 37 D. 18, 1, l. 35 § 5. 6 eod., l. 27 D. 31.

[7] Vgl. § 386 [6. 7].

[8] Nur darf der Schuldner die Entscheidung nicht verweigern, wenn die nähere Bestimmung des Inhalts der Leistung ihm überlassen worden ist; er würde dadurch das Forderungsr. vereiteln. Bleibt er daher hartnäckig, so muß er sich gefallen lassen, daß der Gläubiger statt seiner die Entscheidung treffe. So z. B. bei der alternativen Obligation (§ 255 zu [11]).

Digitized by Google

Art, daß sie die Existenz des Forderungsrechts in Frage stellt, so liegt einstweilen nur ein bedingtes Forderungsrecht vor[9].

[1. Das BGB. hat die ganz allgemeine Vorschrift: Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern (242, vgl. auch 157). Der Gedanke der bonae fidei actiones, dessen Gemeingültigkeit für alle Ansprüche schon für das bisherige gemeine Recht behauptet werden durfte (s. I § 46 [5]), ist also im BGB. in dieser Gemeingültigkeit zweifellos anerkannt.

2. Das BGB. gestattet bei Verträgen, wie das gemeine Recht, daß die Leistung der Bestimmung durch einen der Vertragsschließenden überlassen wird. Wenn die Art der für eine Leistung versprochenen Gegenleistung feststeht (z. B. Geld), sei es durch ausdrückliche Bestimmung, sei es den Umständen zufolge, der Umfang der Leistungspflicht aber nicht bestimmt ist, so steht die Bestimmung im Zweifel dem Gläubiger der fraglichen Leistung zu (316). In jedem Falle, in welchem eine Partei zu bestimmen hat, ist, wie im gemeinen Recht ([5]), die Bestimmung im Zweifel nach billigem Ermessen zu treffen (315 Abs. 1). Soll sie nach Willkür erfolgen, so muß, wenn der Schuldner zu bestimmen hat, ein bestimmter Rahmen gegeben sein, innerhalb dessen die Bestimmung liegen muß, und soweit ein Maß in Frage steht, muß ein Minimum feststehen, unter welches der Schuldner nicht hinabgehen kann; sonst ist keine Verpflichtung vorhanden (ob. zu [3]). Soll der Gläubiger nach Willkür bestimmen, so müssen dieser Willkür doch gewisse Schranken gesetzt sein; denn anderen Falls müßte der Vertrag als unsittlich für nichtig erachtet werden (138). Die Bestimmung erfolgt, gleichviel, ob sie willkürlich oder nach billigem Ermessen getroffen werden soll, durch Erklärung gegenüber dem anderen Theil (315 Abs. 2). Daß die Bestimmung unwiderruflich sei, hatte E. I § 353 Abs. 2 bestimmt. Die II. Comm. strich diese Vorschrift als selbstverständlich (Prot. S. 8410 fg.). Dieser Auffassung wird beizutreten und danach anzunehmen sein, daß auch eine reine Minderung der Forderung nach der einmal abgegebenen Erklärung des Gläubigers, eine Erhöhung nach der einmal abgegebenen Erklärung des Schuldners der Acceptation von der Gegenseite bedarf.

Soll die Bestimmung nach billigem Ermessen getroffen werden, so ist sie nur verbindlich, wenn sie billig ist, was bewiesen werden muß. Weicht sie, wenn auch nur in geringem Grade, von der Billigkeit ab, so wird die Bestimmung durch Urtheil getroffen. Das ist nicht, wie Planck zu § 315, 3 (II S. 87) mit der II. Comm. (Prot. S. 935) annimmt, eine Feststellung, sondern eine constitutive richterliche Willenserklärung (s. I § 122 [7]). Diese kann sich in der Verurtheilung auf die bestimmte Leistung verbergen, wenn nämlich auf die Leistungsklage des Gläubigers hin die Bestimmung erfolgt ist (Prot. a. a. O.), sei es, daß der Gläubiger eine richterliche Bestimmung in Abweichung von der vom Schuldner getroffenen verlangt, oder der Beklagte vertheidigungsweise die Unbilligkeit der Bestimmung des Gläubigers gerügt hat. Es ist aber auch eine selbständige Klage auf die richterliche Bestimmung möglich, und nach der hier vertretenen Auffassung

[9] L. 75 D. 17, 2, l. 25 pr. D. 19, 2, l. 141 § 1 D. 45, 1, l. 15 C. 4, 38, § 1 I. 3, 23. Vgl. Pescatore (§ 255 [1]) S. 70 fg.

Digitized by Google

(entgegen Planck a. a. O.) ist diese Klage, weil nicht Feststellungsklage, von den Voraussetzungen des § 256 CPO. unabhängig.

Wird die nach billigem Ermessen zu treffende Bestimmung verzögert, so erfolgt die Bestimmung ebenfalls durch Urtheil. Die Mot. II S. 192 gehen davon aus, daß schuldhafte Verzögerung vorliegen muß; Planck zu § 315, 4 ist anderer Ansicht. M. E. ist Folgendes zu sagen. Das Bedürfniß einer Bestimmung durch den Richter ist für den Gegner des Bestimmungsberechtigten gleich dringlich, mag die Verzögerung mit oder ohne Schuld des Letzteren eintreten; daß Zögern im Sinne des BGB. nicht von selbst das Moment der Schuld einschließt, zeigt § 121 Abs. 1 S. 1. Eine Verzögerung ist mit Planck a. a. O. dann als gegeben anzusehen, wenn die Bestimmung nicht innerhalb der vereinbarten oder in Ermangelung einer Vereinbarung innerhalb der den Umständen angemessenen Frist erfolgt ist. Es ist aber selbstverständlich, daß die Frage, welche Frist angemessen ist, nicht bloß vom Standpunkte des Wartenden, sondern auch vom Standpunkt dessen erwogen werden muß, der die Bestimmung zu treffen hat; eine Verzögerung im Sinne des Gesetzes kann erst angenommen werden, wenn die Frist verstrichen ist, deren Einhaltung dem Bestimmungsberechtigten billiger Weise zugemuthet werden konnte. Insofern grenzt eine unangemessene Verzögerung an eine schuldhafte nahe heran.

3. Die Bestimmung der Leistung, d. h. sowohl ihrer Art wie ihres Maßes, kann auch einem Dritten überlassen werden. Auch er hat im Zweifel, wie im gemeinen Recht, nach billigem Ermessen zu bestimmen (317 Abs. 1). Sollen mehrere Dritte bestimmen, so ist im Zweifel Uebereinstimmung Aller erforderlich; nur wenn eine Summe bestimmt werden soll, ist im Zweifel die Durchschnittssumme maßgebend (317 Abs. 2). Bestimmung einer Summe liegt aber in jedem Falle vor, wo das Maß einer Leistung bestimmt werden soll; denn die Maßangabe erfolgt immer in einer Zahl. Die Vorschrift des § 317 hätte also auch dahin ausgedrückt werden können, daß nur bei Bestimmung der Art der Leistung im Zweifel Einstimmigkeit erforderlich ist, für die Bestimmung des Maßes aber der Durchschnitt der Bestimmungen gilt.

Die Bestimmung erfolgt durch unwiderrufliche Erklärung gegenüber einem der Vertragschließenden (318 Abs. 1). Ist die Erklärung wegen Irrthums, Drohung oder arglistiger Täuschung anfechtbar, so steht, da nicht die Rechtsverhältnisse des Erklärenden, sondern die der Vertragschließenden durch die Erklärung betroffen werden, die Anfechtung nur den Vertragschließenden zu und erfolgt durch Erklärung des Anfechtenden gegenüber dem andern Theil (318 Abs. 2 S. 1). Wer von beiden Vertragschließenden anfechtungsberechtigt ist, ist von Fall zu Fall zu untersuchen. Bei Drohung und Betrug, ausgeübt von einem der Vertragschließenden selbst, ist natürlich nur der Andere anfechtungsberechtigt. Bei Irrthum, sowie bei einem von einem Dritten ausgeübten Betruge oder einer solchen Drohung steht die Anfechtung Demjenigen zu, welcher durch die Erklärung benachtheiligt ist. Es kommt bei dem Irrthum hier wie sonst darauf an, ob der Erklärende bei Kenntniß der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles die Erklärung nicht abgegeben haben würde (119 Abs. 1), und bei Betrug und Drohung ist hier wie sonst entscheidend, ob der Erklärende durch sie zu der Erklärung bestimmt worden ist (123 Abs. 1). Bei einer Maßbestimmung wird nun

Digitized by Google

die Aufklärung dieses Causalzusammenhanges regelmäßig auch aufklären, ob der Bestimmende ohne den Anfechtungsgrund mehr oder weniger bestimmt haben würde, und damit ist die Person des Anfechtungsberechtigten klargestellt. Möglicher Weise bleiben aber auch Zweifel; denn es kann sein, daß durch den entscheidenden Irrthum oder den Zwang mehrseitige Erwägungen des Erklärenden abgeschnitten sind, die möglicher Weise zu einer höheren, möglicher Weise zu einer niedrigeren Bestimmung geführt hätten. In diesem Falle können beide Vertragstheile anfechten. Ist die Art der Leistung durch den Dritten bestimmt, so steht die Anfechtung immer (abgesehen vom Falle eigenen Betruges oder eigener Drohung) beiden Theilen zu; denn es kann jede Partei an der Bestimmung einer andern Art der Leistung ein Interesse haben, und ihr Anfechtungsrecht kann nicht davon abhängig gemacht werden, daß sie ein solches Interesse nachweist.

Die Anfechtung muß unverzüglich (ohne schuldhaftes Zögern) erfolgen, nachdem der Anfechtungsberechtigte von dem Anfechtungsgrunde Kenntniß erhalten hat (318 Abs. 2 S. 2); daß im Falle der Drohung es hier nicht, wie im § 124, auf das Aufhören der Zwangslage ankommt, ist begreiflich, da der Anfechtungsberechtigte ein Anderer ist, als der Gezwungene. Warum aber bei der Anfechtung wegen Drohung oder Betruges nicht wie sonst in diesen Fällen (124 Abs. 1) für die Anfechtung eine Jahresfrist nach erlangter Kenntniß offen gelassen ist, ist nicht einzusehen. — Die dreißigjährige Frist von Abgabe der Erklärung an (318 Abs. 2 S. 3) entspricht den allgemeinen Vorschriften (121 Abs. 2. 124 Abs. 3).

Soll der Dritte (der Regel entsprechend) die Leistung nach billigem Ermessen bestimmen, so ist seine Bestimmung nur dann unverbindlich, wenn sie offenbar unbillig ist; es muß also hier entgegen demjenigen, was bei Bestimmung durch eine Partei gilt, die Unbilligkeit, nicht die Billigkeit der Bestimmung bewiesen werden, und die Unbilligkeit muß eine grobe, offensichtliche sein; eine kleinliche Kritik des Ermessens des von den Parteien erwählten Unparteiischen durch den Richter darf nicht zugelassen werden. Ist die Bestimmung unverbindlich, so erfolgt anderweitige Bestimmung durch Urtheil. Ueber das Wesen dieses Urtheils und seine Erwirkung gilt hier das Gleiche, wie oben unter 2. Ebenfalls durch Urtheil erfolgt die Bestimmung, wenn der zur Bestimmung nach billigem Ermessen Berufene die Bestimmung nicht treffen kann oder will, oder sie verzögert. Verzögerung wird hier in gleichem Sinne zu nehmen sein, wie oben unter 2. Nichtwollen ist constatirt, wenn der Dritte die Bestimmung einem Theil gegenüber abgelehnt hat. Wann Nichtkönnen vorliegt, ist aus den Umständen zu entnehmen. Ist der Dritte nicht etwa gestorben, so kann immer die Frage auftreten, ob der gegenwärtig vorliegende Hinderungsgrund durch Veränderung der Umstände gehoben werden kann; allein praktisch hat dieß wenig Bedeutung; denn ist durch die Hinderung eine über das Maß des Angemessenen oder über die gesetzte Frist hinausreichende Verzögerung begründet, so kann aus diesem Grunde richterliche Bestimmung begehrt werden (vgl. Planck zu § 319, 2, a.)

Unbestreitbar ist, daß die Parteien einen Dritten zu einer nach seinem billigen Ermessen zu treffenden Bestimmung berufen und dabei das Zurückgreifen auf richterliche Bestimmung in Ermangelung der Bestimmung durch ihren Vertrauensmann ausschließen können. Sie stellen dann ihren Vertrag unter die Bedingung der von dem Dritten zu treffenden Bestimmung.

Digitized by Google

Wenn der Dritte nach erklärter Absicht der Parteien die Bestimmung nach freiem Belieben treffen soll, so ist nach § 319 Abs. 2 der Vertrag unwirksam, wenn der Dritte die Bestimmung nicht treffen kann oder will, oder sie verzögert. Der Vertrag steht also unter der Bedingung einer von dem Dritten in der vereinbarten, eventuell in angemessener Zeit zu treffenden Bestimmung: Uebrigens kann ein solcher Vertrag, der die Parteien der reinen Willkür eines Dritten überliefert (wenn überhaupt solche Verträge vorkommen!) leicht wegen Unsittlichkeit nichtig sein. Die Möglichkeit, daß die Parteien in Ermangelung der Willkürbestimmung des Dritten eine andere Bestimmung der Leistung in dem Vertrage in Aussicht nehmen, ist zweifellos.

4. Unzweifelhaft dürfte sein, daß die obigen vom Gesetz für Verträge gegebenen Vorschriften auch bei einseitigen Versprechungen, z. B. bei der Auslobung, zur entsprechenden Anwendung zu kommen haben.

5. Daß das Gesetz manche von der Parteierklärung offengelassene Lücken durch seine Vorschriften ausfüllt und dabei vielfach von dem allgemeinen Princip des § 242 (ob. 1) durch Verweisung auf das Angemessene und Billige (den Worten oder dem Sinne nach) specielle Anwendungen macht, bedarf kaum der Erwähnung. Aufmerksam zu machen aber ist an dieser Stelle auf die Vorschriften, in denen wegen der Höhe einer Vergütung auf das Uebliche als dasjenige verwiesen wird, was im Zweifel als vereinbart anzusehen ist (612 Abs. 2. 628 Abs. 2. 653 Abs. 2). Hierin liegt eine Abweichung von dem § 316; denn in den fraglichen Fällen hat im Rechtssinne nicht der Vergütungsberechtigte eine Bestimmung zu treffen, (welche der Kritik unterliegt), sondern es wird das Uebliche als etwas objectiv Feststehendes angesehen und geschuldet. Eine fernere Abweichung vom Vorigen zeigen diese Fälle auch in Bezug auf die Bedeutung des richterlichen Urtheils; denn hier hat das Gericht nicht zu bestimmen im Sinne einer constitutiven Willenserklärung, sondern nur das Uebliche zu ermitteln und festzustellen.

6. Ueber Vermächtnisse und Auflagen von Todeswegen vgl. 2151—2156. 2192. 2279.]

§ 255.

Besonders hervorzuheben sind unter den Fällen der Unbestimmtheit der Leistung diejenigen, wo der Inhalt der Leistung nur alternativ oder nur generisch bestimmt ist. Man nennt in diesen Fällen die Obligation selbst eine alternative oder eine generische.

1. Alternative Obligation[1]. Der Schuldner soll Dieses oder Jenes leisten[2]. Eines muß er leisten; unbestimmt ist nicht, ob,

§ 255. [1] Ueber die alternative Obligation sind zu vergleichen: Vangerow III § 569 Anm., Savigny Oblig. I § 38, Fitting Correaloblig. S. 136—169. S. auch Holzschuher III § 210. Neuere Literatur: O. Nanne die Disjunctivobligation (1876, veröffentlicht 1880, Inaug.-Dissertation). Bernstein zur Lehre vom alternativen Willen und den alternativen Rechtsgeschäften. Abth. 1. Berlin 1878. (Dieser Schriftsteller macht darauf aufmerksam, daß der „alternative Wille" sich nicht bloß auf dem Gebiete der Obligationen, und nicht bloß was den Gegenstand des zu begründenden Rverhältnisses angeht, wirksam erweisen könne; er

Digitized by Google

sondern was er leisten muß. Deßwegen darf die alternative Obligation nicht als bedingte Obligation gedacht werden[3]. Was aber der Schuldner zu leisten hat, hängt nach dem zuvor Gesagten (§ 254) von seiner Wahl ab[3a], nicht von der des Gläubigers[4]; der Gläubiger hat die Wahl nur dann, wenn dieß bei der Begründung der Obligation (ausdrücklich oder stillschweigend) festgesetzt ist[5]. Nicht zu verwechseln

regt ferner die Frage an, ob nicht neben den „alternativen Willen" ein ihm nahe verwandter „genereller Wille" zu stellen sein möchte, und verspricht im Fortgange seiner Arbeit eine genauere Untersuchung des „unbestimmten Willens". S. darüber jetzt Zitelmann Irrthum S. 500 fg. Ryk in der sofort zu nennenden Schrift S. 132 fg.). Pescatore die s. g. alternative Obligation. 1880. Darüber: Bernstein ZS. f. HR. XXIX S. 602 fg., Pfersche kr. VJS. XXIII S. 305 fg. Ryk Lehre von den Schuldverhältnissen S. 129—268. S. auch unten Note [2a. 5]. — Was die Bezeichnung angeht, vgl. l. 25 pr. D. 36, 2 und dazu l. 124 D. 50, 16; l. 8 § 5 D. 28, 7, l. 7 § 4 D. 47, 10, l. 2 § 3 D. 13, 4, l. 9 pr. D. 11, 3. Pescatore S. 1 [1]. Eine vergleichende Skizze gibt Bernstein ZS. f. vergl. RW. II S. 392 fg. (1880).

[2] Z. B. diese oder jene Sache geben, diese Sache geben oder diese Arbeit verrichten ꝛc. Natürlich kann die Zahl der Leistungsinhalte, unter welchen die Auswahl getroffen werden soll, auch größer als zwei sein.

[3] Daher geht das alternative Vermächtniß auf die Erben über (l. 19 D. 33, 5), während für das bedingte bekanntlich das Gegentheil gilt (I § 89 [5]). Vgl. auch l. 72 § 4 D. 46, 3 mit l. 31 D. 45, 1. Bernstein S. 103 fg., Pescatore S. 16 fg. Ryk S. 206. — Für eine bedingte Obligation hält die alternative Obligation Adickes zur Lehre von den Bedingungen (1876) S. 27 fg., jedoch nur diejenige, bei welcher der Schuldner die Wahl hat, und ohne zu bestreiten, daß auch in diesem Fall das Ob der Leistungspflicht nicht in Frage gestellt sei. — Eine Mehrheit von Obligationen mit gegenseitigem Consumtionsverhältniß nimmt an Ryk S. 211 fg.

[3a] Daß der Schuldner die Wahl habe, sagen auch die Quellen; daß die Wahl durch eine Wahlerklärung definitiv vollzogen werde, ist damit nicht gesagt ([9]). In diesem Sinn glaubt Pescatore S. 151 fg. gegen die „Ueberschätzung der Bedeutung der Wahl" warnen zu müssen.

[4] § 33 I. 4, 6, l. 25 pr. l. 34 § 6 D. 18, 1, l. 10 § 6 D. 23, 3.

[5] L. 75 § 8. l. 112 pr. D. 45, 1, l. 10 § 6 D. 23, 3. — Natürlich kann dem Gläubiger die Wahl für einen gegebenen Fall auch durch gesetzliche Bestimmung zugesprochen werden; aber weder der erste noch der zweite der von Savigny Oblig. I S. 385 angeführten Fälle (l. 17 § 5 D. 13, 6, l. 2. 8 C. 4, 44) gehören hierher: in dem ersten hat der Gläubiger die Wahl, ob er den vorliegenden Thatbestand unter diesen oder jenen rlichen Gesichtspunkt stellen, und demgemäß aus demselben dieses oder jenes Forderungsr. herleiten will, der zweite gehört zur s. g. facultas alternativa (s. das Ende der Note). — Hat der Gläubiger die Wahl, so muß man sagen, daß jeder Leistungsinhalt sogleich in obligatione sei, da den Gläubiger nichts hindert, seinen Willen sofort dahin geltend zu machen, daß gerade dieser Inhalt ihm geleistet werde. Daher die Entscheidung in l. 76 D. 30. S. auch l. 112 pr. D. 45, 1, l. 11 D. 23, 5, l. 1 C. 5, 23. Anders, wenn dem Schuldner die Wahl zusteht; in diesem Falle kann man sofort von keinem Leistungsinhalte sagen, daß gerade er verschuldet werde, sondern erst

Digitized by Google

mit der alternativen Obligation ist der Fall, wo der Schuldner, während er auf eine Leistung bestimmten Inhalts verpflichtet ist, die Befugniß hat, sich auch mit einer Leistung eines andern bezeichneten Inhalts zu befreien[5a]. — Die alternative Obligation kann zu einer einfachen werden, d. h. sie kann sich auf Einen Leistungsinhalt concentriren, so daß sowohl das Recht, einen andern Leistungsinhalt zu wählen, wegfällt, als auch in jeder anderen Beziehung von nun an

---

durch die wirkliche Leistung stellt sich der verschuldete Leistungsinhalt heraus. Daher l. 75 § 4 D. 30, l. 50 § 1 D. 31. S. auch l. 75 § 8 D. 45, 1. Von der andern Seite ist es freilich ebenso wahr, daß jeder Leistungsinhalt der wirklich verschuldete werden kann. Eine Folge davon ist, daß der Schuldner in Beziehung auf keinen ungebunden ist, woraus allein sich l. 95 § 1 D. 46, 3 ([14]), l. 5 § 2 D. 40, 9 erklären. Insofern kann man denn doch auch in diesem Falle sofort von einem jeden Leistungsinhalte sagen, daß er in obligatione sei; vgl. l. 128 D. 45, 1, l. 11 § 1 D. 31. Die Auffassungen der Schriftsteller sind übrigens sehr verschieden. Fitting a. a. O. glaubt, daß immer nur ein „Gegenstand" in obligatione sei; welcher? sei noch latent, und stelle sich erst durch die Wahl heraus. Bernstein a. a. O. ist der Ansicht, daß in der römischen Jurisprudenz zwei Ansichten vertreten gewesen seien, von welchen die eine angenommen habe, daß einstweilen keiner der alternativ bezeichneten „Gegenstände" in obligatione sei, die andere, daß sie sofort beide in obligatione seien, und will aus dem Gegensatz dieser Ansichten (Bernstein bezeichnet denselben durch die Ausdrücke: suspensive und resolutive Pendenz) namentlich l. 19 D. 31 (vgl. II § 426 [11]), die von Justinian in l. 10 C. 4, 5 entschiedene Controverse (vgl. [7 a. E.]) und den Widerspruch, welchen Bernstein zwischen l. 26 § 13 D. 12, 6 und l. 2 § 1 D. 45, 1 findet, erklären. Nach Puntschart (§ 250 [2 a. E.]) (vgl. kr. VJS. XXIX S. 511 fg.) ist vor der Wahl noch gar kein R. des Gläubigers vorhanden, sondern nur was dieser Schriftsteller die objectivrliche Grundlage des R. nennt. Alle diese Schriftsteller machen einen Unterschied zwischen dem Fall, wo der Gläubiger, und dem Fall, wo der Schuldner die Wahl hat, nicht. Diesen Unterschied macht Pescatore a. a. O., steigert aber dessen Bedeutung dahin, daß er annimmt, im Fall des Wahlr. des Gläubigers sei derselbe sofort Gläubiger auf jeden Leistungsinhalt, es seien also mehrere Forderungsre. vorhanden, von denen das eine durch die Geltendmachung des anderen consumirt werde. Alles was der Verf. an Beweis hierfür hat, steht auf S. 77—79. Gegen P. auch Bernstein ZS. f. HR. XXIX S. 602 fg. Karlowa Grünh. ZS. XVI S. 431. Gegen alle „Pendenz" Ryk S. 206 fg.

[5a] Diese andere Leistung ist in keiner Weise in obligatione, sondern nur in solutione. Vgl. als Beispiel § 396 [3] und die Noxalklagen (Karlowa Legisactionenproceß S. 120 fg.) [S. jedoch Lenel Edict S. 154 fg. Girard les actions noxales, Paris 1888 p. 30—41, dazu Kipp Sav.-ZS. X S. 401 fg.] Im Allgemeinen Wächter II S. 198—200, Unger I S. 493—495, Pescatore S. 264 fg., Zitelmann Irrthum S. 509. — Etwas Aehnliches kann auf der Gläubigerseite in der Weise stattfinden, daß der Gläubiger die Befugniß hat, durch seinen Willen an die Stelle der vorhandenen Forderung eine andere Forderung zu setzen. Vgl. Regelsberger Jahrb. f. Dogm. XVI S. 159 fg., Pescatore S. 269 fg., Zitelmann a. a. O.

Digitized by Google

diejenige rechtliche Behandlung eintritt, welche einer nur auf diesen Einen Leistungsinhalt gerichteten Obligation entspricht[6]. Eine solche Concentration tritt ein 1) durch wirklich vollzogene Leistung[7]; 2) durch Vertrag zwischen den Parteien[8]. 3) Durch eine einseitige Erklärung des wahlberechtigten Schuldners oder Gläubigers tritt die Concentration an und für sich nicht, sondern nur dann ein, wenn dieß in dem die Obligation begründenden Rechtsgeschäft (ausdrücklich oder stillschweigend) bestimmt worden ist[9]. 4) Die Proceßerhebung bewirkt

---

[6] Dieß gilt namentlich von der Befreiung des Schuldners durch Eintritt schuldloser Unmöglichkeit in Beziehung auf den übrig gebliebenen Leistungsinhalt. Ich habe den Ausdruck im Text gegenüber der 5. Auflage geändert, um das Mißverständniß auszuschließen, als werde nach der Concentration die Obligation auch für die frühere Zeit rlich als eine einfache behandelt, ein Mißverständniß, in welches Pescatore S. 133 fg. in der That verfallen ist.

[7] Auch wenn der Schuldner die Wahl hat, leistet er dasjenige, was er leistet, als ein Verschuldetes. A. M. Brinz 2. Aufl. II § 242[4]. § 243[26]. — Die Leistung muß vollständig gemacht sein. Theilweise Leistung des einen der mehreren Leistungsinhalte ist gar keine Leistung, da es ungewiß ist, ob der andere Theil desselben Leistungsinhaltes hinzukommt, und das Forderungsr. nicht theilweise mit dem einen, theilweise mit dem andern Leistungsinhalte befriedigt werden kann. Der Schuldner ist also einstweilen auch nicht theilweise befreit, sondern wird erst (auf das Ganze) befreit, wenn er den andern Theil desselben Leistungsinhaltes hinzuleistet. Thut er das nicht, so kann er das zuerst Geleistete wegen ermangelnder Voraussetzung (wegen nicht erreichter Absicht der Befreiung) zurückfordern. L. 26 § 13. 14 D. 12, 6, l. 2 § 1 D. 45, 1 (vgl. Vangerow III § 567 Anm. 2 Nr. II. 1, Erxleben condictiones sine causa II S. 206, Bernstein S. 62, Pescatore S. 161 fg.), l. 85 § 4 i. f. eod., l. 15 D. 31. Vgl. § 427[5]. — Einfluß des Irrthums bei der Leistung: l. 32 § 3 D. 12, 6, l. 19 D. 31; l. 19 § 3 D. 12, 6, l. 26 § 13 i. f. D. eod., l. 10 C. 4, 5. Vgl. II § 426[11], III § 661[7]. Ueber l. 21 D. eod. s. Vangerow III § 569 Anm. 1 Nr. 1, Pescatore S. 170, Ryk S. 287.

[8] L. 27 § 6 D. 2, 14, l. 25 pr. D. 13, 5, l. 4 D. 18, 5.

[9] Die durch die Unbestimmtheit des Leistungsinhalts der einen oder der andern Partei erworbene vortheilhafte rliche Stellung kann, wenn darüber bei der Begründung der Obligation keine andere Bestimmung getroffen ist, nur durch Gründe verloren werden, durch welche Re überhaupt verloren werden. L. 138 § 1 D. 45, 1, vgl. l. 106 eod. S. ferner die in Note [7] citirten Stellen, aus welchen hervorgeht, daß selbst theilweise Leistung des einen Leistungsinhalts eine Concentration der Obligation auf diesen Leistungsinhalt nicht herbeiführt, auch l. 17 D. 46, 4. Vgl. noch l. 21 § 6 D. 19, 1 (Sf. I. 189). — Ob bei der Begründung der Obligation eine Bestimmung des Inhalts getroffen sei, daß das Wahlr. auch durch eine bloße Erklärung solle verloren werden, muß, wenn das begründende Rgeschäft sich nicht unzweideutig darüber ausgesprochen hat (vgl. l. 11 § 1 D. 31), durch Auslegung festgestellt werden. Dabei wird es vor allen Dingen darauf ankommen, ob überhaupt über die Wahl eine Bestimmung getroffen ist; ist das nicht der Fall, so wird es für eine Auslegung des bezeichneten Inhalts meistens an allem Anhalt fehlen. Die Quellen schließen sie für diesen

Digitized by Google

die Concentration dann, wenn dem Gläubiger die Wahl zusteht, und derselbe seine Klage auf einen bestimmten Leistungsinhalt gerichtet

---

Fall geradezu aus, l. 138 § 1 D. 45, 1. „Cum pure (d. h. eben: ohne ausdrückliche Einräumung des Wahlr.) stipulatus sum 'illud aut illud dari', licebit tibi quoties voles mutare voluntatem in eo quod praestaturus sis, quia diversa causa est voluntatis expressae et eius quae inest". Vgl. auch l. 106 D. eod., und zum letzten Theil der Stelle l. 65 § 1 D. 30, l. 52 D. 35, 1. Aber auch wenn über die Wahl eine Bestimmung getroffen ist, ist es sehr wohl möglich, daß durch dieselbe bloß hat gesagt werden sollen, wer wählen dürfe, nicht aber, es solle durch die einmal getroffene Wahl eine definitive Entscheidung über den verschuldeten Leistungsinhalt herbeigeführt werden, und wenn die Bestimmung dahin geht, daß nach Wahl des Gläubigers geleistet werden solle, dessen Wahlr. sich nicht von selbst versteht, so ist jenes sogar die näher liegende Auslegung. Unsere Quellen freilich sind vorwiegend geneigt, der im Rgeschäft getroffenen Wahlbestimmung eine sachliche, keine bloß persönliche Bedeutung zuzuschreiben, s. l. 84 § 9 D. 30 und arg. l. 138 § 1 D. 45, 1, ferner l. 95 pr. D. 46, 3, l. 22 D. 16, 2; vgl. aber auch l. 112 pr. D. 45, 1, wo unterschieden wird, ob gesagt worden sei, „quem voluero" oder „quem volam". — In der neueren Zeit hat sich Jhering (Jahrb. f. Dogm. I S. 31—33) mit großer Lebhaftigkeit dafür ausgesprochen, daß im heutigen R. in allen Fällen das Wahlr. durch die bloße Erklärung des Wahlberechtigten verloren werde; die entgegengesetzte Entscheidung sei nur „vom Standpunkt der römischen Stipulationstheorie" gerechtfertigt; übereinstimmend Demelius ZS. f. CR. u. Pr. N. F. XVII S. 19 fg., Regelsberger ACPra. XLIX S. 208—209, Dernburg Preuß. Privatr. II § 29 [8], Puntschart (§ 250 [2] a. E.) S. 299 fg. Jhering hat sich die Frage nicht vorgelegt, ob die Erklärung des wahlberechtigten Schuldners wie bindend so auch berechtigend für ihn sei, so daß er durch eine in Betreff des gewählten Leistungsinhaltes eintretende schuldlose Unmöglichkeit befreit werde: ich weiß nicht, ob ihm nicht, wenn er dieß gethan hätte, Zweifel an der Haltbarkeit seiner Meinung aufgestiegen sein würden. Wenigstens weist er bei generischen Obligationen den Uebergang der Gefahr auf den Gläubiger durch bloße Erklärung des Schuldners mit großer Entschiedenheit zurück (s. [20] und § 390 [8]). Demelius und Regelsberger a. a. OO. ziehen ausdrücklich die Consequenz, daß mit der Erklärung des Schuldners auch die Gefahr auf den Gläubiger übergehe, und Regelsberger unterwirft folgerichtig dieser Consequenz auch die generischen Obligationen, während Puntschart a. a. O. die Gefahr des Käufers, d. h. die Verpflichtung desselben, Kaufgeld zu zahlen, ohne daß er die Kaufsache erhält, nach der allgemeinen von ihm aufgestellten Regel (§ 321 [18]) nur in beschränktem Maße eintreten läßt. Vgl. noch Sintenis II § 83 [35]. Gegen die Concentration durch einseitige Erklärung Lang Beiträge zur Hermeneutik S. IX fg., Arndts § 203 [3] und kr. VJS. V S. 339, Vangerow III § 569 Anm. 1 Nr. 2, Brinz 2. Aufl. II S. 108. 109, Bernstein S. 49 fg., Pescatore S. 181 fg., Ryk S. 231 fg. (mit Unterscheidung zwischen alternativer Pendenz und alternativer Obligation); Sf. IV. 20 (anders XXXI. 319). Milder jetzt auch Regelsberger Jahrb. f. Dogm. XVI S. 170 fg. Nach Dernburg II § 27 soll die einseitige Erklärung den Schuldner nicht binden (2. Aufl. S. 78), ihm aber das R. nehmen, die Wahl zu ändern (2. Aufl. S. 80). [Hiergegen Dernburg in den neueren Auflagen II § 27 [16].] Doch bedarf die herrschende Meinung m. E. eines Zusatzes. Auch die nicht bindende Erklärung des Wahlberechtigten verpflichtet denselben, wenn er hinterher

Digitized by Google

hat[10], während der Schuldner das ihm zustehende Wahlrecht nicht schon durch die Erhebung des Processes, sondern erst, und zwar zu Gunsten des Gläubigers, der Execution gegenüber verliert[11]. 5) Endlich kann sich die alternative Obligation auf einen der mehreren Leistungsinhalte auch dadurch concentriren, daß einer derselben unmöglich wird[12]. Eine solche Unmöglichkeit hat eine Concentration der Obligation auf den andern Leistungsinhalt nur dann nicht zur Folge, wenn die Unmöglichkeit durch die Schuld des Schuldners eingetreten ist und der Gläubiger die Wahl hat; hier bleibt es dem Gläubiger unbenommen, statt des unmöglich gewordenen Leistungsinhaltes sein Interesse an demselben zu fordern. Außerdem ist zu bemerken: a) daß der Schuldner, wenn er die Wahl hat und die Unmöglichkeit ohne seine Schuld eingetreten ist, nicht die Befugniß verliert, den Gläubiger auch mit dem Werth des unmöglich gewordenen Leistungsinhaltes abzufinden[13]; b) daß der Schuldner, wenn die Unmöglichkeit durch seine

eine andere Wahl trifft, zum Ersatz des s. g. negativen Interesses, d. h. desjenigen Nachtheils, welchen der Gegner dadurch erlitten hat, daß er sich darauf verlassen hat, es werde das in der Erklärung Bezeichnete geleistet werden bez. zu leisten sein (§ 307 [5]). Wenn dieses Interesse auf Grund einer abgegebenen Vertragserklärung geleistet werden muß (s. a. a. O.), so wird man nicht zu weit gehen, wenn man die Verpflichtung zur Leistung desselben auch durch eine abgegebene Erfüllungserklärung entstehen läßt.

[10] L. 112 pr. i. f. D. 45, 1. Vgl. I § 125 [11]. § 126 [4. 5]. Der Gläubiger braucht jedoch in der Klage nicht zu wählen, sondern kann verlangen, daß ihm der Schuldner auf diese oder jene Leistung verurtheilt werde. Definitiv wählen muß er erst, wenn er Execution begehrt. Wächter Erörter. III S. 117. Zulässige Zurücknahme der Klage stellt das Wahlr. wieder her: CPO. 243 [271]. Vgl. auch RG. VIII S. 353.

[11] § 33 I. 4, 6; vgl. l. 11 § 1 D. 31. Auch durch den Verzug verliert der Schuldner nicht sein Wahlr. RG. XII S. 184. Wächter Erörter. III S. 117 [64], Bangerow III § 569 Anm. 1 Nr. 4, Mommsen Beiträge zum Obligationenr. III S. 259 fg., Baron die adjecticischen Klagen S. 58 [19], Pescatore S. 189 fg., Ryk S. 245 fg., Sf. XXII. 125. Vgl. Bernstein S. 67 fg. Ueber l. 2 § 3 D. 13, 4 s. Wächter, Mommsen, Pescatore a. a. OO., Reatz Lehre vom Erfüllungsort S. 3. 4. Römer Abhandlungen aus dem R. R. I S. 145 (vgl. [15]) gibt dem Gläubiger das R., das Mindeste zu fordern. Ich halte das für bedenklich. Annahmeverzug des Gläubigers: vgl. § 345 [4], § 346 [3. 10]. Bernstein S. 73 fg., Pescatore S. 192.

[12] L. 2 § 3 D. 13, 4, l. 34 § 6 D. 18, 1, l. 95 pr. § 1 D. 46, 3, l. 16 pr. D. 45, 1. Bei anfänglicher Unmöglichkeit des einen Leistungsinhaltes tritt die Concentration gleich zu Anfang ein, l. 128 D. 45, 1, l. 72 § 4 D. 46, 3.

[13] L. 47 § 3 D. 30 und arg. l. 95 § 1 D. 46, 3. Deßwegen ist aber dieser Leistungsinhalt nicht weniger aus der Obligation ausgeschieden, und daher hat nicht etwa, wenn auch der zweite Leistungsinhalt ohne Schuld des Schuldners

Digitized by Google

Schuld eingetreten ist, selbst in dem Falle, wo er die Wahl hat, nicht frei wird, wenn hinterher auch der andere Leistungsinhalt ohne seine Schuld unmöglich wird; er muß dann den Gläubiger dafür entschädigen, daß dieser nun durch seine Schuld weder den einen noch den andern Leistungsinhalt erhält[14].

[1. a. Das ßGß. beschreibt die alternative Obligation als eine solche, bei der mehrere Leistungen in der Weise geschuldet werden, daß nur die eine oder die andere zu bewirken ist, und bestimmt, wie das gemeine Recht, daß im Zweifel der Schuldner die Wahl hat (262). Der Einfachheit halber sind im Folgenden stets nur zwei alternativ geschuldete Leistungen angenommen.

b. Auch das BGB. kennt Fälle der s. g. facultas alternativa des Schuldners (s. ob. zu [5a]), z. B. 1973 Abs. 2 S. 1. 1992 S. 2; 775 a. E.

c. Andererseits kommt auch im BGB. vor, daß dem Gläubiger das Recht zugesprochen wird, statt des Geschuldeten etwas Anderes zu verlangen, ohne daß eine echte Alternativobligation vorliegt. Hierher gehören die von Planck zu § 262, 1 angeführten §§ 340. 1345—1347; ferner z. B. 843 Abs. 3. 281. 283. 286 Abs. 2.

2. a. Die Wahl erfolgt bei dem alternativen Schuldverhältniß entgegen der von Windscheid vertretenen Auffassung des gemeinen Rechts (ob. zu [9]) unwiderruflich durch einseitige Erklärung des Wahlberechtigten mit der Wirkung, daß die gewählte Leistung als die von Anfang an allein geschuldete gilt (263).

---

unmöglich geworden sein sollte, dieser die Verpflichtung, den Werth des ersten zu leisten. — Nur mit Beschränkung will dem Schuldner die hier bezeichnete Befugniß zugestehen Bekker Jahrb. d. gem. R. V S. 374. Pescatore S. 201 fg. leugnet sie ganz; seine Beweisführung hat mich nicht überzeugt. (Bei Pescatore weitere Literaturangaben.) Gegen die bezeichnete Befugniß auch Ryk S. 239 fg.

[14] Wobei ihm aber die zu Note [13] bemerkte Befugniß zu Statten kommt. L. 95 § 1 D. 46, 3: — „si facto debitoris alter (der eine von den beiden verschuldeten Sclaven) sit mortuus, cum debitoris esset electio, quamvis interim non alius peti possit, quam qui solvi etiam potest . . tamen si et alter servus postea sine culpa debitoris moriatur, nullo modo ex stipulatu agi poterit, cum illo in tempore, quo moriebatur, non commiserit stipulationem; sane quoniam impunita non debent esse admissa, doli actio non immerito desiderabitur". Es ist wohl keiner Frage unterworfen, daß die Römer der Formel des bonae fidei iudicium gegenüber eine actio doli nicht für erforderlich gehalten, und noch weniger, daß sie im bonae fidei iudicium den Beklagten auch wegen bloßer Fahrlässigkeit verurtheilt haben würden, so daß heutzutage von dem Erforderniß des „facto debitoris" abgesehen werden darf. So auch die herrschende Meinung. — Ueber den Einfluß der Unmöglichkeit der Leistung auf die alternative Obligation gibt es eine besondere Abhandlung von Zimmern ACPra. I S. 309 fg. (1820); außerdem sind zu vergleichen Fuchs das. XXXIV S. 235—241 (1851), Mommsen Beiträge zum Obligationenr. I § 26 (1853), Hofmann über das Periculum beim Kaufe S. 111 fg. (1870), Vangerow III § 569 Anm. 2, Holzschuher III S. 31—36, Ryk S. 239 fg. 250 fg.

Digitized by Google

b. Bei *facultas alternativa* des Schuldners ist dessen Erklärung, daß er sich von seiner Verbindlichkeit in der ihm freigestellten Weise lösen wolle, weder für ihn noch für den Gläubiger bindend. Der Gläubiger hat nach wie vor das Recht, auf die geschuldete Leistung zu dringen, der Schuldner kann nach wie vor diese Leistung bewirken, es sei denn, daß jene Erklärung vertragsmäßig gegeben und angenommen wäre.

c. Wenn der Gläubiger statt des Geschuldeten etwas Anderes verlangen kann, so untersteht es besonderen Vorschriften, durch welche Erklärungen er sich des Rechts auf das Geschuldete oder das Andere beraubt. Wenn z. B. nach Verfall der auf Nichtleistung gesetzten Strafe der Gläubiger erklärt, die Erfüllung zu verlangen, so ist sein Recht, die Strafe zu verlangen, nicht beseitigt, wohl aber erlischt der Anspruch auf Erfüllung, wenn er die Strafe zu verlangen erklärt (340). Im Falle der §§ 1345. 1346 wirkt die Wahlerklärung ausschließend wie bei der alternativen Obligation; dieß beruht aber auf besonderer Vorschrift des § 1347 Abs. 1. Im Falle des § 283 schließt die Erklärung des Gläubigers, daß er den Vollzug des Urtheils verlange, die Setzung einer angemessenen Frist nicht aus, nach deren Ablauf der Gläubiger statt der Erfüllung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen kann. Die Setzung dieser Frist durch den Gläubiger befreit den Schuldner von der Verpflichtung zur Erfüllung des Urtheilsanspruchs für sich allein nicht, sondern erst der fruchtlose Ablauf der Frist hat diese Wirkung.

3. a. Ist bei alternativem Schuldverhältniß (wie regelmäßig) der Schuldner wahlberechtigt und wählt nicht, so muß der Gläubiger mit alternativem Antrag klagen, und das Urtheil hat alternativ zu lauten; erfolgt die Wahl nicht bis zum Beginn der Zwangsvollstreckung (vgl. ob. zu [11]), so kann der Gläubiger nach seiner Wahl die Vollstreckung auf die eine oder die andere Leistung richten; der Schuldner kann aber, bis der Gläubiger diejenige Leistung, wegen deren er Vollstreckung betreibt, wenigstens zu einem Theil empfangen hat, sich durch die andere Leistung befreien (264 Abs. 1). Durch den Beginn der Zwangsvollstreckung auf die eine Leistung geht also das bisherige alternative Schuldverhältniß in ein solches mit facultas alternativa über.

b. Bei einem Schuldverhältniß mit *facultas alternativa* des Schuldners kann der Gläubiger klagen und Vollstreckung betreiben nur in Betreff der geschuldeten Leistung. Die Befugniß des Schuldners, sich durch die andere Leistung zu befreien, erlischt durch die Klageerhebung nicht; nach dem Urtheil kann er die Zwangsvollstreckung durch die andere Leistung nur abwenden, wenn ihm die Befugniß dazu im Urtheil vorbehalten ist; diesen Vorbehalt kann er jedoch verlangen.

4. a. Ist der Gläubiger bei der alternativen Obligation wahlberechtigt, so kann er nach den allgemeinen Grundsätzen in Annahmeverzug kommen. Erforderlich ist regelmäßig, daß er zur Vornahme der Wahl aufgefordert ist (295 S. 2); ob es erforderlich ist, daß der Schuldner die mehreren Leistungsgegenstände zum Zwecke der Wahl vorzeigt, oder ob der Gläubiger sich bei dem Schuldner einzufinden hat, und wie weit sonst bei der Aufforderung zur Wahl die Leistungsbereitschaft des Schuldners gehen kann und muß, damit nicht nach § 297 der Annahmeverzug ausgeschlossen sei, ist nach dem einzelnen Verhältniß zu entscheiden. Im Falle des § 296 (dies interpellat pro homine) bedarf es der Aufforderung

Digitized by Google

zur Wahl nicht. Ist der Annahmeverzug begründet, so kann der Schuldner den Gläubiger unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Vornahme der Wahl auffordern. Wählt der Gläubiger innerhalb dieser Frist nicht, so geht das Wahlrecht auf den Schuldner über (264 Abs. 2), und das Verhältniß beurtheilt sich nach dem unter 3 Gesagten. Streitig ist, ob der Schuldner die Aufforderung unter Fristsetzung im Sinne des § 264 alsbald mit der den Annahmeverzug begründenden Aufforderung verbinden kann. Dafür Cosack I S. 292 d; dagegen Planck zu § 264, 3, b. Dem Letzteren ist beizutreten; der Gläubiger kommt nach § 293. 295 S. 2 erst dann in Annahmeverzug, wenn er auf die erste Aufforderung die Wahl nicht vornimmt. Hier ist zwar von keiner Frist die Rede; sondern die Wahl muß zur Vermeidung des Annahmeverzuges sofort vorgenommen werden. Dasjenige Zeitminimum aber, welches erforderlich ist, um die Wahl zu bewirken, muß erst verstrichen sein, ehe der Annahmeverzug eintritt, und nun erst kann die Aufforderung des § 264 ergehen.

b. In den Fällen, in denen der Gläubiger statt des Geschuldeten etwas Anderes verlangen kann, ist § 264 Abs. 2 nicht anwendbar. Für die Fälle der §§ 1345. 1346 gibt § 1347 Abs. 2 eine ähnliche, besondere Vorschrift. Soweit nicht derartige besondere Vorschriften bestehen, kann der Schuldner zunächst das Geschuldete anbieten; die Wirkungen dieses Angebots bemessen sich von Fall zu Fall verschieden, z. B. im Falle des § 286 Abs. 2 kann der Gläubiger das Angebot (mit Hinweis auf sein mangelndes Interesse) ablehnen; nimmt er es an, so kann er Schadensersatz wegen Nichterfüllung nicht mehr verlangen. Wenn im Falle des § 283 der Schuldner innerhalb der Frist die Erfüllung anbietet, so muß der Gläubiger sie bei Meidung des Annahmeverzuges annehmen, und das Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung kommt nicht zur Entstehung; bietet dagegen der Schuldner nach Ablauf der Frist noch die Erfüllung an, so kann der Gläubiger sie ablehnen, während er durch freiwillige Annahme des Rechts auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung sich begibt. Ebenso ist von Fall zu Fall zu untersuchen, welche Wirkung das Angebot des Anderen hat, was der Gläubiger statt der Erfüllung verlangen kann. Im Falle des § 283 kann der Gläubiger bei währender Frist den Schadensersatz wegen Nichterfüllung ohne Nachtheil ablehnen; erfolgt das Angebot nach Ablauf der Frist, so setzt ihn die Ablehnung in Annahmeverzug; denn nun ist der Schadensersatz der einzige Schuldgegenstand. Wenn der in Verzug befindliche Schuldner Schadensersatz wegen Nichterfüllung anbietet und der Gläubiger das Angebot ablehnt, so kann darin unter Umständen das Geständniß zu finden sein, daß die Erfüllung für den Gläubiger noch Interesse hat, der Fall des § 286 also nicht gegeben ist; unter anderen Umständen wird anzunehmen sein, daß der Gläubiger in Ansehung der aus § 286 Abs. 2 begründeten Geldforderung in Annahmeverzug gekommen ist.

5. a. Die Bewirkung der einen der alternativ geschuldeten Leistungen tilgt grundsätzlich das Schuldverhältniß. Wenn aber der wahlberechtigte Schuldner in dem Glauben geleistet hat, nur diese Leistung zu schulden, so hat er gemäß § 812. 813. 814 die condictio indebiti, der Gläubiger aber hat ein Zurückbehaltungsrecht (273), bis der Schuldner die nun von ihm gewählte Leistung beschafft hat. Natürlich verdient der Gläubiger, der in berechtigter Weise glaubte, der Schuldner kenne sein Wahlrecht und übe es durch die bewirkte Leistung aus,

Digitized by Google

Schutz gegen die Nachtheile, mit welchen die nunmehrige Auswechselung der Leistungsgegenstände verbunden sein würde. Dieser Schutz liegt darin, daß er nur soweit das Empfangene herauszugeben hat, als er noch dadurch bereichert ist (818 Abs. 3). Er kann aber gerade dadurch einen Schaden erleiden, daß er die erste, ihn jetzt noch bereichernde Leistung aus seinem Vermögen wieder auslösen muß, (z. B. Störung seines Geschäfts, Nothwendigkeit eines Umzugs). Solche Schäden sind als die Bereicherung mindernd in Ansatz zu bringen. Will man dieß nicht gelten lassen, so muß nach Analogie des (unmittelbar freilich nicht anwendbaren) § 122 gesagt werden, daß der Schuldner solche Schäden als negatives Interesse zu ersetzen hat.

b. Nicht anders ist auch im Falle der Obligation mit *facultas alternativa* des Schuldners zu entscheiden, wenn der Schuldner leistet in Unkenntniß seines Rechts, sich durch die andere Leistung zu befreien; denn aus diesem Recht entspringt eine peremtorische Einrede gegen die Forderung (vgl. 813).

c. Hat der wahlberechtigte Gläubiger die eine der alternativ geschuldeten Leistungen angenommen in dem Glauben, daß er nur diese zu fordern habe, so hat er eine nach § 263 verbindliche Wahlerklärung durch die Annahme nicht abgegeben; sein alternatives Forderungsrecht ist nicht erfüllt, und er kann auf dessen Grund die andere Leistung wählen und einfordern, aber selbstverständlich nur gegen Restitution des Empfangenen. Der Schuldner, welcher in berechtigter Weise annahm, der Gläubiger kenne sein Wahlrecht und übe es in der Annahme der Leistung aus, verdient aber hier seinerseits Schutz gegen die Nachtheile, welche ihm das Vertrauen auf die schuldtilgende Kraft der ersten Leistung gebracht hat. Dieser Schutz kann hier nur in der analogen Anwendung des § 122 gefunden werden.

d. In den Fällen, in denen der Gläubiger statt der Erfüllung etwas Anderes verlangen kann, muß von Fall zu Fall untersucht werden, ob, wenn er in Unkenntniß dieses Rechts Erfüllung angenommen hat, er auf jenes Recht noch zurückkommen kann. Grundsätzlich aber wird diese Frage zu bejahen, es wird z. B. nicht zu bestreiten sein, daß, wenn ein Gläubiger in Unkenntniß von den Thatsachen, aus welchen sich ergibt, daß er an der Leistung kein Interesse mehr hat (286 Abs. 2), von dem im Verzug befindlichen Schuldner die Leistung angenommen hat, unter Rückgabe derselben (nebst Ersatz des negativen Interesses zu Gunsten des gutgläubigen Schuldners) Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen kann.

6. a. Ist bei alternativem Schuldverhältniß von dem wahlberechtigten Schuldner in Kenntniß des Wahlrechts eine Leistung theilweise bewirkt, so liegt darin die Wahlerklärung, und das Schuldverhältniß concentrirt sich auch in Ansehung des übrigen Theils auf diese Leistung (263). Das Gleiche gilt, wenn von dem wahlberechtigten Gläubiger in Kenntniß des Wahlrechts ein Theil der Leistung angenommen ist. Uebrigens kann, wenn der wahlberechtigte Schuldner eine Theilleistung anbietet, seine Wahlerklärung als dadurch bedingt erscheinen, daß der Gläubiger (wozu er nicht verpflichtet ist [266]), die Theilleistung annimmt; dann ist bei Ablehnung der Theilleistung das Wahlrecht nicht consumirt.

b. Bei einer Schuld mit *facultas alternativa* kann der Schuldner, der in Kenntniß dieser Befugniß das Geschuldete zum Theil geleistet hat, auf das

Digitized by Google

Recht, sich durch eine andere Leistung zu befreien, nicht zurückgreifen. Wird diese andere Leistung zum Theil bewirkt, so kommt es auf den Sinn an, in welchem diese Theilleistung gegeben und genommen wird. Es kann als Parteiabrede aufzufassen sein, daß nunmehr nur der Rest dieser Leistung zu bewerkstelligen ist, so daß also auch der Gläubiger ihn (und nur ihn) verlangen kann. Anderen Falles steht dem Gläubiger, da die Befreiung von der Schuld nur durch die ganze Befreiungsleistung herbeigeführt wird und andererseits die Bewirkung eines Theils dieser Leistung an und für sich dem Gläubiger kein Recht auf den Rest gibt, immer noch das Recht (und nur dieses) zu, die geschuldete Leistung gegen Rückgabe des Empfangenen zu fordern; der Schuldner kann aber dieser Forderung durch Bewirkung des Restes der Befreiungsleistung begegnen.

c. Kann der Gläubiger statt der Erfüllung etwas Anderes verlangen, so kann die Wirkung der in Kenntniß dieses Rechts erfolgten Annahme einer Theilleistung nur nach den Eigenthümlichkeiten des einzelnen Falls beurtheilt werden. Es kommt auf die genauere Untersuchung der rechtlichen Bedingungen an, unter welchen der Gläubiger das Recht hat, jenes Andere zu verlangen und ferner darauf, wie in einem solchen Falle die Wahlerklärung des Gläubigers überhaupt wirkt (vgl. ob. 2). Eine auf Nichtleistung gesetzte Vertragsstrafe verfällt im Zweifel ganz, wenn nicht die ganze Leistung bewirkt wird. Annahme eines Theils der Leistung schließt das Recht des Gläubigers, wegen Ausbleibens des Restes (unter Rückgabe des Empfangenen) die Strafe zu fordern, nicht aus; Annahme einer Abschlagszahlung auf die Vertragsstrafe dagegen wird gemäß § 340 Abs. 1 S. 2 das Recht auf Erfüllung ausschließen. Wenn der Gläubiger von dem im Verzuge befindlichen Schuldner eine Theilleistung annimmt, so verliert er nicht das Recht, gemäß § 286 Abs. 2 (unter Rückgabe des Empfangenen) Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen; denn wenn auch die Annahme der Theilleistung das Geständniß enthält, daß die Leistung zur Zeit dieser Annahme noch Interesse für den Gläubiger hatte, so kann doch durch die fernere Zögerung mit dem Reste die ganze Leistung interesselos geworden sein. Wenn andererseits der Schuldner, welcher selbst einzusehen glaubt, daß die Leistung für den Gläubiger ohne Interesse ist, eine Abschlagszahlung auf den Schadensersatz wegen Nichterfüllung anbietet, und diese angenommen wird, so wird der Gläubiger Erfüllung nicht mehr verlangen können.

d. Waltet bei der Theilleistung oder deren Annahme ein Irrthum über die Möglichkeit ob, eine andere Leistung zu bewirken oder zu verlangen, so müssen die Grundsätze unter 5 zur entsprechenden Anwendung kommen.

7. a. Ist eine der alternativ geschuldeten Leistungen von Anfang an (objectiv) unmöglich, so wird die andere allein geschuldet (265). Sollte vertragsmäßig der Gläubiger das Wahlrecht haben, und hat der Schuldner die Unmöglichkeit gekannt oder fahrlässig nicht gekannt, so haftet der Schuldner nach Maßgabe des § 307 auf das negative Interesse des Gläubigers, d. h. auf den Schaden, den der Gläubiger durch das Vertrauen auf den Erwerb des Rechts, zwischen zwei Leistungen zu wählen, erlitten hat, es wäre denn, der Gläubiger habe auch seinerseits die Unmöglichkeit gekannt oder kennen müssen. Sollte der Schuldner wählen dürfen, und hat der Gläubiger die Unmöglichkeit gekannt oder kennen müssen, so haftet umgekehrt der Gläubiger dem Schuldner in der gleichen Weise (307).

Digitized by Google

b. Ist dem Schuldner vertragsmäßig eine *facultas alternativa* eingeräumt und die Befreiungsleistung unmöglich, so muß in Ansehung der Haftung auf das negative Interesse dasselbe gelten, wie beim alternativen Schuldverhältniß; der gutgläubige Schuldner ist zu schützen gegen den Schaden, den ihm das Vertrauen einträgt, sich durch eine andere als die geschuldete Leistung befreien zu dürfen.

c. Das Entsprechende gilt auch für die Fälle, in denen der Gläubiger etwas Anderes als das Geschuldete vertragsmäßig verlangen kann, z. B. wenn als Vertragsstrafe eine unmögliche Leistung zugesichert wird.

8. a. Wird eine der alternativ geschuldeten Leistungen später objectiv unmöglich, oder wird, was dem gleichgestellt ist, der Schuldner unvermögend, sie zu bewirken (subjective Unmöglichkeit; 275 Abs. 2), so wird grundsätzlich nur die andere Leistung geschuldet; diese Beschränkung tritt aber nicht ein, wenn die (objective oder subjective) Unmöglichkeit durch einen Umstand herbeigeführt ist, den der nicht wahlberechtigte Theil zu vertreten hat (265). Ist also der Gläubiger wahlberechtigt, und hat der Schuldner die Unmöglichkeit zu vertreten (276 fg.), so kann der Gläubiger, wie im gemeinen Recht (Text nach [12]), wählen zwischen der Leistung des Möglichen und Schadensersatz wegen Nichtleistung des Unmöglichen (280). Ist der Schuldner wahlberechtigt, und hat der Gläubiger die Unmöglichkeit zu vertreten, so kann der Schuldner immer noch das Unmögliche wählen, wird also befreit (275). Was der Gläubiger als solcher zu vertreten hat, ist nicht bestimmt, man wird aber sagen dürfen, daß die Bestimmungen über die Verantwortung des Schuldners auf ihn entsprechende Anwendung finden müssen. Nicht dagegen (vgl. Text zu [13]) kann der wahlberechtigte Schuldner bei einer von keiner Seite zu vertretenden Unmöglichkeit den Werth des Unmöglichen leisten. Werden beide Leistungen nach einander unmöglich, so ist zu unterscheiden: *α*) Ist der Gläubiger wahlberechtigt, und die erste Leistung auf eine vom Schuldner nicht zu verantwortende Weise unmöglich geworden, das Schuldverhältniß also auf die zweite Leistung beschränkt, so kann der Gläubiger bei Unmöglichwerden der zweiten, wenn dieses der Schuldner zu verantworten hat, Schadensersatz wegen Nichtbewirkung der zweiten Leistung, anderen Falls aber nichts verlangen. Hatte der Schuldner das Unmöglichwerden der ersten Leistung zu verantworten, konnte also der Gläubiger Schadensersatz wegen der ersten Leistung oder die zweite Leistung verlangen, und wird nun diese auf eine Weise unmöglich, die der Schuldner zu verantworten hat, so kann der Gläubiger Schadensersatz wegen der einen oder der andern Leistung fordern; hat dagegen der Schuldner das zweite Unmöglichwerden nicht zu verantworten, so kann der Gläubiger nur Schadensersatz wegen der ersten Leistung fordern. *β*) Ist der Schuldner wahlberechtigt und hat der Gläubiger das Unmöglichwerden der ersten Leistung nicht zu verantworten, ist also das Schuldverhältniß auf die zweite Leistung beschränkt, so kann der Gläubiger beim Unmöglichwerden der zweiten Leistung, wenn dieses der Schuldner zu verantworten hat, Schadensersatz wegen der zweiten Leistung, sonst aber nichts verlangen; hatte der Gläubiger das Unmöglichwerden der ersten Leistung zu verantworten, so bleibt dem Schuldner das Recht, sich durch Wahl dieser Leistung zu befreien, natürlich auch dann, wenn die zweite Leistung unmöglich wird, gleichviel auf welche Weise.

b. Bei dem Schuldverhältniß mit *facultas alternativa* hat die Unmöglichkeit der Befreiungsleistung zur Folge, daß der Schuldner sich durch diese

Digitized by Google

Leistung nicht befreien kann, also schlechtweg das Geschuldete zu leisten hat; hat aber der Gläubiger die Unmöglichkeit verschuldet, so kann er das Geschuldete nicht mehr verlangen, ein Satz, den der Hinweis auf §§ 823. 249 rechtfertigen dürfte.

c. Kann der Gläubiger statt des Geschuldeten etwas Anderes verlangen, so hängt es von den besonderen Vorschriften über den einzelnen Fall ab, ob dieses Verlangen auch dann berechtigt ist, wenn das Geschuldete unmöglich ist. Vgl. z. B. 283 Abs. 1 S. 3. Eine Vertragsstrafe wegen Nichterfüllung verfällt mit Eintritt des Verzuges (339); sie bleibt auch dann geschuldet, wenn die nach Beginn des Verzuges eintretende Unmöglichkeit den Schuldner von der Erfüllungspflicht ausnahmsweise (287 S. 2) befreit.]

2. Generische Obligation[15]. Der Inhalt der Leistung ist nicht concret, sondern nach Merkmalen, die keine Individualisirungsmerkmale sind, bestimmt. Der Hauptfall, welcher hierher gehört, ist der des Gebens einer nach Merkmalen der bezeichneten Art bestimmten Sache oder einer Quantität solcher Sachen[16]. Der Kreis der Sachen, auf welchen die angegebenen Merkmale verweisen, kann ein mehr oder weniger enger sein; die Sachen können vertretbar oder nicht vertretbar sein (I § 141)[17]. Die generische Obligation ist ebensowenig eine

[15] Vgl. Jhering Jahrb. f. Dogm. IV S. 366 fg. (1861), Bekker Jahrb. des gem. R. V S. 350 fg. (1862), Goldschmidt HR. § 61. 62. — Alternative und generische Obligation sind keine sich ausschließende Gegensätze. Auch bei der alternativen Obligation kann die eine oder die andere der Alternativen oder sie können alle generisch bestimmt sein. Ebenso kann die generische Bestimmung zugleich alternativ sein (eine Leistung von diesen Merkmalen, und außerdem von dem Merkmal a oder b). Hierher gehört der interessante von Römer in seinen Abhandlungen I S. 132 fg. besprochene Fall.

[16] Eine generische Obligation ist es aber auch, wenn Jemand zu einer nur ihrer Art nach bezeichneten Arbeit verpflichtet ist. Vgl. l. 54 § 1 D. 45, 1. [Genügt es, wenn die Leistung die gattungsmäßigen Merkmale aufweist, oder ist eine Leistung von bestimmter Güte zu bewirken? Nach r. R. ist bei der generischen Schenkung eine Leistung mittlerer Güte zu beschaffen (l. 35 § 1. 2 C. 8, 53 [54], vgl. unt. § 366[10]; beim Darlehen hat die Restitution in Sachen gleicher Güte zu erfolgen, wie die zu Darlehen empfangenen waren (l. 3 D. 12, 1). Beim Kauf nimmt Windscheid § 394 [20] an, daß das zu Liefernde fehlerlos sein muß. Dieß kann zu viel und zu wenig bedeuten; das Richtige dürfte sein, daß bei allen entgeltlichen Verträgen nach dem Verkehrsüblichen und namentlich in Berücksichtigung der Höhe der Gegenleistung zu bestimmen ist, von welcher Güte das zu Leistende sein muß; danach kann ebensowohl eine Leistung von geringer Qualität unzulänglich sein, trotzdem sie keine Fehler aufweist, wie andererseits möglicher Weise ein gewisses Maß von Fehlern in den Kauf genommen werden muß.]

[17] Beispiele: ein brauchbares Pferd — ein brauchbares Reitpferd — ein vor der Front brauchbares Reitpferd — ein Pferd dieser Art vier Jahre alt 2c. Ein Wispel Weizen — ein Wispel polnischen Weizens — ein Wispel polnischen Weizens so und so viele Pfund schwer. Ein Wispel Weizen aus dieser Schiffsladung; ein Ohm Wein aus diesem Stückfaß. Eines von meinen Gemälden. — In den Fällen, wo der Kreis der Sachen, aus welchem geleistet werden soll, in anderer

Digitized by Google

bedingte, wie die alternative: es steht auch hier die Leistungspflicht fest, und nur der Leistungsinhalt ist ungewiß[18]. Auch für das Wahlrecht gilt hier das Gleiche, wie bei der alternativen Obligation, so daß also der Gläubiger die Wahl nur dann hat, wenn darüber eine Bestimmung getroffen ist[19]. Was die Möglichkeit der Concentration der generischen Obligation auf einen concreten Leistungsinhalt und die Art und Weise angeht, wie eine solche Concentration erfolgt, so gelten bei der generischen Obligation zwar im Uebrigen die gleichen Grundsätze, wie bei der alternativen[20], mit Ausnahme jedoch des Falls, wo

---

Weise, als durch ein Gattungsmerkmal, bezeichnet ist (wie in den drei letzten der genannten Beispiele), nimmt Savigny (Oblig. I § 38. a. l. und S. 400) eine alternative, keine generische Obligation an; ebenso Hasenöhrl S. 199. S. dawider Mommsen Beiträge zum Obligationenrecht I S. 341 [23], Jhering a. a. O. S. 406, Bekker a. a. O. S. 365. Andere betonen, daß doch ein Unterschied sei zwischen der Bestimmung der zu leistenden Sache nach einem Gattungsmerkmal und nach ihrer Zugehörigkeit zu einem gewissen concreten Vorrath. Goldschmidt § 61 [21], Brinz 2. Aufl. II § 242, Bechmann Kauf II S. 322 fg., Dernburg Preuß. Privatr. II § 28 [3], Pand. II § 25 a. E. Gewiß ist ein Unterschied, und es mag auch zugegeben werden, daß für den letzten Fall der Ausdruck generische Obligation (generelle Obligation, Gattungsobligation) nicht mehr ganz paßt. Aber er hat mit dem Fall der Bestimmung der Leistung nach einem Artmerkmale das Wesentliche gemein, daß auch in ihm keine der zu dem bezeichneten Kreise gehörigen Sachen als dieses Sachindividuum in obligatione ist (was mit Energie hervorhebt Kohler Jahrb. für Dogm. XVIII S. 390 fg.), und ein zusammenfassender Ausdruck für diese wichtige Eigenthümlichkeit des obligatorischen Rverhältnisses ist Bedürfniß. Uebrigens ist zuzusehen, ob nicht in einem gegebenen Fall die generische Bezeichnung nur eine Abkürzung der alternativen ist, d. h. ob nicht auch bei der generischen Bezeichnung bestimmt vorgestellte Individuen in's Auge gefaßt waren. Oder will man verschiedenes R. in Anwendung bringen ([21]), je nachdem der Eigenthümer zweier Pferde „eines von meinen Pferden" oder „entweder mein Pferd A oder mein Pferd B" verspricht? Vgl. auch Zitelmann Irrthum S. 510.

[18] Das Vermächtniß einer generisch bestimmten Sache geht auf die Erben über, vgl. z. B. l. 25 § 17 D. 10, 2. Für eine bedingte Obligation erklärt die generische Obligation Mommsen a. a. O. S. 337. 341. S. dawider Windscheid Heidelb. kr. ZS. II. S. 137 [21], Bekker a. a. O. S. 368—370. 398—400, Regelsberger ACPra. XLIV S. 188 fg. S. auch § 390 [9].

[19] L. 32 § 3 D. 12, 6, l. 52 D. 17, 1, § 22 I. 2, 20.

[20] Namentlich also, daß die Concentration zwar durch die wirkliche Leistung (vgl. l. 2 § 1. l. 85 § 4 D. 45, 1, l. 9 § 1. l. 34 § 1 D. 46, 3), sowie durch einen darauf gerichteten Vertrag der Parteien erfolgt, durch eine einseitige Erklärung des Wahlberechtigten aber nur dann, wenn dieß in dem begründenden Rgeschäft bestimmt ist (vgl. l. 117 D. 45, 1 und III § 661 [5]). Diese Frage ist in neuerer Zeit namentlich mit Rücksicht auf den Kauf generisch bestimmter Sachen verhandelt worden: von welcher Zeit an trägt der Käufer die Gefahr? S. besonders Thöl Handelsr. I § 73 (6. Aufl. § 262), Jhering und Bekker ([15]),

Digitized by Google

jeder andere Leistungsinhalt bis auf Einen unmöglich wird; durch eine solche Unmöglichkeit concentrirt die Obligation sich nicht auf den einen möglich gebliebenen Leistungsinhalt in seiner concreten Individualität, derselbe bleibt Gegenstand der Obligation als Ding gewisser Art[21]. Dagegen haftet der Schuldner, wenn durch seine Schuld jede Leistung unmöglich wird, nach den gewöhnlichen Grundsätzen.

[1. Nach §§§. ist, wenn eine nur der Gattung nach bestimmte (körperliche) Sache geschuldet wird, eine solche von mittlerer Art und Güte zu leisten (243 Abs. 1). Dieser Satz gilt selbstverständlich nur, soweit nicht besondere Vorschriften (607 Abs. 1. 2155 Abs. 1.), oder rechtsgeschäftliche Bestimmungen etwas Anderes verfügen. Die rechtsgeschäftliche Bestimmung muß nicht eine ausdrückliche, sondern kann auch aus dem sonstigen Inhalt der Beredungen und den Umständen abzulesen sein, und es wird bei gegenseitigen Verträgen gemäß § 242 und in Anlehnung an § 315 vom Standpunkte des BGB. aus dasselbe zu sagen sein, was zu Note [16] bemerkt wurde. — Für andere als Sachleistungen gilt § 243 Abs. 1 überhaupt nicht, sondern bewendet es bei der allgemeinen Vorschrift des § 242 und den besonderen Vorschriften für die einzelnen Schuldverhältnisse. Daß der Schuldner innerhalb des von dem Schuldverhältniß gezogenen Rahmens die concrete Leistung bestimmt, setzt das BGB. voraus.

2. So lange die Leistung aus der Gattung möglich ist, befreit den Schuldner der Untergang der von ihm zur Leistung ausersehenen Sache oder sein (subjectives)

Regelsberger ACPra. XLIX S. 183 fg. Näheres § 390 [8]. Annahmeverzug des Gläubigers: § 346 [3].

[21] Wenn beim Kauf alternativ bezeichneter Gegenstände alle ohne Schuld des Verkäufers untergehen, so trägt der Käufer die Gefahr des letzten (l. 34 § 6 D. 18, 1); anders bei dem Kauf generisch bezeichneter Gegenstände (l. 35 § 7 eod., l. 1 § 1. l. 5. l. 15 [14] § 1 D. 18, 6). Kommt bei der alternativen Obligation eine der bezeichneten Sachen in das Eigenthum des Gläubigers, oder steht sie gleich von Anfang in dem Eigenthum des Gläubigers, so kann dieselbe, wenn sie hinterher wieder aus dem Eigenthum des Gläubigers hinausgeht, weder gefordert noch geleistet werden (l. 72 § 4 D. 46, 3, l. 128 D. 45, 1); bei der generischen Obligation ist es auch in dieser Beziehung anders (l. 67. l. 72 § 4 D. 46, 3). Allerdings war unter den römischen Juristen auch die Meinung vertreten, daß die generische Obligation in dieser letzteren Beziehung nicht anders zu behandeln sei als die alternative, und es ist sogar eine diese Meinung geltend machende Stelle von den Compilatoren aufgenommen worden (l. 66 § 3 D. 31); aber gegenüber den oben genannten Stellen über die Tragung der Gefahr beim Kaufvertrage darf auf diese Stelle kein Gewicht gelegt werden. Vgl. auch Bekker a. a. O. § 4. 7, Mommsen Beiträge zum Obligationenr. I S. 341 (dazu Windscheid Heidelb. kr. ZS. S. 138 [21 a. E.]). A. M. Bechmann Kauf II S. 324 fg. für den Fall eines oder mehrerer, aus einem Vorrath, der kein körperliches Ganze bildet, auszuscheidenden Stücke, welchen Fall er wie eine alternative Obligation behandeln will. (Bechmann nennt den Satz im Text „etwas gewunden"; ich wüßte nicht, wie man den Gegensatz zwischen alternativer und generischer Obligation präciser ausdrücken könnte. Was Bechmann [und Brinz 2. Aufl. II § 242 [25]] darin gesagt finden, sagt er freilich nicht.).

Digitized by Google

Unvermögen zu der Leistung nicht, auch wenn er außer Schuld ist (279); wird dagegen die Leistung aus der Gattung unmöglich, so ist er frei, wenn er diese Unmöglichkeit nicht zu vertreten hat. Diese Sätze stimmen mit dem gemeinen Recht überein.

3. Hat der Schuldner das zur Leistung einer Sache, wie er sie schuldet, seinerseits Erforderliche gethan, so beschränkt sich das Schuldverhältniß auf diese Sache (243 Abs. 2).

a. Was das Erforderliche ist, bestimmt sich nach dem einzelnen Verhältniß. Hat der Schuldner kraft des Schuldverhältnisses die Sache dem Gläubiger zu bringen, so ist erforderlich, daß er eine Sache (oder das bestimmte Quantum von Sachen) der geschuldeten Beschaffenheit zu dem Gläubiger bringt und ihm anbietet; hat der Gläubiger zu holen, so reicht aus, daß der Schuldner die Sache bei sich ausscheidet, und den Gläubiger zur Abnahme auffordert. Wenn der Schuldner auf Verlangen des Gläubigers die Sache an einen anderen Ort als den für das Schuldverhältniß maßgebenden Erfüllungsort versendet, so hat er mit der Absendung das Seinige gethan (vgl. 447 Abs. 2. 644 Abs. 2. 651 und s. zum Vorigen Planck zu § 243, 4 II S. 11. 12).

b. Die Beschränkung des Schuldverhältnisses auf diejenige Sache, welche den Gegenstand der vorbezeichneten Handlungen des Schuldners gebildet hat, bedeutet zunächst, daß der Schuldner, wenn ohne sein Verschulden diese Sache untergeht, nicht mehr nach § 279 zur Leistung einer andern Sache angehalten werden kann. In Ansehung derjenigen Sache, auf welche sich das Schuldverhältniß beschränkt hat, haftet er an und für sich wegen jedes Verschuldens (276); in vielen Fällen aber schließt sich an die Concentration des Schuldverhältnisses alsbald ein solcher Annahmeverzug des Gläubigers an, daß der Schuldner nur noch wegen Vorsatzes und grober Fahrlässigkeit haftet, im Uebrigen aber die Gefahr der Gläubiger trägt. Das ist nach § 300 Abs. 2 (vgl. Abs. 1) dann der Fall, wenn der Gläubiger dadurch in Verzug gekommen ist, daß er die angebotene Sache nicht annimmt. Man muß aber mit Planck (zu § 300, 3) sagen, daß diese Voraussetzung auch dann gegeben ist, wenn bei einer Holschuld der Schuldner das Geschuldete ausgeschieden und den Gläubiger zur Abnahme erfolglos aufgefordert hat (295 S. 2), und ebenso — obwohl dieß eher bezweifelt werden könnte — auch bei einer Bringschuld dann, wenn der Schuldner nach Ausscheidung die Lieferung dem Gläubiger, der im Voraus die Annahme verweigert hat, wörtlich angeboten hat. Nicht anders dürfte aber ein gemäß § 298 begründeter Verzug zu behandeln sein. Dagegen geht die Gefahr auf den Gläubiger nicht über, wenn der Schuldner die Sache einseitig ausscheidet, ohne sie anzubieten und nun der Annahmeverzug durch Säumniß des Gläubigers gemäß § 296 begründet wird. In diesem Falle ist aber auch die Voraussetzung des § 243 Abs. 2 nicht gegeben. Die §§ 243 Abs. 2 und 300 Abs. 2 sind also im Ganzen parallel. Es bleibt aber zu beachten und kann unter Umständen praktisch wichtig werden, daß die Beschränkung des Schuldverhältnisses nichts voraussetzt, als die Vollendung der dem Schuldner obliegenden Handlung, der Annahmeverzug dagegen außerdem Nichtannahme der Sache verlangt. Der Gläubiger hat zwar keine Frist zur Annahme, aber dasjenige Mindestmaß an Zeit, welches naturgemäß die Annahme fordert, ist selbstverständlich dem Gläubiger zu lassen; erst nach dessen Verlauf kann von Nicht-

Digitized by Google

annahme gesprochen werden (vgl. ob. S. 30). Während dieser wenn auch kurzen Zwischenzeit haftet der Schuldner noch für jede Fahrlässigkeit; erst durch erklärte Ablehnung der Annahme oder nach Verlauf jener Zwischenzeit setzt sich die Haftung auf diejenige für grobe Fahrlässigkeit herab. Dieß wird deutlich bei der Holschuld hervortreten, wenn der Schuldner die Sache bei sich ausgeschieden und den Gläubiger zur Abholung aufgefordert hat. Der Annahmeverzug tritt hier erst ein, wenn diejenige Zwischenzeit verlaufen ist, die der Gläubiger braucht, um zu kommen und zu holen. Wenn der Schuldner im Auftrage des Gläubigers die Sache an einen andern Ort als den Erfüllungsort versendet, so tritt schon mit der Absendung die Folge der § 243 Abs. 2, aber nur diese ein, der Schuldner haftet in Ansehung der Sache also noch für jedes Verschulden; ein Annahmeverzug ergibt sich erst, wenn im Falle der Uebersendung an den Gläubiger dieser, bei Versendung an eine dritte Adresse der Adressat die Annahme ablehnt, und letzteren Falls der Gläubiger nicht auf Erfordern eine andere Disposition über die Sache trifft; erst von nun an haftet der Schuldner nur noch für grobe Fahrlässigkeit.

c. Wenn mit der Beschränkung des Schuldverhältnisses nach Maßgabe des § 243 voller Ernst gemacht wird, so kann der Schuldner nach dem Angebot einer Sache dem Gläubiger eine andere, wenn auch mit allen Eigenschaften der geschuldeten ausgestattete, nicht mehr mit befreiender Kraft leisten. Eine Minderheit der II. Comm. hat aus diesem Grunde die Beschränkung des Schuldverhältnisses durch das Leistungsangebot bekämpft (Prot. S. 577 fg.), die Mehrheit indessen hat daran grundsätzlich festgehalten, jedoch mit dem Hinweis, daß wenn der Gläubiger gar kein Interesse daran habe, gerade die durch die Ausscheidung individuell bestimmte Sache zu erhalten, der Schuldner der unbegründeten Weigerung des Gläubigers, eine andere Sache der gleichen Art und Güte als Erfüllung anzunehmen, mit einer exceptio doli entgegentreten könne; auch wurde von einer Seite geltend gemacht, die Annahmeweigerung des Gläubigers könne unter Umständen einen Verzicht auf die Concretisirung der Obligation bedeuten (Prot. S. 575 fg.). Planck zu § 243, 4 (II. S. 13) hält diesen Standpunkt der Mehrheit mit Recht für nicht unbedenklich; das praktische Ergebniß jedoch, daß der Gläubiger nicht ohne ein besonderes Interesse auf der Leistung des zuerst angebotenen Gegenstandes bestehen kann, wird auch von Planck, wiewohl mit anderer Begründung (aus § 242), befürwortet. M. E. muß die Beschränkung des Schuldverhältnisses auf die Sache, welche der Schuldner zur Erfüllung verwandt hat, so lange nicht Annahmeverzug vorliegt, auch zu Gunsten des Gläubigers wirken. Es besteht in diesem Stadium der Sache kein ausreichender Grund, dem Schuldner zu gestatten, daß er die angebotene (abgesandte) Sache zurückzieht und durch eine andere ersetzt. Eine andere Frage ist natürlich, ob, wenn der Schuldner pflichtwidrig über die Sache anders disponirt hat, der Gläubiger als Schadensersatz wegen Nichtleistung dieser Sache mehr verlangen kann, als die Lieferung einer andern gleichen Sache (249). Ist aber Annahmeverzug begründet, so wird man von dem Schuldner billiger Weise nicht verlangen können, daß er die nicht angenommene Sache weiterhin dem Gläubiger individuell zur Verfügung hält. Der Gläubiger kann sich über eine anderweitige Disposition des Schuldners umsoweniger beklagen, als dieselbe ihn von der Gefahr (300 Abs. 2) und von den Kosten der Aufbewahrung der Sache (304) entlastet. Es wäre das Richtigste gewesen, im Gesetz zum Ausdruck zu

Digitized by Google

bringen, daß die Beschränkung des Schuldverhältnisses, welche gemäß § 243 an und für sich sowohl zu Gunsten des Gläubigers wie des Schuldners wirkt, bei Annahmeverzug des Gläubigers vom Schuldner wieder aufgehoben werden kann.]

B. Hervorzuhebende besondere Gegenstände der Forderungsrechte.

1. Geldleistung*.

§ 256.

Unter den besonderen Gegenständen der Forderungsrechte gibt es einige, von welchen ihrer umfassenden Bedeutung wegen sogleich hier im allgemeinen Theil des Obligationenrechts gehandelt werden muß. Zu diesen gehört vor Allem die Leistung von Geld.

Die Geldleistung ist nicht nur eine der wichtigsten unter den Leistungen, auf welche ein Forderungsrecht sogleich von Anfang an gerichtet sein kann, sondern es ist auch jede andere obligatorische Leistung, welche einen Vermögenswerth hat, im Stande, sich unter Umständen in eine Geldleistung zu verwandeln. In Betreff der Geldleistung sind folgende juristische Regeln zu bemerken.

1. Es kann vorkommen, daß der Name der Münzsorte, in welcher eine Geldschuld ausgedrückt ist, auf Münzen verschiedenen Werthes

---

* G. Hufeland über die rliche Natur der Geldschulden, Berlin 1851 (Wiederabdruck eines im Jahre 1807 erstatteten Gutachtens). Pfeiffer praktische Ausführungen I S. 51 fg. und VII S. 68 fg. (1825. 1844). Souchay ZS. f. CR. u. Pr. N. F. IX S. 340 fg. (1851). G. Hartmann über den rlichen Begriff des Geldes und den Inhalt von Geldschulden (1868). (Darüber Karlowa kr. VJS. XI S. 526 fg. [1869] und Goldschmidt ZS. f. HR. XIII S. 367 fg. [1869].) Goldschmidt Handelsr. I S. 1060—1231. Fritz Erläuterungen II S. 12—20, Unterholzner I § 113—115, Vangerow III § 570, Savigny Oblig. I § 40—48, Arndts § 205, Sintenis II § 85, Holzschuher III § 212, Beseler § 104 (110. 111), Dernburg II § 26, Bekker I § 75, Wendt § 36. 189. [Kaufmann zur Lehre v. d. Inhalte einer Geldschuld. Bonn. Diss. 1894.] — Ueber die reiche volkswirthschaftliche Literatur s. Goldschmidt S. 1090. 1091. Dazu: C. Knies das Geld. Darlegung der Grundlehren vom Gelde. Berlin 1873. 2. Aufl. 1885. — Wiener Münzvertrag zwischen den durch die Münzconvention v. 30/7 1838 vereinigten Zollvereinsstaaten einerseits und Oesterreich und Liechtenstein andererseits, dazu Landesgesetze in den einzelnen Staaten. (Oesterreich und Liechtenstein sind von diesem Vertrage 1866 zurückgetreten.) Reichsgesetz vom 4/12 1871 über die Ausprägung von Reichsgoldmünzen. Reichsmünzgesetz vom 9/7 1873. Reichsgesetz betr. die Ausgabe von Reichskassenscheinen vom 30/4 1874. Reichsbankgesetz vom 14/3 1875 [Dazu Novelle v. 18/12 89. Vgl. Mandry 3. Aufl. S. 183 fg. [4. Aufl. (Geib) S. 217 fg. Regelsberger I § 104—106, Laband Staatsr. II §§ 75. 76.]

Digitized by Google

paßt [1]. Es ist dann durch Auslegung zu bestimmen, welche Münze wirklich gemeint ist, im Zweifel aber gegen denjenigen, der deutlicher hätte reden sollen [1a], dann für die Münze geringeren Werthes zu entscheiden [2].

2. In welcher Münzsorte muß eine Geldschuld getilgt werden?

a. Ist darüber (bei der Begründung der Schuld oder hinterher) durch Festsetzung der Parteien eine Bestimmung getroffen worden [3], so ist diese maßgebend. Doch ist zuzusehen, ob nicht einer solchen Bestimmung durch eine besondere gesetzliche Bestimmung die Verbindlichkeit abgesprochen ist [4]. Und auch dann muß sich der Gläubiger Zahlung in einer anderen als der bestimmten Münzsorte gefallen lassen, wenn die letztere zur Zeit der Zahlung aus dem Verkehr verschwunden [5] oder so selten geworden ist, daß sie ohne unverhältnißmäßige Opfer nicht mehr beschafft werden kann [6].

---

§ 256. [1] Wie dieß namentlich mit dem Namen der in Deutschland früher am Meisten gebrauchten Münzen, des Thalers und des Gulden, vielfach der Fall gewesen ist. Vgl. Savigny S. 419—423, Goldschmidt S. 1085—1090.

[1a] S. I § 85 [7a].

[2] Der Gläubiger erhält das Weniger, weil nicht nachgewiesen werden kann daß ihm das Mehr gebührt. S. I § 84 [4. 7a]. Savigny S. 466. 467.

[3] Dabei ergeben sich Auslegungsfragen, namentlich was Darlehnsschulden angeht. a) Liegt nicht schon darin, daß ein Darlehn in einer gewissen Münzsorte hingegeben wird, die stillschweigende Vereinbarung, daß es in derselben Münzsorte zurückgegeben werden solle? Offenbar nicht. Sehr mit Unrecht hat man sich für das Gegentheil auf l. 99. D. 46, 3 berufen. Vgl. Savigny S. 470, Vangerow Nr. I, Goldschmidt § 105 [26]. b) Wie aber, wenn in der Darlehnsurkunde ausdrücklich gesagt ist, daß die dargeliehene Summe in dieser oder jener Münzsorte hingegeben worden sei? Auch das braucht keineswegs von der Auferlegung der Verpflichtung zur Rückzahlung in der nämlichen Münzsorte verstanden zu werden; es liegt sogar die andere Auslegung viel näher, daß damit nur der Betrag der hingeliehenen Summe genauer hat bestimmt werden sollen. Besonders deutlich tritt dieß dann hervor, wenn eine Angabe über den Werth, zu welchem die betreffende Münzsorte berechnet worden sei, hinzugefügt ist. c) Nicht anders ist der Fall zu beurtheilen, wo es in der Darlehnsurkunde heißt, daß ein Darlehn von so und so viel „Stück" einer gewissen Münzsorte gegeben worden sei. Vgl. Pfeiffer a. a. O. § 9—11. d) Nach dem HGB. Art. 336 gilt die Münzsorte des Ortes als bedungen, wo der Vertrag erfüllt werden soll, und es kann in Ermangelung ausdrücklicher gegentheiliger Bestimmung in Landesmünze gezahlt werden, wenn die im Vertrag bestimmte Münzsorte am Zahlungsort nicht im Umlauf ist. [Gestrichen.] S. auch WO. 37.

[4] So verbot der Wiener Münzvertrag Art. 21 der Staatskasse und den unter Autorität des Staates bestehenden öffentlichen Anstalten, sich das R. der Zahlung alternativ in Gold oder Silber vorzubehalten. S. auch HGB. Art. 336 [Gestrichen. Gültig ist eine Vereinbarung, nach welcher in Reichsgoldmünzen (unter Ausschluß der Thaler [vgl. [7]]) zu zahlen ist. Sf. L. 159.]

Digitized by Google

b. Ist eine Bestimmung der gedachten Art nicht getroffen, oder greift die getroffene aus einem der angegebenen Gründe nicht Platz, so ist

α. in derjenigen Münzsorte zu zahlen, welche am Ort der Zahlung als Zahlungsmittel gesetzlich vorgeschrieben ist (Währung) [7]. Sind mehrere Münzsorten als Zahlungsmittel gesetzlich anerkannt, so hat der Schuldner zwischen denselben die Wahl, unabhängig davon in welcher Münzsorte die Schuld ausgedrückt ist [8]. Scheidemünze [9] braucht nur in dem gesetzlich bestimmten Betrag [10], oder wenn eine gesetzliche Bestimmung dieses Inhalts fehlen sollte, nicht über den kleinsten in grober Münze darstellbaren Betrag hinaus [11] angenommen

[5] Es ist dann für den Schuldner eine unverschuldete Unmöglichkeit der Erfüllung eingetreten.

[6] Arg. l. 71 § 3 D. 30. Unterholzner S. 235, Vangerow Nr. II, Savigny S. 468. d, Sintenis § 85 [27], Goldschmidt S. 1158.

[7] Vgl. Goldschmidt § 104. — In Deutschland sind nach dem Reichsmünzgesetz Währung die Goldmünzen zu 20, 10 und 5 Mark (69¾, 139½, 279 Stück auf das Pfund), so jedoch, daß bis auf Weiteres auch die Ein- und Zweithalerstücke deutschen Gepräges (nach dem Reichsgesetz v. 20/4 1874 auch die in Oesterreich bis zum Schlusse des Jahres 1867 geprägten) angenommen werden müssen. (Die Zweithalerstücke sind durch Bekanntmachung des Reichskanzlers vom 2/11 1876 außer Curs gesetzt worden.) Ueber Silber-, Nickel- und Kupfermünzen s. Note [10]. — Nach dem Wiener Münzvertrag war in Deutschland Währung: in den Ländern der Thalerrechnung der Thaler zu 30 Stück auf das Pfund Silber und dessen Theilstücke bis zu ⅙ Thaler, in den Ländern der Guldenrechnung der Gulden zu 52½ Stück auf das Pfund Silber und dessen Theilstücke bis zu ¼ Gulden, so jedoch, daß den nach diesem Münzfuß ausgeprägten Thaler- und Guldenstücken die Thaler und Gulden des früheren 14-Thaler- und 24½-Guldenfußes (14 Thaler und 24½ Gulden auf die Kölnische Mark) gleichgestellt waren, und daß die Thaler des 30- und 14-Thalerfußes auch in den Ländern des Guldengeldes angenommen werden mußten.

[8] Denn daraus, daß die Schuld in einer bestimmten Münzsorte ausgedrückt ist, folgt nicht, daß Zahlung in dieser Münzsorte ausbedungen ist. S. Note [3a].

[9] Scheidemünzen (Gegensatz: Courant- oder grobe Münzen) sind Münzen, welche, um dem Bedürfniß des täglichen Verkehrs nach kleineren Werthen zu genügen, zu einem Nennwerth ausgeprägt werden, welchem ihr Metallwerth nicht entspricht. Nach dem Reichsmünzgesetz sind Scheidemünzen nicht bloß die Nickel- und Kupfermünzen, sondern auch die Silbermünzen zu 5, 2, 1, ½ und ⅕ Mark (sie enthalten nur 9/10 des Silbers, welches sie nach ihrem Nennwerth enthalten sollten).

[10] Nach dem Reichsmünzgesetz Art. 9 brauchen Silbermünzen nur bis zum Betrage von 20 Mark angenommen zu werden (mit Ausnahme jedoch der öffentlichen Kassen [die sie in jedem Betrage annehmen müssen]), Nickel- und Kupfermünzen nur bis zum Betrage von 1 Mark. Wiener Münzvertrag Art. 14: nicht über den in der kleinsten groben Münze darstellbaren Betrag hinaus.

[11] Dieß folgt aus dem Wesen der Scheidemünze, und muß daher in Ermangelung einer besonderen gesetzlichen Bestimmung als dem Sinn des Gesetzgebers gemäß angenommen werden.

Digitized by Google

zu werden. Stücke, welche in Folge fehlerhafter Ausprägung hinter dem gesetzlich vorgeschriebenen Gewicht oder Feingehalt um Mehr als das gesetzlich erlaubte Maß [12] zurückbleiben, können zurückgewiesen werden [13], ebenso beschädigte [14] und abgenützte [15] Stücke. Der gesetzlichen Bestimmung steht hier, wie überall, Gewohnheitsrecht gleich [16].

β. In Ermangelung einer gesetzlichen oder gewohnheitsrechtlichen Währung [17] muß jede Münzsorte angenommen werden, welche

---

[12] S. g. Remedium. S. aber auch Note [13].

[13] Nach dem Reichsgesetz vom 4/12 1871 § 9 und dem Reichsmünzgesetz Art. 2 soll für die Goldmünzen die Abweichung in Mehr oder Weniger im Gewicht nicht mehr als 2½/1000, bei Fünfmarkstücken 4/1000, und im Feingehalt nicht mehr als 2/1000 betragen, nach § 9 und Art. 2 das. aber können nur diejenigen Stücke zurückgewiesen werden, welche hinter dem Normalgewicht um mehr als 5/1000 bez. 8/1000 (Passirgewicht) zurückbleiben. Bei den Silbermünzen darf nach Art. 3 § 1 des Reichsmünzgesetzes die Abweichung um Mehr oder Weniger im Feingehalt nicht mehr als 3/1000, im Gewicht, mit Ausnahme der Zwanzigpfennigstücke, nicht mehr als 10/1000 betragen. Vgl. Wiener Münzvertrag Art. 10. — Hartmann S. 79 leugnet, daß den gesetzlichen Bestimmungen über die erlaubte Fehlergrenze privatrliche Bedeutung zukomme; dagegen Karlowa S. 547. — Wie ist es, wenn die Staatsgewalt absichtlich die Münzen zu einem geringeren Feingehalt, als ihr Nennwerth bezeichnet, ausgeprägt haben sollte? Auch in diesem Falle kann die Münze zurückgewiesen werden. Die gesetzliche Bestimmung lautet, daß Münzen von einem gewissen Feingehalt angenommen werden müssen; die von der Staatsgewalt durch den Münzstempel abgegebene Erklärung, daß diese Münze den bestimmten Feingehalt habe, hat nicht nothwendig den Sinn, daß die Münze als den bestimmten Feingehalt habend anerkannt werden müsse, und setzt, wenn sie diesen Sinn hat, um bindend zu sein, voraus, daß die Staatsgewalt einseitig und in dieser Form, Gesetze zu machen befugt sei. Vgl. Savigny S. 444—447, Goldschmidt S. 1139 (welcher annimmt, die Erklärung der Staatsgewalt über den Feingehalt der Münze sei im Zweifel dahin zu verstehen, daß jede Münze, welche nicht den gesetzlichen Feingehalt habe, als eine irrthümlich in Verkehr gesetzte oder rwidrig verringerte gelten solle), Karlowa S. 545 fg. (welcher die Bedeutung des Münzstempels dahin bestimmt, daß er beweise, ohne den Gegenbeweis auszuschließen), Knies S. 319. 320 (ebenso). A. M. Hartmann S. 75 fg., Bekker die Couponsprozesse der österr. Eisenbahngesellschaften (1881) S. 97 fg., Mandry S. 208 [222].

[14] Reichsgesetz vom 4/12 1871: „welche . . durch gewaltsame oder gesetzwidrige Beschädigung am Gewicht verringert sind“.

[15] Für die Reichsgoldmünzen gilt dabei die in Note [13] bezeichnete Grenze. Reichs-Silber-, Nickel- und Kupfermünzen können arg. Art. 10 des Reichsmünzgesetzes zurückgewiesen werden, wenn sie „an Gewicht oder Erkennbarkeit erheblich eingebüßt haben“. Vgl. übrigens auch Goldschmidt § 104 [71]; gegen denselben Karlowa S. 548.

[16] Goldschmidt § 104 [44], vgl. S. 1137.

[17] In der Verkennung des Begriffs der Währung liegt der Mangel der glänzenden und epochemachenden Savigny'schen Darstellung (vgl. namentlich S. 407—408. 454), unter deren Einfluß auch die ersten Ausgaben dieses

Digitized by Google

am Ort der Zahlung Curs hat [18], ohne Unterschied zwischen Gold- und Silber-, zwischen ausländischen und inländischen Münzen [19] — Scheidemünzen jedoch nur zu dem Betrage, welcher in grober Münze nicht darstellbar ist [20]. Ueber Papiergeld s. Ziff. 5.

3. Zu welchem Werthe muß der Gläubiger die Münzsorte annehmen, welche er annehmen muß? Währungsmünzen zu ihrem Nennwerth [21], andere Münzen zu ihrem Curswerth [22].

Lehrbuches stehen. Dawider Goldschmidt, Hartmann, Karlowa, Knies (S. 326 fg.).

[18] Welche am Ort der Zahlung als allgemeines Tauschmittel angenommen wird. Der Gläubiger kann verlangen, daß ihm die in den Münzstücken, auf welche die Geldschuld geht, enthaltene Quantität (edlen) Metalls geleistet werde a) in Münzform, b) in solcher Münzform, durch welche ihm die Vermögensmacht gewährt wird, welche das Geld zu gewähren bestimmt ist.

[19] Vgl. Unterholzner S. 231. 232, Vangerow Nr. I a. A., Sintenis S. 59.

[20] Nach dem Begriff der Scheidemünze ([9]).

[21] Der Nennwerth wird auch „äußerer Werth" genannt, im Gegensatz zum Metallwerth als „innerem Werth". — Es liegt im Begriff des Währungssystems, daß es seinen Münzen nicht bloß Zwangscurs verleiht, sondern auch Zwangscurs zu einem bestimmten Werth — Zwangscurs nicht zu einem bestimmten Werth wäre keiner — und daß Zwangscurs zum Nennwerth gemeint sei, ist auch ohne ausdrückliche Bestimmung anzunehmen, wenn nicht das Gegentheil ausdrücklich bestimmt ist. Goldschmidt S. 1119. Entspricht der Metallwerth der Währungsmünze nicht ihrem Nennwerth, und hat sich in Folge davon für sie ein niedrigerer Curs gebildet, so wird nicht etwa dieser Curswerth zum gesetzlichen Werth; aber der Gläubiger braucht nun die Münze gar nicht anzunehmen ([13]). Hierdurch vermindert sich die praktische Bedeutung der Streitfrage, ob der Curswerth der entscheidende ist (Savigny, welchem folgen Vangerow a. a. O., Arndts § 205 [5], Rudorff zu Puchta § 38 [k]), oder der Nennwerth Pfeiffer, Souchay, Hartmann, Karlowa, Goldschmidt, Beseler). Vgl. Goldschmidt § 105 [59]. Es bleiben aber übrig die Fälle, wo der Curswerth aus anderen Gründen, als wegen Differenz zwischen Nenn- und Metallwerth, ein niedrigerer geworden sein sollte, oder wo er wegen einer solchen Differenz oder aus anderen Gründen (namentlich wegen vermehrter Nachfrage im Auslande) ein höherer geworden ist. Nach der Theorie Savigny's ist auch in diesen Fällen der Curswerth der Münze der entscheidende, so daß der Gläubiger sie nur zu dem niedrigeren Curswerth anzunehmen braucht und sie zu dem höheren annehmen muß, während die entgegengesetzte Ansicht Beides leugnet. — Den „seltsamen Widerspruch", welchen Bekker Pand. I § 75 [ff.] hier zwischen Note und Text findet, würde er nicht gefunden haben, wenn er das zuvor bei β Gesagte beachtet hätte.

[22] Dadurch, daß der Verkehr der Münze einen höheren oder geringeren Werth beilegt, als ihr nach ihrem Metallgehalt zukommt, erhält sie als Münze, als Trägerin einer Vermögensmacht, diesen Werth wirklich. Goldschmidt § 104 [5. 6]. § 105 [64].

Digitized by Google

4. Welches ist der Werth der Münzsorte, in welcher die Schuld ausgedrückt ist?[23] Handelt es sich um eine durch Gesetz oder Richterspruch begründete Schuld[24], so entscheidet lediglich der Nennwerth zur Zeit der Begründung der Schuld, ohne alle Rücksicht auf etwaige Abweichungen des Metall- oder des Curswerthes[25]. Beruht dagegen die Schuld auf Privatwillenserklärung, so ist zwar im Zweifel[26] nicht anzunehmen, daß die Parteien auf bloße Schwankungen des Curses haben Rücksicht nehmen wollen[27], so daß die Differenz des Curses zwischen der Zeit der Begründung der Schuld und der Zeit der Zahlung dem Schuldner zu Gute kommt und zur Last fällt[28]. Besteht aber eine Differenz zwischen Nenn- und Metallwerth, und hat

[23] Diese Frage muß immer beantwortet werden, wenn die Schuld in einer anderen Münzsorte getilgt wird, als in welcher sie ausgedrückt ist. Aber auch wenn sie in derselben Münzsorte getilgt wird, in welcher sie ausgedrückt ist, ist zu erwägen, ob nicht dieser Münzsorte durch den Begründungsact ein anderer Werth beigelegt worden ist, als sie gegenwärtig hat, und zu welchem der Gläubiger sie annehmen muß. — Auch bei dieser Frage, wie bei der unter der vorigen Nummer bezeichneten, wird gestritten um Nennwerth, Metallwerth oder Curswerth. Beide Fragen werden aber nicht immer, und sogar gewöhnlich nicht, auseinander gehalten. Vgl. Goldschmidt S. 1161 fg., dessen Darstellung im Einzelnen aber von der hier gegebenen abweicht. S. auch Knies S. 320 fg.

[24] In welchen Fällen die Schuld immer in Währung ausgedrückt ist.

[25] Das die Schuld begründende Gesetz kann der Münze keinen andern Werth beilegen, als das Münzgesetz, ebensowenig der Richter, welcher im Namen des Staates spricht.

[26] Es handelt sich hier, wie in dem folgenden Fall ([29]), lediglich um Interpretation des (durch eine gesetzliche Bestimmung nicht gehemmten) Parteiwillens.

[27] Eben weil sie bloße Schwankungen sind, nichts Festes, sondern etwas Vorübergehendes.

[28] Dabei macht es keinen Unterschied, ob die Schuld in Währung ausgedrückt ist, oder in einer andern Münzsorte. Auch im letzteren Falle ist im Zweifel als Absicht der Parteien anzunehmen, daß Münzen der bezeichneten Art (des bezeichneten Nennwerthes) geleistet werden sollen, nicht daß Münzen der bezeichneten Art in gleichem Curswerth, wie zur Zeit der Begründung der Schuld, geleistet werden sollen. Ist Zahlung in anderer Münzsorte ausdrücklich gestattet, oder bei gesetzlicher Erlaubtheit nicht verboten, so ist als Absicht der Parteien anzunehmen, daß der Gläubiger gleichen Werth erhalten solle, wie er erhalten haben würde, wenn er die bezeichnete Münzsorte selbst erhalten hätte, so daß auch in diesem Fall der Curswerth zur Zeit der Zahlung entscheidet. Abweichende Ansichten bei Goldschmidt S. 1163, Savigny S. 467; gegen Letzteren Hartmann S. 106 fg., Karlowa S. 555; dann wieder Goldschmidt ZS. S. 387 fg. — Man könnte geneigt sein, der Zeit der Zahlung die Verfallzeit, wenn eine solche festgesetzt ist, zu substituiren. Allein dieser Gedanke ist abzuweisen. Eine Verfallzeit wird festgesetzt, nicht um zu bestimmen, wie viel der Gläubiger erhalten soll, sondern um zu bestimmen, wann er erhalten soll. Nur im Fall des Verzuges kann der Gläubiger den höheren Werth der Verzugszeit

Digitized by Google

sich in Folge davon ein vom Nennwerth abweichender Curs gebildet, so muß im Zweifel allerdings angenommen werden, daß für die Auffassung der Parteien nicht der Nennwerth, sondern der Metallwerth, in seiner Begrenzung durch den Curs zur Zeit der Zahlung maßgebend gewesen ist [29]. Liegt zwischen der Zeit der Begründung der Schuld und der Zahlung ein Uebergang von der Gold- zur Silberwährung oder umgekehrt [30], so ist der Umrechnung dasjenige Verhältniß des Werthes von Gold oder Silber zu Grunde zu legen, welches zur Zeit des Ueberganges bestand [31]. Kein Einfluß auf die Bestim-

fordern (§ 280, 2). — Ist die Münzsorte, in welcher die Schuld ausgedrückt ist, zur Zeit der Zahlung nicht mehr vorhanden, so tritt an die Stelle des Curses zur Zeit der Zahlung der letzte Curs. Die Schuld geht auf einen Werth, welcher durch den Curs bezeichnet wird bezw. bezeichnet werden wird. Bei der letzten Bezeichnung muß stehen geblieben werden, eben weil sie die letzte ist.

[29] Die Differenz zwischen dem Nennwerth und dem wirklichen Werth der Münze ist in diesem Fall nichts Vorübergehendes, sondern etwas Bleibendes, schwankend ist oder kann sein nur ihr Maß. Daß für die Bestimmung dieses Maßes auf die Zeit der Zahlung gesehen werden soll, rechtfertigt durch das in der vorigen Note Gesagte. Ist die Münzsorte nicht mehr vorhanden, so tritt auch hier der letzte Curs ein. — Ist bei der Begründung der Schuld trotz der Differenz des Nenn- und des Metallwerthes der Curswerth dem ersteren gleich, so ist damit für die Auffassung der Parteien jene Differenz, auch wenn sie ihnen bekannt sein sollte, gedeckt.

[30] Ist bei Aufrechterhaltung der Gold- bez. Silberwährung bloß der Münzfuß geändert, so erfolgt die Umrechnung nach dem Verhältniß des Feingehaltes der alten und der neuen Münzsorte. Daß in diesem Fall nicht etwa der vielleicht gleich gebliebene Name der Münzsorte entscheidend ist, so daß die gleiche Anzahl von Münzstücken, wie in der Schuld bezeichnet ist, geleistet und gefordert werden dürfte, ist selbstverständlich. Sf. II. 15. 147, XII. 133. — Ebenso selbstverständlich ist, daß, wenn bloß der Nennwerth der Münze geändert worden ist, für die Bestimmung des Inhalts der Schuld maßgebend ist nicht der jetzige, sondern der frühere Nennwerth — es müßte denn die Veränderung des Nennwerthes nur der Ausdruck einer Differenz zwischen dem früheren Nennwerth und dem Metallwerth sein, auf welche bei der Begründung der Schuld bereits Rücksicht genommen worden ist.

[31] Es ist zu sehen weder auf die Zeit der Begründung der Schuld noch auf die Zeit der Zahlung. Es ist zu leisten der Werth, welchen die Münzsorte hatte zur Zeit, wo sie (gesetzlich) aufhörte zu existiren. Auf diesen Werth ging die Forderung zur Zeit, wo ihre Erfüllung in der verlangten Münzsorte durch das Gesetz unmöglich gemacht wurde. Knies S. 336 fg., Goldschmidt ZS. f. HR. XIX S. 327, Behrend ZS. f. HR. XXVIII S. 411. Goldschmidt war früher (Handelsr. S. 1175) für die Zeit der Entstehung der Schuld; Bekker in der Schrift über die Couponsprozesse der österreichischen Eisenbahngesellschaften (1881) erklärt sich (im Princip) für die Zeit der Fälligkeit (S. 102 fg. 135); Hartmann S. 83 fg. und in der Schrift: Internationale Geldschulden (1882) sieht die Werthrelation von Silber zu Gold zur Zeit des Ueberganges nur als Grundlage für die Gesetzgebung an. An einer gesetzlichen Bestimmung wird es

Digitized by Google

mung des Inhalts der von einer Geldschuld geforderten Leistung darf dem Tauschwerth des Geldes überhaupt beigelegt werden [32].

5[33]. Es gibt nicht bloß Metallgeld, von welchem bisher allein die Rede gewesen ist, sondern auch Papiergeld. Papiergeld ist nicht wirkliches Geld, da es die Quantität (edlen) Metalls, welche es bezeichnet, nicht enthält, sondern nur vorstellt [34]. Deßwegen braucht es außer dem Ausgeber [35] Niemand in Zahlung anzunehmen, wenn dieß nicht gesetzlich oder gewohnheitsrechtlich vorgeschrieben und dadurch das Papiergeld zur Währung erhoben worden ist [35a]. Ist dieß der Fall,

---

allerdings in einem solchen Fall kaum jemals fehlen; Reichsmünzgesetz Art. 14 § 2: der Thaler = 3 Mark, der Gulden = $1^5/_7$ Mark, die Mark lübischer oder hamburgischer Kurantwährung = $1^1/_8$ Mark. Aber es kann sein, daß diese Bestimmung (etwa für ausländische Gläubiger) nicht Platz greift, was in dem Fall der s. g. österreichischen Silbercoupons wenigstens fraglich ist. Auf diesen Fall bezieht sich außer der genannten Schrift von Bekker auch die gleichfalls zuvor genannte von Hartmann (über die erste: Czyhlarz kr. VJS. XXIV S. 53 fg., Behrend ZS. f. HR. XXVIII S. 402 fg.; über die zweite Brinz krit. VJS. XXV S. 50 fg., Cosack ZS. f. HR. XXIX S. 323). Die in dieser Frage ergangenen Urtheile sind zusammengestellt in ZS. f. HR. XXVII S. 512 fg.

[32] Der Tauschwerth des Geldes hängt ab von dem Verhältniß, welches der Verkehr dem Werth der edlen Metalle zu dem Werth der Güter überhaupt anweist. Dieses Verhältniß ist kein constantes, und man hat nun die Behauptung aufgestellt, daß wenn dasselbe sich zwischen der Entstehung und der Tilgung einer Geldschuld geändert habe, auch darauf Rücksicht genommen, also um so viel Mehr oder Weniger geleistet werden müsse. Das ist irrig. Der Inhalt einer verschuldeten Geldleistung ist: Verschaffung einer gewissen Quantität edlen Metalls in Münzform. Welche Macht dadurch dem Eigenthümer gewährt wird, ist für den Inhalt der Geldschuld gleichgültig. Vgl. Savigny S. 443—445. 461—463, Bangerow Nr. I. 4, Sintenis § 85[20], Goldschmidt § 105[48], Hartmann S. 69.

[33] Vgl. überhaupt Goldschmidt § 107—109.

[34] Dieß gilt auch von der als Geld circulirenden Banknote. Dieselbe ist aber zugleich Träger eines Forderungsr., und daher mehr als (das eigentliche) Papiergeld. [Die Reichscassenscheine werden von der Reichshauptcasse für Rechnung des Reiches jederzeit auf Erfordern gegen baares Geld eingelöst (Reichsges. 30/4 1874 § 5), sind also Träger einer Forderung gegen das Reich.]

[35] Goldschmidt S. 1199: „was „„Geld““ sein soll, muß wenigstens der Ausgeber, aber dieser schlechthin, gegen sich als Zahlungsmittel gelten lassen, das undenkbare Gegentheil könnte nur durch Gesetz festgestellt werden“. Reichsbankgesetz § 4. 18. 19.

[35a] Art. 22 des Wiener Münzvertrages verbot den vertragenden Staaten Papiergeld mit Zwangscurs auszugeben, ohne daß für dessen Einlösbarkeit Sorge getragen wäre. Nach dem Reichsmünzgesetz Art. 18 und dem Reichsbankgesetz § 3 soll es nur Reichspapiergeld, und Banknoten nur auf Beträge von nicht weniger als 100 Mark geben. Das Reichsgesetz vom 30/4 1874 spricht dem Reichspapiergeld den Zwangscurs für den Privatverkehr ausdrücklich ab; nach

Digitized by Google

so muß es als Zahlung auch für solche Schulden angenommen werden, die zur Zeit der reinen Metallwährung begründet worden sind, und zwar zu seinem Nennwerth [36]. Wird eine Schuld unter der Herrschaft einer Papiergeldwährung begründet, so ist im Zweifel anzunehmen, daß Papiergeld und nicht Metallgeld gemeint ist [37]. Wird eine solche Schuld zu einer Zeit getilgt, wo die reine Metallwährung wiederhergestellt ist, so ist so viel zurückzuzahlen, als das Papiergeld nach dem letzten Curse werth war [38].

[Das §§§. gibt folgende Bestimmungen:

1. Ist eine Geldschuld in ausländischer Währung ausgedrückt, aber im Inlande zu zahlen, so kann der Gläubiger nur in ausländischer Währung fordern, der Schuldner darf aber, wenn er es vorzieht, in Reichswährung zahlen. Dieses Recht des Schuldners fällt weg, wenn Zahlung in ausländischer Währung bedungen ist und zwar ausdrücklich (vgl. dazu Planck I S. 163. II zu § 244 Abs. 2) (244). Macht der Schuldner von dem Recht, in Reichswährung zu zahlen, Gebrauch, so hat er so viel zu zahlen, als dem Curswerthe des ausländischen Geldes zur Zahlungszeit am Zahlungsort, und wenn dieser Ort keinen selbständigen Curs aufweist, an dem für ihn maßgebenden Handelsplatz entspricht („nach dem Curswerthe, der zur Zeit der Zahlung für den Zahlungsort maßgebend ist" 244 Abs. 2). Bei Verzug der Zahlung sind die Verzugszinsen (288 Abs. 1) in ausländischem Gelde zu berechnen, und die so gefundene Summe kann nach dem Curs zur thatsächlichen Zahlungszeit gezahlt werden. Da der Gläubiger aber auch den Ersatz eines die Verzugszinsen übersteigenden Schadens geltend machen kann (288 Abs. 2), so kann, falls der Curs des ausländischen Geldes gesunken ist, den Schuldner nur die Leistung von so viel Reichsgeld befreien, als der Gläubiger erhalten haben würde, wenn zur Zeit der Fälligkeit bezahlt worden wäre; z. B. wenn bei einer Schuld von 100 Frcs der Curs in drei Monaten des Verzuges von 81 M. auf 80 M. gefallen ist, so kann der Gläubiger verlangen 101 Frcs = 80 M. 80 Pf., er kann aber auch geltend machen, daß ihm zur Zeit der Fälligkeit 81 M. zu leisten gewesen wären, und er jetzt nicht mit weniger sich abfinden zu lassen braucht.

Wie es zu halten ist, wenn der Erfüllungsort im Auslande liegt, ist nicht bestimmt; auch hat das EG. über die Frage, welches örtliche Recht über ein Schuldverhältniß herrscht, nur den Satz des Art. 12 aufgestellt, der über die hier zu entscheidende Frage keine Auskunft giebt. Es wird zu sagen sein, daß das

---

dem Reichsbankgesetz § 2 besteht keine Verpflichtung zur Annahme von Banknoten und kann auch für Staatscassen durch Landesgesetz nicht begründet werden. S. auch das. § 11. 57, § 43 fg. 56.

[36] Das Mittel, welches der Gläubiger bei zu gering ausgeprägtem Metallgeld hat, das angebotene Zahlungsmittel ganz zurückzuweisen, fällt hier weg. Vgl. übrigens auch Hartmann S. 88 fg.

[37] Es ist anzunehmen, daß die Intention der Schuldbegründung auf dasjenige gerichtet gewesen sei, was als Zahlung angenommen werden muß.

[38] Vgl. Note [29]. Hartmann S. 92; a. M. Karlowa S. 553.

Digitized by Google

Recht des Erfüllungsortes maßgebend ist, und man kann dieß gerade dadurch bestätigt finden, daß § 244 seine Bestimmung nur für Geldschulden trifft, die im Inlande zahlbar sind.

2. Es kann ausgemacht werden, daß eine Geldschuld in einer bestimmten (ausländischen oder inländischen) Münzsorte zu zahlen ist. Ist diese Münzsorte zur Zahlungszeit nicht mehr im Umlauf, so ist die Zahlung so zu leisten, wie wenn die Münzsorte nicht bestimmt wäre (245). Dabei ist möglich, daß der Betrag der Schuld bereits in deutscher Währung ausgedrückt war (z. B. 90 M. in Thalern). Dann ist dieser Betrag nunmehr ohne Rücksicht auf jene bestimmte Sorte zu zahlen; war aber auch der Betrag der Schuld in der bestimmten Sorte ausgedrückt, so bedarf es einer Umrechnung des Betrages, und zwar wird man, wenn die Schuld in ausländischem Gelde ausgedrückt war, nach § 244 zu dem Ergebnisse kommen müssen, daß so viel in Reichswährung zu zahlen ist, wie dem letzten für den Zahlungsort maßgebenden Curswerthe der ausländischen Münzen entspricht. Sollte die Schuld dagegen in bestimmten inländischen Münzen ausgedrückt sein (30 Thaler, 25 silberne Zwanzigpfennigstücke) und diese eingezogen worden sein, so ist ihr Nennwerth maßgebend. Die Anwendung des § 245 setzt voraus, daß die bestimmte Münze nicht mehr im Umlauf ist, d. h. überhaupt nicht mehr; es genügt nicht, daß sie am Zahlungsort nicht mehr umläuft. Der Umlauf kann aber aufgehört haben, auch wenn es noch möglich ist, Stücke der Sorte zu beschaffen; andererseits ist, wenn die Münze noch umläuft, es gleichgültig, ob deren Anschaffung wesentlich kostspieliger geworden ist (vgl. [6]).

3. Keine Geldschuld im Sinne der §§ 244. 245 liegt vor, wenn über Lieferung einer bestimmten Quantität bestimmter Münzen contrahirt wird, z. B. Lieferung von 100 Zwanzigfrancsstücken, Anschaffung von 30 Frankfurter Thalern. In diesen Fällen sind nur die allgemeinen Grundsätze von Genusschulden maßgebend.

Die bisherigen Sätze des Reichsrechts, auf welche der Text Bezug nimmt, bleiben unverändert; nur Art. 336 HGB. fällt fort.]

2. Leistung des Interesse*.

§ 257.

Zur Leistung des Interesse [1] verpflichtet sein heißt: verpflichtet sein zum Ersatz des Nachtheils [2], welcher in der Vermögenslage [3] einer

* Das Hauptwerk über die Lehre vom Interesse ist das von Fr. Mommsen: zur Lehre vom Interesse (der „Beiträge zum Obligationenr." zweite Abtheilung 1855). Dazu die Anzeige von Windscheid Heidelb. kr. ZS. II S. 525—563. S. ferner: Cohnfeldt die Lehre vom Interesse nach r. R. Mit Rücksicht auf neuere Gesetzgebung (1865). Voigt ius naturale ꝛc. III S. 417—493 (1875). Gimmerthal die Lehre vom Interesse in ihren Grundzügen reconstruirt (1876). (Darüber Literar. CBl. 1877 S. 310, Kohler ZS. f. franz. Civilr. VIII S. 269 fg.) Frühere „Versuche" (Puchta § 224[a]) der Bearbeitung dieser Lehre sind: Schömann Lehre vom Schadenersatz, 2 Theile (1807). Fr. Hänel Versuch einer kurzen und faßlichen Darstellung der Lehre vom Schadenersatz (1823). v. Wening-Ingenheim (der Jüngere) die Lehre

Digitized by Google

Person in Folge einer positiven [4] oder negativen [5] Thatsache eingetreten ist. Es soll der Unterschied ausgeglichen werden, welcher stattfindet zwischen der gegenwärtigen Vermögenslage einer Person und derjenigen Vermögenslage, in welcher diese Person sich befinden würde, wenn, was geschehen ist, nicht geschehen wäre, oder wenn geschehen wäre, was nicht geschehen ist.

Daß die bezeichnete Ausgleichung durch Leistung eines Geldäquivalentes zu geschehen habe, gehört zum Begriff des Interesse nicht [6], ist aber ein besonders häufiger und vorzugsweise wichtiger Fall. Tritt dieser Fall ein, so muß bei der Schätzung des Entzogenen zwar auf

---

vom Schadenersatze nach r. R. (1841). — Unterholzner I § 125—131 Vangerow III § 571 Anm. 1—4, Sintenis II § 86, Unger Oesterreichische VJS. XIV S. 110 fg., Holzschuher III § 218, Brinz 2. Aufl. II S. 339—368. Dernburg II § 44. 45, Wendt § 191. Ueber die ältere Literatur s. Mommsen a. a. O. in der Vorrede.

[1] Quanti (quod, in quantum) alicuius interest. Andere Bezeichnungen § 257. der Quellen für das Interesse sind: utilitas, damnum, causa rei. Vgl. Mommsen § 5, Cohnfeldt S. 63—64. 68—69, Voigt S. 441 fg., Gimmerthal S. 14 fg. Ueber den Ausdruck quanti ea res est s. Note [7].

[2] Andere sprechen, statt von Nachtheil, von Schaden, und bezeichnen demnach die Lehre vom Interesse als Lehre vom Schadensersatz. Vgl. § 258 [1] a. E. (übrigens auch Voigt a. a. O. S. 417 fg.).

[3] Ein Forderungsr. auf Ersatz eines andern als Vermögensnachtheiles ist weder undenkbar (vgl. Note [6] und Text dazu), noch durch das positive R. an und für sich ausgeschlossen (§ 251 [3]). Aber jedenfalls sind Forderungsre dieser Art von verschwindender praktischer Bedeutung, und die juristische Lehre vom Interesse ist ausgebildet lediglich als Lehre vom Vermögensinteresse.

[4] Z. B. es ist eine Sache beschädigt worden (l. 21 § 2 D. 9, 2), die verkaufte Sache ist evincirt worden (l. 23 C. 8, 44 [45]).

[5] Z. B. es ist eine Verbindlichkeit nicht zu rechter Zeit erfüllt worden (l. 36 § 2 D. 7, 1, l. 114 D. 45, 1), es ist eine Genehmigung nicht ertheilt worden (l. 13. l. 18 D. 46, 8).

[6] Ist das durch die betreffende Thatsache Entzogene Geld, so geht die Interesseforderung zwar auf eine Geldleistung, aber nicht auf Leistung eines Aequivalentes in Geld. Ist das Entzogene etwas Anderes als Geld, so geht die Interesseforderung zunächst auf Leistung dieses Anderen, und nur, wenn die Leistung desselben unmöglich oder in directer Weise nicht erzwingbar ist, tritt Verwandlung in eine Geldleistung ein. Vgl. l. 9 pr. D. 19, 2. RG. XVII S. 112 [Sf. XLVIII. 88]. A. M. Gimmerthal S. 47 fg., Degenkolb der spezifische Inhalt des Schadensersatzes, ACPra. LXXVI S. 1 fg. [S. auch Sf. LI. 13, LII. 253.] — Ersatz eines Nachtheils, der kein Vermögensnachtheil ist, durch eine Geldleistung? Dieser Gedanke hat im gemeinen R. seinen Ausdruck im Schmerzensgelde gefunden. S. § 455 [31]. Vgl. Pfaff zur Lehre vom Schadenersatz und Genugthuung nach österr. R. S. 11 fg. (1881), Unger Grünh. ZS. VIII S. 220 fg., Pfaff das. S. 719 fg. Drukker Rechtsgeleerd magazyn VIII p. 1. 369 vlg. [[Seng ABR. V S. 336 fg., Kohler das. S. 255 fg.]]

Digitized by Google

die Besonderheit der Verhältnisse, in denen die betreffende Person sich befindet [7], es darf aber nicht auf die Besonderheit ihrer Neigungen und Gemütsstimmungen Rücksicht genommen werden [8].

Unter den Gründen, welche zur Leistung des Interesse verpflichten, ist der wichtigste die Widerrechtlichkeit (unerlaubtes Verhalten), mag dieselbe eine bloße Rechtsverletzung oder vom Rechte besonders verboten (Delict) sein (§ 110) [9]. Widerrechtlichkeit ist aber nicht der einzig mögliche Grund der Verpflichtung zur Leistung des Interesse. Es kann das Interesse auch wegen einer nicht widerrechtlichen Thatsache geleistet werden müssen, auf Grund eines Rechtsgeschäfts, oder einer richterlichen Verfügung, oder unmittelbar kraft einer Rechtsbestimmung [10] [10a].

Die Leistung des Interesse kann nicht bloß den Gegenstand eines Forderungsrechts bilden; auch kraft eines dinglichen Anspruches kann möglicherweise Interesse gefordert werden [11]. Abweichende Grundsätze gelten für diesen letzteren Fall nicht.

---

[7] Darin besteht eben das Wesen des Interesse. Es soll der betreffenden Person geleistet werden, was das Entzogene gerade ihr, nicht was es Jedermann werth ist. Vgl. § 258 [12]. Das Interesse bildet also den Gegensatz zum s. g. Sachwerth (verum rei pretium, vera rei aestimatio, vgl. z. B. l. 2 § 13 D. 47, 8, l. 179 D. 50, 16). Den Ausdruck „quanti ea res est" gebrauchen die Quellen bald für den Sachwerth im Gegensatz zum Interesse, bald geben sie ihm den weiteren Sinn, daß er das letztere mit umfaßt. Vgl. z. B. l. 179. l. 193 D. 50, 16, l. 1 § 4 D. 2, 3, l. 9 § 8 D. 10, 4; l. 68 D. 6, 1, l. 3 § 11 D. 43, 17. Mommsen § 6, Cohnfeldt S. 64 fg., Voigt a. a. O. S. 444 fg. 955 fg., 1116 fg., Gimmerthal S. 22 fg.; abweichend Savigny System V Beil. XII. Vgl. auch Windscheid a. a. O. S. 529, Brinz 1. Aufl. S. 339 fg.

[8] S. g. Affectionswerth. L. 33 pr. D. 9, 2. Vgl. l. 6 § 2 D. 7, 7, l. 63 pr. D. 35, 2 und Mommsen S. 214—217. Auch Cohnfeldt S. 69—71, Voigt S. 483 fg.

[9] Vgl. auch Sf. V. 145, IX. 25.

[10] Ein Vertrag z. B. kann, wie auf eine andere Leistung, so auch auf Ersatz des Nachtheils gerichtet werden, welcher dem Gläubiger aus einem bestimmten Umstand erwachsen werde oder erwachsen sei.

[[10a] Ueber gesetzliche Haftung für verursachten, nicht verschuldeten Schaden s. die zu I § 101 [8a.E.] Angeführten. Ferner (zu den Aufsätzen von Unger) Krasnopolski Grünh. ZS. XXII S. 708 fg., Steinbach die Grundsätze des heutigen R. über den Ersatz von Vermögensschäden (S. A. aus jur. Blätter 1888 21—30); dazu Krasnopolski ZS. f. HR. XXXIX S. 296 fg. Schoberlechner der Zufall im Straf- und Civilre S. 104 fg. Wien 1897 (bereits 1889 in einer ZS. veröffentlicht; österreich. R.) S. auch Baron der Mönchensteiner Eisenbahnunfall ACPra. LXXXI S. 177 fg. RG. XVII S. 103 fg., XXX S. 129 fg., XXXI S. 181 fg., Sf. XLIV. 251, XLVIII. 6, XLIX. 236, L. 242.]

Digitized by Google

§ 258*.

Der Inhalt der Interesseleistung bestimmt sich näher durch folgende Regeln.

1. Der Verpflichtete muß Ersatz geben für den Nachtheil, welcher in der Vermögenslage des Gläubigers in Folge einer gewissen Thatsache eingetreten ist. Ob dieser Nachtheil positiver Schaden ist oder entbehrter Gewinn, ist gleichgültig [1]. Es kann aber kein Ersatz begehrt werden für einen Nachtheil, der seinen Grund in übermäßigem Luxus [2] oder in einer Unehrenhaftigkeit [3] hat. Hat die betreffende Thatsache nicht bloß Nachtheil, sondern auch Vortheil hervorgebracht, so ist wirklicher Nachtheil nur, was nach Abzug des Vortheils übrig

---

[11] Der dingliche Anspruch verwandelt sich, wenn er durch die Schuld des Verpflichteten unerfüllt bleibt, wie der obligatorische, in einen Anspruch auf Leistung des Interesse. Vgl. I § 43 [7]. § 124.

* Vgl. außer den bei dem vorigen § Genannten noch G. Nußbaumer über das Maß des Schadenersatzes 1855 (darüber Windscheid Heidelb. kr. ZS. III S. 72—74). Kniep die Mora des Schuldners II § 90—95 (1872).

[1] L. 13 pr. D. 46, 8: — „in quantum mea interfuit, i. e. quantum § 258.
mihi abest, quantumque lucrari potui". L. 33 D. 19, 2: — „quanti eius interfuerit frui, in quo etiam lucrum eius continebitur". L. 7 C. 5, 51, l. 33 pr. i. f. D. 9, 2, l. 2 § 8 D. 13, 4, l. 1 § 41 D. 43, 16, l. un. C. 7, 47, R. D. A. 1600 § 139. Ueber l. 72 [71] § 1 D. 47, 2 s. Mommsen S. 135—137, Vangerow a. a. O. Anm. 3 Nr. 1. Cohnfeldt S. 93 fg. Heutzutage pflegt man zu reden von damnum emergens und lucrum cessans. — Wenn hier der Begriff des Nachtheils als ein höherer Begriff dem Begriff des Schadens gegenübergestellt wird, so ist zuzugeben, daß damit den Ausdrücken eine juristische Ausprägung gegeben wird, welche sie im Leben nicht haben. Will man, um dieß zu vermeiden, den Inhalt der Interesseverpflichtung dahin bestimmen, daß sie auf Ersatz eines entzogenen Vortheils gehe (wie das wirklich thut Cohnfeldt [s. namentlich § 1. 6. 7], ausgehend davon, daß der Begriff des Interesse an und für sich einen erlittenen Schaden nicht voraussetze), so hat man damit, wie mir scheint, eine ungewöhnlichere und verwirrendere Bezeichnung für das damnum emergens, als in der hier gewählten Ausdrucksweise für das lucrum cessans liegt. — Eine besondere Auffassung des Sinns der Ausdrücke Nachtheil und Schaden bei Voigt a. a. O. S. 418. [S. noch über die Interesseberechnung Sf. XLV. 171. 172, XLVI. 9. 87. 88, XLVIII. 8. 82. 173, XLIX. 13. 246, L. 9. 10. 238.]

[2] L. 40 pr. D. 39, 2: — „honestus modus servandus est, non immoderata cuiusque luxuria subsequenda". L. 13 § 1 D. 8, 2. Mommsen S. 233—234. [A. M. mit Recht Dernburg II § 45 [2].]

[3] L. 33 D. 6, 1. [[Sf. XLVI. 179.]] L. 11. l. 77 [76] § 1 D. 47, 2 handeln von der actio furti, also nicht von einem Anspruch auf Leistung des Interesse. Vgl. l. 72 [71] § 1 eod. (Note [1]). — Auch kein Ersatz für Gewinn von Gewinn? S. auf der einen Seite l. 2 § 5 D. 50, 8, l. 15 D. 22, 1, auf der andern l. 8 eod. Mommsen S. 189—190.

Digitized by Google

bleibt[4]. Was den Zeitpunkt betrifft, auf welchen bei Feststellung des Umfanges des durch die betreffende Thatsache hervorgerufenen Nachtheils gesehen werden muß, so ist der Beschädigte regelmäßig befugt, den Ersatz alles Nachtheils zu verlangen, der ihm bis zur Zeit, wo er das Interesse fordert, also wenn es zum Processe kommt, bis zur Zeit des Urtheils erwachsen ist; es kann jedoch nach gesetzlicher Regel oder dem präsumtiven Willen der Parteien auch ein früherer Zeitpunkt maßgebend sein[5]. Ist zur Bestimmung des Interesse eine Schätzung in Geld nöthig[6], und der Werth des zu schätzenden Gegenstandes hat gewechselt[6a], so kann der Berechtigte den Werth der Zeit fordern, wo der Gegenstand seinem Vermögen wirklich entzogen worden ist[7], aber auch den höheren Werth der Zeit des Urtheils[8]. —

---

[4] Das folgt aus der Natur der Sache. Bewiesen aber wird es nicht, wenigstens nicht direct, durch l. 10 [11] D. 3, 5, freilich auch nicht widerlegt durch l. 23 § 1 D. 17, 2; beide Stellen handeln nicht von dem Fall, wo Nachtheil und Gewinn durch einen und denselben Umstand hervorgerufen sind (was l. 23 § 1 cit. angeht: die admissio socii und die praepositio servi lösen sich auf in so viele einzelne Gestattungen der Geschäftsführung, als einzelne Gesellschaftsgeschäfte zu führen sind). Ueber die verschiedenen Auffassungen s. Fritz Erläuter. II S. 73, Vangerow a. a. O. Anm. 1, Mommsen S. 195—196, Windscheid a. a. O. S. 548—549, Cohnfeldt S. 168 fg., Voigt S. 489 fg. Dernburg II § 45, 4, Ruhstrat Jahrb. für Dogm. XXVII S. 84. [Larenz Compensatio lucri cum damno Gött. Diss. 1896.] Vgl. noch unten § 439 [7a. E.] Vgl. Sf. VII. 166, X. 257, XXXIV. 23. 245, XLI. 172. [XLVI. 20] [[XLVII. 14 (keine Abrechnung der Versicherungssumme)]]. RG. X S. 50. [XXXV S. 69 fg., XL S. 176 fg.]

[5] L. 6 § 4. l. 8 § 1 D. 2, 13, l. 12 § 1 D. 2, 11. Mommsen § 19, Cohnfeldt § 13. [Zeitpunkt für die Interesseberechnung bei Klage gemäß CPO. 778 [893]: RG. XXXVI S. 376 fg. — Nachforderungen: Sf. XXXIX. 89, LII. 4.]

[6] S. § 257 [6].

[6a] Vgl. über diese schwierige Frage: Mommsen a. a. O. S. 217—231 und Beiträge III S. 211—213, Windscheid a. a. O. S. 554—558 (das von mir an dieser Stelle Gesagte ist aber nach dem in § 280 [15] Entwickelten zu modificiren), Cohnfeldt S. 29 fg. 248 fg., Voigt S. 464 fg. S. auch Büff ACPra. XXXIII S. 101 fg. 241 fg.

[7] Im Einzelnen bemerke man Folgendes. Wenn ein Gläubiger Ersatz verlangt für eine dem Schuldner unmöglich gewordene Leistung, so ist — abgesehen vom Falle des Verzuges, darüber § 280, 2 a. E. 3 — der Werth der Zeit, wo die Forderung geltend gemacht wird (wenn es zum Proceß kommt, des Urtheils), in Anschlag zu bringen, weil dieses die Zeit ist, wo die Sache dem Vermögen des Gläubigers entzogen wird (wo er sie erhalten haben würde, wenn die Unmöglichkeit nicht eingetreten wäre). Dieß ist selbst für den Fall wahr, wo die Verpflichtung des Schuldners auf Leistung zu einer früheren Zeit ging. Denn dadurch, daß die Leistung in dieser Zeit nicht gemacht worden ist, ist dem Gläubiger nicht die Leistung selbst entzogen worden, sondern nur ein Zeitvortheil in Betreff derselben. L. 22 D. 12, 1, l. 4 D. 13, 3, l. 59. l. 60 D. 45, 1 er-

Digitized by Google

Für den Fall, wo das Interesse wegen Nichterfüllung oder nicht gehöriger Erfüllung einer Obligation gefordert wird, tritt zu den hier aufgestellten Regeln die beschränkende hinzu, daß als Interesse nie Mehr in Anspruch genommen werden kann, als das Doppelte des Werthes des Obligationsgegenstandes, vorausgesetzt daß dieser Werth ein sicherer ist [9].

klären sich aus der römischen Nothwendigkeit der Geldcondemnation; l. 11 D. 42, 1 setzt Verzug voraus. Anders wenn der Eigenthümer Ersatz verlangt für eine ihm durch einen Andern vernichtete oder beschädigte Sache. Hier ist die Sache seinem Vermögen entzogen worden (ganz bez. theilweise) zur Zeit der Vernichtung bez. Beschädigung, und daher ist die Schätzung nach dem Werth dieser Zeit zu machen.

[8] Er kann sagen, daß, wenn ihm die Sache nicht entzogen worden wäre, er jetzt eine Sache des höheren Preises haben würde. Dem Schuldner steht freilich der Gegenbeweis offen, daß der Gläubiger die Sache früher veräußert haben würde. Sf. XXV. 296. vgl. 297. — Ist der zu schätzende Gegenstand schon vor der Zeit, wo er dem Vermögen des Berechtigten entzogen wird, untergegangen, so ist auf den Werth Rücksicht zu nehmen, welchen er zur Zeit des Unterganges hatte. L. 3 D. 13, 3. Cohnfeldt S. 249.

[9] Der aufgestellte Satz beruht auf der l. un. C. de sententiis quae pro eo quod interest proferuntur 7, 47, von Justinian. Diese Stelle hat Veranlassung zu einer ganzen Reihe von Streitfragen gegeben, und, was schlimmer ist, zu Streitfragen, die, theilweise wenigstens, kaum jemals zu einer Alle befriedigenden Lösung werden gebracht werden können. Namentlich wird darüber gestritten, ob die bezeichnete Beschränkung nicht auch in solchen Fällen zur Anwendung gebracht werden müsse, wo Ersatz für etwas Anderes, als für Nichterfüllung einer Obligation, gefordert wird? Für die im Texte ausgesprochene Verneinung dieser Frage ist die herrschende Meinung. Vgl. Vangerow a. a. O. Anm. 4 Nr. I, Mommsen S. 235, Cohnfeldt S. 39; dawider neuestens Cohnfeldt selbst S. 46 fg. 207. Sodann ist Streit darüber, wann man sagen dürfe, daß der Werth des Obligationsgegenstandes ein sicherer sei? Auf der einen Seite wird gesagt: nur dann, wenn die Obligation auf Leistung einer Sache oder einer Quantität von Sachen geht; auf der andern: nur dann nicht, wenn die Obligation geradezu auf das Interesse gestellt ist. Vangerow a. a. O. Anm. 4 Nr. 2, Cohnfeldt S. 41 fg. 207 fg. In der neueren Zeit aber hat Mommsen S. 235—238 eine ältere Meinung wieder geltend gemacht, welche dahin geht, daß in erster Linie gar nicht auf den Obligationsgegenstand, sondern auf die dafür bedungene Gegenleistung zu sehen sei, ob nämlich dieselbe in Geld bestehe oder nicht; erst wenn sie in Geld nicht bestehe, komme es auf den Obligationsgegenstand selbst an. Dafür auch Bähr Urtheile des Reichsgerichts S. 112 fg. Noch weiter geht Kniep (s. unt.): er bezieht das Gesetz nur auf solche Fälle, in denen das Interesse neben einer bestimmten Geldsumme eingeklagt werde. Ude (s. u.) verlangt zur Bestimmtheit des Obligationsgegenstandes, daß derselbe entweder in Geld ausgedrückt oder von den Parteien durch Bezeichnung der Gegenleistung oder durch gewillkürten Anschlag auf eine feste Geldsumme reducirt worden sei. Ueber die l. un. cit. gibt es zwei besondere Abhandlungen von W. Sell in Sell's Jahrb. I S. 183 fg. (1841) und von Ude ACPra. LVII S. 17 fg. (1874); außerdem sind zu vergleichen Fritz Erläuter. II S. 86—92,

Digitized by Google

2. Der Verpflichtete muß Ersatz geben für den Nachtheil, welcher in der Vermögenslage des Gläubigers in Folge einer gewissen Thatsache eingetreten ist. Es ist nicht erforderlich, daß der eingetretene Nachtheil die unmittelbare[10] und nothwendige[11] Folge der betreffenden Thatsache gewesen sei: auch für denjenigen Nachtheil muß Ersatz gegeben werden, welcher erst durch andere Thatsachen vermittelt worden ist[12], wenngleich durch solche, die auch hätten ausbleiben können[13]; und auch das macht keinen Unterschied, ob diese Thatsachen vorhergesehen werden konnten oder nicht[14]. Aber jedenfalls muß es wahr

---

Vangerow III § 571 Anm. 4, Sintenis II § 86[32], Mommsen S. 235—238, Cohnfeldt § 5. 15, Kniep die Mora des Schuldners II § 92—95, Brinz 1. Aufl. S. 357. Sf. XI. 140. 224, XIV. 215, XV. 9, XVII. 17. 223, XIX. 130, XX. 23, XXIII. 21, XXX. 10, XXXI. 123. 124. 320, [XLIV. 8, XLVIII. 88]. RG. IV S. 181, VI S. 203, VII S. 161, X S. 193. Dernburg II § 45, 8 glaubt, daß die l. un. cit. durch CPO. § 260 [287] aufgehoben sei. [Mit Unrecht, da dieser § nur die Feststellung des Interesses behandelt, nicht aber die materiellrlichen Grenzen verändert, innerhalb deren es gefordert werden kann.]

[10] Ueber die Behauptung, daß das sogenannte indirecte Interesse (Interesse extra rem, im Gegensatz des Interesse circa rem) nicht in allen Fällen geleistet zu werden brauche, s. Mommsen § 24—26, Cohnfeldt S. 10 fg. 174 fg. Vgl. auch Voigt S. 488. Dernburg II § 45, 2 will zwischen „Ursache" und „Veranlassung" unterscheiden, jedoch bei dolus eine strengere Behandlung eintreten lassen.

[11] Nothwendigkeit (Unvermeidlichkeit) der Folge verlangen auch Neuere noch, offenbar in Verkennung des wahren Wesens des Causalzusammenhanges. Vgl. außer den bei Mommsen S. 142[8] Genannten noch Sintenis S. 71.

[12] Darin besteht ja gerade das Wesen des Interesse, daß auf die besonderen Verhältnisse, welche sich bei dem Gläubiger vorfinden, Rücksicht genommen wird. Beispiele: ein Schuldner erfüllt seine Verbindlichkeit nicht; wenn der Gläubiger den verschuldeten Gegenstand seinerseits unter einer Conventionalstrafe einem Dritten versprochen hat, so muß der Schuldner ihm auch diese Conventionalstrafe ersetzen. Jemand verkauft ein krankes Stück Vieh; er muß dem Käufer auch den Schaden ersetzen, welchen derselbe dadurch erleidet, daß das kranke Thier andere gesunde Thiere des Käufers ansteckt. Vgl. l. 21 § 2. l. 22. 23 pr. § 4 D. 9, 2, l. 18 pr. D. 13, 6, l. 6 § 4. l. 13 pr. § 2 D. 19, 1, l. 19 § 1 D. 19, 2. Gesetzliche Beschränkungen: HGB. Art. 396 [430. 457] 612. [611] 614. [613] Reichspostges. 28/10 71 § 8—12.

[13] Es ist nicht nothwendig, daß der Käufer eines kranken Thieres dasselbe mit anderen Thieren in Berührung bringt. Es ist nicht nothwendig, daß derjenige, der eine geliehene Sache widerrechtlich mit auf Reisen nimmt, unterwegs ausgeraubt wird (l. 18 pr. D. 13, 6). Vgl. Sf. IV. 113.

[14] Mommsen S. 165—171, Cohnfeldt S. 19. 137. Sf. XIII. 190 (S. 468), XV. 208, XXXV. 12 a. E., RG. XIII S. 65. 66. Nur dann braucht für unvorhersehbaren Nachtheil kein Ersatz gegeben zu werden, wenn es die Pflicht des Gegners gewesen wäre, über die Möglichkeit desselben Aufklärung zu geben. Demelius Jahrb. f. Dogm. V S. 77—79. — Daß unvorhergesehener

Digitized by Google

sein, daß der Nachtheil, welcher eingetreten ist, nicht eingetreten sein würde, wenn die betreffende Thatsache nicht gewesen wäre [15]. Der

---

Nachtheil überhaupt nicht ersetzt zu werden brauche, behauptet für den Fall bloßer Nachlässigkeit neuerdings wieder (über Aeltere s. Mommsen S. 166 [30], Cohnfeldt S. 16 fg., vgl. auch Cod. civ. art. 1150) Jhering das Schuldmoment im r. Privatr. S. 55 fg. mit Berufung auf l. 43—45 D. 19, 1. Doch setzt diese Stelle jedenfalls ein bonae fidei iudicium voraus (vgl. l. 22 pr. l. 23 pr. § 4 D. 9, 2), und enthält vielleicht sogar ius singulare für den Fall der Eviction mit Rücksicht auf die römische Sitte der duplae stipulatio (l. 44 cit., Bangerow § 571 Anm. 4 Nr. I. 3), oder geht doch nach eben dieser l. 44 cit. im Zusammenhang des Justinianischen R. in die Regel der l. un. C. 7, 47 (9) auf. Endlich kommt in Betracht, daß im Fall der Stelle (Eviction) auch ohne alle Nachlässigkeit gehaftet wird. Vgl. auch Dernburg II § 45 [7]. — Man verwechsle übrigens nicht das Ob der Verhaftung mit dem Umfang der Verhaftung. Für die Frage, ob Jemand wegen einer Thatsache haftbar sei, kann die Vorhersehbarkeit oder Unvorhersehbarkeit ihrer Folgen sehr wohl von maßgebender Bedeutung sein. Anders wenn danach gefragt wird, in welchem Umfange Jemand für die Folgen einer Thatsache aufkommen müsse, von welcher es feststeht, daß er wegen ihrer zur Interesseleistung verpflichtet sei. [Es ist m. E. nicht angängig, die Frage so zu stellen wie in den letzten Sätzen geschieht. Wenn Jemand wegen Verschuldens haftet, so kann man nicht behaupten, er hafte, wenn seine Handlungsweise überhaupt schuldhaft sei, für alle Folgen, ohne Rücksicht darauf, ob er die einzelne Folge voraussehen konnte oder nicht; sondern es ist bei jeder einzelnen Folge seines Handelns zu untersuchen, ob diese verschuldet ist; d. h. ob diese Folge zu denjenigen Möglichkeiten gehört, die er hätte vorauserwägen können und sollen, und wegen deren er anders hätte handeln sollen. Wenn z. B. das Gewehr eines Jägers sich durch sein Verschulden entlädt, so haftet er für die dadurch verursachte Verletzung eines Jagdgenossen; wenn aber zugleich von einem Theil der Ladung Jemand getroffen wird, der im Busch versteckt lag, so haftet der Schuldige für diese Folge nur, wenn er mit der Möglichkeit der Anwesenheit eines Menschen an jenem Ort rechnen mußte. Gründet sich die Haftung nicht auf Verschulden, so kommt es auf die Vorhersehbarkeit des Schadens in der soeben gezeigten Weise natürlich nicht an. Es wird aber bei vertragsmäßiger Haftung für einen Schaden nicht gehaftet, der dasjenige Maß übersteigt, welches äußersten Falles nach Treu und Glauben als die von den Parteien intendirte Grenze der Haftung angesehen werden kann. So l. 43 D. 19, 1 (ut non sit cogitatum a venditore de *tanta summa*); vgl. Dernburg a. a. O.]

[15] Hiernach ist in folgenden Fällen eine Verpflichtung zur Leistung des Interesse nicht begründet. a) Der Nachtheil würde durch die Thatsache, für welche eingestanden werden muß, herbeigeführt worden sein, wenn dieselbe ihre Wirksamkeit voll hätte entfalten können; aber in Wirklichkeit ist er durch eine dazwischen kommende andere Thatsache herbeigeführt worden. Beispiel: Jemand bringt einem fremden Thier eine tödtliche Wunde bei, dann wird dasselbe vom Blitz erschlagen. L. 11 § 3. l. 15 § 1 D. 9, 2. L. 51 pr. § 2 eod. enthält eine abweichende, nicht durchgedrungene Meinung des Julian; die von Bangerow III § 681 Anm. 2 vorgeschlagene systematische Vereinigung scheitert meiner Ansicht nach an der in § 2 das. für das zweite Delict angenommenen Schätzungszeit. Vgl. kr. VJS. XXX S. 59. b) Der Nachtheil kann auf die Thatsache, für welche eingestanden werden muß, zurückgeführt werden, aber auch auf eine andere.

Digitized by Google

Nachweis dieses Causalzusammenhanges wird leichter sein, wo es sich um einen positiven Schaden, schwieriger, wo es sich um einen ent-

---

Beispiel: ein Schuldner bringt sich durch seine Schuld in die Unmöglichkeit, seine Verbindlichkeit zu erfüllen, hinterher aber geht die zu leistende Sache ohne seine Schuld unter. (Nachtheil: Nichterfüllung der Verbindlichkeit.) L. 27 § 2 D. 6, 1 („legis autem Aquiliae actio durat" — auf Ersatz des durch die Verwundung des Sclaven sofort, unabhängig von aller durch den Besitz begründeten Verpflichtung, herbeigeführten Nachtheils), l. 36 § 3 D. 5, 3, l. 21 D. 18, 4, l. 4 i. f. D. 25, 1, l. 45 D. 44, 7. Ist jedoch ein nachtheiliger Erfolg auf ein Delict so gut des Einen, wie des Andern zurückzuführen, so haften Alle. L. 11 § 2. l. 51 § 1 D. 9, 2. [RG. XXVIII S. 146 fg.] c) Der Nachtheil ist durch die Thatsache, für welche eingestanden werden muß, herbeigeführt worden; aber diese Thatsache hat zugleich die Wirkung einer andern Thatsache ausgeschlossen, welche, wenn jene erste Thatsache nicht eingetreten wäre, den Nachtheil ebenfalls herbeigeführt haben würde. Beispiel: ein Frachtschiffer ladet die zu transportirenden Waaren contractswidrig auf ein anderes, als das bestimmte Schiff: das erste Schiff geht unter, aber auch das zweite. L. 10 § 1 D. 14, 2, l. 7 § 4 D. 43, 24. — Mit diesem letztgenannten Fall ist ein anderer Fall nicht zu verwechseln: wenn, nachdem der Nachtheil durch die Thatsache, für welche eingestanden werden muß, herbeigeführt worden ist, eine andere Thatsache eintritt, welche ihn erzeugt haben würde, wenn er nicht bereits erzeugt gewesen wäre. Hier ist eine Verpflichtung zum Ersatz des Nachtheils wirklich begründet. L. 7 § 4 i, f. D. 43, 24, l. 37 D. 17. 1, l. 16 § 2 D. 21, 2 (*vv.* et quam actionem). Eine Widerlegung des hier Gesagten hat Brinz 1. Aufl. S. 350 fg. versucht; er hat mich nicht überzeugt. [[Die auf ein anderes als das vereinbarte Schiff verladene Waare kommt an; aber das vereinbarte Schiff geht zu Grunde, und der Befrachter verlangt nun die Versicherungssumme. Das RG. (XXVIII S. 159 fg.) hat 4/11 91 gegen ihn entschieden]] [gewiß mit Recht.] Vgl. über das Erforderniß des Causalzusammenhanges überhaupt Mommsen S. 137 fg., Windscheid a. a. O. S. 540 fg. 549—552, Cohnfeldt S. 136 fg., Unger S. 115[7], A. Pernice zur Lehre von den Sachbeschädigungen S. 172 fg., Vangerow 7. Aufl. III § 571 Anm. 3 Ziff. 1 u. 2, Birkmeyer über Ursachenbegriff und Causalzusammenhang im Strafr. (1885), v. Bar die Lehre vom Causalzusammenhang S. 119 fg. 132 fg. (Leipzig 1871) und Grünh. ZS. IV S. 35 fg. [[Lewison ([17]) S. 26 fg.]] [Thon Jen. Festrede vom 16/6 1894, (über den Begriff der Verursachung), Heß über Causalzusammenhang und unkörperliche Denksubstrate. 1. H. (Ursache und Bedingung. Verursachung durch Unterlassung.) Hamburg 1895. Haß über die Verwerthbarkeit des Gegensatzes von adäquatem und inadäquatem Causalzusammenhang in der Lehre vom Interesse, Jahrb. f. Dogm. XXXVII S. 327 fg. (1897). Dernburg II § 45, 2. S. auch v. Liszt Strafr. § 28. 29 und dort Citirte.] Sf. I. 210, II. 39, XIII. 22, XV. 189. 208, XXVI. 132, XXVII. 28, XXXIII. 130, XXXV. 25. 315, XXXVII. 298, XXXIX. 104, XL. 95, XLI. 15. [XLIV. 277, XLVII. 50,] [[XLVII. 99]] [XLVIII. 29. 33. 113.] RG. VI S. 1. 356, VIII S. 167, X S. 50. 64. 140, XXIII S. 158, [XXXV S. 83 fg.] — Ist es ungewiß ob in Folge der betreffenden Thatsache dieser oder jener Nachtheil eingetreten ist (ob wenn die betreffende Thatsache nicht gewesen wäre, der Gläubiger sich in dieser oder jener Vermögenslage befinden würde), so ist der Schuldner alternativ verpflichtet. Vgl. l. 12 § 1 D. 23, 3.

Digitized by Google

behrten Gewinn handelt [16]. Nur in Einem Falle braucht für den Nachtheil, welcher wirklich in Folge der betreffenden Thatsache eingetreten ist, Ersatz nicht gewährt zu werden: wenn nämlich der Nachtheil von dem Benachtheiligten durch gehörige Sorgfalt hätte vermieden werden können [17]. Jedoch gilt diese Ausnahme nicht, wo der Grund, weßwegen das Interesse geleistet werden muß, Arglist ist [18].

[16] Im ersten Fall ist nur ein Zusammenhang zwischen vorhandenen Thatsachen aufzuweisen; im zweiten Fall ist nachzuweisen, daß, wenn eine Thatsache gewesen wäre, eine andere gewesen sein würde. Diese Schwierigkeit des Beweises bei entbehrtem Gewinn hat einen zu scharfen Ausdruck gefunden in Quellenäußerungen, in welchen geradezu geleugnet wird, daß im Interesse auch Ersatz für entbehrten Gewinn gefordert werden könne, so in l. 29 § 3 D. 9, 2, l. 33 pr. i. f. eod., l. 21 § 3 D. 19, 1, l. 20 [19] D. 18, 6. Auf Grund dieser Stellen ist auch wohl behauptet worden, daß der entbehrte Gewinn nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen zum Interesse gerechnet werden dürfe, so von Puchta § 225 Nr. 3 u. 4, B. W. Pfeiffer vermischte Aufsätze S. 227 fg., Gimmerthal S. 51 fg. Das ist irrig; die Forderung des entbehrten Gewinnes im Interesse hat keine andere Voraussetzung, als die, daß der nöthige Causalzusammenhang nachgewiesen werden könne. S. l. 8. l. 51 § 3 D. 21, 2; l. 23 pr. l. 51 pr. § 2 D. 9, 2, l. 3 D. 13, 1, l. 52 § 28 D. 47, 2; l. 23 § 2 D. 9, 2; l. 17. l. 18. l. 24 § 4 D. 19, 2; l. 39 § 1 D. 30; l. 3 D. 9, 1, l. 7 pr. D. 9, 2, l. 7 D. 9, 3; l. 35 pr. D. 32; l. 12 D. 19, 1; l. 2 § 8 D. 13, 4; R. D. A. 1600 § 139. Mommsen § 17. 26 (Windscheid a. a. O. S. 547—548), Vangerow a. a. O. Anm. 3 Nr. 3 und hinter Nr. 5 (7. Aufl.), Sintenis § 86 [21], Unger S. 114 (6), Cohnfeldt S. 98 fg. 192 fg., 202 fg., A. Pernice a. a. O. S. 242 fg., Dernburg II § 45 [3], Sf. II. 155, XI. 130, XII. 15. 105, XIII. 11, XV. 8, XVII. 224, XIX. 129, XXII. 27. 150, XXXIV. 21, XLI'. 296. [[XLVI. 192.]]

[17] L. 203 D. 50, 17. „Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intellegitur damnum sentire". Einzelne Entscheidungen in: l. 11 § 12 D. 19, 1, l. 23 § 8 D. 21, 1; l. 45 § 1 D. 19, 1; l. 29 § 1. l. 56 § 3. l. 66 pr. D. 21, 2; l. 62 [61] § 7 D. 47, 2; l. 28 § 1. l. 30 § 4. l. 52 pr. D. 9, 2. Auch l. 21 § 3 D. 19, 1 in den Worten: „non magis quam si triticum emerit *cett.*" gehört hierher (vgl. Sf. XII. 255). Mommsen S. 157—160, Demelius Jahrb. f. Dogm. V S. 58—71, Arndts kr. VJS. V S. 172 fg., Regelsberger ACPra. LXIII S. 201. Andere Auffassung bei Cohnfeldt S. 142 fg., Brinz 1. Aufl. S. 352 fg., Dernburg II § 45 [11]. S. auch A. Pernice a. a. O. S. 58 fg. 174. Sf. XLI. 19, [XLII. 190], XLIV. 86 (RG.). [[XLV. 182. [240], XLVI. [96]. 189, [252], XLVII. [28. 141]. 184]], [XLVIII. 5. 30, XLIX. 91, L. 17]. [[Wendt Jahrb. f. Dogm. XXXI [S. 137 fg. bes.] S. 139 fg. 147 fg., Lewison über Compensation der Culpa. Bonn. Diss. 1891 S. 13 fg.]], [Priester compensatio culpae. Erl. Diss. 1896. RG. XLI S. 175 fg.] Dagegen schadet es dem Gläubiger nicht, daß er es versäumt hat, einen Gewinn zu ziehen, welchen er in Folge der Nachtheil erzeugenden Thatsache hätte ziehen können. Vgl. Sf. I. 41, IX. 273, XI. 130, XII. 255, XIII. 235, XV. 209, XIX. 129, XXII. 126 (Kierulff Entscheidungen des OAG. zu Lübeck 1866 S. 770. 771), XXIII. 216, XXVII. 122, XXXII. 44, XXXV. 285. [Wer durch seine Schuld eine gefährliche Situation herbeigeführt hat, trägt die Folgen

Digitized by Google

3. Der Verpflichtete muß Ersatz geben für den Nachtheil, welcher in der Vermögenslage des Gläubigers in Folge einer gewissen Thatsache eingetreten ist. Hat sich aber der Gläubiger im Interesse eines Andern zum Gläubiger gemacht, so bildet den Inhalt seiner Interesseforderung der von diesem Andern erlittene Nachtheil[19].

---

auch einer zur Abwendung der Gefahr unternommenen freien Handlung des Beschädigten, wenn diese Handlung den Umständen nach gerechtfertigt war. RG. XXIX S. 119 fg. — Wo eigenes Verschulden des Beschädigten die Haftung ausschließt, muß der Beschädigte zurechnungsfähig sein. So im Gebiete des Reichshaftpflichtgesetzes RG. I S. 278, XXI S. 19 fg., XXXVII S. 155 fg. Dagegen Croissant ein Streifzug auf das Gebiet des Haftpflichtgesetzes. Colmar 1893. Gegen ihn Frankl Grünh. ZS. XXII S. 535 fg. Fr. Endemann die Rwirkungen der Ablehnung einer Operation seitens des körperlich Verletzten (Berlin 1893) kommt zu dem Ergebnisse, daß der Verletzte niemals verpflichtet ist, sich operiren zu lassen, d. h. daß er seinen Ansprüchen aus der Körperverletzung nie etwas vergibt, wenn er die Operation ablehnt. Dieß geht entschieden zu weit. Es ist unter Würdigung aller Umstände, insbesondere der Aussichten der Operation wie der damit verbundenen Gefahren und Schmerzen zu würdigen, ob dem Verletzten billiger Weise die Duldung der Operation zugemuthet werden kann. Wird dieß bejaht, so gereicht die Ablehnung der Operation dem Haftenden zur Entlastung. Sf. XLVI. 189. (RG.) L. 166 (Stuttgart). Der Verletzte kann zu der Operation nicht gezwungen werden, aber er muß die Folgen ihres Unterbleibens auf die eigene Tasche nehmen. Die Duldung einer Operation ist von der Duldung einer ärztlichen Untersuchung, eines Verbandes, vom Einnehmen von Medicin, von dem Unternehmen einer Eisenbahnfahrt, nach Seite der Gefährlichkeit und des Mißbehagens, das der Gedanke erzeugt, Derartiges in fremdem Interesse dulden oder thun zu müssen, nur quantitativ verschieden. So wenig Jemand principiell sagen darf, er brauche nicht zur Entlastung seines Schädigers in die Stadt zum Arzt zu reisen, weil möglicher Weise ein Eisenbahnunglück eintreten könne, so wenig darf man als absolutes Princip aufstellen, der Verletzte brauche sich nicht operiren zu lassen.]

[18] L. 45 § 1 i. f. D. 19, 1, l. 9 § 4 D. 9, 2 („*utique*"). Mommsen S. 257—259, Demelius a. a. O. S. 71—75, Vangerow § 571 Anm. 3 Ziff. 5 in der 7. Aufl., s. auch A. Pernice a. a. O. S. 62 fg. Sf. XXX. 9, XXXII. 117. A. M. Cohnfeldt S. 149 fg. — Muß nicht zu der angeführten Ausnahme noch die andere hinzugefügt werden, daß auch dann kein Ersatz gefordert werden könne, wenn die Verschuldung eines Dritten mitgewirkt hat? S. l. 52 pr. D. 9, 2 („medici inscientia"), l. 22 § 4 D. 46, 8, und über diese Stellen Mommsen S. 160—164, Windscheid a. a. O. S. 543—546, Demelius a. a. O. S. 69—71, Unger S. 115 (7 a. E.), Cohnfeldt S. 143 fg., A. Pernice a. a. O. S. 61. 178 fg. Labeo II S. 39 fg., Vangerow III S. 39 in der 7. Aufl. Was l. 52 pr. cit. angeht, so halte ich jetzt die Erklärung für die richtige, daß dieselbe nur die Klage aus dem ersten Kapitel der lex Aquilia (also das Zurückgreifen auf den höchsten Werth des letzten Jahres) verneinen will. Vgl. Sf. XIII. 28.

[19] Dadurch, daß er im Interesse eines Andern contrahirt, macht er dessen Interesse zu dem seinigen. (Beispiel: ein Verkäufer von Waaren schließt einen Frachtvertrag ab über den Transport der Waaren an den entfernt wohnenden

Digitized by Google

In Betreff des Beweises des Interesse ist zu bemerken, daß, wo das Interesse auf Grund einer Arglist des Verpflichteten gefordert wird, nach bisherigem Recht der Kläger zum Eide nach den oben (I § 133 Ziff. 2. b) entwickelten Grundsätzen zugelassen zu werden verlangen konnte[20], was gegenwärtig durch die Reichscivilproceßordnung beseitigt ist[21].

[1. Nach BGB. ist der Anspruch auf Schadensersatz grundsätzlich ein Anspruch auf Naturalersatz, auf Herstellung desjenigen Zustandes, welcher bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre (249 S. 1). Hierin ist zugleich alles enthalten, was das BGB. über den Causalzusammenhang für den Fall positiven Schadens zu sagen für angängig gehalten hat. (Vgl. Siehr Gruch. Beitr. XLI S. 54 fg.) Der zu ersetzende Schaden umfaßt auch den entgangenen Gewinn, und zwar denjenigen, welcher nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge oder nach den besonderen Umständen, insbesondere den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte (252). Ein unehrenhaftes Interesse wird zweifellos nicht vergütet (§ 258 zu [3]). Dagegen ist der Satz des § 258 zu [2] dem BGB. fremd.

2. Eine Geldforderung tritt in folgenden Fällen ein:

a. Wenn der Schaden unmittelbar in der Entziehung eines Geldbetrages oder in der Vereitelung des Gewinnes eines solchen besteht.

b. Wenn wegen Verletzung einer Person oder Beschädigung einer Sache Schadensersatz zu leisten ist, so kann der Gläubiger statt der Herstellung den dazu erforderlichen Geldbetrag verlangen (249 S. 2); er braucht sich also die Naturalherstellung durch den Schuldner nicht gefallen zu lassen, kann sie aber verlangen. Daß der Schuldner persönlich außer Stande ist, die Herstellung zu besorgen, steht dem nicht im Wege. Der Gläubiger kann nach seiner Wahl verlangen entweder, daß der Haftende den Arzt, den Handwerker stellt oder, daß er die Kosten für die von dem Gläubiger selbst zu beschaffende Heilung oder Reparatur zahlt und zwar alsbald, nicht erst, nachdem die Herstellung stattgefunden hat und von dem Gläu-

---

Käufer.) Dieser wichtige Satz ist direct anerkannt in l. 14 D. 2, 11, l. 81 § 1 D. 45, 1, vgl. auch l. 27 [28] D. 3, 5, l. 8 § 3 D. 17, 1. S. namentlich den sehr verdienstlichen Aufsatz von Zimmermann (in Lübeck) im Neuen Arch. f. HR. I S. 48—82 und Sf. XI. 36, XIV. 23, XXXII. 132, XXXIII. 19, XXXV. 66. [XLVI. 10, RG. XL S. 174 fg.]

[20] Vgl. außer den am angeführten Ort Genannten noch Unterholzner I S. 257—262. Freiheit des richterlichen Ermessens: Mommsen S. 231—232, Cohnfeldt S. 110—111; Sf. II. 155 a. E., IX. 111, XIII. 29. 272, XXIII. 131. 132, XXIV. 225, XXV. 13. Kierulff Entscheidungen des OAG. zu Lübeck 1867 Nr. 66. 70. 117. Vgl. G. Lehmann der Nothstand des Schädenprocesses. Leipzig 1865. Verhandlungen des 6. deutschen Juristentages III. S. 7 fg. 250 fg.

[21] CPO. 260 [287] (I § 133 [15]) [Sf. XLIII. 291 geg. E., XLVI. 141, XLVII. 233, XLVIII. 217, L. 50. RG. XXIV S. 361 fg., XXV S. 78, XXXI S. 88 fg., XXXIII S. 98, XXXV S. 144, XXXVI S. 279 fg., XL S. 422 fg. S. auch die Commentare.]

Digitized by Google

biger bezahlt ist. Es wird anzunehmen sein, daß das Recht, die Herstellung zu verlangen, durch das erklärte Verlangen des Geldbetrages verloren geht (Planck II zu § 249, 3 Abs. 2).

Unter Herstellung ist hier nur zu verstehen die Heilung der Person und die Reparatur der Sache; der Ersatz des weiteren Schadens folgt, wenn er nicht ein unmittelbarer Geldschaden ist (a), den Sätzen unter c.

c. Soweit die Herstellung nicht möglich oder zur Entschädigung des Gläubigers nicht genügend ist, hat der Ersatzpflichtige den Gläubiger in Geld zu entschädigen. Die Herstellung desjenigen Zustandes, welcher bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre, ist aber immer zur Entschädigung des Gläubigers genügend. Unter einer zur Entschädigung des Gläubigers nicht genügenden Herstellung ist also eine unvollkommene Herstellung jenes Zustandes zu verstehen. Wenn z. B. die verletzte Person geheilt oder die beschädigte Sache wiederhergestellt ist, so ist damit keineswegs nothwendig der Zustand hergestellt, welcher bestehen würde, wenn die Verletzung oder Beschädigung nicht vorgekommen wäre. Denn auch bei vollkommener Heilung, bei einer Reparatur, die keine Spuren zurückläßt, kann ein Schaden noch deßwegen bestehen, weil eine Zeit lang die Person verletzt, die Sache in beschädigtem Zustande war. Dieser Schaden kann unmittelbarer Geldschaden sein, z. B. entgangener Arbeitsverdienst, welcher in Geld bezahlt worden sein würde; aber er wird auch sonst regelmäßig nicht anders als durch Geldersatz ausgleichbar sein. Der wahre Sinn des § 251 Abs. 1 ist danach: Geldersatz muß eintreten, soweit die Herstellung des Zustandes, welcher bestehen würde, wenn der die Haftung begründende Umstand nicht eingetreten wäre, unmöglich oder nur unvollkommen möglich ist. Frage des Einzelfalles ist es, ob eine unvollkommene Herstellung des vorigen Zustandes nebst einer Geldentschädigung für die Unvollkommenheit sich zu vollständigem Schadensersatz gestaltet, oder ob vielmehr die Art der möglichen Herstellung eine so unvollkommene ist, daß man die Herstellung für ganz unmöglich erklären und dem Gläubiger den ganzen Schadensersatz in Geld zusprechen muß. Planck II zu § 249, 2, c Abs. 2 meint, daß bei Zerreißen eines Kleides der Gläubiger nie Ausbesserung und Geldersatz für den Minderwerth anzunehmen brauche, sondern stets Geldersatz für die ganze Sache fordern könne. M. E. ist dieß viel zu allgemein gesagt; es kommt z. B. auf die Größe und die Stelle des Risses an, auch auf die Art des Kleidungsstückes.

d. Der Gläubiger kann dem Ersatzpflichtigen eine angemessene (dazu unten nach § 265) Frist zur Herstellung mit der Erklärung bestimmen, daß er die Herstellung nach dem Ablauf der Frist ablehne. Erfolgt dann nicht die Herstellung innerhalb der Frist, so hat der Ersatzpflichtige den Gläubiger in Geld zu entschädigen, und der Anspruch auf die Herstellung ist ausgeschlossen (250). Diese Fristsetzung wäre sinnlos (aber unschädlich), wenn die Herstellung selbst in einer Geldzahlung gemäß dem zu a Bemerkten besteht. Handelt es sich um die Herstellung einer verletzten Person oder die Reparatur einer beschädigten Sache, in welchem Falle der Gläubiger von vornherein Geldersatz oder Herstellung verlangen kann (b), so schließt der Ablauf der gesetzten Frist das Verlangen der Herstellung aus. Die Fragen, ob die Herstellung des Zustandes, auf den der Gläubiger Anspruch hat, möglich, ob sie in vollkommener Art möglich ist, ob die Möglichkeit

Digitized by Google

unvollkommener Herstellung der völligen Unmöglichkeit gleich zu behandeln ist (c), werden durch die Fristsetzung in Verbindung mit dem Ablauf der Frist abgeschnitten.

e. Der Ersatzpflichtige kann sich immer durch Geldersatz befreien, wenn die Herstellung nur mit unverhältnißmäßigen Aufwendungen möglich ist. (251 Abs. 2).

f. Wenn der Schaden nicht Vermögensschaden, aber eine Naturalherstellung möglich ist, so hat diese gemäß § 249 S. 1 zu erfolgen. Ist sie nicht möglich, so hat der Schuldner im Allgemeinen (in Abweichung von § 251 Abs. 1) nichts zu leisten; eine Entschädigung in Geld liegt ihm nur ob, wenn das Gesetz sie besonders vorsieht (253), wie in den Fällen der §§ 847. 1300. Es entsteht aber die Frage, ob, wenn die Naturalherstellung zwar möglich ist, aber Kosten verursacht und zwar unverhältnißmäßig hohe, der Schuldner sich durch eine Geldleistung gemäß § 251 Abs. 2 in Fällen befreien kann, in denen das Gesetz die Forderung einer Geldentschädigung nicht zuläßt. Diese Frage ist zu verneinen (s. auch Planck II § 253, 5 a. E.). Das Gesetz will offenbar, daß ein Schaden, der auf Seiten des Gläubigers das Vermögen nicht berührt, nur in den vom Gesetz selbst vorgesehenen Fällen als mit einer Geldleistung vergleichbar angesehen werden soll. Die Kosten der an und für sich möglichen Herstellung können mit dem Werth des herzustellenden Gutes, wenn dieses nicht im Bereich des Vermögens liegt, nicht verglichen werden, man kann also auch nie das Urtheil aussprechen, daß sie unverhältnißmäßig hoch sind; andererseits entzieht sich auch diejenige Geldsumme, welche zur Entschädigung erforderlich und ausreichend wäre, in Fällen der fraglichen Art der Bemessung.

g. In einer Reihe von Fällen spricht das Gesetz von Schadensersatz wegen Nichterfüllung einer Verbindlichkeit. In allen diesen Fällen bestände die Herstellung des Zustandes, welcher vorhanden sein würde, wenn das Ereigniß, für welches gehaftet wird, nämlich die Nichterfüllung, nicht eingetreten wäre (vom bloßen Zögerungsinteresse ist nicht die Rede), in der Erfüllung selbst; der Schadensersatz wegen Nichterfüllung kann also nur als Geldersatz gedacht sein. (179 Abs. 1. 280. 281 Abs. 2. 283. 286 Abs. 2. 325. 326. 338. 340 Abs. 2. 341 Abs. 2. 440 Abs. 2. 463. 480 Abs. 2. 523 Abs. 2. 524 Abs. 2. 538. 571 Abs. 2. 618 Abs. 3. 635). Das Gleiche gilt von dem Schadensersatz wegen Unmöglichkeit der Herausgabe gemäß §§ 347. 498 Abs. 2. 989. In einigen Fällen bestimmt das Gesetz ausdrücklich eine Entschädigung in Geld (951), namentlich öfter eine solche in einer Geldrente (843. 844. 845. 912 Abs. 2).

Dem Allem nach wird behauptet werden dürfen, daß im BGB. trotz des Princips des § 249 S. 1 doch der Schadensersatz in Geld die überwiegende Rolle spielt.

3. Bei der Geldersatzforderung ist wie im gemeinen Recht alles bis zur Zeit des Urtheils aufgelaufene Interesse zu berücksichtigen (vgl. Planck II § 252, 1). S. jedoch auch 290. 849 u. dazu unten in der Lehre vom Verzuge und von den unerlaubten Handlungen.

4. Bei der Forderung auf Naturalherstellung kommt es darauf nicht an, ob der Gläubiger sie im eigenen oder fremden Interesse fordert; aber auch bei der Forderung von Geldersatz wird unter denselben Gesichtspunkten, wie im gemeinen Recht, der Gläubiger fremdes Interesse berechnen können. (s. ob. § 258 zu [19]).

Digitized by Google

5. Die Frage des Einflusses, welchen ein Verschulden des Beschädigten auf die Schadensersatzpflicht ausübt (s. ob. § 258 zu [17]. [18]), hat das BGB. dahin geregelt: Wenn erweislich ein Verschulden des Beschädigten bei der Entstehung des Schadens mitgewirkt hat, sei es auch nur dadurch, daß er unterlassen hat, den Schaden abzuwenden oder zu mindern, so kommt es auf die Umstände, d. h. deren Würdigung nach richterlichem Ermessen, insbesondere auf die richterliche Beantwortung der Frage an, in wieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem andern Theile verursacht ist. Es entscheidet also nicht der Grad einer beiderseitigen Verschuldung (auch der Dolose kann mitwirkendes Verschulden des Beschädigten geltend machen [vgl. § 258 [18]], andererseits auch derjenige, der für Verursachung auch ohne Verschulden haftet), sondern es ist maßgebend, wessen Handeln vorwiegend causal für den Erfolg war. Der Einfluß des Verschuldens des Geschädigten ist in entsprechender Weise zu würdigen, wenn der Schuldner an und für sich den Schaden trägt, auch ohne ihn verursacht zu haben, z. B. beim Garantievertrag. Je nach dem Ergebniß der Prüfung hat der Richter den Schadensersatz ganz oder nur zum Theil zuzubilligen oder ganz zu verweigern. Das Verschulden des Geschädigten kann auch darin bestehen, daß er unterlassen hat, den Schuldner auf die Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens aufmerksam zu machen, die der Schuldner ohne Fahrlässigkeit nicht kannte (254 Abs. 2 S. 1). Dieß gilt nicht nur, wenn bereits vor der schädigenden Handlung ein Rechtsverhältniß zwischen dem Geschädigten und dem Schädiger besteht, sondern auch, wenn der Schädiger erst durch die schädigende (unerlaubte) Handlung zum Schuldner des Geschädigten wird, wenn z. B. der Eigenthümer ein leichtsinniges Hantiren eines Andern mit seiner Sache stillschweigend mitansieht, ohne jenen auf einen für ihn nicht erkennbaren ungewöhnlich hohen Werth der Sache aufmerksam zu machen. Dem Geschädigten wird das Verschulden seines gesetzlichen Vertreters zugerechnet; ebenso, wenn er mit dem Schädiger in einem Rechtsverhältniß steht, in dessen Rahmen die Schädigung fällt, das Verschulden der Personen, deren er sich zur Abwickelung dieses Rechtsverhältnisses bedient; wird die Schädigung nicht im Rahmen eines Rechtsverhältnisses begangen, so muß Gleiches von den Personen gelten, deren der Verletzte sich zur Behütung der Gegenstände seines Vermögens oder speciell des geschädigten Gegenstandes bedient. (255 Abs. 2 S. 2: 276) vgl. noch 846.

6. Die *compensatio lucri cum damno* (§ 258 zu [4]) hat das BGB. nicht ausdrücklich verordnet. Wenn aber wirklich auf den Umstand, wegen dessen gehaftet wird, Gewinn und Verlust zurückzuführen sind, so würde zur Herstellung des Zustandes, der ohne jenen Umstand bestände, auch die Entziehung des Gewinnes gehören. Es kann daher nicht zweifelhaft sein, daß, soweit Geldersatz in Frage steht, der Geldgewinn darauf abzurechnen ist. Besteht aber der Gewinn in etwas Anderem als Geld, so ist nicht ohne Weiteres zu sagen, daß der Werth des Erlangten von der Geldforderung abzusetzen ist. Es ist hier vielmehr von Fall zu Fall die zutreffende Entscheidung zu suchen. Wenn das Gesetz bestimmt (255) daß derjenige, welcher für den Verlust einer Sache oder eines Rechts Schadensersatz zu leisten hat, hierzu nur gegen Abtretung der Ansprüche verpflichtet ist, die dem Ersatzberechtigten auf Grund des Eigenthums oder des verlorenen Rechts gegen Dritte zustehen, so ist damit ausgeschlossen, daß etwa der Verpflichtete statt dessen verlangen könnte, den Werth der Ersatzansprüche von der Schadensersatzforderung

Digitized by Google

in Abrechnung gebracht zu sehen. Der Forderung auf Naturalherstellung gegenüber kann von einer Abrechnung der erlangten Vortheile überhaupt keine Rede sein, und es kann sich hier nur darum handeln, ob der Berechtigte verpflichtet ist, diese Vortheile dem Schuldner abzutreten.

7. Ein solches Recht auf Abtretung des Gewonnenen verordnet allgemein nur der bereits angeführte § 255. Es ist dabei zu beachten, daß nur die Ansprüche gegen Dritte aus dem Eigenthum der verlorenen Sache oder aus dem verlorenen Rechte abzutreten sind; dahin gehören sowohl dingliche Ansprüche wie Ansprüche aus unerlaubter, gegen die Sache oder das Recht begangener Handlung, nicht aber Ansprüche aus einem besonderen in Ansehung der Sache bestehenden Rechtsverhältniß. Wenn z. B. ein Entleiher für den von einem Dritten verursachten Verlust der Sache einsteht, so hat der Entleiher Ersatz nur zu leisten gegen Abtretung der Ansprüche gegen den Dritten. Der Dritte aber muß Ersatz leisten ohne Abtretung der Ansprüche gegen den Entleiher. Die Leistung des Ersatzes durch den Dritten entlastet aber den Entleiher, weil sie den Schaden aufhebt, den er zu ersetzen hätte. Die Abtretung der Ansprüche gemäß § 255 erfolgt durch Vertrag, (es findet nicht gesetzlicher Uebergang statt.) Die Abtretung des Eigenthumsanspruchs auf Herausgabe einer Sache macht nach der Auffassung von Planck II § 255, 1 Abs. 4 den Cessionar zum Eigenthümer (gemäß § 931). Dem ist beizutreten; nach § 931 wird zwar nur die Uebergabe durch die Abtretung des Herausgabeanspruchs ersetzt, nicht auch die Einigung über den Uebergang des Eigenthums; aber es ist anzunehmen, daß die Abtretung des Anspruchs gemäß § 255 den Sinn der Uebertragung des Eigenthums hat. Eine Rückforderung des geleisteten Ersatzes gegen Herausgabe der wiedererlangten Sache findet ebensowenig statt, wie eine Einforderung der Letzteren gegen Rückerstattung der Ersatzleistung. Bei diesen Sätzen hat es sein Bewenden, wenn durch richterliches Urtheil dem Schuldner die Ersatzleistung gegen die Abtretung des Anspruchs auferlegt ist. Wenn dagegen freiwillig die Ersatzleistung gegen die Abtretung erfolgt, so kann möglicher Weise für den Fall der Wiedererlangung der Sache die Rückübertragung derselben auf den Eigenthümer und die Rückleistung des Schadensersatzes der Intention des Geschäfts entsprechen. Dieser Intention ist dann gemäß § 820 Abs. 1 S. 2 Folge zu geben.]

3. Leistung von Zinsen*.

§ 259.

Zinsen sind eine Vergütung für den Gläubiger wegen der einstweiligen Entbehrung des Genusses Dessen, was er zu fordern hat[1].

* Dig. 22, 1 de usuris (et fructibus et causis et omnibus accessionibus et mora). Cod. 4, 32 de usuris. — Glück XXI S. 1—150, Fritz Erläuter. II S. 20—71, Unterholzner I § 150—159, Vangerow I § 76—79, Sintenis II § 87, Unger in der Oesterreichischen VJS. XIV S. 117 fg. S. auch Savigny System VI § 268—269. Randa die Lehre von den Zinsen und von der Conventionalstrafe. Mit Rücksicht auf das österreich. Gesetz vom 14/6 1868 und das norddeutsche Bundesgesetz vom 14/11 1867. Wien 1869.

Digitized by Google

Aber nicht jede Vergütung dieser Art fällt unter den Begriff der Zinsen; dazu ist weiter erforderlich: a) daß das, was der Gläubiger zu fordern hat, eine Quantität vertretbarer Sachen sei[2]; b) daß die Vergütung in Sachen derselben Art bestehe[3]. Die bei weitem wichtigsten Zinsen sind die Geldzinsen[4]; aber sie sind nicht die einzigen[5].

Die Zinsverbindlichkeit versteht sich nicht von selbst; sie muß besonders begründet sein. Begründet sein kann sie durch Rechtsgeschäft[6], durch richterliche Verfügung, unmittelbar durch Rechtssatz; im letzten Fall spricht man von gesetzlichen Zinsen[7] (vgl. I § 68 Note 1).

---

§ 259. [1] Deßwegen gehören die Zinsen zu den Früchten — wenn auch nicht zu den natürlichen (l. 121 D. 50, 16), doch zu den juristischen Früchten (l. 34 D. 22, 1, l. 29 § 2 D. 21, 1). Vgl. I § 144 [10. 11].

[2] In l. 25 C. 4, 32 wird vorausgesetzt, daß das Hingegebene zur Veräußerung oder gegen einen Anschlag in Geld hingegeben sei; vgl. l. 3 § 4 D. 22, 1, l. 8 C. 4, 2. (Doch ist dieser Ausweg nicht ohne Bedenken, und so emendiren die Worte „et veste" Jhering Jahrb. f. Dogm. XII S. 334 fg. in „et recte", Huschke ACPra. LXV S. 230 fg. in „aere".) Was l. 17 § 8 D. 22, 1 angeht, so ist anzunehmen, daß die zu verwendende Summe durch das Vermächtniß bestimmt gewesen sei. Sf. XXV. 12.

[3] In l. 16. 17 C. 4, 32 wird das zu Leistende nicht als Zins, sondern als Vertretung des Zinses aufgefaßt. Vgl. l. 11 § 1 D. 20, 1, l. 12 [11] C. 4, 32, l. 14 eod.

[4] Unter den Geldzinsen sind die wichtigsten die Darlehnszinsen.

[5] L. 26 § 1 C. 4, 32, l. 11 [12]. l. 28 eod.

[6] Namentlich durch Vertrag. Aber auch durch einseitiges Versprechen und durch testamentarische Anordnung, l. 10 D. 50, 12, l. 3 § 6 D. 33, 1.

[7] Unter den gesetzlichen Zinsen sind von besonderer Wichtigkeit die Verzugszinsen (§ 280 [6]). In gewissen Fällen tritt eine gesetzliche Zinsverbindlichkeit auch ohne Verzug sofort mit Fälligkeit der Forderung ein (§ 278 [18]). Der im Processe Verurtheilte zahlt nach r. R. gesetzliche Zinsen, wenn er vier Monate mit der Leistung der Urtheilssumme säumig bleibt (I § 129 [5a. 5b]). [Prozeßzinsen (von Rhängigkeit an) s. I § 124 [6]]. Ferner zahlt gesetzliche Zinsen: 1) der Käufer nach Uebergabe der Kaufsache (§ 389 [18]); 2) wer fremdes Geld, welches er in Händen hat, nicht wie er soll nutzbar macht, oder in seinem eigenen Nutzen verwendet (410 [9. 10], § 430 [8], § 439 [7–10], s. ferner l. 1 § 1 D. 22, 1, l. 6 § 1 D. 13, 7, l. 4 C. 4, 34); 3) wer Auslagen zu ersetzen hat, welche ein Anderer für ihn gemacht hat (l. 37 D. 22, 1, l. 18 [19] § 4 D. 3, 5, l. 12 § 9 D. 17, 1, l. 67 § 2 D. 17, 2, l. 3 § 1. 4 D. 27, 4, l. 18 C. 2, 18 [19]). Vgl. Unterholzner S. 323—327, Sintenis S. 99, Arndts § 207 [2], Unger S. 119. 120 [3]), Wächter II S. 297 fg. Sf. III. 50, VI. 35, VIII. 46, XVIII. 217, XXIII. 20. — Kann eine Zinsverbindlichkeit auch durch Verjährung entstehen? Man hat es behauptet wegen l. 6 pr. D. 22, 1, die aber nur von einer Beweisvermuthung zu verstehen ist. Besondere Abhandlungen über die rliche Bedeutung lange fortgesetzter Zinszahlung: Gesterding Irrthümer der Rgelehrten Nr. 1 (1817), Müller civilrl. Abhandl. Nr. 6 (1833), H. Keller in Sell's Jahrb. III S. 171 fg. (1845); vgl. außerdem Unterholzner Verjährungslehre II § 253,

Digitized by Google

Die Zinsverbindlichkeit ist immer von der Hauptverbindlichkeit in dem Sinne abhängig, daß sie ohne dieselbe nicht entstehen und fortentstehen kann[8]. Im Uebrigen kann sie zu der Hauptverbindlichkeit in einem verschiedenen Verhältniß stehen. a) Sie hat der Hauptverbindlichkeit gegenüber eine abgesonderte juristische Existenz[9]. b) Sie bildet mit der Hauptverbindlichkeit eine Einheit, ist nur eine Erweiterung derselben[10]. In diesem letzteren Fall ergreifen alle

---

Fritz Erläuter. II S. 30—33, Sintenis II § 87 [4], Holzschuher III S. 56—58. Sf. II 268; vgl. IX. 148, X. 251, XVI. 32. S. auch § 302 [3]. — Der römische Ausdruck legitimae usurae bezeichnet nicht gesetzlich begründete, sondern gesetzlich erlaubte (§ 260 [3]) Zinsen.

[8] Nicht fortentstehen; nach Aufhebung der Hauptverbindlichkeit verfallen keine Zinsen mehr. L. 7 D. 22, 1, l. 18 D. 46, 2, l. 6. l. 19 C. 4, 32.

[9] Hierher gehören namentlich die versprochenen Zinsen, aber auch die testamentarisch auferlegten, überhaupt alle diejenigen, welche gefordert werden kraft einer Thatsache, die auch an und für sich eine Verbindlichkeit zu erzeugen im Stande ist.

[10] Hierher gehören namentlich die Verzugszinsen, aber auch die gesetzlichen Zinsen überhaupt. Bei Zinsen dieser Art ist die Hauptverbindlichkeit nicht, wie in dem vorigen Fall, bloß die negative Voraussetzung ihrer Existenz (d. h. die Hauptverbindlichkeit darf nicht fehlen, wenn die Zinsverbindlichkeit entstehen soll), sondern sie ist das positiv Erzeugende — die Zinsverbindlichkeit entsteht aus der Hauptverbindlichkeit durch den bloßen Ablauf der Zeit, oder doch auf Grund von Thatsachen, welche an und für sich Erzeugungsgründe von Verbindlichkeiten nicht sind. — Die Römer drücken das hier bezeichnete Verhältniß so aus, daß sie sagen, die Zinsen seien nicht „in obligatione", sondern „officio iudicis praestantur" (l. 49 § 1 D. 19, 1, l. 54 pr. D. 19, 2, l. 60 [58] pr. D. 36, 1). Es soll damit gesagt sein, daß eine besondere actio auf die Zinsen nicht stattfinde (vgl. l. 4 C. 4, 34), daß aber die Fassung der Formula aus der Hauptverbindlichkeit (aus der die Hauptverbindlichkeit begründenden Thatsache) den Iudex befähige, auch auf Zinsen zu sprechen (namentlich gehört hierher das „quidquid paret N^m N^m dare facere oportere ex fide bona", aber nicht dieses allein, vgl. l. 11 [12]. 23 C. 4, 32, Savigny System VI S. 129—132). In die Sprache des heutigen R. übersetzt heißt das eben, daß auf Zinsen eine für sich bestehende Verbindlichkeit nicht begründet sei, daß aber die Hauptverbindlichkeit sie mit umfaßt. Zu bemerken ist übrigens, daß nach römischer Auffassung zu den Zinsen, die „officio iudicis praestantur" auch die aus Vertrag verschuldeten gehörten, wenn dieser Vertrag keine stipulatio und deßwegen nach dem Re unverbindlich war, was heutzutage, wo der Vertrag gleich viel gilt, wie die römische stipulatio, wegfällt. (Gimmerthal ACPra. LXI S. 370 fg. sieht die Bedeutung der „Officialzinsen" darin, daß die Zinsverbindlichkeiten erst durch den Spruch des Richters entstehen. S. dawider Ruhstrat ACPra. LXV S. 287 fg., Fadda (12 a. E.) p. 10. Jetzt wieder Gimmerthal ACPra. LXXIII S. 287 fg. — Gewöhnlich sagt man (und so auch dieses Lehrbuch in früheren Auflagen), die Zinsverbindlichkeit sei in dem hier bezeichneten Fall ein „Bestandtheil" der Hauptverbindlichkeit. Das ist nicht genau. Denn in correctem Sprachgebrauch ist der Bestandtheil etwas für sich Bestehendes, aber

Digitized by Google

rechtlichen Bestimmtheiten der Hauptverbindlichkeit ohne Weiteres auch die Zinsverbindlichkeit[11], und wenn der Gläubiger das Kapital in Kenntniß, daß Zinsen verschuldet werden, ohne Vorbehalt annimmt, kann er keine Zinsen mehr nachfordern[12].

[1. Der Begriff der Zinsen, welchen das BGB. als bekannt voraussetzt, ist in seinem Bereich ebenso zu nehmen, wie im gemeinen Recht (ob. zu [1. 5]).

2. Auch die Begründung der Zinsverbindlichkeit kann auf den gleichen Wegen erfolgen wie im gemeinen Recht (ob. zu [6. 7]). Fälle gesetzlicher Zinsen vgl. 256. 288—291. [522]. 1146. 347. 452. 641 Abs. 2. 820 Abs. 2. 849. 668. 27 Abs. 3. [40]. 86. 681. 687 Abs. 2. 713. 698. 1834. Durchweg kennt das BGB. gesetzliche Zinsen nur von Geldschulden.

---

mit Anderem zu einer (wirklichen oder gedachten) Einheit Verbundenes. Die Zinsverbindlichkeit ist nicht sowohl Bestandtheil, als vielmehr Theil der Hauptverbindlichkeit. Vgl. I § 142, 3. § 138. A. M. Fadda a. a. O. p. 12. 41. — Daß die römische Unterscheidung zwischen Zinsen, die in obligatione sind, und Zinsen, die officio iudicis praestantur, für das heutige R. ohne alle Bedeutung sei, behauptet Randa a. a. O. S. 25, ohne Angabe von Gründen. Sorgfältiger ist diese Ansicht ausgeführt in der Inauguraldissertation von G. Carus, die selbständige Klagbarkeit der gesetzlichen Zinsen, Halle 1876. Der oben (in dieser Note z. A. und in Note [9]) betonte Gegensatz zwischen Thatsachen, welche auch an und für sich Erzeugungsgründe von Verbindlichkeiten sind, und solchen, die dieß nicht sind, ist auch in dieser Schrift nicht berücksichtigt. Für die hier verworfene Ansicht auch Dernburg II § 29 a. E. § 42 [5], gegen dieselbe Brinz II § 244 [6]. — Was die Praxis angeht, vgl. außer den in Note [12] citirten Erkenntnissen noch Sf. IX. 84, X. 296, XVIII. 175, XIX. 191, XXII. 264; XII. 91.

[11] Pfandrecht: l. 8 § 5 D. 13, 7. Vgl. I § 226 [5]. In Betreff der Bürgschaft s. § 477, 3.

[12] Wenn der Gläubiger das Kapital annimmt: es steht fest, daß der Schuldner nicht bloß eine Abschlagszahlung hat machen wollen. Ohne Vorbehalt: dieß ist bestritten. Andere erklären den Vorbehalt für unfähig, die Zinsforderung aufrecht zu halten. So namentlich Wächter II S. 280. Württ. Privatr. S. 343, Sintenis II S. 97 [24], und neuestens Westerburg APraktRW. N. F. IX S. 247 fg. vgl. das. S. 357 fg. X S. 35 fg. (welcher Schriftsteller aber mit einer Wendung zu helfen sucht). Vgl. auch § 281 [9]. Man beruft sich namentlich auf l. 49 § 1 D. 19, 1. „Pretii sorte licet post moram soluta, usurae peti non possunt, cum hae non sint in obligatione, sed officio iudicis praestentur". Aber diese Stelle setzt voraus, daß das Kapital in dem Sinne angeboten und angenommen war, daß damit die Gesammtverbindlichkeit des Käufers getilgt sein sollte. Es ist nicht abzusehen, wie unter der entgegengesetzten Voraussetzung der Judex sich hätte weigern können, auf dasjenige, was von dem quidquid des dari oportere noch übrig war, zu verurtheilen, wie ja umgekehrt das quidquid auch verwendet werden konnte, um bloß die Zinsen einzuklagen (l. 23 D. 44, 2). Beruft man sich ferner auf die Natur der Sache, so ist zu antworten, daß die Zinsverbindlichkeit nicht einen Bestandtheil der Hauptverbindlichkeit bildet, sondern einen Theil — wenn aber einen Bestandtheil, daß der Bestandtheil durch Wegfall der Hauptsache, zu welcher er gehört, nicht seine Existenz

Digitized by Google

3. Der Unterschied zwischen Zinsverbindlichkeiten, welche der Hauptforderung gegenüber eine selbständige juristische Existenz haben, und solchen, welche nur einen Bestandtheil der Hauptverbindlichkeit bilden, kann für das BGB. nicht vertheidigt werden. Insbesondere ist vorbehaltlose Annahme der Hauptleistung kein Grund des Verlustes des Anspruchs auf gesetzliche Zinsen; denn wo in ähnlichen Fällen das BGB. einen Vorbehalt zur Wahrung des Rechts auf Nebenleistungen für erforderlich erachtet hat, hat es dieß ausdrücklich ausgesprochen (341 Abs. 3. 464. 640) (vgl. auch Mot. I S. 358). Der Satz, daß mit dem Hauptanspruche auch der Anspruch auf Zinsen (wie andere Nebenleistungen) verjährt (224), gilt unterschiedslos für vertragsmäßige, wie gesetzliche Zinsen. Freilich ist in einigen Beziehungen doch ein Unterschied zwischen rechtsgeschäftlichen und gesetzlichen Zinsen wahrzunehmen. In Bezug auf die Haftung des Bürgen und des Pfandes für Zinsverbindlichkeiten, welche bereits zur Zeit der Verbürgung oder der Pfandbestellung begründet sind, macht es keinen Unterschied, ob die Verbindlichkeit auf Vertrag oder Gesetz beruht (767. 1210); dagegen besteht der Satz, daß die Haftung des Bürgen und des Pfandes, wenn letzteres einem Andern als dem Schuldner gehört, durch Rechtsgeschäfte des Schuldners nach der Verbürgung oder Verpfändung nicht erweitert werden (767 Abs. 1 S. 3. 1210 Abs. 1 S. 2); dieß gilt also auch mit Bezug auf nachträglich versprochene Zinsen, während für eine nach der Verbürgung oder Verpfändung eintretende gesetzliche Zinsverbindlichkeit Bürge und Pfand ohne Weiteres haften. Bei der Hypothek bedürfen rechtsgeschäftliche Zinsen der Eintragung (1115), gesetzliche nicht (1118).

4. Die selbständige Verjährung rückständiger Zinsen erfolgt in vier Jahren (197) vom Schlusse des Jahres an, in welchem sie fällig geworden sind (201). Die rechtskräftige Feststellung des Zinsanspruchs unterstellt ihn der dreißigjährigen Verjährung nur, soweit die Feststellung sich auf bereits fällige Zinsen bezieht, nicht auch, soweit der Anspruch auf künftige Zinsen festgestellt wird (218). Wegen verjährter Rückstände von Zinsen kann der Gläubiger sich nicht mehr an das Pfand oder das hypothekarisch verhaftete Grundstück halten, auch die Rückübertragung des fiduciarisch übertragenen Gegenstandes nicht verweigern (223).]

---

verliert, sondern nur seine Existenz als Bestandtheil, d. h. wieder selbständig wird. Die Argumentation, daß die Zinsverbindlichkeit ohne die Hauptverbindlichkeit deßwegen nicht fortexistiren könne, weil sie „Nebenbestandtheil" (Westerburg) derselben sei, ist einfach eine Wiederholung der zu beweisenden Behauptung. Die Wirksamkeit des Vorbehalts ist anerkannt in den Erk. bei Sf. VI. 321 (OAG. zu Oldenburg) und XXVIII. 249 (ROHG.); dawider hat entschieden das Erk. das. XII. 254 (OAG. zu Jena), vgl. auch VII. 14, VIII. 117. Vgl. noch X. 26. Uebereinstimmend mit dem hier Gesagten Göppert über die organischen Erzeugnisse S. 126 [52], ferner (jedoch nicht oder nicht unbedingt in Betreff der l. 49 § 1 cit.) Arndts kr. VJS. V S. 181—183, Unger S. 122 ([8]), Ruhstrat ACPra. LXV S. 277 fg. (ebenfalls abweichend in Betreff der l. 49 § 1 cit. S. auch Kniep die Mora des Schuldners II S. 602 fg. und die Citate das. Fadda le usure quae officio iudicis praestantur. Roma 1886. Auch in der Rivista italiana per le scienze giuridiche II fasc. 3. III p. 3 sg. (Gegen die hier vertheidigte Ansicht.) — Ueber den Fall, wo das Kapital ohne die Zinsen eingeklagt worden ist, vgl. I § 130 [24a].

Digitized by Google

§ 260.

Die Höhe der Zinsen[1] bestimmt sich zunächst durch die Festsetzung, welche in der die Zinsverbindlichkeit begründenden Willenserklärung oder Rechtsvorschrift[2] getroffen ist. Die Beschränkung der Privatwillkür in der Bestimmung der Höhe der Zinsen, welche auf Grund des römischen Rechts bis vor Kurzem in Deutschland gemeinrechtlich gegolten hat[3], ist gegenwärtig im Principe beseitigt[4]. Nur

---

§ 260. [1] Die Höhe der Zinsen pflegt bei uns wie bei den Römern in Hundertheilen (Procenten) des Kapitals ausgedrückt zu werden. Nur beziehen wir die Hunderttheile auf das Jahr, während die Römer sie auf den Monat bezogen. So ist centesima usura bei den Römern = 12%; niedrigere Zinssätze drücken sie in Zwölftheilen (unciae) dieser centesima usura aus. Vgl. Unterholzner § 152.

[2] Von den hierher gehörenden Vorschriften des r. R. sind von allgemeinerer Bedeutung: 1) daß der Fiscus 6% soll fordern dürfen, l. 17 § 6 D. 22, 1; 2) daß der Verwalter fremden Geldes, welcher dasselbe unredlicher Weise für sich gebraucht, die höchsten Zinsen soll bezahlen müssen, welche nach r. R. gesetzlich ausgemacht werden konnten, l. 37 [38] D. 3, 5, l. 7 § 4. 10 D. 26, 7, l. 1 C. 5, 56. Vgl. § 410 [10], § 439 [9], und Dernburg Pfandr. II S. 221. Die übrigen hierher gehörigen Bestimmungen beziehen sich auf besondere Fälle, und sind an ihrem Orte zu nennen; s. z. B. I § 129 [5a], I § 169a [8c], II § 280 [8], II § 495 [10], II § 502 [3]. Unterholzner S. 329—330, Puchta § 228, Arndts § 208 [2].

[3] Das erlaubte Zinsmaximum des classischen r. R. betrug 12%, Justinian (l. 26 § 1 C. 4, 32) hat es auf 6% herabgesetzt, jedoch mit gewissen Ausnahmen (vgl. auch Nov. 32—34). In Deutschland wurde aber zunächst nicht diese römische Regel recipirt, sondern die des c. R., welches auf Grund von Mos. II, 22 V. 25. III, 25 V. 35—37. V, 23 V. 19. 20 das Zinsennehmen überhaupt verbietet (Caus. 14 qu. 4, titt. X. 5, 19, in VI° 5, 5, in Clem. 5, 5). Doch wurde dieses Verbot zuerst umgangen (Interesseforderung, Rentenkauf), sodann durch eine constante, in Reichsgesetzen (R. P. O. 1577 Tit. 20 § 6, R. D. A. 1600 § 139, J. R. A. § 174) anerkannte, Gewohnheit abgeschafft. Zu gleicher Zeit wurde die römische Zinstheorie recipirt. Unterholzner S. 314, Fritz Erläuterungen II S. 46—51, Stobbe III S. 295 fg. [3. Aufl. (Lehmann) S. 348 fg.] Später aber wurde das gesetzliche Zinsmaximum von 6% auf 5% gemindert, nicht durch ein Reichsgesetz, sondern in Anlehnung an specielle reichsgesetzliche Vorschriften (R. P. O. 1577 Tit. 17 § 9 [und frühere Bestimmungen] über den Rentenkauf, das. Tit. 20 § 6 über Zinsen der Juden, J. R. A. 1654 § 174 über Zinsen für Schulden aus der Zeit des dreißigjährigen Krieges, R. D. A. 1600 § 139 über Verzugszinsen) durch die Praxis, so daß der früher noch von Manchen vertheidigte „sechste Zinsthaler" in der neueren Zeit ganz aufgegeben war. Vgl. Fritz Erläuter. II S. 51—55, Unterholzner § 154. r, Sintenis § 87 [46], Holzschuher III § 215 [6], Stobbe S. 298 fg. [3. Aufl. (Lehmann) S. 350 fg.] Das HGB. 292 erlaubt bei Handelsgeschäften 6%, bei Darlehen, welche ein Kaufmann empfängt, und bei Schulden eines Kaufmannes aus seinen Handelsgeschäften, auch Mehr. [Jetzt gestrichen.]

Digitized by Google

wucherische Zinsen[4α] sind verboten, d. h. solche Zinsen, welche der Gläubiger sich[4β] unter Ausbeutung der Nothlage des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit des Schuldners[4γ] versprechen[4δ] läßt und welche in auffälligem Mißverhältniß zur Leistung des Gläubigers stehen[4ε]. Und zwar ist in diesem Fall das Zinsversprechen überhaupt, nicht bloß soweit es ein gewisses Maß überschreitet, ungültig[4a 4b]. Fehlt es an einer Festsetzung über die Höhe der Zinsen, so ist im Zweifel auf den Ortsgebrauch zu sehen[5].

[1. Nach §§§. sind ebenso bei rechtsgeschäftlichen wie bei gesetzlichen Zinsen vier vom Hundert jährlich zu entrichten, wenn nicht ein Anderes durch besondere

---

[4] Reichsges. v. 14/11 1867. Doch ist nach diesem Gesetz, wer mehr als 6% gewährt oder zusagt, zu halbjähriger Kündigung des Kapitals [nach Ablauf des ersten halben Jahres] berechtigt. Mandry S. 352 fg. [4. Aufl. (Geib) S. 411.] — Nur insofern hat das römische Zinsmaximum auch gegenwärtig noch praktische Bedeutung, als in römischen Vorschriften die Höhe der gesetzlichen Zinsen auf „maximae usurae" oder „legitimae usurae" bestimmt ist. S. einen solchen Fall Note [2] Ziff. [2]. Auch was l. 4 C. 8, 10 angeht, läßt sich wohl die Frage aufwerfen, ob nicht die Compilatoren nur aus Versehen versäumt haben, nach Aenderung des gesetzlichen Zinsmaßes „cum centesimis usuris" in „cum legitimis usuris" (oder „cum semissibus usuris") zu verwandeln. Vgl. die l. 26 § 2 C. 4, 32: „et eam quantitatem usurarum etiam in aliis casibus nullo modo ampliari, in quibus citra stipulationem exigi usurae solent", und die Ausdrücklichkeit, mit welcher dieser Vorschrift gegenüber in l. 2 C. 7, 54 die Ausnahme hervorgehoben wird.

[[4α] Oder andere Vermögensvortheile. Ges. v. 24/5 1880 betr. den Wucher Art. 1 § 302a.]

[[4β] Oder welche Jemand zu Gunsten eines Dritten ausbedingt. S. a. a. O.]

[[4γ] Oder eines Andern. Z. B. kann der Leichtsinn oder die Unerfahrenheit eines gesetzlichen Vertreters des Schuldners ausgebeutet werden; auch kann die Nothlage des Geldbedürftigen dadurch ausgebeutet werden, daß in seinem Interesse ein Anderer sich zum Schuldner des Wucherers macht unter Vorbehalt des mandatsmäßigen Regresses. S. a. a. O.]

[[4δ] Oder gewähren. S. a. a. O.]

[[4ε] Genauer: Vermögensvortheile, welche den üblichen Zinsfuß dergestalt überschreiten, daß nach den Umständen des Falles die Vermögensvortheile in auffälligem Mißverhältniß zu der Leistung stehen. S. a. a. O. Das Ges. v. 24/5 1880 bezog sich nur auf den Fall des Darlehens oder der Stundung einer Geldforderung. Durch Ges. vom 19/6 1893 Art. I § 302a sind die gleichen Vorschriften ausgedehnt auf Rechtsgeschäfte, welche den gleichen wirthschaftlichen Zwecken dienen sollen, wie die eben genannten (z. B. Verkäufe auf Wiederkauf).]

[4a] Reichsges. v. 24/5 1880 betreffend den Wucher Art. 3. Mandry (458 fg.) [4. Aufl. (Geib) S. 410. 414. 562 fg. Ungiltig ist das ganze Geschäft, so daß z. B. im Falle des Darlehens nicht einmal in Bezug auf das Kapital eine Darlehensforderung entsteht. Statt dessen entsteht eine gesetzliche Forderung des Gläubigers auf Rückleistung des von ihm Geleisteten. Für diese ge-

Digitized by Google

Vorschrift oder durch das Rechtsgeschäft bestimmt ist (246). Das HGB. (352) gewährt unter den gleichen Voraussetzungen bei beiderseitigen Handelsgeschäften fünf Procent, und stellt diesen Satz auch für die sonst in dem HGB. selbst nor-

---

setzliche Forderung haftet die für die vertragsmäßige Forderung bestellte Sicherheit. Unberührt bleiben die Re eines Gläubigers, welchem nach dem sonst geltenden bürgerlichen R. die Ungültigkeit nicht entgegengesetzt werden kann, z. B. diejenigen eines Wechselindossatars. Sämmtliche von dem Schuldner oder für ihn geleistete Vermögensvortheile, d. h. Alles, was über die reine Rückleistung des vom Gläubiger Geleisteten hinausgeht, sind zurückzugewähren und vom Tage des Empfanges an zu verzinsen. Mehrere des Wuchers Schuldige haften solidarisch. Des Wuchers schuldig ist auch derjenige, welcher eine wucherliche Forderung in Kenntniß des Sachverhaltes erwirbt und entweder weiter veräußert oder die wucherlichen Vermögensvortheile geltend macht (§ 302c); dieser Schuldige haftet aber dem Rückgewähranspruch nur in Höhe desjenigen, was er selbst oder sein Rnachfolger empfangen hat; in letzterer Beziehung ist es gleichgültig, ob der Rnachfolger seinerseits des Wuchers schuldig ist. Das Rückforderungsr. verjährt in fünf Jahren von der Leistung an. Die Verpflichtung eines Dritten, welcher sich des Wuchers nicht schuldig gemacht hat, bestimmt sich nach dem sonst geltenden bürgerlichen Recht. Wenn also der Wucherer zu Gunsten eines gutgläubigen Dritten gehandelt hat ($^{4}\beta$), oder wenn die wucherliche Forderung an einen gutgläubigen Dritten cedirt ist, so ist wegen der Ungültigkeit des wucherlichen Geschäfts die Leistung an den Dritten Leistung eines indebitum. Er haftet also nach den Grundsätzen von der condictio indebiti, mithin haftet er nicht, wenn der Leistende die Thatsachen kannte, aus denen die Ungültigkeit folgt; denn eine andere condictio als die c. indebiti kann hier nicht geltend gemacht werden.]

[^{4b} Das Ges. v. 19/6 1893 Art. I § 302e hat das Wucherr. ausgedehnt auf Rgeschäfte anderer als der im § 302a (in seiner jetzigen Fassung; s. $^{4,\delta}$) bezeichneten Art (s. g. Sachwucher). Der Thatbestand ist hier im Uebrigen der gleiche wie dort, nur kann das Mißverhältniß zwischen Leistung und Gegenleistung hier nicht an einer Ueberschreitung des üblichen Zinsfußes gemessen werden. Auch ist nicht bloß für die Bestrafung des Schuldigen, sondern seltsamer Weise auch für die Ungültigkeit des Geschäfts und ihre Folgen die Voraussetzung aufgestellt, daß der Wucherer gewerbs- oder gewohnheitsmäßig handelt. — Zu erwähnen ist noch die im Art. II des Ges. v. 19/6 1893 als Art. 4 des Ges. v. 28/5 1880 aufgestellte Bestimmung, derzufolge solche Gläubiger, welche aus dem Betriebe von Geld- oder Creditgeschäften ein Gewerbe machen, jährliche Rechnungsauszüge ertheilen müssen und, wenn sie sich dieser Verpflichtung vorsätzlich entziehen, den Anspruch auf die Zinsen des verflossenen Jahres verlieren.]

^{5} Das gilt sowohl für den Fall, wo die Zinsverbindlichkeit auf Willenserklärung, als für den Fall, wo sie auf Rsatz beruht; in beiden Fällen ist es in Ermangelung anderer, nach anderer Richtung weisender, Auslegungsmomente für das Wahrscheinliche zu erachten, daß Zinsen gemeint seien, wie sie an dem betreffenden Orte regelmäßig gewährt werden. Für gesetzliche Zinsen ist dieß in den Quellen auch ausdrücklich anerkannt: l. 1 pr. l. 37 D. 22, 1, l. 7 § 10 i. f. D. 26, 7, l. 39 § 1 D. 30. Schwankt der Ortsgebrauch, so ist nach allgemeiner Auslegungsregel (I § 84 ^{4}) für den geringsten Betrag zu entscheiden. — Das HGB. (Art. 287) bestimmt die gesetzlichen Zinsen auf 6% [jetzt (352) 5%]. Dernburg II § 28 behauptet ohne Beweis, gemeinrechtlich gelte als landesüblicher Zinssatz der Zinssatz von 5%.

Digitized by Google

mirten Fälle gesetzlicher Zinsen als den im Zweifel geltenden auf. Das Ges. v. 14/11 1867 betr. die vertragsmäßigen Zinsen ist aufgehoben (EG. 39); jedoch entstammen diesem Gesetz (§ 2, s. ob. [4]) die Vorschriften des § 247 BGB., wonach, wenn ein höherer Zinssatz als sechs vom Hundert für das Jahr vereinbart ist, der Schuldner kraft absoluten Rechtssatzes nach dem Ablauf von sechs Monaten das Kapital mit sechsmonatlicher Frist kündigen kann, ausgenommen bei Schuldverschreibungen auf den Inhaber.

2. In Anlehnung an das bisherige Reichs-Wucherrecht hat das BGB. (138 Abs. 2) den ganz allgemeinen Satz aufgestellt: Nichtig ist ein Rechtsgeschäft, durch das Jemand unter Ausbeutung der Nothlage, des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit eines Andern sich oder einen Dritten für eine Leistung Vermögensvortheile versprechen oder gewähren läßt, welche den Werth der Leistung dergestalt übersteigen, daß den Umständen nach die Vermögensvortheile in auffälligem Mißverhältnisse zu der Leistung stehen. Das Gesetz behandelt dieß als einen besonders hervorzuhebenden Fall der Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts wegen Verstoßes gegen die guten Sitten (vgl. 138 Abs. 1 und das Wort „insbesondere" in Abs. 2). Mit der angeführten Bestimmung ist die civilrechtlich unberechtigte Voraussetzung des gewerbs- oder gewohnheitsmäßigen Handelns, von welcher das Ges. v. 19/6 1893 die Ungültigkeit eines Geschäfts wegen Sachwuchers abhängig gemacht hatte, beseitigt, und die Thatbestände des s. g. Creditwuchers und des s. g. Sachwuchers gänzlich ausgeglichen. Die „Ungültigkeit" der bisherigen Gesetze ist als Nichtigkeit declarirt. Ueber die Folgen des Abschlusses eines wucherischen Geschäfts und die Rückforderung einer auf Grund desselben erfolgten Leistung entscheiden ausschließlich diejenigen Sätze, welche das BGB. über unerlaubte Handlungen (823 fg.) und über die Leistung aus nichtigen Geschäften ergibt (vgl. 812 fg.). Art. 3 des Ges. v. 24/5 1880 in der Fassung des Ges. vom 19/6 1893 ist durch EG. 47 aufgehoben; Art. 4 dagegen (s. [4b]) bleibt bestehen.]

§ 261.

Die Zinsverbindlichkeit unterliegt auch abgesehen von dem § 260 zu Note 4a Bemerkten folgenden gesetzlichen Beschränkungen[1].

1. Rückständige Zinsen können nicht wieder zinstragend gemacht werden, weder indem sie zum Kapital geschlagen werden, noch indem aus ihnen ein neues Kapital gebildet wird[2].

---

[1] Durch das § 260 [4] erwähnte Reichsgesetz sind die in Nachfolgendem genannten Beschränkungen nicht berührt worden. Das bayerische Gesetz vom 5/12 1867 hat auch sie aufgehoben. Vgl. Mandry S. 355 fg. [4. Aufl. (Geib) S. 413 fg.] § 261.

[2] S. g. anatocismus — coniunctus, separatus. L. 26 § 1 D. 12, 6, l. 29 D. 22, 1, l. 27 D. 42, 1, l. 20 C. 2, 11 [12], l. 3 C. 7, 54, l. 28 C. 4, 32. Eine Ausnahme liegt nicht darin, daß Jemand Zinsen von den Zinsen verlangen kann, welche ein Anderer für ihn eingenommen oder welche er für einen Andern gezahlt hat, l. 10 § 3 i. f. D. 17, 1, l. 7 § 12. l. 58 § 1. 4 D. 26, 7); in beiden Fällen sind es nicht unbezahlte Zinsen, die wieder Zinsen tragen. Man

Digitized by Google

2. Sobald die rückständigen Zinsen die Höhe des Kapitals erreicht haben, hört der fernere Zinsenlauf auf[3].

Geschäfte, welche zur Umgehung dieser Verbote abgeschlossen werden, sind ebenso nichtig[4], wie diejenigen, welche direct gegen sie verstoßen[5]. Sind verbotene Zinsen gezahlt worden, so müssen die-

---

hat aus diesen Stellen wohl den Satz hergeleitet, daß das gesetzliche Verbot nicht Platz greife, sobald eine Novation, oder durch Novation ein neuer Gläubiger oder ein neuer Schuldner, eintrete; ich halte das für unbegründet. Vgl. Fritz Erläut. II S. 64—65, Puchta § 229 [11], Sintenis § 87 [49], Holzschuher III § 215, 4, Sf. II. 150. Eine wirkliche Ausnahme macht das HGB. (Art. 291) für den Contocurrentüberschuß. [S. jetzt HGB. § 355. Das Besondere liegt nicht mehr darin, daß die Zinsen im Contocurrentsaldo Zinsen tragen können, sondern darin, daß sie von selbst Zinsen tragen. Vgl. HGB. § 353 a. E.] Vgl. Seuff. Pand. § 233 [10]. Sf. II. 149, VII. 290, VIII. 31, X. 207, XVI. 19. 202, XVII. 16, XVIII. 218, XXIX. 115, XXXV. 11. 104, XXXVI. 294, XXXVIII. 112, [XLVII. 189, XLIX. 153.] S. noch Holzschuher III § 215, 5, Kniep der Verzug des Schuldners II S. 255.

[3] Keine Zinsen ultra duplum, oder wie man heutzutage zu sagen pflegt, ultra alterum tantum. L. 26 § 1 D. 12, 6, l. 10. l. 27 § 1 C. 4, 32. Nach späteren Verfügungen Justinians soll der Zinsenlauf sogar dann aufhören, wenn die gezahlten Zinsen die Höhe des Kapitals erreicht haben, Nov. 121. 138 (l. 29. 30 C. 4, 32, Nov. 160); aber diese Stellen sind glücklicherweise nicht glossirt. Uebrigens ist die heutige Anwendbarkeit auch der im Text genannten Regel weder in Theorie noch Praxis unbestritten, und auch wo sie anerkannt wird, wird vielfach, und in der neueren Zeit durch eine constante Praxis, eine Ausnahme für den Fall hinzugefügt, daß der Gläubiger es an der nöthigen Sorgfalt, um das Anschwellen der Zinsen zu verhüten, nicht hat fehlen lassen, und im Besonderen für den Fall, daß er rechtzeitig Klage erhoben hat. S. Pfeiffer prakt. Ausführ. VII S. 40—42. 45—46, Holzschuher III § 215, 1. Sf. II. 269, IX. 14; X. 207 (238), XVIII. 26, Entscheid. des OAG. zu Rostock IX S. 58, RG. VII S. 161; Sf. XV. 188 (hierzu Kniep der Verzug des Schuldners II S. 255), RG. VIII. S. 174. Fällt die Regel auch dadurch weg, daß ein rkräftiges Urtheil gegen den Schuldner vorliegt? Dafür Pfeiffer prakt. Ausführ. VII S. 42 fg. Anders Sf. XVII. 222. — S. noch Sf. V. 14. — Literatur außer der citirten Abhandlung von Pfeiffer: W. Sell in Sell's Jahrb. I S. 13 fg. (1841); vgl. Fritz Erläuter. II S. 61—63. — HGB. Art. 293: „Die Zinsen können bei Handelsgeschäften in ihrem Gesammtbetrage das Kapital überschreiten". [Jetzt gestrichen, weil das allgemeine bürgerliche R. keinen Anlaß mehr bietet, den Satz hervorzuheben.] Vgl. Sf. II. 149, VII. 290, VIII. 21, X. 207.

[4] In dem Erk. des OAG. zu Lübeck bei Sf. VIII. 242 wird angenommen, daß die Uebertretung der Wuchergesetze sogar von Amtswegen zu berücksichtigen sei.

[5] Dieß ist nichts Besonderes (I § 70 [2]); aber gerade hier liegt die Gefahr der Umgehung besonders nahe. Vgl. l. 44 D. 22, 1, l. 13 § 26 D. 19, 1, l. 15. l. 16. l. 26 § 1 C. 4, 32, welche Stellen freilich jetzt keine praktische Bedeutung mehr haben. (Sf. III. 155, andererseits auch I. 26, III. 308, VIII. 22. 225, XI. 129, XVI. 21. 202, XVII. 16.) Auch die früher viel verhandelte Frage, ob Vorabzug der Zinsen erlaubt sei (Glück XXI S. 71 fg., Röder Abhandl. über praktische Fälle des Civilr. Nr. 4 [1833], Fritz Erläut. II S. 66—71,

Digitized by Google

selben zuerst auf das Kapital angerechnet, sodann zurückgegeben werden[6].

[1. Das BGB. hat das Verbot der Zinseszinsen wesentlich beschränkt. Richtig ist nur eine im Voraus getroffene Vereinbarung, daß fällige Zinsen wieder Zinsen tragen sollen (248 Abs. 1). Dagegen ist zulässig, fällige Zinsen durch Vereinbarung zinstragend zu machen. Von dem Satz des § 248 Abs. 1 bestehen zwei Ausnahmen: 1) Sparcassen, Creditanstalten und Inhaber von Bankgeschäften können im Voraus vereinbaren, daß nicht erhobene Zinsen von Einlagen als neue verzinsliche Einlage gelten sollen (248 Abs. 2 S. 1). Dieß rechtfertigt sich dadurch, daß in solchen Fällen nicht die Gefahr einer Ueberbürdung des schwächeren Schuldners durch den Gläubiger besteht. 2) Creditanstalten, die berechtigt sind, für den Betrag der von ihnen gewährten Darlehen verzinsliche Schuldverschreibungen auf den Inhaber auszugeben, können sich bei solchen Darlehen die Verzinsung rückständiger Zinsen im Voraus versprechen lassen. Die Creditanstalt muß die Zinsen ihrer Pfandbriefe oder ähnlichen Schuldverschreibungen fortentrichten, auch wenn die Zinsen der von ihr gewährten Darlehen ausbleiben. Die Möglichkeit, Zinseszins auszubedingen, gewährt ihr eine einfache Deckung für den dadurch entstehenden Schaden, eine Deckung, die sie sonst nur auf dem Wege des Schadensbeweises erlangen könnte, da Verzugszinsen von Zinsen nicht anfallen (289).

2. Der Satz des Textes unter 2 ist dem BGB. fremd.]

[Zu §§ 256—261. Das BGB. hat es für nöthig erachtet, noch einige weitere Gegenstände von Schuldverhältnissen allgemeinen Vorschriften zu unterstellen.

1. In Betreff der Verpflichtung zum Ersatz von Aufwendungen ist bestimmt (256), daß der aufgewandte Geldbetrag, oder wenn andere Gegenstände als Geld aufgewandt sind, der als Ersatz ihres Werthes zu zahlende Geldbetrag von der Zeit der Aufwendung an zu verzinsen ist (vgl. ob. § 259 [7] unter 3). Sind Aufwendungen auf einen Gegenstand gemacht worden, der dem Ersatzpflichtigen herauszugeben ist, so sind Zinsen für die Zeit, für welche dem Ersatzberechtigten die Nutzungen oder auch nur die Früchte des Gegenstandes ohne Vergütung verbleiben, nicht zu entrichten. So gebühren dem Nießbraucher und dem Vorerben von den gemäß §§ 1049. 2125 zu erstattenden Verwendungen für die Dauer des Nießbrauchs und bis zum Eintritt der Nacherbfolge keine Zinsen (Planck zu § 256 Abs. 1 a. E.). Ebenso kann Derjenige, welcher eine Sache gutgläubig entgeltlich erworben hat, von Aufwendungen bis zum Eintritt der

---

Bangerow I § 77 Anm. 2, Sintenis II § 87 [55], Holzschuher III S. 73. 74), darf jetzt nicht mehr aufgeworfen werden. Zu den Umgehungsgeschäften gehörte auch der s. g. contractus mohatrae. Verkauf eines beliebigen Gegenstandes auf Credit und sofortiger Rückkauf desselben um eine geringere Summe. (Das Wort ist arabischen Ursprungs, Cohn in Endemann's Handb. des Handelsr. III S. 846 [100], Kohler moderne Rfragen bei islamitischen Juristen S. 5.)

[6] L. 26 pr. D. 12, 6, l. 18. l. 26 C. 4, 32; vgl. Paul. sentent. II, 14 § 2. 4. Röder Abhandlungen Nr. 5, Bangerow I § 76 Anm. 2 Nr. 3, Witte Bereicherungsklagen S. 71 fg. Sf. IX. 297. Reichsges. 24/5 80 Art. 3 Abs. 2.

Digitized by Google

Rechtshängigkeit der Eigenthumsklage von dem Eigenthümer keine Zinsen beanspruchen (vgl. ob. I S. 884 unter a). Besteht die zu ersetzende Aufwendung in dem Eingehen einer Verbindlichkeit, (hat sich z. B. der unbeauftragte Geschäftsführer im Interesse des Geschäftsherrn zum Schuldner eines Dritten gemacht), so kann der Ersatzberechtigte Befreiung von der Verbindlichkeit verlangen; ist dieselbe jedoch noch nicht fällig, so darf der Ersatzpflichtige, statt die Befreiung herbeizuführen, dem Ersatzberechtigten Sicherheit leisten (257). Wer, wie der Beauftragte, Vorschuß für seine Aufwendungen verlangen kann (609), ist natürlich berechtigt, die Einzahlung des zur Tilgung der eingegangenen Verbindlichkeit erforderlichen Betrages an sich selbst zu verlangen; denn er konnte diesen Betrag schon vor Eingehung der Verbindlichkeit fordern.

2. Wer das Recht zur Wegnahme einer Einrichtung von einer herauszugebenden Sache ausübt (z. B. 500. 547 Abs. 2 S. 2. 601 Abs. 2 S. 2), ist verpflichtet, die Sache auf seine Kosten in den vorigen Stand zu setzen. Erlangt Derjenige, an welchen die Sache herauszugeben war, den Besitz derselben, gleichviel auf welchem Wege, so ist er verpflichtet, die Wegnahme zu dulden, kann aber einredeweis die Erfüllung dieser Verpflichtung verweigern, bis ihm für den mit der Wegnahme verbundenen Schaden Sicherheit geleistet wird. Diese Einrede setzt keinerlei Beweis über einen zu befürchtenden Schaden voraus; es ist Sicherheit für den möglichen Schaden zu leisten (258); anwendbar sind die Vorschriften des § 258 auch im Falle des § 997 (s. darüber I S. 886 fg. unter d).

3. Die Verpflichtung zur Rechenschaftsablage über eine mit Einnahmen und Ausgaben verbundene Verwaltung besteht zunächst darin, daß der Verpflichtete eine die geordnete Zusammenstellung der Einnahmen und Ausgaben enthaltende Rechnung dem Berechtigten mitzutheilen hat. Belege hat er vorzulegen, soweit deren Ertheilung üblich ist (259 Abs. 1). Die Vollstreckung einer Verurtheilung zur Rechnungslegung richtet sich nach CPO. 888. Diese Vollstreckung kann aber nur eintreten, wenn gar keine Rechnung gelegt ist, oder das Vorgelegte sich überhaupt nicht als eine ordnungsmäßige Rechnung darstellt; wegen Unrichtigkeiten der Rechnung findet sie nicht statt. Kann der Geschäftsherr Thatsachen beweisen, welche die Annahme begründen, daß die in der Rechnung enthaltenen Angaben über die Einnahmen nicht mit der erforderlichen Sorgfalt gemacht sind, so hat der Verpflichtete auf Verlangen des Berechtigten einen Offenbarungseid zu leisten und zwar dahin: daß er nach bestem Wissen die Einnahmen so vollständig angegeben habe, als er dazu im Stande sei. In Angelegenheiten von geringer Bedeutung braucht dieser Eid nicht geleistet zu werden (259 Abs. 2. 3). Ueber die Vollstreckung der Verurtheilung zur Eidesleistung s. CPO. 889. (S. auch BGB. 261). Die Leistung des Eides benimmt dem Geschäftsherrn nicht das Recht, den Nachweis zu führen, daß gleichwohl noch andere, als die von dem Rechnungsführer angegebenen Einnahmen stattgefunden haben, einen Beweis, den er auch ohne zuvor auf den Offenbarungseid zu dringen, unternehmen kann. Ueber bestrittene Ausgaben trägt der Rechnungsführer die Beweislast, und welche Beweiskraft den vorgelegten Belegen oder der ordnungsmäßig geführten Rechnung selbst beizumessen ist, untersteht dem Grundsatz des § 286 CPO.

4. Ist jemand verpflichtet, einen Inbegriff von Gegenständen herauszugeben, (z. B. 2018 fg. 2374) oder über den Bestand eines solchen

Digitized by Google

Auskunft zu ertheilen, (z. B. 2027. 2314. 2362), so hat er nach dem BGB. 260 dem Berechtigten ein Verzeichniß des Bestandes vorzulegen. Die Vollstreckung einer dahin gehenden Verurtheilung erfolgt gemäß CPO 888. Kann der Berechtigte Thatsachen beweisen, welche die Annahme begründen, daß das Verzeichniß nicht mit der erforderlichen Sorgfalt aufgestellt ist, so kann er (es wäre denn die Angelegenheit von geringer Bedeutung) den Offenbarungseid des Verpflichteten dahin verlangen: daß er nach bestem Wissen den Bestand so vollständig angegeben habe, als er dazu im Stande sei. Die Vollstreckung der Verurtheilung zur Leistung dieses Eides richtet sich nach CPO. 889 (s. auch BGB. 261). Auch hier schneidet der Eid den Beweis eines größeren Bestandes des Inbegriffs nicht ab.]

III. Inhalt des Forderungsrechts.

A. Ueberhaupt. Uebersicht des Folgenden.

§ 262.

Unter Inhalt des Forderungsrechts wird hier sein rechtlicher Gehalt verstanden, die Macht, welche es dem Gläubiger gewährt[1]. Dieser rechtliche Gehalt ist bereits im Allgemeinen dahin bezeichnet worden, daß der Gläubiger kraft des Forderungsrechts ein an den Schuldner gerichtetes rechtliches Gebot hat, dahin gehend, daß dieser ihm eine gewisse Leistung mache (§ 250. 251). Hier ist dieser Gehalt näher zu bestimmen, und dabei von folgenden einzelnen Punkten zu handeln.

---

[1] In Betreff des Ausdruckes „Inhalt des Forderungsr." macht sich eine gleiche Mehrdeutigkeit geltend, wie in Betreff des Ausdruckes „Gegenstand des Forderungsr." (§ 252 [1]). Der Sprachgebrauch erlaubt es, unter „Inhalt des Forderungsr." auch die Leistung (den Inhalt der Leistung) zu verstehen, zu welcher das Forderungsr. den Schuldner verpflichtet. Es ist z. B. nicht sprachwidrig, zu sagen: der Inhalt der Darlehnsforderung sei die Rückzahlung der dargeliehenen Geldsumme. In diesem Sinne den Ausdruck genommen, bezeichnet er also gerade dasjenige, was von mir Gegenstand des Forderungsr. genannt wird. Vgl. Savigny Obl. I S. 295: „Gegenstand der Obligation, welchen man auch als Inhalt derselben bezeichnen kann". Kuntze die Obligation ꝛc. § 34 nennt „Gegenstand der Obligation" die Leistung als solche, „Inhalt der Obligation" den concreten Inhalt der Leistung, und gebraucht statt „Inhalt der Obligation" auch den Ausdruck „Vermögensstoff der Obligation"; übereinstimmend Salkowski zur Lehre von der Novation S. 4. Vgl. jetzt Kuntze die Obligationen im r. u. heut. R. § 24. Puchta (§ 220—237) handelt unter der Rubrik „Inhalt der Obligation": 1) von dem Gegenstand, 2) von den Subjecten, 3) von dem Schutz derselben, Arndts (201—217) unter der Rubrik „Wesen und Inhalt der Obligationen" von den genannten drei Punkten und vom Begriff der Obligation. Vgl. noch Unger I S. 499—500. 543. § 262.

Digitized by Google

1. Wie ist es, wenn der Schuldner dem an ihn gerichteten Gebot nicht nachkommt? Dann hat der Gläubiger nach allgemeinen Grundsätzen das Recht, den Richter anzurufen (I § 122); wenn auch der verurtheilte Schuldner die Leistung noch verweigert, so tritt Zwang gegen ihn ein. Es ist aber nicht unter allen Umständen für den Schuldner gefahrlos, den Gläubiger zur Beschreitung des Rechtsweges zu nöthigen. Darüber das Nähere in § 263.

2. Wie ist es, wenn dem Schuldner die Leistung unmöglich ist? Dann ist er nach Verschiedenheit der Fälle entweder frei, oder zu einem Ersatz in Geld verpflichtet. Darüber § 264. 265.

3. Wie ist es ferner, wenn das Vermögen des Schuldners zur Befriedigung des Gläubigers nicht hinreicht? Man spricht in diesem Falle von Zahlungsunfähigkeit, und wenn eine Mehrheit von Gläubigern vorhanden ist, von Concurs. Darüber § 266—272.

4. Eine besondere Betrachtung macht sodann nöthig die Zeit, zu welcher, und der Ort, an welchem der Schuldner die Leistung zu machen verpflichtet ist. Darüber § 273—282.

5. Die dem Gläubiger durch das Forderungsrecht gewährte rechtliche Macht kann in künstlicher Weise gesteigert werden. Darüber § 283—286.

6. Auf der andern Seite gibt es Forderungsrechte, welche dem Gläubiger nicht die volle Macht gewähren, welche das Forderungsrecht an und für sich gibt[2].

a. Dem Gläubiger fehlt die Klagmacht. Forderungsrechte dieser Art kann man nur uneigentlicherweise Forderungsrechte nennen; gewöhnlich bezeichnet man sie durch den Ausdruck: natürliche Verbindlichkeiten. Darüber § 287—289.

b. Der Schuldner haftet nicht mit seinem ganzen Vermögen, sondern nur mit einem Theil desselben[3] oder nur mit einzelnen Sachen[4].

[Das BGB. nimmt den Begriff des Inhalts des Schuldverhältnisses in einem Sinne, welcher sowohl den Inhalt wie den Gegenstand des Schuldverhält-

[2] Vgl. zum Folgenden Hartmann die Obligation S. 119 fg.

[3] So z. B. bei der actio de peculio.

[4] So nach deutschem R. der Schuldner aus dem alten Rentenkauf und aus dem Bodmereivertrag. Vgl. Stobbe kr. VJS. IX S. 303 fg. Lehrbuch III § 175 Nr. II [3. Aufl. Lehmann § 224], auch in diesem Lehrbuch I § 225 [18]. Ehrenberg beschränkte Haftung des Schuldners nach See- und Handelsr., Jena 1880 (bes. S. 397 fg.). Anzeige dieser Schrift von Schröder ZS. f. HR. XXVII S. 296 fg. Bekker Pand. I § 43.

Digitized by Google

nisses im Sinne Windscheid's umfaßt. Denn es behandelt in dem Abschnitt vom Inhalt der Schuldverhältnisse sowohl die Bestimmung der Leistung (242. 243. 262—265) und die Leistungsgegenstände von allgemeiner Wichtigkeit (244—261), wie die Fragen, in welcher Art und Weise die Leistung zu bewirken ist: Theilleistung (266), Person des Leistenden (267. 268), Leistungsort (269. 270), Leistungszeit (271. 272), Zurückbehaltungsrecht (273. 274); ferner das Unmöglichwerden der Leistung und das Verschulden (275—283), den Verzug des Schuldners (284—290), die Rechtshängigkeit (291. 292) und die rechtskräftige Verurtheilung (283), endlich den Verzug des Gläubigers (293—304). Der Concurs bleibt der KO. überlassen. Eine besondere Lehre vom Erfüllungsversprechen hat das BGB. nicht. Die Vertragsstrafe steht (in Verbindung mit der Draufgabe) im Zusammenhang der Lehre von den Schuldverhältnissen aus Verträgen (336—345). Von den naturales obligationes hat das BGB. keine Lehre und keinen Begriff; dennoch ist es von Spuren dieser Lehre keineswegs frei. Beschränkte Haftung eines Schuldners kennt das BGB. in verschiedenem Zusammenhange: Man kann dahin rechnen die Grundschuld und Rentenschuld, die Haftung des Hypothekeigenthümers mit dem Grundstück, die Reallast, wofern die persönliche Haftung des Eigenthümers ausgeschlossen ist (1108 Abs. 1); ferner gehören hierher die beschränkte Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten (1967 fg.) und die Fälle der §§ 1498. 419. 1480. 1504. 2187 (s. CPO. 786).]

B. Nachtheile des Schuldners, welcher den Gläubiger zum Prozeß nöthigt.

§ 263.

Diese Nachtheile treten entweder schon dann ein, wenn der Schuldner es zur Klage kommen läßt, oder nur dann, wenn er den Gläubiger durch sein Leugnen zum Beweise nöthigt, oder endlich nur dann, wenn er auch bis zum Urtheil den Gläubiger nicht befriedigt.

1. Ein Nachtheil schon in Folge der Klage trifft denjenigen, welcher mit einem Vermächtniß zu Gunsten einer Kirche oder frommen Stiftung beschwert ist; er muß, wenn er es zur Klage kommen läßt, das Doppelte zahlen[1].

2. Die Nachtheile, welche den Schuldner in Folge des Leugnens treffen, bestehen entweder ebenfalls in einer Steigerung des klägerischen Anspruchs auf das Doppelte[2], oder in einer Schmälerung der Vertheidigung.

---

[1] § 19. 23. 26 I. 4, 6, vgl. l. 45 [46] § 7 C. 1, 3 (lex rest.). Früheres R.: § 7 I. 3, 27, Gai. II, 282. IV, 9. 171, Paul. sentent. I. 19 § 1. Rudorff (²) S. 399—417. Arndts Forts. von Glück XLVI S. 76 fg. § 263.

[2] Die Quellen sagen: lis infitiatione crescit in duplum. Vgl. über diese Lehre, namentlich auch ihre ursprüngliche Bedeutung und geschichtliche Entwicke-

Digitized by Google

a. Eine Steigerung des Anspruchs auf das Doppelte tritt ein bei der Forderung aus dem Aquilischen Gesetz, wenn der Schuldner die verübte widerrechtliche Beschädigung[3], und bei der Forderung aus einem vom Schuldner ausgestellten Empfangsbekenntniß, wenn derselbe seine Handschrift ableugnet[4].

b. Eine Schmälerung der Vertheidigung tritt in folgenden Fällen ein[5]. Der Bürge, welcher die Bürgschaft leugnet, verliert die Rechtswohlthat der Theilung und der Vorausklage[6]. Der Gesellschafter, welcher die Gesellschaft leugnet, verliert die Rechtswohlthat des Nothbedarfs[7]. Der Empfänger einer unverschuldeten Leistung, welcher den Empfang leugnet, verliert den Beweisvortheil[8].

---

lung: C. Sell in Sell's Jahrb. II S. 1 fg. 173 fg. (1843), Huschke Nexum S. 175—212 und ZS. f. gesch. RW. XIII S. 256—284 (1846), Rudorff das. XIV S. 287 fg. (1848).

[3] L. 2 § 1 D. 9, 2, § 19. 23. 26 I. 4, 6, l. 4 C. 3, 35, Nov. 18 c. 8. Rudorff a. a. O. S. 374—375. 391—392, vgl. auch A. Pernice zur Lehre von den Sachbeschädigungen S. 105 fg. S. übrigens auch unten § 455, 5 a. E.

[4] Nov. 18 c. 8, Auth. *Contra* C. de non num. pec. 4, 30. In gleicher Weise wird der Gläubiger, welcher die Handschrift der von ihm ausgestellten Quittung ableugnet, um den Betrag seiner Forderung gestraft. S. die citirten Stellen. Diese Stellen drohen die gleiche Strafe demjenigen, welcher bei Anerkennung seiner Handschrift den Empfang leugnet. Aber dieses Leugnen verpflichtet nach heutigem R. den Gegner nicht mehr zum Beweise. Vgl. § 372, § 349, 4. EG. z. CPO. 17. — Die Verurtheilung auf das Doppelte fällt weg, wenn der Beklagte auch nur auf zugeschobenen Eid hin gesteht; jedoch muß er die bis dahin aufgelaufenen Kosten ersetzen. (Das Gleiche muß von dem Fall der Note [3] gelten.) Bringt der leugnende Beklagte in zweiter Linie Einreden vor, so wird er dennoch verurtheilt, wenngleich er dieselben beweist, freilich nun nicht auf das Doppelte. Die Nov. 18 c. 8 cit. erkennt dieß für die Einrede der Zahlung ausdrücklich an. (Auch hier ist das Gleiche für den Fall der Note [3] zu behaupten.) Die Meinung, daß in beiden Fällen der leugnende Beklagte alle Einreden verliere und somit auf das Doppelte verurtheilt werde (Sell S. 183, Rudorff S. 471), steht in Widerspruch mit Nov. 18 c. 8 und findet in l. 43 pr. D. 50, 17 keinen ausreichenden Belag. S. über diese und andere Fragen Sell S. 175—283, Rudorff S. 469—475, Sintenis II S. 346 und das. Anm. 73.

[5] Vgl. zu dem Folgenden noch I § 196 [7], § 197 [1], § 235 [26]. — Zu den nachstehend genannten Bestimmungen fügt man gewöhnlich die fernere hinzu, daß der Eigenthümer eines Thieres, welcher aus einem von dem Thiere angerichteten Schaden belangt dessen Eigenthum ableugne, das Recht zur noxae datio verliere — ohne zu beachten, daß nach l. 1 § 15 D. 9, 1 dieser Nachtheil nur dann eintreten soll, wenn die Ableugnung auf eine interrogatio in iure geschehen ist. Will man aber dem R. der interrogatio in iure an diesem Punkte praktische Geltung zuschreiben, so ist kein Grund vorhanden, nicht auch die Bestimmungen der l. 11 § 3. 4. l. 17 D. 11, 1 zur Anwendung zu bringen.

[6] L. 10 § 1 D. 46, 1. Was die Rwohlthat der Vorausklage angeht, s. § 478 [3].

Digitized by Google

3. Nichtbefriedigung bis zum Urtheil hat Verurtheilung auf das Zwiefache zur Folge bei der Forderung auf Rückgabe einer zur Zeit der Noth hinterlegten[9], einer vermietheten oder einer vergünstigungsweise hingegebenen Sache[10]; bei der Forderung auf Rücknahme einer gekauften Sache wegen Fehlerhaftigkeit[11]; bei der Forderung gegen die Pächter öffentlicher Einkünfte auf Wiedergabe des von ihnen oder ihren Leuten Weggenommenen, so wie auf Ersatz der von ihnen oder ihren Leuten böswilligerweise angerichteten Beschädigung[12]. Sie hat Verurtheilung auf das Vierfache zur Folge bei der Forderung aus dem Zwange[13]. In dem Fall der in der Note[14] genannten Stelle wird die Verurtheilung um ein Drittel gesteigert.

Es ist jedoch die heutige Anwendbarkeit der im Vorstehenden genannten Bestimmungen vielfach bestritten[15].

[Dem BGB. sind die Sätze dieses Paragraphen sämmtlich unbekannt. — Vgl. im Uebrigen über den Einfluß der Rechtshängigkeit im BGB. I § 124 S. 549 fg.]

---

[7] L. 67 § 3 D. 17, 2, l. 22 § 1 D 42, 1.

[8] Er muß jetzt die Verschuldung beweisen, nicht der Kläger die Nichtverschuldung. L. 25 pr. D. 22, 3.

[9] Die Forderung geht nach dem prätorischen Edict von Haus aus auf das Doppelte (§ 17 I. 4, 6, l. 1 § 1 D. 16, 3); aber durch Herausgabe des Einfachen. kann die Verurtheilung abgewendet werden. Die Institutionen (§ 22. 26 I. 4, 6) stellen ungenau diesen Fall zu den Fällen, wo lis infitiatione crescit in duplum Rudorff S. 457—463.

[10] Dieß nach einer Bestimmung des Kaisers Zeno v. J. 484, l. 10 C. 8, 4 (in abgekürzter Gestalt l. 33 C. 4, 65).

[11] L. 45 D. 21, 1.

[12] L. 1 pr. l. 5 pr. D. 39, 4.

[13] § 25. 27 I. 4, 6, l. 14 § 1 D. 4, 2.

[14] L. 33 pr. C. 3, 28. Vgl. III § 582 [7].

[15] Ueber diese schwierige Frage bemerke man Folgendes. 1) Am wenigsten bestritten ist die heutige Anwendbarkeit der unter Ziff. 2 lit. b angeführten Bestimmungen. Vgl. Wetzell Civilproc. 2. Aufl. S. 280 fg. 3. Aufl. S. 309 fg. (s. jedoch Sf. XVII. 37). 2) Was die Steigerung des Anspruches auf das Zwei- und Vierfache betrifft (Ziff. 1. 2 lit. a. 3), so ist über die heutige Geltung dieser Steigerung von den Civilisten von jeher in Zusammenhang mit der Frage gestritten worden, ob überhaupt die römischen actiones poenales heutzutage noch Geltung haben. In Betreff dieser Frage ist aber die Zahl der Bejahenden der Zahl der Verneinenden gegenüber immer eher größer gewesen, als kleiner. S. § 326 [5]. Noch entschiedener gilt dieß von den Processualisten. S. die Nachweisungen bei Glück VI S. 185 [70], und die Lehrbücher des Civilprocesses von Martin § 39, Linde § 118, Heffter § 133, Bayer § 23, Osterloh § 121, Wetzell § 30. 3) Eine die Steigerung des Anspruchs anerkennende constante Praxis ist zwar nirgends bezeugt; ja es geben wohl umgekehrt die Vertheidiger der Steigerung zu, daß in der Praxis nur auf das Einfache gesprochen werde. S. namentlich Stryk

Digitized by Google

C. Unmöglichkeit der Leistung*.

§ 264.

Beruft sich derjenige, von welchem eine Leistung gefordert wird, auf die Unmöglichkeit der Leistung, so ist zu unterscheiden, ob die

---

Us. mod. Pand. lib. IX tit. 2 § 20. Von der andern Seite fehlt es aber doch nicht ganz an Zeugnissen für die praktische Anwendung, wie der römischen Strafklagen überhaupt, so speciell der hier in Frage stehenden; s. § 326 [a]. 4) Will man sich auch über diese Anwendungsfälle als vereinzelte hinwegsetzen, und demgemäß für die römischen Strafklagen überhaupt, und die hier in Frage stehenden speciell, einen non usus annehmen, so fragt es sich doch, ob in diesem non usus der Ausdruck eines zu Grunde liegenden Rbewußtseins gefunden werden dürfe. Ist es nun schon äußerst bedenklich, diese Frage für die Strafklagen überhaupt zu bejahen (s. dieses Lehrbuch a. a. O.), so kommt gerade für diejenigen, um welche es sich hier handelt, Folgendes hinzu. Offenbar ist ein Unterschied zwischen Strafen, welche eine Buße für einen Bruch der Rordnung verhängen, und solchen, welche im Hinblick auf bestimmte Interessen zu einem Thun oder Unterlassen bestimmen wollen. Wenn es der treibende Gedanke ist, welcher der Entwickelung des Strafr. zu Grunde liegt, daß Strafen der ersten Art nur von dem Staate als dem Wächter der Rordnung eingefordert werden sollen, so werden doch die Strafen der zweiten Art von diesem Gesichtspunkt nicht berührt. Daß aber die Strafen, welche hier zur Frage stehen, wenigstens der Mehrzahl nach, von dieser letzteren Art sind, liegt auf der Hand. Vgl. auch Nov. 18 c. 8: — „non quia amarioribus legibus delectamur, sed quia lites eorum minores efficimus, quatenus timore poenae citius dicant, quod confiteri competit". 5) Am wenigsten möchte gegen die Anwendbarkeit der Verdoppelung bei Vermächtnissen zu Gunsten von Kirchen und frommen Stiftungen einzuwenden sein; hier wird die praktische Geltung der Verdoppelung selbst von solchen Schriftstellern zugegeben, welche im Uebrigen die römischen Strafklagen auf das Mehrfache ausschließen, so von Lauterbach Coll. theor.-practic. ad libros de legat. n° 55, Boehmer de act. II c. 3 § 77, Heineccius elem. iur. IV. 6 § 11. 27, Müller ad Leyser. obs. 38; vgl. auch Sell a. a. O S. 250 oben. 6) Was die unter Ziff. 3 genannten Bestimmungen angeht, so ist in Betreff derselben noch speciell zu erwägen, ob sie nicht, wenigstens theilweise, ihren Grund haben in dem nach classischem römischem Recht dem Urtheil vorhergehenden richterlichen Vorbescheid (arbitratus iudicis), und daher mit diesem weggefallen sind. Aber „es ist sehr möglich, daß (dieser Vorbescheid) auch schon in Justinians Zeit nicht mehr vorkam, und daß der § 31 I. 4, 6, der darauf hinweist, gedankenlos aus einem alten Juristen abgeschrieben worden ist" (Savigny System V. S. 145.) 7) Auch durch das RStGB. sind die hier fraglichen Strafen nicht aufgehoben worden, da die Handlungen, auf welche sie gesetzt sind, nicht zu den „Materien" gehören, welche „Gegenstand" des RStGB. sind (EG. 2). Mandry S. 256 [4. Aufl. (Geib) S. 265 fg.]. — Vgl. im Allgemeinen Glück V S. 390. VI S. 182 fg., Sell a. a. O. S. 246—251, Rudorff a. a. O. S. 476—478, Sintenis II S. 343—348, Kleinschmidt APraktRW. N. F. I S. 70 fg. Neuestens L. Seuffert ACPra. LXVII S. 323 fg. (Dieser Schriftsteller sucht die heutige Unanwendbarkeit der sämmtlichen genannten Strafen, mit Ausnahme der unter 2 lit. b genannten, auszuführen, selbst die Unanwendbarkeit der Bestimmung über die Verdoppelung bei

Digitized by Google

Unmöglichkeit schon von Anfang an vorhanden gewesen ist, d. h. schon zur Zeit der Thatsache, auf welche der Gläubiger sein Forderungsrecht gründet (ursprüngliche Unmöglichkeit), oder ob sie erst nach dieser Thatsache eingetreten ist (nachfolgende Unmöglichkeit).

1. Bei der ursprünglichen Unmöglichkeit ist ferner zu unterscheiden zwischen objectiver Unmöglichkeit, d. h. Unmöglichkeit an sich, und subjectiver Unmöglichkeit, d. h. Unmöglichkeit bloß für den Schuldner[1]. Die objective Unmöglichkeit läßt das Forderungsrecht,

---

Vermächtnissen zu Gunsten von Kirchen und frommen Stiftungen. Er sieht in dieser Bestimmung lediglich einen „Bestandtheil des Kirchenverwaltungsr." [!]. Im Uebrigen beruft er sich theils auf den weggefallenen richterlichen Restitutionsbefehl, theils darauf, daß die Strafen, jedenfalls im Sinne des Justinianischen R., nicht mehr Strafen des Leugnens, sondern Strafen eines Delicts seien [Nov. 18 c. 8: Betrug!]). Wie Seuffert Dernburg II § 3 [7], III § 99 [10]. — Sf. XIV. 245, XVII. 37 (gegen die heutige Geltung).

* Fr. Mommsen die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf obligatorische Verhältnisse (der „Beiträge zum Obligationenr." erste Abth.) 1853. (Dazu Windscheid Heidelb. kr. ZS. II S. 106—145. Brinz kr. Ueberschau V S. 278—302, Mommsen Lehre von der Mora S. 407—428.) Hartmann die Obligation S. 166—272 (1875). Ders. Jahrb. f. Dogm. XXII S. 417 fg. (1884). Der Aufsatz von Ude ACPra. XLVIII S. 246 fg. 366 fg. (1865) ist gut geschrieben, aber enthält nichts Neues. Vgl. auch Salkowski Forts. von Glück XLIX S. 109—392. — Savigny Oblig. I § 37. II § 81, Unterholzner I § 100—102, Sintenis II S. 22—25, Brinz 2. Aufl. II § 245. 246. 265 fg. 276 fg. [H. A. Fischer Jahrb. Dogm. XXXVII S. 225 fg. sucht die Bedeutung der von der herrschenden Lehre aufgestellten Unterscheidungen zwischen anfänglicher und nachfolgender, objectiver und subjectiver Unmöglichkeit zu bekämpfen S. noch Perrin de la perte de la chose due. Th. de Paris 1891. Ambroselli théorie des risques dans les contrats. Th. de Paris 1895. F. Longo del caso fortuito e del rischio e pericolo in materia di obbligazioni. Napoli 1894.]

[1] Beispiele: Geben einer Sache, die bereits untergegangen ist, Geben einer § 264.
Sache, welche nicht im Eigenthum des Schuldners steht. Eine nicht existirende Sache kann nicht gegeben werden, eine Sache, welche nicht im Eigenthum des Schuldners steht, kann nicht vom Schuldner gegeben werden. S. l. 137 § 4. 5 D. 45, 1, wo unterschieden wird zwischen „impedimentum naturale" und dem Mangel der „facultas dandi"; vgl. auch l. 55 D. 19, 1. Der Gegensatz läßt sich auch durch die Ausdrücke „absolute, relative Unmöglichkeit" bezeichnen, obgleich Andere diese Ausdrücke in anderem Sinne gebrauchen (Mommsen S. 4. 5, Brinz kr. Ueberschau V S. 283. 284. Pand. 2. Aufl. II § 245 [25]). Ueber Einzelnes s. Mommsen § 2—10. Hartmann mißbilligt die Bezeichnung subjective Unmöglichkeit, und will statt derselben geredet wissen von Hindernissen (subjectiven Hindernissen) der Leistung. Ebenso Brinz a. a. O. S. 285. Pand. 2. Aufl. II S. 123 (anders aber S. 321 fg.). Ich sehe von diesem Verlassen des Sprachgebrauchs des Lebens keinen Vortheil. Hartmann erklärt aber auch den Begriff selbst für einen werthlosen Schulbegriff; ähnlich Brinz Pand. 2. Aufl. II S. 126. S. in dieser Beziehung Note [4].

Digitized by Google

welches die betreffende Thatsache zu erzeugen an und für sich fähig gewesen wäre, gar nicht entstehen, und es kann weder die Leistung selbst, noch statt derselben ein Geldäquivalent gefordert werden[2]. Dagegen hindert die bloß subjective Unmöglichkeit das Entstehen des Forderungsrechts nicht; dasselbe hat statt der unmöglichen Leistung zum Gegenstand die Leistung eines Geldäquivalentes[3]. Näher wird von der ursprünglichen Unmöglichkeit in der Lehre von der Entstehung der Forderungsrechte gehandelt werden (§ 315)[4].

[Dort vgl. auch die Stellung des BGB. zu dieser Frage.]

2. Bei der nachfolgenden Unmöglichkeit kommt es nicht darauf an, ob sie eine objective oder eine subjective ist, sondern darauf, ob den Schuldner in Betreff derselben eine Schuld trifft, oder nicht. Trifft ihn eine Schuld nicht, so ist er frei[5] und muß nur leisten,

---

[2] L. 185 D. 50, 17. „Impossibilium nulla obligatio est". L. 1 § 9. 10 D. 44, 7, l. 34. l. 35 pr. l. 83 § 5. l. 103 D. 45, 1, § 1. 2 I. 3, 19; l. 15 pr. l. 34 § 1. l. 57 pr. § 1 D. 18, 1, l. 1. l. 7 D. 18, 4; l. 49 § 3 D. 31, l. 39 § 8—10 D. 30.

[3] L. 34 D. 45, 1, l. 137 § 4. 5 eod., l. 15 § 3 i. f. D. 41, 3; l. 28 D. 18, 1; l. 49 § 3 D. 31, l. 39 § 7. l. 40. l. 71 § 3 D. 30. Vgl. l. 104 § 2 D. 30 l. 55 D. 19, 1, l. 103 i. f. D. 45, 1.

[4] Daselbst wird namentlich die Frage beantwortet werden, ob die aufgestellten Sätze ausnahmslos wahr sind. Was Vermächtnisse angeht s. § 634, 2. Nach dieser Seite liegt das Schwergewicht der Ausführungen Hartmann's in Betreff der ursprünglichen Unmöglichkeit. Daß aber der Gegensatz zwischen objectiver und subjectiver Unmöglichkeit auch als Ausgangspunkt unbrauchbar sei, davon bin ich weder durch die Ausführungen von Hartmann noch durch die von Brinz überzeugt worden. S. auch Rümelin Gött. Gel. Anzeigen 1876 S. 955 fg., Mommsen Erörterungen II S. 87; auch Scheurl kr. VJS. XVIII S. 501 fg.

[5] Vgl. unter vielen Stellen l. 1 § 4 D. 44, 7, l. 37. l. 51 D. 45, 1, l. 107 D. 46, 3; l. 26 § 1. l. 47 § 4. 6 D. 30, l. 23 [22] § 3 D. 36, 1. Theilweise anderer Meinung Hartmann Obligation S. 227. Jahrb. für Dogm. XXII S. 438, Brinz Pand. 2. Aufl. II § 278 [10. 13] — eingestandenermaßen ohne directen Beweis aus den Quellen. Vgl. auch Dernburg II § 68. Eine ganz andere Frage ist es, ob der Schuldner bei unverschuldeter Unmöglichkeit der eigenen Leistung die Gegenleistung erhält bez. behält; auf diese Frage bezieht sich der citirte Aufsatz Hartmann's in den Jahrb. für Dogm. fast ausschließlich. Vgl. § 390 [3a]. — Man pflegt den im Text bezeichneten Satz auch wohl so auszudrücken: der Schuldner haftet nicht für Zufall (vgl. l. 23 D. 50, 17); aber damit ist nichts Neues gesagt, sondern eben nur das Negative, daß der Schuldner nicht haftet, wenn ihn in Betreff der Unmöglichkeit keine Schuld trifft. Ueber den Sinn, in welchem die Quellen von „casus" reden, s. Mommsen S. 241—247, Brinz 2. Aufl. II § 276 (eigenthümlich). Unbrauchbar und in dieser Allgemeinheit unrichtig ist die Regel: casum sentit dominus. Wächter ACPra. XV S. 117—138, Mommsen S. 247—252. Ueber die Stellen, auf welche man diese Regel gestützt hat, vgl. namentlich den Letzteren S. 250 [32]. Goose Jahrb. f. Dogm. IX S. 1 fg. stellt den Satz auf, daß derjenige die

Digitized by Google

was das die Unmöglichkeit herbeiführende Ereigniß ihm von dem Leistungsgegenstand gelassen oder statt des Leistungsgegenstandes gegeben hat[6]. Trifft dagegen den Schuldner eine Schuld, so ist er zur Leistung eines Geldäquivalentes, und zwar näher zur Leistung des Interesse des Gläubigers (§ 257) verpflichtet[7], kann aber auch seiner-

---

Gefahr trage, in dessen Vermögen die Sache sei (vgl. § 390 [3]). Für die bezeichnete Regel jetzt wieder Brinz 2. Aufl. II S. 317. [Interessante Fälle: Unmöglichkeit der Erfüllung einer Verpflichtung, Bahnzüge in gewisser Zahl auf einer Station halten zu lassen, herbeigeführt durch Eingreifen der obersten Verwaltungsbehörde: RG. XXXI S. 133 fg.; dazu Eck Jahrb. f. Dogm. XXXV S. 286 fg. Unmöglichwerden der Erfüllung einer Verpflichtung zum Eintritt als Theilhaber in das Geschäft eines Andern durch Concurseröffnung über das Vermögen des Letzteren: RG. XXXIX S. 167 f. Strike: Sf. XLVII. 20.] Begriff der vorübergehenden Unmöglichkeit: Sf. XLV 176.

[6] L. 1 § 47. l. 2 D. 16, 3, § 3 i. f. I. 3, 23, l. 35 § 4 D. 18, 1, l. 21 i. f. D. 18, 4, l. 13 § 12. 17 D. 19, 1, l. 14 pr. D. 47, 2. Kein Widerspruch liegt, wie Mommsen S. 289 glaubt, in l. 83 § 5 D. 45, 1, l. 98 § 8 D. 46, 3. Vgl. noch Salkowski Forts. von Glück XLIX S. 166—220. — Zu dem, was der Schuldner statt des zu leistenden Gegenstandes hat, gehört auch die Versicherungssumme; vgl. namentlich l. 13 § 12 D. 19, 1 cit. vv. damni infecti. Lippmann Jahrb. für Dogm. VII S. 21 fg., Kuntze bei Holzschuher III S. 825. 826, Vangerow § 635 a. E. in der 7. Aufl. Vgl. aber auch Mommsen S. 118 fg., Ihering Jahrb. f. Dogm. III S. 472—474, Hofmann Periculum beim Kaufe S. 153 fg.

[7] Das dabei stattfindende rliche Verhältniß ist nicht etwa so zu denken, daß das bisher bestandene Forderungsr. durch die eingetretene Unmöglichkeit der Leistung untergegangen, zugleich aber durch die Verschuldung des Schuldners ein anderes Forderungsr. gegen denselben begründet worden sei. Sondern das jetzt vorhandene Forderungsr. ist das alte, was sich darin praktisch erweist, daß alle für das alte Forderungsr. geltenden rlichen Bestimmtheiten fortdauern, z. B. Pfand, Bürgschaft, Concursprivilegium, Verzug, Uebergang auf die Erben 2c. Auch in dem Leistungsgegenstand hat sich, wenn die Unmöglichkeit bloß eine subjective ist, rlich nichts geändert; verpflichtet ist der Schuldner nach wie vor zur Leistung des ursprünglichen Gegenstandes, und daß ein Geldäquivalent von ihm eingetrieben wird, ist nur Nothbehelf. Ist freilich die Unmöglichkeit eine objective, so kann das Forderungsr. auf den ursprünglichen Leistungsgegenstand ebensowenig fortbestehen, wie es darauf hätte entstehen können; es besteht nur mit verändertem Leistungsgegenstand fort. Doch hat die Erwägung, daß der Umfang dieses Gegenstandes, der Betrag des zu leistenden Interesse, erst bestimmt werden muß, die ältere römische Jurisprudenz zu der Auffassung geführt, daß auch bei objectiver Unmöglichkeit einstweilen noch immer der ursprüngliche Leistungsgegenstand geschuldet werde. S. namentlich l. 91 § 3. 6 D. 45, 1, auch l. 95 pr. D. 46, 3; aber auch l. 31 § 11 D. 21, 1, Paul. sentent. V, 7 § 4. Vgl. Mommsen a. a. O. S. 229 fg. und Beiträge III S. 413, Cohnfeldt Lehre vom Interesse S. 212 fg., Reuner Wesen und Arten der Privatverhältnisse S. 178 fg., Hartmann S. 229 fg., Brinz 2. Aufl. II § 266, 3. Sf. XV. 215, XXIV. 28 Nr. I, XXX. 29. 247, XXXIV. 196 (ROHG.). [RG. XXX S. 184 fg. XXXI S. 131 fg. Dazu Eck Jahrb. f. Dogm. XXXV S. 284 fg.]

Digitized by Google

seits Abtretung der Ansprüche verlangen, welche dem Gläubiger in Betreff des zu leistenden Gegenstandes zustehen[8]. — Hierzu ist jedoch Folgendes zu bemerken.

a. Der Satz, daß der Schuldner frei ist, wenn ihn in Betreff der eingetretenen Unmöglichkeit keine Schuld trifft, ist kein absoluter. Das Gegentheil, schlechthin oder in gewissem Umfange, kann nicht nur ausgemacht werden, sondern tritt unter Umständen auch nach gesetzlicher Regel ein[9].

---

[8] L. 25 § 8. l. 60 § 2 D. 19, 2, l. 12 D. 42, 1 (§ 327 [12]). Vgl. l. 63. 69 D. 6, 1 (§ 337 [1]).

[9] Vgl.: a) l. 5 § 2 D. 13, 6, l. 39 D. 17, 1, l. 9 § 2. l. 13 § 5 D. 19, 2, l. 22 C. 2, 18 [19], l. 1 C. 4, 23 u. a. m. b) L. 5 § 3 D. 13, 6, l. 10 § 6 D. 23, 3, vgl. l. 52 § 3 D. 17, 2. c) L. 4 pr. D. 12, 1. d) L. 10 [11] D. 3, 5. e) III § 647 [10]. f) Im Besonderen gehört hierher der Fall, wo der Schuldner haftbar ist wegen aller Ereignisse, welche durch eine gesteigerte, persönliche Obhut und Fürsorge (custodia im technischen Sinn) hätten abgewendet werden können, so daß er nur wegen „damnum fatale", „vis maior", „casus cui resisti non potest" nicht haftet. L. 41 D. 19, 2 (— „sive custodiri potuit, ne damnum daretur, sive ipse custos damnum dedit"), l. 52 § 3 D. 17, 2, l. 35 § 4 D. 18, 1, § 3 I. 3, 23. Eine ältere nicht durchgedrungene Meinung in l. 19 D. 13, 6. S. ferner § 384 [6]. Baron ACPra. LII S. 44 fg., Goldschmidt ZS. f. HR. XVI S. 326 fg. Pernice Labeo II S. 345 fg., Brinz 2. Aufl. II S. 274—276. Der erstgenannte Schriftsteller nimmt diese gesteigerte Verhaftung des Schuldners in allen Fällen an, wo die Quellen: a) exacta, exactissima diligentia, diligentia diligentissimi patris familias verlangen; b) wo sie dem Schuldner die actio furti zuschreiben; c) wo sie sagen, daß er nur wegen vis major, wegen damnum fatale, wegen casus cui resisti non potest, nicht haftet. [[Die Abhandlung von Baron die Haftung bis zur höheren Gewalt ACPra. LXXVIII S. 203 fg. 1892 enthält den früheren Abh. gegenüber im Wesentlichen nichts Neues (Vgl. S. 277.)]] Allein es ist nicht gerechtfertigt, die ad a genannten Ausdrücke zu pressen, vgl. l. 44 pr. D. 9, 2, [[Antwort Barons ACPra. LXXVIII S. 235]] und auch was b und c angeht, ist eine Ungenauigkeit der Redeweise wohl denkbar, vgl. l. 14 § 12. 16 D. 47, 2, l. 28 C. 4, 65. Vgl. auch Pernice a. a. O. II S. 335 [20], Brinz 2. Aufl. II § 269 [40]. Hierher gehören zwei Münchener Preisschriften, von Engelmann (die custodiae praestatio nach röm. R., erschienen 1887) und von Bruckner (die custodia nebst ihrer Beziehung zur vis major nach röm. R., erschienen 1889). Engelmann (S. 68 fg. 120 fg. 141 fg.) nimmt die gesteigerte Haftung des Schuldners nur beim receptum nautae ꝛc. an. Bruckner (S. 88 fg. 206 fg.) läßt sie für jeden Schuldner eintreten, der actionem furti hat, d. h. der „rem tenuit domini voluntate" (l. 86 [85] D. 47, 2). Ich kann den Quellenbeweis, welchen dieser Schriftsteller angetreten hat, nicht für genügend erachten. Die Schrift von Engelmann ist von Lotmar in Zarncke's Centralblatt 1888 S. 117 angezeigt. [[Ueber beide Schriften Hellmann kr. VJS. XXXIV S. 45 fg. H. stimmt Bruckner zu, Gerth der Begriff der vis major (1890) bestreitet, daß custodia einen technischen Sinn habe. In Betreff des horrearius s. S. 69 fg. (72) vgl. § 401 [2], in Betreff des receptum S. 75 fg. (§ 384 [6]), in Betreff der ver-

Digitized by Google

b. Ist dem Schuldner die Erfüllung nur mit unverhältnißmäßigen Opfern möglich, so braucht er dem Gläubiger nicht das Interesse, sondern nur den wahren Sachwerth zu leisten[10].

[1. Das BGB. nennt Unmöglichkeit nur die objective Unmöglichkeit; die s. g. subjective Unmöglichkeit heißt Unvermögen des Schuldners zur Leistung. Beide werden aber, wenn sie nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintreten, einander gleichgestellt (275 Abs. 2). Der Schuldner wird von der Verpflichtung zur Leistung frei, soweit in Folge eines nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Umstandes, den er nicht zu vertreten hat, die Leistung unmöglich, oder er zur Leistung unvermögend wird (275).

2. In Folge eines nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Umstandes wird die Leistung dann unmöglich, wenn beispielsweise die zu leistende Sache nach Entstehung des Schuldverhältnisses untergeht; die hervorgehobenen Worte des BGB. besagen nicht, daß der causale Keim des Untergangs erst nach Entstehung des Schuldverhältnisses gelegt sein muß.

---

sprochenen custodia S. 93 fg. insbs. S. 98. Biermann Sav.-ZS. XII S. 33 fg. (1891) [custodia u. vis maior]. In den Quellen liegt ein doppelter Begriff der custodia vor: 1) Haftung für alles, was sich durch Bewachung abwenden läßt (S. 44, 60), 2) Haftung für diligentia in custodiendo. Der Widerspruch erklärt sich historisch. Jenes ist der ältere Begriff, erhalten hat er sich nur beim receptum nautae und bei der Cond. horrei.]] [Stucki über den Begriff der höheren Gewalt Bern. Diss. 1888, dann (verkürzt) Bern 1890 (in Betreff der custodia wie Baron [Diss. S. 38 fg.] Haftung bis zur höheren Gewalt = Haftung für diligentia diligentissimi [Diss. S. 45 fg.]) — v. Hollander vis major als Schranke der Haftung nach r. R. Jena 1892: In Bezug auf die geschichtliche Entwickelung ähnlich Biermann; im Ergebniß: es ist auf die Erfahrung des Lebens zu sehen und zu prüfen, ob der eingetretene Unfall zu vermeiden gewesen wäre. Custodiam praestare bedeutet die auf Grund des concreten Falles unter völliger Nichtbeachtung des jeweiligen Verhaltens des Verhafteten sich ergebende Haftpflicht, vis maior stellt den Unfall dar, an den die aus dem concreten Fall sich ergebende Haftpflicht des Custodienten nicht heranreicht. — Zu Gerth, Bruckner, Stucki: Adler Grünh. ZS. XVIII S. 774 fg., zu Gerth, Stucki, v. Hollander: Bruckner kr. VJS. XXXVI S. 387 fg., zu Gerth und v. Hollander: Stammler Sächs. Arch. f. Bürgerl. R. III S. 65 fg. — W. Stintzing über vis maior im Zusammenhang mit periculum und Haftung ACPra. LXXXI S. 427 fg. (1893): custodia nur eine Anwendung der diligentia (S. 431 fg.), Schneider über die vis maior und das Haftungsprincip des röm. Obligationenr. ZS. f. HR. XLIV S. 75 fg. 341 fg., (1896); vis maior ist der abstract und concret, objectiv und subjectiv, nach menschlichen Verhältnissen unabwendbare, unverschuldete Unfall (S. 381); über custodia s. S. 110 fg. 376 fg.: eine technische custodia kann nur als eine vertragsmäßig übernommene gedacht werden. H. A. Fischer vis maior im Zusammenhang mit Unmöglichkeit der Leistung Jahrb. f. Dogm. XXXVII S. 199 fg. (1897); über custodia S. 257 fg., wie mir scheint nichts Neues.]

[10] Vgl. III § 647[5] und Lehmann Jahrb. f. Dogm. XIII S. 235 fg. A. M. v. Tuhr der Nothstand im Civilr. S. 31. [M. E. mit R.]

Digitized by Google

3. Zu vertreten hat der Schuldner im Allgemeinen Vorsatz und Fahrlässigkeit (276 fg.); darüber und zugleich über die Frage, in wiefern der Schuldner auch nicht verschuldete Umstände zu vertreten hat (s. Text unter a), vgl. unt. zu § 265.

4. Soweit die Leistung möglich und der Schuldner zu ihr vermögend geblieben ist, bleibt die Leistungspflicht bestehen. Daß der Schuldner, wenn die Leistung möglich ist, aber unverhältnißmäßige Opfer fordert, den Gläubiger mit dem Sachwerth abfinden kann (Text unter b) ist ein Satz, der in dieser Allgemeinheit schon für das Pandektenrecht nicht anerkannt werden kann. Er gilt bei Vermächtnissen (vgl. die in Note [10] in Bezug genommene Stelle dieses Lehrbuchs) und ist für diese auch im BGB. adoptirt (2170 Abs. 2 S. 2); für Verträge dagegen, selbst für Schenkungen, kennt ihn das BGB. ebensowenig, wie er in diesem Bereich für das gemeine Recht zuzugeben ist. Möglicher Weise freilich ist ein Vertrag, wenn die Leistung einer Partei nur unter abnormen Opfern beschafft werden kann, nach seiner eigenen Intention als für diesen Fall nicht geschlossen anzusehen. Dann aber ist auch nicht der Sachwerth, sondern gar nichts zu leisten.

5. Wenn der Schuldner in Folge des Umstandes, der die Leistung unmöglich gemacht oder ihn der Fähigkeit zur Leistung beraubt hat, für den geschuldeten Gegenstand einen Ersatz oder Ersatzanspruch erlangt, so kann der Gläubiger Herausgabe des empfangenen Ersatzes oder Abtretung des Ersatzanspruchs fordern (281 Abs. 1, vgl. ob. zu [6]). Es ist gleichgültig, ob der Ersatz oder Ersatzanspruch auf Grund des Gesetzes oder auf Grund eines besonderen Rechtsverhältnisses des Schuldners zu einem Dritten erlangt ist, und letzteren Falls, ob dieses Rechtsverhältniß mit Kosten für den Schuldner verknüpft war. Es kann also auch nicht zweifelhaft sein, daß der Schuldner die erlangte Versicherungssumme (vgl. [6]) herauszugeben oder den Anspruch darauf dem Gläubiger abzutreten hat. (So auch Planck zu § 281, 2 Abs. 1.) Planck bemerkt (a. a. O. Abs. 2), der § 281 finde keine Anwendung, wenn nicht der Gegenstand selbst, für welchen der Schuldner einen Ersatz oder Ersatzanspruch erlangt hat, sondern nur eine in Beziehung auf diesen Gegenstand vorzunehmende Handlung den Gegenstand des Schuldverhältnisses bilde. Sei z. B. eine vermiethete Sache zerstört, so habe der Miether keinen Anspruch auf den Ersatz, welchen der Vermiether für die zerstörte Sache erlange; auch ein Anspruch des Miethers auf die Nutzungen des Ersatzes dürfte sich nicht rechtfertigen lassen. Richtig ist, daß der Gläubiger nur Abtretung des Ersatzes verlangen kann, den der Schuldner erhält für eben dasjenige, was er zu leisten hätte und jetzt nicht leisten kann. Es hat daher der Miether zweifellos keinen Anspruch auf Abtretung des für den Kapitalwerth der Sache geleisteten Ersatzes; insofern aber der Vermiether Ersatz erhalten hat oder verlangen kann für die Nutzungen des Miethobjectes während einer Zeit, welche in die Miethzeit fällt, kann diesen Ersatz der Miether allerdings beanspruchen. Neben dem Anspruch des Gläubigers auf Abtretung des Ersatzanspruchs des Schuldners steht im BGB. übrigens in viel weiterem Umfange als im gemeinen Recht ein eigener Ersatzanspruch des Gläubigers gegen den Dritten, welcher die Leistung unmöglich gemacht hat. Denn hiermit hat der Dritte das Recht des Gläubigers gegen den Schuldner zerstört und haftet demgemäß nach § 823 dem Gläubiger auf vollen Schadenersatz, sofern er vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt hat; zur Fahrlässigkeit reicht

Digitized by Google

es aus, daß der Thäter auf die Möglichkeit der Existenz des Rechts des Gläubigers hätte Rücksicht nehmen sollen, z. B., daß er mit der Möglichkeit hätte rechnen müssen, daß die Sache vermiethet war. Die Existenz eines solchen eigenen Schadensersatzanspruchs des Gläubigers verträgt sich mit dessen Recht auf Abtretung des Schadensersatzanspruchs des Schuldners sehr wohl; es kann insbesondere für den Gläubiger vortheilhaft sein, den Ersatzpflichtigen ohne den Nachweis eines ihm (dem Gläubiger) gegenüber begangenen Verschuldens mittels des abgetretenen Anspruchs belangen zu können.

6. Hat der Schuldner den Umstand, auf welchem die Unmöglichkeit beruht, zu vertreten, so haftet er, wie im gemeinen Recht, auf Schadensersatz (280 Abs. 1); macht er von dem unter 5 beschriebenen Recht Gebrauch, so mindert sich der Schadensersatzanspruch um den Werth des von dem Schuldner dem Gläubiger ausgelieferten Ersatzes oder abgetretenen Ersatzanspruchs (281 Abs. 2). Der Werth des Ersatzanspruchs besteht aber nicht in seinem Nominalwerth, sondern in demjenigen, was von dem Ersatzpflichtigen eingetrieben werden kann. Ist die Leistung nur theilweise unmöglich oder der Schuldner nur theilweise zur Leistung unvermögend (über den Sinn, den hier das Wort „theilweise" hat, vgl. ob. S. 17), so kann der Gläubiger, wenn die theilweise Erfüllung für ihn erweislich kein Interesse hat, unter Ablehnung des möglichen Theils der Leistung Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit verlangen. Das Verhältniß regelt sich dann so, wie bei dem in einem Vertrage vorbehaltenen Rücktritt vom Vertrage (280 Abs. 2).

7. Ueber Unmöglichwerden der Leistung und Unvermögen des Schuldners bei generischen Schuldverhältnissen s. ob. S. 36 fg., bei alternativen Schuldverhältnissen ob. S. 33 fg.

8. Ist der Schuldner rechtskräftig verurtheilt, so kann der Gläubiger natürlich Vollstreckung wegen der nach Inhalt des Urtheils geschuldeten Leistung betreiben. Er kann aber auch dem Schuldner zur Bewirkung der Leistung eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, daß er die Annahme der Leistung nach dem Ablauf der Frist ablehne. Er kann dann, wenn nicht die Leistung rechtzeitig, d. h. innerhalb der Frist bewirkt wird, nach dem Ablauf der Frist Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen; der Anspruch auf Erfüllung dagegen ist mit dem Ablauf der Frist ausgeschlossen (283 Abs. 1 S. 1. 2). Wird innerhalb der Frist die Leistung nur theilweise (s. ob. S. 17) bewirkt, so kann der Gläubiger die Vervollständigung oder Verbesserung der Leistung nicht verlangen, sondern nur Schadensersatz wegen des Fehlenden oder der Mängel. Wenn aber die theilweise Erfüllung für den Gläubiger erweislich kein Interesse hat, so kann er auch unter Ablehnung (Rückleistung) des Geleisteten Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit fordern (283 Abs. 2. 280 Abs. 2).

Man kann also sagen, daß nach dem Ablauf der Frist das Verhältniß so behandelt wird, wie bei einer von dem Schuldner zu vertretenden Unmöglichkeit der Leistung. Dieß gilt aber nur, wenn der Schuldner die Frist versäumt, während er leisten könnte. Denn § 283 Abs. 1 S. 3 fügt hinzu: Die Verpflichtung zum Schadensersatz tritt nicht ein, wenn die Leistung in Folge eines Umstandes unmöglich wird, den der Schuldner nicht zu vertreten hat, und dasselbe gilt, wenn

Digitized by Google

in Folge eines ebensolchen Umstandes der Schuldner zur Leistung unvermögend wird. Hierbei muß es sich um einen Umstand handeln, der erst nach der letzten mündlichen Verhandlung, auf welche das Urtheil erging, eingetreten ist; denn sonst kann der Umstand überhaupt nicht mehr geltend gemacht werden (CPO. 767 Abs. 2). Nicht dagegen ist erforderlich, daß der Umstand erst nach der Fristsetzung eintrat. Vielmehr ist, wenn der Schuldner inmittelst durch einen von ihm nicht zu vertretenden Umstand befreit worden war, die Fristsetzung wirkungslos. Andererseits muß der befreiende Umstand vor Ablauf der Frist eingetreten sein; denn ist die Frist abgelaufen und der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung an die Stelle des Erfüllungsanspruchs getreten, so ist die nun eintretende Unmöglichkeit der Erfüllung, welche gar nicht mehr Schuldgegenstand ist, gleichgültig.

Bemißt der Gläubiger die Frist länger als angemessen wäre, so schadet das nur ihm, bemißt er sie kürzer als angemessen wäre, so ist die Fristsetzung mit Planck zu § 250, 2 Abs. 2 gegen Cosack I S. 346 zu [25] für wirkungslos zu halten. Planck glaubt (a. a. O. Abs. 3) jedoch, daß der Gläubiger überhaupt nicht eine bestimmte Frist setzen müsse, sondern sich auch darauf beschränken könne, den Gegner zur Erfüllung binnen „angemessener" Frist aufzufordern. M. E. widerspricht dieß der Absicht des Gesetzes, welches eine thunlichst klare Sachlage durch die Fristsetzung geschaffen wissen will. Der Gläubiger soll eine Frist bestimmen; dieß ist wörtlich zu nehmen; eine Frist bestimmen, heißt nicht jemand zu einer Handlung auffordern binnen einer unbestimmt gelassenen angemessenen Frist. Der Gläubiger muß vielmehr eine bestimmte Frist setzen, welche die Eigenschaft haben muß, angemessen zu sein; wenn er sich nicht getraut, auf seine Gefahr eine Frist zu berechnen, welche diese Eigenschaft hat, und die er, um sicher zu gehen, lieber zu lang als zu kurz greifen kann, so muß er von der Fristsetzung Abstand nehmen. Der Gläubiger hat auch den Ausweg, die Bemessung der Frist dem Gerichte zu überlassen. Denn nach CPO. 255 kann er verlangen, daß die Frist im Urtheil bestimmt wird. Ist dieß geschehen, so ist die Angemessenheit der Frist der Bestreitung entzogen. Daß die richterliche Frist eine bestimmte sein muß (welche der Richter für angemessen hält), dürfte zweifellos sein, und da das Gericht hier nur dasjenige thut, was der Kläger gemäß § 283 BGB. selbst thun könnte, so wird man es auch als der Absicht des Gesetzes entsprechend ansehen müssen, daß die vom Kläger zu setzende Frist eine bestimmte sein muß. Das Urtheil muß rechtskräftig sein, ehe der Gläubiger die Frist bestimmen kann; vorher kann er nicht sie bestimmen, sondern nur ihre Bestimmung im Urtheil verlangen; auf Grund eines nur vorläufig vollstreckbaren Urtheils kann der Gläubiger die Frist nicht bestimmen, und ist sie in einem vorläufig vollstreckbaren Urtheil bestimmt, so tritt sie erst mit dessen Rechtskraft in Lauf.

Vgl. Ubbelohde ACPra. LXXXV S. 118 fg., Stintzing ebenda S. 466 fg.]

Verschuldung*.

§ 265.

Die Frage, wann man sagen könne, daß dem Schuldner in Betreff der eingetretenen Unmöglichkeit der Leistung eine Schuld zur

Digitized by Google

Last falle, ist nicht für alle Forderungsrechte in gleicher Weise beantwortet. Der Gegensatz, um welchen es sich handelt, ist im Allgemeinen der, ob dem Schuldner bloß die Arglist[1], d. h. die willentliche Herbeiführung der Unmöglichkeit im Bewußtsein der Widerrechtlichkeit, oder auch die Nachlässigkeit[2], der Mangel an der gehörigen Geistesanspannung, um die Unmöglichkeit zu vermeiden[3], zur Schuld angerechnet wird.

1. Wegen Arglist haftet der Schuldner bei allen Forderungsrechten[4]. Das Gegentheil kann nicht einmal ausgemacht werden[5].

---

* Vgl. I § 101 und die daselbst bei * und in Note [6] citirten Schriftsteller. Außerdem Unterholzner I § 133—137. — Die kleine Schrift von Kniep „über Contractsculpa" (Rostock 1872) beschäftigt sich mit einem supponirten älteren Begriff von culpa, in welchem das Moment der Zurechenbarkeit gefehlt habe. S. über diese Schrift Hölder kr. VJS. XVI S. 539 fg.

[1] Dolus. S. § 101 [6]. Daß die Quellen diesen Ausdruck da scheuen, wo § 265. das Motiv der Handlung kein niedriges und gemeines ist, ist bereits a. a. O. bemerkt worden.

[2] Die technische Bezeichnung der Quellen für Nachlässigkeit ist „culpa", obgleich das Wort auch in dem Sinne von „Schuld überhaupt" vorkommt. S. I § 101 [7]. Den Gegensatz zu culpa im technischen Sinne bezeichnet der Ausruck diligentia. Eine besondere Art der diligentia bildet die custodia; custodia ist die auf Schutz einer Sache gerichtete diligentia. Die Quellen sagen übrigens sowohl culpam praestare, wie diligentiam praestare, custodiam praestare. Sie häufen auch wohl die Ausdrücke culpa und diligentia, culpa und custodia, diligentia und custodia. Hasse § 38. 54—55. 76—78. 87—90. Der Ausdruck custodia hat aber auch einen besonderen technischen Sinn, s. § 264 [9]. Pernice a. a. O. nimmt an, daß auch der Ausdruck diligentia ursprünglich nicht den reinen Gegensatz von culpa, sondern ein Mehr von Sorgfalt bezeichnet habe. S. noch Brinz 2. Aufl. II S. 251. Dernburg II § 37 zu [2]. Bruckner (§ 264 [9]) S. 1—82 betont nach Brinz II § 268, daß custodia etwas von der diligentia Verschiedenes sei; man könne custodire mit größerer oder geringerer Sorgfalt; custodia sei ein factischer Begriff, in der custodia gebe es nicht Grade, sondern Qualitäten. Gewiß; aber wird nicht damit, daß custodia von Jemandem verlangt wird, auch ein gewisser Grad von diligentia verlangt? Gibt es eine custodia, die bloß in der Abwesenheit von dolus besteht? Vgl. Bruckner S. 71, Brinz II § 268 [11]. Daß custodia diligentia in custodiendo sei, vertheidigt Engelmann (§ 264 [9]), indem er diesen Sinn von custodia als den „technischen" (§ 264 [9 bei f]) bezeichnet.

[3] Dieser Mangel kann sich sowohl in einem Thun, als in einem Unterlassen bethätigen (culpa in faciendo, in non faciendo). S. l. 91 pr. D. 45, 1 und Hasse § 27—34.

[4] Die Verpflichtung zu einer Leistung schließt mit richer Nothwendigkeit die Verpflichtung ein, die Leistung nicht willentlich im Bewußtsein der Rwidrigkeit unmöglich zu machen.

[5] L. 23 D. 50, 17, l. 27 § 3 D. 2, 14, l. 17 pr. D. 13, 6, l. 1 § 7 D. 16, 3, l. 6 § 9 D. 19, 1. Sf. XVI. 27.

Digitized by Google

2. Ebenso haftet der Schuldner bei allen Forderungsrechten wegen grober Nachlässigkeit[6], d. h. wegen einer Nachlässigkeit, die über alle Grenzen geht[7].

3. Auch wegen gewöhnlicher Nachlässigkeit, d. h. wegen eines Benehmens, welches unterhalb des Maßes der Sorgfalt bleibt, die ein ordentlicher Mann aufzuwenden pflegt[8], haftet der Schuldner bei allen Forderungsrechten dann, wenn er in eigenen Angelegenheiten sorgfältiger zu sein pflegt[9].[10].

4. Abgesehen von diesem Fall bildet die Verhaftung wegen gewöhnlicher Nachlässigkeit nur die Regel; diese Regel erleidet aber Ausnahmen[11]. Namentlich tritt eine Ausnahme da ein, wo das Verhältniß, aus welchem das Forderungsrecht erwachsen ist, lediglich zum Vortheil des Gläubigers gereicht[12], obgleich doch auch diese Ausnahme wieder nicht ausnahmslos durchgeführt wird[13].

---

[6] Die technische Bezeichnung der Quellen ist „lata culpa".

[7] S. Hasse § 21—23 und I § 101 [10].

[8] S. I § 101 [8]. Vgl. noch Mommsen a. a. O. S. 360—373 und dazu Windscheid a. a. O. S. 281. Der hier gebrauchte Ausdruck „gewöhnliche Nachlässigkeit" soll den quellenmäßigen Ausdruck „levis culpa" wiedergeben. Mit diesem letzteren Ausdruck soll nicht etwa ein besonders leichter Grad der Nachlässigkeit bezeichnet werden, sondern eben nur, daß die Nachlässigkeit nicht lata culpa ist; der Begriff der levis culpa ist ein negativer. Die Quellen bezeichnen übrigens die levis culpa gewöhnlich als culpa schlechthin: wenn gesagt wird, daß Jemand nicht bloß wegen dolus, sondern auch wegen culpa hafte, so heißt das, daß er auch wegen levis culpa hafte, während die Haftung wegen lata culpa als selbstverständlich vorausgesetzt wird. Hasse § 43.

[9] L. 32 D. 16, 3 . . . „Nam et si quis non ad eum modum, quem hominum natura desiderat, diligens est, nisi tamen ad suum modum curam in deposito praestat, fraude non caret". So auch l. [23] 22 § 3 D. 36, 1.

[10] Die Annahme, daß die von dem Schuldner in eigenen Angelegenheiten vermiedene levis culpa ebenfalls lata culpa genannt werde, findet in diesen Stellen keine Rechtfertigung. Vgl. I § 101 [10 a].

[11] Hasse § 92—99b, Bethmann-Hollweg in dem Anh. IV zu Hasse's Schrift S. 553—579, Mommsen Beitr. III S. 391—406, Jhering das Schuldmoment im r. Privatr. S. 53—54, Brinz 2. Aufl. II S. 256 fg. Vorzugsweise den geschichtlichen Gesichtspunkt verfolgt die Darstellung von Pernice a. a. O. S. 255—330.

[12] L. 5 § 2 D. 13, 6, l. 17 § 2 D. 19, 5, l. 108 § 12 D. 30; l. 23 D. 50, 17 (Hasse S. 224 [2], Huschke Rhein. Mus. VII S. 74).

[13] So namentlich nicht in allen den Fällen, wo der unmittelbare Inhalt der geschuldeten Leistung der ist, daß Jemand im Interesse eines Andern thätig werden soll, bei Auftrag, Geschäftsführung, Vormundschaft ꝛc. Vgl. § 410 [4]. — Der Stipulationsschuldner haftete wegen culpa in faciendo, nicht wegen culpa in non faciendo, l. 91 pr. D. 45, 1. D. h. das r. R. ist der Ansicht, daß aus dem Forderungsr. als solchem sich wohl die Verpflichtung zur Ver-

Digitized by Google

5. Bei einigen der Forderungsrechte, bei welchen Verhaftung wegen gewöhnlicher Nachlässigkeit stattfindet, wird dem Schuldner die Entschuldigung gestattet, daß er in eigenen Angelegenheiten nicht sorgfältiger zu sein pflege[14]. Man kann das so ausdrücken: der Schuldner hafte nur für relative Sorgfalt[15].

6. Was den Beweis angeht[16], so ist es die Pflicht des Schuldners, welcher sich auf die Unmöglichkeit der Leistung beruft, die Umstände darzulegen und nachzuweisen, unter welchen die Unmöglichkeit eingetreten ist, und der Richter hat dann auf Grund dieser Umstände zu erwägen, ob den Schuldner eine Schuld der Art trifft, wie sie zu seiner Verurtheilung erfordert wird[17]. Muß der Richter zu diesem

---

meidung einer fahrlässigen Thätigkeit ergebe, nicht aber die Verpflichtung zur Vermeidung einer fahrlässigen Unterlassung. Vgl. Pernice a. a. O. S. 269 fg., Brinz 2. Aufl. II S. 254. A. M. Bethmann-Hollweg in dem in Note [11] citirten Aufsatz, welcher aus dem Forderungsr. als solchem die Verpflichtung zur Vermeidung einer jeden Fahrlässigkeit herleitet, und in der Entscheidung der l. 91 pr. cit. nur einen Einfluß der Formelconception sieht. Umgekehrt glaubt Hartmann die Obligation S. 224 fg. 252 fg., daß in der l. 91 cit. nicht einmal die Verpflichtung zur Vermeidung einer fahrlässigen Thätigkeit anerkannt sei (S. 272). Man wird seine Ausführungen bei ihm selbst nachlesen müssen.

[14] Hasse § 39—42, Pernice S. 360 fg., Mommsen Beitr. III S. 374—390 und dazu Windscheid Heidelb. kr. ZS. III S. 281—284. [v. Mutzenbecher Beiträge zur Lehre von der culpa in concreto innerhalb obligatorischer Verhältnisse. Erl. Diss. 1896.]

[15] Andere heutzutage gebrauchte Bezeichnungen sind: der Schuldner hafte für diligentia quam in suis (sc. rebus adhibere solet) — so auch die Quellen, vgl. z. B. l. 25 § 16 D. 10, 2, l. 72 D. 17, 2, l. 17 pr. D. 23, 3; oder der Schuldner hafte für culpa levis in concreto. — Das Einstehen für relative Sorgfalt ist eine Milderung der Haftung wegen gewöhnlicher Nachlässigkeit; daher braucht, wer für relative Sorgfalt einsteht, nie mehr zu leisten, als die Sorgfalt eines ordentlichen Mannes. Hasse § 41.

[16] Hasse § 57. 74, Mommsen a. a. O. S. 390, Windscheid a. a. O. S. 283; Weber Verbindlichkeit zur Beweisführ. Nr. VI § 21—25, H. Gerber Beitr. zur Lehre vom Klaggrunde und der Beweislast S. 68—80, Maxen über Beweislast ꝛc. S. 179—190, Sintenis II S. 340—343, Wächter I S. 457 fg. Württ. Privatr. II § 113, Goldschmidt ZS. f. HR. III S. 82. XVI 321 fg. Sf. I. 338 (VII. 31), I. 168, IV. 113. 114, V. 306, VII. 225, 310. X. 41, XI. 237, XIII. 225. 251, XV. 221, XVIII. 58, XXV. 184, XXVI. 189, XXX. 137, XXXII. 192 (vgl. auch 193), XXXVI. 111, XXXIX. 204 (RG.).

[17] Die Sache liegt processualisch so. Der Kläger beruft sich auf sein Forderungsr. und weist die Entstehung desselben nach. Der Beklagte setzt entgegen, daß dieses Forderungsr. durch die eingetretene Unmöglichkeit der Leistung untergegangen sei. Aber nicht jede irgendwie eingetretene Unmöglichkeit der Leistung hebt das Forderungsr. auf, daher muß der Beklagte behaupten und darthun, daß die Unmöglichkeit in der erforderlichen Weise eingetreten sei. Er muß diesen Beweis auch dann führen, wenn er bloß wegen Arglist haftet; die Behauptung, daß

Digitized by Google

Ende eine Vergleichung des vorliegenden Verhaltens des Schuldners mit dessen gewöhnlichem Verhalten anstellen[18], so liegt der Nachweis der Art und Weise dieses Verhaltens in dem in Ziff. 3 genannten Fall dem Gläubiger ob, dagegen in dem in Ziff. 5 genannten Fall dem Schuldner[19].

[1. Nach BGB. hat der Schuldner, sofern nicht ein Anderes bestimmt ist, Vorsatz und jede Fahrlässigkeit zu vertreten (276 Abs. 1 S. 1). Ueber diese Begriffe vgl. I § 101 S. 452 fg. Etwas Anderes kann bestimmt sein durch Rechtsgeschäft und durch Rechtssatz. Es ist aber wie im gemeinen Recht (ob. zu [5]) unmöglich, dem Schuldner im Voraus die Haftung für Vorsatz zu erlassen (276 Abs. 2). Die grobe Fahrlässigkeit steht in dieser Beziehung dem Vorsatz nicht gleich, wie sie überhaupt im BGB. dem Vorsatz nur so weit gleichzustellen ist, wie dieß besonders verordnet ist (I S. 454).

2. Es gibt auch im BGB. Schuldner, welche nur wegen grober Fahrlässigkeit haften (521. 599. 680. 968). Der Schenker (521) und der Verleiher (599) sind Personen, welche an dem Schuldverhältniß kein eigenes Interesse haben (s. ob. [12]); die Haftung des Geschäftsführers, welcher zur Abwendung dringender Gefahr eingreift (680), wird aus diesem besonderen Grunde, wie im gemeinen Recht (unt. § 490 [6]), erleichtert; der Finder haftet nur für grobe Fahrlässigkeit, trotzdem sein Anspruch auf Finderlohn (971) ihn als an dem Verhältniß interessirt erscheinen läßt. Die Regel, daß der Uninteressirte nur für grobe Fahrlässigkeit haftet, schon im gemeinen Recht stark durchbrochen (ob. [13]), ist für das BGB. überhaupt nicht mehr aufzustellen. Während der Depositar des gemeinen Rechts nur für grobe Fahrlässigkeit haftet, haftet der unentgeltliche Verwahrer im BGB.

---

der Gläubiger das Dasein der Arglist des Schuldners erweisen müsse, läßt sich nicht rechtfertigen. Auf l. 18 § 1 D. 22, 3 darf man sich nicht berufen; denn der Kläger braucht die Arglist des Gegners nicht zu behaupten. Vgl. auch l. 1 § 16 D. 16, 3 und Wächter a. a. OO. (aber auch Hartmann die Obligation S. 246 fg.). Die Beweispflicht des Beklagten, welcher auch wegen Nachlässigkeit haftet, ist anerkannt in l. 9 § 4 D. 19, 2, l. 5 C. 4, 24.

[18] Die Art und Weise des Verhaltens eines ordentlichen Mannes bildet nicht den Gegenstand des Beweises der Parteien; sie gehört zum R., welches der Richter wissen muß.

[19] In beiden Fällen wird vorausgesetzt, daß aus den feststehenden Umständen sich Nachlässigkeit ergebe; denn ergibt sich aus denselben Arglist, so ist der Schuldner ohne Weiteres zu verurtheilen, ergibt sich aus denselben Abwesenheit aller Nachlässigkeit, so ist er ohne Weiteres freizusprechen. Im ersten Falle nun ist die Nachlässigkeit an und für sich Befreiungsgrund, und nur dann Befreiungsgrund nicht, wenn sie größer ist, als die gewöhnliche des Schuldners. Im zweiten Fall ist die Nachlässigkeit an und für sich Befreiungsgrund nicht, Befreiungsgrund nur dann, wenn die gewöhnliche des Schuldners gleich groß ist. — Die richtige Unterscheidung zwischen den unter Ziff. 3 und 5 bezeichneten Fällen ist ohne Zweifel der schwierigste Punkt in der Lehre von der culpa. In anderer Weise stellt die Unterscheidung Mommsen (s. darüber [10]), während Brinz in der 1. Aufl. S. 593 nach dem Vorgang des Donellus den Unterschied ganz leugnet; anders aber jetzt 2. Aufl. II S. 259 fg.

Digitized by Google

für die Sorgfalt, die er in eigenen Angelegenheiten aufzuwenden pflegt (690), und daß er diese Sorgfalt gewahrt hat, muß er beweisen (282), während man für das gemeine Recht, auch vom Standpunkte Windscheids aus (ob. 3 und zu [19]) nur dahin kommen könnte, daß der Depositar wegen einer vom Gläubiger bewiesenen Verletzung der Sorgfalt haftet, die er in eigenen Angelegenheiten aufzuwenden pflegt. Der Vermächtnißbeschwerte haftet gemeinrechtlich nur für grobe Fahrlässigkeit, wenn ihm nach Entrichtung des Vermächtnisses nichts mehr übrig bleibt (III § 647 [7]); im BGB. haftet er für jede Fahrlässigkeit; denn eine Ausnahme vom § 276 ist hier nicht aufgestellt.

3. Daß ein Schuldner, der nur für grobe Fahrlässigkeit haftet, dennoch auch für eine solche leichte Fahrlässigkeit einsteht, welche er erweislich in eigenen Angelegenheiten zu vermeiden pflegt (ob. 3), ist ein schon für das gemeine Recht zu bestreitender (s. ob. I § 101 [10a]), dem BGB. jedenfalls fremder Satz.

4. Auch das BGB. kennt Fälle, in denen der Schuldner nur die Verletzung derjenigen Sorgfalt zu vertreten hat, welche er in eigenen Angelegenheiten aufzuwenden pflegt. S. darüber I S. 453 unt. 454.

5. Ueber die Steigerung der Haftung durch Verzug des Schuldners (287) s. unt. zu § 280, über deren Herabsetzung durch Verzug des Gläubigers (300) unt. zu § 345 fg.

6. Gemeinrechtlich war bestritten, in wie weit der Schuldner für das Verschulden von Vertretern und Hülfspersonen aufzukommen habe (vgl. unt. § 401 zu [2a–4 5], § 410 zu [4–6] und § 482 zu [15]). Das BGB. bestimmt ganz allgemein (278), daß der Schuldner ein Verschulden seines gesetzlichen Vertreters und der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, in gleichem Umfang zu vertreten hat, wie eigenes Verschulden. Der Schuldner kann aber durch Rechtsgeschäft hiervon dispensirt werden, selbst für den Fall vorsätzlicher Handlungen der genannten Personen. Denn unsittlich ist es nur, sich im Voraus einen Freibrief für eigenen Dolus geben zu lassen, nicht auch, die Haftung für etwaigen Dolus Dritter im Voraus abzulehnen. Personen, deren sich der Schuldner zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, sind nur solche, die er zuzieht; nicht solche die sich ungerufen einmischen. Ob ein gewillkürter Vertreter, der das Geschäft im Namen des Schuldners schließt, zugleich zur Erfüllung der Verbindlichkeit zugezogen ist, ist Thatfrage. Es ist gleichgültig, ob der Schuldner einem Andern die Erfüllung der Verbindlichkeit ganz oder nur theilweise übertragen hat. Auch ist der Ansicht von Planck zu § 278, 2 Abs. 3 darin beizutreten, daß, wenn der Schuldner für die Erhaltung einer Sache einsteht, alle Personen, denen er diese Sache anvertraut, solche sind, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient. Dasselbe gilt sogar dann, wenn der Schuldner Dritte nur zum Mitgebrauch der Sache zuläßt oder sie zur Mitbeaufsichtigung der Sache heranzieht. Aus diesem Grunde haftet z. B. (was aus § 549 Abs. 2 für sich allein mit Sicherheit nicht zu folgern wäre) der Miether einer Wohnung auch für das Verschulden seiner Familie, seines Gesindes und selbst seiner Besucher.

Besonderes gilt für den Beauftragten (664 Abs. 1) und für den Verwahrer (691), gleichviel ob letzterer eine Vergütung erhält oder nicht. Beide sind im Zweifel nicht berechtigt, die Besorgung des Geschäfts einem Dritten zu übertragen, die Sache bei einem Dritten zu hinterlegen; verstoßen sie hiergegen, so trifft sie

Digitized by Google

die volle Haftung des § 278. Ist aber die Uebertragung, die Hinterlegung bei einem Dritten gestattet, so haften sie nur für ein ihnen bei der Uebertragung oder Hinterlegung zur Last fallendes Verschulden, welches namentlich eine culpa in eligendo sein kann. Für das Verschulden von Gehülfen dagegen haften sie gemäß § 278 ohne Rücksicht darauf, ob deren Zuziehung gestattet war oder nicht.

7. Schon die vorige Ziffer ergibt Fälle der Haftung des Schuldners ohne eigenes Verschulden (vgl. ob. § 264, 2a). Ein weiterer Fall dieser Art tritt ein durch Verzug des Schuldners (287 S. 2). Die Haftung für den Zufall kann rechtsgeschäftlich übernommen werden. Eine gesetzliche Haftung für Zufall ausschließlich höherer Gewalt kennt das BGB. zu Lasten der Gastwirthe (701 fg.); vgl. unt. § 384. Die Haftung des Schuldners für Fehler seiner Leistung tritt weithin ohne sein Verschulden ein. Diese Frage gehört aber zum größten Theil entweder in das Gebiet der anfänglichen Unmöglichkeit, oder es handelt sich um Mängel, welche abstellbar sind, die also mit Unmöglichkeit der Leistung nichts zu thun haben. Unter Umständen freilich greift die Lehre von den Mängeln der Leistung auch in das Gebiet der nachfolgenden Unmöglichkeit ein. Es kann z. B. in Folge eines Fehlers, den die vermiethete Sache bei Abschluß des Vertrages bereits hatte, die Sache nach Abschluß des Vertrages untergehen; in diesem Falle ist eine Unmöglichkeit der Erfüllung nachträglich eingetreten in Folge eines Umstandes, den der Schuldner (gemäß § 538) zu vertreten hat.

8. Die Last des Beweises, daß die Leistung unmöglich geworden ist, wie daß dieß die Folge eines vom Schuldner nicht zu vertretenden Umstandes ist, trägt der Schuldner (282).]

D. Zahlungsunfähigkeit und Concurs.

1. Zahlungsunfähigkeit.

§ 266.

Daß das Vermögen des Schuldners zur Befriedigung des Gläubigers nicht ausreicht, hat auf den rechtlichen Bestand der Forderung keinen Einfluß[1]; der Schuldner muß, was er jetzt nicht zu leisten vermag, nachleisten, sobald er zu neuem Vermögen gelangt ist.

Durch freiwillige Abtretung seines Vermögens an den oder die Gläubiger[2] erlangte der zahlungsunfähige Schuldner nach bisherigem Recht gewisse Vortheile[3], vorausgesetzt, daß er ohne seine Schuld in

---

§ 266. [1] Martial (II, 3) spottet:

Sexte, nihil debes; nil debes, Sexte, fatemur.
Debet enim, si quis solvere, Sexte, potest.

[2] Cessio bonorum. D. 42, 3 de cessione bonorum. Cod. 7, 71 qui bonis cedere possunt. Unterholzner I § 175, Sintenis II § 159—160, Holzschuher III § 232 Nr. 1—3.

[3] Freiheit von Ehrenminderung, wo sie particularrlich noch bestand (römisches Recht: l. 8 C. 7, 71. l. 11 C. 2, 11 [12]) und Rwohlthat des Nothbedarfs in

Digitized by Google

Vermögensverfall gerathen war[4]. Diese Vortheile sind durch die neueste Reichsgesetzgebung aufgehoben worden[5].

Rechtswohlthat des Nothbedarfs*.

§ 267.

Nicht in allen Fällen ist der Gläubiger befugt, das ganze Vermögen des Schuldners zu seiner Befriedigung wegzunehmen; in gewissen Fällen genießt der Schuldner die Rechtswohlthat, zurückbehalten zu dürfen, wie viel er zur Nothdurft des Lebens bedarf[1]. Diese Rechtswohlthat steht zu[2]:

Betreff des später erworbenen Vermögens (§ 267 [13]). Früher auch Freiheit von persönlicher Haft (l. 1. 8 C. 7, 71), wo sie particularrlich noch bestand; die persönliche Haft ist aber als Executionsmittel (zur Erzwingung der Zahlung einer Geldsumme oder der Leistung einer Quantität vertretbarer Sachen) bereits durch das Reichsgesetz v. 29/5 1868 aufgehoben worden.

[4] Diese Beschränkung ist ausdrücklich anerkannt in l. 1 C. Th. 4, 20, während sie in der Justinianischen Compilation nicht erwähnt wird. Aber daß sie in derselben vorausgesetzt werde, läßt sich mit Fug nicht bezweifeln. S. l. 8 pr. C. 7, 71 und Bethmann-Hollweg Handb. d. Civilpr. I S. 345, Betzell a. a. O. [47]. Vgl. auch die Fortsetzung des Reichsabschieds-Anfangs von 1671 Nr. 10 (Emminghaus S. 513). A. M. Holzschuher a. a. O. Nr. 1. Sf. XIV. 88, XIX. 207.

[5] EG. z. RKO. 4. „Aufgehoben werden die Bestimmungen der Landesgesetze über . . . die Rwohlthat der Güterabtretung . . ."

* Holtius in der Bibliothèque du Jurisconsulte et du Publiciste I p. 389—405 (1826), wiederholt in dessen Abhandlungen, übersetzt von Sutro, Nr. 5. Francke ACPra. XXIII S. 387 fg. (1840). Sintenis ZS. f. CR. u. Pr. XV S. 312 fg. (1841). Altmann das beneficium competentiae ꝛc. Berl. Diss. (1888). [Wünsch zur Lehre vom beneficium competentiae (ausgewählte Leipziger Doctor-Diss.) 1897]. Unterholzner I § 181—182, Sintenis II S. 160—166, Vangerow I § 174 Anm. 1 u. 2, Holzschuher III § 231. Daß die römischen Bestimmungen durch die RCPO. ihre Geltung verloren haben, behauptet Dernburg Preuß. Privatr. II § 110[5], ebenso Pand. II § 57 a. E. [jetzt nicht mehr]; ferner Wendt § 179; dagegen Mandry S. 373 [4. Aufl. (Geib) S. 432[6]] Kohler Grünh. ZS. XIV S. 23, Altmann S. 84 fg. [Wünsch S. 72 fg.]

[1] Die bei den Neueren hergebrachte Bezeichnung für diese Rechtswohlthat § 267. ist „beneficium competentiae". Die Quellen bezeichnen sie als Rwohlthat der Verurtheilung in id quod facere debitor potest, quatenus facere debitor potest. Mit diesem Ausdrucke soll zunächst nichts Anderes bezeichnet werden, als daß der Schuldner nur auf den Betrag seines Vermögens verurtheilt werden dürfe, vgl. namentlich l. 82 D. 35, 2, § 37 I. 4. 6, l. 49 D. 2, 14, l. 21 D. 42, 1, auch Theoph. IV, 6 § 37. Für die Römer lag eine Wohlthat hierin insofern, als der Schuldner, weil er nicht zahlungsunfähig gemacht werden konnte, auch den Nachtheilen der Zahlungsunfähigkeit nicht verfiel. Eine liberalere Interpretation hat aber später (dieses „später" leugnet Unterholzner § 181. d, vgl. Brinz

Digitized by Google

1) Soldaten gegen alle Forderungen[3];

2) Ascendenten gegen die Forderungen ihrer Descendenten[4];

3) dem Ehegatten gegen die Forderungen des anderen Ehegatten[5] — dem Ehemann auch gegen die Forderung aus der Beerdigung der Ehefrau[6];

4) Personen, welche erst kürzlich aus der väterlichen Gewalt ausgetreten sind, ohne dabei einen beträchtlichen Theil des väterlichen Vermögens erhalten zu haben, gegen die aus der Zeit der väterlichen Gewalt herrührenden Forderungen, mit Ausnahme der Delictsforderungen[7];

5) dem Gesellschafter gegen die Gesellschaftsforderung[8];

---

2. Aufl. II § 286 [17]) das facere posse von einem Leistenkönnen ohne Mangel verstanden l. 19 § 1 D. 42, 1, l. 173 pr. D. 50, 17). Dadurch ist der ursprüngliche Inhalt der Rwohlthat überholt und überflüssig gemacht worden. — Andere nehmen auch für das neueste R. noch einen doppelten Inhalt der Rwohlthat an. Dieselbe gebe: 1) dem Urtheile gegenüber die Befugniß, zu verlangen, daß man nicht über den Betrag des Vermögens verurtheilt werde; 2) der Execution gegenüber die Befugniß, zu verlangen, daß Einem der Nothbedarf gelassen werde. Dagegen spricht l. 173 pr. D. 50, 17 („in *condemnatione* . . . non totum . . extorquendum est"). S. namentlich Francke S. 388—397, Vangerow Anm. 1; auch Arndts § 225 [2]. Vgl. übrigens auch unten § 268 [5]. Altmann S. 8—27. — Vgl. Sf. XXIII. 204: das beneficium competentiae gehört nicht dem Proceßr. an, daher gilt für dasselbe nicht das R. des Klageortes. [Wünsch (*) sucht nachzuweisen, daß auch im justinianischen R. das eigentliche Wesen des benef. compet. in der Verurtheilung auf den Betrag des Vermögens bestand und der Abzug, welchen man dem Schuldner gestattete, ein geringfügiger und nebensächlicher war (S. 13. 60 fg.).]

[3] Im Folgenden sind nur die Fälle genannt, in welchen die Rwohlthat nach gesetzlicher Regel zusteht; daß sie auch durch Vertrag begründet werden kann, versteht sich von selbst. S. l. 49 D. 2, 14.

[4] L. 6 pr. l. 18 D. 42, 1. Vgl. Holzschuher a. a. O. Nr. 4.

[5] § 38 I. 4, 6, l. 54 D. 24, 3, l. 16 D. 42, 1. Sf. XXXIII. 206.

[6] L. 20 D. 42, 1. Die Behauptung, daß die Rwohlthat auch nach Beendigung der Ehe in Betreff der aus der Zeit der Ehe herrührenden Forderungen fortdauere (Vangerow Anm. 2 Nr. 2), läßt sich nicht rechtfertigen. Ein Grund dafür läßt sich auch nicht daraus entnehmen, daß dem Manne die Rwohlthat gegen den Dotalanspruch zusteht (Ziff. 8); denn dieser Anspruch rührt nicht bloß aus der Zeit der Ehe her, sondern hat auch seinen Grund in der Ehe. Vgl. l. 52 D. 42, 1.

[6] L. 27 § 2. l. 28 D. 11, 7. A. M. Puchta § 245 [aa].

[7] L. 2—7 D. 14, 5, l. 37 § 2 D. 26, 7, l. 49 D. 42, 1. Unterholzner § 181 q, Vangerow Anm. 2 Nr. 9, Dietzel SC. Macedonianum S. 13—16, Mandry das gemeine Familiengüterr. I S. 417. Altmann S. 27 fg.

[8] Der § 38 I. 4, 6 gibt die Rwohlthat dem Gesellschafter überhaupt, l. 63 pr. D. 17, 2 ausdrücklich auch dem „socius unius rei", während l. 16 D. 42, 1 sie auf den „socius omnium bonorum" beschränkt. Ich glaube nicht, daß

Digitized by Google

6) dem Schenker gegen die Schenkungsforderung[9];

7) dem gewesenen Ehemann, seinen Kindern aus derselben Ehe und seinem Vater, gegen die gesetzliche Forderung auf Herausgabe der Dos[10];

8) der Ehefrau[11] und dem Schwiegervater gegen die Forderung auf Leistung einer versprochenen Dos, jedoch dem Schwiegervater unbedingt nur dann, wenn er während bestehender Ehe belangt wird[12].[13].

---

der Widerspruch der zuletzt genannten Stellen zu beseitigen ist; ich nehme daher an, daß sie sich gegenseitig aufheben, und nur die allgemeine Verfügung des § 38 cit. übrig bleibt. Ueber die verschiedenen Ansichten s. Glück XV S. 426 fg., Gans ACPra. II S. 242 fg., Gensler das. II S. 247 fg., Neustetel das. II S. 343, Marezoll ZS. f. CR. u. Pr. XIV S. 257 fg., Fritz Erläut. II S. 118—120, Unterholzner I § 181. o, Bangerow a. a. O. Anm. 2 Nr. 7, Holzschuher a. a. O. Nr. 1. Der neueste Vereinigungsversuch ist von Reuter ZS. f. CR. u. Pr. N. F. XXI S. 1 fg. (1864). Dernburg II § 57 [18], Altmann S. 31 fg.

[9] L. 33 D. 23, 3, l. 33 pr. D. 39, 5, l. 19 § 1 D. 42, 1.

[10] § 37 I. 4, 6, l. 12. l. 14 pr. l. 15 § 2. l. 16. 17 § 2. l. 18 pr. D. 24, 3, l. 21 D. 42, 1, l. un. § 7 C. 5, 13. Daß die Rwohlthat nicht bloß der Frau, sondern auch ihren Erben gegenüber zusteht, folgt aus der zuletzt genannten Stelle, und sagt ausdrücklich l. 27 D. 24, 3. — Ohne allen Zweifel ist dem Manne die Rwohlthat auch gegen jede andere ihn nach heutigem Particularre in seiner Eigenschaft als Ehemann treffende Verpflichtung zur Herausgabe von Vermögen zuzugestehen. Vgl. l. 52 D. 42, 1.

[11] Gewiß während bestehender Ehe, nach der allgemeinen Regel in Ziff. 4; aber auch nach aufgelöster Ehe, nach dem allgemeinen Ausspruch der l. 17 § 1 D. 24, 3.

[12] L. 17 pr. D. 24, 3, l. 21. 22 pr. D. 42, 1, l. 84 D. 23, 3. L. 84 cit.: — „si diremto matrimonio petitur, ex causa et persona id tribuendum puto. Quid enim, si socer specie futurae dotis induxerit generum, et cum sciret, se praestare dotem non posse, id egerit, ut genero insidiaretur"? — Auch dem extraneus promissor gibt die Rwohlthat l. 33 D. 23, 3, während sie ihm ausdrücklich abgesprochen wird in l. 84 eod., l. 41 pr. D. 42, 1. Bei dem Widerspruch dieser Stellen muß man sagen, daß für diese Ausdehnung der Rwohlthat kein Zeugniß vorliege. Ueber Vereinigungsversuche s. v. Meyerfeld Rhein. Mus. VII S. 111 fg., Sintenis I § 91 [67], Bangerow a. a. O. Anm. 2 Nr. 3, v. Salpius Novation und Delegation S. 111, Bechmann Dotalr. II S. 85, Czyhlarz Dotalr. S. 111 fg. Altmann S. 37 fg.

[13] Ohne Grund ist, besonders in früherer Zeit, behauptet worden, daß die Rwohlthat noch in einer Reihe von anderen Fällen außer den hier genannten begründet sei, so namentlich zu Gunsten der Descendenten, zu Gunsten der Geschwister (wegen l. 63 D. 17, 2), zu Gunsten des Schwiegervaters (wegen l. 16 D. 24, 3), ex iure tertii (wenn der Schuldner aus den Mitteln eines Dritten lebt). Vgl. über diese und andere Fälle Bangerow a. a. O. Anm. 2 Nr. 1. 3 und S. 294—296, Holzschuher a. a. O. Nr. 3 und S. 292 *. S. auch Fitting das castrense peculium S. 160 [22]. Gegen das benef. competentiae

Digitized by Google

§ 268.

Derjenige, welchem diese Rechtswohlthat zusteht, kann verlangen, daß ihm das zum Leben, nicht aber, daß ihm das zum standesmäßigen Leben Erforderliche gelassen werde[1]. Dabei kann er anderweitige Schulden, welche er hat, nicht in Abzug bringen, mit Ausnahme des Schenkers[2]. Gesehen wird auf den Zustand des Vermögens zur Zeit, wo die Rechtswohlthat in Anspruch genommen wird[3], und mitgerechnet wird, was der Schuldner arglistigerweise aus seinem Vermögen verbracht hat[4]. — Geltend gemacht wird die Rechtswohlthat durch Einrede gegen die Forderung des Gläubigers[4a], welche Einrede nach

der Descendenten Sf. XXXII. 27. Altmann S. 53 fg. — Dagegen ist für das frühere R. noch hinzuzufügen der Fall der jetzt durch das EG. z. RKO. § 4 aufgehobenen Güterabtretung (§ 266). KO. 152 [164]. S. übrigens auch Brinz 2. Aufl. II § 286 [11]. Nach dem R. vor der RKO. stand Personen, welche ihren Gläubigern ihr Vermögen freiwillig abgetreten hatten, in Betreff des neu erworbenen Vermögens die Rswohlthat des Nothbedarfs gegen die aus der Zeit vor der Güterabtretung herrührenden Forderungen zu, § 40 I. 4, 6, l. 4 pr. l. 6. 7 D. 42, 3, l. 3 C. 7, 72. Ueber Controversen in Betreff dieses Punktes s. die früheren Auflagen dieses Lehrbuchs bis zur vierten. Sf. XXXIV. 103, XXXVIII. 336. RG. VI S. 147.

§ 268. [1] — „ne egeant", l. 173 D. 50, 17: ebenso l. 19 § 1 D. 42, 1. L. 30 eod.: — „ita ut . . . aliquid sufficiens relinquatur". L. 6 D. 42, 3: — „unde ergo modum hunc aestimabimus, utrum ex quantitate eius quod acquisitum est, an ex qualitate? Et putem, ex quantitate id aestimandum esse . .". L. 7 eod., l. 3 C. 7, 72. Holzschuher a. a. O. Nr. 5. Es ist keiner Frage unterworfen, daß der Nothbedarf des Schuldners sich auch auf die Bedürfnisse seiner Frau und seiner Kinder erstrecke. Für standesmäßigen Unterhalt das Urtheil des OAG. zu Rostock bei Buchka und Budde Entscheidungen IV S. 95. Brinz 2. Aufl. II S. 412: „zwar nicht nach standesmäßigem Auskommen, aber doch nicht ohne Rücksicht auf die Person und Lebensgewohnheit des Schuldners". So auch Sf. XLII. 105.

[2] L. 53. 54 D. 24, 3, l. 12 D. 39, 5, l. 16. l. 19 pr. l. 49. 50 D. 42, 1. L. 3 D. 14, 5 entscheidet nicht die Frage des Abzugs, obgleich sie diese Frage aufwirft, sondern die Frage, welchem von mehreren gleichzeitig auftretenden Gläubigern der Vorzug zu geben sei. Wenigstens ist im Zusammenhang der Compilation diese Erklärung gegenüber l. 49 D. 42, 1 nothwendig. A. M. Unterholzner S. 388, Mandry das gem. Familiengüterr. I S. 429, welche auf die l. 3 cit. noch eine fernere Ausnahme für den Fall der Vermögensabtretung gründen. Vgl. noch Holzschuher a. a. O. Nr. 9. Sf. XL. 189.

[3] Also auf die Zeit des Urtheils, wenn die Rwohlthat dem Urtheil, auf die Zeit der Execution, wenn sie der Execution gegenüber in Anspruch genommen wird. Nur von der Zeit des Urtheils sprechen l. 63 § 6 D. 17, 2, l. 15 pr. D. 24, 3.

[4] L. 18 § 1 D. 24, 3, l. 63 pr. § 7 D. 17, 2, l. 68 § 1 eod., l. 51 pr. D. 42, 1.

Digitized by Google

römischem Recht aber nicht bloß im Laufe des Processes[5], sondern auch noch in der Executionsinstanz vorgebracht werden kann[6]; das Letztere fällt nach der Reichscivilproceßordnung weg, vorausgesetzt, daß der Vermögensverfall nicht erst nach dem Urtheil eingetreten ist[6a]. Das einmal Geleistete kann nicht mehr zurückgefordert werden[7]. — Die Rechtswohlthat ist höchst persönlicher Natur und geht weder auf die Erben über, noch kann sie von dem Bürgen oder von anderen Personen, welche für den Schuldner haften, geltend gemacht werden[8]. — Sie fällt weg gegenüber Delictsansprüchen, und wenn den Schuldner der Vorwurf der Arglist trifft[9]. Verzicht auf dieselbe ist nur insofern wirksam, als nicht eine sittliche Pflicht zur Schonung des Schuldners besteht[10]. — Es versteht sich von selbst, daß, wenn der Schuldner neues Vermögen erwirbt, er nachleisten muß, was er schuldig geblieben ist[11].

[Im SGB. gibt es in einer kleineren Zahl von Fällen als im gemeinen Recht eine dem gemeinrechtlichen beneficium competentiae ähnliche, aber weitergehende Beschränkung von Ansprüchen.

[4a] Nicht durch Replik gegen die Gegenforderung: Sf. XII. 111, XIX. 288. [Das Urtheil muß unter Berücksichtigung des Beneficiums zu einer bestimmten Summe verurtheilen, und den Kläger mit dem überschießenden Betrage zur Zeit abweisen. So mit Recht Fischer Jahrb. f. Dogm. XXXIV S. 459 fg. bes. S. 467 fg.]

[5] Die Berufung auf die Rwohlthat der Klage gegenüber wird exceptio genannt in l. 63 § 2 D. 17, 2, l. 17 § 1 D. 24, 3, l. 41 pr. D. 42, 1, l. 7 pr. D. 44, 1, l. 33 D. 46, 2. Vgl. l. 22 pr. D. 44, 1. „Exceptio est condicio, quae modo eximit reum damnatione, modo minuit damnationem". Vgl. Keller röm. Civilpr. S. 143—145 (6. Aufl. S. 179), A. Schmid Cession II S. 36 fg., Voigt ius naturale etc. III S. 1025 [1599]. Altmann S. 10 fg. [Fischer ([4a]) S. 462 fg., Adler Grünh. ZS. XXI S. 444.]

[6] L. 17 § 2 D. 24, 3, l. 33 pr. D. 39, 5, l. 41 § 2 D. 42, 1. Sf. I. 395, XXXIII. 206. 207.

[6a] CPO. 686. [767.] Mandry S. 276 [4. Aufl. (Geib) S. 321]. Altmann S. 93 [Fischer ([4a]) S. 471 fg. RG. XXXIII S. 378 fg.]; a. M. Dernburg II § 57 [8].

[7] L. 8. 9 D. 12, 6.

[8] L. 63 § 1. 2 D. 17, 2, l. 23—25. l. 41 pr. D. 42, 1, l. 7 pr. D. 44, 1, l. 4 § 3 D. 14, 5, l. 12. 13. 14 pr. l. 15 § 1 D. 24, 3, § 4 I. 4, 14. Holzschuher a. a. O. Nr. 7.

[9] L. 4 § 1. 2 D. 14, 5, l. 10 l. 22 § 1. l. 52 D. 42, 1, l. 21 § 6 D. 25, 2, l. un. § 7 C. 5, 13. Vgl. auch noch Holzschuher a. a. O. Nr. 6.

[10] Eine solche sittliche Pflicht besteht namentlich zwischen Ehegatten, und hier ist die Ungültigkeit des Verzichtes ausdrücklich anerkannt (l. 14 § 1 D. 24, 3). Aber sie besteht in gleicher Weise auch zwischen Ascendenten und Descendenten. Den Verzicht hält in allen Fällen für unverbindlich Sintenis a. a. O. S. 318—320.

Digitized by Google

1. a. Der Schenker ist berechtigt, die Erfüllung eines schenkweise ertheilten Versprechens zu verweigern, soweit er bei Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen außer Stande ist, das Versprechen zu erfüllen, ohne daß sein standesmäßiger Unterhalt oder die Erfüllung der ihm kraft Gesetzes obliegenden Unterhaltspflichten gefährdet wird (519 Abs. 1). Treffen die Ansprüche mehrerer Beschenkten zusammen, so geht der früher entstandene Anspruch vor (519 Abs. 2).

b. Umgekehrt steht die gleiche Einrede dem Beschenkten gegen den Anspruch des armen Schenkers auf Herausgabe des Geschenkes gemäß § 528 zu (529). Die Abwendung des Anspruchs auf die Herausgabe des Geschenkes durch Zahlung des für den Unterhalt des Schenkers erforderlichen Betrages kann nur durch Zahlung des vollen Betrages erfolgen. Der Beschenkte kann nicht einen im Anhalt an § 529 Abs. 2 verkürzten Unterhaltsbetrag zahlen.

c. Es sind in beiden Fällen von dem Vermögen des Schuldners seine sämmtlichen übrigen Verbindlichkeiten mit Ausnahme der gesetzlichen Unterhaltspflichten in Absatz zu bringen. Dann ist zu fragen, ob, wenn man von dem Rest den Betrag des zu leistenden (herauszugebenden) Geschenkes abzieht, eine Gefährdung des standesmäßigen Unterhalts des Schuldners oder der Erfüllung seiner gesetzlichen Unterhaltspflichten entsteht. Es ist also nicht erforderlich, daß schon jetzt eine Beeinträchtigung des Unterhalts oder der Erfüllung der Unterhaltspflichten sich ergeben würde, sondern es genügt, daß eine solche Beeinträchtigung für die Zukunft unter Berücksichtigung derjenigen Ereignisse, die sich vorausberechnen lassen, nahegelegt wird (Planck-Greif zu § 519, 1 Abs. 1).

d. Im Falle des § 519 kommt gegenüber dem Anspruch des zweiten Beschenkten der Betrag des Anspruchs aus der ersten Schenkung von dem Vermögensstande in Absatz; nicht dagegen kann der Schenker gegenüber dem ersten Beschenkten den Betrag des Anspruchs aus der zweiten Schenkung in Absatz bringen. Wenn dem zweiten Beschenkten gegenüber der Schenker erfüllt hat, ohne die Einrede geltend zu machen oder ohne den Betrag des Anspruchs aus der ersten Schenkung dabei in Ansatz zu bringen, so fragt sich, ob der erste Beschenkte verlangen kann, daß dasjenige, was mit Rücksicht auf ihn dem zweiten Beschenkten in Abzug zu bringen gewesen wäre, als in dem Vermögen des Schenkers noch vorhanden zu rechnen ist. Dieß bejaht Schollmeyer, das Recht der einzelnen

---

[11] L. 8 C. 5, 18. Die Rwohlthat afficirt nicht den rlichen Bestand des Forderungsr., sondern schiebt nur die Vollstreckbarkeit desselben oder die volle Vollstreckbarkeit einstweilen hinaus. Vgl. l. 47 § 2 D. 15, 1: — „socius universum debet". Deßwegen darf man auch nicht die Verbindlichkeit des Schuldners dieser Rwohlthat gegenüber eine bloß natürliche Verbindlichkeit nennen. Savigny Oblig. I S. 105, Erxleben condictiones sine causa I S. 110. 111, Brinz 2. Aufl. II S. 54. Sf. XLIII. 193 (RG.): Zahlung mit Verzicht auf das benef. comp. ist nicht Schenkung. — Im älteren r. R. stellte der Nachforderung die processualische Consumtion Schwierigkeit entgegen. Ein Mittel, dieser Schwierigkeit zu begegnen, war ein von dem Schuldner zu leistendes Versprechen; davon noch l. 47 § 2 D. 15, 1, l. 63 § 4 D. 17, 2, l. un. § 7 C. 5, 13. S. aber auch l. 8 C. 5, 18. Vgl. Francke a. a. O. S. 414—427, Sintenis a. a. O. S. 327 fg.

Digitized by Google

Schuldverhältnisse im BGB. (das R. des BGB. in Einzeldarstellungen IV) 1897 S. 30; dagegen Planck-Greif zu § 519, 2. M. E. kann aus den Worten des Gesetzes, daß der früher entstandene Anspruch vorgeht, die Bejahung der Frage nicht gefolgert werden.

e. Dieselbe ist aber in dem größeren Zusammenhange zu beantworten, in wie weit überhaupt der Gläubiger berechtigt ist im Wege der Replik geltend zu machen, daß der Schuldner sein Vermögen selbst verkleinert hat. Zweifellos enthält eine solche Verkleinerung des Vermögens des Schuldners, welche eine rechtliche Beschränkung des Anspruchs des Gläubigers herbeiführt, eine Verletzung des Rechts des Gläubigers und man könnte annehmen wollen, daß hierfür der Schuldner zum Schadensersatze gemäß § 823 verpflichtet ist, wenn er vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt hat. Allein die Meinung des angeführten Paragraphen kann nicht sein, daß der Schuldner, der das Recht seines Gläubigers fahrlässig verletzt, dafür immer hafte; denn es würden damit alle die Bestimmungen, kraft deren ein Schuldner nur für grobe Fahrlässigkeit oder nur für die Sorgfalt haftet, die er in eigenen Angelegenheiten zu beobachten pflegt, aus den Angeln gehoben werden. Macht ein Schuldner, der nur für grobe Fahrlässigkeit haftet, durch leichte Fahrlässigkeit die Leistung unmöglich, so wird er frei (275). Es ist unzulässig, diesen Satz dadurch aufzuheben, daß man den Schuldner zum Schadensersatz wegen Zerstörung des Rechts des Gläubigers gemäß § 823 anhält. Wohl dagegen rechtfertigt sich eine Schadensersatzpflicht des Schuldners wegen einer solchen Beeinträchtigung des Rechts seines Gläubigers, welche er vorsätzlich oder durch eine solche Fahrlässigkeit herbeigeführt hat, für die er nach den Grundsätzen des fraglichen Schuldverhältnisses haftet. Und auch das dürfte unzweifelhaft sein, daß diese Schadensersatzpflicht im Wege des Gegenangriffs geltend gemacht werden kann, wenn der Schuldner den rechtlichen Erfolg des von ihm zu verantwortenden Thuns dem Gläubiger entgegensetzt. Danach wird zu sagen sein, daß eine von dem Schenker vorsätzlich oder in grober Fahrlässigkeit (521) zum Nachtheil des Beschenkten herbeigeführten Vermögensminderung eine Replik gegen die Competenzeinrede begründet. Dieser Idee entspricht es, daß die Rückforderung des Geschenkes gemäß § 528 durch § 529 Abs. 1 dann ausgeschlossen ist, wenn der Schenker seine Bedürftigkeit vorsätzlich oder durch grobe Fahrlässigkeit herbeigeführt hat. Daß ihm im entsprechenden Falle auch die Einrede des § 519 abgeschnitten ist, spricht das Gesetz allerdings nicht aus; aber ein argumentum e contrario ist m. E. hier nicht am Platz. Der Beschenkte, welcher das Geschenk gemäß § 518 herausgeben soll, haftet nach den Grundsätzen von der ungerechtfertigten Bereicherung. Demgemäß haftet er von dem Augenblick an, in welchem er die thatsächlichen Voraussetzungen des Herausgabeanspruchs kennen gelernt hat, für jede Fahrlässigkeit (819 Abs. 1. 292. 989) und nach dem oben Gesagten darf er von da an auch in leichter Fahrlässigkeit sein Vermögen nicht mindern, ohne die Einrede des § 529 Abs. 2 zu verlieren oder entsprechend zu beschränken.

f. Die Einrede ist im Hauptprocesse, nicht erst der Vollstreckung gegenüber geltend zu machen. Es erfolgt auch nicht eine Verurtheilung mit Vorbehalt der geltend gemachten Einrede, sondern es ist im Hauptprocesse über die sämmtlichen in Frage kommenden Momente zu verhandeln und danach der Betrag des zu Leistenden im Urtheil festzustellen. Wäre die Meinung des Gesetzes eine andere,

Digitized by Google

so hätten im § 786 CPO. die Fälle des § 519. 529 BGB. Erwähnung finden müssen. Gegen den Anspruch in dem Umfange, wie er durch das Urtheil festgestellt ist, finden Einwendungen des Schuldners nur auf Grund solcher seine Vermögenslage verschlechternden Thatsachen statt, welche nach der entscheidenden mündlichen Verhandlung entstanden sind (CPO. 767). Andererseits hindert die Rechtskraft des Urtheils den Gläubiger nicht, auf Grund späterer Verbesserungen der Vermögenslage des Schuldners Nachforderungen zu erheben.

2. Aehnlich gestaltet, aber mit den unten anzugebenden Besonderheiten, sind die folgenden Fälle einer Anspruchsbeschränkung mit Rücksicht auf die Bedürfnisse des Schuldners.

a. Wenn jemand wegen einer ihm nicht zuzurechnenden That gemäß § 829 auf Schadensersatz überhaupt in Anspruch genommen werden kann, so ist dieser Anspruch doch nur insoweit begründet, als die Billigkeit nach den Umständen, insbesondere nach den Verhältnissen der Betheiligten eine Schadloshaltung des Geschädigten erfordert und dem Schädiger nicht die Mittel entzogen werden, deren er zum standesmäßigen Unterhalt, sowie zur Erfüllung seiner gesetzlichen Unterhaltspflichten bedarf. Im Unterschied von den vorigen Fällen liegt hier nicht eine Einrede, sondern eine Beschränkung des Anspruchs selbst vor (s. jedoch hierüber I S. 182 fg.). Die sonstigen Verpflichtungen des Schuldners, abgesehen von den gesetzlichen Unterhaltspflichten, sind hier nicht genannt, gehören aber zu den Verhältnissen, welche in billige Berücksichtigung gezogen werden müssen. Auch von einer Gefährdung des standesmäßigen Unterhalts und der Erfüllung der gesetzlichen Unterhaltspflichten ist hier nicht die Rede, sondern nur von Entziehung der dazu erforderlichen Mittel, aber die allgemeine Verweisung auf die Billigkeit erlaubt, auch die Gefährdung in Betracht zu ziehen.

b. Die gesetzliche Unterhaltspflicht unter Verwandten erleidet eine (ebenfalls nicht als Einrede gefaßte) Ausnahme, wenn der an sich Pflichtige bei Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen außer Stande ist, ohne Gefährdung seines standesmäßigen Unterhalts den Unterhalt zu gewähren (1603 Abs. 1 [s. jedoch auch Abs. 2 das.]). Unter den gleichen Voraussetzungen tritt die Unterhaltspflicht des Ehegatten hinter diejenige der Verwandten zurück (1608). Dem bei der Scheidung allein für schuldig erklärten Ehegatten stehen gegenüber seiner Unterhaltspflicht unter denselben Voraussetzungen die im § 1579 Abs. 1 S. 1. Abs. 2 genauer bezeichneten Einwendungen zu. Hat der geschiedene Gatte einem minderjährigen unverheiratheten Kinde oder in Folge seiner Wiederverheirathung dem neuen Ehegatten Unterhalt zu gewähren, so beschränkt sich seine Verpflichtung gegenüber dem Geschiedenen auf dasjenige, was in Würdigung aller Umstände der Billigkeit entspricht (1579 Abs. 1 S. 2). In allen diesen Fällen sind die „sonstigen Verpflichtungen" von dem Vermögensstande in Abzug zu bringen; concurriren jedoch mehrere Unterhaltsberechtigte, so entscheidet die Rangfolge, welche § 1609 festsetzt und die oben angeführte Bestimmung des § 1579 Abs. 1 S. 2. Die Verpflichtungen des Unterhaltspflichtigen aus Schenkungen sind nicht in Anrechnung zu bringen, da vielmehr umgekehrt gemäß § 519 Abs. 1 der Schenknehmer sich entsprechenden Abzug um der Unterhaltspflichten willen gefallen lassen muß. Der Unterhaltsanspruch ist ein Anspruch auf wiederkehrende Leistungen. Die Möglichkeit, wegen nachträglich veränderter

Digitized by Google

Umstände eine Abänderung des Urtheils für die Zeit nach Erhebung der Klage auf Abänderung zu erstreiten, richtet sich daher nach CPO. 323. Eine Nachforderung für die frühere Zeit findet nicht statt (CPO 323 Abs. 3).

c. Die Verpflichtung des Vaters und der Mutter zur Aussteuerung der Tochter tritt nur ein, soweit der Pflichtige bei Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen ohne Gefährdung seines standesmäßigen Unterhalts zu ihrer Erfüllung im Stande ist (1620). Danach sind sämmtliche anderweitige Verpflichtungen vom Vermögensstande abzusetzen. Auch diejenigen aus Schenkungen sind hier nicht ausgenommen.]

2. Concurs.

§ 269.

Wenn der zahlungsunfähige Schuldner mehrere Gläubiger hat, so bleibt es jedem derselben überlassen, sich Befriedigung zu verschaffen, wie er kann; der Ausfall trifft also denjenigen, welcher sich zu einer Zeit meldet, wo kein Vermögen vorhanden ist[1]. Dieses Verhältniß ändert sich aber, sobald über das Vermögen des Schuldners Concurs eröffnet ist, was durch eine gerichtliche Verfügung geschieht[2]. Die Bedeutung des Concurses ist, daß das Vermögen des Schuldners durch richterliche Autorität unter die einzelnen sich meldenden Gläubiger vertheilt wird, und in anderer Weise kein Gläubiger zu seiner Befriedigung gelangen kann[3]. Die für den Concurs maßgebenden processualischen Grundsätze gehören nicht hierher. Hierher gehören nur diejenigen Grundsätze, nach welchen das Vermögen des Schuldners unter die einzelnen Gläubiger vertheilt wird. Für dieselben bildet aber gegenwärtig, in gleicher Weise wie für die processualischen Grundsätze, das gemeine Recht Deutschlands nicht mehr das Pandektenrecht[4],

---

[1] L. 6 § 6. 7 (3). l. 10 § 16. l. 24 D. 42, 8. § 269.

[2] RO. § 94 fg. [102 fg.] — Nach r. R. traten die Wirkungen des Concurses ein, sobald einer der Gläubiger zum Zweck der Execution missio in possessionem bonorum erlangt hatte, l. 6 § 7 D 42, 8 (3).

[3] L. 6 § 7 D. 42, 8. „Sciendum, Iulianum scribere, eoque iure nos uti, ut, qui debitam pecuniam recepit, antequam bona debitoris possideantur, quamvis sciens prudensque solvendo non esse recipiat, non timere hoc edictum: sibi enim vigilavit. Qui vero post bona possessa debitum suum recepit, hunc in portionem vocandum exaequandumque ceteris creditoribus: neque enim debuit praeripere ceteris post bona possessa, cum iam par condicio omnium creditorum facta esset".

[4] Dig. 42, 5 de rebus auctoritate iudicis possidendis seu vendundis. Cod. 7, 72 de bonis auctoritate iudicis possidendis seu venumdandis. Gmelin die Ordnung der Gläubiger bei Gantprocessen (5. Aufl. 1813). Dabelow ausführliche Erläuterung der Lehre vom Concurse der Gläubiger

Digitized by Google

sondern die Reichsconcursordnung vom 10. Februar 1877. Doch ist das Pandektenrecht im Folgenden noch dargestellt (§ 270—272); eine Uebersicht über die Bestimmungen der Reichsconcursordnung enthält § 272a.

§ 270.

Nach Pandektenrecht ist der oberste der für die Befriedigung der Gläubiger im Concurse maßgebenden Grundsätze, daß alle Gläubiger sich gleichstehen, jeder also nach Verhältniß seiner Forderung befriedigt wird[1]. Dieser Grundsatz erleidet aber Ausnahmen. Ein Vorzugsrecht unter den einzelnen Gläubigern kann begründet werden:

1) durch ein Pfandrecht, mit welchem eine Forderung versehen ist[2], wobei natürlich die privilegirten Pfandrechte (I § 246) den nicht privilegirten vorgehen[3];

2) durch eine gesetzliche Vorschrift, welche einer Forderung ein Vorzugsrecht im Concurse einräumt (Concursprivilegium)[4]. Von den Concursprivilegien näher im folgenden §.

Der Satz, daß es auch Forderungen gebe, welche anderen Forderungen nachstehen, nämlich die Strafforderungen, läßt sich aus den Quellen nicht begründen[5].

Kap. 21 (2. Aufl. 1801). Kori System des Concursprocesses Buch 2 (2. Aufl. 1828). Schweppe das System des Concurses der Gläubiger § 67—80 (3. Aufl. 1829). v. Bayer Theorie des Concursprocesses (4. Aufl. 1850). (Diese Schriften, mit Ausnahme der von Gmelin, enthalten auch eine Darstellung des Processes). Unterholzner I § 183—185, Vangerow III § 592—594, Sintenis II S. 222—228, Holzschuher III § 232 Nr. 4—13.

§ 270. [1] L. 6 C. 7, 72.

[2] Der Gläubiger, welcher ein Pfandr. für seine Forderung nicht hat, wird in den Quellen chirographarius creditor genannt, s. l. 10 C. 8, 17 [18] und die in der vorigen Note citirte Stelle; vgl. auch l. 4 C. 7, 72, l. 38 § 1 D. 42, 5. — Es versteht sich von selbst, daß das Vorzugsr. der Pfandforderung nicht über das Pfandobject hinausreicht. — Nach r. R. brauchten die Pfandgläubiger gar nicht in den Concurs einzutreten, l. 6. 10 C. 7, 72. Bayer § 10. Vgl. § 272a [4].

[3] Es wird dieß hier nur deßwegen hervorgehoben, weil es hergebracht ist, aus den Pfandforderungen, je nachdem sie ein Privilegium haben oder nicht, zwei Concursklassen (die zweite und dritte, über die erste s. § 271 [16]) zu bilden.

[4] Die Quellen bezeichnen das Concursprivilegium als privilegium exigendi. L. 24 § 1 D. 42, 5, l. 1. l. 25 D. 12, 1, l. 1 D. 42, 3. In l. 52 § 10 D. 17, 2 heißt es: „exigendo privilegio utetur". A. M. G. M. Asher disquisitiones historicae (Heidelbergae 1855) p. 17 sq., welcher glaubt, daß mit dem Ausdruck privilegium exigendi ein gesetzliches Pfandr. bezeichnet werde. Seine Ausführung ist nicht überzeugend. — Die Forderungen, welche mit einem Concursprivilegium versehen sind, machen die vierte, die gewöhnlichen chirographarischen Forderungen die fünfte Concursclasse aus.

Digitized by Google

§ 271.

Die Concursprivilegien haben ihren Grund entweder in einer Eigenschaft des Gläubigers, oder in einer Eigenschaft des Forderungsrechts; die letzten (Ziff. 6—10) gehen auf die Erben und sonstigen Rechtsnachfolger über, nicht die ersten (Ziff. 1—5)[1]. Im Einzelnen steht ein Concursprivilegium zu[2]:

1) dem Fiscus[3];

2) dem Landesherrn und seiner Gemahlin[4];

3) den Stadtgemeinden[5];

— allen diesen Personen jedoch mit Ausnahme ihrer Strafforderungen[6];

4) der Ehefrau und ihren Kindern, auch der putativen Ehefrau und der Braut, für ihre Dotalforderung[7];

5) dem Bevormundeten für seine Forderung aus der Verwaltung seines Vermögens gegen wahre und falsche Vormünder, sowie gegen bloße Geschäftsführer[8];

---

[5] Diesen Satz stellen z. B. Puchta § 248 Nr. 1 und Arndts § 227[1] auf. Aber obschon es gerechtfertigt ist, aus l. un. C. 10, 7, wenngleich diese Stelle zunächst nur von fiscalischen Strafforderungen handelt, eine allgemeine Regel für alle Strafforderungen herzuleiten, so wird doch der Inhalt dieser Regel: poenae exactio postponitur (vgl. auch l. 17 D. 49, 14) in l. 37 D. 49, 14 so bestimmt dahin interpretirt, daß unter dem postponi ein non anteponi zu verstehen sei, daß in der That nichts Anderes übrig bleibt, als den bezeichneten Satz aufzugeben. In letzter Linie müßte jedenfalls gesagt werden, daß bei dem Widerspruch der genannten Stellen kein Zeugniß für denselben vorliege. Vgl. auch Unterholzner § 183. o, Bangerow § 594 Anm. Nr. I. 1.

[1] L. 68. l. 196 D. 50, 17 (I § 29[5]), l. 19 § 1 D. 42, 5, l. un. C. 7, 74, l. 42 D. 26, 7. § 271.

[2] In manchen Fällen concurrirt mit dem Concursprivilegium ein gesetzliches Pfandr. Dieß erklärt sich daraus, daß zuerst das Concursprivilegium eingeführt worden ist, später das gesetzliche Pfandr. Das gesetzliche Pfandr. geht aber nicht immer ebensoweit, wie das Concursprivilegium, s. Ziff. 4. 5. — Derjenige, welcher Geld zur Abfindung eines privilegirten Gläubigers gegeben hat, tritt in Betreff des Concursprivilegiums an dessen Stelle, l. 24 § 3 D. 42, 5, l. 2 D. 42, 3. Vgl. I § 233b[18].

[3] L. 10 pr. D. 2, 14, l. 34 D. 42, 5, l. 6 pr. D. 49, 14, Paul sentent. V. 12 § 10.

[4] L. 6 § 1 D. 49, 14.

[5] L. 38 § 1 D. 42, 5. Sintenis II § 94[12].

[6] S. § 270[5]. Die Praxis stellt vielfach den Stadtgemeinden Kirchen, und wohl alle Corporationen gleich. Sintenis § 94[13]. Gmelin weiß davon nichts, vgl. S. 213. 276.

[7] L. un. C. 7, 74, l. 22 § ult. D. 24, 3, l. 17 § 1. l. 18. l. 19 pr. D. 42, 5, l. 74 D. 23, 3. Vgl. l. 12 C. 8, [17] 18. Der Uebergang auf die Kinder rechtfertigt sich aus l. 12 cit. § 1 und Nov. 91 pr. c. 1. Daß kein Uebergang auf die Erben stattfindet, sagt ausdrücklich l. un. cit.

Digitized by Google

6) der Forderung aus einem Darlehn zum Zweck der Wiederherstellung eines Gebäudes, des Ankaufs, der Erbauung oder Ausrüstung eines Schiffes, sowie der Forderung aus dem Verkaufe eines Schiffes[9];

7) der Forderung auf verhältnißmäßigen Ersatz der auf ein gemeinschaftliches Gebäude verwendeten Reparaturkosten[10];

8) der Forderung auf Erstattung von Geld, welches bei einem Banquier unverzinslich hinterlegt worden ist[11] — nach einer häufigen Praxis der Forderung aus jeder Hinterlegung[12];

9) der Forderung auf Erstattung dessen, was auf die Beerdigung des Schuldners oder eines Andern, welchen dieser zu beerdigen verpflichtet war, verwendet worden ist[13]; endlich nach der Praxis

10) den durch die letzte Krankheit des Schuldners entstandenen Forderungen, sowie der Forderung auf rückständigen Gesindelohn[14].

Vor den Pfandrechten geben die Concursprivilegien nach römischem Rechte keinen Vorzug[15]. Die Praxis aber hat einige derselben herausgehoben und den Pfandrechten vorgesetzt: das Privilegium der Leichenkosten, die Kosten der letzten Krankheit, des Gesindelohns, der öffentlichen Abgaben[16].

Was das Verhältniß der Concursprivilegien unter sich angeht, so ist die Regel, daß dieselben sich gleich stehen, und namentlich das

---

[8] L. 19 § 1 — l. 23 D. 42, 5, l. 9 § 1. l. 42. l. 44 § 1 D. 26, 7. Kein Uebergang auf Erben und andere Nachfolger: l. 19 § 1 cit., l. 42 cit. Kein Privilegium gegen den curator bonorum: l. 22 § 1. l. 24 D. 42, 5. (§ 447 [10]).

[9] L. 24 § 1. l. 26. l. 34 D. 42, 5, l. 25 D. 12, 1, l. 1 D. 42, 3.

[10] L. 52 § 10 D. 17, 2.

[11] L. 24 § 2 D. 42, 5, l. 7 § 2. 3. l. 8 D. 16, 3. Vgl. übrigens Sintenis § 94 [31]; gegen denselben Fuchs ACPra. LXII S. 183 fg.

[12] Gmelin S. 559: „nach einer unbestrittenen Praxis". Unterholzner S. 391, Bangerow § 594 Anm. Nr. II. 5, Fuchs a. a. O.

[13] L. 45 D. 11, 7, l. 17 pr. D. 42, 5. Vgl. l. 14 § 3—5. l. 37 D. 11, 7. Samhaber ZS. f. CR. u. Pr. XIII S. 421 fg., Walther das. N. F. XVII S. 364 fg.

[14] Dabelow S. 596—606, Schweppe § 68, Gmelin § 64. 65. 68, Unterholzner S. 392, Bangerow § 593 Anm. Nr. III 1. 2. Sf. III. 309. X. 329, XII. 257.

[15] L. 9 C. 8, 17 [18] (vgl. l. 74 D. 23, 3). Scheinbare Ausnahme bei dem Privilegium der Leichenkosten, Paul. sentent. I, 21 § 15, l. 45 D. 11, 7, l. 14 § 1 D. eod. Bangerow § 594 Anm. S. 249—250 (7. Aufl. S. 222—223).

[16] Die hier genannten Forderungen bilden die erste Concursclasse (§ 270 [3. 4]). Dabelow S. 596—615, Schweppe § 68, Gmelin § 63—77, Sintenis § 94 [30].

Digitized by Google

höhere Alter keinen Vorzug gibt[17]. Davon gelten folgende Ausnahmen.

1. Den übrigen Privilegien geht vor das Privilegium der Leichenkosten[18], der fiscalischen Forderungen[19], und der Forderungen gegen den Banquier, soweit das deponirte Geld noch vorhanden ist[20].

2. Das Privilegium der Dotalforderung geht anderen jüngeren Privilegien vor[21].

3. Das Privilegium der Forderung gegen den Banquier, insoweit das deponirte Geld nicht mehr vorhanden ist, steht allen anderen Privilegien nach[22].

§ 272.

Zu dem Gesagten sind noch folgende Bemerkungen hinzuzufügen.

1. Zu vertheilende Masse ist nur, was übrig bleibt, nachdem: a) die fremden, nur factisch mit dem Vermögen des Schuldners vereinigten, Vermögensbestandtheile ausgesondert worden sind. Man pflegt die Personen, welche ein Recht auf eine Aussonderung dieser Art haben, Vindicanten[1] zu nennen. Zu den Vindicanten gehören auch diejenigen Berechtigten, denen zwar nur ein Forderungsrecht

---

[17] L. 32 D. 42, 5.

[18] S. die in Note [15] citirten Stellen.

[19] L. 34 i. f. D. 42, 5, Paul. sentent. V, 12 § 10.

[20] L. 7 § 2. 3 D. 16, 3. Vgl. Note [22]. Zwischen diesen drei Privilegien unter sich einen Unterschied zu machen, läßt sich aus den Quellen nicht rechtfertigen. Gewöhnlich gibt man dem Privilegium der Leichenkosten einen absoluten Vorzug. Aber wenn es auch in l. 45 D. 11, 7 heißt: „quae etiam omne creditum solet praecedere", so wird doch in l. 7 § 2 D. 16, 3 in gleicher Weise gesagt: „quoties foro cedunt nummularii, solet primo loco ratio haberi depositariorum", und sodann: „et ante privilegia . . . . depositariorum ratio habetur". Was den Fiscus angeht, s. Paul. sentent. V, 12 § 10: „Privilegium fisci est, inter omnes creditores primum locum tenere". Jedoch ist diese Frage für das Pandektenr. ohne Bedeutung, da die beiden erstgenannten Forderungen bereits in den früheren Concursclassen zur Befriedigung gelangen.

[21] L. 9 C. 5, 12. Die Annahme, daß das Dotalprivilegium nicht bloß jüngeren Privilegien vorgehe, erscheint doch trotz l. 12 pr. C. 8, 17 [18] zu gewagt. Vgl. Vangerow S. 251—252 (7. Aufl. S. 224—225).

[22] L. 24 § 2 D. 42, 5. Ueber das Verhältniß dieser Stelle zu der in Note [20] genannten gehen die Meinungen sehr auseinander. Der hier vertretenen (Vangerow'schen) Ansicht macht allerdings Schwierigkeit l. 8 D. 16, 3. Aber ist es denn nöthig, anzunehmen, daß die Compilatoren durch Anrückung dieser Stelle auch das im Vorhergehenden über den Rang des Privilegiums Gesagte haben aufnehmen wollen? Vgl. Vangerow S. 252—256 (7. Aufl. S. 225—228).

[1] Oder Separatisten ex iure dominii. Bayer § 51. § 272.

Digitized by Google

zusteht, welche aber dasselbe auch in der Form der Erhebung eines Eigenthumsanspruchs geltend zu machen befugt sind[2]. b) Auch nach dieser Aussonderung sind, ehe an die Gläubiger des Schuldners Etwas gelangt, vorher die s. g. Massagläubiger zu befriedigen, d. h. diejenigen, welche von der Masse als solcher etwas zu fordern haben[3].

2. Gewisse Gläubiger haben das Recht, aus einem besonderen Theil des Vermögens des Schuldners Befriedigung mit Ausschluß der übrigen Gläubiger zu verlangen[4], über welchen Theil dann möglicherweise ein besonderer Concurs entstehen kann[5]. Der Hauptfall, welcher hierher gehört, ist der, wo Jemand durch Erbschaft Schuldner geworden ist: in diesem Falle können die Erbschaftsgläubiger[6] Aussonderung der Erbschaft verlangen[7]. —

Eine fernere civilrechtliche Wirkung des Concurses ist, daß der Schuldner das Verfügungsrecht über sein Vermögen verliert[8].

§ 272a*.

Die Reichsconcursordnung geht, wie das Pandektenrecht, davon aus, daß die Concursgläubiger im Verhältniß ihrer Forderungen zu befriedigen sind[1]. Gewissen Forderungen gewährt auch sie ein Privilegium[2], während sie andere von der Befriedigung im Concurse

---

[2] S. I § 174[9] und die dort citirten Quellenzeugnisse und Schriftsteller.

[3] Entweder in Folge eines Rgeschäftes mit der Gläubigerschaft oder aus einem sonstigen Grunde, z. B. aus Reallasten, die während des Concurses erfallen. Bayer § 50. Auch die Concurskosten gehören hierher. Schweppe § 91.

[4] S. g. Separatisten ex iure crediti. Bayer § 21.

[5] S. g. Particularconcurs im Gegensatz zum Universalconcurs.

[6] Zu denen auch die Vermächtnißnehmer gehören. Dig. 42, 6 de separationibus, Cod. 7, 72. Das Nähere im Erbr. (III § 607). Vgl. noch Holzschuher a. a. O. Nr. 12. 13.

[7] Ueber die anderen Fälle, welche man, mit Recht oder Unrecht, hierher zu stellen pflegt, s. Bayer a. a. O., Dabelow Kap. 12, Schweppe § 148, Gmelin § 57—62. Fritz ACPra. XII S. 328 fg. Fitting das castrense peculium S. 162 fg. HGB. Art. 122. 169. [Jetzt KO. 207 fg.]

[8] Nach heutigem, nicht nach r. R. L. 9 vgl. l. 10 § 16 D. 42, 8. Bayer § 23. 24.

* Mandry § 28. [Weitere Litteratur dort Note [2].]

§ 272a. [1] KO. § 54 [61] i. A. und Ziff. 6.

[2] Es sind im Allgemeinen die höchst privilegirten Forderungen des früheren Rechts, mit Ausnahme der Forderung wegen der Leichenkosten, und mit Hinzufügung der Forderungen der Kirchen, Schulen, öffentlichen Verbände und öffentlichen Feuerversicherungsanstalten und der Kinder und Pflegebefohlenen. KO. 54 [61]. Mandry S. 308—310 [4. Aufl. (Geib) S. 357 fg.].

Digitized by Google

ausschließt[3]. Ein wesentlicher Gegensatz der Reichsconcursordnung gegen das frühere Recht besteht darin, daß sie die Pfandgläubiger nicht nöthigt, in den Concurs einzutreten; sie gewährt denselben ein Recht auf „Absonderung" der Pfandgegenstände[4], [d. h. auf abgesonderte Befriedigung aus den Gegenständen ihres Rechts. Genauer: es dienen der abgesonderten Befriedigung die Gegenstände, welche in Ansehung der Zwangsvollstreckung zum unbeweglichen Vermögen gehören, insoweit ein dingliches oder sonstiges Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus denselben besteht[4b]. Ferner haben Gläubiger, welche ein Faustpfandrecht haben, ein Recht auf abgesonderte Befriedigung aus den ihnen verpfändeten Gegenständen [4c].] Den [Faust-] Pfandgläubigern sind andere Gläubiger gleichgestellt[5]. Als Absonderungsberechtigte werden auch die Separatisten (ex iure crediti) des bisherigen Rechts bezeichnet[6]. Die Vindicanten des bisherigen Rechts haben nach dem Sprachgebrauch der Reichsconcursordnung ein Recht auf „Aussonderung"[7]. Die „Massekosten" und Masseschulden" sind auch nach der Reichsconcursordnung zu berichtigen, ehe die Concursgläubiger etwas erhalten[8]. Nichtig sind alle von dem Schuldner nach Eröffnung des Concurses vorgenommenen Rechtshandlungen, aber nur den Gläubigern gegenüber[9].

[1. Die Novelle zu KO. v. 17/5 1898 hat die Rangordnung der Concursgläubiger nur in zwei Punkten geändert. Während nach bisherigem Recht an erster Stelle nur Forderungen auf Dienstbezüge seitens solcher Personen standen, die sich dem Gemeinschuldner zu dauerndem Dienste verdungen hatten, ist jetzt nur erforderlich, daß der Gläubiger sich zur Leistung „von Diensten" verdungen hatte. (61, 1). Unter die an vierter Stelle aufgeführten Forderungen der Aerzte,

---

[3] Geldstrafen und Forderungen aus freigebigen Verfügungen, sodann die seit der Eröffnung des Concursverfahrens laufenden Zinsen. KO. 56 [63] Mandry S. 305 [335].

[4] KO. 39. 40. 3 Abs. 2. Sie weichen daher nicht weder den höchst privilegirten noch den Massegläubigern. Mandry S. 297—300 [337 fg.]

[4b] KO. 39, jetzt 47 (verändert)].

[4c] KO. 40, jetzt 48 (verändert)].

[5] So namentlich Verpächter wegen der eingebrachten Sachen und der Früchte, Vermiether wegen der eingebrachten Sachen. [Dazu Reichsges. 9/5 1894.] Außerdem die übrigen in § 41 [49 (verändert)] Genannten. Mandry S. 300—303 [346 fg.].

[6] KO. 43—45. [51. 52 (43 ist gestrichen)]. Mandry S. 290—297 [339 fg.].

[7] KO. 35—38. [43—46]. Mandry S. 284—290 [330 fg.].

[8] KO. 50—53. [57—60]. Mandry S. 303—304 [352 fg.].

[9] KO. 5. 6. [6. 7 (7 verändert)]. Mandry S. 99 fg. [112 fg.].

Digitized by Google

Wundärzte u. s. w. sind jetzt auch diejenigen der Thierärzte eingereiht (61, 4). Daß in § 61 Ziff. 5 die Mündel neben den Pflegebefohlenen besonders genannt sind, ist sachlich keine Aenderung; denn es waren unzweifelhaft unter den Pflegebefohlenen die Mündel mitzuverstehen.

2. Zur abgesonderten Befriedigung dienen nach der jetzigen Fassung des § 47 die Gegenstände, welche der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen unterliegen, für diejenigen, welchen ein Recht auf Befriedigung aus denselben zusteht. Der Abs. 2 des alten § 39, welcher in Bezug auf den Umfang der Immobiliarmasse, sowie in Bezug auf die Rangordnung der aus derselben zu befriedigenden Ansprüche auf Reichs- und Landesgesetze verwies, ist gestrichen. S. CPO 864 fg. u. Zwangsversteigerungsges. v. 24/3 1897. In Bezug auf das Absonderungsrecht an beweglichen Sachen und Rechten ist in § 48 nicht mehr Faustpfandrecht zur Voraussetzung gemacht, sondern ein durch Rechtsgeschäft bestelltes Pfandrecht. Dieß genügt, weil im BGB. das durch Rechtsgeschäft bestellte Pfandrecht grundsätzlich ein Faustpfandrecht ist, und sofern dieses Erforderniß sich modificirt, hat man doch die Pfandrechte, welche nicht Faustpfandrechte sind, im Concurs hinter die Faustpfandrechte nicht zurücksetzen wollen. Den rechtsgeschäftlichen Pfandgläubigern stellt § 49 eine Reihe anderer Gläubiger gleich, welche von der Reihe der in dem alten § 41 den Faustpfandgläubigern gleichgestellten sachlich nicht weit abweicht. Mit dem alten Text übereinstimmend ist Ziffer 1: die Reichskasse, die Staatskassen und die Gemeinden, sowie die Amts-, Kreis- und Provinzialverbände wegen öffentlicher Abgaben, in Ansehung der zurückgehaltenen oder in Beschlag genommenen zoll- und steuerpflichtigen Sachen; ebenso Ziffer 3 (vormals 7): diejenigen, welche etwas zum Nutzen einer Sache verwendet haben, wegen des den noch vorhandenen Vortheil nicht übersteigenden Betrages ihrer Forderung aus der Verwendung in Ansehung der zurückbehaltenen Sache. Statt der Ziffern 2, 3, 4, 5, 6, 9 des alten Textes nennt jetzt Ziffer 2 einfach: diejenigen, welche an gewissen Gegenständen ein gesetzliches oder ein durch Pfändung erlangtes Pfandrecht haben; demzufolge blieben in Ziffer 4 des neuen Textes (statt Ziffer 8 des alten) nur noch diejenigen zu nennen, welche nach dem HGB. in Ansehung gewisser Gegenstände ein Zurückbehaltungsrecht haben; denn die in dem alten Text daneben genannten gesetzlichen Pfandrechte des HGB. fallen unter die neue Ziffer 2. Die Einschränkungen, welche Ziffer 2 dem Absonderungsrecht des Vermiethers und Verpächters hinzufügt, entsprechen in Ansehung des Vermiethers dem bisherigen Recht nach dem Reichsges. vom 9/5 1894. Gestrichen ist der § 43 des alten Textes, welcher den Nachlaßgläubigern und Vermächtnißnehmern mit Bezug auf die von dem Gemeinschuldner vor der Eröffnung des Verfahrens erworbene Erbschaft ein Absonderungsrecht gibt, soweit sie nach den Landesgesetzen darauf Anspruch haben. S. statt dessen BGB. 1984 Abs. 2. KO. 226 Abs. 1.

3. Unverändert geblieben sind die Bestimmungen über das Aussonderungs-Recht.

4. Unwirksamkeit der Rechtshandlungen, welche der Gemeinschuldner nach der Eröffnung des Verfahrens vorgenommen hat, besteht, wie früher, den Gläubigern gegenüber. Der Erwerb im Vertrauen auf die Richtigkeit des Grundbuches (BGB. 892. 893) wird aber geschützt (KO. 7; vgl. 113). Ein Schutz des gut-

Digitized by Google

gläubigen Erwerbs beweglicher Sachen oder von Rechten an solchen findet dagegen nicht statt.

5. Besonders gestaltet ist der Concurs über das Vermögen einer Aktiengesellschaft (KO. 207. 208), einer offenen Handelsgesellschaft, einer Kommanditgesellschaft, einer Kommanditgesellschaft auf Aktien (KO. 209 fg.), einer juristischen Person, eines Vereines, der als solcher verklagt werden kann (KO. 213), über einen Nachlaß (KO. 214 fg), über das Gesammtgut der fortgesetzten Gütergemeinschaft (KO. 236).]

E. Zeit der Leistung.

1. Rechte Zeit der Leistung.

§ 273*.

Das Forderungsrecht kann möglicherweise eine Zeitbestimmung in sich tragen, kraft Rechtsvorschrift[1], oder, was gewöhnlicher ist, kraft der das Forderungsrecht begründenden Willenserklärung[2]; möglicherweise ist es zeitlich unbestimmt. Ist es zeitlich unbestimmt, so ist der Schuldner verpflichtet, die Leistung zu bewirken, sobald der Gläubiger sie fordert[3]; jedoch muß ihm der Gläubiger diejenige Frist gewähren, welche die Leistung ihrer Natur nach nöthig macht[4].

---

* Unterholzner I § 109—111. 169, Savigny Obl. I § 50, Sintenis II S. 151—154. Vergl. auch Gruchot die Lehre von der Zahlung der Geldschuld (Berlin 1871) S. 130—172.

[1] S. z. B. l. un. § 7 C. 5, 13. § 273.

[2] § 2 I. 3, 15, § 26 I. 3, 19, l. 50 D. 44, 7, l. 42 D. 45, 1, l. 41 pr. eod., l. 17 § 3 D. 40, 4, l. 217 § 1 D. 50, 16, l. 11 § 6 D. 32. Sf. III. 14, IV. 108, XIII. 228; III. 151, VIII. 249, IX. 15, XII. 233, XIV. 121, XV. 7. 218, XVII. 18, XX. 111. 112, XXII. 124, XXIII. 116. 217, XXVII. 105. 213, XXIX. 226. 227, XXX. 127. Kierulff Entscheidungen des OAG. zu Lübeck I. 41. Bl. f. RAnw. XXXIII S. 157 fg. Vgl. auch Sf. XV. 191, XVI. 23. 24, XVII. 227, XXXI, 18. Vergl. I § 96. Auch Holzschuher III § 227 Nr. 8. a. [S. auch unt. § 371 [3]. Lieferung in zwei Jahren in regelmäßigen Zwischenräumen: RG. XXXIII S. 54 fg.; successive im Laufe des Jahres: Sf. XLVI. 212; Zahlung bei Sicht des Schuldscheins: Sf. XLIX. 154; Zahlung Cassa: Sf. XLIX. 110; Zahlung, sobald es dem Schuldner in seinem Geschäft möglich sei: Sf. XLVII. 100; „though I do not bind myself to any specific time within which to make that payment": RG. XXXIV S. 15 fg.]

[3] L. 213 pr. D. 50, 16, l. 14 D. 50, 17, l. 41 § 1. l. 42 D. 45, 1. Sf. VIII. 240. Ausnahmsweise ist der Schuldner verpflichtet, die Leistung sofort, ohne Aufforderung des Gläubigers, zu bewirken. S. § 278, 2 u. 3.

[4] L. 186 D. 50, 17, l. 14. l. 41 § 1. l. 60. l. 73 pr. l. 98 § 1. l. 137 § 2. 3 D. 45, 1, l. 2 § 6 D. 13, 4, § 5 I. 3, 15, § 27 I. 3, 19. Ueber l. 72 § 2 D. 45, 1 s. Unterholzner S. 227, Sintenis § 91 [12]. Vgl. l. 105 D. 46, 3; l. 71 § 2 D. 30, l. 21 D. 5, 1. Besonderes R. des Constitutum: l. 21 § 1 D. 13, 5. Bruns ZS. f. RGesch. I S. 62. 91.

Digitized by Google

Trägt das Forderungsrecht eine Zeitbestimmung in sich, so ist der Schuldner nicht verpflichtet, die Leistung vor der bestimmten Zeit zu bewirken[5]. Ob er verpflichtet ist, mit dem Herankommen des bestimmten Zeitpunktes die Leistung sofort zu bewirken, oder ob er auch jetzt noch die Anforderung des Gläubigers erwarten darf, hängt von dem Sinn ab, in welchem die Zeitbestimmung getroffen ist[5a].

Eine Leistung, mit deren Einforderung der Gläubiger nicht mehr zu warten braucht, nennt man eine fällige Leistung; man sagt aber auch von dem Forderungsrecht selbst, daß es fällig sei[6].

Eine andere Frage ist, zu welcher Zeit der Schuldner zu leisten berechtigt sei, d. h. zu welcher Zeit er durch Leistung dem Forderungsrechte Genüge thue und daher von dem Gläubiger Annahme der Leistung verlangen könne? Auf diese Frage ist zu antworten: der Schuldner ist regelmäßig zur Leistung berechtigt sogleich nach Entstehung des Forderungsrechts, vorausgesetzt daß die gewählte Zeit keine unpassende ist. Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn eine Zeitbestimmung für die Leistung lediglich im Interesse des Gläubigers getroffen worden ist[7].

[1. Nach §§§. kann der Gläubiger die Leistung sofort (s. I S. 466 unter 4) verlangen, der Schuldner sie sofort bewirken, wenn eine Zeit für die Leistung weder bestimmt, noch aus den Umständen zu entnehmen ist. (271 Abs. 1). Die Bestimmung kann auf Rechtsvorschrift beruhen (551. 581 Abs. 2. 584. 604. 608. 609. 614. 641. 699 u. s. w.), oder auf ausdrücklicher rechtsgeschäftlicher Verfügung. Bei stillschweigender rechtsgeschäftlicher Verfügung kann man sowohl sagen, daß eine Leistungszeit bestimmt ist, wie, daß sie den Umständen zu entnehmen ist. Das Letztere trifft aber auch dann zu, wenn die Umstände, gewürdigt nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte, eine bestimmte Leistungszeit als die angemessene ergeben, ohne daß dieß auf den Willen der Parteien, auf eine stillschweigende Willenserklärung, zurückzuführen ist.

2. Ist eine Zeit der Leistung bestimmt, so gilt die Bestimmung, wie im gemeinen Recht, im Zweifel nur zu Gunsten des Schuldners; der Gläubiger kann nicht früher verlangen, der Schuldner darf aber früher leisten (271 Abs. 2).

---

[5] § 2 I. 3, 15, l. 42 D. 45, 1, l. 213 pr. D. 50, 16. Vgl. I § 96 [4. 5].

[5a] S. § 278, 1.

[6] Die Quellen sagen: dies venit. L. 213 pr. D. 50, 16. Cedere diem significat, incipere deberi pecuniam: venire diem significat, eum diem venisse, quo pecunia peti possit. Ubi pure quis stipulatus fuerit, et cessit et venit dies; ubi in diem, cessit dies, sed nondum venit; ubi sub condicione, neque cessit neque venit dies pendente adhuc condicione".

[7] L. 39 D. 46, 3, l. 38 § 16 D. 45, 1 (l. 70 D. 46, 3), l. 41 § 1. l. 137 § 2 D. 45, 1, l. 17 D. 50, 17. Vgl. l. 43 § 2 D. 31, l. 15 D. 33, 1. Mommsen Beitr. zum Obligationenr. III S. 156—158. [Sf. XLVI. 175].

Digitized by Google

3. Die Beweislast beim Streit darüber, ob eine und welche Leistungszeit bestimmt oder den Umständen zu entnehmen sei, hat das BGB. nicht geregelt. Planck zu § 271, 1 a. E. nimmt an, daß derjenige zu beweisen hat, welcher eine Abweichung von dem gesetzlichen „sofort" behauptet. M. E. trifft dieß nicht allgemein zu, sondern es muß, wenn der Kläger die ausdrückliche Bestimmung eines näheren Termins behauptet, als der Beklagte zugibt, oder die Fristlosigkeit eines Versprechens behauptet, während der Beklagte nur ein befristetes zugibt, der Kläger den Beweis des näheren Termins oder des unbefristeten Versprechens führen. Denn in beiden Fällen gibt der Beklagte nicht das Rechtsgeschäft zu, welches der Kläger behauptet und zu seinem Siege behaupten muß (vgl. I § 96 [2]. § 86 [4]). Wenn dagegen der Thatbestand der rechtsgeschäftlichen Erklärungen unstreitig ist, aber Streit darüber besteht, ob diesen Erklärungen im Wege der Auslegung eine Befristung zu entnehmen ist, so muß der Richter, wenn er nicht nach seiner Ueberzeugung zur Bejahung dieser Frage kommen kann, gemäß § 271 für sofortige Leistung entscheiden. Das Gleiche gilt, wenn die Nebenumstände unstreitig sind, aber über ihre Bedeutung für die Annahme einer Leistungszeit gestritten wird. Wenn der Schuldner unter Leugnen des Klägers solche Nebenumstände behauptet, aus denen er eine Leistungszeit gefolgert wissen will, so wird er diese zu beweisen haben. Umstände, welche der Gläubiger anführt, um die Schlußkraft der vom Schuldner angeführten zu beseitigen, hat der Gläubiger zu beweisen. Die Stundung einer ursprünglich unbefristeten Forderung hat der Schuldner zu beweisen. Steht fest, daß eine Leistungszeit bestimmt ist, und behauptet der Gläubiger, daß sie (ausnahmsweise) dem Schuldner das Recht der Vorausleistung abschneide, so hat er die thatsächlichen Gründe hierfür zu beweisen.]

Interusurium.

§ 274.

Es kann das Bedürfniß entstehen, den gegenwärtigen Werth einer erst künftig fälligen Forderung zu bestimmen [1]. Dieser Werth ist, vorausgesetzt daß das Forderungsrecht sich nicht auf die Nutzungen

[1] Z. B. bei der Berechnung der falcidischen Quart, wenn in der Erbschaft § 274. Forderungen sich befinden, welche noch nicht fällig sind, oder wenn ein Vermächtniß auf die Auszahlung einer noch nicht fälligen Forderung geht, oder es selbst erst nach einer gewissen Zeit ausgezahlt werden soll (l. 1 § 10. l. 45 pr. l. 66 pr. D. 35, 2). Oder ein Schuldner zahlt zur Verkürzung seiner Gläubiger eine noch nicht fällige Forderung voll aus, wo der Empfänger zurückgeben muß, was er über den gegenwärtigen Werth der Forderung erhalten hat (l. 10 § 12. l. 17 § 2 D. 42, 8). Oder ein Schuldner wird ausnahmsweise zur Leistung vor dem Verfalltage gezwungen (l. 24 § 2 D. 24, 3). Oder die Parteien werden darüber einig, daß eine künftig fällige Forderung mit Reducirung auf ihren gegenwärtigen Werth gleich jetzt abgetragen werden soll. — Man darf aber nicht den Satz aufstellen, daß der Gläubiger auch gegen seinen Willen mit dem gegenwärtigen Werth seiner künftig fälligen Forderung abgefunden werden könne. Vgl. Vangerow III § 587 Anm. Nr. VII. VIII, Petzoldt ZS. f. RPfl. und Verwalt. in Sachsen N. F. XIX S. 386—400.

Digitized by Google

des Leistungsgegenstandes erstreckt, geringer als der Nominalbetrag der Forderung. Der Hauptfall, welcher hierher gehört, ist der einer künftig fälligen unverzinslichen Geldforderung; die Differenz zwischen dem gegenwärtigen Werth und dem Nominalbetrag einer solchen Forderung pflegt man Interusurium[2] zu nennen (in der kaufmännischen Sprache Rabatt oder Disconto). Die Berechnung des Interusurium[3] geschieht in der Weise, daß ein Kapital gesucht wird, welches mit Hinzufügung der von demselben bis zum Verfalltermine zu ziehenden Zinsen dem Gläubiger die ihm geschuldete Summe gewährt. Ob dabei auch auf Zinseszinsen Rücksicht zu nehmen sei[4], hängt davon ab, ob

---

[2] Der Ausdruck interusurium bezeichnet eigentlich den Zins, welcher von der schuldigen Summe bis zum Verfalltage gezogen werden kann, l. 9 § 8 D. 15, 1, l. 66 pr. D. 35, 2. Entsprechende allgemeinere Ausdrücke sind: commodum temporis, medii temporis commodum, repraesentationis commodum (l. 24 § 2 D. 24, 3, l. 82 pr. D. 31, l. 45 pr. D. 35, 2, l. 1 § 10 eod., l. 1 § 2. 12 D. 33, 4, l. 10 § 12 D. 42, 8). Vgl. Fritz Erläut. II S. 129—131.

[3] Schrader civil. Abhandlungen Nr. 2 (1816), F. Zachariä über die richtige Berechnungsart des Interusurii (1831). Oettinger ACPra. XXIX S. 33 fg. (1846). P. F. Keil das Interusurium (1854). Fritz Erläut. II S. 128—136, Unterholzner I § 132, Bangerow III § 587 Anm., Sintenis II S. 155—156.

[4] Dieß thut die s. g. Leibnitz'sche Berechnung (Leibnitz meditatio iuridico-mathematica de interusurio simplice in den Acta eruditorum von 1683 p. 425. 599), im Gegensatz zu der s. g. Hoffmann'schen Berechnung (G. A. Hoffmann Klugheit Haus zu halten oder Prudentia oeconomica, nebst einem Anhang vom interusurium, 1731). — Eine dritte Art der Berechnung, die s. g. Carpzov'sche (Ben. Carpzov opus decisionum ill. Saxon. P. III dec. 275 [1654]), findet die gesuchte Summe einfach dadurch, daß sie an dem Nominalbetrag der Forderung den Betrag der Zinsen der Zwischenzeit in Abrechnung bringt — also dem Gläubiger abzieht, was derselbe zu viel erhalten haben würde, wenn ihm gegeben worden wäre, was ihm nicht gegeben wird. Diese letztere Art der Berechnung, so handgreiflich unrichtig sie ist, liegt doch der einzigen Quellenstelle zu Grunde, in welcher die Größe des Interusurium bestimmt wird, l. 88 § 3 D. 35, 2. Man ist aber darüber einverstanden, daß wir durch diesen Versuch der Lösung einer reinen Rechnungsaufgabe nicht gebunden sind. (Es ist übrigens zu bemerken, daß die in der genannten Stelle unmittelbar beantwortete Frage eine andere ist. Die Frage, welche daselbst aufgeworfen wird, ist: wenn A 100 als Vermächtniß erst jetzt erhält, B 100 bereits vor einer gewissen Zeit erhalten hat, um wie viel hat A weniger als B? Die richtige Antwort wäre gewesen: A hat 100, B 100 + x. Statt dessen sagt die Stelle, indem sie den Standpunkt der Zeit, wo auch A erhält, verläßt, und sich auf den Standpunkt der Zeit stellt, wo B erhalten hat: das Vermächtniß des B beträgt 100, das des A 100 — x.) — KO. § 58. [jetzt 65. Hoffmann'sche Methode bei Berechnung des Baarwerths einer betagten Forderung, die im Konkurs als fällig gilt. S. auch KO. 63, jetzt 70].

Digitized by Google

und in wie weit nach den besonderen Umständen des Falles der Gläubiger sich in der Lage befindet, die gezogenen Zinsen wieder zinsbar anlegen zu können [5].

[Das BGB. setzt in § 272 als selbstverständlich voraus, daß der Zinslauf einer verzinslichen Schuld aufhört, wenn dieselbe vor der Fälligkeit bezahlt wird. Die Frage, ob der Gläubiger solche vorzeitige Zahlung annehmen muß, regelt sich nach § 271 Abs. 2. Danach kann zwar im Zweifel bei befristeter Schuld der Schuldner vorauszahlen, aber die Verzinslichkeit der Schuld wird oft die Annahme des Gegentheils begründen (vgl. BGB. 609 Abs. 3). Wenn der Schuldner eine unverzinsliche Schuld vor der Fälligkeit bezahlt, was er gemäß § 271 Abs. 2 regelmäßig darf, so ist er, wie im gemeinen Recht (1), zu einem Abzug wegen des Zwischenzinses nicht berechtigt (272) und kann denselben (entgegen der von Windscheid für das gemeine Recht vertretenen Ansicht [§ 426[8]]) auch bei irriger Vorausleistung nicht condiciren (813 Abs. 2). Dagegen gibt es Fälle, in denen ein Gläubiger eine Forderung unter Abzug des Zwischenzinses vorzeitig einziehen kann (1133. 1217). Die Berechnung des Zwischenzinses erfolgt dann wie in KO. 65 unter Zugrundelegung der gesetzlichen Zinsen in der gleichen Weise wie im gemeinen Recht (Hoffmann'sche Methode).]

Unfreiwillige Stundung. Moratorium*.

§ 275.

Ausnahmsweise darf der Gläubiger trotz der Fälligkeit der Leistung dieselbe doch nicht einfordern:

1) zufolge der dem Schuldner zustehenden Rechtswohlthat des Nothbedarfs (§ 267).

2) Nach römischem Recht sind, wenn diejenigen Gläubiger, welche von dem Gesammtbetrage der Schulden des Schuldners den größeren Theil zu fordern haben, Gewährung einer Zahlungsfrist beschließen, dadurch die übrigen Gläubiger gebunden, jedoch nur auf fünf Jahre. Ist der Betrag der Forderungen auf beiden Seiten gleich, so entscheidet die Mehrzahl der Forderungsberechtigten. Ist auch die Zahl der Forderungsberechtigten gleich, so gilt die Frist als gewährt [1].

---

[5] Dieser Gedanke ist namentlich in der Keil'schen Schrift ausgeführt, während Oettinger sich bemüht, die Leibnitz'sche Berechnung als die allein richtige nachzuweisen. Dieser Beweis war, wenn gefragt wird, welche Berechnung die mathematisch genaue sei, nicht nöthig; auf juristische Momente nimmt Oettinger keine Rücksicht. (Näheres über die Ausführungen Oettinger's in den früheren Auflagen bis zur vierten.)

* Holzschuher III § 230.

[1] Diese Bestimmungen traf Justinian in l. 8 C. 7, 71. Pfeiffer praktische Ausführungen IV S. 61 fg. Kommt die Stundung den Bürgen der Minorität zu Gute? Nein, nach Analogie von l. 58 § 1 D. 17, 1 (§ 358[4]). § 275.

Digitized by Google

Dieses Recht ist durch die neue Reichsgesetzgebung[2] in der Weise beseitigt, daß gegenwärtig den Gläubigern eine unfreiwillige Stundung nur nach eröffnetem Concurse und nur nach den durch diese Gesetzgebung bestimmten Regeln auferlegt werden kann[3]. [Diese Stundung ist kein selbständiges Institut, sondern es besteht nur die Möglichkeit, daß der Zwangsvergleich der KO. eine Stundung enthält (ausschließlich oder neben sonstigen Bestimmungen). Vgl. unt. § 358.]

3) In gleicher Weise ist durch die neue Reichsgesetzgebung der Satz des bisherigen Rechts beseitigt[4], daß dem Schuldner durch Verfügung des Landesherrn ein Zahlungsausstand (Moratorium) gewährt werden kann[5].

2. Verzug*.

a. Begriff.

§ 276.

Wenn der Schuldner die Zeit, zu welcher er die Leistung zu bewirken verpflichtet war, hat verstreichen lassen, ohne die Leistung zu

---

[2] EG. z. KO. 4.

[3] KO. 160 fg. [173 fg.] Es ist erforderlich die Zustimmung der Mehrheit der in dem gerichtlich angesetzten Termine erschienenen Gläubiger und daß die Gesammtsumme der Forderungen der Zustimmenden drei Viertheile der Gesammtsumme aller zum Stimmen berechtigenden Forderungen beträgt. Der Vertrag bedarf der Bestätigung des Concursgerichtes. Vgl. Mandry § 41[5].

[4] EG. z. CPO. 14, 4, EG. z. KO. 4.

[5] Unterholzner I S. 371, Sintenis II S. 157—158, Seuffert § 252, Bayer Concursproc. § 36. RPO. 1577 Tit. 23 § 4. Die Bezeichnung „Moratorium" rührt ohne Zweifel von dem in l. 2 C. 1, 19 vorkommenden Ausdruck „moratoria praescriptio" her, welcher Ausdruck aber nichts bezeichnen will, als verzögerliche Einrede überhaupt. Ferneres über dieses Institut in den früheren Auflagen bis zur 4. Note [2. 3. 4].

* Dig. 22, 1 de usuris et fructibus et causis et omnibus accessionibus et *mora*. — v. Madai die Lehre von der Mora (1837). C. W. Wolff zur Lehre von der Mora (1841). Fr. Mommsen Beitr. z. Obligationenr. 3. Abth.: die Lehre von der Mora (1855). (Zu der letzteren Schrift: Windscheid Heidelb. kr. ZS. III S. 253—278 [1856].) Kniep die Mora des Schuldners nach r. und heutigem R., 2 Bde. (1871. 1872). (Diese Schrift ist die Frucht ernster Arbeit; aber ich bezweifele, daß der erreichte Erfolg der aufgewendeten Mühe entspricht.) Eine Uebersicht der älteren Literatur bei Madai S. V—XIV. Ryk Lehre von den Schuldverhältnissen S. 427 fg. (1889). Unterholzner I § 52—59, Fritz Erläut. II S. 325—347, Vangerow III § 588, Sintenis II § 93, Brinz 2 Aufl. II § 271—274, Unger in Haimerl's VJS. XIV S. 125 fg., Holzschuher III § 233. Vgl. noch Ernst rhistorische Begründung der mora. Berner Diss. 1882.

Digitized by Google

bewirken, so ist er in Verzug[1]. Im technisch-juristischen Sinn des Wortes wird aber nur von demjenigen Schuldner gesagt, er sei in Verzug, welchem der Verzug zur Schuld angerechnet werden kann[2]. Der juristische Verzug — welcher fortan Verzug schlechthin genannt werden wird — hat rechtliche Folgen (§ 280); dieß macht es nöthig, seine Voraussetzungen näher zu bestimmen (§ 277—279)[3].

b. Voraussetzungen.

§ 277.

Der Verzug setzt voraus:

1) ein gültiges, mit keiner Einrede behaftetes, klagbares Forderungsrecht[1];

2) daß diejenige Zeit, zu welcher der Schuldner die Leistung zu bewirken verpflichtet war, ohne Leistung verstrichen sei. Welches diese

---

[1] Der lateinische Ausdruck ist „mora". Es braucht nicht erst gesagt zu werden, daß dieser Ausdruck keine nothwendige Beziehung auf die Nichterfüllung einer Verbindlichkeit hat. Vgl. z. B. l. 5 D. 1, 16: — „quid enim si necessariam moram in itinere patiatur?" Mora bezeichnet ferner auch Zeitablauf im Allgemeinen, vgl. z. B. l. 14 [15] D. 3, 5, l. 53 D. 5, 3, l. 51 D. 15, 1, und Mommsen § 1[9], Kniep S. 3 fg. § 276.

[2] S. namentlich l. 24 pr. D. 22, 1 und l. 127 D. 45, 1. L. 24 pr. cit. „Si quis solutioni quidem moram fecit, iudicium autem accipere paratus fuit, non videtur fecisse moram, utique si iuste ad iudicium provocavit". — Zur Bezeichnung dieser doppelten Art des Verzuges gebraucht Wolff die Ausdrücke „objectiver, subjectiver Verzug". Man wird die Bezeichnung nicht unpassend finden dürfen; aber mit Recht erklärt sich Mommsen (§ 1) dagegen, daß der objective Verzug dem subjectiven als besonderes Rsinstitut gegenübergestellt werde. — Kniep a. a. O. unterscheidet die „technische Mora" in die auf Grund der Mahnung eintretende und die ohne Mahnung eintretende. Jene sei die „eigentliche", diese nur eine „abgeleitete". In Folge davon will Kniep nicht sowohl von Wirkungen des Verzugs, als von Wirkungen der Mahnung geredet wissen. Zu der eigentlichen technischen Mora zählt er aber auch die durch Ablauf der Leistungsfrist von selbst eintretende; aber, meint er, der dies erzeuge auch nicht sowohl die Wirkungen des Verzugs als die Wirkungen der Mahnung — dies interpellat pro homine!

[3] Auch der Gläubiger kann in Verzug sein, in Betreff der Annahme der Leistung, zu welcher der Schuldner bereit ist — mora creditoris oder mora accipiendi im Gegensatz zur mora debitoris oder mora solvendi. Es ist nicht gerechtfertigt, den Verzug des Gläubigers mit dem Verzug des Schuldners in derselben Darstellung zusammenzufassen. Der Verzug des Schuldners gehört in die Lehre vom Inhalt, der Verzug des Gläubigers in die Lehre von der Aufhebung des Forderungsr. S. § 345. 346.

[1] L. 54 D. 2, 14, l. 40 D. 12, 1, l. 78 pr. D. 31, l. 127 D. 45, 1, l. 88 D. 50, 17. Liquidität der Forderung? Vgl. Sf. XX. 113. § 277.

Digitized by Google

Zeit sei, ist im Allgemeinen bereits in § 273 gesagt worden; näher wird davon im folgenden § gehandelt werden. Es muß sodann

3) der Schuldner gewußt haben, daß er leisten, und gerade jetzt, und gerade so leisten müsse, wie es von ihm verlangt wird[2]. Unentschuldbarer Irrthum gilt dem Wissen gleich[3]. Endlich muß

4) dem Schuldner kein sonstiger Entschuldigungsgrund zur Seite stehen, durch welchen es gerechtfertigt wird, daß er nicht rechtzeitig geleistet hat[4]. Ob dieß der Fall ist, hat zwar der Richter im einzelnen Fall nach seinem Ermessen zu bestimmen[5]; wenn sich aber der Schuldner darauf beruft, daß ihm die rechtzeitige Leistung unmöglich geworden sei, so sind die in § 264 entwickelten Grundsätze maßgebend. War daher das Hinderniß, welches die rechtzeitige Leistung ausgeschlossen hat, schon zur Zeit der Begründung des Forderungsrechts vorhanden, so kann sich der Schuldner auf dasselbe berufen, wenn es ein objectives, nicht, wenn es ein bloß subjectives war[6]. Ist dagegen das Hinderniß erst später eingetreten, so ist zu unterscheiden, ob der Schuldner an demselben schuld ist oder nicht, und dabei wird der Richter darauf Rücksicht nehmen müssen, ob der Schuldner nach dem Inhalt des obligatorischen Verhältnisses bloß wegen Arglist, oder auch, und in wie weit, wegen Nachlässigkeit

---

[2] Daher l. 63 D. 50, 17: „Qui sine dolo malo ad iudicium provocat, non videtur moram facere", und ebenso l. 24 pr. D. 22, 1. (§ 276 [3]). Dagegen l. 82 § 1 D. 45, 1: „Et hic moram videtur fecisse, qui litigare maluit, quam restituere" Sf. VII. 291. S. auch l. 21 i. f. l. 22 D. 22, 1., l. 3 pr. eod. vgl. mit l. 89 § 1 D. 35, 2, l. 99 D. 50, 17, und vgl. auch l. 13 pr. D. 16, 3. Sf. XII. 134, XIII. 12, XXXI. 19.

[3] L. 5 D. 12, 1., 1. 42 D. 50, 17. Vgl. zu dieser und der vorhergehenden Note Mommsen S. 57—61. — Das ganze Erforderniß des Wissens bez. Wissenmüssens leugnet Kniep I S. 330 fg. Ueber die Interpretationen, durch welche Kniep diese Behauptung zu rechtfertigen sucht, wird man sich nicht wundern, wenn man sieht, wie er sich auf S. 378 in Betreff einer andern Frage (9) ausdrückt. „Diese Ungereimtheiten sind so augenscheinlich, daß man keinen Anstand nehmen dürfte, das Corpus Juris zu berichtigen, falls es sich nicht willfährig erweisen sollte".

[4] L. 5 D. 12, 1: — „animadverti debebit . . . in potestate tua fuerit id nec ne, aut dolo malo feceris, quominus esset vel fuerit nec ne . .". L. 17 § 3 D. 22, 1: — „quid enim potest imputari ei, qui solvere, etiamsi vellet, non potuit"? S. außerdem l. 21. l. 23 pr. D. 22, 1., und vgl. auch l. 9 § 1 eod., l. 23 § 1 D. 4, 8, l. 47 pr. D. 30. [RG. XXXVI S. 40 fg.]

[5] L. 91 § 3 D. 45, 1: — „esse enim hanc quaestionem de bono et aequo, in quo genere plerumque sub auctoritate iuris scientiae perniciose . . erratur". Vgl. auch l. 32 pr. D. 22, 1.

[6] L. 137 § 4 D. 45, 1.

Digitized by Google

haftet[7]. Auch Zahlungsunfähigkeit, wenn sie durch unverschuldete Unglücksfälle herbeigeführt worden ist, muß als Entschuldigungsgrund angesehen werden[8.9].

---

[7] Dieß ist in den Quellen nicht ausdrücklich gesagt, es läßt sich aber nicht abweisen. Wenn Jemand bei dauernder Unmöglichkeit nur wegen Arglist haftet, wie will man ihn für Nachlässigkeit verantwortlich machen, wenn die Unmöglichkeit bloß eine zeitweilige ist? Vgl. auch l. 13 pr. D. 16, 3. Oder warum soll er umgekehrt im letzteren Fall milder behandelt werden, wenn ihm die dauernde Unmöglichkeit schon bei Nachlässigkeit zur Schuld angerechnet wird? Aus der l. 5 D. 12, 1 (4) ein argumentum a contrario herleiten zu wollen, ist gewiß unzulässig (Mommsen S. 67). Ueber die verschiedenen Ansichten s. Madai S. 10, Wolff S. 255 fg., Mommsen S. 14. 23. 67—69; Hartmann die Obligation S. 239, Brinz 1. Aufl. 288 fg.

[8] Dieser Satz wird von der herrschenden Meinung nicht anerkannt (gegen denselben neuestens Hartmann die Obligation S. 234. 256. Jahrb. f. Dogm. XXII S. 488, Brinz 1. Aufl. S. 290), aber er folgt aus dem aufgestellten Princip. Vgl. Seuffert § 245[18], Windscheid Heid. kr. ZS. II S. 112. Dawider spricht auch nicht l. 137 § 4 D. 45, 1 Denn diese Stelle handelt von dem Falle, wo die Mittellosigkeit des Schuldners gleich zu Anfang, schon zur Zeit des abgegebenen Versprechens, vorhanden war; für diesen Fall ist die zu Note [6] bemerkte Regel maßgebend. — Einfluß des Concurses: Sf. VI. 117, X. 323, XIII. 306, XVIII. 25. Vgl. Kniep I S. 392 fg. [Nach heutigem Concursr. ist zu sagen: 1) Ist der Schuldner zu einer persönlichen Handlung, nicht zu einer Leistung aus seinem Vermögen, verpflichtet, so ist die Concurseröffnung für die Möglichkeit des Verzuges ohne Bedeutung; denn sie beeinträchtigt den Schuldner nicht in der Möglichkeit der Erfüllung seiner Verbindlichkeit. Wegen eines vor der Concurseröffnung begründeten Verzuges kann das Verzugsinteresse als Concursforderung geltend gemacht werden, wegen eines nach der Concurseröffnung begründeten Verzuges dagegen nicht. 2) Hat der Schuldner eine Leistung aus seinem Vermögen zu machen, so kommt in Betracht, daß er durch die Concurseröffnung die Befugniß verliert, über sein zur Concursmasse gehöriges Vermögen zu verfügen (KO. 5 [6]) und daß die Concursgläubiger nur nach Maßgabe der Concursordnung Befriedigung verlangen können (KO. 10 [12]. 11 [14]). Danach ergibt sich, daß der Gemeinschuldner nicht in Verzug gesetzt werden kann. Wenn der Concursverwalter einen Vertheilungsbetrag dem Berechtigten auszukehren schuldhaft verzögert, so macht er sich persönlich verantwortlich, wie aus dem bisherigen § 74 KO. zu folgern war und in dem neuen § 82 deutlicher ausgesprochen ist. Daß bei solcher Verzögerung dagegen ein Verzugsinteresse gegen die Concursmasse als Masseschuld zu liquidiren sei (Sarwey-Bossert Comm. z. KO. § 2 Anm. 2, 4, c) ist m. E. zu leugnen, und jedenfalls würden Verzugszinsen der Dividende angesichts des § 56 [63] Ziff. 1 KO. nicht gefordert werden können. War der Gemeinschuldner schon vor Eröffnung des Verfahrens in Verzug gesetzt, so kann die Forderung nebst Verzugszinsen eventuell sonstigem Verzugsinteresse, berechnet bis zur Eröffnung des Verfahrens, in dem Concursverfahren geltend gemacht werden, und die gesteigerte Verhaftung in Ansehung des Leistungsgegenstandes (Haftung für Zufall! unt. § 280, 2) bleibt zu Lasten der Concursmasse bestehen; Verzugszinsen seit der Concurseröffnung können aber nicht geltend gemacht werden (KO. 56 [63] Ziff. 1), und folgerichtig auch nicht anderweitiges Interesse wegen fernerer Verzögerung. 3) Im Falle eines R. auf abgesonderte Befriedigung (KO. 39 fg. [47 fg.]) unabhängig vom Concursverfahren

Digitized by Google

§ 278.

Die Zeit, zu welcher der Schuldner die Leistung zu bewirken verpflichtet ist, muß regelmäßig durch Aufforderung des Gläubigers

---

KO. 3 [4] hat die Concurseröffnung, soweit es sich um die abgesonderte Befriedigung handelt, auch in Ansehung des Verzuges keinen Einfluß. 4. Aussonderungsansprüche beziehen sich stets nur auf die Aussonderung des dem Gemeinschuldner nicht gehörigen Gegenstandes aus der Concursmasse, nicht auf Schadensersatz wegen Verzögerung der Herausgabe oder wegen Untergangs des Gegenstandes; die letzteren Ansprüche können, wenn überhaupt, nur als Concursforderungen geltend gemacht werden. War der Gemeinschuldner mit der Herausgabe schon vor Eröffnung des Verfahrens im Verzuge, so ist der Anspruch auf das Verzögerungsinteresse Concursforderung, und die durch den Verzug begründete gesteigerte Haftung in Ansehung des Gegenstandes bleibt auch zu Lasten der Concursmasse bestehen. Liegt zur Zeit der Eröffnung des Concursverfahrens kein Verzug vor, so kann der Concursverwalter in Betreff der Herausgabe der in seinen Händen befindlichen Sache in Verzug gesetzt werden, und die Folgen dieses Verzuges sind Masseschuld (KO. 52 [59], 1): der Concursverwalter haftet aber auch persönlich so ausdrücklich der neue § 82 KO.: Vgl. Sarwey-Bolley: Comm. z. KO. § 2 Anm. 2, 4, b. c.]

[1] Der Satz, daß der juristische Verzug durch jeden Entschuldigungsgrund ausgeschlossen werde, ist nicht allgemein anerkannt. Einige Schriftsteller wollen bei den in den Quellen ausdrücklich genannten Entschuldigungsgründen stehen bleiben, oder lehren doch, daß der Schuldner sich auf solche Entschuldigungsgründe nicht berufen könne, welche ihren Grund in seiner Person haben. Man hat dieser Meinung den nicht sehr glücklichen Ausdruck gegeben: zur mora sei keine culpa erforderlich. Verteidigt wird sie namentlich von Schömann Handbuch des Civilr. II Nr. 11 und Lehre vom Schadensersatz II S. 10 fg., Benfey in der Allg. Civ. Zeit. von 1842 S. 351 fg., Gerau ZS. f. CR. u. Pr. N. F. II S. 218—249, Puchta § 268 [a] § 269 [b], Sintenis II § 93 [50] und S. 208, C. Esmarch inter moram solvendi et culpam a debitore praestandam quae sit differentia ex iure Romano quaeritur Habilitationsschrift, 1852; dieser Schriftsteller beschränkt aber die Wirkungen des Verzugs sehr). Gegen die angeführte Meinung sind namentlich zu vergleichen Nadai § 2, Wolff S. 252 fg. (aber auch dens. S. 289—291), Mommsen § 2. 8, Vangerow III § 588 Anm. 1. Ruf S. 427. 432. Unter den Argumenten für diese Meinung findet eine Hauptstelle die l. 137 § 4 D. 45. 1. Aber diese Stelle enthält, wie bereits bemerkt wurde, nur den Satz, daß die ursprüngliche subjective Unmöglichkeit von dem Schuldner als Entschuldigungsgrund nicht geltend gemacht werden könne. Diese Unterscheidung zwischen ursprünglicher und nachfolgender Unmöglichkeit hat sich auch Kuntze I S. 377 fg. nicht zum Bewußtsein gebracht, der im Uebrigen, wie sehr er auch gegen das Erforderniß der Verschuldung polemisirt, doch im Princip mit der hier vertretenen Ansicht einverstanden ist (s. namentlich S. 388). Vgl. noch Ernst § 276 [a] S. 51 fg. Sf. XXXV. 13. [Richard die Culpa bei der mora debitoris. Gött. Diss. 1888. v. Seeler zur Lehre v. d. Conventionalstrafe. Halle 1891 S. 99 fg. 111 fg. nimmt an, daß der Verzug weder durch entschuldbaren Irrthum noch sonstige Schuldlosigkeit des Verpflichteten ausgeschlossen wird, vorausgesetzt nur, daß der Grund der Nichterfüllung nicht in der Person des Gläubigers liegt.]

Digitized by Google

bestimmt werden; regelmäßig kommt der Schuldner erst in Verzug durch die Mahnung (§ 279)[1]. Dieß erleidet aber Ausnahmen.

1. Mahnung ist nicht erforderlich, wenn bei der Begründung des Forderungsrechts eine Zeitbestimmung in dem Sinne hinzugefügt worden ist, daß der Schuldner zu dieser Zeit leisten müsse[2], nicht in dem Sinne, daß der Gläubiger vor dieser Zeit nicht fordern dürfe[3]. Die Behauptung, daß die Festsetzung eines Leistungstermines die Mahnung immer unnöthig mache, läßt sich ebensowenig rechtfertigen, als die entgegengesetzte, daß sie es nie thue[4]. Im Zweifel aber,

---

[1] Die Mahnung heißt in den Quellen interpellatio. L. 32 pr. D. 22, 1. § 278. „Mora fieri intellegitur non ex re, sed ex persona, i. e. si interpellatus opportuno loco non solverit". L 36 § 3 D. 30, l. 23. 24 D. 45, 1, Paul. sentent. III, 8 § 4. Vgl. l. 24 D. 36, 2. S. auch l. 53 D. 40, 5: — libertas non privata, sed publica res est, ut ultro is, qui eam debet, offerre debeat". [Bettmann die Mahnung. Erl. Diss. 1896.]

[2] Einen Fall dieser Art hat l. 10 C. 4, 49 im Auge, „Cum venditorem carnis fide conventionis rupta tempore placito hanc non exhibuisse proponas, ex emto actione eum, quanti intersit tua, si tunc tibi praestita fuisset, apud praesidem provinciae convenire potes". Zwar hat man diese Stelle von dem Falle verstehen wollen, wo nach der bestimmten Zeit das Fleisch dem Käufer nicht mehr brauchbar, und daher die Erfüllung der Verpflichtung des Verkäufers nicht mehr möglich sei (Mommsen S. 88); aber es liegt auf der Hand, daß diese Erklärung in die Stelle etwas hineinträgt, was nicht in derselben gesagt ist. A. M. Dernburg II § 40 [14]. Zweifelhafter ist es, ob auch l. 114 D. 45, 1 hierher zu beziehen ist. „Si fundum certo die praestari stipuler, et per promissorem steterit, quominus ea die praestetur, consecuturum me, quanti mea intersit, moram factam non esse". Es ist nämlich möglich, daß durch den Ausdruck „per promissorem steterit" die geschehene Mahnung mit hat bezeichnet werden sollen. Dawider darf man auch nicht einwenden (Vangerow S. 216 [7. Aufl. S. 194]), daß eine wirksame Mahnung nicht vor Ablauf der dem Schuldner freizulassenden Leistungszeit geschehen könne; denn dieser Satz kann eben als richtig nicht anerkannt werden (§ 279 [4]). Vgl. auch die in diesem Zusammenhang nicht beachtete l. 11 D. 42, 1.

[3] Hierher gehört z. B. der Fall, wo beim Miethvertrage über die Fristen, in denen der Miethzins gezahlt werden soll, eine Vereinbarung getroffen ist. L. 17 § 4 D. 22, 1. „Ex locato qui convenitur, nisi convenerit, ut tardius pecuniae illatae usuras deberet, nonnisi ex mora usuras praestare debet". Man hat zwar eingewendet, daß diese Stelle nur eine gesetzlich bestimmte Zahlungszeit im Auge habe (Mommsen S. 91, Vangerow S. 219 [7. Aufl. S. 196]); aber sie sagt doch ganz allgemein „tardius", und zu spät gezahlt ist gewiß auch das zur vereinbarten Zeit nicht gezahlte Miethgeld. Sf. XXI. 112.

[4] Daß „dies adiectus interpellat pro homine", ist seit der Zeit der Glossatoren bis in die neuere Zeit die herrschende Meinung gewesen und namentlich war in Deutschland seit dem Ende des vorigen Jahrhunderts aller Zweifel an der Richtigkeit dieser Regel verschwunden. Bestritten wurde sie wieder von Savigny in seinen Vorlesungen, und zuerst öffentlich von Neustetel ACPra. V S. 221 fg. (1822). Seit dieser Zeit sind in Betreff derselben die Juristen in

Digitized by Google

wenn die besonderen Umstände des vorliegenden Falles der Auslegung keine Handhabe darbieten, ist anzunehmen, die Hinzufügung eines Leistungstermins sei in dem Sinne geschehen, daß dadurch die Mah-

zwei Lager gespalten. Als Gegner der Regel sind ferner aufgetreten namentlich: v. Schröter (dieser in besonders ausführlicher Darstellung) ZS. f. CR. u. Pr. IV S. 100 fg. (1831) und VII S. 87 fg. (1834), Wolff § 27—29, Fritz Erläut. II S. 331 fg., Unterholzner I S. 115—117, Puchta § 269 [a], Sintenis II § 93 [71], Brinz 1. Aufl. S. 551. 2 Aufl. II S. 328; vertheidigt wird sie u. A. von Madai § 24, Mommsen § 11, Seuffert § 245, Bangerow III § 588 Anm. 2, Arndts § 251 [6], Holzschuher III § 233 Nr. 2. Nähere Literaturangaben bei Schröter IV S. 100—128, Madai § 16—23, Mommsen S. 102—104, Bangerow S. 206—208 (7. Aufl. S. 186—187), Dernburg II § 40 [13], aber nicht für das heutige R. Jedoch wird nicht von allen genannten Schriftstellern die Meinung, welche sie für die richtige halten, als die absolut richtige hingestellt, vielmehr zugegeben, daß die Fristbestimmung möglicherweise auch den entgegengesetzten Sinn haben könne; s. auf der einen Seite Schröter IV S. 106, Fritz S. 332, Brinz 2. Aufl. II S. 328 (der aber für den Fall, daß der dies „pro creditore" gesetzt ist, gar keine „Mora" annimmt), auf der anderen Mommsen S. 109—113. 116—119, Seuffert § 245 [8] (Bl. f. RAnwd. zun. in Bayern I Nr. 1. 2), Bangerow S. 210 unt. (7. Aufl. S. 189 unt.). Vgl. auch Bruns ZS. f. RGesch. I S. 65—67. 105, Kniep I S. 120 fg. Sf. XXV. 224. Daß diese doppelte Möglichkeit anerkannt werde, scheint mir bei dieser Controverse das Erste und Wesentlichste zu sein. Eines näheren Beweises für diese doppelte Möglichkeit bedarf es nicht, da sie aus der Natur der Sache folgt; nicht darüber kann gestritten werden, ob nicht die Zeitbestimmung möglicherweise sowohl den einen, wie den andern Sinn haben könne, sondern nur darüber, welchen sie im Zweifel habe ([b]). S. überdieß die in Note [2] und [3] genannten Quellenstellen. Es ist allerdings zuzugeben, daß die an den angeführten Orten gegebene Erklärung dieser Stellen keine zwingend nothwendige ist; aber um so mehr ist zu behaupten, daß sich aus den Quellen ein stringenter Beweis für die ausschließliche Richtigkeit der einen oder der anderen Meinung nicht beibringen läßt. Unter den Stellen, auf welche man sich außer den genannten Stellen von der einen oder der anderen Seite sonst noch berufen hat, haben die meiste Beweiskraft, und zwar gegen die Regel, die in Note [1] genannten; aber auch sie schließen doch die Möglichkeit von Ausnahmen nicht aus. Die übrigen sind noch viel weniger entscheidend, und zum Theil sogar von Anhängern derselben Meinung, für welche sie geltend gemacht werden, aufgegeben. Die hauptsächlichsten sind: l. 47 D. 19, 1, l. 33 D. 45, 1, l. 135 § 2 eod., l. 8 D. 2, 11, l. 12 C. 8, 37 [38], l. 2 C. 4, 66, c. 4 X. 3, 18; l. 49 § 3 D. 45, 1, l. 3 C. 2, 40 [41], l. 5 C. 4, 49, l. 87 § 1 D. 31. Vgl. Mommsen S. 84—98. Auch auf die dem R. D. A. v. 1600 vorangegangenen Verhandlungen, und speciell eine in denselben von den kaiserlichen Commissarien abgegebene Erklärung, durch welche der Satz: dies adiectus interpellat pro homine anerkannt worden ist, hat man sich berufen (Seuffert in seinem Archiv zu VI. 163); aber diese Erklärung ist in das Reichsgesetz nicht aufgenommen worden. Mommsen S. 99—101. So bleibt endlich nur die Frage übrig, ob nicht unsere Controverse durch ein unzweifelhaftes Gewohnheitsr. entschieden sei, und darauf allein stellen auch Mommsen

Digitized by Google

nung unnöthig wird[5]. — Auf den gesetzlichen Leistungstermin bezieht sich das hier Gesagte nicht; für diesen erleidet die Regel, daß Verzug nicht ohne Mahnung eintritt, keine Ausnahme[6].

2. Mahnung ist ferner nicht erforderlich bei den Forderungsrechten, welche auf Herausgabe eines dem Gläubiger durch Delict, z. B.[7] Entwendung[8] oder widerrechtliche Besitzentsetzung[9], entzogenen Gegenstandes gehen[10].

3. Ebensowenig ist Mahnung erforderlich bei den Forderungsrechten der Minderjährigen[11].

---

und Arndts Alles ab. Ein Gewohnheitsr. liegt nun in Betreff derselben allerdings vor, aber auch dadurch ist nicht festgestellt, daß die Regel: dies adiectus interpellat pro homine unter allen Umständen richtig sei. S. die folgende Note. Auch Kniep (I S. 118 fg.) stützt die Geltung der Regel lediglich auf modernes Gewohnheitsr.; was das r. R. angeht, so nimmt er an, dasselbe habe dem dies einige, aber nicht alle (so nicht Haftung für Gefahr und Zinsenanspruch) Wirkungen des Verzugs beigelegt.

[5] Sieht man bloß auf das r. R., so wäre auf Grund der l. 32 pr. D. 12, 1 (1) unzweifelhaft im entgegengesetzten Sinn zu entscheiden. Aber daß die deutsche Praxis von jeher an dem Satze: dies adiectus interpellat pro homine festgehalten hat, ist von keiner Seite bestritten. S. auch die Urtheile bei Sf. I. 332, VI. 163, X. 144, XI. 140, XXVIII. 114, XXXI. 20, XXXIX 93. [[XLVII. 16]] [LI. 99, LII. 194.] Das in dieser Weise begründete Gewohnheitsr. ist auch dadurch nicht wieder aufgehoben worden, daß die ihm zu Grunde liegende Rsüberzeugung in der neueren Zeit keine allgemeine mehr ist; es wird an der abweichenden Ueberzeugung fein, ihrerseits eine entgegengesetzte Uebung zu bewirken. Aber dieses Gewohnheitsr. hat gewiß nicht den Sinn, daß das Gegentheil nicht solle ausgemacht werden können, und also auch nicht den Sinn, daß das Gegentheil nicht solle anerkannt werden dürfen, wenn es sich durch Auslegung als von den Parteien gewollt ergebe. Vgl. Mommsen S. 104—107, Windscheid Heidelb. kr. ZS. III S. 257. 258 (abweichend). Sf. XXV. 224: bei Wechseln hat die Festsetzung des Zahlungstermins immer nur die Bedeutung, daß der Gläubiger solle fordern dürfen; anders XIX. 64. Das. XXXIX. 93: die Festsetzung eines Termins für die Zahlung des Miethzinses hat nach den Anschauungen des heutigen Verkehrs die Bedeutung, daß der Schuldner an diesem Termine solle zahlen müssen.

[6] Mommsen S. 116.

[7] S. noch Sf. XVIII. 220.

[8] L. 8 § 1. l. 20 D. 13, 1, l. 17 § 2. l. 29 D. 25, 2, l. 7 C. 4, 7. Es entscheidet nicht der heutige Begriff des Diebstahls, sondern der römische des furtum: l. 16 D. 13, 1, l. 1 § 25 D. 16, 3. Vgl. übrigens l. 30 § 1 D. 12, 2.

[9] L. 1 § 34. 35. l. 19 D. 43, 16, l. 1 C. 2, 19 [20].

[10] Vgl. Mommsen S. 76 fg., Kniep I S. 27 fg.

[11] L. 87 § 1 D. 31, l. 3 § 2 D. 34, 4, l. 26 § 1 D. 40, 5, l. 3 C. 2, 40 [41], l. 5 C. 4, 49. S. auch l. 17 § 3 D. 22, 1. [[Sf. XLVII. 13]]. Wenn es in L. 87 § 1 cit. heißt: „tamen non pro mora hoc habendum est",

Digitized by Google

4. Wenn die Mahnung wegen Abwesenheit des Schuldners oder eines sonstigen die Person desselben betreffenden Umstandes unmöglich ist, so kann sie durch eine beglaubigte schriftliche Erklärung ersetzt werden[12].

In anderen Fällen tritt ohne Mahnung nicht Verzug mit allen an denselben angeknüpften rechtlichen Folgen, sondern nur eine beschränkterere Wirkung, namentlich eine gesetzliche Zinsverbindlichkeit, ein[13].

[1. Im BGB. ist zweifellos, wie im gemeinen Recht (§ 277, 1), daß Verzug nur bei einem klagbaren, von Einreden freien Forderungsrecht eintreten kann.

---

so soll damit nur auf das Besondere aufmerksam gemacht werden, daß der Verzug hier wieder aufhöre, sobald der Minderjährige großjährig geworden sei. In l. 5 cit. wollen die Worte „licet nulla mora intercesserit" nur sagen, daß nach den gewöhnlichen Grundsätzen hier kein Verzug vorliege. Andere nehmen auf Grund dieser Stellen zu Gunsten des Minderjährigen keinen Verzug, sondern nur ein gesetzliches Zinsprivilegium an, so namentlich Wolff § 9, Mommsen § 12, Wächter II S. 300, Dernburg II § 41 [7]. Aber ich halte die Schwierigkeiten, welche die genannten Stellen der Annahme eines wirklichen Verzugs darbieten, für geringer, als die der entgegengesetzten Ansicht aus l. 3 § 2 D. 34, 4 erwachsenden. Ein wirklicher Verzug wird angenommen auch von Madai § 26. Bei den in den Quellen unmittelbar genannten Wirkungen des Verzugs will stehen bleiben Kniep I S. 41 fg. Vgl. Sf. I. 190. Den Minderjährigen stellt die Kirchen gleich Sf. II. 130; dagegen Madai S. 157. S. noch Sf. V. 102, VII. 13.

[12] L. 2 D. 22, 2: — „si nemo sit, qui a parte promissoris interpellari . . . . possit". L. 23 § 1 D. 22, 1.: „si forte non extat qui conveniatur". Die Beschränkung auf den Fall der Abwesenheit (Mommsen S. 76 Note 6) rechtfertigt sich durch l. 5 § 20 D. 36, 4 nicht. Es kann jedoch sehr wohl der Umstand, welcher die Mahnung unmöglich macht, auch die Nichterfüllung entschuldigen, und dadurch den Verzug ausschließen; so wenn der Schuldner unmündig oder wahnsinnig oder noch ungeboren ist. Aber einen solchen Entschuldigungsgrund kann auch die Abwesenheit gewähren. Vgl. l. 23 pr. D. 22, 1. Kniep I S. 582 fg. verlangt Klageerhebung. Nach Mommsen S. 74 ist Erklärung vor Gericht erforderlich; so auch die bisherigen Auflagen dieses Lehrbuchs [bis zur 6.]. Auch das geht zu weit. L. 2 cit. verlangt eine „testatio", und nach der Feststellung von Kipp, die Litisdenuntiation als Prozeßeinleitungsform im röm. Civilproceß (1887) S. 59 fg. 98 fg. ist unter testatio eine „Zeugenurkunde" zu verstehen, d. h. eine schriftliche, von zugezogenen Personen als echt schriftlich bezeugte Erklärung. Daß gerichtliches, und ebenso notarielles, Zeugniß genügt, ist nicht zu bezweifeln.

[13] Die Fälle, welche hierher gehören, sind folgende. a) Der Fiscus bezieht Zinsen von seinen Forderungen vom Augenblick ihrer Fälligkeit, l. 17 § 5. 6. l. 43 D. 22, 1, l. 10 § 1 D. 39, 4 (vgl. übrigens Sf. XVIII. 22. 23). b) Von Vermächtnissen zu Gunsten frommer Zwecke müssen 6 Monate nach Insinuation des Testaments Früchte, Zinsen und anderer Zuwachs entrichtet werden, Nov. 121 c. 12, l. 45 [46] § 4 C. 1, 3 (lex rest.). c) Der Ehemann,

Digitized by Google

2. Die Voraussetzungen des Verzuges bestimmt das BGB. zunächst dahin: Leistet der Schuldner auf eine Mahnung des Gläubigers nicht, die nach dem Eintritt der Fälligkeit erfolgt, so kommt er durch die Mahnung in Verzug (284 Abs. 1 S. 1). Die Mahnung (vgl. unt. zu § 279) begründet also den Verzug, jedoch nur unter der Voraussetzung, daß der Schuldner auf die Mahnung nicht leistet. Hierzu hat er keine Frist; er muß sofort leisten, um den Verzug abzuwenden; aber dasjenige Zeitminimum, welches erforderlich ist, um die Leistung zu bewirken, muß verstrichen sein, damit der Verzug eintrete; und es kann praktisch bedeutend werden, daß während dieser Zwischenzeit der Schuldner noch nicht in der strengeren Weise, wie beim Verzuge, haftet. Der Mahnung steht gleich die Erhebung der Klage auf die Leistung (nicht die Feststellungsklage) sowie die Zustellung eines Zahlungsbefehls (284 Abs. 1 S. 2). Zu dem Satz des Textes § 278 bei [12] vgl. unten nach § 279.

3. Der Satz dies interpellat pro homine (ob. § 278, 1) ist vom BGB. in der Weise anerkannt, daß Verzug ohne Mahnung eintritt, wenn für die Leistung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt ist, und der Schuldner zu der bestimmten Zeit nicht leistet (284 Abs. 2 S. 1). Das Gleiche gilt, wenn der Leistung eine Kündigung vorauszugehen hat, und die Zeit für die Leistung in der Weise bestimmt ist, daß sie sich von der Kündigung ab nach dem Kalender berechnen läßt; vgl. z. B. 609 Abs. 2. 565 in Verbind. m. 556 Abs. 1 (284 Abs. 2 S. 2).

4. Den Satz des § 278, 2 hat das BGB. in dieser Form nicht ausgesprochen; sachlich aber ist er im BGB. enthalten. Es ist zweifellos, daß Derjenige, welcher einem Andern durch unerlaubte Handlung eine Sache entzogen hat, für den Schaden aufkommt, der dadurch entstanden ist, daß der Andere die Sache von der Entziehung bis zur Rückgabe nicht gehabt hat (823), und die Haftung für Untergang der Sache, sonstige Unmöglichkeit der Herausgabe und Verschlechterung bestimmt § 848 ebenso, wie sie beim Verzuge durch § 287 bestimmt ist.

5. Das Privilegium der Minderjährigen (§ 278, 3) und die besonderen Sätze in § 278 [13] fallen fort.

6. Das BGB. sagt: Der Schuldner kommt nicht in Verzug, solange die Leistung in Folge eines Umstandes unterbleibt, den er nicht zu vertreten hat (285). Das ist das gleiche Princip, wie dasjenige der ob. § 277, 3. 4 aufgestellten gemeinrechtlichen Sätze.

a. Wenn der Grund des zeitweiligen Unterbleibens der Leistung nach Begründung des Schuldverhältnisses eingetreten ist, so ist die Frage, ob der Verzug

---

welcher mit der Herausgabe der Dos ein Jahr nach Auflösung der Ehe wartet, zahlt Zinsen, l. un. § 7 C. 5, 13. Umgekehrt zahlt d) auch derjenige, welcher eine Dos versprochen hat, Zinsen, wenn er mit der Entrichtung der Dos zwei Jahre zögert; besteht die Dos nicht in einer Geldsumme, so treten mit Ablauf dieser Frist die Folgen des Streitbeginnes gegen ihn ein. L. 31 § 5 [2] C. 5, 12. — Von Anderen wird in diesen Fällen wahrer Verzug angenommen. Vgl. Puchta § 269, Mommsen S. 127—129, Kniep I S. 34 fg. II S. 183 fg. — Vgl. HGB. Art. 289. „Kaufleute unter einander sind berechtigt, in beiderseitigen Handelsgeschäften auch ohne Verabredung oder Mahnung von jeder Forderung seit dem Tage, an welchem sie fällig war, Zinsen zu fordern". [Jetzt § 353, sachlich ebenso].

Digitized by Google

ausgeschlossen ist, in der gleichen Weise zu beantworten, wie die andere, ob bei Unmöglichwerden der Leistung der Schuldner frei werden würde oder nicht (276 fg.).

b. Es ist aber ferner zu behaupten, daß wenn der Schuldner die Leistung unterläßt aus Unkenntniß seiner Verbindlichkeit, ohne Rücksicht darauf, ob diese Unkenntniß bereits seit Begründung des Schuldverhältnisses besteht oder erst nachträglich eingetreten ist (z. B. bei Vererbung der Schuld), der Verzug ebenfalls ausgeschlossen ist, wenn jene Unkenntniß nicht auf einer solchen Fahrlässigkeit beruht, für welche der Schuldner bei der fraglichen Verbindlichkeit einsteht. Im Allgemeinen also ist erforderlich, daß sie überhaupt nicht auf Fahrlässigkeit beruht; in den Fällen aber, in welchen der Schuldner nur für grobe Fahrlässigkeit oder nur für die Sorgfalt einsteht, die er in eigenen Angelegenheiten aufzuwenden pflegt, genügt es, wenn die Unkenntniß nicht auf grober Fahrlässigkeit oder auf Verletzung der in eigenen Angelegenheiten gewohnten Sorgfalt beruht. Daß diese Ansicht mit dem Wortlaut der §§ 285. 276 Abs. 1 in Einklang steht, wird sich nicht leugnen lassen. Sie entspricht aber auch der Absicht des Gesetzgebers. In dem I. Entw. (246) war ausdrücklich gesagt, daß der Schuldner solange nicht in Verzug kommt, als er in Folge eines von ihm nicht zu vertretenden Umstandes nach den Vorschriften der §§ 237. 241 zu leisten nicht verpflichtet ist; der Fall des § 241 aber war der des entschuldbaren Irrthums in Ansehung des Schuldverhältnisses. Die II. Comm. hat der Bestimmung im Wesentlichen die jetzige Fassung gegeben, also die Bezugnahme auf die §§ 237. 241 des I. Entw. gestrichen, jedoch ohne damit in der hier fraglichen Beziehung eine sachliche Aenderung herbeiführen zu wollen (Prot. S. 650 fg.). Sie hat den § 241 des I. Entw. selbst gestrichen, weil sie es für selbstverständlich hielt, daß der Schuldner für einen Irrthum nicht hafte, welcher frei sei von derjenigen Fahrlässigkeit, für welche der Schuldner in dem Rahmen des fraglichen Schuldverhältnisses aufzukommen habe; sie wünschte daher nicht die Aufnahme eines Satzes, der in diesem Zusammenhange von „entschuldbarem" Irrthum spräche, weil man darunter gemäß der von ihr beschlossenen Fassung des § 76 des I. Entw. (E. II § 108 Abs. 2) nur den von jeder Fahrlässigkeit freien Irrthum verstehen konnte (Prot. S. 638. 609).

c. Die Ansicht Windscheids, daß auch eine unverschuldete Zahlungsunfähigkeit den Verzug ausschließe (ob. § 277 a. E.), hat das Gesetz verworfen. Wenn nach § 279 BGB. der Schuldner bei generischen Verpflichtungen, solange die Leistung aus der Gattung möglich ist, sein Unvermögen zur Leistung auch dann zu vertreten hat, wenn ihm ein Verschulden nicht zur Last fällt, so ist unverschuldete Leistungsunfähigkeit, insbesondere Zahlungsunfähigkeit auch im Sinne des § 285 ein Umstand, den der Schuldner zu vertreten hat. (Vgl. auch Prot. d. II. Comm. S. 651 fg.)

d. Wenn bereits bei Begründung des Schuldverhältnisses ein subjectives Unvermögen zur Leistung bei dem Schuldner vorliegt, so hindert dieß, wie es die Begründung des Schuldverhältnisses nicht ausschließt, so auch nicht die Fälligkeit der Leistung und die Begründung des Verzuges. Es ist freilich möglich, daß der Schuldner nach dem Sinn des begründenden Rechtsgeschäfts die Verpflichtung nur für den Fall seines Leistungsvermögens übernommen hat, und wenn nur eine vorübergehende Leistungsunfähigkeit vorliegt und dem Gegner bekannt ist oder als ihm bekannt vorausgesetzt wurde, z. B. eine Krankheit bei

Digitized by Google

Uebernahme der Verpflichtung zu einer persönlichen Leistung, so wird regelmäßig aus diesen Umständen zu entnehmen sein (271), daß die Leistung erst nach Behebung des Hindernisses fällig werden sollte; vorher kann dann also kein Verzug begründet werden.

e. Wenn bereits bei Begründung des Schuldverhältnisses ein objectives Hinderniß der Leistung vorliegt, so ist zu unterscheiden zwischen einer objectiven Unmöglichkeit, die nicht gehoben werden kann, einer solchen, die (möglicher Weise) gehoben werden kann, und einem vorübergehenden Hinderniß, d. h. einem solchen, von dem es sicher ist, daß es gehoben werden wird. In den ersten beiden Fällen entscheiden beim Vertrage die §§ 306—308 über die Existenz der Forderung und den eventuellen Anspruch auf das negative Vertragsinteresse, und wenn ein Anspruch auf Erfüllung gemäß § 308 entstanden ist, so bietet er nach Seite des Verzugs keine Besonderheiten. Wenn ein vorübergehendes Hinderniß der Leistung vorliegt, so wird man, wenn die Parteien dasselbe kannten, zunächst aus den Umständen entnehmen dürfen, daß die Leistung erst nach Beseitigung des Hindernisses fällig werden sollte. Aber auch wenn sie es nicht kannten, wird man nicht selten berechtigt sein, ebenso zu entscheiden, da (wie S. 112 bemerkt), der § 271 gestattet, eine Leistungszeit aus den Umständen zu entnehmen, auch ohne daß dabei eine stillschweigende Willenserklärung angenommen wird. Haben aber die Parteien deutlich eine Leistungszeit festgesetzt, welche in die Zeit des Hindernisses fällt, so ist weiter zu unterscheiden. Die Bestimmung der Leistungszeit auf einen Moment, in welchem die Leistung nicht geschehen kann, ist nichtig, und damit ist im Zweifel der ganze Vertrag nichtig (139). Wenn aber die Parteien lieber Leistung zu anderer Zeit als gar nichts gewollt haben würden, so ist der Vertrag gültig ohne die bestimmte Leistungszeit, und es ist dann wiederum gemäß den Umständen zu sagen, daß die Leistung nach Beseitigung des Hindernisses fällig wird; derjenige aber, welcher das Hinderniß kannte oder kennen mußte, hat dem andern Theil das negative Vertragsinteresse in Betreff der Leistungszeit zu gewähren, falls nicht auch dieser das Hinderniß kannte oder kennen mußte (307).

S. noch Neumann der Verzug des Schuldners nach dem Recht des BGB. Erl. Diss. 1898. S. 8 fg.]

§ 279*.

Eine bestimmte Form der Mahnung ist nicht vorgeschrieben[1]. Die Mahnung ist aber ungültig, wenn sie von dem Schuldner etwas

---

* Madai § 5—12, Wolff § 22, Mommsen § 5—7, Kniep I § 51—60. [Bettmann (§ 278 [1]) S. 20 fg.]

[1] Namentlich ist nicht Gerichtlichkeit der Mahnung erforderlich. In der Ladung liegt aber eine Mahnung. Mahnung durch Klageerhebung bei einem unzuständigen Gericht? Sf. XX. 213. — HGB. 288 Abs. 2. „Die Uebersendung der Rechnung gilt für sich allein nicht als Mahnung". [Gestrichen als nunmehr entbehrlich, Denkschr. z. E. d. HGB. S. 192 (Guttentag)]. Sf. XXIV. 196: bei schriftlicher Mahnung tritt der Verzug mit dem Empfange des Briefes ein, nicht erst mit der Kenntnißnahme von seinem Inhalt. — Sf. XXVIII. 19. § 279.

Digitized by Google

Zeit sei, ist im Allgemeinen bereits in § 273 gesagt worden; näher wird davon im folgenden § gehandelt werden. Es muß sodann

3) der Schuldner gewußt haben, daß er leisten, und gerade jetzt, und gerade so leisten müsse, wie es von ihm verlangt wird[2]. Unentschuldbarer Irrthum gilt dem Wissen gleich[3]. Endlich muß

4) dem Schuldner kein sonstiger Entschuldigungsgrund zur Seite stehen, durch welchen es gerechtfertigt wird, daß er nicht rechtzeitig geleistet hat[4]. Ob dieß der Fall ist, hat zwar der Richter im einzelnen Fall nach seinem Ermessen zu bestimmen[5]; wenn sich aber der Schuldner darauf beruft, daß ihm die rechtzeitige Leistung unmöglich geworden sei, so sind die in § 264 entwickelten Grundsätze maßgebend. War daher das Hinderniß, welches die rechtzeitige Leistung ausgeschlossen hat, schon zur Zeit der Begründung des Forderungsrechts vorhanden, so kann sich der Schuldner auf dasselbe berufen, wenn es ein objectives, nicht, wenn es ein bloß subjectives war[6]. Ist dagegen das Hinderniß erst später eingetreten, so ist zu unterscheiden, ob der Schuldner an demselben schuld ist oder nicht, und dabei wird der Richter darauf Rücksicht nehmen müssen, ob der Schuldner nach dem Inhalt des obligatorischen Verhältnisses bloß wegen Arglist, oder auch, und in wie weit, wegen Nachlässigkeit

---

[2] Daher l. 63 D. 50, 17: „Qui sine dolo malo ad iudicium provocat, non videtur moram facere“, und ebenso l. 24 pr. D. 22, 1. (§ 276 [2]). Dagegen l. 82 § 1 D. 45, 1: „Et hic moram videtur fecisse, qui litigare maluit, quam restituere“ Sf. VII. 291. S. auch l. 21 i. f. l. 22 D. 22, 1., l. 3 pr. eod. vgl. mit l. 89 § 1 D. 35, 2, l. 99 D. 50, 17, und vgl. auch l. 13 pr. D. 16, 3. Sf. XII. 134, XIII. 12, XXXI. 19.

[3] L. 5 D. 12, 1., 1. 42 D. 50, 17. Vgl. zu dieser und der vorhergehenden Note Mommsen S. 57—61. — Das ganze Erforderniß des Wissens bez. Wissenmüssens leugnet Kniep I S. 330 fg. Ueber die Interpretationen, durch welche Kniep diese Behauptung zu rechtfertigen sucht, wird man sich nicht wundern, wenn man sieht, wie er sich auf S. 378 in Betreff einer andern Frage (?) ausdrückt. „Diese Ungereimtheiten sind so augenscheinlich, daß man keinen Anstand nehmen dürfte, das Corpus Juris zu berichtigen, falls es sich nicht willfährig erweisen sollte“.

[4] L. 5 D. 12, 1: — „animadverti debebit . . . in potestate tua fuerit id nec ne, aut dolo malo feceris, quominus esset vel fuerit nec ne . .“. L. 17 § 3 D. 22, 1: — „quid enim potest imputari ei, qui solvere, etiamsi vellet, non potuit“? S. außerdem l. 21. l. 23 pr. D. 22, 1., und vgl. auch l. 9 § 1 eod., l. 23 § 1 D. 4, 8, l. 47 pr. D. 30. [RG. XXXVI S. 40 fg.]

[5] L. 91 § 3 D. 45, 1: — „esse enim hanc quaestionem de bono et aequo, in quo genere plerumque sub auctoritate iuris scientiae perniciose . . erratur“. Vgl. auch l. 32 pr. D. 22, 1.

[6] L. 137 § 4 D. 45, 1.

Digitized by Google

haftet[7]. Auch Zahlungsunfähigkeit, wenn sie durch unverschuldete Unglücksfälle herbeigeführt worden ist, muß als Entschuldigungsgrund angesehen werden[8.9].

---

[7] Dieß ist in den Quellen nicht ausdrücklich gesagt, es läßt sich aber nicht abweisen. Wenn Jemand bei dauernder Unmöglichkeit nur wegen Arglist haftet, wie will man ihn für Nachlässigkeit verantwortlich machen, wenn die Unmöglichkeit bloß eine zeitweilige ist? Vgl. auch l. 13 pr. D. 16, 3. Oder warum soll er umgekehrt im letzteren Fall milder behandelt werden, wenn ihm die dauernde Unmöglichkeit schon bei Nachlässigkeit zur Schuld angerechnet wird? Aus der l. 5 D. 12, 1 (4) ein argumentum a contrario herleiten zu wollen, ist gewiß unzulässig (Mommsen S. 67). Ueber die verschiedenen Ansichten s. Madai S. 10, Wolff S. 255 fg., Mommsen S. 14. 23. 67—69; Hartmann die Obligation S. 239, Brinz 1. Aufl. 288 fg.

[8] Dieser Satz wird von der herrschenden Meinung nicht anerkannt (gegen denselben neuestens Hartmann die Obligation S. 234. 256. Jahrb. f. Dogm. XXII S. 488, Brinz 1. Aufl. S. 290), aber er folgt aus dem aufgestellten Princip. Vgl. Seuffert § 245[13], Windscheid Heid. kr. ZS. II S. 112. Dawider spricht auch nicht l. 137 § 4 D. 45, 1 Denn diese Stelle handelt von dem Falle, wo die Mittellosigkeit des Schuldners gleich zu Anfang, schon zur Zeit des abgegebenen Versprechens, vorhanden war; für diesen Fall ist die zu Note [6] bemerkte Regel maßgebend. — Einfluß des Concurses: Sf. VI. 117, X. 323, XIII. 306, XVIII. 25. Vgl. Kniep I S. 392 fg. [Nach heutigem Concursr. ist zu sagen: 1) Ist der Schuldner zu einer persönlichen Handlung, nicht zu einer Leistung aus seinem Vermögen, verpflichtet, so ist die Concurseröffnung für die Möglichkeit des Verzuges ohne Bedeutung; denn sie beeinträchtigt den Schuldner nicht in der Möglichkeit der Erfüllung seiner Verbindlichkeit. Wegen eines vor der Concurseröffnung begründeten Verzuges kann das Verzugsinteresse als Concursforderung geltend gemacht werden, wegen eines nach der Concurseröffnung begründeten Verzuges dagegen nicht. 2) Hat der Schuldner eine Leistung aus seinem Vermögen zu machen, so kommt in Betracht, daß er durch die Concurseröffnung die Befugniß verliert, über sein zur Concursmasse gehöriges Vermögen zu verfügen (KO. 5 [6]) und daß die Concursgläubiger nur nach Maßgabe der Concursordnung Befriedigung verlangen können (KO. 10 [12]. 11 [14]). Danach ergibt sich, daß der Gemeinschuldner nicht in Verzug gesetzt werden kann. Wenn der Concursverwalter einen Vertheilungsbetrag dem Berechtigten auszukehren schuldhaft verzögert, so macht er sich persönlich verantwortlich, wie aus dem bisherigen § 74 KO. zu folgern war und in dem neuen § 82 deutlicher ausgesprochen ist. Daß bei solcher Verzögerung dagegen ein Verzugsinteresse gegen die Concursmasse als Masseschuld zu liquidiren sei (Sarwey-Bossert Comm. z. KO. § 2 Anm. 2, 4, c) ist m. E. zu leugnen, und jedenfalls würden Verzugszinsen der Dividende angesichts des § 56 [63] Ziff. 1 KO. nicht gefordert werden können. War der Gemeinschuldner schon vor Eröffnung des Verfahrens in Verzug gesetzt, so kann die Forderung nebst Verzugszinsen eventuell sonstigem Verzugsinteresse, berechnet bis zur Eröffnung des Verfahrens, in dem Concursverfahren geltend gemacht werden, und die gesteigerte Verhaftung in Ansehung des Leistungsgegenstandes (Haftung für Zufall! unt. § 280, 2) bleibt zu Lasten der Concursmasse bestehen; Verzugszinsen seit der Concurseröffnung können aber nicht geltend gemacht werden (KO. 56 [63] Ziff. 1), und folgerichtig auch nicht anderweitiges Interesse wegen fernerer Verzögerung. 3) Im Falle eines R. auf abgesonderte Befriedigung (KO. 39 fg. [47 fg.]) unabhängig vom Concursverfahren

Digitized by Google

§ 278.

Die Zeit, zu welcher der Schuldner die Leistung zu bewirken verpflichtet ist, muß regelmäßig durch Aufforderung des Gläubigers

(KO. 3 [4]) hat die Concurseröffnung, soweit es sich um die abgesonderte Befriedigung handelt, auch in Ansehung des Verzuges keinen Einfluß. 4) Aussonderungsansprüche beziehen sich stets nur auf die Aussonderung des dem Gemeinschuldner nicht gehörigen Gegenstandes aus der Concursmasse, nicht auf Schadensersatz wegen Verzögerung der Herausgabe oder wegen Untergangs des Gegenstandes; die letzteren Ansprüche können, wenn überhaupt, nur als Concursforderungen geltend gemacht werden. War der Gemeinschuldner mit der Herausgabe schon vor Eröffnung des Verfahrens im Verzuge, so ist der Anspruch auf das Verzögerungsinteresse Concursforderung, und die durch den Verzug begründete gesteigerte Haftung in Ansehung des Gegenstandes bleibt auch zu Lasten der Concursmasse bestehen. Liegt zur Zeit der Eröffnung des Concursverfahrens kein Verzug vor, so kann der Concursverwalter in Betreff der Herausgabe der in seinen Händen befindlichen Sache in Verzug gesetzt werden, und die Folgen dieses Verzuges sind Masseschuld (KO. 52 [59], 1); der Concursverwalter haftet aber auch persönlich (so ausdrücklich der neue § 82 KO.) Vgl. Sarwey-Bossert Comm. z. KO. § 2 Anm. 2, 4, b. c.]

[9] Der Satz, daß der juristische Verzug durch jeden Entschuldigungsgrund ausgeschlossen werde, ist nicht allgemein anerkannt. Einige Schriftsteller wollen bei den in den Quellen ausdrücklich genannten Entschuldigungsgründen stehen bleiben, oder lehren doch, daß der Schuldner sich auf solche Entschuldigungsgründe nicht berufen könne, welche ihren Grund in seiner Person haben. Man hat dieser Meinung den nicht sehr glücklichen Ausdruck gegeben: zur mora sei keine culpa erforderlich. Vertheidigt wird sie namentlich von Schömann Handbuch des Civilr. II Nr. 11 und Lehre vom Schadenersatz II S. 10 fg., Benfey in der Allg. Lit. Zeit. von 1842 S. 351 fg., Gerau ZS. f. CR. u. Pr. N. F. II S. 218—249, Puchta § 268 [a] § 269 [b], Sintenis II § 93 [50] und S. 208, C. Esmarch inter moram solvendi et culpam a debitore praestandam quae sit differentia ex iure Romano quaeritur (Habilitationsschrift, 1852; dieser Schriftsteller beschränkt aber die Wirkungen des Verzugs sehr). Gegen die angeführte Meinung sind namentlich zu vergleichen Madai § 2, Wolff S. 252 fg. (s. aber auch ders. S. 289—301), Mommsen § 2. 8, Vangerow III § 588 Anm. 1. Ryk S. 427. 432. Unter den Argumenten für diese Meinung spielt eine Hauptrolle die l. 137 § 4 D. 45, 1. Aber diese Stelle enthält, wie bereits bemerkt wurde, nur den Satz, daß die ursprüngliche subjective Unmöglichkeit von dem Schuldner als Entschuldigungsgrund nicht geltend gemacht werden könne. Diese Unterscheidung zwischen ursprünglicher und nachfolgender Unmöglichkeit hat sich auch Kniep I S. 377 fg. nicht zum Bewußtsein gebracht, der im Uebrigen, wie sehr er auch gegen das Erforderniß der Verschuldung polemisirt, doch im Princip mit der hier vertretenen Ansicht einverstanden ist (s. namentlich S. 388). Vgl. noch Ernst (§ 276*) S. 51 fg. Sf. XXXV. 13. [Richard die Culpa bei der mora debitoris. Gött. Diss. 1888. v. Seeler zur Lehre v. d. Conventionalstrafe. Halle 1891 S. 99 fg. 111 fg. nimmt an, daß der Verzug weder durch entschuldbaren Irrthum noch sonstige Schuldlosigkeit des Verpflichteten ausgeschlossen wird, vorausgesetzt nur, daß der Grund der Nichterfüllung nicht in der Person des Gläubigers liegt.]

Digitized by Google

bestimmt werden; regelmäßig kommt der Schuldner erst in Verzug durch die Mahnung (§ 279)[1]. Dieß erleidet aber Ausnahmen.

1. Mahnung ist nicht erforderlich, wenn bei der Begründung des Forderungsrechts eine Zeitbestimmung in dem Sinne hinzugefügt worden ist, daß der Schuldner zu dieser Zeit leisten müsse[2], nicht in dem Sinne, daß der Gläubiger vor dieser Zeit nicht fordern dürfe[3]. Die Behauptung, daß die Festsetzung eines Leistungstermines die Mahnung immer unnöthig mache, läßt sich ebensowenig rechtfertigen, als die entgegengesetzte, daß sie es nie thue[4]. Im Zweifel aber,

---

[1] Die Mahnung heißt in den Quellen interpellatio. L. 32 pr. D. 22, 1. § 278. „Mora fieri intellegitur non ex re, sed ex persona, i. e. si interpellatus opportuno loco non solverit". L 36 § 3 D. 30, l. 23. 24 D. 45, 1, Paul. sentent. III, 8 § 4. Vgl. l. 24 D. 36, 2. S. auch l. 53 D. 40, 5: — libertas non privata, sed publica res est, ut ultro is, qui eam debet, offerre debeat". [Bettmann die Mahnung. Erl. Diss. 1896.]

[2] Einen Fall dieser Art hat l. 10 C. 4, 49 im Auge, „Cum venditorem carnis fide conventionis rupta tempore placito hanc non exhibuisse proponas, ex emto actione eum, quanti intersit tua, si tunc tibi praestita fuisset, apud praesidem provinciae convenire potes". Zwar hat man diese Stelle von dem Falle verstehen wollen, wo nach der bestimmten Zeit das Fleisch dem Käufer nicht mehr brauchbar, und daher die Erfüllung der Verpflichtung des Verkäufers nicht mehr möglich sei (Mommsen S. 88); aber es liegt auf der Hand, daß diese Erklärung in die Stelle etwas hineinträgt, was nicht in derselben gesagt ist. A. M. Dernburg II § 40 [14]. Zweifelhafter ist es, ob auch l. 114 D. 45, 1 hierher zu beziehen ist. „Si fundum certo die praestari stipuler, et per promissorem steterit, quominus ea die praestetur, consecuturum me, quanti mea intersit, moram factam non esse". Es ist nämlich möglich, daß durch den Ausdruck „per promissorem steterit" die geschehene Mahnung mit hat bezeichnet werden sollen. Dawider darf man auch nicht einwenden (Vangerow S. 216 [7. Aufl. S. 194]), daß eine wirksame Mahnung nicht vor Ablauf der dem Schuldner freizulassenden Leistungszeit geschehen könne; denn dieser Satz kann eben als richtig nicht anerkannt werden (§ 279 [4]). Vgl. auch die in diesem Zusammenhang nicht beachtete l. 11 D. 42, 1.

[3] Hierher gehört z. B. der Fall, wo beim Miethvertrage über die Fristen, in denen der Miethzins gezahlt werden soll, eine Vereinbarung getroffen ist. L. 17 § 4 D. 22, 1. „Ex locato qui convenitur, nisi convenerit, ut tardius pecuniae illatae usuras deberet, nonnisi ex mora usuras praestare debet". Man hat zwar eingewendet, daß diese Stelle nur eine gesetzlich bestimmte Zahlungszeit im Auge habe (Mommsen S. 91, Vangerow S. 219 [7. Aufl. S. 196]); aber sie sagt doch ganz allgemein „tardius", und zu spät gezahlt ist gewiß auch das zur vereinbarten Zeit nicht gezahlte Miethgeld. Sf. XXI. 112.

[4] Daß „dies adiectus interpellat pro homine", ist seit der Zeit der Glossatoren bis in die neuere Zeit die herrschende Meinung gewesen und namentlich war in Deutschland seit dem Ende des vorigen Jahrhunderts aller Zweifel an der Richtigkeit dieser Regel verschwunden. Bestritten wurde sie wieder von Savigny in seinen Vorlesungen, und zuerst öffentlich von Neustetel ACPra. V S. 221 fg. (1822). Seit dieser Zeit sind in Betreff derselben die Juristen in

Digitized by Google

wenn die besonderen Umstände des vorliegenden Falles der Auslegung keine Handhabe darbieten, ist anzunehmen, die Hinzufügung eines Leistungstermins sei in dem Sinne geschehen, daß dadurch die Mah-

zwei Lager gespalten. Als Gegner der Regel sind ferner aufgetreten namentlich: v. Schröter (dieser in besonders ausführlicher Darstellung) ZS. f. CR. u. Pr. IV S. 100 fg. (1831) und VII S. 87 fg. (1834), Wolff § 27—29, Fritz Erläut. II S. 331 fg., Unterholzner I S. 115—117, Puchta § 269 [q], Sintenis II § 93 [71], Brinz 1. Aufl. S. 551. 2 Aufl. II S. 328; vertheidigt wird sie u. A. von Madai § 24, Mommsen § 11, Seuffert § 245, Vangerow III § 588 Anm. 2, Arndts § 251 [6], Holzschuher III § 233 Nr. 2. Nähere Literaturangaben bei Schröter IV S. 100—128, Madai § 16—23, Mommsen S. 102—104, Vangerow S. 206—208 (7. Aufl. S. 186—187), Dernburg II § 40 [13], aber nicht für das heutige R. Jedoch wird nicht von allen genannten Schriftstellern die Meinung, welche sie für die richtige halten, als die absolut richtige hingestellt, vielmehr zugegeben, daß die Fristbestimmung möglicherweise auch den entgegengesetzten Sinn haben könne; s. auf der einen Seite Schröter IV S. 106, Fritz S. 332, Brinz 2. Aufl. II S. 328 (der aber für den Fall, daß der dies „pro creditore" gesetzt ist, gar keine „Mora" annimmt), auf der anderen Mommsen S. 109—113. 116—119, Seuffert § 245 [8] (Bl. f. RAnwd. zun. in Bayern I Nr. 1. 2), Vangerow S. 210 unt. (7. Aufl. S. 189 unt.). Vgl. auch Bruns ZS. f. RGesch. I S. 65—67. 105, Kniep I S. 120 fg. Sf. XXV. 224. Daß diese doppelte Möglichkeit anerkannt werde, scheint mir bei dieser Controverse das Erste und Wesentlichste zu sein. Eines näheren Beweises für diese doppelte Möglichkeit bedarf es nicht, da sie aus der Natur der Sache folgt; nicht darüber kann gestritten werden, ob nicht die Zeitbestimmung möglicherweise sowohl den einen, wie den andern Sinn haben könne, sondern nur darüber, welchen sie im Zweifel habe ([5]). S. überdieß die in Note [2] und [3] genannten Quellenstellen. Es ist allerdings zuzugeben, daß die an den angeführten Orten gegebene Erklärung dieser Stellen keine zwingend nothwendige ist; aber um so mehr ist zu behaupten, daß sich aus den Quellen ein stringenter Beweis für die ausschließliche Richtigkeit der einen oder der anderen Meinung nicht beibringen läßt. Unter den Stellen, auf welche man sich außer den genannten Stellen von der einen oder der anderen Seite sonst noch berufen hat, haben die meiste Beweiskraft, und zwar gegen die Regel, die in Note [1] genannten; aber auch sie schließen doch die Möglichkeit von Ausnahmen nicht aus. Die übrigen sind noch viel weniger entscheidend, und zum Theil sogar von Anhängern derselben Meinung, für welche sie geltend gemacht werden, aufgegeben. Die hauptsächlichsten sind: l. 47 D. 19, 1, l. 33 D. 45, 1, l. 135 § 2 eod., l. 8 D. 2, 11, l. 12 C. 8, 37 [38], l. 2 C. 4, 66, c. 4 X. 3, 18; l. 49 § 3 D. 45, 1, l. 3 C. 2, 40 [41], l. 5 C. 4, 49, l. 87 § 1 D. 31. Vgl. Mommsen S. 84—98. Auch auf die dem R. D. A. v. 1600 vorangegangenen Verhandlungen, und speciell eine in denselben von den kaiserlichen Commissarien abgegebene Erklärung, durch welche der Satz: dies adiectus interpellat pro homine anerkannt worden ist, hat man sich berufen (Seuffert in seinem Archiv zu VI. 163); aber diese Erklärung ist in das Reichsgesetz nicht aufgenommen worden. Mommsen S. 99—101. So bleibt endlich nur die Frage übrig, ob nicht unsere Controverse durch ein unzweifelhaftes Gewohnheitsr. entschieden sei, und darauf allein stellen auch Mommsen

Digitized by Google

nung unnöthig wird[5]. — Auf den gesetzlichen Leistungstermin bezieht sich das hier Gesagte nicht; für diesen erleidet die Regel, daß Verzug nicht ohne Mahnung eintritt, keine Ausnahme[6].

2. Mahnung ist ferner nicht erforderlich bei den Forderungsrechten, welche auf Herausgabe eines dem Gläubiger durch Delict, z. B.[7] Entwendung[8] oder widerrechtliche Besitzentsetzung[9], entzogenen Gegenstandes gehen[10].

3. Ebensowenig ist Mahnung erforderlich bei den Forderungsrechten der Minderjährigen[11].

---

und Arndts Alles ab. Ein Gewohnheitsr. liegt nun in Betreff derselben allerdings vor, aber auch dadurch ist nicht festgestellt, daß die Regel: dies adiectus interpellat pro homine unter allen Umständen richtig sei. S. die folgende Note. Auch Kniep (I S. 118 fg.) stützt die Geltung der Regel lediglich auf modernes Gewohnheitsr.; was das r. R. angeht, so nimmt er an, dasselbe habe dem dies einige, aber nicht alle (so nicht Haftung für Gefahr und Zinsenanspruch) Wirkungen des Verzugs beigelegt.

[5] Sieht man bloß auf das r. R., so wäre auf Grund der l. 32 pr. D. 12, 1 (1) unzweifelhaft im entgegengesetzten Sinn zu entscheiden. Aber daß die deutsche Praxis von jeher an dem Satze: dies adiectus interpellat pro homine festgehalten hat, ist von keiner Seite bestritten. S. auch die Urtheile bei Sf. I. 332, VI. 163, X. 144, XI. 140, XXVIII. 114, XXXI. 20, XXXIX 93. [[XLVII. 16]] [LI. 99, LII. 194.] Das in dieser Weise begründete Gewohnheitsr. ist auch dadurch nicht wieder aufgehoben worden, daß die ihm zu Grunde liegende Rsüberzeugung in der neueren Zeit keine allgemeine mehr ist; es wird an der abweichenden Ueberzeugung fein, ihrerseits eine entgegengesetzte Uebung zu bewirken. Aber dieses Gewohnheitsr. hat gewiß nicht den Sinn, daß das Gegentheil nicht solle ausgemacht werden können, und also auch nicht den Sinn, daß das Gegentheil nicht solle anerkannt werden dürfen, wenn es sich durch Auslegung als von den Parteien gewollt ergebe. Vgl. Mommsen S. 104—107, Windscheid Heidelb. kr. ZS. III S. 257. 258 (abweichend). Sf. XXV. 224: bei Wechseln hat die Festsetzung des Zahlungstermins immer nur die Bedeutung, daß der Gläubiger solle fordern dürfen; anders XIX. 64. Das. XXXIX. 93: die Festsetzung eines Termins für die Zahlung des Miethzinses hat nach den Anschauungen des heutigen Verkehrs die Bedeutung, daß der Schuldner an diesem Termine solle zahlen müssen.

[6] Mommsen S. 116.

[7] S. noch Sf. XVIII. 220.

[8] L. 8 § 1. l. 20 D. 13, 1, l. 17 § 2. l. 29 D. 25, 2, l. 7 C. 4, 7. Es entscheidet nicht der heutige Begriff des Diebstahls, sondern der römische des furtum: l. 16 D. 13, 1, l. 1 § 25 D. 16, 3. Vgl. übrigens l. 30 § 1 D. 12, 2.

[9] L. 1 § 34. 35. l. 19 D. 43, 16, l. 1 C. 2, 19 [20].

[10] Vgl. Mommsen S. 76 fg., Kniep I S. 27 fg.

[11] L. 87 § 1 D. 31, l. 3 § 2 D. 34, 4, l. 26 § 1 D. 40, 5, l. 3 C. 2, 40 [41], l. 5 C. 4, 49. S. auch l. 17 § 3 D. 22, 1. [[Sf. XLVII. 13]]. Wenn es in L. 87 § 1 cit. heißt: „tamen non pro mora hoc habendum est“,

Digitized by Google

4. Wenn die Mahnung wegen Abwesenheit des Schuldners oder eines sonstigen die Person desselben betreffenden Umstandes unmöglich ist, so kann sie durch eine beglaubigte schriftliche Erklärung ersetzt werden[12].

In anderen Fällen tritt ohne Mahnung nicht Verzug mit allen an denselben angeknüpften rechtlichen Folgen, sondern nur eine beschränkterere Wirkung, namentlich eine gesetzliche Zinsverbindlichkeit, ein[13].

[1. Im BGB. ist zweifellos, wie im gemeinen Recht (§ 277, 1), daß Verzug nur bei einem klagbaren, von Einreden freien Forderungsrecht eintreten kann.

---

so soll damit nur auf das Besondere aufmerksam gemacht werden, daß der Verzug hier wieder aufhöre, sobald der Minderjährige großjährig geworden sei. In l. 5 cit. wollen die Worte „licet nulla mora intercesserit" nur sagen, daß nach den gewöhnlichen Grundsätzen hier kein Verzug vorliege. Andere nehmen auf Grund dieser Stellen zu Gunsten des Minderjährigen keinen Verzug, sondern nur ein gesetzliches Zinsprivilegium an, so namentlich Wolff § 9, Mommsen § 12, Wächter II S. 300, Dernburg II § 41 [7]. Aber ich halte die Schwierigkeiten, welche die genannten Stellen der Annahme eines wirklichen Verzugs darbieten, für geringer, als die der entgegengesetzten Ansicht aus l. 3 § 2 D. 34, 4 erwachsenden. Ein wirklicher Verzug wird angenommen auch von Madai § 26. Bei den in den Quellen unmittelbar genannten Wirkungen des Verzugs will stehen bleiben Kniep I S. 41 fg. Vgl. Sf. I. 190. Den Minderjährigen stellt die Kirchen gleich Sf. II. 130; dagegen Madai S. 157. S. noch Sf. V. 102, VII. 13.

[12] L. 2 D. 22, 2: — „si nemo sit, qui a parte promissoris interpellari . . . . possit". L. 23 § 1 D. 22, 1.: „si forte non extat qui conveniatur". Die Beschränkung auf den Fall der Abwesenheit (Mommsen S. 76 Note 6) rechtfertigt sich durch l. 5 § 20 D. 36, 4 nicht. Es kann jedoch sehr wohl der Umstand, welcher die Mahnung unmöglich macht, auch die Nichterfüllung entschuldigen, und dadurch den Verzug ausschließen; so wenn der Schuldner unmündig oder wahnsinnig oder noch ungeboren ist. Aber einen solchen Entschuldigungsgrund kann auch die Abwesenheit gewähren. Vgl. l. 23 pr. D. 22, 1. Kniep I S. 582 fg. verlangt Klageerhebung. Nach Mommsen S. 74 ist Erklärung vor Gericht erforderlich; so auch die bisherigen Auflagen dieses Lehrbuchs [bis zur 6.]. Auch das geht zu weit. L. 2 cit. verlangt eine „testatio", und nach der Feststellung von Kipp, die Litisdenuntiation als Prozeßeinleitungsform im röm. Civilproceß (1887) S. 59 fg. 98 fg. ist unter testatio eine „Zeugenurkunde" zu verstehen, d. h. eine schriftliche, von zugezogenen Personen als echt schriftlich bezeugte Erklärung. Daß gerichtliches, und ebenso notarielles, Zeugniß genügt, ist nicht zu bezweifeln.

[13] Die Fälle, welche hierher gehören, sind folgende. a) Der Fiscus bezieht Zinsen von seinen Forderungen vom Augenblick ihrer Fälligkeit, l. 17 § 5. 6. l. 43 D. 22, 1, l. 10 § 1 D. 39, 4 (vgl. übrigens Sf. XVIII. 22. 23). b) Von Vermächtnissen zu Gunsten frommer Zwecke müssen 6 Monate nach Insinuation des Testaments Früchte, Zinsen und anderer Zuwachs entrichtet werden, Nov. 121 c. 12, l. 45 [46] § 4 C. 1, 3 (lex rest.). c) Der Ehemann,

Digitized by Google

2. Die Voraussetzungen des Verzuges bestimmt das BGB. zunächst dahin: Leistet der Schuldner auf eine Mahnung des Gläubigers nicht, die nach dem Eintritt der Fälligkeit erfolgt, so kommt er durch die Mahnung in Verzug (284 Abs. 1 S. 1). Die Mahnung (vgl. unt. zu § 279) begründet also den Verzug, jedoch nur unter der Voraussetzung, daß der Schuldner auf die Mahnung nicht leistet. Hierzu hat er keine Frist; er muß sofort leisten, um den Verzug abzuwenden; aber dasjenige Zeitminimum, welches erforderlich ist, um die Leistung zu bewirken, muß verstrichen sein, damit der Verzug eintrete; und es kann praktisch bedeutend werden, daß während dieser Zwischenzeit der Schuldner noch nicht in der strengeren Weise, wie beim Verzuge, haftet. Der Mahnung steht gleich die Erhebung der Klage auf die Leistung (nicht die Feststellungsklage) sowie die Zustellung eines Zahlungsbefehls (284 Abs. 1 S. 2). Zu dem Satz des Textes § 278 bei [12] vgl. unten nach § 279.

3. Der Satz dies interpellat pro homine (ob. § 278, 1) ist vom BGB. in der Weise anerkannt, daß Verzug ohne Mahnung eintritt, wenn für die Leistung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt ist, und der Schuldner zu der bestimmten Zeit nicht leistet (284 Abs. 2 S. 1). Das Gleiche gilt, wenn der Leistung eine Kündigung vorauszugehen hat, und die Zeit für die Leistung in der Weise bestimmt ist, daß sie sich von der Kündigung ab nach dem Kalender berechnen läßt; vgl. z. B. 609 Abs. 2. 565 in Verbind. m. 556 Abs. 1 (284 Abs. 2 S. 2).

4. Den Satz des § 278, 2 hat das BGB. in dieser Form nicht ausgesprochen; sachlich aber ist er im BGB. enthalten. Es ist zweifellos, daß Derjenige, welcher einem Andern durch unerlaubte Handlung eine Sache entzogen hat, für den Schaden aufkommt, der dadurch entstanden ist, daß der Andere die Sache von der Entziehung bis zur Rückgabe nicht gehabt hat (823), und die Haftung für Untergang der Sache, sonstige Unmöglichkeit der Herausgabe und Verschlechterung bestimmt § 848 ebenso, wie sie beim Verzuge durch § 287 bestimmt ist.

5. Das Privilegium der Minderjährigen (§ 278, 3) und die besonderen Sätze in § 278 [13] fallen fort.

6. Das BGB. sagt: Der Schuldner kommt nicht in Verzug, solange die Leistung in Folge eines Umstandes unterbleibt, den er nicht zu vertreten hat (285). Das ist das gleiche Princip, wie dasjenige der ob. § 277, 3. 4 aufgestellten gemeinrechtlichen Sätze.

a. Wenn der Grund des zeitweiligen Unterbleibens der Leistung nach Begründung des Schuldverhältnisses eingetreten ist, so ist die Frage, ob der Verzug

---

welcher mit der Herausgabe der Dos ein Jahr nach Auflösung der Ehe wartet, zahlt Zinsen, l. un. § 7 C. 5, 13. Umgekehrt zahlt d) auch derjenige, welcher eine Dos versprochen hat, Zinsen, wenn er mit der Entrichtung der Dos zwei Jahre zögert; besteht die Dos nicht in einer Geldsumme, so treten mit Ablauf dieser Frist die Folgen des Streitbeginnes gegen ihn ein. L. 31 § 5 [2] C. 5, 12. — Von Anderen wird in diesen Fällen wahrer Verzug angenommen. Vgl. Puchta § 269, Mommsen S. 127—129, Kniep I S. 34 fg. II S. 183 fg. — Vgl. HGB. Art. 289. „Kaufleute unter einander sind berechtigt, in beiderseitigen Handelsgeschäften auch ohne Verabredung oder Mahnung von jeder Forderung seit dem Tage, an welchem sie fällig war, Zinsen zu fordern". [Jetzt § 353, sachlich ebenso].

Digitized by Google

ausgeschlossen ist, in der gleichen Weise zu beantworten, wie die andere, ob bei Unmöglichwerden der Leistung der Schuldner frei werden würde oder nicht (276 fg.).

b. Es ist aber ferner zu behaupten, daß wenn der Schuldner die Leistung unterläßt aus Unkenntniß seiner Verbindlichkeit, ohne Rücksicht darauf, ob diese Unkenntniß bereits seit Begründung des Schuldverhältnisses besteht oder erst nachträglich eingetreten ist (z. B. bei Vererbung der Schuld), der Verzug ebenfalls ausgeschlossen ist, wenn jene Unkenntniß nicht auf einer solchen Fahrlässigkeit beruht, für welche der Schuldner bei der fraglichen Verbindlichkeit einsteht. Im Allgemeinen also ist erforderlich, daß sie überhaupt nicht auf Fahrlässigkeit beruht; in den Fällen aber, in welchen der Schuldner nur für grobe Fahrlässigkeit oder nur für die Sorgfalt einsteht, die er in eigenen Angelegenheiten aufzuwenden pflegt, genügt es, wenn die Unkenntniß nicht auf grober Fahrlässigkeit oder auf Verletzung der in eigenen Angelegenheiten gewohnten Sorgfalt beruht. Daß diese Ansicht mit dem Wortlaut der §§ 285. 276 Abs. 1 in Einklang steht, wird sich nicht leugnen lassen. Sie entspricht aber auch der Absicht des Gesetzgebers. In dem I. Entw. (246) war ausdrücklich gesagt, daß der Schuldner solange nicht in Verzug kommt, als er in Folge eines von ihm nicht zu vertretenden Umstandes nach den Vorschriften der §§ 237. 241 zu leisten nicht verpflichtet ist; der Fall des § 241 aber war der des entschuldbaren Irrthums in Ansehung des Schuldverhältnisses. Die II. Comm. hat der Bestimmung im Wesentlichen die jetzige Fassung gegeben, also die Bezugnahme auf die §§ 237. 241 des I. Entw. gestrichen, jedoch ohne damit in der hier fraglichen Beziehung eine sachliche Aenderung herbeiführen zu wollen (Prot. S. 650 fg.). Sie hat den § 241 des I. Entw. selbst gestrichen, weil sie es für selbstverständlich hielt, daß der Schuldner für einen Irrthum nicht hafte, welcher frei sei von derjenigen Fahrlässigkeit, für welche der Schuldner in dem Rahmen des fraglichen Schuldverhältnisses aufzukommen habe; sie wünschte daher nicht die Aufnahme eines Satzes, der in diesem Zusammenhange von „entschuldbarem" Irrthum spräche, weil man darunter gemäß der von ihr beschlossenen Fassung des § 76 des I. Entw. (E. II § 108 Abs. 2) nur den von jeder Fahrlässigkeit freien Irrthum verstehen könnte (Prot. S. 638. 609).

c. Die Ansicht Windscheids, daß auch eine unverschuldete Zahlungsunfähigkeit den Verzug ausschließe (ob. § 277 a. E.), hat das Gesetz verworfen. Wenn nach § 279 BGB. der Schuldner bei generischen Verpflichtungen, solange die Leistung aus der Gattung möglich ist, sein Unvermögen zur Leistung auch dann zu vertreten hat, wenn ihm ein Verschulden nicht zur Last fällt, so ist unverschuldete Leistungsunfähigkeit, insbesondere Zahlungsunfähigkeit auch im Sinne des § 285 ein Umstand, den der Schuldner zu vertreten hat. (Vgl. auch Prot. d. II. Comm. S. 651 fg.)

d. Wenn bereits bei Begründung des Schuldverhältnisses ein subjectives Unvermögen zur Leistung bei dem Schuldner vorliegt, so hindert dieß, wie es die Begründung des Schuldverhältnisses nicht ausschließt, so auch nicht die Fälligkeit der Leistung und die Begründung des Verzuges. Es ist freilich möglich, daß der Schuldner nach dem Sinn des begründenden Rechtsgeschäfts die Verpflichtung nur für den Fall seines Leistungsvermögens übernommen hat, und wenn nur eine vorübergehende Leistungsunfähigkeit vorliegt und dem Gegner bekannt ist oder als ihm bekannt vorausgesetzt wurde, z. B. eine Krankheit bei

Digitized by Google

Uebernahme der Verpflichtung zu einer persönlichen Leistung, so wird regelmäßig aus diesen Umständen zu entnehmen sein (271), daß die Leistung erst nach Behebung des Hindernisses fällig werden sollte; vorher kann dann also kein Verzug begründet werden.

e. Wenn bereits bei Begründung des Schuldverhältnisses ein objectives Hinderniß der Leistung vorliegt, so ist zu unterscheiden zwischen einer objectiven Unmöglichkeit, die nicht gehoben werden kann, einer solchen, die (möglicher Weise) gehoben werden kann, und einem vorübergehenden Hinderniß, d. h. einem solchen, von dem es sicher ist, daß es gehoben werden wird. In den ersten beiden Fällen entscheiden beim Vertrage die §§ 306—308 über die Existenz der Forderung und den eventuellen Anspruch auf das negative Vertragsinteresse, und wenn ein Anspruch auf Erfüllung gemäß § 308 entstanden ist, so bietet er nach Seite des Verzugs keine Besonderheiten. Wenn ein vorübergehendes Hinderniß der Leistung vorliegt, so wird man, wenn die Parteien dasselbe kannten, zunächst aus den Umständen entnehmen dürfen, daß die Leistung erst nach Beseitigung des Hindernisses fällig werden sollte. Aber auch wenn sie es nicht kannten, wird man nicht selten berechtigt sein, ebenso zu entscheiden, da (wie S. 112 bemerkt), der § 271 gestattet, eine Leistungszeit aus den Umständen zu entnehmen, auch ohne daß dabei eine stillschweigende Willenserklärung angenommen wird. Haben aber die Parteien deutlich eine Leistungszeit festgesetzt, welche in die Zeit des Hindernisses fällt, so ist weiter zu unterscheiden. Die Bestimmung der Leistungszeit auf einen Moment, in welchem die Leistung nicht geschehen kann, ist nichtig, und damit ist im Zweifel der ganze Vertrag nichtig (139). Wenn aber die Parteien lieber Leistung zu anderer Zeit als gar nichts gewollt haben würden, so ist der Vertrag gültig ohne die bestimmte Leistungszeit, und es ist dann wiederum gemäß den Umständen zu sagen, daß die Leistung nach Beseitigung des Hindernisses fällig wird; derjenige aber, welcher das Hinderniß kannte oder kennen mußte, hat dem andern Theil das negative Vertragsinteresse in Betreff der Leistungszeit zu gewähren, falls nicht auch dieser das Hinderniß kannte oder kennen mußte (307).

S. noch Meumann der Verzug des Schuldners nach dem Recht des BGB. Erl. Diss. 1898. S. 8 fg.]

§ 279*.

Eine bestimmte Form der Mahnung ist nicht vorgeschrieben[1]. Die Mahnung ist aber ungültig, wenn sie von dem Schuldner etwas

---

* Madai § 5—12, Wolff § 22, Mommsen § 5—7, Kniep I § 51—60. [Bettmann (§ 278 [1]) S. 20 fg.]

[1] Namentlich ist nicht Gerichtlichkeit der Mahnung erforderlich. In der § 279. Ladung liegt aber eine Mahnung. Mahnung durch Klageerhebung bei einem unzuständigen Gericht? Sf. XX. 213. — HGB. 288 Abs. 2. „Die Uebersendung der Rechnung gilt für sich allein nicht als Mahnung". [Gestrichen als nunmehr entbehrlich, Denkschr. z. E. d. HGB. S. 192 (Guttentag)]. Sf. XXIV. 196: bei schriftlicher Mahnung tritt der Verzug mit dem Empfange des Briefes ein, nicht erst mit der Kenntnißnahme von seinem Inhalt. — Sf. XXVIII. 19.

Digitized by Google

Anderes verlangt, als derselbe zu leisten verpflichtet ist[1a]. So ist sie namentlich ungültig, wenn sie von dem Schuldner Leistung an einem Orte verlangt, an welchem[2], oder zu einer Zeit, zu welcher derselbe zu leisten nicht verpflichtet ist[3]. Dagegen ist es nicht erforderlich, daß die Mahnung an dem Leistungsorte oder zu der Leistungszeit selbst erfolge[4]. Geschehen muß die Mahnung durch den Gläubiger, vorausgesetzt daß derselbe handlungsfähig ist[5], oder durch Jemanden, der zur Vertretung des Gläubigers befugt ist[6]. In gleicher Weise muß die Mahnung gerichtet werden an den Schuldner[7], vorausgesetzt daß derselbe handlungsfähig ist[8], oder an den zur Vertretung des Schuldners Befugten[9].

Der Schuldner muß zwar der Mahnung sofort gehorchen; aber daraus folgt nicht, daß er gerade in demselben Momente leisten müßte, in welchem die Mahnung an ihn gestellt wird. Eine gewisse Zeit muß ihm für die Verwirklichung der Leistung immer gelassen werden; das Nähere ist dem richterlichen Ermessen anheimzustellen[10].

[1. Im BGB. ist die Mahnung eine formlose einseitige Willenserklärung des Gläubigers an den Schuldner. Sie ist an einen be-

---

[1a] Vgl. aber auch Sf. XXXI. 125, XXXII. 309.

[2] L. 32 pr. D. 72, 1. „Mora fieri intellegitur . . si interpellatus opportuno loco non solverit, quod apud iudicem examinabitur".

[3] L. 49 § 3 D. 45, 1. „Si promissor hominis ante diem, in quem promiserat, interpellatus sit, et servus decesserit, non videtur per eum stetisse".

[4] Dieß wird nicht allgemein anerkannt, und namentlich nicht was die Zeit der Mahnung angeht. Aber es folgt aus dem Begriff der Mahnung, und ein Gegenbeweis aus den Quellen kann nicht geführt werden. Die in Note [2] und [3] angeführten Stellen setzen offenbar voraus, daß Leistung gerade an dem Orte und zu der Zeit der Mahnung verlangt werde. Deßwegen glaube ich auch nicht, daß aus l. 32 pr. D. 22, 1 (2) das Erforderniß hergeleitet werden dürfe, daß die Mahnung an einem passenden Orte geschehen müsse. Zwar sind in dieser Stelle die Worte „opportuno loco" nicht mit „non solverit" zu verbinden, sondern mit „interpellatus"; aber ihr Sinn ist doch der, daß die Mahnung ungültig sei — nicht wenn sie an einem unpassenden Orte erfolge, sondern — wenn sie an einem unpassenden Orte Leistung verlange.

[5] Vgl. Madai S. 52, Wolff S. 269, Mommsen S. 51. Nicht so weit geht Kniep I S. 166 fg., er verlangt nur, daß ein zur Annahme Berechtigter da sei. Dernburg II § 40 [7].

[6] L. 24 § 2 D. 22, 1. Vgl. zu dieser Stelle, was den negotiorum gestor angeht, Vat. fr. § 112. 334, und vgl. überhaupt mit Mommsen S. 53 Kniep I S. 176—217, Brinz 2. Aufl. II S. 272 [15], Ruhstrat Jahrb. für Dogm. XIX S. 287 fg. Dernburg II § 40 [8].

[7] L. 32 § 1 D. 22, 1.

[8] L. 24 D. 45, 1.

Digitized by Google

stimmten Ort nicht gebunden, aber entgegen der Auffassung Windscheids (9) muß sie nach der Fälligkeit der Leistung erfolgen (284 Abs. 1 S. 1).

2. Es ist im BGB. nicht ausgesprochen, aber selbstverständlich, daß die Mahnung nur gültig ist, wenn sie verlangt, was der Gläubiger verlangen kann. Sie ist also ungültig, wenn sie etwas Anderes verlangt, oder Leistung am unrichtigen Ort, oder zu einer Zeit, zu welcher der Schuldner noch nicht zu leisten verpflichtet ist. Das Letztere folgt schon daraus, daß die Mahnung selbst nach der Fälligkeit erfolgen muß. Fordert der Gläubiger zuviel, so soll nach Planck zu § 284, 4, c der Verzug eintreten, „sofern nur erhellt, daß auch das wirklich Geschuldete gefordert wird". Dieser Ansicht kann nicht zugestimmt werden. Wenn der Gläubiger zuviel verlangt, so ist es möglich, daß er das Mindere, welches der Schuldner als seine Schuld anerkennt, als eine Theilzahlung gemäß § 266 ablehnen würde, und dieß wird der Fall sein, in welchem auch Planck den Verzug für ausgeschlossen hält. Aber auch wenn der Gläubiger das angebotene Mindere anzunehmen bereit ist, so will es doch der Zuvielfordernde nur als eine Theilzahlung auf eine größere Schuld gelten lassen, während es die vollständige Schuldtilgung darstellt. Der Schuldner hat nur gegen Quittung zu leisten (368); er kann verlangen, daß der Gläubiger gegen Empfang der Leistung die Schuld als vollständig getilgt anerkennt. Dem Gläubiger gegenüber, der die vollständige Leistung nur als eine unvollständige anerkennen will, kann der Schuldner die Leistung verweigern. Der Schuldner kommt also, wenn zuviel eingemahnt ist, nur dann in Verzug, wenn auf seine Gegenvorstellung der Gläubiger seine Forderung auf das richtige Maß herabsetzt, und nun der Schuldner nicht leistet.

3. Daß die Mahnung unbedingt sein muß (Planck a. a. O. g.), weil sie dem Schuldner Gewißheit darüber geben soll, daß der Gläubiger die Leistung verlange, ist zutreffend. Planck a. a. O. f. ist ferner der Ansicht, daß die Mahnung als solche auf sofortige Leistung gerichtet sein muß, also unwirksam ist, wenn sie sich auf Leistung zu einer späteren Zeit richtet. Jedoch hält Planck die Wirkung einer solchen Mahnung indirect in folgender Weise aufrecht: Nach Fälligkeit der Forderung sei der Gläubiger berechtigt, einseitig eine Leistungszeit zu bestimmen mit verbindlicher Kraft für den Schuldner (jedoch unbeschadet seines Rechtes, früher zu leisten); diese Bestimmung liege in der befristeten Mahnung, und habe der Gläubiger die Leistungszeit in der Weise bestimmt, daß sie sich nach dem Kalender berechnen lasse, so trete gemäß § 284 Abs. 2 Verzug ohne Mahnung ein (a. a. O. 4, f. 6). M. E. ist dieß eine künstliche und bedenkliche Construction. Es ist doch wohl nicht die Meinung, daß die von dem Gläubiger in der bezeichneten Weise einseitig getroffene Bestimmung der Leistungszeit in jeder Beziehung dieselbe Wirkung haben soll, wie eine vor der Fälligkeit vertragsmäßig

---

[9] Madai S. 53 fg., Wolff S. 271 fg., Mommsen S. 55, Kniep I S. 228 fg., Sintenis II § 93 [59], Brinz 2. Aufl. II S. 293. 294.

[10] Auch auf diesen Fall beziehen sich die allgemeinen Aussprüche der l. 32 pr. D. 22, 1. und der l. 91 § 3 D. 45, 1. Vgl. l. 105 D. 46, 3 (— „nec enim cum sacco adire debet"); auch l. 21 § 12 D. 4, 8, l. 5 § 1 D. 37, 6. Madai § 14, Mommsen S. 63—65, Kniep I S. 467 fg.

Digitized by Google

getroffene? Soll sie für den Gläubiger unwiderruflich sein? Soll die Forderung im Concurse des Schuldners als nunmehr betagte gelten und nur unter Abzug des Zwischenzinses zum Ansatz kommen? Beides kann nicht bejaht werden. Nahe liegt, daß, wenn der Gläubiger, der sofort fordern könnte, auf Leistung nach einem Monat dringt, darin das Anerbieten einer Stundung liegt, welche zu Stande kommt, wenn der Schuldner den Antrag ausdrücklich oder stillschweigend annimmt. Alsdann ist § 284 Abs. 2 anwendbar. Trifft aber diese Auslegung nicht zu, oder fehlt es an der Annahme seitens des Schuldners, so kann die einseitige Erklärung des Gläubigers, daß das schon jetzt Fällige nach einem Monat geleistet werden solle, nicht als eine Bestimmung der Leistungszeit im Sinne des § 271 aufgefaßt, also auch § 284 Abs. 2 nicht angewandt werden. Planck hält das von ihm vertheidigte Recht des Gläubigers, nach Fälligkeit der Schuld eine Leistungszeit einseitig zu bestimmen, für etwas Selbstverständliches, a majori ad minus aus dem Recht auf sofortige Leistung Folgendes. Selbstverständlich ist aber nur, daß der Gläubiger von seinem Rechte zu beliebig späterer Zeit Gebrauch machen kann, nicht, daß es irgend welche Rechtswirkungen hat, wenn er einseitig im Voraus erklärt, dies thun zu wollen. Die Annahme Plancks widerspricht dem § 305 BGB. Ein Gesetz, das den Erlaß der Schuld von der Zustimmung des Schuldners abhängig macht (397), muß auch folgerichtig die Hinausschiebung des Leistungstermins ebenso behandeln. Man kommt also zu dem Ergebniß, daß eine Mahnung, welche Leistung nicht sofort, sondern zu einer bestimmten späteren Zeit verlangt, entweder als solche gültig ist, d. h. als solche Verzug begründet, wenn der Schuldner zu der angegebenen Zeit nicht leistet, oder daß sie gänzlich wirkungslos ist. M. E. ist das Erstere zu sagen, weil das Gesetz nicht als Voraussetzung gültiger Mahnung aufstellt, daß sie unbefristet erfolgt, und dieses Erforderniß auch aus Wesen und Zweck der Mahnung nicht abzuleiten ist. Kommt der Schuldner, der kraft des Schuldverhältnisses weiß, daß er in drei Monaten leisten muß, in Verzug, ohne unmittelbar vor dieser Zeit erinnert zu werden, so ist aus den Interessen des Schuldners auch kein Grund zu entnehmen, warum nicht eine nach der Fälligkeit der Schuld mit Frist von drei Monaten erfolgende Mahnung den Verzug mit Ablauf dieser Frist herbeiführen sollte. Hiermit wird, im Gegensatz zu Planck, zur Begründung der Wirkung der befristeten Mahnung auf die Gleichheit der praktischen Sachlage für den Schuldner im Falle solcher Mahnung und in den Fällen des Satzes dies interpellat pro homine Bezug genommen, während Planck die befristete Mahnung constructiv zu einem Falle jenes Satzes zu stempeln sucht.

4. Die Mahnung tritt, wie andere empfangsbedürftige Willenserklärungen, in Kraft, sobald sie dem Schuldner zugegangen ist (130; s. ob. I S. 292 fg.). Für den besonderen oben § 278 zu [12] bemerkten Satz ist im BGB. kein Bedürfniß; s. BGB. 132.

5. Ist der Gläubiger geschäftsunfähig oder in dem Zustande des § 105 Abs. 2, so ist seine Mahnung nichtig (105). Statt des Geschäftsunfähigen muß dessen gesetzlicher Vertreter mahnen. Ist der Gläubiger in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so kann, wenn er verlangt, daß ihm selbst geleistet werde, die Mahnung nur dann gültig sein, wenn er zur Entgegennahme der Leistung (zur Aufhebung des Forderungsrechtes) befugt ist. Wird dagegen Leistung an den

Digitized by Google

gesetzlichen Vertreter verlangt, so ist kein Grund vorhanden, die Mahnung gemäß § 111 nur mit (vorgängiger) Einwilligung des gesetzlichen Vertreters für gültig zu halten. Will man sagen, sie enthalte einen Eingriff in die Verwaltungsrechte des gesetzlichen Vertreters, so ist zu erwidern, daß das BGB. überhaupt nicht den in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten von der Verwaltung seines Vermögens ganz ausschließt, vielmehr ihm die Fähigkeit zu Willenserklärungen, welche ihm lediglich einen rechtlichen Vortheil bringen, beläßt. Eine solche Willenserklärung ist aber die Mahnung; denn ihr einziger Rechtserfolg ist die Begründung des Verzuges des Schuldners. (Von einer die Aufhebung eines Rechtsverhältnisses herbeiführenden Kündigung ist nicht die Rede!) Daß der gesetzliche Vertreter von den eingetretenen Verzugsfolgen den Schuldner kraft seines Vertretungsrechtes dispensiren kann, ist eine Sache für sich.

In Betreff eines Bevollmächtigten oder freiwilligen Vertreters des Gläubigers entscheiden §§ 174. 180.

6. Dem Schuldner bringt die Mahnung einen rechtlichen Nachtheil; es gelten daher für den Fall seiner Geschäftsunfähigkeit oder beschränkten Geschäftsfähigkeit die I S. 286 gegebenen Bemerkungen. Ueber Mahnung an einen Vertreter des Schuldners vgl. I S. 320 fg. Die Vollmacht zur Empfangnahme der Mahnung liegt regelmäßig in einer Vollmacht, welche zur Erfüllung der Verbindlichkeit ermächtigt; sie ist aber auch getrennt von einer Vollmacht der letzteren Art denkbar.]

c. Wirkungen.*

§ 280.

Die Wirkung des Verzuges ist im Allgemeinen, daß der Schuldner zur Leistung des Interesse verpflichtet ist[1]. Besondere Anwendungen dieses Satzes sind folgende[2].

---

* Madai § 44—55, Wolff § 37—42, Mommsen § 19—29, Kniep Bd. II. (Das Charakteristische der zuletzt genannten Darstellung ist, daß sie die Wirkungen des Verzugs [der Mahnung] möglichst vom Interessebegriff loszulösen und als selbständige hinzustellen sucht. S. die Uebersicht § 103.)

[1] L. 36 § 2 D. 7, 1: -- „aliud dici non posse ait, quam in id obligatum esse heredem, quanti legatarii intersit, moram factam non esse". L. 114 D. 45, 1 (§ 278 [2]). S. außerdem l. 9 § 8 D. 10, 4, l. 60 pr. D. 17, 2, l. 21 § 3. l. 31 § 1 D. 19, 1, l. 26 D. 32, l. 113 § 1 D. 45, 1. Sf. II. 155, III. 136, V. 156. — Man hat dem Verzuge auch die Wirkung beilegen wollen, daß der Schuldner durch denselben das ihm zustehende Wahlr. verliere. S. dagegen Mommsen S. 259 fg., Vangerow III § 569 Anm. 1 Nr. 4 (§ 255 [11]). Man hat ferner gesagt, daß bei gegenseitigen Verträgen der Gläubiger durch den Verzug des Schuldners das R. gewinne, vom Vertrage zurückzutreten. Auch das ist in dieser Allgemeinheit nicht richtig. Der Gläubiger hat nur das R., die Leistung des Schuldners zurückzuweisen, wenn ihm das zu Leistende zu dem Zwecke, zu welchem er es sich hat versprechen lassen, unbrauchbar geworden ist, wohin im Besonderen auch der Fall gehört, wo er für das Bedürfniß, welches durch die Leistung befriedigt werden sollte, anderweitige Fürsorge

§ 280.

Digitized by Google

1. Der Schuldner ist verpflichtet, dem Gläubiger allen Gewinn zu ersetzen, welchen derselbe bei rechtzeitiger Leistung von dem Leistungsgegenstande hätte ziehen können[3], namentlich[4] Früchte[5] und Zinsen[6]. Die Verzugszinsen betragen bei Geldschulden[7] 5%[8]. Sie fallen weg

---

getroffen hat. Es kann von dem Gläubiger nicht verlangt werden, daß er einen Nachtheil, welchen er abwenden kann (durch Nichtannahme der verschuldeten Leistung) oder abwenden konnte (durch anderweitige Fürsorge für sein Bedürfniß), erleide, um hinterher Ersatz einzutreiben. Vgl. § 346[6] und Sf. XXXIII. 123. Mehr folgt auch aus l. 24 § 4 D. 19, 2 nicht. Vgl. Mommsen S. 257 fg., Kniep II S. 340 fg. (theilweise abweichend), auch Stobbe III S. 232. 242 [3. Aufl. (Lehmann) S. 290. 301 fg.]. Hinzuzufügen ist jedoch: 1) es kann als stillschweigend bedungen erscheinen, daß der Verzug des einen Contrahenten dem andern ein Rücktrittsr. geben solle; 2) es ist ins Auge zu fassen, ob nicht der Gläubiger dadurch besondere Re gewinnt, daß der säumige Schuldner zugleich in mora accipiendi sich befindet. Diese mora accipiendi kann namentlich von Bedeutung sein für die Entscheidung der Frage, ob nicht der Verkäufer die nicht abgenommene Waare weiter verkaufen dürfe. Darf er es, so entsteht der Schein eines Rücktrittsr., welches in der That nicht vorhanden ist. Sf. II. 154, III. 164, V. 156, VIII. 351, IX. 139, X. 155, XI. 139. 141. 230. 231. 232, XIV. 133, XVI. 208, XXIV. 228, XXXI. 126, XXXIII. 294, XXXV. 14, XXXVI. 189. [[XLVII. 101]]. [XLVI. 187]. Bl. f. RAnw. zun. in Bayern XXXV S. 326 fg. [Eiswaldt Rücktritt und Zurückweisung. Ein Beitrag zu der gemeinrlichen Lehre vom Verzuge. Erl. Diss. o. J. (1896) bes. S. 13—41: für das r. R. im Wesentlichen wie Windscheid; für das heutige R. dem Rücktrittsr. etwas günstiger.] Thöl Handelsr. I § 281. 282, Pauli im neuen Arch. f. HR. III S. 123 fg. Unbedingtes Rücktrittsr. gestattet beim Kaufvertrag das HGB. Art. 354—359 [S. jetzt §§ 375. 376]. — Ueber andere vermeintliche Folgen der Mora s. Madai § 55, Wolff S. 468—470, Mommsen § 27.

[2] Nicht die einzig möglichen, aber die am Häufigsten zur Sprache kommenden. Vgl. l. 3 D. 12, 3.

[3] Omnis causa. L. 17 § 1 D. 6, 1, l. 8 D. 22, 1, l. 8 § 6 D. 43, 26. Vgl. § 258[16].

[4] Vgl. außerdem l. 17 § 1 D. 6, 1, l. 14 pr. D. 22, 1, l. 39 § 1 D. 30, l. 28 [27] § 1 D. 36, 1.

[5] L. 38 § 15 D. 22, 1, l. 8. l. 39 D. eod. l. 39 § 1 D. 30, l. 26 D. 32, l. 19 [18] pr. D. 36, 1, l. 17 § 1. l. 62 D. 6, 1. L. 39 § 1 D. cit.: — „Fructus autem hi deducuntur in petitionem, non quos heres percepit, sed quos legatarius percipere potuit". Vgl. auch I § 124[6]. Zur historischen Entwickelung: Gai. II, 280, Paul. sentent. III, 8 § 4, l. 38 § 7 D. 22, 1.

[6] L. 32 § 2 D. 22, 1, l. 2 C. 4, 34, l. 78 § 2. l. 87 § 1 D. 31. R. D. A. von 1600 § 139. Bei den stricti iudicii actiones machte den Römern auch hier die Formel Schwierigkeit, welche Schwierigkeit jedoch, wenn es sich um einen andern Leistungsgegenstand als Geld handelte, später überwunden worden ist. L. 22 D. 39, 5, l. 1 C. 4, 5, l. 4 C. 4, 7, l. 3 C. 4, 32. l. 11 [12]. l. 23 eod. Sf. I. 59. Vgl. auch § 259[9. 10].

[7] Bei Forderungen auf andere fungibele Sachen so viel, als der Gläubiger nachweisen kann, daß er bei rechtzeitiger Leistung von dem Kapital an Zinsen gezogen haben würde. Vgl. auch Sf. IV. 103, X. 142.

Digitized by Google

bei Schulden aus Schenkungen[9], bei Schulden des Fiscus aus Contracten, welche er selbst abgeschlossen hat[10], bei fiscalischen Geldstrafen[11].

2. Tritt nach dem Verzug Unmöglichkeit der Leistung ein[12], so befreit dieselbe den Schuldner selbst dann nicht, wenn sie ohne seine Schuld eingetreten ist[13]. Nicht einmal das hilft dem Schuldner, daß

---

[9] Wenn nicht der Gläubiger nachweisen will, daß er mehr hätte ziehen können. Nach r. R. konnten ohne weiteren Beweis nur ortsübliche Zinsen verlangt werden. Auf 5% hat der R. D. A. von 1600 § 139 die Verzugszinsen beim Darlehn normirt; für die Ausdehnung auf alle Verzugszinsen ist die herrschende Meinung. Madai S. 359, Wolff S. 452, Mommsen S. 246, Fritz Erläuter. II S. 56, Sintenis II S. 402, Kniep II S. 210. Die Ansicht Puchta's (§ 228[bb]), daß der R. D. A. auch für das Darlehn die Verzugszinsen nicht auf 5% habe fixiren wollen, ist ohne Anklang geblieben. Vgl. die Bemerkung Rudorff's zu der angeführten Stelle. Sf. XII. 14. — HGB. Art. 287: 6% [jetzt § 352: 5%]. Reichsgesetz vom 14/11 1867 § 3: der bedungene Zinssatz bleibt maßgebend, wenn er höher ist als die gesetzlich bestimmten Zögerungszinsen. [Jetzt ebenso BGB. 288 Abs. 1 S. 2.]

[9] L. 22 D. 39, 5. Doch ist die Beweiskraft dieser Stelle nicht unbezweifelbar. Ueber l. 16 pr. D. 22, 1 und l. 1 pr. D 50, 12 s. Madai S. 378—680, Mommsen S. 242, Windscheid Heidelb. kr. ZS. III S. 267, Kniep II S. 176 fg. 420 fg. Vgl. noch Mommsen S. 250—252, Kniep II S. 180. 420 fg.

[10] L. 17 § 5 D. 22, 1, l. 2 C. 10, 8. Sf. XVIII. 24. Vgl. das. XXV. 29, XXXII. 126. RG. VII S. 152. 162 (Sf. XXXVIII. 99. 100). Kniep II S. 242 fg. bestreitet die heutige Geltung dieser Ausnahme, weil der R. D. A. von 1600 ihrer nicht gedenke; nun sei aber durch denselben (auf Grund der bestehenden Praxis des Reichskammergerichts) die Zinsverbindlichkeit des Verzugsschuldners gegenüber dem das r. R. aufhebenden c. R. neu eingeführt worden. Aber damit eben schuf der R. D. A. ein neues Anwendungsobject für die Zinsbestimmungen des r. R.; die Annahme, daß er sich als ausschließliche Entscheidungsquelle habe hinstellen wollen, findet in seiner Bestimmung keinen Anhalt. Vgl. übrigens noch Kniep II S. 247 fg.

[11] L. 9 D. 27, 8, l. 1 C. 10, 8. Kniep II S. 180 fg. findet in diesen Stellen den im Text ausgesprochenen Satz nicht begründet, indem er in der Digestenstelle „poenarum" in „foenorum" verwandelt, und die Codexstelle davon versteht, daß das Zinsprivilegium des Fiscus (§ 278[13. a]) sich auf Strafen nicht erstrecke.

[12] Madai § 44—47, Wolff § 40, Mommsen § 20, Kniep II S. 8—59. Savigny System VI § 273—276, Vangerow III § 588 Anm. 3, Sintenis II S. 192—194. [Wahlburg In wie weit haftet der debitor morosus für den zufälligen Untergang des Schuldgegenstandes. Greifsw. Diss. 1896.]

[13] L. 5 D. 12, 1, l. 12 § 3 D. 16, 3, l. 25 § 2 D. 24, 3, l. 39 § 1, l. 108 § 11 D. 30, l. 82 § 1 D. 45, 1, l. 31 pr. D. 46, 2, l. 95 pr. D. 46, 3, l. 3 C. 6, 47; l. 7 § 2. l. 8 pr. l. 16. l. 20 D. 13, 1, l. 1 § 34. l. 19 D. 43, 16, l. 1 C. 2, 19 [20], l. 2 C. 4, 8, l. 9 C. 6, 2. In diesem Sinne

Digitized by Google

er nachweisen kann, daß, wenn er auch zur rechten Zeit geleistet hätte, der Leistungsgegenstand dem Gläubiger dennoch verloren gegangen sein würde; der Gläubiger kann diese Entgegnung durch den Hinweis darauf beseitigen, daß, wenn er den Leistungsgegenstand gehabt hätte, er denselben vor dem Verluste in seinen Werth hätte umsetzen können. Erst wenn der Schuldner den Beweis führt, daß der Gläubiger einen solchen Umsatz nicht vorgenommen haben würde, ist er frei[14]. — In

---

heißt es in den Quellen, daß durch den Verzug ein „perpetuari" der Obligation bewirkt werde, l. 24 § 2 D. 22, 1, l. 91 § 3 D. 25, 1, l. 58 § 1 D. 46, 1.

[14] Die Frage, wie es sich mit der Verhaftung des Schuldners verhalte, wenn ihm nach dem Verzug die Leistung ohne seine Schuld unmöglich wird und der Leistungsgegenstand dem Gläubiger auch bei rechtzeitiger Leistung (durch dasselbe oder ein anderes Ereigniß) verloren gegangen sein würde, war schon bei den Glossatoren streitig, und die Quellen gewähren in Betreff derselben ein reines Resultat nicht. Sucht man zunächst eine Entscheidung aus allgemeinen Grundsätzen zu gewinnen, so bietet sich eine doppelte Auffassung dar. Es kommt darauf an, für welchen Moment man annehmen will, daß durch den Verzug dem Gläubiger der Leistungsgegenstand entzogen worden sei; Ereignisse, welche nach diesem Momente eingetreten sind, sind für den Entschädigungsanspruch des Gläubigers gleichgültig, wenngleich sie den Verlust des Leistungsgegenstandes in gleicher Weise herbeigeführt haben würden (§ 258 [15]). Als diesen Moment kann man nun möglicherweise den Moment ansehen, wo hätte geleistet werden sollen, aber nicht geleistet worden ist; dann kann der Schuldner darauf, daß der Gläubiger auch bei rechtzeitiger Leistung den Leistungsgegenstand verloren haben würde, sich nicht berufen. Man kann aber auch sagen: durch die damalige Nichtleistung ist dem Gläubiger nicht der Leistungsgegenstand entzogen worden, sondern nur ein Zeitvortheil in Beziehung auf denselben; der Leistungsgegenstand wird dem Gläubiger nur dadurch entzogen, daß er ihm überhaupt nicht, also auch jetzt nicht, geleistet wird. Nach dieser Auffassung kann der Schuldner alle Ereignisse, welche bis zum jetzigen Zeitpunkt den Verlust des Leistungsgegenstandes ebenfalls herbeigeführt haben würden, geltend machen, und der Gläubiger kann sich dem gegenüber seinen Entschädigungsanspruch nur durch den Gegenbeweis sichern, daß er den Leistungsgegenstand vorher in seinen Werth umgesetzt haben würde. Es scheint mir nicht bezweifelt werden zu dürfen, daß diese letztere Auffassung die richtigere ist. — Sieht man nun auf den Inhalt der Quellen, so ergibt sich Folgendes. 1) Auf der einen Seite stehen die in Note [13] genannten Stellen, welche mit vollkommener Unbedingtheit den Satz aussprechen, daß nach dem Verzug dem Schuldner auch die unverschuldete Unmöglichkeit der Leistung nicht mehr zu Gute komme, und demgemäß dem Verzug die Wirkung einer „perpetuatio" der Obligation zuschreiben. Diese Stellen weisen entschieden auf die erste der bezeichneten Auffassungen hin. 2) Von der anderen Seite ist aber auch die entgegengesetzte Auffassung nicht unvertreten. Es finden sich Stellen, in welchen der Zweifel nicht abgewiesen wird, ob der Schuldner auch dann verhaftet sei, wenn bei rechtzeitiger Leistung der Gläubiger den Leistungsgegenstand dennoch gegenwärtig nicht haben würde, bez. in welchen als Gegengewicht gegen diesen Zweifel auf die Möglichkeit des Verkaufes vor dem Verluste hingewiesen wird (l. 12 § 4 D. 10, 4, l. 14

Digitized by Google

gleicher Weise ist zu entscheiden, wenn der Leistungsgegenstand nach dem Verzuge verschlechtert und dadurch für den Schuldner eine Unmöglichkeit gehöriger Leistung herbeigeführt worden ist[16].

---

§ 1 D. 16, 3, l. 14 § 11 D. 4, 2, l. 47 § 6 D. 30, l. 20 § 21. l. 40 pr. D. 5, 3, l. 15 § 3 D. 6, 1). Ob dieß Letztere aber in dem Sinne geschieht, daß der Gläubiger nur dann Entschädigung solle fordern dürfen, wenn er beweise, daß er verkauft haben würde, oder ob durch diese Hinweisung jener Zweifel ohne Weiteres als beseitigt gelten soll, ist schwer zu entscheiden. Ich habe mich früher (Heidelb. kr. ZS. II S. 556—558. III S. 263—265) für die erste Alternative ausgesprochen. Wenn ich jetzt meine Meinung zurücknehme, und mich für die zweite erkläre, so bestimmt mich dazu nicht die Betrachtung der vorerwähnten Stellen, in Beziehung auf welche ich auch jetzt noch der Meinung bin, daß sie eher für das Gegentheil sprechen, sondern vor Allem l. 3 § 3 D. 19, 1. In dieser Stelle wird gesagt, daß bei einer nach dem Verzuge eingetretenen Preisminderung der Gläubiger den höheren Werth der Zeit des Verzugs solle fordern können. Eine Preisminderung begründet eine partielle Unmöglichkeit der Erfüllung (Unmöglichkeit der Leistung des Leistungsgegenstandes in gehöriger Qualität); — für die partielle Unmöglichkeit können keine anderen Grundsätze gelten, als für die totale: — die Preisminderung würde gerade so eingetreten sein, wenn zur rechten Zeit geleistet worden wäre; — davon daß der Gläubiger nur dann einen Entschädigungsanspruch haben solle, wenn er vor der Preisminderung verkauft haben würde, enthält die Stelle keine Spur; — eine andere von mir früher vorgeschlagene Erklärung (Heidelb. kr. ZS. III S. 262) thut ebenfalls der Stelle zu viel Gewalt an, als daß sie auf Anerkennung rechnen dürfte: so sehe ich dieser Stelle gegenüber keinen Ausweg und halte dafür, daß es schwieriger ist, sie zu Gunsten der vorerwähnten Stellen zu beugen, als das Umgekehrte, obgleich freilich auch dieß nicht leicht ist. Dazu kommt noch l. 8 § 1 D. 13, 1, welche mit der früher von mir vertretenen Ansicht nur dann vereinbar ist, wenn man den Juristen zu gleicher Zeit annehmen läßt, daß zwar die Werthsteigerung, nicht aber die Werthminderung, auch beim Gläubiger eingetreten sein würde. — Jedenfalls aber wird man auf Grund der bei Ziff. 2 erwähnten Stellen nicht umhin können, dem Schuldner wenigstens die Möglichkeit offen zu halten, nachzuweisen, daß der Gläubiger nicht verkauft haben würde. — Für das so gewonnene Resultat ist auch die herrschende Meinung; s. namentlich Savigny, Mommsen und Vangerow a. a. OO., Brinz 2. Aufl. II. § 273 [6]. Dernburg II § 41 [2]. Für die Beweispflicht des Gläubigers in Betreff des Verkaufs sind Sintenis II § 93 [44] (daß der Gläubiger verkauft haben würde), Unger S. 132 [10] (Absicht und Gelegenheit des Verkaufs), Kniep S. 45. 46 (daß der Gläubiger verkauft haben würde). Eine ganz unbedingte Verhaftung des Schuldners behaupten Madai S. 296 fg., Schilling in der Rec. des Madai'schen Buches kr. Jahrb. f. deutsche RW. Jahrg. 1838 S. 253. 254, Fritz Erläuter. II S. 359 fg. Eine Mittelmeinung (s. namentlich Puchta § 268, Sintenis II § 93 [c 45]) will unbedingte Verhaftung wenigstens beim Verzuge in Folge eines Delictes eintreten lassen; s. dagegen Mommsen S. 197, Vangerow § 558 a. E. Vgl. noch Ernst (§ 276*) S. 39 fg.

[16] L. 8 § 1 D. 13, 1, l. 3 D. 13, 3, l. 25 § 2 D. 24, 3, l. 108 § 11 D. 30, l. 37 D. 17, 1. Auch in diesen Stellen, wie in denen der Note [13], wird eine Beschränkung der Verhaftung des Schuldners nicht hervorgehoben.

Digitized by Google

3. Das Gesagte gilt auch für den Fall, wenn der Leistungsgegenstand nach dem Verzuge eine Preisminderung erleidet[17]. Trotz dem, daß es bei derselben ohne Weiteres feststeht, sowohl daß der Schuldner an ihr nicht Schuld ist, als auch daß sie den Gläubiger ebenfalls betroffen haben würde, wenngleich ihm zur rechten Zeit geleistet worden wäre, muß der Schuldner dennoch Ersatz für den höheren Werth der Zeit des Verzuges geben, wenn er nicht nachweisen kann, daß der Gläubiger den Leistungsgegenstand, wenn er ihn damals erhalten hätte, auch bis jetzt behalten haben würde[18]. Derjenige, welcher einem Andern eine Sache widerrechtlich entzogen hat, ist sogar zum Ersatz des höchsten Werthes der Zwischenzeit verpflichtet[19]. Ist der Leistungsgegenstand ganz oder theilweise untergegangen, so kann der Gläubiger in gleicher Weise den höheren Werth der bezeichneten Zeitpunkte verlangen, nicht minder aber auch, wenn eine Preissteigerung eingetreten ist, den höheren Werth der Jetztzeit — das Letztere nur dann nicht, wenn der Schuldner beweisen kann, daß der Gläubiger nicht bis jetzt behalten haben würde[20].

---

[17] Savigny Syst. VI § 277, Mommsen § 21, Kniep II S. 59 fg. S. auch Cohnfeldt Lehre vom Interesse S. 253 fg.

[18] L. 3 § 3 D. 19, 1; s. auch l. 37 D. 17, 1, welche Stelle sich so allgemein ausdrückt, daß sie auf den Fall der Preisminderung mit bezogen werden kann. Die Beschränkung wird auch hier nicht hervorgehoben. Sf. IV. 21. 22, XV. 10, XVIII. 219. Vgl. I. 37. 44.

[19] L. 8 § 1 D. 13, 1; vgl. l. 50 pr. D. 47, 2. Von dieser Stelle gilt dasselbe, wie das in Note [18] von l. 37 D. 17, 1 Gesagte. — Andere (s. z. B. Wolff S. 456, Puchta § 268 f, Arndts § 251 f) leiten aus diesen Stellen eine allgemeine Regel für alle Fälle des Verzugs her; s. dagegen Mommsen S. 208. 209, Sintenis § 93 [41], Sf. II. 152, IX, 103, XI. 140, XII. 135, XIII. 240, XXVI. 115, XXVIII. 115.

[20] Der Gläubiger kann bei der Berechnung des ihm durch den Verzug zugefügten Nachtheils bis auf den Zeitpunkt hinabgehen, wo er Ersatz fordert (§ 258 [3]). — Ist eine Preissteigerung bei noch vorhandenem Leistungsgegenstand eingetreten, so versteht es sich von selbst, daß der Schuldner für dieselbe keinen Abzug machen kann. Sf. V. 263; II. 153, XV. 10. Für das classische r. R. dagegen, welches nur eine Geldcondemnation kannte, war die Frage eine wohl aufzuwerfende, ob bei der Schätzung auch auf diesen höheren Werth der Jetztzeit Rücksicht zu nehmen sei. Sie wird bejahend beantwortet in l. 3 § 3. l. 21 § 3 D. 19, 1. Die zuerst genannte Stelle enthält aber noch die weitere Bestimmung, daß der Kläger in gleicher Weise wie zwischen dem Werthe der Zeit, zu welcher hätte geleistet werden sollen, und der Zeit der Klage, so auch zwischen dem Werth des Ortes, an welchem hätte geleistet werden sollen, und des Ortes der Klage die Wahl habe. Diese Bestimmung hat mit der Nothwendigkeit der Geldcondemnation alle Grundlage verloren, und ist deßhalb heutzutage unanwendbar. Es ist

Digitized by Google

4. Forderungsrechte, welche durch Privatbestimmung an eine Zeitdauer gebunden sind, gehen nach dem Verzug durch den Ablauf dieser Zeitdauer nicht unter[21].

[1. Nach §§§. begründet der Verzug, wie im gemeinen Recht, die Verpflichtung des Schuldners zum Ersatz des durch den Verzug entstandenen Schadens (286 Abs. 1), wozu selbstverständlich auch der Ersatz des Gewinnes gehört, den der Gläubiger bei rechtzeitiger Leistung hätte machen können ([3]). Ebenso gehört zum Verzugsinteresse der Ersatz der Preisminderung, welche der Leistungsgegenstand inmittels erlitten hat, es wäre denn, der Schuldner könne beweisen, daß der Gläubiger den Gegenstand bei rechtzeitiger Erlangung nicht veräußert haben würde ([17. 18]). Ist der Werth nach Beginn des Verzuges gestiegen und dann wieder gefallen, so kann m. E. nicht bestritten werden (vgl. [19]), daß der Gläubiger neben der Leistung des Gegenstandes die Differenz zwischen dem höchsten Werth der Zwischenzeit und dem jetzigen Werthe verlangen kann; denn der Verzug hat ihm die Möglichkeit genommen, die Sache zur Zeit ihres Höchstwerthes zu ver-

---

nicht abzusehen, weßwegen heutzutage, wenn auf Wein (die l. 3 § 3 cit. handelt von einem Weinkaufe), der z. B. in Bordeaux hätte geliefert werden sollen, nach dem Verzuge des Schuldners in Lübeck geklagt wird, der Richter auf Leistung in Lübeck erkennen sollte. Ueber die verschiedenen Ansichten s. Madai S. 331, Mommsen S. 220, Windscheid S. 266, Wächter Erört. II S. 61, Cohnfeldt Lehre vom Interesse S. 257 fg., Kniep II S. 85 fg. Sf. II. 157.

[21] Dieß folgt aus dem Princip, und wird bestätigt durch l. 3 § 1. 2 D. 34, 4 (a. M. Mommsen S. 266, Brinz § 273 [8]), freilich nicht auch (wie Madai S. 402, Fritz Erläuter. II S. 367, Unterholzner S. 122 annehmen) durch l. 59 § 5 D. 17, 1. — Dagegen wird der Ablauf der gesetzlichen Anspruchsverjährung durch den Verzug nicht unterbrochen, und ebensowenig werden die an das Leben einer der Parteien kraft gesetzlicher Bestimmung gebundenen Forderungsre durch den Verzug vererblich. Das Erste darf mit Sicherheit aus dem Schweigen der Quellen geschlossen werden; bei der Genauigkeit, mit welcher dieselben die Erfordernisse der Unterbrechung der Anspruchsverjährung bestimmen (§ 107), würden sie die Mahnung gewiß nicht übergangen haben, wenn sie der Ansicht gewesen wären, daß durch dieselbe die Verjährung auch nur indirect ausgeschlossen werde. Was das Zweite angeht, so war in früheren Auflagen dieses Lehrbuchs [bis zur 3.] — gegen die herrschende Meinung — das Gegentheil behauptet worden — auf Grund des Princips. Aber in Betreff der Verjährung jedenfalls ist das r. R. vom Princip abgewichen, und was sonst noch in früheren Auflagen für das Vererblichwerden der Forderungsre durch den Verzug angeführt worden war, nämlich daß der Uebergang auf die Erben bei der Dotalforderung bezeugt sei (Ulp. VI. 7, f. Vat. § 95. 97. 112), möchte sich bei näherer Betrachtung eher als Ausnahme von der Regel der Unvererblichkeit, denn als Ausdruck der Regel der Vererblichkeit, somit eher als Gegenbeweis gegen die Regel der Vererblichkeit, denn als Beweis für dieselbe, herausstellen. Denn bei der Dotalforderung genügt zur Herbeiführung des Verzugs auch, gegen die Regel, die Mahnung durch einen nicht autorisirten Vertreter (fr. Vat. § 112. 334); der Gedanke, daß auch in der der Mahnung zugeschriebenen Wirkung für die Vererblichkeit eine besondere Begünstigung der Dotalforderung enthalten sei, ist also ein sehr nahe liegender.

Digitized by Google

äußern. Der Schuldner kann aber auch hier sich durch den Beweis entlasten, daß der Gläubiger diese Möglichkeit nicht ausgenutzt haben würde. Die Verzugszinsen von Geldschulden betragen nur 4% (vgl. [6]). Bei einem anderweit begründeten höheren Zinssatz verbleibt es. Die Geltendmachung eines höheren Schadens ist nicht ausgeschlossen (288). Von Verbindlichkeiten zur Leistung anderer Fungibilien als Geld gibt es keine Verzugszinsen (vgl. [7]). Von Zinsen sind Verzugszinsen nicht zu entrichten (289). Der Schenker ist von der Leistung von Verzugszinsen entbunden (522) (vgl. [9]), der Fiscus dagegen nicht (vgl. [10]). Geldstrafen unterliegen der Leistung von Verzugszinsen auch in Zukunft nicht, und zwar deßwegen, weil der Schuldner schlechthin nur die Summe zu erlegen hat, zu der er verurtheilt ist; für den Fall der Uneinbringlichkeit tritt die Verwandlung der Strafe in Freiheitsstrafe ein, nicht aber die civilrechtlichen Folgen der Nichterfüllung oder Verzögerung der Erfüllung einer civilrechtlichen Verbindlichkeit.

2. Wenn erweislich die Leistung in Folge des Verzuges für den Gläubiger kein Interesse hat, so kann er unter Ablehnung der Leistung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, und das Verhältniß ist dann so geregelt, wie bei der Ausübung des vertragsmäßigen Rücktrittsrechts (286 Abs. 2; vgl. [1]). Diese Satzung findet Ergänzungen in der Lehre von den gegenseitigen Verträgen. S. unt. zu § 321.

3. Wie im gemeinen Recht, haftet der Schuldner während des Verzuges nicht nur für jede Fahrlässigkeit, sondern auch für den Zufall, wenn er nicht beweisen kann, daß der Schaden auch bei rechtzeitiger Leistung eingetreten sein würde, wozu auch der bei [14] bemerkte Beweis gehört. Ist der Leistungsgegenstand untergegangen oder kann er aus einem sonstigen Grunde nicht herausgegeben werden, und haftet der Schuldner nach dem vorigen Satze dafür, so kann nach § 290 der Gläubiger Zinsen des zu ersetzenden Betrages von dem Zeitpunkt an verlangen, welcher der Bestimmung des Werths zu Grunde gelegt wird. Welcher Zeitpunkt dieß ist, sagt das Gesetz nicht. In dem I. Entw. (§ 252) war vorgesehen, daß der Schuldner Zinsen von Beginn des Verzuges an zu entrichten habe, daß aber der Gläubiger, der diese Zinsen fordere, nicht zugleich für dieselbe Zeit Entschädigung wegen entzogener Nutzungen verlangen könne. Diese Bestimmungen kehren auch im II. E. (246) und III. E. (284) wieder. Die Reichstags-Commission hat die jetzige Fassung beschlossen, indem sie davon ausging, daß, wenn der Werth des Gegenstandes nach Beginn des Verzuges gestiegen sei (oder falls er nicht untergegangen wäre, gestiegen sein würde) und der Gläubiger den höheren Werth fordere, Zinsen erst von der Zeit der Werthsteigerung an zu berechnen seien. Daß nicht neben den Zinsen Ersatz von Nutzungen für die gleiche Zeit gefordert werden könne, wollte die Commission nicht für unrichtig erklären, aber die Frage der Judicatur überlassen (Commissionsbericht S. 36). M. E. ist nun im Einzelnen Folgendes zu behaupten: Der Gläubiger kann der Werthberechnung zu Grunde legen zunächst den Werth zur Zeit des Eintritts des Verzuges; dann bekommt er 4% Zinsen der Werthsumme von diesem Augenblick an, aber keinen Ersatz für Nutzungen des Gegenstandes, welche seit Eintritt des Verzuges hätten gezogen werden können. Ist keine Veränderung der Preisverhältnisse eingetreten, so kann der Gläubiger den gleichen Werth aber

Digitized by Google

auch als den Werth zur Zeit des Urtheils fordern; dann erhält er Zinsen erst von dieser Zeit an, kann aber Ersatz der Nutzungen bis dahin fordern. Ist nach Beginn des Verzuges der Werth des Gegenstandes vor seinem Untergange gestiegen, so kann der Gläubiger den ihm günstigsten Zeitpunkt der Werthberechnung wählen und erhält dann Zinsen der Werthsumme von diesem Zeitpunkte an. Außerdem erhält er Ersatz der Nutzungen, welche er bis zu dem gleichen Zeitpunkte hätte ziehen können. Wenn nach dem Untergange des Gegenstandes der Werth derartiger Gegenstände gestiegen ist, so muß ebenfalls behauptet werden, daß der Gläubiger diesen höheren Werth fordern kann; denn er hätte ihn, wenn nicht der Gegenstand untergegangen wäre, und eben dafür haftet der Schuldner. Der Gläubiger erhält dann auch Ersatz der Nutzungen, welche (wenn nicht der Gegenstand untergegangen wäre) bis zu dem Zeitpunkte, der der Werthberechnung zu Grunde gelegt wird, hätten gezogen werden können, und von dem gleichen Zeitpunkt an erhält er Zinsen der Werthsumme. Ist der Leistungsgegenstand während des Verzuges verschlechtert und der Schuldner dafür verantwortlich (s. diese Nummer z. A.) so hat der Gläubiger zu beanspruchen 1) den Gegenstand, 2) Ersatz für die Verschlechterung und zwar die Differenz zwischen dem jetzigen Werthe des Gegenstandes und demjenigen, welchen er zur Zeit des Eintritts des Verzuges gehabt hat. Ist aber der Werth derartiger Gegenstände nach Beginn des Verzuges gestiegen, so kann der Gläubiger die Differenz zwischen dem jetzigen Werth und dem Höchstwerth verlangen, welchen der Gegenstand ohne die Verschlechterung seit dem Verzuge erreicht haben würde. Die Ersatzsumme ist zu verzinsen von der Zeit an, welche der Berechnung zu Grunde gelegt wird.

4. Der Satz des Textes Ziffer 4 ist im BGB. nicht aufgestellt, aber gleichwohl im Allgemeinen auch in seinem Zusammenhange richtig. Wenigstens dann, wenn die Bestimmung einfach dahin lautet, daß die Verbindlichkeit des Schuldners binnen bestimmter Frist erlischt. Da der Schuldner den Schaden zu ersetzen hat, der durch den Verzug entsteht, so würde er, wenn durch den Verzug das Forderungsrecht erloschen wäre, dasselbe wiederherzustellen haben; Angesichts dessen wird man vertheidigen können, daß es überhaupt nicht erlischt. Wenn aber die Bestimmung des Rechtsgeschäfts — wie nicht selten in Versicherungsbedingungen — dahin lautet, daß der Anspruch erlischt, wenn er nicht binnen bestimmter Frist gerichtlich geltend gemacht ist, so ist die Herbeiführung des Verzuges durch Mahnung nicht geeignet, den Untergang des Forderungsrechtes abzuwenden. Dieser Untergang ist hier auch nicht eine Folge des Verzuges, sondern der Unterlassung derjenigen Handlungen seitens des Gläubigers, welche er zur Wahrung seines Rechts hätte vornehmen müssen. Dasselbe gilt bei Verjährung und gesetzlicher Rechtsbefristung.

S. noch Neumann (zu § 278 a. E.) S. 23 fg.]

d. Aufhebung*.

§ 281.

Der Verzug hört auf:

1) dadurch, daß der Schulder seiner Verpflichtung nachkommt und dem Gläubiger gehörige Leistung anbietet[1], wozu aber auch ge-

Digitized by Google

hört, daß er dem Gläubiger mit anbiete, worum seine Verpflichtung durch den Verzug gesteigert worden ist[2];

2) dadurch, daß der Gläubiger aufhört, auf sofortiger Leistung zu bestehen, indem er dem Schuldner eine Frist bewilligt[3], oder in sonstiger Weise von dem Verlangen sofortiger Leistung Abstand nimmt[4].

3) Der Verzug, welcher zu Gunsten des minderjährigen Gläubigers ohne Mahnung eingetreten ist, hört auf mit der Großjährigkeit des Gläubigers[5]. In analoger Weise ist zu entscheiden in Betreff des Verzuges, welcher gegen den Abwesenden (§ 278 Ziff. 4) ohne Mahnung eingetreten ist[6]. Daß endlich

4) der Verzug auch aufhört, wenn das Forderungsrecht selbst aufhört, versteht sich von selbst[7]. Durch das Aufhören des Forde-

---

* Madai § 66—68, Wolff § 45—47, Mommsen § 33—35.

§ 281. [1] L. 91 § 3. l. 73 § 2 D. 45, 1, l. 18 [17] D. 18, 6, l. 26 D. 24, 3, l. 72 § 1 D. 46, 3; l. 72 § 2 eod., l. 8 pr. D. 13, 1, l. 2 C. 4, 8. Die Quellen sprechen in diesem Falle von purgatio oder emendatio morae. Sf. XII. 256, XVIII. 220.

[2] Mommsen S. 323. 324. Auch hierauf bezieht sich ohne Zweifel die l. 91 § 3 D. 45, 1: — „esse enim hanc quaestionem de bono et aequo". Ist Verzicht auf das R., den Verzug durch gehörige Anbietung zu beseitigen, zulässig? Dagegen Mommsen S. 326; dafür Madai S. 497. Windscheid Heid. kr. ZS. III S. 276. — Durch den Beginn des Processes wird dieses R. nicht verloren, wie man auf Grund von l. 84 D. 45, 1, l. 17 D. 13, 5 behauptet hat. Mommsen S. 328, Wächter Erört. III. S. 26. 40. [Sf. LI. 99.]

[3] Von diesem Fall handelt l. 54 D. 2, 14. Vgl. über diese Stelle Mommsen S. 329 [1], Kniep Einfluß der bedingten Novation auf die Obl. S. 104—106, Windscheid kr. VJS. II S. 245 unten, Römer bedingte Novation S. 216—220, Brinz § 274 [20]. Römer leugnet, daß der Verzug durch eine Fristbewilligung beendigt werde. Kniep a. a. O. (vgl. noch S. 116. 117) behandelt die Frage als eine Auslegungsfrage, ebenso, wie es scheint, auch Brinz.

[4] Hierher gehört unter Anderem auch der Fall, wo der Schuldner sich hinterher bereit erklärt, vor den Richter zu gehen, dann aber der Gläubiger die Klage nicht erhebt. Daß dadurch der Verzug aufhört, ist unzweifelhaft; aber man darf sich dafür nicht auf l. 32 § 1, l. 47 D. 22, 1 berufen. (Diese Stellen handeln von dem Fall, wo der Schuldner auf geschehene Mahnung sich sogleich zur Uebernahme des Processes bereit erklärt, dann aber der Gläubiger „omittit repetendi debiti instantiam"; in welchem Falle keine rechte Mahnung vorliegt, und der Schuldner in Verzug gar nicht kommt.) Dem Schuldner gegenüber, welcher durch Delict in Verzug ist, schadet die Nichterhebung des Processes nicht, l. 20 D. 13, 1, vgl. l. 19 D. 43, 16.

[5] L. 37 § 1 D. 31 (§ 278 [11].) [Sf. XLVII. 13].

[6] Madai S. 224; a. M. Mommsen S. 320 [2] und Dernburg II § 42 [4]. In l. 32 § 1 D. 22, 1 findet dieser Satz freilich keine Stütze.

Digitized by Google

rungsrechts wird aber nicht bloß bewirkt, daß der Schuldner fortan nicht mehr in Verzug sei, sondern es wird dadurch der Schuldner auch von derjenigen Steigerung seiner Verbindlichkeit befreit, welche der Verzug bereits erzeugt hat[8]. Dieß nur dann nicht, wenn der Gläubiger bei der Leistungsannahme sich die Verzugsrechte ausdrücklich oder stillschweigend vorbehalten hat[9].

[1. Im I. Entw. des §§§. war bestimmt (253): Der Verzug des Schuldners hört für die Zukunft mit dem Zeitpunkt auf, in welchem er das Versäumte nachgeholt hat. Die II. Comm. hat diesen Satz gestrichen. Erfülle der Schuldner seine Verbindlichkeit so, wie sie sich in Folge des Verzuges gestaltet habe, so erlösche das Schuldverhältniß, und dann sei die Frage nach der Beendigung des Verzuges belanglos; trete Annahmeverzug ein, so seien die Bestimmungen über diesen ausreichend; daß durch Anbieten des ursprünglich Geschuldeten der Verzug nicht beendet werde, wenn die Leistungspflicht durch den Verzug sich gesteigert habe, sei selbstverständlich (Prot. S. 657). Das Alles unterliegt keinem Bedenken.

2. Die durch den Verzug bereits begründeten Verbindlichkeiten kann der Gläubiger dem Schuldner nur durch Vertrag erlassen (397) und nur durch Vertrag kann für die Zukunft der Verzug beendigt werden, denn darin liegt eine Aenderung des nunmehrigen Inhalts des Schuldverhältnisses (305). Der einseitigen Zurücknahme der Mahnung kann weder die eine, noch die andere Wirkung beigemessen werden. Indessen wird die Mahnung regelmäßig auf Bitten des Schuldners zurückgenommen werden, das Erforderniß des Vertrages also gewahrt sein. In einem Stundungsvertrage liegt die Beseitigung des Verzuges für die Zukunft, aber nicht von selbst die Aufhebung der Ansprüche auf bereits erwachsenes Verzugsinteresse.

---

[7] Im Besonderen von der Aufhebung des Forderungsr. durch Novation: l. 8 pr. D. 46, 2, l. 17 D. 13, 1; über l. 29 § 1 D. 45, 1. s. Liebe Stipulation S. 286 fg., Mommsen S. 331 [4], Windscheid kr. Ueberschau II S. 246, Kniep (s. unten) S. 77—94, Römer (s. unten) S. 147—159, Salkowski (s. unten) S. 291—303. Bedingte Novation: l. 14 pr. l. 31 pr. D. 46, 2, l. 72 § 1—3 D. 46, 3, l. 56 § 8 D. 45, 1. Vgl. (für Beides, bedingte und unbedingte Novation) Kniep Einfluß der bedingten Novation auf die ursprüngliche Novation S. 31 fg. und dazu Windscheid kr. VJS. II S. 242 fg., Römer die bedingte Novation S. 142 fg. und dazu H. Witte kr. VJS. VI S. 48—52, v. Salpius Novation und Delegation S. 152 fg., Salkowski zur Lehre von der Novation S. 285 fg. 458 fg., Vangerow 7. Aufl. III § 619 Anm. 2.

[8] Denn der Verzug erzeugt nicht ein neues Forderungsr., sondern bewirkt nur eine besondere Gestaltung des ursprünglichen. Vgl. Römer a. a. O. S. 163 fg. A. M. Salkowski a. a. O. S. 303—304, Dernburg II § 42 [5]. Vgl. (in diesem Lehrbuch) § 259 [10] a. E.

[9] Ueber die Ansicht, welche dem Vorbehalt diese erhaltende Kraft nicht beilegt, s. § 259 [10]. Wolff S. 505 fg. und Mommsen S. 330—331 schreiben dem Vorbehalte nur die Wirkung zu, dem Gläubiger eine naturalis obligatio zu erhalten. Irrig auch Windscheid Heid. kr. ZS. III S. 277.

Digitized by Google

3. Nach BGB. bedarf es keines Vorbehalts, um bei Annahme der Hauptleistung das Recht auf die kraft des Verzuges geschuldeten Nebenleistungen aufrecht zu erhalten. Es unterliegt der Auslegung des Rechtsgeschäfts im einzelnen Falle, ob in der vorbehaltlosen Annahme der Hauptleistung ein vertragsmäßiger Verzicht auf jene Nebenrechte zu finden ist. Auch eine anderweitige Verfügung über die Forderung, z. B. ein Erlaß, ergreift jene Nebenrechte nicht nothwendig. Dagegen ist mit der Verjährung des Hauptanspruchs auch das Recht auf die Verzugsfolgen verjährt.

S. noch Meumann (zu § 278 a. E.) S. 49 fg.]

F. Ort der Leistung*.

§ 282.

Der Ort der Leistung kann möglicherweise durch die Natur der Leistung in der Weise bestimmt sein, daß Leistung an einem andern Orte nicht möglich ist[1]; es versteht sich von selbst, daß dann auch die Verpflichtung des Schuldners nur auf diesen Ort geht. Der Ort der Leistung kann ferner durch die Willkür der Parteien bestimmt sein; dann ist der Schulder an einem andern Ort als dem bestimmten zu leisten weder verpflichtet[2] noch berechtigt[3]. Eine solche Bestimmung

* Reatz die Lehre vom Erfüllungsort (1862). Schulin zur Lehre vom Erfüllungsort und vom Gerichtsstand der Obligationen nach r. R. (1879). Darüber Brinz kr. VJS. XXII S. 201—205. Unterholzner I § 108, Savigny Syst. VIII § 370. Obl. I § 49, Sintenis II § 92. Vgl. auch Gruchot die Lehre von der Zahlung der Geldschuld (Berlin 1871) S. 172—181. [Melchior über den Erfüllungsort bei Obligationsverhältnissen insbesondere bei Distanceverkäufen. Gött. Diss. 1892.]

§ 282. [1] So namentlich bei allen Leistungen factischer Natur, welche sich auf unbewegliche Sachen beziehen.

[2] § 33 I. 4, 6, l. 47 pr. § 1 D. 30. — Bei den Römern ergab sich in diesem Falle unter Umständen eine Schwierigkeit aus dem Satze, daß der Judex nur auf den Ort des Gerichtes verurtheilen konnte. Wurde daher an einem andern, als dem bestimmten Orte geklagt, und die der Obligation entsprechende Formel war nicht so weit, daß sie dem Judex die Befugniß gewährte, den Unterschied zwischen dem Werth der Leistung an dem festgesetzten Orte und ihrem Werthe am Gerichtsorte in Anschlag zu bringen, so konnte der Judex gar nicht verurtheilen. In einem solchen Falle half aber der Prätor durch eine actio arbitraria (s. g. actio de eo quod certo loco), durch welche er dem Judex die ihm an und für sich fehlende Reductionsbefugniß dennoch gewährte. Dig. 13, 4, Cod. 3, 18. Es liegt auf der Hand, daß diese actio arbitraria heutzutage ohne alle Bedeutung ist. Heutzutage wird, wo auch geklagt werden mag, auf den festgesetzten Leistungsort verurtheilt, und eine Schätzung tritt nach allgemeinen Grundsätzen nur dann — und nur zu Gunsten des Gläubigers — ein, wenn der Schuldner im Verzuge oder die Leistung unmöglich ist. Wächter Erörterungen II S. 122 [119]. Ueber das r. R. s. dens. das. S. 58—61, ferner: Bethmann-Hollweg Versuche S. 37—45. Treptow die Lehre von der actio

Digitized by Google

braucht nicht mit ausdrücklichen Worten getroffen zu sein; es genügt, daß die Auslegung sie als gewollt anerkenne[4]. Ist ein Leistungsort nicht bestimmt, so ist

1) der Schuldner verpflichtet zu leisten an jedem Ort, an welchem im Fall der Weigerung der Gläubiger gegen ihn eine Verurtheilung zu erlangen vermag und wirklich erlangt[5]. Diese Regel erleidet jedoch

---

de eo quod certo loco. Greifswald 1875. M. Cohn die sogenannte actio de eo quod certo loco. Berlin 1877. (Ueber die beiden letztgenannten Schriften Pernice Literar. CBl. 1877 S. 994 fg.) Lenel Beiträge zur Kunde des prätorischen Edicts S. 55 fg. (1878). Puntschart Anzeige der Schrift von Cohn, Grünh. ZS. VI S. 612 fg. (1879). Cohn Anzeige der Schrift von Lenel, kr. VJ. XXIV S. 31 fg. (1882). Lenel Edictum perpetuum S. 191 fg. (1883). Vgl. auch Brinz 2. Aufl. II S. 332 fg. Alternative Bestimmung des Ortes: l. 2 § 3 D. 13, 4; vgl. darüber die bei § 255 [11] Citirten. [Die Entschädigungsforderung wegen Nichterfüllung theilt in der Regel den Erfüllungsort der Erfüllung. Sf. L. 274 (RG.) LI. 15; die Forderung auf eine bedungene Abfindung bei vorbehaltenem Rücktritt vom Vertrage hat nicht nothwendig den Erfüllungsort des Vertrages. So indirect RG. XXXII S. 430 fg. Der Erfüllungsort einer vertragsmäßigen Leistung ist nicht zugleich Erfüllungsort für die etwa begründete Rückforderung dieser Leistung. RG. XXXI S. 383 fg. (vgl. die sonstigen dort citirten Urtheile), Sf. XLIX. 118. Für die Verbindlichkeit des Bürgen und des Schuldübernehmers gilt nicht nothwendig derselbe Erfüllungsort, wie für die Hauptschuld, die Verbindlichkeit des ursprünglichen Schuldners. RG. XXXIV S. 17, Sf. XLV. 88. — S. noch Sf. XLV. 213, XLIX. 163, L. 70, LI. 14. 16, LII. 114, RG. XXXVIII S. 195 fg.]

[3] L. 2 § 7. l. 9 D. 13, 4, l. 122 pr. D. 45, 1, l. 9 C. 8, [42] 43. Reatz S. 15. 20. (Zu l. 122 pr. cit. vgl. auch Cohn a. a. O. S. 96 fg.)

[4] L. 47 pr. D. 30: — „ubi testator voluit, vel ubi verisimile est, eum voluisse". § 1 eod.: — „nisi alia mens fuit testantis". L. 50 pr. l. 52 § 1. 2 D. 5, 1. Vgl. Savigny Syst. VIII S. 214—226, Reatz § 3. Im Besonderen läßt sich nicht ohne Grund annehmen, daß beim Leihvertrage die Absicht der Contrahenten auf ein Zurückbringen der geliehenen Sache gehe. Vgl. l. 12 § 1 D. 13, 6. Sf. XLII. 25. 108. [Sf. XLVII. 193: Ein am gemeinschaftlichen Wohnsitz der Parteien gegebenes Darlehen ist im Zweifel am Ort dieses Wohnsitzes zurückzuzahlen, auch wenn der Darlehensnehmer später fortgezogen ist.] — HGB. Art. 324 Abs. 1. „Die Erfüllung des Handelsgeschäftes muß an dem Orte geschehen, welcher im Vertrag bestimmt oder nach der Natur des Geschäftes oder der Absicht der Contrahenten als Ort der Erfüllung anzusehen ist". [Gestrichen, weil im Wesentlichen in das BGB. übergegangen. S. am Schluß dieses §].

[5] Die Quellen sagen, die Leistung müsse an demjenigen Orte gemacht werden, an welchem auf dieselbe geklagt werde. L. 38 D. 5, 1, l. 47 § 1 D. 30, l. 1 D. 33, 1; l. 11 § 1 D. 10, 4, l. 12 § 1 D. 16, 3, l. 47 pr. D. 30; vgl. l. 22 D. 12, 1, l. 4 D. 13, 3. [Sf. XLVII. 56.] An welchem Orte kann aber der Gläubiger die Leistung ohne Klage fordern, mit der Wirkung, daß die Verweigerung der Leistung an diesem Orte Unrecht ist, und der Schuldner dadurch in Verzug kommt? Die Quellen beantworten diese Frage nicht ausdrücklich; man muß annehmen, daß sie die Beantwortung derselben für selbstver-

Digitized by Google

Ausnahmen. a. Wenn die Forderung auf Uebergabe oder Vorweisung einer individuell bestimmten Sache oder Quantität gerichtet ist, so braucht der Schuldner nur an dem Orte zu leisten, wo der Leistungsgegenstand sich befindet, jedoch mit der doppelten Maßgabe, einmal daß dieser Vortheil ihm nicht zu Gute kommt, wenn er den Leistungsgegenstand unredlicherweise an einen andern Ort gebracht hat, und sodann daß er jedenfalls genöthigt werden kann, den Leistungsgegenstand, wenn der Gläubiger es verlangt, auf dessen Gefahr und Kosten an denjenigen Ort zu schaffen, an welchem der Gläubiger ihn gemäß der Regel fordern kann[6]. b. Vermächtnisse brauchen nur an dem

---

ständlich gehalten haben. Daraus ergibt sich die im Text aufgestellte Regel. Der Gläubiger kann Leistung an jedem Orte verlangen, an welchem ein Gerichtsstand des Schuldners begründet ist; erhebt er aber Klage gegen den die Leistung an diesem Orte verweigernden Schuldner nicht an diesem Orte, sondern an einem andern Orte, an welchem der Schuldner ebenfalls seinen Gerichtsstand hat, so liegt darin ein Verzicht auf die Beschaffung der Leistung an dem zuerst bezeichneten Orte, so daß das Unrecht, welches der Schuldner durch die Weigerung begangen hat, wieder aufgehoben wird, und er nie im Verzuge gewesen ist. A. M. Cohn a. a. O. (der Gläubiger könne den Erfüllungsort nur durch Klage bestimmen); ebenso Dernburg II § 32[5]. — Wächter Erörr. II S. 123, Mommsen Beitr. III S. 224—226, Reatz S. 25 fg. 74 fg. halten die römische Regel für unanwendbar. Ihre Gründe scheinen mir nicht überzeugend. In Betreff des Ortes, welcher heutzutage an die Stelle des Klageortes zu treten habe, stellen die beiden ersten Schriftsteller eine Regel nicht auf. Reatz bezeichnet als diesen Ort bei Obligationen zum Vortheil des Gläubigers den Wohnort des Schuldners, bei Obligationen zum Vortheil des Schuldners (S. 83 fg.) das „Quasi-Domicil" bez. den „Bestimmungsort" des zu Leistenden (auf Grund von l. 62 [61] § 5 D. 47, 2, l. 7 D. 29, 3). Dabei hält er dafür, daß Kauf-, Mieth- und Darlehnsvertrag als zum Vortheil des Käufers, Miethers und Darlehnsempfängers abgeschlossen anzusehen seien (S. 94 fg.). Ueber den Erfüllungsort bei Obligationen, bei welchen „kein Theil einen Vortheil hat", handelt Reatz § 22. — HGB. Art. 324 Abs. 2. „Fehlt es an diesen Voraussetzungen (Note 4), so hat der Verpflichtete an dem Orte zu erfüllen, an welchem er zur Zeit des Vertragsabschlusses seine Handelsniederlassung oder in deren Ermangelung seinen Wohnort hatte". Nur Geldzahlungen soll umgekehrt der Schuldner dem Gläubiger an dessen Handelsniederlassungs- oder Wohnort auf seine (des Schuldners) Gefahr und Kosten übermachen müssen (Art. 325). Diese Bestimmungen sind wiederholt für den Kaufvertrag in Art. 342. — Sf. VII. 292, X. 24. [[Sf. XLVI. 174: Der in Art. 324 HGB. für Handelssachen zum gesetzlichen Ausdruck gebrachte Grundsatz entspreche einer allgemeinen Verkehrsauffassung, welche in der Theorie wie in der Praxis fast allgemeine Anerkennung gefunden habe.]] [Art. 324. 325. 342 HGB. sind jetzt gestrichen, weil durch das BGB. überflüssig geworden. Siehe am Schluß dieses §.]

[6] L. 38 D. 5, 1, l. 11 § 1 D. 10, 4, l. 12 § 1 D. 16, 3, l. 26 § 1. l. 47 pr. § 1. l. 108 pr. D. 30. S. ferner l. 1 § 3. l. 2 pr. l. 4 § 2. l. 5 D. 18, 6, l. 9 D. 19, 1. Auch l. 3 § 4 D. eod. gehört wohl hierher, da

Digitized by Google

Orte ausgezahlt zu werden, wo sich der größere Theil der Erbschaft befindet[7].

2. Was die Berechtigung des Schuldners angeht, sich, wenn ein Leistungsort nicht festgesetzt ist, durch Leistung an einem bestimmten Ort zu befreien, so darf der Schuldner, wenn er das zu Leistende dem Gläubiger zu bringen hat, an jedem Orte leisten, wo er den Gläubiger findet, vorausgesetzt daß der Ort kein unpassender ist[8]; hat der Gläubiger zu holen, so darf der Schuldner an seinem Wohnort leisten[9].

[Im BGB. ist der Erfüllungsort in Anlehnung an die Bestimmungen des alten HGB. (324. 325. 345 Abs. 2) geregelt.

1. Ein Ort für die Leistung kann bestimmt sein durch ausdrückliche rechtsgeschäftliche oder durch gesetzliche Vorschrift. (269 Abs. 1). Er kann aus den

---

unter „vinum quod a Brundusio venit" kaum etwas Anderes verstanden werden kann, als: in Brundusium lagernder Wein (vgl. übrigens Mommsen Beitr. III S. 217, Reatz S. 44—46). Bei stricti iudicii actiones hatte der Schuldner diesen Vortheil nicht, l. 12 § 1 D. 16, 3 *cit.*, l. 137 § 4 D. 45, 1. Mommsen S. 215—218, Reatz § 9—11. 13—18, Schulin S. 4—26. Wenn der letztere Schriftsteller dem Gläubiger für gewisse Fälle auch das R. gibt, die Sache an dem Orte zu fordern, wo sie sich zur Zeit der Begründung der Obligation befunden habe, so scheint er das auf den Begründungswillen zurückzuführen. Ueber andere Unterscheidungen, welche er macht, s. Brinz a. a. O. Reatz behauptet (§ 17), daß heutzutage der Gläubiger Transport der Sache (auf seine Gefahr und Kosten) an einen beliebigen von ihm zu bezeichnenden Ort verlangen könne. Derselbe Schriftsteller gibt (S. 82 unten) dem Gläubiger das R., Zusendung auf seine Gefahr und Kosten zu verlangen, auch in Betreff generisch bestimmter Sachen, namentlich also auch in Betreff verkaufter nicht individuell bestimmter Quantitäten (S. 103 fg.). Dagegen Ihering Jahrb. f. Dogm. IV S. 421. 427—428. — HGB. Art. 324 Abs. 2 a. E. (vgl. [4. 5]): „Wenn jedoch eine bestimmte Sache übergeben werden soll, welche sich zur Zeit des Vertragsabschlusses mit Wissen der Contrahenten an einem andern Ort befand, so geschieht die Uebergabe an diesem Orte". [Gestrichen (S. [5]).] Sf. IV. 91.

[7] L. 50 pr. D. 5, 1, l. un. C. 3, 17, vgl. l. 52 § 3 D. 5, 1. In diesen Stellen wird der im Text genannte Satz nur für Fideicommisse anerkannt; es ist wohl keinem Zweifel unterworfen, daß die in denselben vertretene freiere Entwickelung im Sinne des Justinianischen R. als für Vermächtnisse überhaupt geltend angesehen werden muß. Bethmann-Hollweg Vers. S. 48 [110], Mommsen S. 217 [11], Reatz S. 80, Salkowski Fortf. v. Glück XLIX S. 411—417.

[8] L. 39 D. 46, 3: — „quid enim si inopportuno . . loco obtulerim?" Etwa, es wird dem Gläubiger angeboten, während er sich auf einer Vergnügungsreise befindet.

[9] Auszugehen ist davon, daß die Unbestimmtheit des Forderungsr. in Beziehung auf den Leistungsort, sobald der Gläubiger von seinem R., denselben zu bestimmen, keinen Gebrauch macht ([5]), dem Schuldner zu Gute kommen muß; daher die Regel zu [8]. Von der andern Seite hat der Gläubiger, wenn er zu

Digitized by Google

Umständen zu entnehmen sein, insbesondere aus der Natur des Schuldverhältnisses (269 Abs. 1). In diesem Falle kann eine stillschweigende Willenserklärung der Parteien anzunehmen sein; wenn nämlich anzunehmen ist, daß die Parteien die entscheidenden Umstände selbst in Betracht gezogen haben und der ihnen zu entnehmende Leistungsort dem Willen der Parteien entspricht. Es kann aber auch ohne diese Stütze nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte aus den Umständen der richtige Leistungsort gefolgert werden. Der Umstand allein, daß der Schuldner die Kosten der Versendung übernommen hat, reicht nach ausdrücklicher Vorschrift nicht aus, um daraus zu folgern, daß der Bestimmungsort der Leistungsort sein soll (269 Abs. 2).

2. Ist die Leistung an dem vertragsmäßig bestimmten Ort unmöglich, so liegt ein Vertrag auf eine unmögliche Leistung vor, der im Zweifel ganz nichtig ist (306. 139) mit den weiteren Folgen des § 307 Abs. 1. Würden aber die Parteien den Vertrag ohne die Bestimmung des Leistungsortes lieber als gar nichts gewollt haben, so gilt der Vertrag ohne die Bestimmung des Leistungsortes, und zwar mit den weiteren Folgen des § 307 Abs. 2. Der Leistungsort kann dann nach den Umständen bestimmt werden, eventuell tritt der gesetzliche Leistungsort ein.

3. Wenn der Leistungsort nicht gemäß dem unter 1 Gesagten zu finden ist, so hat die Leistung an dem Orte zu erfolgen, an welchem der Schuldner zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses seinen Wohnsitz hatte (269 Abs. 1); ist aber die Schuld im Gewerbebetriebe des Schuldners entstanden, so tritt statt dessen der Ort der gewerblichen Niederlassung ein (269 Abs. 2).

4. Wenn der Gläubiger an einem von dem gesetzlichen (3) abweichenden Ort Leistung fordert, so hat er die ausdrückliche Abrede oder die Umstände zu beweisen, welche diesen Ort als den richtigen erscheinen lassen. Fordert der Gläubiger an dem gesetzlichen Ort, so ist m. E. zu unterscheiden. Wenn der Schuldner behauptet, sich zur Leistung nur an einem bestimmten andern Orte kraft ausdrücklicher Bestimmung des Rechtsgeschäftes verpflichtet zu haben, so gesteht er nur ein andres Rechtsgeschäft zu als dasjenige, welches der Kläger behauptet, nämlich die Verpflichtung ohne Ortsbestimmung. Der Kläger muß also das letztere Rechtsgeschäft beweisen. Wenn dagegen der Schuldner zugibt, daß das Rechtsgeschäft keine ausdrückliche Bestimmung über den Leistungsort enthielt, so muß er die etwa behaupteten Nebenumstände beweisen, aus denen er einen bestimmten Leistungsort entnommen wissen will. Ist bei unstreitigem Thatbestande streitig, ob daraus etwas über den Leistungsort zu folgern ist, so ist im Zweifel für den gesetzlichen Leistungsort zu entscheiden.

---

holen hat, nicht überhaupt zu holen, sondern beim Schuldner zu holen, und der Schuldner befindet sich für das R. da, wo er seinen Wohnsitz hat. Derselbe Gegensatz, wie zwischen Bringen und Holen, macht sich da geltend, wo das Forderungsr. auf Verrichtung einer Arbeit gerichtet ist: hat der Schuldner sich zur Verrichtung der Arbeit beim Gläubiger einzustellen, oder hat der Gläubiger die Arbeit beim Schuldner abzunehmen? Alles Vorstehende natürlich immer unter der Voraussetzung, daß auch nicht stillschweigend ein Leistungsort bestimmt sei. Vgl. über die verschiedenen Ansichten Puchta § 246 [1] und Vorl. dazu, Sintenis II S. 174—176, Savigny Oblig. I S. 514—516, Mommsen Beiträge III S. 223—224, Reatz S. 21 fg., Cohn a. a. O. S. 103 fg.

Digitized by Google

5. Der Leistungsort, wie er sich nach den vorigen Sätzen ergibt, ist maßgebend auch bei Geldschulden. Es hat aber unbeschadet der Sätze über den Leistungsort der Schuldner die Verpflichtung, dem Gläubiger das Geld an seinen zur Zeit der Leistung bestehenden Wohnsitz, und wenn die Forderung im Gewerbebetriebe des Gläubigers erwachsen ist, an den zur Zeit der Leistung bestehenden Ort der gewerblichen Niederlassung zu übermitteln. Gefahr und Kosten trägt im Allgemeinen der Schuldner; wenn jedoch in Folge einer nach Entstehung des Schuldverhältnisses eingetretenen Aenderung des Wohnsitzes oder der Niederlassung die Kosten der Uebersendung gewachsen sind, so hat der Gläubiger die Mehrkosten zu tragen; ist aus gleichen Gründen die Gefahr der Uebersendung gewachsen, so trägt der Gläubiger die Gefahr ganz, da man, wenn ein Unfall eintritt, nicht sicher ausrechnen kann, ob dieser auf dem Mehr an Gefahr beruht (270).

Vgl. Schefold ACPra. LXXXVII S. 149 fg.]

G. Steigerung der Macht des Gläubigers.

1. Ueberhaupt.

§ 283.

Die dem Gläubiger durch das Forderungsrecht gewährte Macht kann in künstlicher Weise gesteigert werden: 1) durch den Eid des Schuldners; 2) dadurch, daß der Schuldner die Erfüllung seiner Verbindlichkeit noch einmal verspricht; 3) durch Festsetzung einer Strafe für den Fall der Nichtleistung (s. g. Conventionalstrafe); 4) durch Verknüpfung eines Pfandrechts mit der Forderung; 5) durch Herbeiziehung eines Dritten, welcher auf dieselbe Leistung haftet. Die Steigerung, welche der Eid des Schuldners der Macht des Gläubigers gewährt, ist nicht von rechtlicher, sondern nur von factischer Natur, insofern der Schuldner durch den Eid in seinem Gewissen gebunden wird; die Frage, ob ein an und für sich ungültiges Versprechen durch einen hinzugefügten Eid zu einem gültigen gemacht wird, gehört nicht hierher (s. I § 83a). Vom Pfandrecht ist bereits oben gehandelt worden (I § 224 fg.), von der Herbeiziehung eines ferneren Verpflichteten wird unten gehandelt werden (§ 476 fg.). Vom Erfüllungsversprechen und von der Conventionalstrafe ist hier zu handeln.

[Der Eid ist dem BGB. als Mittel der Bestärkung von Obligationen nicht bekannt.]

2. Erfüllungsversprechen*.

§ 284.

Wenn der Schuldner die Erfüllung seiner Verbindlichkeit dem Gläubiger noch einmal verspricht [1], so hat der Gläubiger zwei For-

Digitized by Google

derungsrechte auf eine und dieselbe Leistung, von denen aber jedes durch die Erfüllung des andern getilgt wird[2]. Immerhin ist es für den Gläubiger nicht ohne praktischen Werth, daß er auf die geschuldete Leistung ein zweites Forderungsrecht hat[3]. Es kann jetzt das ursprüngliche untergehen, ohne daß er das Recht auf die Leistung verliert[4]. Von der anderen Seite darf man freilich nicht sagen, daß das neue Forderungsrecht den Untergang des ursprünglichen in allen Fällen überdauere; es kommt auf die Natur und Tragweite der betreffenden Aufhebungsthatsache an[5]. Ein anderer Vortheil, welchen das Erfüllungsversprechen dem Gläubiger zu gewähren vermag, ist

---

* Dig. 13, 5 de pecunia constituta. Cod. 4, 18 de constituta pecunia. — Bruns das constitutum debiti, ZS. f. RGesch. I S. 28 fg. (1861). Götz Verhandlungen des 8. deutschen Juristentages I S. 312—320 (1869). Glück XIII S. 361—425: Unterholzner II § 761—764, Sintenis II S. 310—314. Vgl. auch Schloßmann zur Lehre von der causa obligatorischer Verträge S. 80—85 (1868). (Ueber die actio recepticia [l. 2 C. 4, 18, § 8 I. 4, 6] vgl. Bruns a. a. O. S. 83 fg., Lenel Sav.-ZS. II S. 62 fg., Bekker das. III S. 1 fg.) Die Abhandlung von G. Kappeyne van de Coppello über constituta pecunia in: Abhandlungen zum röm. Staats- und Privatr., mit herausgegeben von M. Conrat, Stuttgart 1885, ist rhistorischen Inhalts (im klassischen R. habe das constitutum keine Klage auf Leistung erzeugt; seine Bedeutung sei nur die gewesen, den Versprechenden zur sponsio dimidiae partis (Gai. IV, 171) zu nöthigen; aus dieser sponsio sei eine formula zugleich mit einer andern formula aus der Hauptschuld gegeben worden). Vgl. über diese Abhandlung Baron kr. VJS. XXVIII S. 290. fg., Pfersche Grünh. ZS. XIV S. 173 fg. Eine andere rhistorische Betrachtung bei Karlowa Grünh. ZS. XVI S. 448 fg. [Guigné du pacte de constitut. Th. de Paris 1888, Contat du pacte de constitut. Th. de Paris 1890, Bonnecarrère de l'action pecuniae constitutae Th. de Lyon 1896.]

§ 284. [1] Das r. R. gewährte aus einem Erfüllungsversprechen ein Klager. auch ohne Stipulationsform. Die technische Bezeichnung des r. R. für das (formlose) Erfüllungsversprechen ist constitutum (constituere se soluturum, constituere debitum, constituere decem, constituere Stichum *etc.*, Bruns § 1).

[2] L. 18 § 3 D. 13, 5.

[3] Bruns S. 105—109.

[4] So z. B. durch Verjährung, l. 18 § 1 D. 13, 5 (Bruns a. a. O. und S. 71—73, Sf. XXX. 15, XXXIV. 35); durch den Tod des Gläubigers oder Schuldners (Bruns S. 107). Ferner gehört der Fall hierher, wenn bei der actio de peculio das Peculium, oder bei einer Forderung, welche eine Bereicherung voraussetzt, die Bereicherung wegfällt oder schwindet (l. 1 § 8. l. 19 § 2. l. 20 D. 13, 5.). Vgl. auch l. 28 D. 46, 2. A. M. Dernburg II § 69 a. E. „Konstitute im röm. Sinn sind dem heutigen Verkehr fremd . . . Wer eine Schuld zu zahlen verspricht, beabsichtigt nur zu leisten, was zur Zeit der künftigen Zahlung, nicht was zur Zeit des Versprechens geschuldet wird". Ohne Beweis.

[5] Vgl. l. 3 D. 18, 5, l. 36 D. 12, 2. S. § 301 [4—7].

Digitized by Google

von specieller Art: der Correalgläubiger schließt dadurch, daß er von dem Schuldner ein Erfüllungsversprechen erlangt, seinen Mitgläubiger von dem Forderungsrecht aus[6].

Das Erfüllungsversprechen setzt eine bestehende Schuld voraus; ist eine Schuld nicht vorhanden, so ist es nichtig[7]. Ebenso gehen die rechtlichen Beschränkungen der alten Schuld auf die durch das Erfüllungsversprechen begründete neue über[8]; es müßte denn das Gegentheil ausdrücklich oder stillschweigend ausgemacht sein.

Uebrigens braucht das Erfüllungsversprechen nicht genau auf die geschuldete Leistung gerichtet zu sein. Es kann an dem Inhalt oder der Modalität derselben etwas, zu Gunsten des Gläubigers oder des Schuldners, ändern[9]. Nur wenn das Erfüllungsversprechen auf Mehr geht, als der Schuldner schuldig ist, ist es kein Erfüllungsversprechen mehr, sondern Begründung einer auch materiell neuen Schuld[10]. Geht das Erfüllungsversprechen nicht genau auf die geschuldete Leistung, so liegt es möglicherweise in der Absicht der Parteien, daß durch dasselbe das bestehende Forderungsrecht aufgehoben werden soll[11]. Ist dieß nicht der Fall, so kann jedenfalls das alte

---

[6] L. 10 D. 13, 5. Vgl. § 296 [2].

[7] L. 1 § 1. l. 18 § 1. l. 3 § 1 D. 13, 5.; l. 1 § 5. 8. l. 11 § 1. l. 12. l. 24 eod. Bestehen einer Schuld ist für das Erfüllungsversprechen eine durch den Inhalt des Versprechens gegebene Bedingung, nicht bloße Voraussetzung. L. 31 D. 13, 5. Es reicht aber eine natürliche Verbindlichkeit hin, l. 1 § 7 D. 13, 5., jedoch nicht jede (s. § 288 [4] und § 289). Ob die Verbindlichkeit an und für sich nicht vorhanden oder durch Einrede entkräftet ist, macht keinen Unterschied, l. 3 § 1 D. 13, 5. (a. M. Sf. XVI. 91). — Mit dem Erfüllungsversprechen kann eine Anerkennung der Schuld, deren Tilgung versprochen wird, verbunden sein; aber nothwendig ist dieß nicht. Bruns S. 77—78. 93—94; vgl. Bähr Anerkennung S. 170—171.

[8] So namentlich die dem Schuldner zustehende Rwohlthat der Lebensnothdurft, l. 3 pr. D. 13, 5, l. 33 pr. D. 39, 5. Vgl. l. 8 D. 5, 1, mit welcher Stelle l. 5 § 1 D. 13, 5 dadurch zu vereinigen ist, daß die letztere Stelle auf ein Versprechen, in Rom zu zahlen, bezogen wird.

[9] L. 1 § 5 D. 13, 5. (Getreide für Geld), l. 25 pr. eod. (einer der mehreren alternativ geschuldeten Gegenstände), l. 8. l. 30 eod. (Hinzufügung oder Wegnahme eines solutionis causa adiectus, vgl. l. 59 D. 46, 3, Bruns S. 82 [75]), l. 4. l. 5 pr. l. 16 § 1 eod. (andere Zeit und anderer Ort der Leistung), l. 3 § 2 D. 13, 5. (Verwandelung des Fälligkeitstermins in einen Leistungstermin).

[10] Nach r. R. war es in diesem Falle klaglos. L. 1 § 1. l. 11 § 1. l. 12. l. 24 D. 13, 5.

[11] Das Erfüllungsversprechen bewirkt möglicherweise eine Novation, aber nicht nothwendigerweise. L. 28 D. 13, 5., l. 15 D. 15, 3. Bruns S. 80. 115—117. A. M. Kuntze die Obligation § 48.

Digitized by Google

Forderungsrecht nicht mehr in Widerspruch mit dem in dem Erfüllungsversprechen erklärten Willen der Parteien geltend gemacht werden[12].

Das Erfüllungsversprechen kann auch durch einen Andern als den Schuldner[13], und zu Gunsten eines Andern als des Gläubigers[14], abgegeben werden. Beide Anwendungen desselben gehören nicht hierher[15].

[Das BGB. hat das Erfüllungsversprechen als besonderes Institut nicht aufgenommen. Selbstverständlich besteht gleichwohl die Möglichkeit, die Erfüllung eines Forderungsrechts vertragsmäßig zuzusichern. Verspricht Jemand nur zu leisten, was er schuldig sei, so begründet das Versprechen seinem Inhalt zufolge keine Verpflichtung, wenn nicht eine solche schon bestand. Verspricht Jemand eine Leistung zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit, ohne das Leistungsversprechen von der Existenz des Schuldverhältnisses abhängig zu machen, so entscheiden für den Fall, daß das Schuldverhältniß nicht besteht, die §§ 813 fg. 821. Verbindet sich das Versprechen mit dem vertragsmäßigen Anerkenntniß der Schuld, so untersteht es dem § 781. Gegen künftigen Untergang der Forderung sichert das Versprechen der Erfüllung den Gläubiger nicht einmal dann, wenn es ein vertragsmäßiges Anerkenntniß der gegenwärtigen Existenz der Schuld enthält; nur unterbricht das Erfüllungsversprechen gemäß § 208 die Verjährung, wenn es ein Anerkenntniß im Sinne dieses § ist (I. S. 486 unter 1). Niemals schließt das Erfüllungsversprechen, welches einem Gesammtgläubiger ertheilt wird, die übrigen Gesammtgläubiger aus; denn sollte diese Folge eintreten, so hätte sie in § 428 verordnet werden müssen. Der Schuldner kann nur durch wirkliche Erfüllung an den Gläubiger, welchem er das Versprechen ertheilt hat, sich von den übrigen befreien.

3. Conventionalstrafe*.

§ 285.

Eine Conventionalstrafe ist eine Strafe, welche der Schuldner dem Gläubiger für den Fall der Nichterfüllung seiner Verbindlichkeit verspricht. Eine Conventionalstrafe kommt am häufigsten vor

---

[12] L. 25 pr. D. 13, 5. „Illud aut illud debuit, et constituit alterum: an vel alterum, quod non constituit, solvere possit, quaesitum est? Dixi non esse audiendum, si velit hodie fidem constitutae rei frangere". Bruns S. 81.

[13] Constitutum debiti alieni. L. 2. l. 5 § 2—4. l. 26—28 D. 13, 5. Bruns S. 97—101.

[14] L. 5 § 2. 6. 7. l. 7 § 1 D. 13, 5. Bruns S. 101—102.

[15] Im ersten Falle liegt Hereinziehung eines andern Verpflichteten, im zweiten keine Steigerung der Macht des Gläubigers vor.

* Unterholzner I § 122. 123, Savigny Obl. II § 80, Vangerow III § 614, Sintenis II S. 109—120, Holzschuher III S. 344—350. Wolff zur Lehre von der Mora S. 36 fg. Liebe Stipulation § 24. v. Salpius Novation und Delegation S. 239—243. Salkowski zur Lehre von der

Digitized by Google

bei vertragsmäßig begründeten Forderungsrechten, und zwar in der Weise, daß sie sogleich bei Abschluß des Vertrages versprochen wird. Sie kann aber auch nach bereits begründetem Forderungsrecht versprochen werden, und nicht bloß wenn das Forderungsrecht ein vertragsmäßiges ist.

1. Wann verfällt die Strafe? Geht das Forderungsrecht auf ein Unterlassen, so verfällt die Strafe, sobald der Schuldner thut, was er nach Inhalt seiner Verbindlichkeit nicht thun soll[1]. Geht das Forderungsrecht auf ein Thun, und für das Thun ist eine bestimmte Zeit vorgeschrieben, so verfällt die Strafe, sobald diese Zeit verstrichen ist, ohne daß der Schuldner gethan hat; Mahnung ist nicht erforderlich[2]. Ist für das Thun eine bestimmte Zeit nicht vorgeschrieben, so kommt es auf den Sinn des Strafversprechens an. Möglicherweise ist sein Sinn, daß die Strafe verfallen solle, wenn der Schuldner auf Anfordern des Gläubigers nicht leiste[3]; im

---

Novation S. 194—213. Randa (§ 259*) S. 31 fg. Manns von der Conventionalstrafe. Erster Theil 1876. (Bezieht sich hauptsächlich auf die unten unter Ziff. 4 behandelte Frage.) Wendt Jahrb. für Dogm. XXII S. 398 fg. (1884). Rauenfeldt Ist die Conventionalstrafe ihrem Grundprincipe nach Strafe oder Ersatzleistung? Berlin 1885. v. Nettelbladt der Strafvertrag nach gem. R. Ludwigslust 1886. Darüber Bähr kr. VJS. XXVIII S. 578 fg. [Lacaze de la nature de la stipulation de peine. Th. de Paris 1889]. [[v. Seeler zur Lehre v. d. Conventionalstrafe nach r. R. 1891]]. [Bertolini teoria generale della pena convenzionale. Studi e documenti di storia e diritto XV p. 91 s. p. 193 s. (1894) (dazu Schneider kr. VJS. XXXIX S. 381). Pergament Conventionalstrafe und Interesse. Berlin 1896. Specka die Conventionalstrafe als Interesseersatz. Berl. Diss. 1896, Sjögren über die römische Conventionalstrafe und die Strafklauseln der fränkischen Urkunden. Berlin 1896].

[1] L. 122 § 6 D. 45, 1. [v. Seeler S. 75 fg. Bertolini p. 113 s. § 285. Wenn Conventionalstrafe für den Fall versprochen wird, daß der Versprechende gewisse Waaren unter bestimmtem Preis verkaufe, so verfällt sie nicht, wenn sein Konkursverwalter dieß thut: RG. XXXV S. 28 fg.]

[2] L. 23 D. 44, 7, l. 12 C. 8. 37 [38], vgl. l. 23 pr. D. 4, 8. Sf. IX. 32, XXXI. 131, XLIV. 95; s. aber auch XIV. 134. Wie ist es, wenn es sicher ist, daß dasjenige, was gethan werden soll, bis zu der bestimmten Zeit nicht mehr vollbracht werden kann, verfällt dann die Strafe sogleich? S. einerseits l. 113 pr. D. 45. 1, andererseits l. 124 eod., l. 10 § 1 D. 2, 11. Vereinigung: die Strafe ist sogleich verfallen in dem Sinne, daß die Verbindlichkeit zur Leistung derselben für den Schuldner entstanden ist, aber eingefordert werden kann sie erst, wenn die bestimmte Zeit verstrichen ist. Sf. II. 278.

[3] Ganz klar ist dieß z. B. in dem Fall, wo ein Darlehnsschuldner eine Strafe verspricht, ohne daß über die Rückzahlungsfrist etwas ausgemacht wird. Ein anderes Beispiel in l. 24 pr. D. 36, 2, deren Fall freilich entgegengesetzt ent-

Digitized by Google

Zweifel wird aber als Sinn des Strafversprechens anzunehmen sein, daß die Strafe verfallen solle, wenn nicht sofort geleistet werde[4]. Jedoch darf auch in diesem letzteren Falle nicht nur dieses „sofort" nicht buchstäblich genommen werden[5], sondern es kann sich auch der Schuldner durch Nachholung der Leistung bis zum Beginn des Processes immer noch von der Strafe befreien[6]. Möglicherweise endlich kann die Meinung der Vertragschließenden die sein, daß der Schuldner leisten dürfe, wann er wolle, und daß die Strafe nur dann verfallen solle, wenn die Leistung überhaupt nicht erfolge; in diesem Falle kann die Strafe nicht eher gefordert werden, bis es sicher geworden ist, daß die Leistung nicht erfolgen wird[7].

2. Theilweise Erfüllung wendet weder den Verfall der Strafe überhaupt, noch den Verfall der ganzen Strafe ab; es müßte denn ersichtlich sein, daß die Parteien das Gegentheil gewollt haben[8].

3. Wird dem Schuldner die Erfüllung ohne seine Schuld unmöglich, so ist er nach der Absicht der Parteien im Zweifel auch von der Strafe frei[9]. Dagegen kommt ihm unverschuldete Unmög-

---

schieden wird in l. 19 pr. eod., l. 1 D. 33, 9, l. 115 § 2 D. 45, 1. Vgl. Note [16]. Sf. III. 37, XXI. 225.

[4] L. 115 § 2 D. 45, 1. Vgl. auch die anderen in der vorigen Note zuletzt citirten Stellen, und über die verschiedenen Ansichten Fritz Erläut. II S. 318, Wolff a. a. O. S. 51 fg. 70 fg., Vangerow a. a. O. Nr. III. 2, Sintenis II § 88 [12 a. E.] Sf. III. 37, VI. 172.

[5] L. 21 § 12 D. 4, 8. „Intra quantum autem temporis, nisi detur quod arbiter iusserit, committatur stipulatio, videndum est. Et si quidem dies adiectus non sit, Celsus scribit libro secundo Digestorum inesse quoddam modicum tempus: quod ubi praeterierit, poena statim peti potest." Sf. XI. 172.

[6] Die in der vorigen Note citirte Stelle fährt fort: „et tamen, inquit, et si dederit ante acceptum iudicium, agi ex stipulatu non poterit". L. 52 eod. „Si, qui iussus est (ab) arbitro ex compromisso solvere pecuniam, moram fecerit, poenam ex compromisso debet; sed postea solvendo poena liberatur". L. 122 § 2 D. 45, 1. Vgl. I § 125 [12 a. E.]

[7] L. 115 pr. D. 45, 1.

[8] Vgl. l. 47 D. 19, 1, l. 9 § 1 D. 2, 11. Anwendung auf den Fall, wo sich das Forderungsr. durch Erbgang auf mehrere Schuldner oder Gläubiger zerspaltet: l. 25 § 13 D. 10, 2, l. 5 § 3. 4. l. 85 § 6 D. 45, 1; l. 2 § 6. l. 3 eod. Sf. II. 277, VI. 171, XIX. 136, XXXIV. 193.

[9] Es darf im Zweifel nicht angenommen werden, daß die Parteien durch die Strafstipulation die Verbindlichkeit dem Einfluß gesetzlich anerkannter Aufhebungsgründe haben entziehen wollen. Sf. III. 37, XIII. 237, XVI. 205, XXV. 101, XXXV. 249, XLIII. 105; RG. XXI S. 5. [RG. XXXIII S. 219 fg.: Ist die Conventionalstrafe Zwangsmittel, so kann sie auch bei verschuldeter Unmöglichkeit der Hauptleistung nicht gefordert werden. Mann Gehört zur Ver-

Digitized by Google

lichkeit rechtzeitiger Erfüllung im Zweifel nicht zu Gute[10], vorausgesetzt daß das Hinderniß rechtzeitiger Erfüllung nicht an dem Gläubiger selbst liegt[11]. Jedoch können auch hier die Parteien etwas Abweichendes gewollt haben[12].

4. Ebenso ist es eine Auslegungsfrage, welchen Einfluß der Verfall der Strafe auf die Hauptverbindlichkeit hat[13]. Die Parteien

---

wirkung der Conventionalstrafe ein Verschulden des Verpflichteten? Gött. Diss. 1890. (Antwort für das r. R. S. 23 fg., für das gemeine R. S. 27 fg. (wie hier). Bertolini p. 195 s.]

[10] Es muß im Zweifel angenommen werden, daß die Parteien die Strafe in dem Sinne verabredet haben, um den Gläubiger auf alle Fälle gegen die Nachtheile verspäteter Erfüllung zu sichern. L. 77 D. 45, 1. „Ad diem sub poena pecunia promissa et ante diem mortuo promissore committetur poena, licet non sit hereditas eius adita.“ Ebenso l. 9 D. 22, 2. In l. 23 D. 44, 7 ist nicht von dem Gegensatz zwischen Schuld und Schuldlosigkeit des Schuldners, sondern davon die Rede, ob die Versäumung der rechten Zeit ihren Grund im Schuldner oder im Gläubiger hat (vgl. l. 51 § 1 D. 19, 1, l. 49 § 2 D. 45, 1). L. 115 § 2 D. 45, 1 will nur sagen, daß bei nicht festgesetztem Leistungstermine dem Schuldner die durch die Natur der Leistung bedingte Zeit gelassen werden müsse. Sf. XXVII. 18, XXXI. 131. 322; XXXV. 249. [[Gegen die hier vertretene Ansicht Sf. XLVII. 191]]. [Mann S. 36 fg.]

[11] L. 1 § 3 D. 2, 10, l. 23 § 1. 3. l. 40 D. 4, 8, l. 8 D. 22, 2, l. 122 § 3 D. 45, 1, l. 9 C. 4, 32. [Sf. XLVI. 252, XLVIII. 18, auch XLVI. 214. Mann S. 10 fg. Bertolini p. 193.]

[12] Von einem Falle, wo die Strafe verfällt trotzdem, daß die Leistung dem Schuldner ohne seine Schuld definitiv unmöglich geworden ist, handelt l. 22 pr. D. 9, 2. Vgl. Sf. XXIII. 251. Daß die Parteien bei schuldloser Versäumung rechtzeitiger Erfüllung den Verfall der Strafe nicht gewollt haben, nehmen die Quellen da an, wo eine Handlung zum Zwecke der Verfolgung vor dem öffentlichen oder Schiedsrichter versprochen worden ist, l. 2 § 1 — l. 4 § 3 D. 2, 11, l. 21 § 9 D. 4, 8. Vgl. auch l. 115 pr. i. f. D. 45, 1 (über § 1 eod. s. § 286 [4]). — Vgl. über die verschiedenen Ansichten in Betreff des unter Ziff. 3 Vorgetragenen Wolff a. a. O. S. 17 fg. 38 fg., Unterholzner S. 250—252, Vangerow a. a. O. Nr. III. 1. V, Savigny S. 279—281, Sintenis II S. 113 und S. 112 [12], Neuenfeldt S. 22 fg. -- Wie ist es, wenn der Schuldner zwar erfüllen konnte, aber in gutem Glauben annahm, nicht verpflichtet zu sein? Vgl. Sf. XXII. 127 und die daselbst citirte Stelle aus Heuser's Annalen VIII S. 52 fg.; auch Sf. III. 37. [v. Seeler S. 78 fg. gibt schon für das r. R. die allgemeine Regel, welche das BGB. (339) angenommen hat, daß bei positiver Hauptverbindlichkeit die Strafe verwirkt ist, wenn der Schuldner sich im Verzuge befindet. S. jedoch oben § 277 [9] a. E. Vgl. auch Sjögren S. 80 fg.]

[13] Unterholzner S. 247—249, Savigny S. 275—278, Vangerow a. a. O. Nr. IV, Sintenis S. 114—118, Liebe S. 309—320. H. Gerber Beiträge zur Lehre vom Klaggrunde und der Beweislast § 26. Maxen über Beweislast, Einreden und Exceptionen S. 222—242. Salkowski a. a. O. S. 200 fg. Manns a. a. O., Neuenfeldt a. a. O. S. 29 fg. [Sjögren S. 75 ff.]

Digitized by Google

können gewollt haben, daß der Gläubiger: a) neben der Strafe auch die Erfüllung der Hauptverbindlichkeit solle fordern dürfen[14], oder b) nach seiner Wahl die Strafe oder die Erfüllung der Hauptverbindlichkeit[15], oder endlich c) nur die Strafe[16]. — Ist der Sinn der Verabredung der Parteien der, daß der Schuldner die Wahl haben solle, ob er seine Verbindlichkeit erfüllen, oder etwas Anderes leisten wolle[17], so ist das keine Verabredung zu Gunsten des Gläubigers mehr, und man darf dieses Andere nicht Strafe nennen[18].

---

[14] L. 115 § 2 D. 45, 1, vgl. l. 112 § 6 eod. „Dieses Verhältniß ist nicht zu vermuthen, sondern nur bei besonderer Verabredung, oder aus dem eigenthümlichen Inhalte beider Verträge anzunehmen". Savigny S. 277. [Pergament (*) S. 75 fg.] Sf. III. 38, X. 246, XIX. 136, XXVII. 221, XXXV. 198. [XLIX. 11.] Vorbehaltlose Annahme der Erfüllung der Hauptverbindlichkeit: Sf. VI. 171 a. E., XVI. 206. XIX. 137, XXI. 226 (Buchka und Budde Entscheid. des OAG. zu Rostock V S. 231. 236), XXXIII. 215, XXXIV. 194 (ROHG.). RG. IX S. 199 (= Sf. XXXVIII. 307).

[15] L. 41. 42. l. 71 pr. D. 17, 2, l. 28 D. 19, 1, l. 4 § 7 D. 44, 4; l. 10 § 1 D. 2, 14, l. 12 § 2 D. 23, 4, l. 40 C. 2, 4. Die Strafe hat hier die Natur einer zu Gunsten des Gläubigers getroffenen Veranschlagung seines Interesse wegen Nichterfüllung, welche ihn von dem Beweise der Höhe desselben entbindet (§ 7 I. 3, 15). Dabei ist im Zweifel als Willensmeinung der Parteien anzunehmen, daß der Gläubiger, wenn er Eines gefordert hat, den Mehrbetrag des Andern noch solle nachfordern dürfen, l. 41. 42 cit., l. 28 cit. Sf. III. 38, XIX. 136. [Wie hier auch Pergament (*) bes. S. 38 fg.] Ebenso das HGB. Art. 284 Abs. 3, Art. 398. [Gestrichen, weil neben den Bestimmungen des BGB. entbehrlich.] Unanwendbarkeit der l. un. C. 7, 47 (§ 258[9]): Bangerow a. a. O. Nr. II. Sf. XXVI. 120.

[16] L. 44 § 6 D. 44, 7, l. 115 § 2 i. f. D. 45, 1; vgl. l. 1 § 8 D. 35, 2, l. 25 pr. D. 36, 2, l. 19 pr. eod., l. 1 D. 33, 9. Auch l. 14 C. 2, 3 gehört hierher. Salkowski a. a. O. S. 206. Der Vortheil, welchen das Strafversprechen dem Gläubiger gewährt, besteht auch in diesem Falle darin, daß er der Nothwendigkeit, die Höhe seines Interesse zu beweisen, enthoben ist. Vgl. l. 38 D. 4, 8. Von der andern Seite hat auch der Schuldner einen Vortheil von dem Strafversprechen, insofern es nun von seinem Willen abhängt, wozu er verbunden sein will, ob zur Erfüllung oder zur Leistung der Strafe. Jedenfalls aber ist, wenn der Schuldner Erfüllung wählt, die von ihm gemachte Leistung eben Erfüllung einer Verbindlichkeit. Er ist allerdings verbunden unter der Bedingung si voluerim (§ 93); aber diese Bedingung ist eine auflösende, keine aufschiebende. Vgl. über die Construction dieses Falles, über welche, wie aus den angeführten Stellen hervorgeht, die römischen Juristen nicht einig waren, namentlich Bangerow, Liebe, Gerber, Maxen und Salkowski a. a. OO.

[17] Der Unterschied gegen den vorigen Fall ist der, daß hier der Schuldner auch durch Nichterfüllung nicht zur Leistung der Strafe verpflichtet wird, sondern verpflichtet immer nur zur Erfüllung bleibt.

[18] Es ist in der That ein Reugeld. Nichtsdestoweniger spricht man hier wohl von einer „Wandelpön" (mulcta poenitentialis). Sf. III. 42. 43. Vgl.

Digitized by Google

5. Den Beweis der Nichterfüllung braucht nicht der Gläubiger zu führen; es ist an dem Schuldner, wenn er auf die Strafe in Anspruch genommen wird, seinerseits die Erfüllung darzuthun[19].

[I. Das §§§. bezeichnet als Vertragsstrafe (Ueberschrift vor § 336) eine als Strafe für den Fall der Nichterfüllung oder der nicht gehörigen Erfüllung einer Verbindlichkeit durch Vertrag versprochene Leistung. Die durch die Strafe gesicherte Verbindlichkeit ihrerseits kann auf beliebigem Grunde beruhen; sie muß nicht Vertragsverbindlichkeit sein.

1. Die Strafe verfällt (vgl. Text 1), gleichviel, ob sie für Nichtleistung oder für nichtgehörige Leistung versprochen wurde, dann wenn der Schuldner in Verzug kommt; besteht aber die geschuldete Leistung in einem Unterlassen, dann, wenn der Schuldner dieser Verpflichtung zuwiderhandelt. Wenn der Schuldner vor Eintritt des Verzuges theilweise erfüllt hat, so kann er nur mit dem Rest der Leistung in Verzug kommen; eine einheitlich für den Fall der Nichtleistung versprochene Strafe verfällt aber im Zweifel ganz, auch wenn die Leistung nur theilweise ausbleibt (s. Text 2). Die Möglichkeit freilich, daß die Strafe nach Absicht des Vertrages nur theilweise verfällt, ist natürlich gegeben, z. B. wenn bei einem Lieferungsvertrage über ein Waarenquantum für jeden an der Lieferung fehlenden Centner eine Strafe bedungen wird.

2. Ob die Strafe für Nichtleistung oder für nicht gehörige, insbesondere verspätete Leistung versprochen ist, ist Auslegungsfrage, wobei die Höhe der Strafe eine wesentliche Bedeutung haben wird. Wichtig ist der Unterschied für die Frage, wie sich das Recht auf die Strafe zu dem Recht auf die Hauptleistung verhält.

a. Ist die Strafe für Nichterfüllung versprochen, so kann der Gläubiger die Strafe statt der Erfüllung verlangen (340 Abs. 1 S. 1). Dadurch, daß der Gläubiger auf Erfüllung dringt, beraubt er sich des Rechts nicht, die Strafe zu wählen. Wohl aber geht umgekehrt der Anspruch auf Erfüllung verloren, sobald der Gläubiger erklärt, daß er die Strafe verlange. Ob der Gläubiger einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung hat, richtet sich nach den allgemeinen Grundsätzen. Nach Eintritt des Verzuges (und damit Verwirkung der Strafe) haftet der Schuldner regelmäßig sogar wegen Zufalls (287), und es wird also der Gläubiger, wenn die Hauptleistung unmöglich wird, regelmäßig einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung haben; ein solcher Anspruch kann auch auf §§ 283. 286 Abs. 2. 325. 326 beruhen. In allen Fällen kann dann der Gläubiger die vereinbarte Geldstrafe als Mindestbetrag des Schadens verlangen, ohne damit das Recht der Geltendmachung eines höheren Schadens zu verlieren

XXX. 133. [RG. XXXIII S. 141 fg. XL S. 97 fg. S. auch Pergament (*) S. 88 fg. Bertolini p. 231 s. bestreitet, daß es im r. R. eine multa poenitentialis gab, dagegen Schneider (*).]

[19] Steht es fest, daß die Hauptforderung entstanden ist, so steht es auch bis zum Beweise des Gegentheils fest, daß sie noch gegenwärtig besteht (I § 133. 1. a), also unerfüllt ist. Vgl. Gerber a. a. O. § 25—30, Maxen a. a. O. Uebereinstimmend Sf. VIII. 121, XLIII. 13 und Citate daf., vgl. XXVII. 218. Anders daf. XII. 143.

Digitized by Google

(340 Abs. 2). Ist aber eine andere Leistung als eine Geldleistung als Strafe versprochen, so ist der Anspruch auf Schadensersatz ausgeschlossen, wenn der Gläubiger die Strafe verlangt, d. h. dieses Verlangen dem Schuldner erklärt (342).

Das Recht auf die verwirkte Strafe ist selbständig und keineswegs von der Fortexistenz des Rechts auf die Hauptleistung oder auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung abhängig. Sollte der Schuldner trotz des Verzuges durch Zufall befreit werden (287 a. E.), so bleibt die Strafe geschuldet. Es ist Auslegungsfrage, ob ein Erlaß des Anspruchs auf Erfüllung auch einen Verzicht auf die Strafe in sich schließt. Einem Rücktritt vom Hauptvertrage wird allerdings mit Planck (zu § 340, 3) die Wirkung beizulegen sein, daß dadurch auch das Strafversprechen wirkungslos wird. Die Verjährung des Erfüllungsanspruchs läßt den Anspruch auf die Strafe unberührt (der seinerseits erst von der Verwirkung der Strafe an verjährt); denn die auf Nichterfüllung gesetzte Strafe ist keineswegs eine von dem Erfüllungsanspruch abhängende Nebenleistung im Sinne des § 224.

b. Ist die Strafe für den Fall nicht gehöriger, insbesondere verspäteter Erfüllung versprochen, so kann der Gläubiger die Strafe neben der Erfüllung verlangen (341 Abs. 1) d. h. neben der verspäteten oder mangelhaften Erfüllung. Hat der Gläubiger Anspruch auf Schadensersatz wegen der Mängel oder der Verspätung, so kann er die versprochene Geldstrafe als Mindestbetrag des zu ersetzenden Schadens verlangen, ohne sein Recht auf Ersatz höheren Schadens zu verlieren (341 Abs. 2). Wenn aber die Strafleistung etwas anderes ist als Geld, so wird durch das erklärte Verlangen der Strafe der Schadensersatzanspruch ausgeschlossen (342). Schadensersatz und Strafe neben einander kann der Gläubiger also nie verlangen. Folgerichtig muß aber auch, entgegen Planck zu § 341, 1, behauptet werden, daß bei Verabredung einer Strafe für den Fall eines Mangels ein etwa begründeter Anspruch auf Abstellung des Mangels nicht neben dem Strafanspruch geltend gemacht werden kann. Sofern auch die Abstellung etwas anderes ist als Schadensersatz (s. 249), verhält sie sich doch zu der Strafe ebenso wie dieser; der Gläubiger würde nach Planck eine Doppelleistung eintreiben können, sowohl die Strafe, wie dasjenige, in Ansehung dessen sie verabredet ist, und dieß will das Gesetz weder in § 340 noch in § 341. Anders verhält es sich natürlich, wenn die Strafe für den Fall der Verspätung der Leistung verabredet ist. Dann schließt eine zwar rechtzeitige, aber mangelhafte und darum zur Erfüllung nicht ausreichende Leistung den Verfall der Strafe nicht aus, und die nachträgliche Abstellung der Mängel ist kein Ersatz für die Verspätung, weßwegen in solchen Fällen unzweifelhaft die Strafe neben Abstellung der Mängel verlangt werden kann. Nimmt der Gläubiger Erfüllung nach Verwirkung der Strafe an, so kann er die Strafe nur verlangen, wenn er sich das Recht dazu bei der Annahme vorbehält (341 Abs. 3). Diese Vorschrift, welche sich im Falle einer wegen Verspätung verabredeten Strafe nothwendig auf die Annahme der verspäteten Erfüllung bezieht, ist auch bei einer für den Fall von Mängeln verabredeten Strafe auf die Annahme der mangelhaften Leistung zu beziehen. Wird nach Verfall der Strafe Beseitigung des Mangels oder Austausch der mangelhaften gegen eine mangelfreie Leistung angeboten, so kann der Gläubiger dieß Angebot zwar ablehnen und die Strafe fordern, aber bei Annahme desselben sich die Strafe nicht vorbehalten, weil er nach dem Vorigen Beseitigung des Mangels und Strafe

Digitized by Google

neben einander nicht fordern kann. Im Uebrigen geht durch vorbehaltlose Annahme der Erfüllung nur der Anspruch auf die Strafe, nicht aber auch derjenige auf Schadensersatz wegen der Verspätung oder der Mängel verloren.

Die Strafleistung ist in den hier fraglichen Fällen (ebenso wie der Schadensersatz wegen Mangel oder Verspätung) als eine von der Hauptleistung abhängige Nebenleistung anzusehen, welche mit der Hauptleistung verjährt (224). Im Zweifel wird wie die vorbehaltlose Annahme der Hauptleistung, so auch deren Erlaß den Strafanspruch tilgen, und auch das wird sich hier rechtfertigen lassen, daß, wenn ausnahmsweise der Schuldner durch Zufall von der Hauptleistung befreit wird, die Strafe nicht mehr gefordert werden kann.

3. Der Schuldner hat bei positiven Verpflichtungen die Erfüllung zu beweisen, wenn er den Verfall der Strafe leugnet; bei Verpflichtung zu einer Unterlassung dagegen hat der Gläubiger die Zuwiderhandlung zu beweisen, wenn er die Verwirkung der Strafe behauptet (345).

4. Ist eine verwirkte Strafe unverhältnißmäßig hoch, so kann sie auf Antrag des Schuldners durch Urtheil auf den angemessenen Betrag herabgesetzt werden. Das Urtheil wirkt rechtsverändernd im Sinne von I § 122 [7]. Der Schuldner kann also auf die Herabsetzung klagen unabhängig von den Voraussetzungen des § 256 CPO.; er kann aber auch bei Einklagung der Strafe durch den Gläubiger den Antrag auf Herabsetzung stellen. Bei der Beurtheilung der Angemessenheit ist jedes berechtigte Interesse des Gläubigers, nicht bloß das Vermögensinteresse, in Betracht zu ziehen (343 Abs. 1). Berechtigt steht hier im nichtjuristischen Sinne. Nach der Entrichtung der Strafe ist die Herabsetzung ausgeschlossen. Die von einem Vollkaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes versprochene Vertragsstrafe unterliegt dem § 343 BGB. nicht. (HGB. 348. 351. — S. noch HGB. 75.)

Vgl. Deus die Vertragsstrafe nach dem BGB. Erl. Diss. 1896. Strauß über die Konventionalstrafe nach der neuen Reichsgesetzgebung. Erl. Diss. 1898 (S. 46 fg.)]

§ 286.

Ist die Verbindlichkeit, für deren Erfüllung eine Strafe versprochen wird, ungültig, während der Versprechende sie für gültig hält, so ist auch das Strafversprechen ungültig[1]. Kennt der Versprechende die Ungültigkeit der Verbindlichkeit, so liegt in dem Strafversprechen ein Verzicht auf die Geltendmachung der Ungültigkeit, und seine Gültigkeit hängt von der Gültigkeit dieses Verzichtes ab[2]. —

---

[1] L. 69 D. 45, 1. [Bertolini (§ 285 *) p. 108 s.] § 286.

[2] Ungültig ist der Verzicht, wenn die Ungültigkeit (allein oder auch) im öffentlichen Interesse verfügt ist. Vgl. einerseits § 19. 21 I. 3, 19, l. 38 § 2. 4. 17 D. 45, 1, andererseits l. 61 D. 45, 1, l. 134 pr. D. eod., l. 15 § 1 D. 35, 2, l. 2 C. 8, 38 [39]. Uebrigens ist das hier Vorgetragene nicht unbestritten; es findet sich auch die Meinung, daß die Ungültigkeit der Hauptverbind-

Digitized by Google

Ein Versprechen, durch welches Jemand sich einfach für den Fall eines Thuns oder Unterlassens zu einer Leistung anheischig macht, ohne das Thun oder Unterlassen selbst zu versprechen, ist kein Strafversprechen mehr und muß lediglich nach den Grundsätzen von den bedingten Verträgen beurtheilt werden[3].

Eine Strafe der Nichterfüllung einer Verbindlichkeit kann nicht bloß versprochen, sondern auch durch den Erblasser[4] oder den Richter[5] auferlegt werden. Der Name „Conventionalstrafe" paßt in diesem Falle nicht; aber die rechtlichen Grundsätze sind die nämlichen.

[**§§§.** 1. Wenn die Verbindlichkeit, welche durch das Strafversprechen verstärkt werden sollte, nicht besteht, so kann der Schuldner mit ihrer Erfüllung nicht in Verzug kommen, und der (nicht bestehenden) Verbindlichkeit zum Unterlassen nicht zuwider handeln; die Strafe kann demnach nicht verwirkt werden (vgl. 339). Wenn also das BGB. im § 344 sagt: Erklärt das Gesetz das Versprechen einer Leistung für unwirksam (d. h. nichtig), so ist auch die für den Fall der Nichterfüllung (oder natürlich der nicht gehörigen Erfüllung) des Versprechens getroffene Vereinbarung einer Strafe unwirksam, selbst wenn die Parteien die Unwirksamkeit des Versprechens gekannt haben, so liegt der Nachdruck auf den letzten Worten. Man könnte in dem Falle, daß die Parteien die Nichtigkeit des Versprechens gekannt haben, die Vereinbarung der Strafe, wenn sie ihrerseits frei ist von Mängeln, die ihre Nichtigkeit begründen, als einen einfachen bedingten Vertrag aufrecht erhalten, bedingt durch das Unterlassen dessen, was das nichtige Versprechen fordert. Diese Aufrechterhaltung ist unzulässig wegen der damit verbundenen Gefahr der Umgehung desjenigen Gesetzes, auf welchem die Unwirksamkeit des Hauptversprechens beruht; ob im einzelnen Falle die Absicht dieser Umgehung obwaltet, ist gleichgültig. Die Vorschrift bezieht sich

---

lichkeit abgesehen von den speciellen in den oben genannten Quellenstellen bezeichneten Fällen immer die Ungültigkeit des Strafversprechens zur Folge habe. Fritz Erläuterungen II S. 237, Sintenis II § 88 [9]. Sf. XII. 261, XXV. 228, XXVII. 115, XXVIII. 214. [A. M. auch v. Seeler (§ 285 *) S. 68 fg.] Eine besondere Frage ist die nach der Gültigkeit eines Strafversprechens, welches einem wegen Formmangels ungültigen Vertrag hinzugefügt ist. Vgl. über diese Frage aus Sf. einerseits III. 35. 36. 39, XIII. 217, XX. 221, XXII. 127, andererseits XII. 261, XXV. 228, XXVII. 115, und s. sonst noch II. 28, III. 41. 155, XVII. 200, XXVII. 116. Stobbe III § 173 [18]. [3. Aufl. (Lehmann) § 217 [19]].

[3] Namentlich fehlt es in diesem Falle an einem Anhalte, um den Versprechenden für verbindlich zu erklären, wenn er nicht sofort diejenige Handlung vornimmt, deren Unterlassung die Bedingung seines Versprechens bildet (§ 285 [4]), oder für nicht verbindlich, wenn ihm die Vornahme der Handlung ohne seine Schuld unmöglich geworden ist (§ 285 [9]). L. 115 § 1. 2 D. 45, 1, l. 8 eod. S. noch l. 44 § 5 D. 44, 7, l. 68 D. 45, 1.

[4] Vgl. die in § 285 [16] citirten Stellen.

[5] J. R. A. § 162. Vgl. § 251 [3].

Digitized by Google

nicht nur auf die Fälle, in denen das Leistungsversprechen wegen des Inhalts der Leistung nichtig ist, sondern auch auf diejenigen, in denen die Nichtigkeit eine Folge mangelhafter Form oder Geschäftsfähigkeit der Parteien ist. Eine Bestätigung des nichtigen Geschäfts beurtheilt das BGB. als dessen erneute Vornahme, also ohne rückwirkende Kraft. Wird jedoch ein Vertrag von den Parteien bestätigt, so tritt im Zweifel obligatorische Rückwirkung ein; die Parteien haben einander zu gewähren, was sie haben würden, wenn der Vertrag von Anfang an gültig gewesen wäre (141). Die Bestätigung kann in der nachträglichen Vereinbarung einer Strafe für Nichterfüllung oder nicht gehörige Erfüllung enthalten sein; wird eine solche Vereinbarung frei von den Mängeln, auf denen die Nichtigkeit beruhte, getroffen, so ist durch die Strafe im Zweifel die Verbindlichkeit in derjenigen Gestalt versichert, welche sie haben würde, wenn der Vertrag von Anfang an gültig gewesen wäre.

2. Ist das Rechtsgeschäft, auf welches sich die Vereinbarung der Strafe stützt, anfechtbar, so ist es möglich, daß das Strafversprechen in sich ebenso anfechtbar ist. Wenn dieß aber auch nicht der Fall ist, so gilt doch, wenn das Hauptgeschäft angefochten wird, dasselbe rückwirkend als nichtig (142), und das Strafversprechen muß dieses Schicksal theilen, weil keine Verbindlichkeit besteht, die zu versichern wäre (vgl. 339). Solange das Hauptgeschäft nicht angefochten ist, bleibt auch das Strafversprechen wirksam, und, wird das Hauptgeschäft unanfechtbar, so ist auch die Wirksamkeit des Strafversprechens gesichert, beides unter der Voraussetzung, daß dasselbe nicht aus eigenen Mängeln selbständiger Anfechtung unterliegt. Erfolgt die Vereinbarung der Strafe nachträglich, und zwar in sich unanfechtbar, so kommt es darauf an, ob der Anfechtungsberechtigte dabei die Anfechtbarkeit kennt oder nicht. Kennt er sie nicht, so bleibt es bei den vorigen Sätzen. Kennt er sie, so liegt in der Vereinbarung der Strafe eine Bestätigung des anfechtbaren Geschäfts, welche die Anfechtbarkeit aufhebt (144), und somit ist dann auch das Strafversprechen vollwirksam.

3. Das Versprechen einer Leistung als Strafe für den Fall eines Thuns oder Unterlassens, in Ansehung dessen eine Verbindlichkeit nicht besteht und nicht übernommen werden soll, ist auch nach BGB. ein einfacher bedingter Vertrag; jedoch sind die Sätze über die richterliche Ermäßigung einer Vertragsstrafe auf ihn anwendbar (343 Abs. 2).

4. Die Bestimmungen des BGB. beziehen sich nur auf eine durch Vertrag vereinbarte Strafe. Nach § 305 ist zur Begründung eines Schuldverhältnisses durch Rechtsgeschäft ein Vertrag erforderlich, soweit nicht das Gesetz ein Anderes vorschreibt. Auch sagen die Mot. znm I. Entw. (II S 275) der Gedanke, daß ein einseitiges Versprechen einer Conventionalstrafe gültig sein sollte, sei dem Entwurf fremd Es kann sich nur fragen, ob dennoch nicht in den Fällen, in welchen durch einseitiges Versprechen Schuldverhältnisse begründet werden können, ebenso einseitig der Versprechende sich eine Strafe für den Fall der Nichterfüllung oder nicht gehörigen Erfüllung auferlegen kann. M. E. läßt sich die rechtliche Möglichkeit, daß z. B. bei einer Auslobung der Auslobende sich verpflichtet, für den Fall der Nichtleistung einer als Belohnung ausgesetzten Sache eine bestimmte Geldsumme zu entrichten, oder für den Fall der Verzögerung der Zahlung der Belohnung ein bestimmtes Mehr zu leisten, nicht bestreiten, und es

Digitized by Google

werden auf ein solches Versprechen, wofern nicht eine andre Intention ersichtlich ist, die Sätze von der Vertragsstrafe analoge Anwendung finden müssen.

Unzweifelhaft ist möglich, daß der Erblasser für den Fall der Nichterfüllung oder nicht gehörigen Erfüllung eines Vermächtnisses oder einer Auflage dem Beschwerten eine andere oder weitere Leistung auferlegt. Diese Belastung steht unter den Sätzen vom bedingten Vermächtniß oder der bedingten Auflage. Die Sätze über die Verwirkung der Vertragsstrafe und ihr Verhältniß zur Erfüllung können, soweit der Wille des Erblassers undeutlich ist, analog herangezogen werden. Das richterliche Ermäßigungsrecht aber findet m. E. keine Anwendung. Der Ueberlastung des Beschwerten treten die erbrechtlichen Sätze von der Haftung des Erben und Vermächtnißnehmers für Auflagen und Vermächtnisse entgegen, und soweit der Belastete danach haftet, kann er eine Minderung der vom Erblasser ihm auferlegten Belastung wegen unverhältnißmäßiger Höhe nicht verlangen.

5. Eine richterliche Strafe hat nach dem schon jetzt geltenden Proceßrecht (s. CPO. 774 [888], 775 [890] mit der Vertragsstrafe durchaus keine Aehnlichkeit: sie gebührt dem Fiscus, nicht dem durch Nichterfüllung der Verbindlichkeit Verletzten; ihre Leistung ist also auch in keiner Weise ein Aequivalent für Nichtleistung, sondern sie ist nur ein Mittel, den Schuldner zur Erfüllung zu drängen.]

H. Die natürlichen Verbindlichkeiten*.

1. Begriff.

§ 287.

Bei der Bestimmung des Begriffes der natürlichen Verbindlichkeit ist auszugehen von dem Gegensatz zwischen der juristischen und der

* A. D. Weber Systematische Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit (1784, 5. Aufl. 1825). K. Fr. v. Reinhardt die römische Lehre von der Verbindlichkeit im Allgemeinen und der natürlichen Verbindlichkeit insbesondere (vermischte Aufsätze 3. Heft, 1827). v. d. Pfordten de obligationis civilis in naturalem transitu (1843). C. Christiansen zur Lehre von der naturalis obligatio und condictio indebiti (1844). Savigny Obl. I § 5—14 (1851). Holtius Abhandlungen civilistischen und handelsrlichen Inhalts, übersetzt von Sutro Nr. 1 (1852, im Original erschienen 1845). Brinz kr. Bl. III S. 12—60 (1852). Bekker Jahrb. des gem. R. IV S. 386 fg. (1860, vgl. auch ZS. f. RGesch. IX S. 400 fg.). Schwanert die Naturalobligationen des R. R. (1861). Recension dieses Werkes von v. Scheurl (1864). Ders. die römischen Naturobligationen, Jahrb. f. Dogm. VII S. 318 fg. (1865). Ryk Lehre von den Schuldverhältnissen I S. 14 fg. (1883). Kuntze die Obligationen im r. u. heut. R. S. 192—206 (1886). S. außerdem Francke civilistische Abhandlungen S. 66 fg. (1826), v. Meyerfeld Lehre von den Schenkungen § 18 (1835), Büchel civilrl. Erörterungen II Nr. 1 S. 57 fg. (1836), Renaud ACPra. XXIX S. 432—444 (1846), Erxleben die condictiones sine causa I S. 118—152 (1850), v. Scheurl Heid. kr. ZS. I S. 506—517 1853), Pfersche Bereicherungsklagen S. 185 fg. (1883), Unterholzner I § 6—9, Wächter Würtemb. Privatr. II S. 480—487, Brinz (Lehrb.)

Digitized by Google

natürlichen Auffassung. Dieser Gegensatz macht sich, wie auf anderen Punkten des Rechts, so auch auf dem Gebiete des Obligationenrechts geltend. Es gibt Verbindlichkeiten, wie für die juristische Auffassung, so auch für die natürliche Auffassung; letztere heißen eben deßwegen natürliche Verbindlichkeiten[1]. Es besteht aber nicht nothwendig ein Widerstreit zwischen der juristischen und der natürlichen Auffassung; in einem gegebenen Fall kann die eine mit der anderen übereinstimmen, und so kann auch eine natürliche Verbindlichkeit zugleich eine juristische sein[2]. Von den natürlichen Verbindlichkeiten dieser Art ist hier nicht die Rede; hier ist nur die Rede von den Verbindlichkeiten, welche es bloß für die natürliche Auffassung, nicht auch zugleich für die juristische sind. Diese (bloß-) natürlichen Verbindlichkeiten[3] sind zunächst dem Rechte durchaus gleichgültig, und viele derselben bleiben es auch. Im Leben wird vieles als Verbindlichkeit, und wohl auch als Forderungsrecht, bezeichnet[4], was das Recht vollkommen unbeachtet läßt. Da-

---

S. 571—581. 2. Aufl. II S. 40—54, Sintenis II S. 5—47, Dernburg II § 4. 5, [Frenzel über die Entstehung des röm. Rbegriffs naturalis obligatio. Leipz. 1897].

[1] Die Quellen sagen: obligationes naturales. Den Gegensatz zur obligatio naturalis bildet die obligatio civilis. Der Ausdruck „obligatio civilis" bezeichnet aber auch eine besondere Art der juristischen Verbindlichkeiten, die auf dem ius civile, im Gegensatz zum ius gentium, oder zum prätorischen R., beruhenden juristischen Verbindlichkeiten (l. 5 pr. D. 20, 1, l. 1 § 1 D. 46, 2 vgl. Gai. III, 93). Die Behauptung Scheurl's (Heidelb. kr. ZS. I S. 504), daß der Ausdruck „obligatio civilis" in den Quellen immer nur auf die juristische Verbindlichkeit der letzteren Art, nie auf die juristische Verbindlichkeit überhaupt gehe, wird durch l. 7 § 2. 4 D. 2, 14, l. 5 § 1 D. 19, 5, l. 16 § 3 in Verbindung mit § 4 D. 46, 1, von welchen Stellen namentlich die erste und die dritte beweisend sind, widerlegt. — Die Ausdrücke „naturalis" und „civilis" bezeichnen hier in derselben Weise den Gegensatz zwischen dem Natürlichen und dem Juristischen, wie in der Verbindung naturalis und civilis possessio, und den anderen I § 148 [12] genannten Verbindungen; vgl. auch naturale-civile saeculum (Schömann Greifswalder Rectoratsprogramm 1856 p. 5). § 287.

[2] In diesem Sinne wird in l. 126 § 2 D. 45, 1 die Darlehnsobligation eine naturalis obligatio genannt, und in l. 15 pr. D. 12, 6 die condictio indebiti als naturalis bezeichnet. S. noch l. 5 pr. D. 26, 8. Auch l. 84 § 1 D. 50, 17 gehört wohl hierher. — In derselben Weise bezeichnet der Ausdruck „naturales liberi" nicht bloß die nicht juristischen Kinder (die Concubinenkinder), sondern auch diejenigen juristischen Kinder, welche auch natürliche (nicht Adoptivkinder) sind.

[3] Der Ausdruck „obligatio tantum naturalis" findet sich in l. 5 pr. D. 20, 1.

[4] Man sagt z. B. ich bin dem Herrn So und So einen Gegenbesuch schuldig; wer im Spiele gewonnen hat, ist Revanche schuldig; der Freund kann

Digitized by Google

gegen gibt es andere (bloß-) natürliche Verbindlichkeiten, zu denen das Recht sich nicht durchaus ablehnend verhält; wenn das Recht sie auch nicht vollständig anerkennt, so mag es sie doch nicht vollständig zurückweisen, sondern läßt sie in dieser oder jener Beziehung als Verbindlichkeiten allerdings gelten. Diese juristischen (bloß-) natürlichen Verbindlichkeiten sind es, um welche es sich hier handelt. Wenn man sie natürliche Verbindlichkeiten schlechthin nennt, so geschieht dieß deßwegen, weil einerseits die vom Rechte vollständig anerkannten natürlichen Verbindlichkeiten eben auch juristische sind, und weil andererseits es sich von selbst versteht, daß, wo im Rechte von einer natürlichen Verbindlichkeit die Rede ist, nicht eine solche natürliche Verbindlichkeit gemeint ist, welche aller und jeder juristischen Beziehung entbehrt[5]. Man kann sie passend auch als uneigentliche Verbindlichkeiten bezeichnen[6].

---

vom Freunde fordern, daß er ihm die Wahrheit sage. Man denke auch an die gesetzlich gemißbilligten Obligationen, z. B. aus verbotenem Spiel.

[5] Ueber den Sinn, in welchem die Quellen von obligatio naturalis reden, herrscht keine Uebereinstimmung. (Vgl. den ausführlichen Bericht bei Schwanert S. 7—66.) Nach einer weit verbreiteten Meinung soll mit der Bezeichnung einer obligatio als naturalis auf ihre Anerkennung in der natürlichen Rechtsordnung hingewiesen sein, welche natürliche Rsordnung dann von den Verschiedenen noch verschieden gefaßt wird: als ius naturale im Sinne von Naturr. (Weber), als ius naturale im Sinne von ius gentium (Savigny, v. d. Pfordten, Büchel, Erxleben, Sintenis, Puchta, Arndts, Ryk), als ius naturale im Sinne des den Freien mit den Sclaven gemeinschaftlichen R. (Kuntze), als Billigkeit (Scheurl in der Heidelb. kr. ZS.). Es ist nun auch keiner Frage unterworfen, daß die Quellen in diesem Sinne vielfach von obligatio naturalis wirklich reden, so namentlich, wenn sie eine civilis obligatio als naturalis bezeichnen (vgl. mit l. 15 pr. D. 12, 6, l. 14 eod., jedoch auch l. 64 eod.). Aber daß sie diesen Sinn immer mit dem Ausdruck naturalis obligatio verbinden sollten, und namentlich immer auch da, wo sie die Uneigentlichkeit, die Unvollkommenheit der Obligation hervorheben wollen, will doch nicht einleuchten; denn regelmäßig wird die natürliche Rsordnung auch vom ius civile anerkannt, wo aber nicht, auch vollkommen nicht. Aus diesem Grunde haben Andere einen anderen, oder doch einen zweiten Sinn von obligatio naturalis angenommen, und in der Bezeichnung einer Obligation als naturalis eine unmittelbare Hinweisung auf ihre rliche Unvollkommenheit gefunden (Büchel, Holtius, Schwanert, Bekker). Diese Ansicht hat mit der Schwierigkeit zu kämpfen, nachzuweisen, warum denn gerade das Unvollkommene als das Natürliche bezeichnet werde (vgl. Büchel S. 60, Holtius S. 5, Schwanert S. 231, Bekker S. 398). Die im Text entwickelte Ansicht löst diese Schwierigkeit in einer Weise, welche sie zugleich der Nothwendigkeit überhebt, einen doppelten Sinn von obligatio naturalis anzunehmen. Sie geht von einer Vorstellung aus, welche unbestimmt genug ist, um Alles in sich aufzunehmen, was die Quellen mit dem Ausdruck obligatio naturalis nun ein-

Digitized by Google

2. Rechtliche Bedeutung.

§ 288.

Die rechtliche Bedeutung, welche der natürlichen (uneigentlichen) Verbindlichkeit zukommt, ist zunächst negativ zu bestimmen. Die natürliche Verbindlichkeit gewährt dem Gläubiger — insofern man hier

---

mal wirklich bezeichnen, von der Vorstellung der natürlichen Auffassung. Diese natürliche Auffassung wird sich zunächst an das in der Natur der Sache Begründete, durch die Natur der Dinge von selbst Gegebene anschließen, und dasselbe möglichst getreu wiederzugeben suchen; in diesem Sinne ist die naturalis obligatio zugleich die obligatio der natürlichen Rsordnung. Aber die natürliche Auffassung wird sich auch gefallen lassen müssen, vom Re corrigirt und in manchen ihrer Anforderungen zurückgewiesen zu werden; dann erscheint die naturalis obligatio nicht sowohl als die obligatio einer Ordnung, mit welcher das R. sich auseinandersetzt, als vielmehr als die obligatio des unjuristischen Verstandes. In diesem Sinne faßt die obligatio tantum naturalis auch Brinz (Pand. S. 577. 2. Aufl. II S. 41. 43. 45) auf; ebenso Christiansen (S. 27. 84. 118). Vgl. auch Puchta Inst. II § 268. Und übereinstimmend im Wesentlichen jetzt auch Scheurl in den Aufsätzen in den Jahrb. f. Dogm. und der kr. VJS. Scheurl's Auffassung unterscheidet sich von der hier vertretenen nur dadurch, daß er in der theilweisen Anerkennung der Anschauung des unjuristischen Verstandes, auf welche auch er die naturalis obligatio zurückführt, eine „unvollendet gebliebene Entwickelung des r. R." sieht, „deren Vollendung dazu geführt haben würde, (die naturales obligationes) als civiles obligationes gelten zu lassen", und damit den Unterschied zwischen obligationes civiles und obligationes naturales ganz zu beseitigen. In diesem Sinne hält Scheurl die naturalis obligatio (die eigentliche, vgl. sogleich) für ein specifisch römisches Institut, für welches im heutigen R. kein Platz mehr sei (Jahrb. für Dogm. S. 352—353). M. E. wird diese Scheurl'sche Auffassung dem vorliegenden Quellenmaterial nicht gerecht (§ 289), und ich glaube auch nicht, daß jemals ein positives R. sich der Anerkennung uneigentlicher Obligationen ganz wird entziehen können. Dagegen ist gewiß richtig die Bemerkung Scheurl's, daß naturales obligationes sich für ein positives R. auch dadurch ergeben können, daß dasselbe in einem gegebenen Fall einer Obligation nur bestimmte Wirkungen, und namentlich die Klagwirkung, abspricht, während es ihr andere beläßt. Dieß ist der Fall beim SC. Macedonianum und den ihm gleichstehenden Bestimmungen, wenn es solche gibt (§ 289 [22]). Dernburg a. a. O.: die auf den Anschauungen der bürgerlichen Gesellschaft beruhende Obligation.

* Daß die naturalis obligatio eigentlich keine obligatio sei, heben die Quellen sehr bestimmt hervor. L. 10 D. 50, 16: „quod si natura debeatur, non sunt loco creditorum". L. 16 § 4 D. 46, 1: — „licet minus proprie debere dicantur naturales debitores, per abusionem intellegi possunt debitores". L. 41 D. 15, 1. „Nec servus quicquam debere potest, nec servo potest deberi, sed cum eo verbo abutimur, factum magis demonstramus, quam ad ius civile referimus obligationem". In diesem Sinne heißt es auch in l. 95 § 4 D. 46, 3, daß die naturalis obligatio nur auf dem vinculum aequitatis beruhe. — Verwahrung einzulegen ist gegen die Ansicht Schwanert's (S. 225—230), daß in der naturalis obligatio nur eine Pflicht rlich anerkannt

Digitized by Google

überhaupt von einem Gläubiger reden will[1] — nicht die Befugniß zur Klage[2]. Die Klagebefugniß schließt den Begriff der natürlichen Verbindlichkeit aus; wer die Befugniß hat, seinen Willen dem widerstrebenden Willen des Gegners gegenüber durch Anrufung einer höheren, im Nothfall Zwang verhängenden, Autorität zur Geltung zu bringen, dem fehlt an der Fülle des Rechts nichts: er hat ein Recht nicht bloß nach der natürlichen, sondern auch der juristischen Auffassung. Von der anderen Seite ist die Klagebefugniß so sehr die Voraussetzung der Verwirklichung der durch das Recht gewährten Macht[3], daß, wo sie fehlt, man wohl Grund hat, von einem nur uneigentlichen Rechte zu reden. — Positiv läßt sich die rechtliche Bedeutung der natürlichen Verbindlichkeit nicht durch eine für alle Fälle gleiche Regel bestimmen; für jede einzelne Verbindlichkeit muß ihr rechtlicher Inhalt besonders festgestellt werden[4]. Nur das läßt sich sagen, daß die natürliche Verbindlichkeit möglicherweise außer der Klagebefugniß

---

sei, ohne daß dieser Pflicht ein R. entspreche. Das R. kennt keine Pflichten ohne gegenüberstehende Re; es kennt nur Pflichten als Correlate von Ren. Es kann wohl in der Verleihung eines R. von der Annahme ausgehen, daß eine Pflicht schon anderweitig begründet sei; aber soweit es selbst diese Pflicht anerkennt, verleiht es auch ein R.

§ 288. [1] L. 42 § 1 D. 44, 7. „Creditores eos accipere debemus, qui aliquam actionem . . habent . . .“ Vgl. l. 10. l. 108. l. 178 § 3 D. 50, 16, l. 16 § 4 D. 46, 1.

[2] L. 16 § 4 D. 46, 1 (11), l. 94 § 3 D. 46, 3.

[3] Obgleich sie nicht zum Begriff des R. gehört (I § 37).

[4] Dieser Satz ist für die richtige Einsicht in die Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit von der äußersten Wichtigkeit. Es gibt nicht einen feststehenden Inhalt der natürlichen Verbindlichkeit, wie es einen feststehenden Inhalt der juristischen Verbindlichkeit gibt. Man darf daraus, daß etwas in den Quellen als naturalis obligatio bezeichnet, oder daß ihm rliche Bedeutung in dieser oder jener Beziehung zugeschrieben wird, nicht ohne Weiteres schließen, daß es rliche Anerkennung in dem ganzen Umfang gefunden hat, welcher bei einer natürlichen Verbindlichkeit möglich ist. Dieß ist im Einzelnen auch immer, und namentlich darin anerkannt worden, daß man von den eigentlichen natürlichen Verbindlichkeiten uneigentliche unterschied, denen man geringere Wirkungen zuschrieb. So auch Savigny (§ 12) und Schwanert (§ 9—11), welcher Letztere mit dieser Unterscheidung den Ausdruck naturaliter debere in Verbindung bringt. Man muß aber noch weiter gehen und den Satz aufstellen, daß für jede natürliche Verbindlichkeit ihr rlicher Gehalt besonders bestimmt werden müsse. Dieser Gesichtspunkt ist namentlich von Schwanert verfolgt worden, und ich sehe darin das Hauptverdienst seines Buches. Es liegt auf der Hand, daß die consequente Durchführung dieses Gesichtspunktes auch jede Unterscheidung, wie die zuvor bezeichnete, überflüssig macht. Vgl. außerdem Brinz kr. Bl. III S. 57. Pand. 2. Aufl. II S. 52, Sintenis II S. 11—16, Keller Jahrb. d. gem. R. IV S. 382—383, Bekker das. S. 402.

Digitized by Google

jede rechtliche Bedeutung haben kann, welche auch der juristischen Verbindlichkeit zukommt[5]. Im Einzelnen ist Folgendes zu nennen[6].

1. Die natürliche Verbindlichkeit kann als Vermögensvermehrung für den Gläubiger, als Vermögensverminderung für den Schuldner in Betracht kommen[7].

2. Die natürliche Verbindlichkeit kann sich als rechtliche Verbindlichkeit darin bewähren, daß die zu ihrer Erfüllung gemachte Leistung vom Rechte eben als Erfüllung behandelt, nicht unter den Gesichtspunkt der Schenkung[8] oder irgend einen anderen Gesichtspunkt[9] gestellt wird.

---

[5] Brinz (kr. Bl. III S. 48—50, vgl. Pand. 2. Aufl. II S. 51) faßt die rliche Bedeutung der natürlichen Verbindlichkeit in der Formel zusammen: sie sei zahlbar (erfüllbar). D. h. also: sie wird als Verbindlichkeit rlich anerkannt für einen sich auf sie beziehenden Erfüllungsact. Ebenso Schwanert S. 222—225. Ich halte das nicht für eine glückliche Formulirung. Denn Bürgschaft und Pfandbestellung kann man doch nur sehr uneigentlich Erfüllungsacte nennen, und das Wesen der Compensation besteht nicht darin, daß in ihr die Verbindlichkeit erfüllt wird, sondern darin, daß in ihr der Gläubiger Befriedigung gegen den Willen des Schuldners erlangt. — Scheurl (Jahrb. f. Dogm. S. 328 fg, kr. VJS. S. 516 fg.) setzt an die Stelle der Brinz'schen Formel die andere: die naturalis obligatio sei anerkennbar; die der naturalis obligatio zukommende Wirksamkeit sei keine, „ihr an sich zukommende, sondern durch Anerkennung vermittelte" (Jahrb. S. 332). Auch in der deductio und compensatio werde nur Anerkennung gefordert. Aber doch Anerkennung mit der unmittelbaren Folge eines Vermögensverlustes, und Anerkennung gefordert! Freilich sagt Scheurl an einem andern Ort (Jahrb. S. 334), die naturalis obligatio trage weder ein „Forderungsr., noch irgend welche rliche Verbindlichkeit in sich". — Auch Christiansen spricht der natürlichen Verbindlichkeit alle und jede selbständige rliche Wirkung ab, indem er seinerseits den Grund derjenigen rlichen Wirkungen, von welchen sie umgeben ist, lediglich in dem freien Willen des Schuldners findet. Wie er darauf soluti retentio auch bei irrthümlicher Annahme einer civilis obligatio und Compensation zurückführt, muß man bei ihm selbst nachlesen (vgl. namentlich S. 17—21. 128. 138).

[6] Vgl. Savigny S. 45—50, Schwanert S. 188—222.

[7] So namentlich bei Berechnung des Peculium. Das Peculium ist um so viel größer, als der Inhaber desselben von dem Eigenthümer fordern kann, um so viel kleiner, als er demselben schuldig ist. L. 7 § 6. 7. l. 9 § 2. 4. l. 17 i. f. D. 15, 1, l. 38 § 1. 2 D. 12, 6, l. 20 § 2 D. 40, 7 ([12]). Ferner bei der Berechnung der Erbschaft, wenn der natürliche Gläubiger Erbe des natürlichen Schuldners geworden ist, oder umgekehrt. L. 95 § 2 D. 46, 3. S. auf der anderen Seite l. 1 § 17 D. 35, 2, l. 25 § 11 D. 5, 3.

[8] L. 19 § 4 D. 39, 5, l. 19. 20 D. 42, 8. Vgl. v. Meyerfeld Lehre von den Schenkungen § 18.

[9] L. 21 pr. D. 35, 2, l. 44 D. 46, 3 (der natürliche Gläubiger hat dem natürlichen Schuldner etwas unter der Bedingung der Erfüllung seiner Schuld vermacht; das Geleistete wird nicht als condicionis implendae gratia datum behandelt).

Digitized by Google

3. Die natürliche Verbindlichkeit kann dem Gläubiger die Macht gewähren, sich in einem vorhandenen Zustand zu erhalten[10]. Dahin gehört vor Allem die Befugniß, das zur Erfüllung der natürlichen Verbindlichkeit Geleistete zurückzubehalten[11]; ferner aber auch die Befugniß, eine an den Gläubiger gestellte Forderung mit Berufung auf eine natürliche Verbindlichkeit zurückzuweisen[12].

4. Die natürliche Verbindlichkeit kann eine hinreichende Grundlage bilden für ein Rechtsverhältniß, welches zu seinem Bestande eine Verbindlichkeit voraussetzt — Pfandrecht[13], Bürgschaft[14], Novation[15], Erfüllungsversprechen[16].

---

[10] Die natürliche Verbindlichkeit ist nicht tauglich zum Angriff, aber wohl kann sie tauglich sein zur Vertheidigung. Vgl. l. 94 § 3 D. 46, 3.

[11] L. 16 § 4 D. 46, 1. „Naturales obligationes non eo solo aestimantur, si actio aliqua earum nomine competit, verum etiam cum soluta pecunia repeti non potest". Ich verstehe diese vielbesprochene, in l. 10 D. 44, 7 wiederholte, Stelle so: wenn bestimmt werden soll, ob eine naturalis obligatio vorhanden sei oder nicht, so darf man sich nicht darauf beschränken, zuzusehen, ob eine actio, sondern man muß auch darauf sehen, ob soluti retentio stattfindet. Abweichende Ansichten bei Vangerow III S. 5, Savigny S. 40—41, Schwanert S. 83 fg., Francke Commentar zum Pandektentitel de her. pet. S. 294 in der Note. Vgl. außer der genannten Stelle noch l. 3 § 7 D. 2, 2, l. 42 pr. D. 12, 2, l. 13 pr. l. 19 pr. l. 26 § 12. l. 38 § 1. 2. l. 41. l. 60 pr. l. 64 D. 12, 6. Die Unzulässigkeit der Rückforderung gilt nicht bloß für den Fall, wo der Erfüllende gewußt hat, daß er juristisch nicht Schuldner sei — wo sie sich von selbst versteht — sondern auch für den Fall, wo er die Schuld irrthümlich für eine juristische gehalten hat. L. 40 pr. l. 64 D. 12, 6. Natürlich ist aber die Rückforderung da nicht ausgeschlossen, wo der natürliche Schuldner eine ganz andere Verbindlichkeit hat erfüllen wollen, deren Existenz er irrig angenommen hat. Von diesem Fall ist zu verstehen die (von der Erfüllung durch Obligirung handelnde) l. 20 D. 14, 6 (der Novirende hält die Schuld, welche er novirt, für eine aus irgend einem anderen Grunde, nicht aus Darlehn, entstandene). So Mühlenbruch ACPra. II S. 429, Römer Abhandlungen I S. 28; andere Ansichten bei Renaud das. XXIX S. 437, Dietzel SC. Macedonianum S. 135. 355, v. Salpius Novation und Delegation S. 303—306, Witte kr. VJS. VIII S. 202—203, Dueckers de SC° Macedoniano (Berolini 1866) p. 85, Mandry das gemeine Familiengüterr. I S. 514 fg., Spaltenstein das specifisch-juristische Geschäft S. 32 fg., Huschke Darlehn S. 192.

[12] R. der Compensation. L. 6 D. 16, 2. „Etiam quod natura debetur venit in compensationem". Diese Stelle auf Gegenforderungen aus demselben Grunde zu beschränken, wie Holtius S. 28 thut, ist willkürlich. Vgl. auch l. 8 § 1 D. 46, 8. Dagegen gehört l. 20 § 2 D. 40, 7 nicht hierher. Dieselbe sagt, wie das pr. der Stelle beweist, nur, daß bei der Berechnung des Peculium auch die natürlichen Schulden des Herrn an den Sclaven mit eingerechnet werden müssen. [S. noch Hellmann (§ 289*) S. 359.] R. der Deduction bei der Berechnung des Peculium, wenn die Gläubiger desselben gegen den Eigenthümer klagbar werden, s. Note [7].

Digitized by Google

3. Einzelne Fälle*.

§ 289.

Die einzelnen Fälle der natürlichen Verbindlichkeit, welche sich in den Quellen anerkannt finden[1], sind heutzutage nicht mehr alle praktisch[2]. Diejenigen, welche es noch sind, sind folgende.

---

[13] L. 5 pr. l. 14 § 1 D. 20, 1, l. 13 pr. D. 12, 6. Vgl. I § 225 [8].

[14] L. 6 § 2. l. 7. l. 16 § 3. l. 60 D. 46, 1, l. 13 pr. D. 12, 6.

[15] L. 1 § 1 D. 46, 2.

[16] L. 1 § 7 D. 13, 5 (§ 284 [7]).

* Büchel S. 64—119, Christiansen S. 84—114, Erxleben S. 123—134, Savigny S. 52—123, Brinz 1. Aufl. S. 13—28, Schwanert S. 244—481.

[1] Zu den im Folgenden genannten Fällen der natürlichen Verbindlichkeit § 289. fügen Andere andere hinzu. Natürliche Verbindlichkeit in Folge des beneficium competentiae, s. § 268 [11]. — Die naturalis obligatio der l. 61 [59] pr. D. 36, 1 ist rein zum Zweck einer theoretischen Vermittelung angenommen, s. I § 249 [4]. — Natürliche Verbindlichkeit in Folge der Litiscontestation? Windscheid die Actio ꝛc. S. 56—58, Schwanert S. 424—433, Ryk S. 39. — Natürliche Verbindlichkeit des mit der actio de peculio Haftenden auch über den Bestand des Peculium hinaus? L. 11 D. 12, 6. Brinz 1. Aufl. S. 27 (Pand. II S. 54), Erxleben S. 111—117, Schwanert S. 266 [58]; anders Savigny S. 103—105, Keller Jahrb. des gem. R. III S. 177—178, Ryk S. 44. — Natürliche Verbindlichkeit zur Zinszahlung? Dafür Thibaut Versuche II S. 152—169, Vangerow 1 § 76 Anm. 2 Nr. 2, Christiansen S. 92—96, wegen l. 26 pr. D. 12, 6. Andere suchen dieser natürlichen Verbindlichkeit dadurch zu entgehen, daß sie in der citirten Stelle wissentliche Zahlung voraussetzen (Weber S. 149 fg., Erxleben S. 63, Brinz Pand. II S. 53 [3]). Das Richtige ist gewiß, mit Unterholzner II S. 47, H. Witte Bereicherungsklagen S. 69 fg., Sintenis II § 87 [58] (in der zweiten Anklage), Sf. XVI. 49, anzunehmen, daß l. 26 pr. cit. nur die Rückforderung der Zinsen ausschließen will, nicht aber ihre Anrechnung auf das Kapital (l. 5 § 2. l. 102 § 3 D. 46, 3, l. 18 C. 4, 32). Man muß aber dann im Folgenden statt „sed" lesen „sed et". Dernburg II § 141 [9]: Zinsen ex pacto. — Natürliche Verbindlichkeit in Folge eines nudum pactum? In der neueren Zeit mehren sich die Stimmen dagegen. Meyerfeld Schenkungen S. 344—346, Liebe ZS. f. CR. u. Pr. XV S. 201, Gneist formelle Verträge S. 169 fg., Unterholzner I § 23, Holtius S. 7—16, Brinz kr. Bl. S. 16—25, Bekker S. 395, Jhering Geist des r. R. I S. 136 [48], Girtanner Stipulation S. 401 fg. Scheurl Jahrb. f. Dogm. S. 343—346 und kr. VJS. S. 501, Kuntze zu Holzschuher III S. 7. Excurse S. 542. 543; auf der andern Seite namentlich Büchel S. 65—68, Savigny S. 53—59, auch Scheurl Heidelb. kr. ZS. S. 516; vgl. noch Hofmann die Entstehungsgründe der Obligation (Wien 1874) S. 27 fg. Nach meiner Meinung sind die hier wirklich in Betracht kommenden Stellen nur: eines Theils l. 1 § 2 D. 45, 1, andern Theils l. 5 § 2 D. 46, 3, l. 3. 4 C. 4, 32, l. 11 § 3 D. 13, 7. L. 1 § 2 cit. spricht gegen die Annahme einer natürlichen Verbindlichkeit; die zuletzt genannten Stellen sagen unmittelbar nichts Anderes, als daß der Gläubiger Zinsen, die ihm durch nudum

Digitized by Google

1. Die natürliche Pflicht zur Dankbarkeit kommt insofern rechtlich in Betracht, als anerkannt wird: a) daß in dem Gegengeschenk, welches ein Beschenkter macht, eine Verminderung sowohl der ihm durch die Schenkung zugewendeten Vermögensvermehrung, als der von dem Schenker gemachten Vermögensaufopferung enthalten ist[3]; b) daß die zum Dank für eine Lebensrettung gemachte Leistung nicht unter den Gesichtspunkt der Schenkung fällt[4].

2. Ebenso wird es nicht als Schenkung angesehen, wenn der Erbe seiner natürlichen Verpflichtung zur Entrichtung der ihm auferlegten Vermächtnisse auch bis zu dem Betrage, welchen er nach positiver Rechtsvorschrift an denselben kürzen könnte, nachkommt[5]. Das Gleiche ist zu sagen für die wissentliche Erfüllung eines verjährten oder mit Unrecht rechtskräftig aberkannten Anspruchs[5a].

---

pactum versprochen worden sind, nicht zurückzugeben brauche, wenn sie ihm gezahlt worden seien, und daß er sich aus einem ihm gegebenen Pfande auch für sie befriedigen könne. Darin eine Anerkennung der nuda pacta überhaupt zu sehen, halte auch ich für bedenklich (vgl. namentlich l. 8 D. 20, 2). Vgl. Bl. f. RAnw. in Bayern XXXVIII S. 204; andererseits § 312 [9]. [[Hellmann Sav.-ZS. XII S. 325 fg.]] [Für die naturalis obligatio ex pacto, wegen l. 22 D. 23, 4, l. 28 § 7 D. 24, 1 (S. 356 fg.).] — Natürliche Verbindlichkeit in Folge des Retentionsr.? Vgl. Goldschmidt Handelsr. I § 94 [14]. Die Quellen sprechen hier von einer natürlichen Verbindlichkeit nicht. [Bei reinem Differenzgeschäft? Nein. RG. XXIII S. 138 fg.]

[3] Dahin gehört namentlich die natürliche Verbindlichkeit des Sclaven, der für die Römer bei Weitem wichtigste Fall der natürlichen Verbindlichkeit (l. 14 D. 44, 7, l. 13 pr. D. 12, 6, Savigny a. a. O. S. 59—61. Syst. II § 65 und Beil. IV, Schwanert S. 244—299); ferner die natürliche Verbindlichkeit in Folge der capitis diminutio (l. 2 § 2 D. 4, 5, vgl. l. 8 eod., Savigny S. 80, Schwanert S. 413—424), in Folge der Proceßverjährung (l. 8 § 1 D. 46, 8. l. 30 § 1 D. 9, 2, Savigny S. 98, Schwanert S. 433—437) die natürliche Verbindlichkeit aus dem Satze: quod quisque iuris in alterum statuerit, ut ipse eodem iure utatur (l. 3 § 7 D. 2, 2, Savigny S. 99, Schwanert S. 471—473).

[3] L. 25 § 11 D. 5, 3, l. 10 § 7 i. f. D. 15, 3. Vgl. auch l. 55 [54] § 1 D. 47, 2. Dagegen gilt die Forderung selbst auf das Gegengeschenk als Vermögensvermehrung nicht, l. 25 § 11 cit.

[4] L. 34 § 1 D. 39, 5 (Paul. sentent. V, 11 § 6). Vgl. zu dieser und der vorhergehenden Note § 368 [10. 11]. Harburger die remuneratorische Schenkung (Nördlingen 1875) S. 38 fg. 17 fg. und Citate das.

[5] L. 5 § 15 D. 24, 1, l. 19. 20 D. 42, 8. Aber das irrthümlich Gezahlte kann zurückgefordert werden, l. 5 § 15 cit. i. f., l. 9 § 5 D. 22, 6. L. 1 C. 6, 50, welche das Rückforderungsr. versagt, ist von wissentlicher Leistung zu verstehen. S. noch l. 62 D. 12, 6, l. 20 § 1 D. 39, 5, l. 46 D. 35, 2, l. 2. 23 C. 6, 42, l. 19 C. 6, 50, und vgl. Christiansen S. 88—90, Savigny Syst. IV. S. 83—84. Sf. XXIII. 129.

[5a] S. § 112 [5a], § 129 [8].

Digitized by Google

3. Was Jemand zum Zweck der Erfüllung einer ihm obliegenden sittlichen Verpflichtung leistet, kann er nicht zurückfordern, wenn er sich auch irrthümlicherweise für rechtlich verpflichtet gehalten hat[6]. Deßwegen haftet auch der Bürge[7] und der Novationsschuldner[8], ferner sind gültig Verpfändung und Erfüllungsversprechen[9]. Um so weniger darf auf eine solche Leistung das Recht der Schenkung angewendet werden[10].

4. Die natürliche Verbindlichkeit des Geschlechtsunreifen, welcher ohne die Mitwirkung seines Vormundes rechtlich thätig geworden ist, wird vom Rechte als Verbindlichkeit anerkannt in allen Fällen[11], in

---

[6] Dieser allgemeine Satz darf, wie ich glaube, auf Grund von l. 32 § 2 D. 12, 6 (die Frau gibt dem Manne eine Mitgift) und l. 26 § 12 eod. (der Freigelassene leistet dem Freilasser operae officiales) behauptet werden. Vgl. namentlich l. 32 cit.: — „sublata enim falsa opinione relinquitur pietatis causa, ex qua solutum repeti non potest.“ S. auch Puchta Inst. II § 268 [h], Büchel S. 99, Erxleben a. a. O. S. 149—152. A. M. Savigny S. 101. Auf der anderen Seite geht noch weiter Schwanert S. 118—120, welcher die Rückforderung in allen Fällen ausgeschlossen glaubt, wo derselben eine „Billigkeits- oder Pietätsrücksicht“ entgegenstehe. — Es besteht keine sittliche Verpflichtung zur Erfüllung einer vom R. für ungültig oder unwirksam erklärten Verbindlichkeit, z. B. wegen Mangels einer Form (s. das in Note [1] über das nudum pactum Gesagte), oder wegen vollendeter Verjährung (vgl. I § 112 [5]). Ich halte daher auch die Entscheidung des OT. zu Berlin bei Sf. XVIII. 140, daß Präjudicirung des Wechsels wegen verspäteter Protesterhebung eine naturalis obligatio zu Lasten des Indossanten übrig lasse, nicht für richtig. — Dernburg II § 5 a. E. nimmt an, daß eine natürliche Verbindlichkeit nach dem Zwangsvergleich übrig bleibe. Dagegen Sf. XLV. 7. [Vgl. RG. XXXV S. 218 fg. Sf. L. 151].

[7] L. 7 D. 46, 1. „Quod enim solutum repeti non potest, conveniens est, huius naturalis obligationis fideiussorem accipi posse“.

[8] Der neu eintretende nach Analogie des Bürgen; bleibt der frühere Schuldner, so haftet derselbe schon deßwegen, weil in der Novation von seiner Seite Leistung liegt.

[9] Von Dritten nach Analogie der Bürgschaft. Um so mehr muß der Schuldner selbst haften.

[10] Sf. VI. 18, XX. 35 (eine Zuwendung, welche Jemand der Mutter seiner unehelichen Kinder oder der mittellosen Tochter seines Bruders macht, bedarf nicht der Insinuation), XII. 275 (ebensowenig die Zuwendung des Vaters an den Sohn zum Zweck der Begründung einer selbständigen Existenz), XII. 167 (wenn ein Mann seine Frau in eine Wittwenkasse oder Lebensversicherung einkauft, so fällt das nicht unter das Verbot der Schenkung zwischen Ehegatten). S. andererseits XXIII. 129a, RG. VIII S. 144. J. Bremer Jahrb. f. Dogm. XIII S. 99 fg.

[11] Die Frage, bis zu welcher Grenze die natürliche Verbindlichkeit des Geschlechtsunreifen rliche Anerkennung gefunden habe, ist äußerst streitig. Der im Folgenden vorgetragenen Mittelmeinung stehen zwei extreme Ansichten gegenüber.

Digitized by Google

welchen es sich nicht darum handelt, daß der Schuldner gegen seinen Willen zur Erfüllung genöthigt werden soll[12]. Dagegen wird sie, wo dieß Letztere der Fall ist, als Verbindlichkeit nicht anerkannt.

---

1) Die Verbindlichkeit der Geschlechtsunreifen hat gar keine rliche Anerkennung gefunden; die Stellen der Quellen, in welchen eine Verbindlichkeit der Geschlechtsunreifen anerkannt wird, setzen Bereicherung desselben voraus. So noch Puchta § 237[h]. 2) Sie hat die volle Anerkennung gefunden, welche überhaupt einer natürlichen Verbindlichkeit zu Theil werden kann. So namentlich Savigny S. 61 fg.; außerdem Fritz Erläuter. II S. 269—274, Büchel S. 75—83, Erxleben S. 125, Scheurl Heidelb. kr. ZS. I S. 507. 508, Rudorff Vormundsch. II S. 280, Sintenis I § 17[24], wohl auch Eisele in dem akad. Programm „Unverbindlicher Gesetzesinhalt" 1885 S. 60 fg. Die hier vorgetragene Mittelmeinung wird (wenigstens ihrem Grundgedanken nach) vertheidigt von Glück IV S. 66 fg., Weber § 71, Reinhardt § 72. 73, Roßhirt in seiner ZS. I S. 130 fg., Brandis ZS. f. CR. u. Pr. VII S. 149 fg., Köppen Jahrb. f. Dogm. XI S. 342 fg., Huschke Darlehn S. 81 fg., Bechmann Kauf II S. 193 fg., vgl. auch Rudorff zu Puchta's Vorlesungen § 237[8], Scheurl kr. VJS. VI S. 521. Zwischen dieser Mittelmeinung und der unter 2 bezeichneten Ansicht nehmen wieder eine mittlere Stellung ein Keller Jahrb. d. gem. R. IV S. 372 fg., Schwanert § 18, Vangerow I § 279 Anm. (in der neuesten Auflage), denen zustimmt Arndts § 230 Anm. a. E. S. darüber Note [16]. Eigenthümlich auch Brinz kr. Bl. III S. 15. Band. S. 572. 2. Aufl. II S. 47. In früherer Zeit hat man sich auch wohl durch die Unterscheidung zwischen impuberes infantiae und pubertati proximi zu helfen gesucht. S. Fritz a. a. O. S. 271[18]. — Die von Goldschmidt ACPra. XXXIX S. 417 fg. (1856) begonnene neue Bearbeitung der Frage ist nicht fortgesetzt worden. [Vgl. noch Heinzerling APraktRW. N. F. XVII S. 62 fg. Krückmann die natürliche Verbindlichkeit des Geschlechtsunreifen ACPra. LXXXV S. 234 fg.: Die nat. obligatio des Pupillen ist erfunden, um der Bürgschaft für ein von ihm sine tutoris auctoritate abgeschlossenes Geschäft rlichen Halt zu geben, die Bürgschaft aber sollte die tutoris auctoritas wirthschaftlich und juristisch ersetzen, wenn, wie oft der Fall war, der Pupill sich gezwungen sah, sine tutoris auctoritate zu handeln. Die nat. obl. ist verbürgbar und zahlbar, ihre sonstigen Wirkungen ergeben sich daraus von selbst (S. 269).]

[12] a) Die Verbindlichkeit des Geschlechtsunreifen wird als naturalis obligatio bezeichnet in l. 42 pr. D. 12, 2, l. 21 pr. D. 35, 2, l. 25 § 1 D. 36, 2, l. 95 § 4 D. 46, 3. b) Wenn Jemand etwas vermacht, was ein Geschlechtsunreifer ihm schuldig ist, so ist das Vermächtniß nicht deßwegen ungültig, weil er das Vermachte als ein Verschuldetes bezeichnet hat, l. 25 § 1 D. 36, 2. c) Der mit einem Geschlechtsunreifen abgeschlossene Kaufvertrag bricht bei der in diem addictio den früheren Kauf, l. 14 § 3 D. 18, 2. d) Die Erfüllung der Verbindlichkeit des Geschlechtsunreifen fällt weder unter den Gesichtspunkt der Schenkung, noch unter irgend einen anderen rlichen Gesichtspunkt als eben den der Erfüllung, l. 19 § 4 D. 39, 5, l. 21 pr. D. 35, 2, l. 44 D. 46, 3. e) Verlust derselben ist Verlust ihres Betrages, l. 95 § 2 D. 46, 3. f) Es haftet der Bürge, welcher für sie eingetreten ist, l. 2 D. 46, 1, l. 35 D. 4, 8, l. 127 D. 45, 1, l. 95 § 4 D. 46, 3 (über l. 25 D. 46, 1. s. Girtanner Bürgsch. S. 21 fg.). g) Sie kann novirt werden und noviren, l. 1 § 1 D. 46, 2, § 3 I. 3, 29.

Digitized by Google

Deßwegen kann der Gläubiger sie nicht nur zur Compensation benützen[13], sondern muß auch das ihm auf Grund derselben irrthümlich Geleistete zurückgeben[14]. Dabei macht es keinen Unterschied, ob es der ursprüngliche Schuldner selbst ist, welcher die irrthümliche Leistung gemacht hat, oder sein Rechtsnachfolger[15], und im ersten Fall, ob der Schuldner vor oder nach der Pubertät, mit oder ohne Beitritt des Vormundes, geleistet hat[16].

5. Die natürliche Verbindlichkeit desjenigen, welchem als Hauskind gegen das Verbot des Macedonianischen Senatsbeschlusses ein Darlehn gegeben worden ist[17], schließt die Rückforderung des irrthümlich Geleisteten aus[18], und bildet eine genügende Grundlage für

---

[13] [So auch Krückmann ([11]) S. 261 fg. 270.] Das Gegentheil wird nicht durch l. 3 § 4 D. 3, 5 bewiesen. In dieser Stelle ist nur der Satz enthalten, daß der Geschlechtsunreife nicht einfordern dürfe, was ihm aus einer gewissen Thatsache verschuldet wird, ohne seine eigene Verbindlichkeit aus dieser Thatsache zu erfüllen. Gegen das Compensationsr. des natürlichen Gläubigers beweist auch, wenigstens ihrem Wortlaut nach, l. 4 § 4 D. 44, 4 (Keller Jahrb. d. gem. R. IV S. 375 [3]). Daß dem Geschlechtsunreifen ein pactum de non petendo nicht entgegengesetzt werden darf, sagt l. 28 pr. D. 2, 14.

[14] L. 41 D. 12, 6, l. 13 § 1 eod. In diesem Sinne heißt es in l. 58 [59] D. 44, 7: „Pupillus mutuam pecuniam accipiendo ne quidem iure naturali obligatur".

[15] Das Gegentheil ist mit Unrecht auf Grund von l. 66 [64] pr. D. 36, 1 behauptet worden. Brandis a. a. O. S. 152 läßt auf Grund dieser Stelle consequent das Rückforderungsr. des Geschlechtsunreifen auch dann wegfallen, wenn an die Stelle seines Gläubigers ein Erbe getreten ist. In l. 7 D. 21, 2 bringt der Erbe des Geschlechtsunreifen die (Evictions-) Verbindlichkeit erst in seiner Person zur Existenz.

[16] Dieß leugnen nicht nur diejenigen, welche der natürlichen Verbindlichkeit des Geschlechtsunreifen überhaupt volle Wirkung zuschreiben, sondern auch Keller, Schwanert, Bangerow ([11]), theilweise Huschke ([11]). Sie nehmen an, daß ein Rückforderungsr. nur wegen mangelnder Veräußerungsfähigkeit des Leistenden begründet sei, nicht aber wegen irriger Annahme einer juristischen Verbindlichkeit (vgl. l. 29 D. 12, 6). Meiner Meinung nach liegt hier in den Quellen ein Widerspruch vor. Auf der einen Seite stehen l. 41 D. 12, 6 („quia nec natura debet"), l. 13 § 1 eod. („et locupletior factus est"), l. 58 [59] D. 44, 7 („pupillus . . . ne quidem iure naturali obligatur"), auf der andern l. 42 pr. D. 12, 2, l. 21 pr. D. 35, 2, l. 66 [64] pr. D. 36, 1. Eine Vereinigung halte ich, wenn man nicht hüben oder drüben Gewalt thun will, nicht für möglich. So muß man sagen, daß die genannten Quellenzeugnisse sich gegenseitig aufheben, und daß demgemäß für den Ausschluß des Rückforderungsr. bei irrthümlicher Erfüllung einer Pupillarschuld kein Beweis vorliegt.

[17] Savigny S. 77, Schwanert § 17. Dietzel das SC. Macedonianum S. 138—150. Dueckers de SC. Macedoniano (Berolini 1866) p. 70—102. Mandry das gemeine Familiengüterr. I S. 470—475. 502—534. II S. 153—158. Huschke Darlehn S. 179 fg.

Digitized by Google

Bürgschaft, Pfandrecht, Novation, Erfüllungsversprechen[19]. Doch ist Verpfändung durch den Schuldner selbst, ebenso Novation und Erfüllungsversprechen, nur dann wirksam, wenn der Schuldner diese Rechtsgeschäfte nach Auflösung der väterlichen Gewalt vornimmt[20]. Die Compensationsbefugniß darf dem Gläubiger nicht gestattet werden[21]. — Eine gleiche natürliche Verbindlichkeit auch in anderen Fällen anzunehmen, wo die Obligation durch eine ähnliche Vorschrift, wie die des Macedonianischen Senatsbeschlusses, für ungültig erklärt wird, ist bedenklich[22].

---

[19] L. 9 § 4 D. 14. 6, l. 26 § 9. l. 40 pr. D. 12. 6, l. 14 D. 12, 1, l. 19 D. 46. 2.

[20] L. 9 § 3 — l. 11. l. 18 D. 14. 6, l. 9 pr. eod., l. 2 D. 20. 3, l. 2 C. 4. 28 vgl. über diese Stelle § 373 [11]. Ueber l. 20 D. 14, 6 s. § 288 [11]. Die Gültigkeit des Erfüllungsversprechens ist nicht ausdrücklich bezeugt, aber deßwegen nicht weniger unzweifelhaft. Vgl. übrigens l. 2 C. cit.: „vel alias agnovit". A. M. Dietzel S. 125. 131. — Der Bürge kann gemäß der Regel zur Zahlung nicht genöthigt werden, wenn er einen Regreß gegen den Hauptschuldner hat (l. 9 § 3 cit.). In dem gleichen Fall steht auch dem dritten Verpfänder die exceptio SCi zu, l. 2 D. 20. 3.

[20] Die Verpfändung vor Auflösung der väterlichen Gewalt wird regelmäßig schon deßwegen ungültig sein, weil dem Verpfändenden Eigenthum oder Disposition[illegible] fehlt, vgl. l. 9 pr. D. 14. 6 „si patersamilias factus"). Aber auch für obligatorische Geschäfte wird die Ungültigkeit behauptet werden müssen, nach l. 2 C. 4. 28, wo der Schutz a contrario kaum abzulehnen ist (§ 373 [19]). Vgl. Bächter Bürgerl. Privatr. II S. 487, Dietzel a. a. O. S. 120 fg., Dueckers l. c. p. [illegible] sqq.

[21] Die herrschende Meinung erkennt auch sie an, so auch neuerdings Mandry a. a. O. I S. 502 fg. Aber die Compensationsbefugniß ist nirgends bezeugt. Und wenn der Schuldner genöthigt werden kann, dem Gläubiger zu lassen, was er ihm gegeben hat, folgt daraus, daß er genöthigt werden kann, ihm zu lassen, was er ihm nicht gegeben hat? Gegen die Compensationsbefugniß Unterholzner I S. 149, Sintenis II S. 514, Scheurl Jahrb. f. Dogm. S. 341—342, ff. VJS. S. 509, Fernburg Compensation 2. Aufl. S. 471, Eisele Compensation S. 351 fg., Hofmann a. a. O. S. 188.

[22] Eine naheliegende Verbindung zu einer solchen Ausdehnung liegt darin, daß der römischen Jurisprudenz der Grund, warum die Macedonianische Vorschrift eine natürliche Verbindlichkeit bestehen läßt, darin liegt, daß diese Vorschrift zum Schutze des Gläubigers, nicht zum Schutze des Schuldners gegeben sei (l. 9 § 4 D. 14. 6), und daß sie in Verbindung damit den allgemeinen Satz aufstellt, eine natürliche Verbindlichkeit bestehe immer dann, wenn eine Obligation nur zum Schutze des Gläubigers für unwirksam erklärt ist (l. 19 pr. l. 40 pr. D. 12. 6). Aber es ist bekannt, wie häufig gerade es ist, solche abstracte Ausdrücke der römischen Jurisprudenz dem Sinne zu nehmen vgl. I § 123 [5]). In der That, warum hält der Staat einen Vertrag, welches ein Forderungsr. zur Strafe abtritt, trotzdem gültig, der Grund, daß das Forderungsr. nur theilweise [illegible] Allerdings führt die Anwendung derselben Gesichtspunkte [illegible] § 2. 7 D. 2. 2) aber nur Bezeichnung auf die Strafnatur

6. Die natürliche Verbindlichkeit zwischen einerseits dem Vater und andererseits dem gewaltunterworfenen Kinde in seiner Eigenschaft als Inhaber eines Sondergutes (Peculium), d. h. eines factisch in den Händen des Kindes befindlichen, aber rechtlich dem Vater gehörigen Vermögens[23]. Das Sondergut, obgleich es Theil des Vermögens des Vaters ist, erscheint doch äußerlich als Vermögen des Kindes. Dadurch werden für die natürliche Auffassung obligatorische Beziehungen zwischen dem Hauptvermögen des Vaters und dem Sondergut möglich, welche sich rechtlich wirksam erweisen: 1) darin, daß sie in Betracht kommen, wo der Betrag des Sonderguts zu bestimmen ist[24]; 2) darin, daß die Verbindlichkeit des Kindes gegen den Vater eine genügende Grundlage für Bürgschaft, Pfandrecht, Erfüllungsversprechen und Novation bildet[25]. Durch die Auflösung der väter-

der Bestimmung. Der hier vertretenen Ansicht sind Kierulff S. 27. 186, Savigny Syst. V S. 375—377, Erxleben S. 130, Dietzel a. a. O. S. 139—141, Sintenis I § 32 [43] und II § 82 [15], und im Grunde auch Schwanert S. 350. 471 fg., welcher die Regel zwar zur allgemeinen Anwendung bringen will, aber mit Berücksichtigung des besonderen Willens des einzelnen Gesetzes. Für beschränkte Anwendung: Vangerow I § 133 und III § 574 Anm. 2 g. E. unter Nr. 1 (wenn die Klage abgesprochen sei), Christiansen S. 106—111 (wenn dem Gläubiger Verlust des Forderungsr. zu dem Ende gedroht sei, um ihn von der Eingehung des Geschäfts abzuhalten), Scheurl Jahrb. f. Dogm. S. 343 (bei dem Edicte über das ius iniquum und dem decretum D. Marci, vgl. S. 353). Für unbedingte Anwendung: Unterholzner I S. 511, v. d. Pfordten § 9, früher auch Scheurl Heidelb. kr. ZS. S. 514. Eine besondere Ansicht bei Franke S. 71—73; ferner bei Schwing ACPra. LVI S. 270 fg. (eine naturalis obligatio bleibe übrig, wenn die Absicht des Gesetzgebers auf irgend einen andern Zweck als Befreiung des Schuldners gerichtet gewesen sei). Savigny hat es früher versucht, an die Stelle dieser Regel die andere zu setzen, daß eine natürliche Verbindlichkeit dann übrig bleibe, wenn die Wirksamkeit der Obligation durch eine Vorschrift des ius civile, im Gegensatz zum ius gentium, ausgeschlossen werde. Er hat später, wie es scheint, diese Ansicht aufgegeben. Vgl. Syst. V S. 377. 379 mit Obl. I S. 78. Aehnlich wie Savigny Fein ACPra. XXVI S. 387 fg.

[23] S. g. peculium profecticium. S. § 484 [2. 4], § 518 [1], Schwanert S. 309 fg., v. d. Pfordten Abhandlungen aus dem Pandekten-R. Nr. 2, Mandry das gem. Familiengüterr. I S. 150 fg. 354 fg. 365 fg.

[24] So namentlich den Gläubigern gegenüber bei der actio de peculio (§ 484 [14. 15]); ferner demjenigen gegenüber, welchem der Vater das Sondergut vermacht (l. 5. l. 6 § 4 D. 33, 8. l. 6 pr. § 1. 4. 5. l. 7. l. 8 § 1. 2. l. 9 § 1. 2. l. 10. l. 16. l. 21. l. 22 pr. D. eod.).

[25] L. 3 § 7 D. 15, 1 (vgl. § 1 I. 3, 20, l. 56 § 1 D. 46, 1, l. 34 § 8 D. 46, 3) erkennen ausdrücklich die Zulässigkeit der Bürgschaft für eine Peculiarschuld an, und dieselbe hat auch guten Sinn, da sie dem Vater die Möglichkeit gibt, sich zu verschaffen, was er nicht erhalten würde. Nach Analogie der

Digitized by Google

lichen Gewalt gewinnen diese Verpflichtungen keinen Zuwachs an Kraft[26]. — Verpflichtungen zwischen Vater und Kind, welche keine Beziehung auf das bezeichnete Sondergut haben, sind keine bloß natürlichen, sondern volle[27].

[Das BGB. hat den Begriff der natürlichen Verbindlichkeiten nicht aufgenommen, weist aber gleichwohl eine Reihe von Erscheinungen auf, bei denen man von einer solchen zu sprechen sich erlauben darf. Es gehören dahin nicht alle Fälle von Heilung der Nichtigkeit und Anfechtbarkeit; denn wenn das Gesetz beide

---

Bürgschaft muß auch Verpfändung, Erfüllungsversprechen, Novation für rlich wirksam erachtet werden. S. auch l. 11 § 1 D. 15, 1. Dagegen hat Bürgschaft (und nach Analogie derselben auch Verpfändung und wohl auch Erfüllungsversprechen) für eine Peculiarforderung rliche Wirksamkeit nicht, da hier der Vater, welcher Schuldner ist, durch den Bürgschaftsvertrag auch Gläubiger wird, und der Bürge „non potest pro eodem et eidem esse obligatus", l. 56 § 1 cit. (vgl l. 71 eod.).

[26] Daraus erklärt sich einfach die berühmte l. 38 D. 12, 6 (l. *Frater a fratre*). Vgl. im Uebrigen v. d. Pfordten a. a. O. S. 172 fg., neuestens Bekker Aktionen II S. 352 fg. Die Ansicht v. d. Pfordten's (S. 184 fg.), daß § 2 der citirten Stelle die Forderung des Kindes an seine Person als solche, nicht an das Peculium anknüpfe, ist gewiß ungegründet; s. dagegen auch Sintenis III § 142 [19]. L. 64 D. 12, 6, l. 14 D. 44, 7, l. 20 § 2 D. 40, 7 sind von dem Falle zu verstehen, wo das Peculium an den Gewaltunterworfenen gefallen ist. Mandry a a. O. S. 160.

[27] Nach ursprünglichem r. R. war zwischen dem Vater und dem Kinde in der väterlichen Gewalt eine juristische Verbindlichkeit überhaupt nicht möglich (l. 4. 11 D. 5, 1, l. 16 D. 47, 2, l. 2 pr. D. 18, 1, § 6 I. 3, 19). Denn eine juristische Verbindlichkeit setzt zwei sich selbständig gegenüberhebende Vermögenskreise voraus, und einen solchen Vermögenskreis hatte das Kind dem Vater gegenüber nicht. Allmälig aber hat das Kind dem Vater gegenüber vermögensrliche Selbständigkeit allerdings gewonnen (peculium castrense und quasi castrense, s. g. peculium adventicium), und soweit es sie gewonnen hat, muß nun auch die Möglichkeit einer juristischen Verbindlichkeit zwischen ihm und dem Vater anerkannt werden. Dieselbe ist in den Quellen für das peculium castrense ausdrücklich bezeugt (l. 4 D. 5, 1, l. 2 D. 14, 6, l. 15 § 1. 2 D. 49, 17); aber auch für das peculium adventicium muß sie behauptet werden, obgleich hier die Compilatoren es unterlassen haben, die nöthige Consequenz zu ziehen. So bleiben für die natürliche Verbindlichkeit nur übrig: 1) die Fälle geschäftlicher Beziehung zwischen dem Vater und dem Sondergut als solchem; 2) der Fall, wo das Kind, ohne ein Sondergut zu haben, eine Forderung gegen den Vater aus dem Vermögen des Vaters erwirbt — denn für den Erwerb aus dem Vermögen des Vaters ist die alte Unfähigkeit des Kindes stehen geblieben (l. 6 pr. C. 6, 61), und so wird eine solche Forderung, indem das Kind sie erwirbt, peculium profecticium. Vgl. II § 519 [5]. § 484 [2] und über die verschiedenen Meinungen v. d. Pfordten Abhandl. S. 141 fg., Schwanert S. 332 fg., Seuffert (Pand.) § 483, Sintenis III § 142 [8], Arndts § 435. 436. — Ueber die Behandlung der sich nicht auf das Sondergut beziehenden Verbindlichkeiten zwischen Vater und Kind vor der Ausbildung des peculium castrense und adventicium vgl. noch Mandry a. a. O.

Digitized by Google

durch Bestätigung geheilt werden, oder das Anfechtungsrecht durch Versäumniß verloren gehen läßt, so ist dabei keineswegs immer der Gedanke zu Grunde liegend, daß die Verbindlichkeit, wenn auch rechtlich unvollkommen, doch erfüllt zu werden verdiente. In allen Fällen, in denen das Gesetz eine Einrede gegen eine Verbindlichkeit gewährt, ist trotz der Unklarheit seines Einredebegriffs (I S. 180 fg.) doch als sein Grundgedanke erkennbar, daß hier immerhin eine Verpflichtung besteht, welcher nur ein in der Disposition des Schuldners stehendes Vertheidigungsmittel gegenübertrete. Im Uebrigen aber ist die Wirkung und die Grundlage der einzelnen Einreden sehr verschieden; von natürlicher Verbindlichkeit kann man nur dann sprechen, wenn, wie bei der Verjährung, trotz der Einrede die Erfüllung vom Rechte erkennbar begünstigt wird. Im Einzelnen lassen sich als Fälle von natürlichen Verbindlichkeiten folgende bezeichnen:

1. Der Fall des verjährten Anspruchs. Dieß ist die einzige natürliche Verbindlichkeit, bei welcher nach BGB. (unter Umständen) ein Aufrechnungsrecht des Gläubigers vorkommt. Vgl. I S. 502 unter 2.

2. Gewisse Fälle, in denen ein Rechtsgeschäft nichtig ist, der Mangel aber durch Leistung geheilt wird.

a. Der Vertrag, welcher von einem beschränkt Geschäftsfähigen ohne die erforderliche Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters geschlossen ist, gilt als von Anfang an wirksam, wenn der beschränkt Geschäftsfähige die vertragsmäßige Leistung mit Mitteln bewirkt, die ihm zu diesem Zwecke oder zu freier Verfügung von dem Vertreter oder mit dessen Zustimmung von einem Dritten überlassen worden sind (110. 114; vgl. I S. 282). Es ist gleichgültig, ob der beschränkt Geschäftsfähige bei der Erfüllung seinen Zustand und den Mangel der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters zu dem Rechtsgeschäft kannte oder nicht.

b. Nach § 656 Abs. 1 begründet das Versprechen des Ehemakellohnes, nach § 762 Abs. 1 Spiel und Wette, in beiden Fällen auch ein Versprechen zum Zwecke der Erfüllung der Verbindlichkeit, insbesondere ein Schuldenerkenntniß (656 Abs. 2. 762 Abs. 2) keine Verbindlichkeit; es kann aber das zur Erfüllung des ursprünglichen Vertrages oder des zum Zwecke der Erfüllung gegebenen Versprechens oder Anerkenntnisses Geleistete nicht deßwegen zurückgefordert werden, weil keine Verbindlichkeit bestanden habe. Dieß gilt m. E. nicht bloß dann, wenn die Nichtexistenz der Verbindlichkeit aus dem Anerkenntniß oder Erfüllungsverversprechen deßwegen behauptet wird, weil die Grundlage des Versprechens oder Anerkenntnisses Ehemakellohn oder Spiel oder Wette ist, sondern auch wenn zugleich aus andern Gründen das Versprechen oder Anerkenntniß nichtig ist, und selbst wenn die Thatsachen, die dieß begründen, dem Leistenden unbekannt waren. Denn wenn man auch das Versprechen oder Anerkenntniß als Grundlage der Leistung ganz hinwegdenkt, so bleibt als ausreichende Grundlage der Leistung immer noch die Zusicherung des Ehemakellohns, oder Spiel und Wette selbst, und die Leistung kann ebensowenig zurückgefordert werden, wie wenn sie erfolgt wäre, ohne daß jenes Versprechen oder Anerkenntniß überhaupt in der Mitte läge. Wenn dagegen die Zusicherung des Ehemakellohnes oder Spiel und Wette selbst an Mängeln kranken, welche sie nichtig oder anfechtbar machten, auch wenn der Inhalt des Geschäfts ein anderer wäre, so ist die Rückforderung des Geleisteten durch § 656 Abs. 1 S. 2. 762 Abs. 1 S. 2 nicht gehindert. Aehnlich ist der

Digitized by Google

Fall des § 817. Ein Leistungsversprechen, bei welchem in der Zweckbestimmung der Empfänger und der Versprechende gegen die guten Sitten oder ein gesetzliches Verbot verstoßen, kann condicirt werden, und gegen dasselbe ist eine Einrede begründet (821); das zur Erfüllung des Versprechens Geleistete kann aber nicht zurückgefordert werden. Doch ist dieser Fall aus den von Ubbelohde (s. unt.) S. 222 angeführten Gründen besser hier auszuscheiden.

c. Das Fehlen der Schenkungs- oder Bürgschaftsform macht Schenkung und Bürgschaft nichtig. Der Formmangel wird aber durch Erfüllung geheilt; das Geleistete kann also nicht zurückgefordert werden (518 Abs. 2. 766). Fehlt die Form, welche für den Vertrag auf Eigenthumsübertragung an einem Grundstück vorgeschrieben ist, so wird der ganze Vertrag durch Auflassung und Eintragung gültig (313). Es kommt nicht darauf an, ob der Leistende, der die Auflassung Vornehmende, gewußt haben, daß der Vertrag der Form entbehrte, oder ob sie glaubten, die Form sei beobachtet.

3. Wenn eine Leistung, die zum Zwecke der Erfüllung einer rechtlichen Verbindlichkeit erfolgte, einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprach, so kann sie nicht zurückgefordert werden, auch wenn die rechtliche Verbindlichkeit nicht bestand (814), gleichviel, ob der Leistende die Thatsachen, aus denen ihre Richtigkeit folgt, kannte oder nicht.

4. Unvollkommen ist auch der Anspruch wegen Verwendungen gemäß §§ 1000 fg. S. I S. 885 fg.

5. Ueber Verpfändung für klaglose Verbindlichkeiten vgl. I S. 1015 unter 3, über Verbürgung für dieselben s. unt. zu § 477.

Vgl. Ubbelohde klaglose Schuldverhältnisse im BGB. Jahrb. f. Dogm. XXXVIII S. 216 fg., Stammler R. der Schuldverhältnisse in seinen allgem. Lehren (1897) S. 26 fg.]

VI. Subjecte des Forderungsrechts.

Uebersicht.

§ 290.

Die Subjecte des Forderungsrechts sind auf der einen Seite der Gläubiger, das berechtigte Subject, auf der andern Seite der Schuldner, das verpflichtete Subject (§ 250. 251). Dabei sind folgende Punkte in nähere Erwägung zu ziehen.

1. Regelmäßig ist das in dem Forderungsrecht berechtigte bez. verpflichtete Subject ein bestimmtes Individuum. Es kann aber auch das Gegentheil der Fall sein. Davon näher in § 291.

2. Es kann vorkommen, daß auf der Gläubiger- oder auf der Schuldnerseite oder auf beiden Seiten eine Mehrheit von Individuen steht. Davon näher in § 292 fg.

Digitized by Google

3. Die Subjecte des Forderungsrechts können wechseln; an die Stelle des Gläubigers kann ein anderer Gläubiger, an die Stelle des Schuldners ein anderer Schuldner treten. Von diesem Verhältniß wird passender an einem andern Ort, unter dem Gesichtspunkt der Veränderung des Forderungsrechts, gehandelt (§ 328 fg.).

A. Unbestimmtheit des Subjects*.

§ 291.

Eine Unbestimmtheit des Subjects des Forderungsrechts liegt dann vor, wenn die Gläubigerschaft oder Schuldnerschaft an ein gewisses Verhältniß in der Weise angeknüpft ist, daß Jeder, welcher in dieses Verhältniß eintritt, Gläubiger oder Schuldner ist, aber auch nur so lange, als er in diesem Verhältniß steht. Unter den Verhältnissen, durch welche in dieser Weise die Gläubigerschaft und Schuldnerschaft vermittelt werden kann, sind von besonderer Wichtigkeit die Verhältnisse zu einer Sache, Eigenthum, sonstiges dingliches Recht, Besitz. Uebrigens ist diese künstliche Art der Verknüpfung eines Forderungsrechts mit der Person im römischen Rechte weniger ausgebildet[1], als im modernen Recht. Unter den hierher gehörigen Rechtsinstituten überragt alle anderen an Wichtigkeit das dem mo-

---

* Savigny Obl. I § 15. Dernburg Preuß. Privatr. II § 13. Stobbe III § 175. [3. Aufl. (Lehmann) § 223].

[1] Aus dem r. R. gehören hierher die Noxalansprüche, die s. g. actiones in rem scriptae (I § 45 [6]), und die mit der servitus oneris ferendi verbundene Reparaturpflicht (I § 211 a [3]): in dem letzten Fall ist sowohl der Gläubiger als der Schuldner unbestimmt. Ein anderer Fall unbestimmter Gläubigerschaft in § 473 [16]. Auch die Verpflichtung zur Entrichtung einer verfallenen Grundsteuer gehört hierher, wenn man als feststehend annimmt, daß das r. R. den bisherigen Eigenthümer in derselben Weise entlastet hat, wie es den neu eintretenden Eigenthümer für verpflichtet erklärt hat. Sf. XI. 45. S. l. 7 pr. D. 39, 4. l. 5 § 2 D. 50, 15. l. 2. 3. C. 4, 47, l. 2 C. 10, 16. Vgl. Dernburg Pfandr. I S. 352—354, Mathiaß die röm. Grundsteuer und das Vectigalr. (Erlangen 1882) S. 31 fg., Pernice Parerga II S. 57 fg., und im Allgemeinen Bekker ZS. f. HR. IV S. 508. 532—537, Pernice a. a. O. S. 72 fg. — Eine willkürliche Verknüpfung einer Obligation mit einem Grundstück gestattet das r. R. nicht, l. 81 § 1 D. 18, 1, l. 12 D. 33, 1 (s. aber auch I § 220 [5]). Daß es im heutigen R. (auch abgesehen von dem Fall der Reallasten, s. darüber Note [6]) anders sei, behauptet v. Meibom Jahrb. d. gem. R. IV S. 456 fg.; dawider Gerber Jahrb. f. Dogm. VI S. 279 fg. [[Vgl. Sf. XLVI. 251]] [: Gültig ist ein Vertrag, durch welchen eine Conventionalstrafe in der Weise versprochen wird, daß der jedesmalige Geschäftsführer eines Vereins für seine Person der Gläubiger ist.]

§ 291.

Digitized by Google

dernen Recht angehörende Institut der Forderungen aus Inhaberpapieren[2] und Ordrepapieren[3].

Von dem hier bezeichneten Fall ist ein anderer zu unterscheiden, derjenige nämlich, wo zwar auch die Gläubigerschaft oder Schuldner-

---

[2] Die Lehre von den Inhaberpapierforderungen, deren Darstellung in dieses Werk nicht gehört, hat in der neueren Zeit eine sehr reiche Literatur erhalten; ein Verzeichniß derselben (aus welcher hervorzuheben ist: Kuntze die Lehre von den Inhaberpapieren oder Obligationen au porteur, 1857) bei Thöl Handelsrecht I (6. Aufl. § 222), und bei Stobbe III § 179. 180. [3. Aufl. (Lehmann) §§ 254. 255.] Dazu jetzt Brunner in Endemann's Handbuch des Handelsr. II S. 196 fg. (1882); über diese Darstellung Gierke ZS. f. HR. XXIX S. 25. Hasenöhrl II S. 17 fg. Diejenige unter den von dieser Lehre zu beantwortenden Fragen, durch welche dieselbe mit dem gegenwärtigen Punkte des Systems zusammenhängt, ist die, in welcher Weise die Verknüpfung des Forderungsr. mit den verschiedenen Gläubigern zu denken sei. Diese Frage ist in sehr mannigfacher Weise beantwortet worden, wobei sich folgende Hauptrichtungen zeigen. 1) Das Forderungsr. geht von einem Gläubiger auf den andern durch Cession über, womit man, wenn man es mit dem Ausdrucke strenge nimmt, sagen will, daß der erste Gläubiger der eigentliche Gläubiger bleibe, und jeder folgende Papierinhaber nur ein R. auf Ausübung des jenem Ersten fortwährend zustehenden Forderungsr. erwerbe. 2) Das Forderungsr. geht von einem Gläubiger auf den andern durch Singular-Succession über, d. h. jeder Inhaber ist wirklicher Gläubiger, aber immerhin leitet er sein R. von dem R. seines Vormannes ab. 3) Kein Inhaber leitet sein R. von dem Re seines Vormannes ab, sondern das Forderungsr. bewegt sich vermöge der in dasselbe gelegten Kraft durch die verschiedenen Papierinhaber hindurch, wobei es die Möglichkeit eines Fortbestehens auch ohne augenblicklichen Gläubiger (Fortbestehen in ruhendem Zustand: Dereliction des Papiers, Rückkehr des Papiers zum Schuldner) benützt. 4) Jeder Inhaber erwirbt ein neues Forderungsr. 5) Vor der Präsentation des Papiers besteht ein Forderungsr. überhaupt nicht; das Papier gibt nur die Befugniß, sich durch Präsentation zum Gläubiger zu machen. Die Auffassung, welche der Darstellung im Texte zu Grunde liegt, ist die dritte. Für dieselbe auch H. O. Lehmann die Theorie der Werthpapiere. Marb. 1880. Vgl. unt. § 304 [illegible] Vgl. noch Hauser Stellvertret. im Besitze S. 74 [illegible] kr. VJS. XIII S. 312[illegible] — Uebrigens denke man bei Inhaberpapierforderungen nicht bloß an Forderungen, welche auf Geben von Geld gerichtet sind, sondern auch z. B. an Theaterbillets, Eisenbahnfahrbillets, Badekarten, Briefmarken ꝛc. [Dazu vgl. Stobbe-Lehmann III § 256, 2.]

[3] Der Hauptrepräsentant des Ordrepapiers ist der Wechsel: vgl. im Uebrigen HGB. Art. 301—306 [jetzt 363—365]. Goldschmidt Handelsr. I S. 672 fg. 760 fg. 773 fg. 787 fg. 796 fg. Stobbe III § 178 [227]. Hasenöhrl II S. 83 fg. Die Frage nach dem Verhältniß der Forderung zum Subject ist hier dieselbe, wie bei den Inhaberpapierforderungen; der Unterschied ist nur der, daß das Verhältniß, welches die Forderung mit sich durch die verschiedenen Gläubigerpersonen hindurchträgt, anders bestimmt ist, und daß das Accept und das Indossament neben der Obligation zu Lasten des Ausstellers andere ähnliche Obligationen (Obligationen mit unbestimmtem Gläubiger zu Lasten des Acceptanten und des Indossanten begründet oder begründen kann. Vgl. Kuntze Wechselr. S. 312—317. Skonietzki Grundz. Bem. XXIX S. 79 fg. 210 fg.

Digitized by Google

schaft von einem gewissen Verhältniß der Person abhängt, aber derjenige, welcher durch das betreffende Verhältniß einmal zum Gläubiger oder Schuldner gemacht worden ist, es auch definitiv bleibt, gleichgültig ob er fortfährt, in diesem Verhältniß zu stehen, oder ob er aus demselben hinaustritt[4]. In diesem Falle ist nicht sowohl eine Unbestimmtheit des Subjects des Forderungsrechts, als vielmehr eine Unbestimmtheit in der anfänglichen Bezeichnung des Subjects vorhanden, welche Unbestimmtheit sich hinterher in eine Bestimmtheit auflöst. Nur dann geht dieser Fall in den zuvor bezeichneten über, wenn das betreffende Verhältniß nicht bloß ein Mal wirkt, sondern jeden in dasselbe Hineintretenden in gleicher Weise zum Gläubiger oder Schuldner macht[5], insofern man nämlich dann die sämmtlichen aus diesem Verhältniß entstehenden Rechte und Verpflichtungen als Ausfluß Eines Gesammtrechts und einer Gesammtverpflichtung denkt. Von dieser Art ist das wichtigste unter allen hierher gehörigen Rechtsinstituten, das Institut der Reallasten, ein Institut, welches ebenfalls nicht dem römischen Rechte angehört, sondern germanischen Ursprungs ist[6].

[Schuldverschreibungen auf den Inhaber im §§§. s. 793 fg. Reallasten 1105 fg., vgl. auch I S. 195 fg.].

B. Mehrheit der Subjecte*.

Einleitung.

§ 292.

Wenn Mehrere zusammen Etwas zu fordern haben oder zusammen Etwas schuldig sind, so ist die Regel, daß zwischen ihnen

---

[4] Beispiel: Vermächtniß an denjenigen, der eine bestimmte Person heirathen wird (§ 25. 27 I. 2, 20).

[5] Beispiel aus dem r. R.: die mit der Emphyteuse und der Superficies verbundene Verpflichtung zur Entrichtung einer jährlichen Abgabe — zu Lasten des jedesmaligen Emphyteuta und Superficiars, zu Gunsten des jedesmaligen Eigenthümers.

[6] S. die Lehrbücher des deutschen Privatr. Monographische Bearbeitungen dieser Lehre: Dunker die Lehre von den Reallasten. (1837). Friedlieb, die Rtheorie der Reallasten (1860, vgl. kr. VJS. IV S. 307—310). — Uebrigens ist noch immer Streit darüber, ob die Reallasten wirklich Obligationen sind, und nicht vielmehr zu den dinglichen Ren gehören. S. über diese Frage aus der neueren Zeit noch Häberlin ZS. f. deutsch. R. XVIII S. 131 fg. (1858), Gerber Jahrb. f. Dogm. II S. 35 (1858) und VI S. 266 fg. (1862), v. Meibom Jahrb. d. gem. R. IV S. 498 fg. (1860), Stobbe II § 101. [3. Aufl. (Lehmann) II, 2 § 138. Ferner Staub ABR. V S. 52, Oertmann Jahrb. f.

Digitized by Google

eine Theilung der Leistung nach Bruchtheilen eintritt. Nur scheinbar hat daher jeder Gläubiger Dasselbe zu fordern und ist jeder Schuldner

Dogm. XXXI S. 464 fg., Pflüger ACPra. LXXXI S. 292 fg., v. Schwind Jahrb. f. Dogm. XXXIII S. 1 fg., auch ob. I § 38 [3]].

* Ribbentrop zur Lehre von den Correal-Obligationen (1831). Savigny Obligationenr. I § 26—27 (1851). Brinz kr. Bl. Nr. 4 (1853). Bekker die processualische Consumption § 17 (1853). Rückert zur Theorie der Correalobligationen, ZS. f. CR. u. Pr. N. F. XII S. 1 fg. (1855). Vangerow III § 573 (S. 56, 7. Aufl. 1868). Kuntze die Obligation ꝛc. § 30—57 (1856), vgl. dens. zu Holzschuher III S. 111—115 (1864). v. Helmolt die Correal-Obligationen (1857). Demangeat des obligations solidaires en droit romain (1858). Windscheid zur Lehre von den Correalobligationen, kr. Ueberschau VI S. 209 fg. (1859). Fitting die Natur der Correalobligationen (1859). Stintzing zur Lehre von den Correalobligationen kr. VJS. I S. 509 fg. Girtanner die Stipulation S. 252—289 (1859). Sambaber zur Lehre von der Correalobligation (1861). Windscheid kr. VJS. III S. 161—179 (1861). Dworzak zur Lehre von der Correalobligation, Haimerl's österr. VJS. Bd. VIII, Heft 2 (1861). O. Schönemann in der Beilage zur ZS. f. CR. u. Pr. N. F. XIX S. 9—17 (1862). Fritz Beitrag zur Lehre von den Correalobligationen und über den Musterfall der römischen Correalobligationen, ZS. f. CR. u. Pr. N. F. XVII S. 145 fg. XVIII S. 355 fg. XIX S. 55 fg. XXII S. 451 fg. (1860—65). Baron die Gesammtverhältnisse im r. R. S. 96—391 (1864). Siebenhaar Correalobligationen nach römischem, gemeinem und sächsischem R. 1867—1868. Diese Schrift kündigt sich an als ein Protest der Praxis gegen die Theorie, und im Besondern gegen die Keller-Ribbentrop'sche Theorie. Ich wage es zu behaupten, daß dieser Protest fruchtlos verhallen wird. Wegen der Gesammtschuldverhältnisse des österreichischen R. 1872. Diese mit Einsicht und Verständniß geschriebene Schrift sucht die Keller-Ribbentrop'sche Theorie auch für das Oesterreichische R. zu vernichten. Ueber deutsche Herrn in Gründ. ZS. I S. 20 fg. und Nanda kr. VJS. XVI S. 509 fg. Brunz in r. Hdbg. Encycl. § 47. Brinz zur Lehre von der Correalobligation und den solidarischen Schuldverhältnissen akad. Programm 1873, auch kr. VJS. XVI S. 1 fg. Bekker Aktionen II S. 90—103 (1873). Girtanner Beitrag zur Lehre von den Correalobligationen Grünh. ZS. III S. 59—139 (1876). Landucci le obbligazioni in solido secondo il diritto romano Livr. I (1880). Darüber Arndt f. Dogm. XXVIII S. 436 fg. Schneider kr. VJS. 453 fg.) Arndt Lehre von den Schuldverhältnissen I S. 52 fg. (1883). Unger Jahrb. f. Dogm. XXII S. 217 fg. (1884). Darüber Schneider kr. VJS. XXVI S. 452 fg. Gleichzeitig in Schmitt's Jahrbuch (1884). Dazu Ubbelohde Gem. pr. Arch. 1885 S. 154 fg. Unger Jahrb. f. Dogm. XXIII S. 176 fg. (1885). Wahrnehmungen des neuesten Schuldrechts (1885). Gleichzeitig ACPra. LXIX S. 206 fg. (1885). Bekker § 10 der Gesammtverbindung der Obligation S. 1 fg. (1886). Darüber Schmitt Grünh. ZS. XIV S. 146 fg., Bekker ZS. f. CR. XXII S. 48 fg. Bekker die Obligationen im röm. R. der N. S. 161 (1886). Schmitt ZS. f. Sächs. R. N. F. VI S. 115—15 (1886). Bekker § Grünh. ZS. XV S. 1 fg. (1887). — Bekker § 12 S. 141—143 2. Aufl. § 128 (1886) S. 294—296. Bekker § 7—78. Bekker § 206—209. S. 111. § 175 [Aufl. 1 § 21.] — Stoll im Jahre 1829

Digitized by Google

Dasselbe schuldig, und nur scheinbar findet für alle Gläubiger und Schuldner einunddasselbe Forderungsrecht statt; in der Wirklichkeit ist, wie jeder Gläubiger etwas Anderes zu fordern hat und jeder Schuldner etwas Anderes schuldig ist, so auch für jeden Gläubiger und jeden Schuldner ein besonderes, von dem Forderungsrecht des Andern unabhängiges Forderungsrecht vorhanden. Diese Theilung tritt sowohl in dem Fall ein, wo die Gemeinschaftlichkeit der Berechtigung und Verpflichtung eine ursprüngliche ist, d. h. darauf beruht, daß die begründende Thatsache mehrere Personen zugleich erfaßt hat, als in dem Falle, wo die Gemeinschaftlichkeit eine nachfolgende ist, d. h. darin ihren Grund hat, daß an die Stelle des ursprünglichen Einen Gläubigers oder Schuldners durch Erbgang eine Mehrheit von Personen getreten ist[1].

Die Theilung der Leistung und damit des Forderungsrechts unter die mehreren Gläubiger und Schuldner tritt indessen nicht immer ein. Sie ist nicht möglich, wenn die Leistung eine Theilung ihrer Natur nach nicht zuläßt (§ 253). Aber auch wo Theilung möglich ist, kann sie durch die Willkür der Parteien oder durch gesetzliche Bestimmung ausgeschlossen sein. Dieß sind die beiden Fälle, von denen hier näher zu handeln ist; sie müssen jedoch, da für sie nicht durchweg das

konnte geschrieben werden (Guyet Abhandl. aus dem Gebiete des Civilr. S. 262): „Es ist . . nicht leicht über irgend einen andern Hauptpunkt des r. R. die Literatur so dürftig, wie über diesen". Mancher möchte vielleicht diesen Zustand zurückwünschen. — Dogmengeschichtliche Uebersichten bei Windscheid in dem zuerst genannten Aufsatz, Dworzak, Samhaber, Fritz in dem Aufsatz XVII S. 145 fg., Kuntze in der zuletzt genannten Schrift, Mitteis in dem Aufsatz in Grünh. ZS. [[A. Ascoli sulle obbligazioni solidali. Roma 1890 S. A. aus Studi e documenti di Storia e diritto. Rom. 1890. Allgemeiner Inhalt p. 15. 92: die s. g. bloß solidarischen Obligationen hätten mit der Correalobligation nichts gemein, seien übrigens auch weniger zahlreich als man gewöhnlich annehme. Correalobligation = Einheit der Obligation. Eisele ACPra. LXXVII S. 374—481 (1891): Mehrheit der Obligationen bei eadem res, beruhend auf Identität der Causa. S. die Bemerkung § 293[1]. Ueber Eisele s. Ascoli Bull. dell istituto di dir. Rom. IV p. 287 s. 1891]]. [Ueber beide Schneider kr. VJS. XXXVI S. 57 fg. Mit Eisele Oertmann allg. österr. Gerichtszeitung XLVIII (1897) S. 397. Ergänzend Eisele ACPra. LXXXIV S. 295 fg. s. § 295 [13]. S. ferner Genin du fondement de la distinction des obligations corréales et des obligations in Solidum. Th. de Lyon 1898. Binder die Korrealobligationen im r. u. heutig. R. Leipz. 1899.]

[1] Für diesen letzteren Fall war die Theilung in den 12 Tafeln ausdrücklich anerkannt: l. 6 C. 3, 36, l. 1 C. 8, 31 [32]. In Betreff des Falls ursprünglicher Gemeinschaftlichkeit s. l. 11 § 1. 2. D. 45, 2, l. 5 C. 4, 2, l. 1. 2 C. 7, 55, l. 43 D. 42, 1. § 292.

Digitized by Google

Nämliche gilt, in der Betrachtung auseinander gehalten werden. Zuerst wird von dem letzten Fall gehandelt werden; die hergebrachte Bezeichnung für denselben ist „Correalobligation" (active Correalobligation oder Correalforderung, passive Correalobligation oder Correalschuld, Correalgläubiger, Correalschuldner)[2].

Mit der Correalobligation theilt die ökonomische Bedeutung ein anderes Rechtsverhältniß, dessen juristische Structur eine wesentlich verschiedene ist, das Verhältniß, wo zwar auch bei einer Mehrheit der Gläubiger oder Schuldner nur einmalige Leistung gefordert werden kann, aber für jeden Gläubiger und Schuldner ein besonderes Forderungsrecht vorhanden ist. Wegen der Gleichheit der ökonomischen Bedeutung muß dieses Verhältniß zugleich mit der Correalobligation, obgleich es im System an diesen Ort nicht gehört, abgehandelt werden. Man pflegt zur Bezeichnung desselben den Ausdruck „bloß solidarische Obligation"[3] zu gebrauchen.

[1. Das BGB. kennt einen Unterschied zwischen Correalobligationen und bloß solidarischen Obligationen nicht. Es kennt nur die Möglichkeit, daß mehrere „Gesammtschuldner" (421 fg.) oder „Gesammtgläubiger" (428 fg.) sind. Bei Untheilbarkeit der Leistung haften mehrere Schuldner als Gesammtschuldner (431); sind mehrere Gläubiger vorhanden, so tritt ein Verhältniß ein, welches, wenn nicht

---

[2] Diese Bezeichnungen beruhen auf dem in unseren Quellen Ein Mal (in l. 3 § 3 D. 34, 3) vorkommenden Ausdruck „correus". Gewöhnlich sprechen die Quellen von duo oder plures rei schlechthin, oder mit dem Zusatz credendi, debendi (l. 34 pr. D. 4, 8), oder stipulandi, promittendi (häufig) — welche Ausdrücke jedoch nicht streng technisch sind, vgl. l. 31 § 10 D. 21, 1 (Ribbentrop S. 158—169, l. 5 § 15 D. 13, 6, auch l. 45 D. 26, 7.

[3] Auch das Correalverhältniß ist ein Solidarverhältniß, d. h. ein Verhältniß, bei welchem jeder Gläubiger und Schuldner „solidum" zu fordern hat und schuldig ist. Aber das Correalverhältniß hat außer der Solidarität noch eine andere Eigenschaft, die der Einheit der Obligation. Savigny gebraucht zur Bezeichnung des bloß solidarischen Verhältnisses den Ausdruck „unächte Correalität" oder „unächtes Correalverhältniß". — Die Bezeichnung, daß jeder Gläubiger und Schuldner „solidum" zu fordern habe und schuldig sei, ist quellenmäßig (vgl. z. B. § 1 I. 3, 16, l. 2 D. 45, 2, l. 55 pr. D. 26, 7); aber sie sagt eigentlich nicht, daß nur einmalige Leistung gefordert werden könne, weßwegen auch die Quellen keinen Anstand nehmen, dieselbe Bezeichnung da zu gebrauchen, wo Mehrere aus Einer Thatsache in der Weise auf das Ganze haften, daß Jeder das Ganze leisten muß, vgl. z. B. l. 21 § 9 D. 47, 2, l. 1 C. 4, 8. Wo die Quellen hervorheben wollen, daß nur Ein Mal geleistet zu werden brauche, sagen sie, daß die Mehreren „idem", „eandem pecuniam" zu fordern haben bez. schuldig seien, vgl. z. B. l. 21 § 5 D. 2, 14, l. 12 § 3 D. 5, 2, l. 17 § 2 D. 16, 1, l. 2. l. 18. l. 19 D. 45, 2, l. 38 pr. l. 45 D. 26, 7, l. 52 § 3 D. 46, 1.

Digitized by Google

aus andern Gründen Gesammtgläubigerschaft begründet ist, von dem letzteren Verhältniß wesentlich abweicht. Jeder Gläubiger kann Leistung verlangen, aber nur Leistungen an alle Gläubiger zusammen; der Schuldner kann befreiend nur an alle leisten (432). Dieses Verhältniß tritt ohne Rücksicht auf die Theilbarkeit oder Untheilbarkeit des Leistungsgegenstandes auch in gewissen Fällen der Mitberechtigung (1011. 2039) oder der Belastung eines Rechts durch ein anderes (1077. 1281) ein. Ferner kommt vor, daß mehrere bei Verfügung über die Forderung zusammenwirken müssen, ohne daß der Einzelne Leistung an alle zusammen verlangen kann (709. 718—720; 1472; 1375; 1395). Vgl. Planck vor § 420, 1 Abs. 2. Ueber besondere Fälle der Mehrheit von Schuldnern, welche zur Leistung zusammenwirken müssen s. das. Abs. 1.

2. Wenn mehrere eine theilbare Leistung schulden oder zu fordern haben, so ist nach BGB. im Zweifel jeder Schuldner nur zu einem gleichen Antheil verpflichtet, jeder Gläubiger nur zu einem gleichen Antheil berechtigt (420). Jedoch wird dieß sehr wesentlich durch die Bestimmung modificirt, daß bei einem Vertrage, durch welchen sich mehrere gemeinschaftlich zu einer theilbaren Leistung verpflichten, dieselben im Zweifel als Gesammtschuldner haften. Wenn in ein Schuldverhältniß mit theilbarem Leistungsgegenstande mehrere Erben des Gläubigers oder des Schuldners eintreten, so ist die Behandlung des Verhältnisses eine wesentlich andere als im gemeinen Recht. Der zum Nachlaß gehörige Anspruch wird so behandelt wie ein Anspruch mehrerer, die nicht Gesammtgläubiger sind, auf eine untheilbare Leistung (2039. 432. 2040. 2033 Abs. 2; vgl. ob. 1.) Für die gemeinschaftlichen Nachlaßverbindlichkeiten haften die Miterben grundsätzlich als Gesammtschuldner, auch wenn der Gegenstand theilbar ist (2058 fg.).

Vgl. Hruza Correalobligation und Verwandtes nach der 2. Lesung des E. e. BGB. f. d. deutsche Reich. Sächs. Arch. f. bürg. R. V S. 401 fg. Stammler R. der Schuldverhältnisse in s. allgem. Lehren S. 246 fg., Oertmann allg. österr. Gerichtszt. XLVIII (1897) S. 396 fg. 404 fg. Binder (*) S. 569 fg.]

1. Die Correalobligation*.

a. Rechtsverhältniß.

§ 293.

Die Correalobligation ist eine einige Obligation mit einer Mehrheit der subjectiven Beziehungen. Das will sagen, daß bei einer Mehrheit von Gläubigern für den in der Obligation enthaltenen Rechtsbefehl der Wille eines jeden Gläubigers maßgebend ist, als wäre er der einzige Gläubiger, und daß bei einer Mehrheit von Schuldnern der in der Obligation enthaltene Rechtsbefehl an jeden

* Inst. 3, 16 de duobus reis stipulandi et promittendi. Dig. 45, 2 de duobus reis constituendis. Cod. 8, 39 [40] de duobus reis stipulandi et promittendi.

Digitized by Google

Schuldner gerichtet ist, als wäre er der einzige Schuldner[1]. Daher kann jeder Gläubiger die Forderung einziehen, ohne der Mitwirkung des

§ 293. [1] Die Formel: Einheit der Obligation, Mehrheit der subjectiven Beziehungen zur Bezeichnung des Wesens der Correalobligation ist zuerst von Keller (über Litiscontestation und Urtheil S. 446 fg.) aufgestellt und durch die bei * vor § 292 bezeichnete Schrift von Ribbentrop für lange Zeit zur herrschenden Ansicht erhoben worden. Seit der Mitte der fünfziger Jahre aber hat diese Ansicht Anfechtungen erfahren. Es ist die Behauptung aufgestellt worden, daß auch bei der Correalobligation, wie bei dem bloßen Solidarverhältniß, eine formale Mehrheit der Obligationen für die einzelnen Gläubiger und Schuldner vorhanden sei. Dieser Auffassung huldigen Rückert, Kuntze, v. Helmolt, Fritz (der zwar äußerlich die Einheitstheorie mit der Mehrheitstheorie combinirt, aber die Annahme der Einheit nur auf einem vulgären Sprachgebrauch beruhen läßt — dawider Fritz XXII S. 455, aber s. XVII S. 165—166. XVIII S. 377—387 —), Schönemann, Sintenis in der zweiten Auflage, E. A. Seuffert in der neuesten Auflage von seines Vaters Lehrbuch § 228[4], Czyhlarz, Dernburg Preuß. Privatrecht II § 47, Landucci, Ryk, Waldner (mit einer eigenthümlichen Wendung: Jeder ist Gläubiger und Schuldner zum Theil für sich, zum Theil für den Anderen), Mitteis. S. dawider Windscheid, Samhaber, Dworzak, Bruns a. a. OO. Andere Schriftsteller haben nach einer Vermittelung zwischen der Einheits- und der Mehrheitstheorie gesucht oder beide mit einander combinirt. So schon früher Hasse Beitrag zur Revision der bisherigen Theorie von der Gütergemeinschaft S. 47. 48[1] (1808): Einheit des R. bei Mehrheit der Verbindlichkeiten bez. Einheit der Verbindlichkeit bei Mehrheit der Re (dawider Ribbentrop S. 17); aus der neueren Zeit: Bekker proz. Consumption a. a. O.: Einheit der Obligation bei Mehrheit der Aktionen (dawider Windscheid kr. Uebersicht a. a. O. S. 222); derselbe Aktionen S. 316 fg.: Einheit des Anspruchs bei Mehrheit der Aktionen; Pernice a. a. O. S. 440: Einheit der actio bei Mehrheit der Ansprüche; Baron a. a. O. namentlich § 19: Mehrheit der Obligationen für die einzelnen Gläubiger und Schuldner, eine einige Obligation für ihre Gesammtheit; Siebenhaar a. a. O. S. 26 fg.: die mehreren Obligationen sind zugleich Eine (— gegen die beiden zuletzt genannten Schriftsteller s. die früheren Auflagen dieses Lehrbuchs [bis zur 4.]); Unger a. a. O.: die mehreren Obligationen sind in der Vorstellung zu einer Einheit zusammengefaßt; Hölder a. a. O.: die Obligation des Einen wird als die des Anderen gedacht (fingirt); Hartmann die Obligation S. 153 fg.: Mehrheit der Obligation als Regel, in gewissen Fällen Einheit; Brackenhöft Identität und Connexität S. 145 fg.: Einheit bei der aktiven, Mehrheit bei der passiven Correalobligation (dawider Bangerow S. 70 [7. Aufl. S. 64]; in gewisser Weise gehört auch Fritz hierher (s. oben). S. auch Ryk a. a. O. S. 65: Mehrheit von Obligationen, deren Gesammtwirkung sich als die Wirkung einer einzigen Obligation mit einer Mehrheit von Subjecten darstellt. Kuntze: Mehrheit der Obligationen, Einheit des Obligationsinhalts; Dernburg § 71, 1: die mehreren Obligationen sind zu einem „Verhältniß" vereinigt; Puntschart kr. VJS. XXIX S. 360 fg.: Einheit des Haftungsverhältnisses bei Mehrheit der Haftungen, aus denen durch die petitio Eine Forderung bezw. Schuld hervorgeht. Eine andere Auffassung verhält sich gegen den Gegensatz der Obligations-Einheit und Mehrheit indifferent: es ist daß der namentlich durch Fitting a. a. O. s. außerdem Lech R. der Forderungen II § 62, Girtanner Bürgschaft

Digitized by Google

Mitgläubigers zu bedürfen, von jedem Schuldner kann die Forderung eingezogen werden, ohne daß er sich auf das Vorhandensein eines

---

S. 75—79. 397—402. 568. Stipulation S. 252—274) vertretene Auffassung, welche die Correalobligation mit der alternativen Obligation zusammenstellt. Fitting sieht das Wesen der Correalobligation darin, daß einstweilen noch eine Unbestimmtheit in Betreff der Person des Gläubigers oder des Schuldners stattfinde, und erst durch eine später eintretende Wahl gehoben werde. Dieser Auffassung hat sich im Wesentlichen Stintzing a. a. O. angeschlossen. S. gegen dieselbe Samhaber S. 125 fg., Windscheid kr. VJS. S. 164 fg., Salkowski Novation S. 456 fg., Vangerow 7. Aufl. III S. 62, Brinz in dem cit. Programm S. 6 fg. Pand. II S. 181. Doch glaube ich, daß in dieser Auffassung ein wahres Element liegt. Auch die Einheitstheorie wird, wenn sie nicht mit der Identität des Subjects auch die Identität der Leistung aufgeben will, nicht umhin können, die Correalobligation aufzufassen als gerichtet auf eine Leistung mit alternativ bestimmtem Inhalt — Leistung durch A oder B, an A oder B. Nur, da sogleich jeder Leistungsinhalt gefordert werden kann, ist auch sogleich jeder in obligatione, und daher jeder in der Correalobligation Bezeichnete sogleich Gläubiger und Schuldner (§ 255 [5]). S. auch Arndts 5. Aufl. und spätere § 213 zu [6]. Hofmann a. a. O. S. 153 fg: Alternation in Betreff der Leistung, Conjunktion in Betreff der Haftung. Ueber eine eigenthümliche Wendung, welche Brinz krit. Blätter a. a O. der Einheitstheorie gegeben hat (Vertretung des einen Obligationssubjects durch das andere), s. Windscheid krit. Ueberschau S. 227—229, Fitting S. 5 fg., Tworzak S. 6, Arndts § 213 [5]; aber auch Rudorff zu Puchta § 233 [a], Unger S. 252, Hölder S. 32 fg., Waldner S. 23. In dem oben citirten Programm, sowie in den Pandekten (2. Aufl. II § 235. 253) hält Brinz seine Auffassung fest: neu aber ist, daß er auf Grund dieser Auffassung nun auch bei dem bloßen Solidarverhältniß Einheit der Obligation annimmt, und damit zu der Theorie zurückkehrt, welche vor Keller-Ribbentrop die allgemein herrschende war. Vgl. § 298 [2a. 3]. — Der geschilderte Zustand der Lehre ist wenig erfreulich. Es ist auch keine Aussicht vorhanden, daß eine Einigung der Meinungen wird erzielt werden. Durch den Aufsatz Unger's ist der Streit neu angefacht worden. Ich halte an der früher vertretenen Auffassung fest. Es handelt sich um die Erklärung der rlichen Erscheinung, daß bei der Correalobligation Thatsachen, welche nur in der Person Eines Gläubigers oder Schuldners eintreten, auf den anderen Gläubiger oder Schuldner hinüberwirken, ohne daß in diesen Thatsachen Erfüllung oder ein Erfüllungssurrogat liegt, vor allem litis contestatio, dann Erlaß, Eid, Urtheil (vgl. Windscheid krit. Ueberschau S. 213—218. kr. VJS. S. 169—174, und unten § 295 [3. 4. 6. 8], § 296 [1]). Für diese rliche Erscheinung scheint mir immer noch der einfachste und natürlichste Ausdruck, daß das r. R. als möglichen Gegenstand rlicher Bestimmtheit dasjenige ansieht, was übrig bleibt, wenn davon abgesehen wird, daß gerade diese Person Gläubiger oder Schuldner ist, und das ist die Obligation als solche. Hartmann in dem Aufsatz in der ZS. f. Schweiz. R.: Einheit und Mehrheit sind Schulformeln; es kommt darauf an, aus der Natur des betreffenden Rverhältnisses zu entwickeln, ob eine das eine Subject betreffende Thatsache auf das andere hinübertritt oder nicht. — Daß die Ausdrucksweise der Quellen nicht entscheidet, darf als anerkannt angesehen werden. Die Quellen sprechen sowohl von una obligatio (pr. I. 3, 16, l. 9 pr. D. 2, 14, l. 116 D. 45, 1, l. 3 § 1.

Digitized by Google

Mitschuldners berufen dürfte[2]. Ist aber ein Mal geleistet worden, so ist jeder Gläubiger beseitigt und jeder Schuldner befreit[3]. Uebrigens kann der Gläubiger, wenn er will, seine Forderung auch theilen[4].

Die bezeichnete strenge Verhaftung der Correalschuldner kommt jedoch nicht überall rein zur Anwendung. Gewisse Correalschuldner genießen die Begünstigung, daß sie nur subsidiarisch haften, nur für den Fall, daß der Gläubiger nicht im Stande sein sollte, von den andern Mitschuldnern Befriedigung zu erlangen. Diese Begünstigung

---

l. 9 § 1 D. 45, 2, l. 71 pr. D. 46, 1, l. 16 pr. D. 46, 4, l. 14 D. 46, 8), als von plures obligationes (l. 3 pr. l. 9 § 2. l. 13 D. 45, 2, l. 5 D. 46, 1, l. 31 § 1 D. 46, 2, l. 128 D. 45, 1). Die „plures obligationes" erklärt die Einheitstheorie von der Mehrheit der subjectiven Beziehungen, für die Mehrheitstheorie bietet sich eine Erklärung in der Einheit der Leistungspflicht dar (vgl. jedoch auch Windscheid kr. Uebersch. VI S. 212). [[Eisele ACPra. LXXVII S. 417 fg. Mehrheit der Obligationen bei eadem res, d. h. mehrere Obligationen, Ein Anspruch (Forderung); mehrere Obligationen, Eine Leistungspflicht (Verbindlichkeit).]] [Für die Einheit Schott über die Cession von Correalobligationen Bresl. Diss. 1897 S. 7 fg. Binder verwirft schon für das r. R. den Gegensatz zwischen Correal- und solidarischen Obligationen ganz. S. bes. § 3. 21. 22. 25.]

[2] L. 31 § 1 D. 46, 2: „ex quibus colligitur, unumquemque perinde sibi adquissise, ac si solus stipulatus esset, excepto eo, quod etiam facto eius, cum quo commune ius stipulantis est, amittere debitorem potest". L. 3 § 1 D. 45, 2. „Ubi duo rei facti sunt, potest vel ab uno eorum solidum peti . .". — An und für sich könnte das Verhältniß auch anders geordnet sein, nämlich so, daß die eine ungetheilte Obligation nur von den mehreren Gläubigern zusammen und nur gegen die mehreren Schuldner zusammen geltend gemacht werden dürfte. Diese Ordnung der Mitberechtigung bildet den Ausgangspunkt beim Miteigenthum (I § 169a). — Darf der Gläubiger auch gleichzeitig jeden der mehreren Schuldner auf das Ganze belangen? Sf. VI. 257, XII. 12, XIX. 22, XX. 20. 129, XXV. 212. Variationsr.? Vgl. Holzschuher III § 220, 4.

[3] § 1 I. 3, 16, l. 3 § 1 D. 45, 2 u. a. m.

[4] L. 3 § 1. l. 11 pr. D. 45, 2, l. 51 § 1 D. 46, 1, l. 8 § 1 D. 90. — Kann der von einem Schuldner theilweise befriedigte Gläubiger im Concurse des andern seine ganze Forderung anmelden? Sf. XXIV. 224. Goldschmidt ZS. f. HR. XIV S. 424 fg. Ders. Jahrb. f. Dogm. XXVI S. 381 fg. [Zweifellos kann der Gläubiger, wenn er vor der Concurseröffnung eine Theilzahlung angenommen hat, im Concurse nur den Rest anmelden, mag nun der Concurs über das Vermögen des Schuldners eröffnet werden, welcher die Theilzahlung geleistet hat oder über dasjenige eines andern Schuldners. S. Goldschmidt a. a. O. S. 380 fg. Sarwey-Bossert Comm. z. KO. § 61 Anm 4. Den Betrag aber, den er zur Zeit der Eröffnung des Concursverfahrens und falls mehrere solche Verfahren nacheinander eröffnet werden, zur Zeit der Eröffnung des ersten derselben zu fordern hatte, kann er, bis zu seiner vollen Befriedigung in jedem Concursverfahren über das Vermögen eines der mehreren Schuldner geltend machen, auch wenn er inzwischen Theilzahlungen erhalten hat. KO. 61 [68] S. d. Commentare und Goldschmidt a. a. O.].

Digitized by Google

bezieht sich entweder auf die ganze Schuld, so daß der Begünstigte in erster Linie für gar nichts haftet (Rechtswohlthat der Vorausklage)[5], oder nur auf die auf die übrigen Mitschuldner fallenden Kopftheile, so daß der Begünstigte für seinen Kopftheil in erster Linie haftet (Rechtswohlthat der Theilung)[6]. Die erste Begünstigung genießt der Bürge in seinem Verhältniß zum Hauptschuldner[7], ebenso jeder andere vertragsmäßige Correalschuldner, welcher die Schuld nur im Interesse seines Mitschuldners übernommen hat[8]; die zweite Begünstigung kommt zu Gute: a) mehreren Bürgen, welche für dieselbe Schuld eingetreten sind[9]; b) dem vertragsmäßigen Correalschuldner, welchen die Schuld materiell nur zu seinem Theil angeht[10].

---

[5] S. g. beneficium excussionis oder ordinis.

[6] S. g. beneficium divisionis. — Das Nähere über diese beiden beneficia wird, um den Zusammenhang nicht zu sehr zu unterbrechen, unten in der Lehre von der Bürgschaft, wo sie ihre Hauptanwendung finden, vorgetragen werden. — Das HGB. Art. 281 schließt bei Handelsgeschäften die Einrede der Theilung und der Vorausklage ganz aus. [Abs. 1 ist gestrichen weil im BGB. Gesammtschuldner die Einrede der Theilung oder der Vorausklage nicht mehr haben. Abs. 2, den Bürgen betreffend, ist (nicht unverändert) aufgenommen als § 349].

[7] Nov. 4 c. 1.

[8] Nov. 99 c. 1. Ist die in Note [10] vertretene Auslegung dieser Stelle richtig, so ist der im Texte bezeichnete Satz eine nothwendige Consequenz. Nach der Nov. 99 c. 1 kann übrigens der belangte Schuldner nicht sowohl vorherige Ausklagung des Mitschuldners fordern, als vielmehr nur gleichzeitige Belangung desselben, worauf dann der Richter beide Processe verbinden, und im Endurtheil, wenn der Mitschuldner sich als insolvent ausweist, sofort den zuerst belangten Schuldner verurtheilen muß. Daher paßt der Ausdruck: Rwohlthat der Vorausklage für diesen Fall streng genommen nicht; er wird jedoch der Kürze wegen beibehalten.

[9] § 4 I. 3, 20, l. 26—28. l. 51 § 4 D. 46, 1, l. 7 D. 27, 7, l. 3 C. 4, 18. Ausnahme: l. 12 D. 46, 6.

[10] Nov. 99 c. 1. Freilich ist die Auslegung dieser Stelle sehr bestritten. Die hauptsächlichsten abweichenden Meinungen sind folgende. 1) Die Vorschrift der Novelle beziehe sich auf alle Correalschuldner, oder wohl gar auf alle Solidarschuldner, mit Ausnahme nur derjenigen, welche es aus Delict geworden sind. 2) Sie beziehe sich nur auf Correalschuldner, welche sich gegenseitig für einander verbürgt haben. 3) Sie beziehe sich auf Theilschuldner, welche sich für einander verbürgt haben. — Die hier gebilligte Auslegung ist die von Vangerow aufgestellte. Auf dieselbe scheint mir sowohl der Wortlaut der Stelle hinzuweisen (sie spricht von Solchen, welche einerseits „ἀλληλεγγύως ὑπεύθυνοι“ geworden sind, andererseits besonders erklärt haben, daß Jeder für das Ganze haften solle), als die Natur der Sache; nach dieser Auslegung hat Justinian den sehr nahe liegenden Schritt gethan, daß er bei der passiven Correalobligation das derselben zu Grunde liegende materielle Rverhältniß auch dem Gläubiger gegenüber zur

Digitized by Google

Die Einheit der Correalobligation ist kein Hinderniß, daß deren mehrfache subjective Beziehung für die verschiedenen Subjecte verschieden gestaltet sei. So kann namentlich der eine Gläubiger oder Schuldner schlechthin, der andere unter einer Bedingung oder einer Befristung berechtigt oder verpflichtet sein, oder jeder unter einer anderen Bedingung oder Befristung [11]. Es können auch die mehreren subjectiven Beziehungen der Correalobligation sich auf Eine Person vereinigen, so daß diese Person trotz der Einheit der Obligation mehrfach berechtigt oder verpflichtet ist [12].

§ 294.

Unterliegt der Gläubiger, welcher das Ganze eingefordert hat, dem Rückgriff seiner Mitgläubiger auf Herausgabe eines verhältnißmäßigen Theils des Eingeforderten, und hat umgekehrt der Schuldner,

---

Anerkennung gebracht hat. — Die herrschende Ansicht ist die unter 1) bezeichnete, und für dieselbe hat sich auch eine feste Praxis ausgesprochen (vgl. Sf. VIII. 134, XII. 336, XIII. 95. 134, XXIII. 28, XXV. 25 Nr. III; Holzschuher III § 220 Nr. 3). Entscheidend scheint mir die Praxis in einer doch vorzugsweise doctrinellen Frage nicht sein zu können. Auch ist sie bereits in dem Urtheil bei Sf. XII. 13 verlassen, vgl. auch II. 173, XXV. 223 und Burchardi ACPra. XIX S. 50. Literatur und Uebersicht der verschiedenen Ansichten bei Bangerow § 573 Anm. 4; hinzuzufügen (zur 6. Aufl.): v. Helmolt § 18 (für die dritte Meinung), Wieding Novella Justiniani 99, Berolini 1857 (für die gemeine Meinung, vgl. kr. VJS. I S. 285—290), Brinz 2. Aufl. II S. 177 (ebenso), Ryk S. 79 (für die dritte Meinung) [Binder § 19 (für die herrschende Meinung)]. — Die Nov. 99 c. 1 gibt sich als Ausdehnung der Nov. 4 c. 1. Daraus folgt, daß für sie im Einzelnen nicht die Grundsätze von dem benef. divisionis des Bürgen, sondern die Grundsätze der Nov. 4 c. 1 gelten. Daher hat namentlich der Schuldner hier die Befugniß, die Belangung des Mitschuldners zu fordern, auch ohne daß er den Beweis der Zahlungsfähigkeit desselben führen müßte (vgl. § 479 [3—5]). Dieß ist nicht beachtet in den Erk. bei Sf. IX. 140, XII. 336. (Umgekehrt geht zu weit XIII. 95.) Von der andern Seite kann der Schuldner auch hier nicht sowohl vorherige, als vielmehr nur gleichzeitige Belangung des Mitschuldners verlangen ([8]). — Aus dem älteren R.: l. 47 D. 19, 2. — Das Reichsgericht hat in dem Erk. 30/1 85, Entscheid. XII S. 219, ausgesprochen, die Nov. 99 sei durch die RCPO. beseitigt, weil die Novelle Ladung der Mitschuldner von Amtswegen vorschreibe. Uebereinstimmend Dernburg II § 73, 1, Wendt S. 510. [Gradenwitz (§ 299 [6]) S. 40 [185], dagegen Hellmann ACPra. LXXVIII S. 385 fg. Schott ([1]) S. 66 fg.].

[11] § 2 I. 3, 16, l. 7 D. 45, 2. Vgl. l. 9 § 2 D. eod. — Nicht aber darf auch der Leistungsinhalt der verschiedenen Subjecte ein verschiedener sein, l. 9 § 1. l. 15 D. 45, 2. — Cession der Forderung gegen den einen der Correalschuldner: Sf. XXXVI. 25.

[12] L. 13 D. 45, 2, l. 5 D. 46, 1, l. 93. l. 95 § 3 D. 46, 3.

Digitized by Google

welcher das Ganze geleistet hat einen Rückgriff gegen seine Mitschuldner auf Ersatz eines verhältnißmäßigen Theils des Geleisteten[1]? Auf diese Frage gibt die Correalobligation als solche keine Antwort[2]: es kommt auf das derselben zu Grunde liegende materielle Rechtsverhältniß an[3]. Kraft dieses Rechtsverhältnisses kann übrigens ein Rückgriffsrecht nicht bloß auf einen Theil, sondern auch auf das Ganze begründet sein[4]. — In den Fällen, wo für den leistenden Schuldner ein Rückgriffsrecht begründet ist, kann derselbe außerdem von dem Gläubiger, welchen er befriedigt, verlangen, daß dieser ihm seinen Anspruch gegen den Schuldner, gegen welchen dem Leistenden das Rückgriffsrecht zusteht, abtrete[5]. Diese Befugniß ist auch Mit-

---

[1] W. Sell ZS. f. CR. u. Pr. III S. 370 fg. IV S. 17 fg. (1830. 1831). § 294. v. Schröter das. VI S. 409—435 (1833). Habicht rliche Erörterungen I S. 1 fg. (1843). Schmid die Grundlehren der Cession I S. 369—374 (1863). Savigny § 23—25. Bangerow III § 573 Anm. 3, Windscheid kr. Uebersch. VI S. 229—232, Samhaber § 19, Ryk S. 80 fg., Waldner S. 122 fg. 184 fg. Weitere Literaturangaben bei Schröter, Bangerow und Samhaber. [[Eisele ACPra. LXXVII S. 479]]. [Binder § 18 u. S. 429 fg.]

[2] A. M. in Betreff der Correalschuld Sell und Savigny, auch Zaun APrakt.RW. N. F. I S. 132 fg.; dieselben lassen einen Ersatzanspruch für den leistenden Correalschuldner ohne Weiteres eintreten. Für diese Ansicht spricht nicht l. 1 [2] C. 8, 39 [40] ([3]), und ebensowenig l. 65 D. 21, 2 Bangerow S. 83 [7. Aufl. S. 75]. Gegen dieselben spricht sehr entschieden l. 62 pr. D. 35, 2, sowie daß anerkanntermaßen der zahlende Bürge einen Rückgriff gegen den Mitbürgen nicht hat; s. außerdem l. 34 pr. D. 4, 8, l. 10 § 10 D. 15, 3, l. 29 D 34. 3 — Stellen, auf welche erst Samhaber (a. a. O.) und Fitting (S. 40[41], S. 103[139]) aufmerksam gemacht haben. S. auch Sf. I. 331, XXII. 237. — Neuestens wieder für die hier verworfene Ansicht Ihering Jahrb. f. Dogm. X S. 344 fg. (vgl. darüber § 449 [1a]) und Waldner a. a. O., der sogar auch bei der activen Correalobligation Regreßr. annimmt. Dernburg II § 73 a. E.: die Vermuthung spreche dafür, daß bei der Begründung der Correalobligation Regreß des Schuldners gewollt sei. Mitteis Grünh. ZS. XIV S. 469 fg.: Regreß bei gesetzlicher und testamentarischer, nicht bei vertragsmäßiger Correalität. Für den Regreß de lege ferenda Kohler Jahrb. f. Dogm. XXV S. 118 fg. [Sf. XLIX. 81].

[3] Abgesehen von den Fällen, wo der Begründung der Correalobligation ein Gesellschafts- oder ein Auftragsverhältniß zu Grunde liegt, ist ein Rückgriff überall begründet, wo das Aequivalent für die erworbene Mitforderung von allen Gläubigern beschafft, oder der Vortheil der eingegangenen Mitschuld allen Schuldnern zu Gute gekommen ist, nach den Grundsätzen der condictio sine causa (§ 422 [4]) und der negotiorum gestio (§ 431 [12]). Von dem letzteren Fall ist wahrscheinlich l. 1 [2] C. 8, 39 [40] zu verstehen. Vgl. auch Sf. VII. 158, XXIV. 110, XXV. 223.

[4] So namentlich bei der Bürgschaft.

[5] L. 13 C. 4, 65. Vgl. l. 47 D. 19, 2. Sf. XX. 21, XXV. 11. 223. [Lacour de la subrogation entre les codébiteurs solidaires etc. ✓ Th. de Paris 1894 bes. p. 35 s.].

Digitized by Google

eine Theilung der Leistung nach Bruchtheilen eintritt. Nur scheinbar hat daher jeder Gläubiger Dasselbe zu fordern und ist jeder Schuldner

---

Dogm. XXXI S. 464 fg., Pflüger ACPra. LXXXI S. 292 fg., v. Schwind Jahrb. f. Dogm. XXXIII S. 1 fg., auch ob. I § 38 [3]].

* Ribbentrop zur Lehre von den Correal-Obligationen (1831). Savigny Obligationenr. I § 26—27 (1851). Brinz kr. Bl. Nr. 4 (1853). Bekker die processualische Consumption § 17 (1853). Rückert zur Theorie der Correalobligationen, ZS. f. CR. u. Pr. N. F. XII S. 1 fg. (1855). Vangerow III § 573 (S. 56, 7. Aufl. 1868). Kuntze die Obligation ꝛc. § 30—57 (1856), vgl. dens. zu Holzschuher III S. 111—115 (1864). v. Helmolt die Correal-Obligationen (1857). Demangeat des obligations solidaires en droit romain (1858). Windscheid zur Lehre von den Correalobligationen, kr. Ueberschau VI S. 209 fg. (1859). Fitting die Natur der Correalobligationen (1859). Stintzing zur Lehre von den Correalobligationen kr. VJS. I S. 509 fg. Girtanner die Stipulation S. 252—289 (1859). Samhaber zur Lehre von der Correalobligation (1861). Windscheid kr. VJS. III S. 161—179 (1861). Dworzak zur Lehre von der Correalobligation, Haimerl's österr. VJS. Bd. VIII, Heft 2 (1861). O. Schönemann in der Beilage zur ZS. f. CR. u. Pr. N. F. XIX S. 9—17 (1862). Fritz Beitrag zur Lehre von den Correalobligationen und über den Musterfall der römischen Correalobligationen, ZS. f. CR. u. Pr. N. F. XVII S. 145 fg. XVIII S 355 fg. XIX S. 55 fg. XXII S. 451 fg. (1860—65). Baron die Gesammtrverhältnisse im r. R. S. 205—391 (1864). Siebenhaar Correalobligationen nach römischem, gemeinem und sächsischem R. (1867—1868). (Diese Schrift kündigt sich an als ein Protest der Praxis gegen die Theorie, und im Besondern gegen die Keller-Ribbentrop'sche Theorie. Ich wage es zu behaupten, daß dieser Protest spurlos vorübergehen wird.) Mages die Gesammtschuldverhältnisse des österreichischen R. (1872). (Diese mit Einsicht und Verständniß geschriebene Schrift sucht die Keller-Ribbentrop'sche Theorie auch für das Oesterreichische R. zu verwerthen. Ueber dieselbe Harum in Grünh. ZS. I S. 20 fg. und Randa kr. VJS. XVI S. 520 fg.) Bruns in v. Holtz. Encycl. § 47. Brinz zur Lehre von der Correalobligation und den solidarischen Schuldverhältnissen (akad. Programm 1873, auch kr. VJS. XVI S. 1 fg). Bekker Aktionen II S. 300—323 (1873). Czyhlarz Beitrag zur Lehre von den Correalobligationen, Grünh. ZS. III S. 59—139 (1876). Landucci le obligazioni in solido secondo il diritto romano libro I (1880). (Darüber Ryk ZS. f. Handelsr. XXVIII S. 436 fg., Schneider kr. VJS. 453 fg.) Ryk Lehre von den Schuldverhältnissen I S. 52 fg. (1883). Unger Jahrb. f. Dogm. XXII S. 207 fg. (1884). (Darüber Schneider kr. VJS. XXVI S. 462 fg., Hölder Festgabe zu Scheurl's Jubiläum (1884). (Dazu Ubbelohde Gött. gel. Anz. 1885 S. 154 fg.) Unger Jahrb. f. Dogm. XXIII S. 106 fg. (1884). Waldner die correale Solidarität (1885). Hölder ACPra. LXIX S. 203 fg. (1885). Mitteis die Individualisirung der Obligation S. 49 fg. (1886). (Darüber Hofmann Grünh. ZS. XIV S. 146 fg., Pernice ZS. f. HR. XXIII S. 438 fg.) Kuntze die Obligationen im röm. u. heut. R. S. 141—186 (1886). Hartmann ZS. f. Schweiz. R. N. F. VI S. 113—150 (1886). Mitteis Grünh. ZS. XIV S. 419 fg. (1887). — Unterholzner I § 86—91, Sintenis II § 89, Brinz § 142—143. 2. Aufl. II § 232—236. 252—254, Dernburg II § 70—78, Wendt § 206—209. Stobbe III § 176 [3. Aufl. (Lehmann) § 221]. — Noch im Jahre 1829

Digitized by Google

Dasselbe schuldig, und nur scheinbar findet für alle Gläubiger und Schuldner einunddasselbe Forderungsrecht statt; in der Wirklichkeit ist, wie jeder Gläubiger etwas Anderes zu fordern hat und jeder Schuldner etwas Anderes schuldig ist, so auch für jeden Gläubiger und jeden Schuldner ein besonderes, von dem Forderungsrecht des Andern unabhängiges Forderungsrecht vorhanden. Diese Theilung tritt sowohl in dem Fall ein, wo die Gemeinschaftlichkeit der Berechtigung und Verpflichtung eine ursprüngliche ist, d. h. darauf beruht, daß die begründende Thatsache mehrere Personen zugleich erfaßt hat, als in dem Falle, wo die Gemeinschaftlichkeit eine nachfolgende ist, d. h. darin ihren Grund hat, daß an die Stelle des ursprünglichen Einen Gläubigers oder Schuldners durch Erbgang eine Mehrheit von Personen getreten ist[1].

Die Theilung der Leistung und damit des Forderungsrechts unter die mehreren Gläubiger und Schuldner tritt indessen nicht immer ein. Sie ist nicht möglich, wenn die Leistung eine Theilung ihrer Natur nach nicht zuläßt (§ 253). Aber auch wo Theilung möglich ist, kann sie durch die Willkür der Parteien oder durch gesetzliche Bestimmung ausgeschlossen sein. Dieß sind die beiden Fälle, von denen hier näher zu handeln ist; sie müssen jedoch, da für sie nicht durchweg das

konnte geschrieben werden (Guyet Abhandl. aus dem Gebiete des Civilr. S. 262): „Es ist . . nicht leicht über irgend einen andern Hauptpunkt des r. R. die Literatur so dürftig, wie über diesen". Mancher möchte vielleicht diesen Zustand zurückwünschen. — Dogmengeschichtliche Uebersichten bei Windscheid in dem zuerst genannten Aufsatz, Dworzak, Samhaber, Fritz in dem Aufsatz XVII S. 145 fg., Kuntze in der zuletzt genannten Schrift, Mitteis in dem Aufsatz in Grünh. ZS. [[A. Ascoli sulle obbligazioni solidali. Roma 1890 S. A. aus Studi e documenti di Storia e diritto. Rom. 1890. Allgemeiner Inhalt p. 15. 92: die s. g. bloß solidarischen Obligationen hätten mit der Correalobligation nichts gemein, seien übrigens auch weniger zahlreich als man gewöhnlich annehme. Correalobligation = Einheit der Obligation. Eisele ACPra. LXXVII S. 374—481 (1891): Mehrheit der Obligationen bei eadem res, beruhend auf Identität der Causa. S. die Bemerkung § 293[1]. Ueber Eisele s. Ascoli Bull. dell istituto di dir. Rom. IV p. 287 s. 1891]]. [Ueber beide Schneider kr. VJS. XXXVI S. 57 fg. Mit Eisele Oertmann allg. österr. Gerichtszeitung XLVIII (1897) S. 397. Ergänzend Eisele ACPra. LXXXIV S. 295 fg. s. § 295[13]. S. ferner Genin du fondement de la distinction des obligations corréales et des obligations in Solidum. Th. de Lyon 1893. Binder die Korrealobligationen im r. u. heutig. R. Leipz. 1899.]

[1] Für diesen letzteren Fall war die Theilung in den 12 Tafeln ausdrücklich anerkannt: l. 6 C. 3, 36, l. 1 C. 8, 31 [32]. In Betreff des Falls ursprünglicher Gemeinschaftlichkeit s. l. 11 § 1. 2. D. 45, 2, l. 5 C. 4, 2, l. 1. 2 C. 7, 55, l. 43 D. 42, 1. § 292.

Digitized by Google

Nämliche gilt, in der Betrachtung auseinander gehalten werden. Zuerst wird von dem letzten Fall gehandelt werden; die hergebrachte Bezeichnung für denselben ist „Correalobligation" (active Correalobligation oder Correalforderung, passive Correalobligation oder Correalschuld, Correalgläubiger, Correalschuldner)[2].

Mit der Correalobligation theilt die ökonomische Bedeutung ein anderes Rechtsverhältniß, dessen juristische Structur eine wesentlich verschiedene ist, das Verhältniß, wo zwar auch bei einer Mehrheit der Gläubiger oder Schuldner nur einmalige Leistung gefordert werden kann, aber für jeden Gläubiger und Schuldner ein besonderes Forderungsrecht vorhanden ist. Wegen der Gleichheit der ökonomischen Bedeutung muß dieses Verhältniß zugleich mit der Correalobligation, obgleich es im System an diesen Ort nicht gehört, abgehandelt werden. Man pflegt zur Bezeichnung desselben den Ausdruck „bloß solidarische Obligation"[3] zu gebrauchen.

[1. Das BGB. kennt einen Unterschied zwischen Correalobligationen und bloß solidarischen Obligationen nicht. Es kennt nur die Möglichkeit, daß mehrere „Gesammtschuldner" (421 fg.) oder „Gesammtgläubiger" (428 fg.) sind. Bei Untheilbarkeit der Leistung haften mehrere Schuldner als Gesammtschuldner (431); sind mehrere Gläubiger vorhanden, so tritt ein Verhältniß ein, welches, wenn nicht

---

[2] Diese Bezeichnungen beruhen auf dem in unseren Quellen Ein Mal (in l. 3 § 3 D. 34, 3) vorkommenden Ausdruck „correus". Gewöhnlich sprechen die Quellen von duo oder plures rei schlechthin, oder mit dem Zusatz credendi, debendi (l. 34 pr. D. 4, 8), oder stipulandi, promittendi (häufig) — welche Ausdrücke jedoch nicht streng technisch sind, vgl. l. 31 § 10 D. 21, 1 (Ribbentrop S. 158—169, l. 5 § 15 D. 13, 6, auch l. 45 D. 26, 7.

[3] Auch das Correalverhältniß ist ein Solidarverhältniß, d. h. ein Verhältniß, bei welchem jeder Gläubiger und Schuldner „solidum" zu fordern hat und schuldig ist. Aber das Correalverhältniß hat außer der Solidarität noch eine andere Eigenschaft, die der Einheit der Obligation. Savigny gebraucht zur Bezeichnung des bloß solidarischen Verhältnisses den Ausdruck „unächte Correalität" oder „unächtes Correalverhältniß". — Die Bezeichnung, daß jeder Gläubiger und Schuldner „solidum" zu fordern habe und schuldig sei, ist quellenmäßig (vgl. z. B. § 1 I. 3, 16, l. 2 D. 45, 2, l. 55 pr. D. 26, 7); aber sie sagt eigentlich nicht, daß nur einmalige Leistung gefordert werden könne, weßwegen auch die Quellen keinen Anstand nehmen, dieselbe Bezeichnung da zu gebrauchen, wo Mehrere aus Einer Thatsache in der Weise auf das Ganze haften, daß Jeder das Ganze leisten muß, vgl. z. B. l. 21 § 9 D. 47, 2, l. 1 C. 4, 8. Wo die Quellen hervorheben wollen, daß nur Ein Mal geleistet zu werden brauche, sagen sie, daß die Mehreren „idem", „eandem pecuniam" zu fordern haben bez. schuldig seien, vgl. z. B. l. 21 § 5 D. 2, 14, l. 12 § 3 D. 5, 2, l. 17 § 2 D. 16, 1, l. 2. l. 18. l. 19 D. 45, 2, l. 38 pr. l. 45 D. 26, 7, l. 52 § 3 D. 46, 1.

Digitized by Google

aus andern Gründen Gesammtgläubigerschaft begründet ist, von dem letzteren Verhältniß wesentlich abweicht. Jeder Gläubiger kann Leistung verlangen, aber nur Leistungen an alle Gläubiger zusammen; der Schuldner kann befreiend nur an alle leisten (432). Dieses Verhältniß tritt ohne Rücksicht auf die Theilbarkeit oder Untheilbarkeit des Leistungsgegenstandes auch in gewissen Fällen der Mitberechtigung (1011. 2039) oder der Belastung eines Rechts durch ein anderes (1077. 1281) ein. Ferner kommt vor, daß mehrere bei Verfügung über die Forderung zusammenwirken müssen, ohne daß der Einzelne Leistung an alle zusammen verlangen kann (709. 718—720; 1472; 1375; 1395). Vgl. Planck vor § 420, 1 Abs. 2. Ueber besondere Fälle der Mehrheit von Schuldnern, welche zur Leistung zusammenwirken müssen s. das. Abs. 1.

2. Wenn mehrere eine theilbare Leistung schulden oder zu fordern haben, so ist nach BGB. im Zweifel jeder Schuldner nur zu einem gleichen Antheil verpflichtet, jeder Gläubiger nur zu einem gleichen Antheil berechtigt (420). Jedoch wird dieß sehr wesentlich durch die Bestimmung modificirt, daß bei einem Vertrage, durch welchen sich mehrere gemeinschaftlich zu einer theilbaren Leistung verpflichten, dieselben im Zweifel als Gesammtschuldner haften. Wenn in ein Schuldverhältniß mit theilbarem Leistungsgegenstande mehrere Erben des Gläubigers oder des Schuldners eintreten, so ist die Behandlung des Verhältnisses eine wesentlich andere als im gemeinen Recht. Der zum Nachlaß gehörige Anspruch wird so behandelt wie ein Anspruch mehrerer, die nicht Gesammtgläubiger sind, auf eine untheilbare Leistung (2039. 432. 2040. 2033 Abs. 2; vgl. ob. 1.) Für die gemeinschaftlichen Nachlaßverbindlichkeiten haften die Miterben grundsätzlich als Gesammtschuldner, auch wenn der Gegenstand theilbar ist (2058 fg.).

Vgl. Hruza Correalobligation und Verwandtes nach der 2. Lesung des E. e. BGB. f. d. deutsche Reich. Sächs. Arch. f. bürg. R. V S. 401 fg. Stammler R. der Schuldverhältnisse in s. allgem. Lehren S. 246 fg., Oertmann allg. österr. Gerichtszt. XLVIII (1897) S. 396 fg. 404 fg. Binder (*) S. 569 fg.]

1. Die Correalobligation*.

a. Rechtsverhältniß.

§ 293.

Die Correalobligation ist eine einige Obligation mit einer Mehrheit der subjectiven Beziehungen. Das will sagen, daß bei einer Mehrheit von Gläubigern für den in der Obligation enthaltenen Rechtsbefehl der Wille eines jeden Gläubigers maßgebend ist, als wäre er der einzige Gläubiger, und daß bei einer Mehrheit von Schuldnern der in der Obligation enthaltene Rechtsbefehl an jeden

* Inst. 3, 16 de duobus reis stipulandi et promittendi. Dig. 45, 2 de duobus reis constituendis. Cod. 8, 39 [40] de duobus reis stipulandi et promittendi.

Digitized by Google

Schuldner gerichtet ist, als wäre er der einzige Schuldner[1]. Daher kann jeder Gläubiger die Forderung einziehen, ohne der Mitwirkung des

§ 293. [1] Die Formel: Einheit der Obligation, Mehrheit der subjectiven Beziehungen zur Bezeichnung des Wesens der Correalobligation ist zuerst von Keller (über Litiscontestation und Urtheil S. 446 fg.) aufgestellt und durch die bei * vor § 292 bezeichnete Schrift von Ribbentrop für lange Zeit zur herrschenden Ansicht erhoben worden. Seit der Mitte der fünfziger Jahre aber hat diese Ansicht Anfechtungen erfahren. Es ist die Behauptung aufgestellt worden, daß auch bei der Correalobligation, wie bei dem bloßen Solidarverhältniß, eine formale Mehrheit der Obligationen für die einzelnen Gläubiger und Schuldner vorhanden sei. Dieser Auffassung huldigen Rückert, Kuntze, v. Helmolt, Fritz (der zwar äußerlich die Einheitstheorie mit der Mehrheitstheorie combinirt, aber die Annahme der Einheit nur auf einem vulgären Sprachgebrauch beruhen läßt — dawider Fritz XXII S. 455, aber s. XVII S. 165—166. XVIII S. 377—387—), Schönemann, Sintenis in der zweiten Auflage, E. A. Seuffert in der neuesten Auflage von seines Vaters Lehrbuch § 228[4], Czyhlarz, Dernburg Preuß. Privatrecht II § 47, Landucci, Ryk, Waldner (mit einer eigenthümlichen Wendung: Jeder ist Gläubiger und Schuldner zum Theil für sich, zum Theil für den Anderen), Mitteis. S. dawider Windscheid, Samhaber, Dworzak, Bruns a. a. OO. Andere Schriftsteller haben nach einer Vermittelung zwischen der Einheits- und der Mehrheitstheorie gesucht oder beide mit einander combinirt. So schon früher Hasse Beitrag zur Revision der bisherigen Theorie von der Gütergemeinschaft S. 47. 48[1] (1808): Einheit des R. bei Mehrheit der Verbindlichkeiten bez. Einheit der Verbindlichkeit bei Mehrheit der Re (dawider Ribbentrop S. 17); aus der neueren Zeit: Bekker proz. Consumption a. a. O.: Einheit der Obligation bei Mehrheit der Aktionen (dawider Windscheid kr. Ueberschau a. a. O. S. 222); ders. Aktionen S. 316 fg.: Einheit des Anspruchs bei Mehrheit der Aktionen; Pernice a. a. O. S. 440: Einheit der actio bei Mehrheit der Ansprüche; Baron a. a. O. namentlich § 19: Mehrheit der Obligationen für die einzelnen Gläubiger und Schuldner, eine einige Obligation für ihre Gesammtheit; Siebenhaar a. a. O. S. 26 fg.: die mehreren Obligationen sind zugleich Eine (— gegen die beiden zuletzt genannten Schriftsteller s. die früheren Auflagen dieses Lehrbuchs [bis zur 4.]); Unger a. a. O.: die mehreren Obligationen sind in der Vorstellung zu einer Einheit zusammengefaßt; Hölder a. a. O.: die Obligation des Einen wird als die des Anderen gedacht (fingirt); Hartmann die Obligation S. 153 fg.: Mehrheit der Obligation als Regel, in gewissen Fällen Einheit; Brackenhöft Identität und Connexität S. 145 fg.: Einheit bei der aktiven, Mehrheit bei der passiven Correalobligation (dawider Vangerow S. 70 [7. Aufl. S. 64]); in gewisser Weise gehört auch Fritz hierher (s. oben). S. auch Ryk a. a. O. S. 65: Mehrheit von Obligationen, deren Gesammtwirkung sich als die Wirkung einer einzigen Obligation mit einer Mehrheit von Subjecten darstellt. Kuntze: Mehrheit der Obligationen, Einheit des Obligationsinhalts; Dernburg § 71, 1: die mehreren Obligationen sind zu einem „Rverhältniß" vereinigt; Puntschart kr. VJS. XXIX S. 509 fg.: Einheit des Haftungsverhältnisses bei Mehrheit der Haftungen, aus denen durch die petitio Eine Forderung bezw. Schuld hervorgeht. Eine fernere Auffassung verhält sich gegen den Gegensatz der Obligations-Einheit und Mehrheit indifferent; es ist dieß die namentlich durch Fitting a. a. O. (s. außerdem Koch R. der Forderungen II § 62, Girtanner Bürgschaft

Digitized by Google

Mitgläubigers zu bedürfen, von jedem Schuldner kann die Forderung eingezogen werden, ohne daß er sich auf das Vorhandensein eines

---

S. 75—79. 397—402. 568. Stipulation S. 252—274) vertretene Auffassung, welche die Correalobligation mit der alternativen Obligation zusammenstellt. Fitting sieht das Wesen der Correalobligation darin, daß einstweilen noch eine Unbestimmtheit in Betreff der Person des Gläubigers oder des Schuldners stattfinde, und erst durch eine später eintretende Wahl gehoben werde. Dieser Auffassung hat sich im Wesentlichen Stintzing a. a. O. angeschlossen. S. gegen dieselbe Samhaber S. 125 fg., Windscheid kr. VJS. S. 164 fg., Salkowski Novation S. 456 fg., Vangerow 7. Aufl. III S. 62, Brinz in dem cit. Programm S. 6 fg. Pand. II S. 181. Doch glaube ich, daß in dieser Auffassung ein wahres Element liegt. Auch die Einheitstheorie wird, wenn sie nicht mit der Identität des Subjects auch die Identität der Leistung aufgeben will, nicht umhin können, die Correalobligation aufzufassen als gerichtet auf eine Leistung mit alternativ bestimmtem Inhalt — Leistung durch A oder B, an A oder B. Nur, da sogleich jeder Leistungsinhalt gefordert werden kann, ist auch sogleich jeder in obligatione, und daher jeder in der Correalobligation Bezeichnete sogleich Gläubiger und Schuldner (§ 255 [5]). S. auch Arndts 5. Aufl. und spätere § 213 zu [6]. Hofmann a. a. O. S. 153 fg: Alternation in Betreff der Leistung, Conjunktion in Betreff der Haftung. Ueber eine eigenthümliche Wendung, welche Brinz krit. Blätter a. a O. der Einheitstheorie gegeben hat (Vertretung des einen Obligationssubjects durch das andere), s. Windscheid krit. Ueberschau S. 227—229, Fitting S. 5 fg., Dworzak S. 6, Arndts § 213 [5]; aber auch Rudorff zu Puchta § 233 [a], Unger S. 252, Hölder S. 32 fg., Waldner S. 23. In dem oben citirten Programm, sowie in den Pandekten (2. Aufl. II § 235. 253) hält Brinz seine Auffassung fest: neu aber ist, daß er auf Grund dieser Auffassung nun auch bei dem bloßen Solidarverhältniß Einheit der Obligation annimmt, und damit zu der Theorie zurückkehrt, welche vor Keller-Ribbentrop die allgemein herrschende war. Vgl. § 298 [2a. 3]. — Der geschilderte Zustand der Lehre ist wenig erfreulich. Es ist auch keine Aussicht vorhanden, daß eine Einigung der Meinungen wird erzielt werden. Durch den Aufsatz Unger's ist der Streit neu angefacht worden. Ich halte an der früher vertretenen Auffassung fest. Es handelt sich um die Erklärung der rlichen Erscheinung, daß bei der Correalobligation Thatsachen, welche nur in der Person Eines Gläubigers oder Schuldners eintreten, auf den anderen Gläubiger oder Schuldner hinüberwirken, ohne daß in diesen Thatsachen Erfüllung oder ein Erfüllungssurrogat liegt, vor allem litis contestatio, dann Erlaß, Eid, Urtheil (vgl. Windscheid krit. Ueberschau S. 213—218. kr. VJS. S. 169—174, und unten § 295 [3. 4. 6. 8], § 296 [1]). Für diese rliche Erscheinung scheint mir immer noch der einfachste und natürlichste Ausdruck, daß das r. R. als möglichen Gegenstand rlicher Bestimmtheit dasjenige ansieht, was übrig bleibt, wenn davon abgesehen wird, daß gerade diese Person Gläubiger oder Schuldner ist, und das ist die Obligation als solche. Hartmann in dem Aufsatz in der ZS. f. Schweiz. R.: Einheit und Mehrheit sind Schulformeln; es kommt darauf an, aus der Natur des betreffenden Rverhältnisses zu entwickeln, ob eine das eine Subject betreffende Thatsache auf das andere hinübertritt oder nicht. — Daß die Ausdrucksweise der Quellen nicht entscheidet, darf als anerkannt angesehen werden. Die Quellen sprechen sowohl von una obligatio (pr. I. 3, 16, l. 9 pr. D. 2, 14, l. 116 D. 45, 1, l. 3 § 1.

Digitized by Google

Mitschuldners berufen dürfte[2]. Ist aber ein Mal geleistet worden, so ist jeder Gläubiger beseitigt und jeder Schuldner befreit[3]. Uebrigens kann der Gläubiger, wenn er will, seine Forderung auch theilen[4].

Die bezeichnete strenge Verhaftung der Correalschuldner kommt jedoch nicht überall rein zur Anwendung. Gewisse Correalschuldner genießen die Begünstigung, daß sie nur subsidiarisch haften, nur für den Fall, daß der Gläubiger nicht im Stande sein sollte, von den andern Mitschuldnern Befriedigung zu erlangen. Diese Begünstigung

---

l. 9 § 1 D. 45, 2, l. 71 pr. D. 46, 1, l. 16 pr. D. 46, 4, l. 14 D. 46, 8), als von plures obligationes (l. 8 pr. l. 9 § 2. l. 18 D. 45, 2, l. 5 D. 46, 1, l. 31 § 1 D. 46, 2, l. 128 D. 45, 1). Die „plures obligationes" erklärt die Einheitstheorie von der Mehrheit der subjectiven Beziehungen, für die Mehrheitstheorie bietet sich eine Erklärung in der Einheit der Leistungspflicht dar (vgl. jedoch auch Windscheid kr. Uebersch. VI S. 212). [[Eisele ACPra. LXXVII S. 417 fg. Mehrheit der Obligationen bei eadem res, d. h. mehrere Obligationen, Ein Anspruch (Forderung); mehrere Obligationen, Eine Leistungspflicht (Verbindlichkeit).]] [Für die Einheit Schott über die Cession von Correalobligationen Bresl. Diss. 1897 S. 7 fg. Binder verwirft schon für das r. R. den Gegensatz zwischen Correal- und solidarischen Obligationen ganz. S. bes. § 3. 21. 22. 25.]

[2] L 31 § 1 D. 46, 2: „ex quibus colligitur, unumquemque perinde sibi adquissise, ac si solus stipulatus esset, excepto eo, quod etiam facto eius, cum quo commune ius stipulantis est, amittere debitorem potest". L. 3 § 1 D. 45, 2. „Ubi duo rei facti sunt, potest vel ab uno eorum solidum peti . .". — An und für sich könnte das Verhältniß auch anders geordnet sein, nämlich so, daß die eine ungetheilte Obligation nur von den mehreren Gläubigern zusammen und nur gegen die mehreren Schuldner zusammen geltend gemacht werden dürfte. Diese Ordnung der Mitberechtigung bildet den Ausgangspunkt beim Miteigenthum (I § 169a). — Darf der Gläubiger auch gleichzeitig jeden der mehreren Schuldner auf das Ganze belangen? Sf. VI. 257, XII. 12, XIX. 22, XX. 20. 129, XXV. 212. Variationsr.? Vgl. Holzschuher III § 220, 4.

[3] § 1 I. 3, 16, l. 3 § 1 D. 45, 2 u. a. m.

[4] L. 3 § 1. l. 11 pr. D. 45, 2, l. 51 § 1 D. 46, 1, l. 8 § 1 D. 30. — Kann der von einem Schuldner theilweise befriedigte Gläubiger im Concurse des andern seine ganze Forderung anmelden? Sf. XXIV. 224. Goldschmidt ZS. f. HR. XIV S. 424 fg. Ders. Jahrb. f. Dogm. XXVI S. 381 fg. [Zweifellos kann der Gläubiger, wenn er vor der Concurseröffnung eine Theilzahlung angenommen hat, im Concurse nur den Rest anmelden, mag nun der Concurs über das Vermögen des Schuldners eröffnet werden, welcher die Theilzahlung geleistet hat oder über dasjenige eines andern Schuldners. S. Goldschmidt a. a. O. S. 380 fg. Sarwey-Bossert Comm. z. KO. § 61 Anm 4. Den Betrag aber, den er zur Zeit der Eröffnung des Concursverfahrens und falls mehrere solche Verfahren nacheinander eröffnet werden, zur Zeit der Eröffnung des ersten derselben zu fordern hatte, kann er, bis zu seiner vollen Befriedigung in jedem Concursverfahren über das Vermögen eines der mehreren Schuldner geltend machen, auch wenn er inzwischen Theilzahlungen erhalten hat. KO. 61 [68] S. d. Commentare und Goldschmidt a. a. O.].

Digitized by Google

bezieht sich entweder auf die ganze Schuld, so daß der Begünstigte in erster Linie für gar nichts haftet (Rechtswohlthat der Vorausklage)[5], oder nur auf die auf die übrigen Mitschuldner fallenden Kopftheile, so daß der Begünstigte für seinen Kopftheil in erster Linie haftet (Rechtswohlthat der Theilung)[6]. Die erste Begünstigung genießt der Bürge in seinem Verhältniß zum Hauptschuldner[7], ebenso jeder andere vertragsmäßige Correalschuldner, welcher die Schuld nur im Interesse seines Mitschuldners übernommen hat[8]; die zweite Begünstigung kommt zu Gute: a) mehreren Bürgen, welche für dieselbe Schuld eingetreten sind[9]; b) dem vertragsmäßigen Correalschuldner, welchen die Schuld materiell nur zu seinem Theil angeht[10].

---

[5] S. g. beneficium excussionis oder ordinis.

[6] S. g. beneficium divisionis. — Das Nähere über diese beiden beneficia wird, um den Zusammenhang nicht zu sehr zu unterbrechen, unten in der Lehre von der Bürgschaft, wo sie ihre Hauptanwendung finden, vorgetragen werden. — Das HGB. Art. 281 schließt bei Handelsgeschäften die Einrede der Theilung und der Vorausklage ganz aus. [Abs. 1 ist gestrichen weil im BGB. Gesammtschuldner die Einrede der Theilung oder der Vorausklage nicht mehr haben. Abs. 2, den Bürgen betreffend, ist (nicht unverändert) aufgenommen als § 349].

[7] Nov. 4 c. 1.

[8] Nov. 99 c. 1. Ist die in Note [10] vertretene Auslegung dieser Stelle richtig, so ist der im Texte bezeichnete Satz eine nothwendige Consequenz. Nach der Nov. 99 c. 1 kann übrigens der belangte Schuldner nicht sowohl vorherige Ausklagung des Mitschuldners fordern, als vielmehr nur gleichzeitige Belangung desselben, worauf dann der Richter beide Processe verbinden, und im Endurtheil, wenn der Mitschuldner sich als insolvent ausweist, sofort den zuerst belangten Schuldner verurtheilen muß. Daher paßt der Ausdruck: Rwohlthat der Vorausklage für diesen Fall streng genommen nicht; er wird jedoch der Kürze wegen beibehalten.

[9] § 4 I. 3, 20, l. 26—28. l. 51 § 4 D. 46, 1, l. 7 D. 27, 7, l. 8 C. 4, 18. Ausnahme: l. 12 D. 46, 6.

[10] Nov. 99 c. 1. Freilich ist die Auslegung dieser Stelle sehr bestritten. Die hauptsächlichsten abweichenden Meinungen sind folgende. 1) Die Vorschrift der Novelle beziehe sich auf alle Correalschuldner, oder wohl gar auf alle Solidarschuldner, mit Ausnahme nur derjenigen, welche es aus Delict geworden sind. 2) Sie beziehe sich nur auf Correalschuldner, welche sich gegenseitig für einander verbürgt haben. 3) Sie beziehe sich auf Theilschuldner, welche sich für einander verbürgt haben. — Die hier gebilligte Auslegung ist die von Vangerow aufgestellte. Auf dieselbe scheint mir sowohl der Wortlaut der Stelle hinzuweisen (sie spricht von Solchen, welche einerseits „ἀλληλεγγύως ὑπεύθυνοι“ geworden sind, andererseits besonders erklärt haben, daß Jeder für das Ganze haften solle), als die Natur der Sache; nach dieser Auslegung hat Justinian den sehr nahe liegenden Schritt gethan, daß er bei der passiven Correalobligation das derselben zu Grunde liegende materielle Rverhältniß auch dem Gläubiger gegenüber zur

Digitized by Google

Die Einheit der Correalobligation ist kein Hinderniß, daß deren mehrfache subjective Beziehung für die verschiedenen Subjecte verschieden gestaltet sei. So kann namentlich der eine Gläubiger oder Schuldner schlechthin, der andere unter einer Bedingung oder einer Befristung berechtigt oder verpflichtet sein, oder jeder unter einer anderen Bedingung oder Befristung [11]. Es können auch die mehreren subjectiven Beziehungen der Correalobligation sich auf Eine Person vereinigen, so daß diese Person trotz der Einheit der Obligation mehrfach berechtigt oder verpflichtet ist [12].

§ 294.

Unterliegt der Gläubiger, welcher das Ganze eingefordert hat, dem Rückgriff seiner Mitgläubiger auf Herausgabe eines verhältnißmäßigen Theils des Eingeforderten, und hat umgekehrt der Schuldner,

---

Anerkennung gebracht hat. — Die herrschende Ansicht ist die unter 1) bezeichnete, und für dieselbe hat sich auch eine feste Praxis ausgesprochen (vgl. Sf. VIII. 134, XII. 336, XIII. 95. 134, XXIII. 28, XXV. 25 Nr. III; Holzschuher III § 220 Nr. 3). Entscheidend scheint mir die Praxis in einer doch vorzugsweise doctrinellen Frage nicht sein zu können. Auch ist sie bereits in dem Urtheil bei Sf. XII. 13 verlassen, vgl. auch II. 173, XXV. 223 und Burchardi ACPra. XIX S. 50. Literatur und Uebersicht der verschiedenen Ansichten bei Bangerow § 573 Anm. 4; hinzuzufügen (zur 6. Aufl.): v. Helmolt § 18 (für die dritte Meinung), Wieding Novella Justiniani 99, Berolini 1857 (für die gemeine Meinung, vgl. kr. VJS. I S. 285—290), Brinz 2. Aufl. II S. 177 (ebenso), Ryk S. 79 (für die dritte Meinung) [Binder § 19 (für die herrschende Meinung)]. — Die Nov. 99 c. 1 gibt sich als Ausdehnung der Nov. 4 c. 1. Daraus folgt, daß für sie im Einzelnen nicht die Grundsätze von dem benef. divisionis des Bürgen, sondern die Grundsätze der Nov. 4 c. 1 gelten. Daher hat namentlich der Schuldner hier die Befugniß, die Belangung des Mitschuldners zu fordern, auch ohne daß er den Beweis der Zahlungsfähigkeit desselben führen müßte (vgl. § 479 [3—5]). Dieß ist nicht beachtet in den Erk. bei Sf. IX. 140, XII. 336. (Umgekehrt geht zu weit XIII. 95.) Von der andern Seite kann der Schuldner auch hier nicht sowohl vorherige, als vielmehr nur gleichzeitige Belangung des Mitschuldners verlangen ([6]). — Aus dem älteren R.: l. 47 D. 19, 2. — Das Reichsgericht hat in dem Erk. 30/1 85, Entscheid. XII S. 219, ausgesprochen, die Nov. 99 sei durch die RCPO. beseitigt, weil die Novelle Ladung der Mitschuldner von Amtswegen vorschreibe. Uebereinstimmend Dernburg II § 73, 1, Wendt S. 510. [Gradenwitz (§ 299 [6]) S. 40 [185], dagegen Hellmann ACPra. LXXVIII S. 385 fg. Schott ([1]) S. 66 fg.].

[11] § 2 I. 3, 16, l. 7 D. 45, 2. Vgl. l. 9 § 2 D. eod. — Nicht aber darf auch der Leistungsinhalt der verschiedenen Subjecte ein verschiedener sein, l. 9 § 1. l. 15 D. 45, 2. — Cession der Forderung gegen den einen der Correalschuldner: Sf. XXXVI. 25.

[12] L. 13 D. 45, 2, l. 5 D. 46, 1, l. 93. l. 95 § 8 D. 46, 3.

Digitized by Google

welcher das Ganze geleistet hat einen Rückgriff gegen seine Mitschuldner auf Ersatz eines verhältnißmäßigen Theils des Geleisteten[1]? Auf diese Frage gibt die Correalobligation als solche keine Antwort[2]: es kommt auf das derselben zu Grunde liegende materielle Rechtsverhältniß an[3]. Kraft dieses Rechtsverhältnisses kann übrigens ein Rückgriffsrecht nicht bloß auf einen Theil, sondern auch auf das Ganze begründet sein[4]. — In den Fällen, wo für den leistenden Schuldner ein Rückgriffsrecht begründet ist, kann derselbe außerdem von dem Gläubiger, welchen er befriedigt, verlangen, daß dieser ihm seinen Anspruch gegen den Schuldner, gegen welchen dem Leistenden das Rückgriffsrecht zusteht, abtrete[5]. Diese Befugniß ist auch Mit-

---

[1] W. Sell ZS. f. CR. u. Pr. III S. 370 fg. IV S. 17 fg. (1830. 1831). § 294. v. Schröter das. VI S. 409—435 (1833). Habicht rliche Erörterungen I S. 1 fg. (1843). Schmid die Grundlehren der Cession I S. 369—374 (1863). Savigny § 23—25. Vangerow III § 573 Anm. 3, Windscheid kr. Ueberch. VI S. 229—232, Samhaber § 19, Ryk S. 80 fg, Waldner S. 122 fg. 184 fg. Weitere Literaturangaben bei Schröter, Vangerow und Samhaber. [[Eisele ACPra. LXXVII S. 479]]. [Binder § 18 u. S. 429 fg.]

[2] A. M. in Betreff der Correalschuld Sell und Savigny, auch Zaun APrakt.RW. N. F. I S. 132 fg.; dieselben lassen einen Ersatzanspruch für den leistenden Correalschuldner ohne Weiteres eintreten. Für diese Ansicht spricht nicht l. 1 [2] C. 8, 39 [40] ([3]), und ebensowenig l. 65 D. 21, 2 Vangerow S. 83 [7. Aufl. S. 75]. Gegen dieselben spricht sehr entschieden l. 62 pr. D. 35, 2, sowie daß anerkanntermaßen der zahlende Bürge einen Rückgriff gegen den Mitbürgen nicht hat; s. außerdem l. 34 pr. D. 4, 8, l. 10 § 10 D. 15, 3, l. 29 D 34. 3 — Stellen, auf welche erst Samhaber (a. a. O.) und Fitting (S. 40 [41], S. 103 [139]) aufmerksam gemacht haben. S. auch Sf. I. 331, XXII. 237. — Neuestens wieder für die hier verworfene Ansicht Ihering Jahrb. f. Dogm. X S. 344 fg. (vgl. darüber § 449 [1a]) und Waldner a. a. O., der sogar auch bei der activen Correalobligation Regreßr. annimmt. Dernburg II § 73 a. E.: die Vermuthung spreche dafür, daß bei der Begründung der Correalobligation Regreß des Schuldners gewollt sei. Mitteis Grünh. ZS. XIV S. 469 fg.: Regreß bei gesetzlicher und testamentarischer, nicht bei vertragsmäßiger Correalität. Für den Regreß de lege ferenda Kohler Jahrb. f. Dogm. XXV S. 118 fg. [Sf. XLIX. 81].

[3] Abgesehen von den Fällen, wo der Begründung der Correalobligation ein Gesellschafts- oder ein Auftragsverhältniß zu Grunde liegt, ist ein Rückgriff überall begründet, wo das Aequivalent für die erworbene Mitforderung von allen Gläubigern beschafft, oder der Vortheil der eingegangenen Mitschuld allen Schuldnern zu Gute gekommen ist, nach den Grundsätzen der condictio sine causa (§ 422 [4]) und der negotiorum gestio (§ 431 [12]). Von dem letzteren Fall ist wahrscheinlich l. 1 [2] C. 8, 39 [40] zu verstehen. Vgl. auch Sf. VII. 158, XXIV. 110, XXV. 223.

[4] So namentlich bei der Bürgschaft.

[5] L. 13 C. 4, 65. Vgl. l. 47 D. 19, 2. Sf. XX. 21, XXV. 11. 223. [Lacour de la subrogation entre les codébiteurs solidaires etc. ✓ Th. de Paris 1894 bes. p. 35 s.].

Digitized by Google

bürgen eingeräumt worden, obgleich dieselben ein Rückgriffsrecht gegen einander nicht haben [6].

§ 295.

Nicht bloß durch die Leistung an einen Correalgläubiger und die Leistung eines Correalschuldners werden auch die übrigen Gläubiger beseitigt und auch die übrigen Schuldner befreit: es gibt noch eine Reihe von anderen Aufhebungsthatsachen, welche eine über die Person desjenigen Obligationssubjectes, in welchem sie eintreten, hinausgehende Wirkung haben. Dahin gehören vor Allem die Erfüllungssurrogate: Leistung an Erfüllungsstatt (§ 342 Ziff. 2), gerichtliche Hinterlegung (§ 347), durchgeführte Compensation [1], — während die Compensationseinrede selbst einem andern Gläubiger, als demjenigen, gegen welchen die Gegenforderung begründet ist, und von einem andern Schuldner, als demjenigen, welchem die Gegenforderung zusteht, nur insofern entgegengesetzt werden kann, als das Eingeforderte dem Mitgläubiger, welcher Schuldner in der Gegenforderung ist, herausgegeben, oder das Geleistete von dem Mitschuldner, welcher Gläubiger in der Gegenforderung ist, ersetzt werden muß [2], — endlich die Novation [3]. Ferner hat objective Wirkung

---

[6] L. 11 C. 8, 40 [41], l. 39 D. 46, 1. Vgl. § 481 [9. 10].

§ 295. [1] Beweisstellen für das in Betreff dieser Thatsachen Gesagte lassen sich nicht beibringen; aber deßwegen ist das Gesagte nicht weniger sicher. Unter durchgeführter Compensation wird eine durch Vertrag oder richterliches Urtheil vollzogene Compensation verstanden. [Vgl. Binder § 8. 14.]

[2] L. 10 D. 45, 2 „Si duo rei promittendi socii non sint, non proderit alteri, quod stipulator alteri reo pecuniam debet“. Das Nähere s. § 350 [19. 20].

[3] L. 31 § 1 D. 46, 2 (über den Sinn des Schlusses dieser Stelle s. einerseits Hasse Güterr. der Ehegatten nach r. R. S. 305 fg., Bechmann r. Dotalr. I S. 115, Huschke ZS. f. CR. u. Pr. N. F. II S. 156 fg., andererseits v. Salpius Novation und Delegation S. 175), vgl. l. 8 § 11. l. 20 D. 16, 1, l. 33 § 1 D. 45, 3 L. 27 pr. D. 2, 14 handelt von argentarii socii, die keine eigentlichen Correalgläubiger sind. S. Savigny S. 174 fg. und unten § 297 [8]. Ueber die verschiedenen Meinungen s. Bangerow Anm. 5 Nr. I. 2. G. Manna Saggi sulle obligazioni in solido in diritto romano. I. Studio sulla l. 27 pr. D. de pactis (2, 14). Roma 1885. Darüber Schneider kr. VJS. XXVIII S. 15 fg. [Binder § 13.] — Einen Beweis für die Einheit der Correalobligation gewährt die objective Wirkung der Novation nicht, eben weil sie Erfüllungssurrogat ist. Jedenfalls das Resultat der Novation ist, daß der Gläubiger an Stelle des verlorenen Forderungsr. ein anderes (für sich oder einen Dritten) hat, welches er durch Hingabe des verlorenen erworben, für das verlorene eingetauscht hat. Deßwegen wird man auch nicht umhin können, der

Digitized by Google

der Erlaß[4], vorausgesetzt daß er in der That auf die ganze Obligation, und nicht bloß auf die subjective Beziehung desjenigen Obligationssubjectes, welches den Erlaßvertrag abschließt, gerichtet ist[5].

Novation eine gleiche objective Wirkung auch da zuzuschreiben, wo anerkanntermaßen eine Mehrheit von Obligationen bei einmaliger Leistungspflicht besteht. Auch wird in l. 31 § 1 D. 46, 2 als Unterstützung für die objective Wirkung der Novation angeführt: „eo magis cum eam stipulationem similem esse solutioni existimemus". Vgl. § 353 [2], wo auch die Literatur angegeben ist. S. noch Note [5].

[4] Acceptilatio: l. 31 § 1 D. 46, 2, l. 13 § 12. l. 16 D. 46, 4. Hatte auch das pactum de non petendo in rem (über das pactum de non petendo in personam s. l. 22. l. 25 § 1 D. 2, 14, l. 8 § 3 D. 34, 3, Sf. XX. 36, XXIII. 115) Wirkung für die anderen Correalschuldner und gegen die anderen Correalgläubiger? Unzweifelhaft für die anderen Schuldner im Falle eines Regreßanspruches, l. 21 § 5. l. 24. l. 25 pr. l. 32 D. 2, 14, l. 9 § 1 D. 45, 2 (vgl. Seuffert Pand. § 291 [2a]). Eine weitergehende Wirkung des pactum, also für die anderen Correalschuldner bei nicht begründetem Regreßanspruch, und für die anderen Correalgläubiger überhaupt, leugnet die gemeine Meinung (Sf. XXIV. 109). Doch kommt in Betracht: a) daß l. 25 § 2. l. 26 D. 2, 14, aus dem pactum des Bürgen dem Hauptschuldner und dem Mitbürgen, wenn auch nicht exceptionem pacti, doch exceptionem doli geben (vgl. auch Unger Jahrb. f. Dogm. X S. 19 [22]. S. 54 [69]); b) daß, was Correalgläubiger angeht, l. 34 pr. D. 4, 8 wenigstens so viel sagt, daß bei vorhandenem Regreßanspruch das Fordern des einen Gläubigers auch das Fordern des andern sei, während l. 27 pr. i. f. D. 2, 14, welche die Wirksamkeit des pactum für den andern Gläubiger leugnet, nicht nothwendigerweise auf den Fall eines Regreßanspruches bezogen zu werden braucht. — Was das heutige R. angeht, so haben wir in unserem Quittungsvertrag einen der römischen acceptilatio durchaus entsprechenden Erlaßvertrag (§ 357 [13. 14]). Zwischen pactum de non petendo und directem Erlaßvertrag darf, wenn der Wille der Parteien unzweifelhaft darauf gerichtet ist, daß das Forderungsr. in aller und jeder Beziehung unwirksam werden solle, heutzutage nicht mehr unterschieden werden (§ 357 [7]). Der directe Erlaß aber, auch wenn er nicht in die Form der Quittung eingekleidet worden ist, hat Wirkung für die sämmtlichen Correalgläubiger und -Schuldner kraft der Einheit der Correalobligation. — Was den Beweis angeht, welcher aus den genannten Bestimmungen des r. R. für die Einheit der Correalobligation hergeleitet werden kann, so glaube ich (jetzt, vgl. kr. VJS. III S. 170), daß die objective Wirkung der acceptilatio möglicherweise auch ohne die Annahme der Einheit der Correalobligation erklärt werden kann (vgl. § 357 [5]), nicht aber auch die in l. 25 § 2. l. 26 D. 2, 14 bezeugte objective Wirkung des pactum de non petendo. — Vgl. zu dem Gesagten noch G. Ph. v. Bülow Abhandlungen über einzelne Materien des r. R. II Nr. 19 und Guyet Abhandlungen aus dem Gebiete des Civilr. Nr. 11; ferner Bangerow Anm. 5 Nr. II. 2 und die daselbst (6. Aufl.) Citirten, außerdem Rückert S. 36—39, Scheurl Beiträge II S. 27. 28, Fitting S. 44 fg., 93 fg., E. A. Seuffert in Seuffert's Pand. § 291 [3. 4], Baron S. 293 fg. 308 fg., Brinz 2. Aufl. II S. 174, Ryk S. 73 fg., Waldner S. 84 fg. 174 fg. Dernburg II § 73, 4, Mitteis Individualisirung S. 71 fg. Grünh. ZS. XIV S. 445 fg. [Bergmann der Erlaß bei Correal- und Solidarobligationen. Erl. Diss. 1896. Binder § 9. 10 u. S. 408 fg.]

Digitized by Google

Was von dem Erlasse überhaupt gilt, gilt auch von dessen besonderen Anwendungen im Vergleiche[5a], Schiedsrichter- und Schiedseidvertrag[6]. Auch das die Obligation[7] aberkennende Urtheil wirkt gegen alle Gläubiger und für alle Schuldner, wenngleich sie am Processe nicht Theil genommen haben[8]. — Dagegen wird durch

---

[5] S. die vorige Note. — Ist die gleiche Beschränkung auch in Betreff der Novation hinzuzufügen, so daß die Möglichkeit einer Novation anzuerkennen wäre, durch welche nicht an die Stelle der vorhandenen Obligation eine andere, sondern an die Stelle einer subjectiven Beziehung der vorhandenen und fortdauernden Obligation eine andere subjective Beziehung gesetzt wird? Dagegen die herrschende Meinung, welche zuletzt vertheidigt worden ist von Fritz XIX S. 72—73, Salkowski Novation S. 351 fg.; dafür Huschke ZS. f. CR. u. Pr. N. F. II S. 153 fg., Arndts § 268 [11]. Rückert S. 15. 41 fg., Helmolt S. 142, Baron S. 391 fg., welche Schriftsteller (mit Ausnahme von Arndts) sogar so weit gehen, die beschränkte Wirkung der Novation als die Regel zu setzen (auf Grund von l. 31 § 1 D 46, 2 „cum id specialiter agit", welche Worte von der andern Seite, und gewiß richtiger [vgl. l. 29 eod.], für eine Interpolation gehalten werden).

[5a] Savigny S. 179, Brinz S. 40 fg. (Pand. II S. 166 [27]), Risch Vergleich S. 195 fg. Vgl. § 413 [12]. [Binder § 11 u. S. 423.]

[6] In Betreff des Eides s. l. 28 pr. § 1. 3. l. 42 § 1. 2 D. 12, 2, l. 1 § 3 D. 44, 5. L. 34 pr. D. 4, 8 spricht nur von dem Verfall der Strafe, nicht von der aus dem Schiedsvertrag erwachsenden Einrede (a. M. Brinz 2. Aufl. II S. 175 [63]). Natürlich muß auch hier der Vertragswille (und die Entscheidung, welcher er sich unterordnet) auf die Obligation selbst, nicht bloß auf die persönliche Beziehung des einen Obligationssubjectes gerichtet sein. L. 28 § 1 cit.: — „si modo ideo interpositum est iusiurandum, ut de ipso contractu et de re, non de persona iurantis ageretur. S. noch l. 1 § 3 cit. Vgl. übrigens § 415 [5], § 418 [1 d]. — Jedenfalls beim Schiedseidvertrag reichte schon nach r. R. nudum pactum hin. Die Beweiskraft für die Einheit der Correalobligation, welche darin liegt, glaubt Fitting § 12 durch Hinweisung auf l. 28 § 2 D. 12, 2 beseitigen zu können, indem er in dieser Stelle den Satz ausgesprochen findet, daß der Schiedseid gleiche objective Wirkung auch bei der bloß solidarischen Obligation habe. Aber es kommt hier die Bürgschaftsnatur des in der Stelle bezeichneten Versprechens (l. 2 § 5 D 2, 8) in Betracht. Vgl. auch Baron S. 378. (Der von Lenel, ZS. f. RGesch. XV S. 43 fg. und Edictum perpetuum S. 53 fg., vermuthete historische Zusammenhang ist für die vorliegende Frage gleichgültig.) [Binder S. 198 fg. § 12 u. S. 427.]

[7] Die Obligation, nicht bloß eine persönliche Beziehung derselben.

[8] L. 42 § 3 D. 12, 2. (Daß die Stelle die Wirkung der litis contestatio ignorirt, erklärt sich aus l. 28 C. 8, 40 [41]: — „invenimus etenim et in fideiussorum cautionibus plerumque ex *pacto* huiusmodi causae esse prospectum".) Die objective Wirkung des Urtheils leugnen Kuntze S. 210 fg., Fitting S. 70, 71, E. A. Seuffert in Seuffert's Pand. § 296 [2], Mitteis Individualisirung S. 90 fg. Grünh. ZS. XIV S. 456 fg. Dernburg II § 73, 4, e. Für dieselbe neuerdings Hartmann ACPra. L S. 133 fg. ZS. f. Schweiz. R. N. F. VI S. 124 fg. Vgl. noch I § 132 [4—6]. Dem Urtheil steht

Digitized by Google

Confusion nur eine Person aus der Obligation herausgenommen, während die Obligation selbst, also für die andern Gläubiger bez. Schuldner, fortbesteht[9]. Ebenso hebt die Anspruchsverjährung die Obligation nur für die betreffende Person auf[10], obgleich die Unterbrechung der Verjährung, welche von einem Gläubiger oder gegen einen Schuldner bewirkt worden ist, auch den anderen Gläubigern und gegen die anderen Schuldner hilft[11]. Endlich bewirkt die in der

---

gleich die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Dieselbe wirkt objectiv, wenn sie die Obligation selbst, bloß subjectiv, wenn sie nur eine subjective Beziehung der Obligation aufheben will. Von letzterem Falle handeln l. 3 § 4. l. 48 pr. D. 4, 4. Vgl. Savigny S. 195, Baron S. 333, [Binder S. 238 fg.]

[9] L. 71 pr. D. 46, 1: — „et puto . . . confusione obligationis eximi personam". Der Grund, warum die Confusion die Obligation aufhebt, ist, weil Niemand sein eigener Gläubiger oder Schuldner sein kann; dieser Grund fällt weg, wenn neben dem Gläubiger, welcher mit dem Schuldner zusammengefallen ist, noch ein zweiter Gläubiger, neben dem Schuldner, welcher mit dem Gläubiger zusammengefallen ist, noch ein zweiter Schuldner vorhanden ist. Vgl. Kretschmar Secum pensare S. 49 fg. Fitting sieht in der bloß subjectiven Wirkung der Confusion einen entscheidenden Beweis gegen die Einheit der Correalobligation, S. 103 fg.; dagegen Samhaber S. 118, Windscheid kr. VJS. III S. 176, Kretschmar a. a. O. — Die l. 71 pr. cit. spricht nur von der passiven Correalobligation, aber die herrschende Meinung läßt mit Recht ihre Entscheidung auch für die active gelten. A. M. Arndts Rlex. IV S. 18[140] und Pand. § 273[2], Fitting S. 202—208; dagegen Fritz XIX S. 76—80, Baron S. 356—357. Man bemerke über diese Frage Folgendes. a) Durch die Confusion verliert der Gläubiger sein Forderungsr. nicht ohne Aequivalent — er braucht eine Schuld nicht zu erfüllen, die ihm sonst zur Last fallen würde; weßwegen auch die Quellen die confusio mit der solutio zusammenstellen (§ 352[4]). Daher war die Frage wohl erlaubt, ob nicht die Confusion auch bei der Correalobligation „potestate solutionis" (l. 50 D. 46, 1) wirke, und in der That wird diese Frage in l. 71 pr. cit. aufgeworfen („iusta dubitatio est"), aber ausdrücklich verneint. Wäre sie bejaht worden, so hätte dieß zur Anerkennung der objectiven Wirkung der Confusion nicht bloß bei der activen, sondern auch bei der passiven Correalobligation geführt. Kann dem Mitgläubiger entgegengesetzt werden, daß er fordere, was der Schuldner (ehemaliger Mitgläubiger) bereits mit dem Verluste seiner Forderung bezahlt habe, so kann dem Mitschuldner (jetzigem Gläubiger) entgegengesetzt werden, daß er fordere, wofür er bereits durch Befreiung von seiner Schuld bezahlt sei. b) Eine Selbstwahl des Mitgläubigers, welcher den Schuldner beerbt hat oder von ihm beerbt worden ist (Fitting), ist nicht möglich: aus dem einfachen Grunde nicht, weil der Correalgläubiger die Wahl nur zwischen den mehreren Schuldnern hat, er aber sein eigener Schuldner nicht ist, weil er es nicht sein kann. [Binder S. 240.]

[10] Weil nur für die betreffende Person eine Unthätigkeit vorliegt, in welcher die Anspruchsverjährung ihren Grund hat. A. M. Puchta § 235 zu [k], Kuntze S. 193, Fitting S. XIV, Arndts § 277[2]. [Binder S 241.]

[11] L. 4 [5] C. 8, 39 [40]. Eine singuläre Vorschrift Justinians, welche übrigens als Grund die Einheit der Correalobligation bezeichnet. Ist nicht

Digitized by Google

Person eines Correalgläubigers oder Correalschuldners ohne die Schuld des Schuldners eintretende Unmöglichkeit der Erfüllung nicht, daß auch der Mitgläubiger sein Forderungsrecht verliere und der Mitschuldner frei werde[12], so wie umgekehrt die Verschuldung eines Mitschuldners nicht bewirkt, daß die Obligation für den Mitschuldner, welcher an der Unmöglichkeit nicht Schuld ist, fortdauere[13]. Das

---

wenigstens auf Grund dieser Vorschrift der Vollendung der Anspruchsverjährung Wirkung für alle Obligationssubjecte zuzuschreiben? So Kuntze S. 193, Fitting S. XIV. Aber, wie nahe auch die Ergänzung des Gedankens liegt, Justinian hat sie nicht ausgesprochen. Man darf auch nicht sagen, daß nach Justinians Vorschrift die Anspruchsverjährung sich immer nothwendig für alle Obligationssubjecte zugleich vollende; man denke z. B. an den Fall, wo für einen der Gläubiger oder der Schuldner eine aufschiebende Bedingung oder Befristung gilt. Savigny S. 194, Fritz XIX S. 90. [Binder S. 241 fg.]

[12] Eine auf die Person eines Correalgläubigers beschränkte Unmöglichkeit der Erfüllung liegt vor, wenn derselbe den zu leistenden Gegenstand anderweitig erlangt, worüber das Nähere § 343a. Eine unverschuldete Unmöglichkeit bloß für die Person eines Correalschuldners liegt vor, wenn die Unmöglichkeit durch die Schuld des Mitschuldners eingetreten ist.

[13] Dafür beweist: a) daß der Hauptschuldner nicht für die Schuld des Bürgen haftet, l. 19 D. 4, 3, l. 32 § 5 D. 22, 1, l. 88 D. 45, 1, l. 38 § 4 D. 46, 3, und ebenso b) der correus nicht für den Verzug des correus, l. 32 § 4 D. 22, 1. Nichtsdestoweniger stellt die herrschende Ansicht den entgegengesetzten Satz auf, mit Berufung auf die Einheit der Correalobligation, und auf l. 18 D. 45, 2. „Ex duobus reis eiusdem Stichi promittendi factis alterius factum alteri quoque nocet". Aber es scheint mir ein Irrthum zu sein, daß dieser Satz durch die Einheit der Correalobligation gefordert oder auch nur erklärt werde: warum sollte nicht auch hier, wie sonst, die Obligation für die eine subjective Beziehung absterben können, während sie für die andere fortdauert? Und was l. 18 cit. angeht, so hat Fritz XIX S. 83 (s. auch Baron S. 288 fg.) nachgewiesen, daß es jedenfalls nicht unmöglich ist, diese Stelle in anderer Weise zu verstehen. Andere haben durch Emendation zu helfen gesucht („non" oder „nequaquam" statt „quoque"; „stipulandi" oder „credendi" statt „promittendi", Kuntze S. 155 [9]; „sociis" statt „factis", Bekker Jahrb. d. gem. R. III S. 123 fg. — dagegen Fritz XIX S. 85), oder durch Annahme einer Interpolation mit Rücksicht auf l. 4 [5] C. 8, 39 [40] (Fitting S. 81 [96] und S. 241 [260], Waldner S. 46). S. auch Girtanner Bürgschaft S. 409 und Stipulation S. 265 [217], Unger S. 247 fg. (die Stelle setze Mitschuld des correus voraus). Vgl. noch Rückert S. 19—31, Wirth ACPra. XXXIX S. 123 fg., Samhaber S. 102 fg., Kniep Mora I S. 318 fg., Czyhlarz S. 77 fg., Brinz 2. Aufl. II S. 176, Hölder S. 29, Ryk S. 47, Mitteis Individualisirung S. 94 fg. Grünh. ZS. XIV S. 465 fg., Dernburg II § 73, 2. [Eisele ACPra. LXXXIV S. 295: daß ein correus für die mora des andern nicht einsteht, ist consequent, weil jeder aus seiner obligatio haftet; daß der eine für die culpa des andern einsteht, ist inconsequent aus praktischen Gründen zu Gunsten des Gläubigers statuirt. F. Longo per il XXXV anno d'insegnam. di F. Serafini p. 341 s. für die Haftung des einen Correalschuldners für Verschulden des andern; daß der eine für die mora des

Digitized by Google

Letztere ist anders nur dann, wenn die Verpflichtung, in welcher der unschuldige Mitschuldner steht, nichts ist, als die Erstreckung der Verpflichtung des Schuldigen[14. 14a].

§ 296.

Kann eine Correalobligation sich auf eines der Obligationssubjecte auch in anderer Weise concentriren, als dadurch, daß eine eintretende Aufhebungsthatsache dieses eine Subject unberührt läßt? Anerkannt ist dieß nur für die active Correalobligation. Hier schließt jeder Gläubiger die anderen Gläubiger aus: a) durch die Erhebung der Klage[1]; b) dadurch, daß er sich von dem Schuldner ein Erfüllungsversprechen geben läßt[2].

---

andern nicht hafte, liege daran, daß die mora nicht das Object, sondern die Person betreffe (p. 348). Ist das eine Erklärung? [Binder § 17.]

[14] So haftet der Bürge für die Verschuldung des Hauptschuldners, der Vater bei der actio quod iussu und den entsprechenden Klagen für die Verschuldung des Sohnes. L. 91 § 4. 5 D. 45, 1.

[[14a] Cession: Vgl. § 335 [17]].

[1] Welche nach CPO. § 239 [267] an die Stelle der römischen litis contestatio § 296. getreten ist. — Im klassischen r. R. hob die litis contestatio die Obligation im Uebrigen auf, und ließ sie nur für diesen Proceß fortdauern (I § 124 [1]). Damit war von selbst gegeben, daß sie jeden andern Correalgläubiger ausschloß, ebenso aber auch jeden andern Correalschuldner befreite. Die consumirende Kraft der litis contestatio ist nun zwar im Justinianischen Re abgestorben (I § 124 [1 a. E.]); aber nichtsdestoweniger läßt sich nicht füglich bezweifeln, daß auch nach Justinianischem R. jeder Correalgläubiger sein Forderungsr. dadurch verliert, daß der Mitgläubiger den Proceß gegen den Schuldner erhebt und bis zum Streitbeginn durchführt. Nur wirkt jetzt die litis contestatio nicht mehr kraft ihrer processualen Natur, sondern als Ausübung des dem Correalgläubiger zustehenden Wahlr., oder, was nur eine andere Wendung desselben Gedankens ist, als Prävention (Occupation) — Gesichtspunkte, von welchen jedenfalls der erste in unsern Quellen neben dem Gesichtspunkt der Consumtion mit Entschiedenheit hervorgehoben wird (vgl. Fitting § 31, Fritz XIX S. 98—99. Beweis für das Gesagte ist: a) daß Justinian den Satz, daß ein Correalschuldner durch den mit dem Mitschuldner begonnenen Proceß befreit werde, noch besonders aufgehoben hat (l. 28 C. 8, 40 [41], während er von dem entsprechenden Satze für die Correalgläubiger kein Wort sagt; b) daß die Compilatoren eine Reihe von Stellen, in welchen dieses letzteren Satzes gedacht wird, aufgenommen haben (l. 2. 16 D. 45, 2, l. 5 D. 46, 1, l. 31 § 1 D. 46, 2), während sie die Stellen, welche von dem ersteren handelten, entweder ausgelassen oder unschädlich gemacht haben (z. B. l. 2 D. 45, 2, l. 8 § 1 D. 30). Nichtsdestoweniger schreibt die herrschende Meinung dem Streitbeginn Einfluß ebenso wenig auf die active Correalobligation zu, wie auf die passive (vgl. Bangerow S. 102). Die hier vertretene Ansicht ist namentlich von Fitting vertheidigt worden, welcher nur darin zu weit geht, daß er die litis contestatio auch für das klassische r. R. lediglich nach dem Gesichtspunkte der Wahl wirken läßt. Diese Einseitigkeit hat vermieden Fritz XIX

Digitized by Google

b. Entstehung.

§ 297.

Eine Correalobligation kann, wie jede andere Obligation, begründet werden durch Rechtsgeschäft, richterliche Verfügung, gesetzliche Vorschrift. Alle diese Fälle aber haben das Gemeinsame, daß die Wirkung einer und derselben Thatsache ungetheilt auf eine Mehrheit von Personen bezogen wird[1].

1. Vertrag. a. Es wird ein Vertrag zwischen Mehreren abgeschlossen — ein und derselbe Vertrag zwischen Allen, nicht für jeden Contrahenten ein besonderer[1a]. Dabei wird aber die ausdrückliche

---

§ 22—25. Vgl. noch Samhaber S. 95 fg. 131 fg., Windscheid kr. VJS. III S. 172—174, Arndts § 271 [4], E. A. Seuffert in Seuffert's Pand. § 295 [6a], Baron S. 363 fg. (welcher die litis contestatio gegen die übrigen Gläubiger deßwegen wirken läßt, weil er ihr noch für das Justinianische Recht consumirende Kraft zuschreibt), Vangerow 7. Aufl. III S. 92, Ryk S. 69, Unger S. 256 fg., Hölder S. 17 fg., Waldner S. 103 fg. 129 fg.

[2] L. 10 D. 13, 5. Diejenigen, welche den Gesichtspunkt der Wahl oder Prävention nicht anerkennen, haben dieser Stelle gegenüber einen harten Stand. Vgl. Fritz XIX § 27 und die daselbst gemachten Literaturangaben, Bruns ZS. f. RGesch. I S. 81—83, Baron S. 302 fg. (welcher gegen die Gesichtspunkte der Wahl und Prävention polemisirt, und dafür lehrt, daß der Correalgläubiger kraft seines Gläubigerr. — die Befugniß habe, den Schuldner zu verpflichten, nur ihm zu zahlen), Huschke ACPra. LXV S. 247 fg., Ryk S. 68, Waldner S. 172. Serafini Arch. giur. XVII p. 401 s. XVIII p. 13 s. erklärt jetzt: sowie die Kraft des Constitutum, durch welches ein Schuldner seinem Gläubiger verspricht, ihm oder einem Dritten zu leisten, gebrochen wird durch ein zweites Constitutum, durch welches der Schuldner dem Gläubiger verspricht, ihm zu leisten (l. 8 eod.), so wird die Kraft des Constitutum, durch welches ein Schuldner dem einen seiner Correalgläubiger verspricht, ihm zu leisten, dadurch gebrochen, daß der Schuldner dem anderen Correalgläubiger leistet (l. 10 cit.). Die Schlußworte der l. 10 „quia loco eius, cui iam solutum est, haberi debet is cui constituitur" sollen bedeuten: „weil der Gläubiger, dem im zweiten Falle geleistet worden ist, gleichsteht dem Gläubiger, dem im ersten Fall constituirt worden ist." Ich halte diese Erklärung für künstlich und gezwungen, und glaube nicht, daß sie sich Freunde erwerben wird. Gegen dieselbe auch Huschke a. a. O. S. 244 fg. Sutro Nieuwe Bydragen voor Regtsgeleerdheid en Wetgeving, nieuwe Reeks, tweede Deel, 1876 p. 3 will die Stelle verstanden wissen von Correalgläubigern in einer obligatio naturalis. Kuntze die Obligationen im r. u. heut. R. S. 160: constitutum in Novationsabsicht.

§ 297. [1] Vgl. Windscheid krit. Ueberschau VI S. 226—228, Bruns in v. Holtzendorff's Encycl. § 47 geg. E.

[1a] Die Einheit des Vertrages tritt besonders deutlich in der Stipulationsformel hervor, welche die Quellen für die Begründung einer Correalobligation angeben. Pr. I 3, 16. „Et stipulandi et promittendi duo pluresve rei fieri possunt. Stipulandi ita, si post omnium interrogationem promissor respondeat 'spondeo'; ut puta cum duobus separatim stipulantibus ita promissor

Digitized by Google

oder stillschweigende Erklärung abgegeben, daß die durch den Vertrag begründete Obligation für alle Contrahenten ungetheilt bestehen solle[2]. Oder b) es wird ein Vertrag dahin abgeschlossen, daß in eine durch eine andere Thatsache begründete Obligation ein neuer Gläubiger oder Schuldner hineintreten solle[3].

---

respondeat 'utrique vestrum dare spondeo'. Nam si prius Titio spoponderit, deinde alio interrogante spondeat, alia atque alia erit obligatio, nec creduntur duo rei stipulandi esse. Duo pluresve rei promittendi ita fiunt: 'Maevi quinque aureos dare spondes? Sei eosdem quinque aureos dare spondes?' si respondeant singuli separatim 'spondeo'." Vgl. l. 3 pr. l. 4 l. 6 § 3. l. 12 pr. D. 45, 2, l. 28 § 2 D. 45, 3. Unger S. 279: es liegen mehrere Versprechen vor, dieselben werden aber als Ein Versprechen zusammengefaßt. Gewiß; aber nicht anders, als wie die Handlung des Gläubigers und die Handlung des Schuldners als Ein Vertrag zusammengefaßt werden. — Ueber die Frage, ob nach r. R. eine Correalobligation auch durch eine andere Vertragsform, als die Stipulation (und den Literalcontract? l. 9 pr. D. 2, 14, l. 34 pr. D. 4, 8, Savigny S. 148—150, v. Salpius Novation und Deleg. S. 97—98), habe begründet werden können, s. l. 9 pr. D. 45, 2, l. 13 § 9. l. 47 D. 19, 2, l. 16 pr. D. 13, 5, l. 5. 9. 12 C. 4, 2, und Ribbentrop § 19. 20, Savigny S. 153—157, Brinz 1. Aufl. S. 10, Kuntze S. 169—172, Fritz XXII S. 461 fg. (über l. 9 pr. D. 45, 2 S. 475 fg.).

[2] L. 11 § 1. 2 D. 45, 2. „Cum tabulis esset comprehensum, 'illum et illum centum aureos stipulatos' neque adiectum, 'ita ut duo rei stipulandi essent' virilem partem singuli stipulati videbantur. Et e contrario cum ita cautum inveniretur: 'tot aureos recte dari stipulatus est Iulius Carpus, spopondimus ego Antoninus Achilleus et Cornelius Dius', partes viriles deberi, quia non fuerat adiectum, singulos in solidum spopondisse, ita ut duo rei promittendi fierent". L. 5. 9. 12 C. 4, 2. Deutsche Formeln: Einer für Alle, Alle für einen; sammt und sonders; zur ungetheilten Hand. Vgl. Samhaber S. 164, Stobbe deutsch. Privatr. III S. 170, [3. Aufl. (Lehmann) § 221 zu [22]], Sf. XXIV. 108 (Mitunterschrift eines im Singular ausgestellten Wechsels). (Deutsches R.: die Parteien legen bei Abschluß des Vertrages ihre Hände in einander und erscheinen so als Eine Person. „Gesammte Hand". Vgl. Stobbe a. a. O. S. 166 [3. Aufl. (Lehmann) § 221 zu [5] fg.] Sf. XLI. 270, XLIII. 100. — Die oft aufgestellte Behauptung, daß die solidarische Verhaftung der mehreren contrahirenden Schuldner immer ausdrücklich ausgemacht werden müsse, beruht auf einer irrigen Auslegung der Nov. 99 c. 1. Vgl. Vangerow S. 90 (7. Aufl. S. 81). RG. XV S. 175. — HGB. Art. 280. „Wenn zwei oder mehrere Personen einem Andern gegenüber in einem Geschäft, welches auf ihrer Seite ein Handelsgeschäft ist, gemeinschaftlich eine Verpflichtung eingegangen sind, so sind sie als Solidarschuldner zu betrachten, sofern sich nicht aus der Uebereinkunft mit dem Gläubiger das Gegentheil ergibt." [Gestrichen, weil durch BGB. 427 überflüssig geworden.]

[3] Daß auch in dieser Weise eine Correalobligation begründet werden könne, ist nicht allgemein anerkannt; es wird von Manchen behauptet, daß die durch nachfolgenden Vertrag begründete Obligation immer wenigstens formal eine neue sei. Vgl. Fritz XVIII S. 363 fg. und die daselbst Citirten, jetzt auch Baron S. 254 fg. (welcher zwischen activer und passiver Correalobligation unterscheiden

Digitized by Google

2. Letztwillige Verfügung. Auch hier ist erforderlich die Erklärung des Willens, daß jeder der Bedachten oder Beschwerten ungetheilt Gläubiger oder Schuldner sein solle[4].

3. Das Gleiche gilt auch für die richterliche Verfügung[5].

4. Gesetzliche Bestimmung. Unmittelbar durch gesetzliche Bestimmung tritt eine Correalobligation ein in Folge der Erstreckung der Verbindlichkeit der Gewaltunterworfenen auf den Gewalthaber und in den analogen Fällen[6]. Ferner stehen in einer gesetzlichen Correalverbindlichkeit die mehreren Eigenthümer eines Schaden anrichtenden Thieres[7. 8].

---

will). Für die hier vertheidigte Ansicht beruft man sich gewöhnlich vorzugsweise auf l. 3 pr. D. 45, 2; es ist zuzugeben, daß diese Stelle nicht entscheidend ist. Ebensowenig sind entscheidend die anderen Stellen, welche man anzuführen pflegt, l. 9 § 2 D. 45, 2, l. 7 § 1 D. 26, 8, l. 8 § 5 D. 46, 2. Aber es ist anerkannt, daß durch nachfolgende Stipulation ein fideiussor beigezogen werden kann, und wenn auch die Quellen den fideiussor nicht als correus bezeichnen, vielmehr den fideiussor und reus überall den plures rei entgegensetzen, so zeigt doch die Obligation des fideiussor in ihrem Verhältniß zur Hauptobligation alle charakteristischen Eigenschaften der Correalobligation, und in l. 1 § 8 D. 44, 7 wird vom fideiussor ausdrücklich gesagt, daß er „eadem obligatione" verhaftet sei. Vgl. Samhaber S. 169 fg., Unger S. 280[176]; für die entgegengesetzte Ansicht Baron S. 262 fg., Arndts § 350[4]. Sodann: wenn die Parteien ausdrücklich erklären würden, daß auf den neu Eintretenden nur die vorhandene Obligation solle erstreckt werden: warum sollte ihrem Willen nicht Statt gegeben werden? Vgl. Unger S. 280 fg. — Hierher gehört auch das Verhältniß, welches bei der Cession vor der Anzeige an den Schuldner stattfindet, obgleich bei demselben für die Möglichkeit der Concentration auf die Person eines Gläubigers abweichende Grundsätze gelten. S. § 331.

[4] Diese Willenserklärung liegt unter Anderm darin, daß der Erblasser Mehrere alternativ belastet: ille *aut* ille centum dato. L. 25 pr. D. 32, l. 8 § 1 D. 30 (wo die Worte „et solutum" interpolirt sind), l. 9 pr. i. f. D. 45, 2 (wo statt „*et* Maevius" ohne Zweifel zu lesen ist „*aut* Maevius"). Wäre man einer solchen Verfügung gegenüber bei der Regel stehen geblieben, daß bei alternativer Belastung, wo nicht das Gegentheil gesagt ist, der Belastete die Wahl hat, so hätte der Vermächtnißnehmer von Keinem fordern können; so ließ man hier, beim Vermächtnisse, eine freiere Interpretation eintreten. — Aus dem Vermächtniß zu Gunsten des Einen oder des Andern entsteht seit Justinian's Verfügung in l. 4 C. 6, 38 eine Theilforderung. Vgl. l. 16 D. 31, l. 17 § 1. l. 24. l. 67 § 7. l. 77 § 4 eod., l. 21 § 1 D. 40, 7. Fitting S. 151[179], Bernstein Sav.-ZS. IV S. 177 fg. S. noch Fitting § 29, Fritz XVIII § 5 XXII § 3, Baron S. 256 fg. Vgl. III § 625[10. 11].

[5] L. 43 D. 42, 1, l. 1. 2 C. 7, 55. Uebrigens begründet das richterliche Urtheil (abgesehen von der Kostenverurtheilung) eigentlich eine Correalobligation nur dann, wenn das Urtheil irrig ist, weil es sonst nur ausspricht, was vorhanden ist. Vgl. Samhaber S. 166 fg., wo auch die Literatur sorgfältig verzeichnet ist (nachzutragen jedoch Helmolt § 10[2] und Baron S. 260 fg.).

Digitized by Google

2. Die bloße Solidarität.

§ 298.

Auch hier kann jeder Gläubiger[1] das Ganze fordern und jeder Schuldner ist das Ganze schuldig, auch hier werden durch einmalige Leistung alle Gläubiger beseitigt und alle Schuldner frei[2]; aber für jeden Gläubiger und jeden Schuldner findet ein besonderes

---

[6] Bei den s. g. actiones adiecticiae qualitatis. Vgl. Samhaber S. 176 fg. und die daselbst Citirten, außerdem Baron a. a. O. S. 262 fg. und Abhandlungen II S. 142 fg., Mandry Familiengüter. S. 288 fg, Sf. XIV. 93.

[7] Und nach r. R. die mehreren Eigenthümer eines delinquirenden Sclaven. Der Grund der Correalität ist die Einheit des Delicts in Verbindung mit der Einheit des für Alle vorhandenen Eigenthums (I § 169a [5]). L. 1 § 14 D. 9, 1, l. 8 D. 9, 4, l. 7. l. 8. l. 20 pr. D. 11, 1. Vgl. noch l. 11 § 9. l. 27 § 8 D. 15, 1. Ribbentrop § 26, Brinz S. 14—18, Vangerow § 573 Anm. 2 Nr. 4, Baron S. 272—274, Steinlechner das Wesen der iuris communio II S. 92 fg., Rümelin die Theilung der Re S. 44. 67, Unger 289.

[8] Das r. R. kennt noch einen andern Fall einer auf gesetzlicher Bestimmung beruhenden Correalität, wenn nämlich zwei argentarii zusammen ihr Gewerbe betrieben; jedoch war diese Correalität, wenigstens was ihre active Seite angeht, keine sehr ausgebildete. Vgl. Auct. ad Her. II, 13, l. 27 pr. D. 2, 14. Savigny S. 150—153; Rösler ZS. f. HR. IV S. 269—275. — S. ferner l. 44 § 1 D. 21, 1. Gehört hierher auch l. 31 § 10 eod.? Vgl. Ribbentrop S. 158 fg. — Vgl. HGB. Art. 112: „Die Gesellschafter haften für alle Verbindlichkeiten der Gesellschaft solidarisch und mit ihrem ganzen Vermögen. Eine entgegenstehende Verabredung hat gegen Dritte keine rechtliche Wirkung". [Sachlich ebenso jetzt § 128.] Art. 269 das. [Mit den übrigen Vorschriften über die Vereinigung zu einzelnen Handelsgeschäften gestrichen.] WO. Art. 81. Reichsges. v. 4/7. 1868 über die Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften § 12 Abs. 1. Vgl. Samhaber S. 183 fg., Mages S. 106 fg., Römer Abhandlungen I S. 155 fg., Mandry 3. Aufl. S. 347 fg. [S. jetzt Ges. v. 1/5. 89 § 23, wesentlich verändert; zu unterscheiden Genossenschaften mit unbeschränkter Haftpflicht, mit unbeschränkter Nachschußpflicht und mit beschränkter Haftpflicht (Ges. 1/5. 89 § 2. S. Mandry-Geib S. 192 fg.]

[1] Gewöhnlich lehrt man, daß das bloß solidarische Verhältniß auf der § 298.
Gläubigerseite nicht vorkommen könne. Das ist gewiß zu weit gegangen, obgleich es ebenso wahr ist, daß die Hauptanwendung dieses Verhältnisses auf der Schuldnerseite liegt. Einen sicheren Fall bloß solidarischer Berechtigung einer Mehrheit von Gläubigern enthält l. 14 pr. D. 9, 4 — „ei itaque dedetur, non qui prior egit, sed qui prior ad sententiam pervenit". Vgl. auch Puchta § 233 [1]. Ihering Jahrb. f. Dogm. XXIV S. 129 fg. erkennt den bezeichneten Fall als Fall der activen Solidarität nicht an, stellt aber seinerseits folgende Fälle auf: Vertrag zu Gunsten eines Dritten; legatum dotis (§ 494 [9]); legatum debiti alieni (vgl. III § 625 [17]).

[2] L. 14 § 15 D. 4, 2, l. 1 § 43 D. 16, 3 u. a. m.

Digitized by Google

Forderungsrecht statt [2a]. Die Folge davon ist, daß eine Aufhebungsthatsache, welche in der Person eines Gläubigers oder Schuldners eintritt, sofern sie nicht Erfüllung ist oder der Erfüllung gleichsteht, für die übrigen Gläubiger und Schuldner gleichgültig ist [3]. Hier-

---

[2a] Dieß leugnet Brinz. S. § 293 [1] in der Mitte und die folgende Note. [[Eisele ACPra. LXXVII S. 458 fg. Mehrere Obligationen ohne Identität der res und causa mit Einheit des Obligationszwecks. Durch die Erfüllung der einen Obligation wird die andere gegenstands- und zwecklos. Die Fälle, welche E. hierherstellt, s. S. 459 fg. In anderen Fällen nimmt E. Correalität an und hält die entgegenstehenden Stellen [d. h. diejenigen, welche der Litiscontestation die Kraft versagen, sämmtliche Obligationen zu consumiren] l. 5 § 15 D. 13, 6, l. 3 pr. D. 11, 6, l. 1 C. 4, 8, l. 1 § 13 D. 43, 16, l. 11 § 1 D. 39, 3, l. 1 § 43 D. 16, 3, für interpolirt gemäß l. 28 C. 8, 40 [41] (S. 433 fg.); über die Haftung mehrerer Vormünder S. 451 fg.]]

[3] Und so war nach r. R. namentlich die litis contestatio für die übrigen Gläubiger und Schuldner gleichgültig. L. 1 § 10. l. 2. l. 3. l. 4 D. 9, 3, l. 1 § 43 D. 16, 3, l. 18 § 1 D. 26, 7 u. a. m. Ribbentrop S. 1 [2]. Hiervon ging Ribbentrop aus, als er zwischen der Correal- und der bloß solidarischen Obligation in der hier festgehaltenen Weise unterschied. Fritz (XXII S. 471. 478—79. 492) glaubt dieses Argument für die Unterscheidung einer doppelten Art von Solidarobligation durch den Hinweis darauf beseitigen zu können, daß auch bei der Correalobligation der Ausschluß der objectiven Wirkung der Litiscontestation durch Vertrag möglich und gewöhnlich gewesen sei (l. 28 C. 8, 40 [41]). Anders Siebenhaar S. 79—80. 111—112, was der Vollständigkeit wegen hier noch citirt sein mag. Neuere Versuche, die Bedeutung der Litiscontestation für eine principielle Unterscheidung innerhalb der Solidarobligation zu beseitigen: Mitteis Individualisirung S. 61 fg. Grünh. ZS. XIV S. 449, Kuntze die Obligation im r. u. heut. R. S. 68 fg., Dernburg II § 72. — Brinz ([2a]) argumentirt so: auch bei dem Correalverhältniß reicht die bloße Einheit der Obligation nicht aus, um die processualische Consumtion zu erklären, da es an dem Erforderniß der eaedem personae fehlt; also muß bei ihm noch etwas Anderes vorhanden sein, was über dieses Hinderniß hinweghilft, und wenn daher bei dem bloßen Solidarverhältniß processualische Consumtion nicht eintritt, so folgt daraus nicht, daß bei ihm nicht Einheit der Obligation stattfindet, es tritt vielmehr bei ihm deßwegen die processualische Consumtion nicht ein, weil bei ihm jenes Andere fehlt. Dieses Andere ist nach Brinz „Vertretung" (vgl. § 293 [1] in der Mitte). Hiergegen ist zu bemerken, daß bei dem Correalverhältniß die Einheit der Obligation, richtig gefaßt, allerdings über den Mangel der Identität der proceßführenden Parteien hinweghilft. Denn bei dem Correalverhältniß macht der später auftretende Gläubiger nicht bloß objectiv dieselbe Obligation geltend, welche der früher aufgetretene geltend gemacht hat, sondern ganz prägnant die Obligation des früher aufgetretenen; das R., indem es Einheit der Obligation setzt, bezeichnet die Obligation des Einen als die des Andern, und die des Andern als die des Einen. Und ebenso entsprechend bei dem passiven Correalverhältniß. Man stelle zur Erläuterung den Fall entgegen, wo die durch eine concrete Thatsache erzeugte Obligation zuerst von dem Einen als dem ausschließlich Berechtigten geltend gemacht wird, und dann von einem Andern mit der Behauptung, berechtigt sei er, nicht jener, oder wo sie geltend gemacht wird

Digitized by Google

nach[2a] haben außer der Erfüllung objective Wirkung nur: Leistung an Erfüllungsstatt[4], gerichtliche Hinterlegung[4], durchgeführte Compensation[5], Novation[5], Quittungsvertrag[6]. Auch darin unterscheidet sich das bloß solidarische Rechtsverhältniß von der Correalobligation, daß bei demselben die Möglichkeit der Concentration auf die Person Eines Gläubigers wegfällt[7]. Im Uebrigen gelten für beide Rechtsverhältnisse die gleichen Grundsätze. Namentlich kommt es auch bei der bloßen Solidarität vor, daß der Gläubiger nicht von jedem der mehreren Schuldner sofort das Ganze fordern kann, sondern

zuerst gegen den Einen als ausschließlich Verpflichteten, und dann gegen einen Andern mit der Behauptung, nicht jener, sondern dieser sei der Verpflichtete. In diesen Fällen tritt processualische Consumtion gewiß nicht ein, obgleich es an Einheit der Obligation auch in ihnen nicht fehlt. So nehme also auch ich an, daß bei dem Correalverhältniß in der Obligation des Einen auch die Obligation des Andern geltend gemacht wird; aber freilich ist das noch nicht die Idee der „Vertretung". Eisele Abhandlungen aus dem röm. Civilprozeß: die exceptio rei in iudicium deductae enthielt keine Erwähnung der Personen.

[2a] Vgl. hierzu noch Römer bedingte Novation § 23 in Verbindung mit § 20—22 (freilich auch Salkowski Novation S. 456—458).

[4] Vgl. § 295 [1]. An Beweisstellen fehlt es auch hier.

[5] Nach der in § 295 [3] und § 353 [3] entwickelten Bedeutung der Novation. Damit die Novation diese Wirkung habe, ist nicht nothwendig, daß die neue Obligation an Werth der eingetauschten gleich sei, aber wohl daß der Gläubiger sie als Aequivalent für die verlorene angesehen habe. Sonst liegt theilweiser Erlaß vor. Fitting § 9, namentlich S. 56; vgl. übrigens auch Ribbentrop S. 271, Savigny S. 202 (S. 176), Vangerow § 573 a. E., Mages S. 126 fg., Dernburg II § 75 zu [2].

[6] Insofern er der römischen acceptilatio entspricht (§ 357 [13. 14]). Die acceptilatio aber ist Erklärung des Willens, daß Alles so gehalten werden solle, als wäre Erfüllung erfolgt (§ 337 [5]). Sie ist vertragsmäßige Erklärung dieses Willen; aber bei der Correalobligation wirkt sie unbestritten über die Person des andern Vertragssubjectes hinaus: warum sollte es hier anders sein? So auch — im Widerspruch mit der herrschenden Meinung — Fitting § 8 nam. S. 48, vgl. § 295 [4 a. E.]. A. M. Erman zur Geschichte der römischen Quittungen und Solutionsacte (1883) S. 54. 70 auf Grund der Annahme, daß das Empfangsbekenntniß bei der acceptilatio nur Formel gewesen sei. S. auch Unger S. 268 [40]. Mitteis Grünh. ZS. XIV S. 452 fg., Hartmann ZS. f. Schweiz. R. N. F. VI S. 132 fg. — Nicht das Gleiche, wie von dem Quittungsvertrag (acceptilatio), darf von dem in die Form eines Empfangsbekenntnisses nicht eingekleideten Erlaß gesagt werden. So auch l. 15 D. 27, 3, l. 1 C. 2, 4. A. M. Mitteis Grünh. ZS. XIV S. 445 fg. Nur wenn Jemand für den von einem Andern angerichteten Schaden erst in zweiter Linie haftet, kommt ihm der Jenem gewährte Erlaß gleichfalls zu Gute. L. 41. 45 D. 26, 7. — Ueber l. 28 § 2 D. 12, 2 s. § 295 [6]. [S. noch Bergmann (§ 295 [4]).]

[7] Diese Wirkung kann weder durch litis contestatio erreicht werden (l. 14 pr. D. 9, 4), noch durch constitutum.

Digitized by Google

zuerst an Einen, oder an Jeden zu seinem Theil, sich halten muß — Rechtswohlthat der Vorausklage und der Theilung[8]. Die eine und die andere Rechtswohlthat steht demjenigen zu, welcher wegen Verschuldung mit einem Andern zusammen auf Ersatz eines Schadens haftet: die erste, wenn der Andere an dem angerichteten Schaden in erster Linie schuld ist[9], die zweite, wenn der Andere sich mit ihm in gleicher Verschuldung befindet[10]. Um so mehr muß die Rechtswohlthat der Theilung denjenigen zugestanden werden, welche zusammen aus fremder Verschuldung haften[11]. So weit die Rechtswohlthat der Vorausklage und der Theilung reicht, ist auch für denjenigen, welcher Mehr leistet, als er eigentlich zu leisten braucht, ein Rückgriff gegen den Mitschuldner[12], sowie ein Anspruch gegen den Gläubiger, welchen er befriedigt, auf Abtretung der diesem zustehenden Forderung begründet[13].

Die Entstehung des bloß solidarischen Rechtsverhältnisses[13a] setzt einerseits eine Mehrheit von Thatsachen voraus, auf der andern

---

[8] S. § 293 [5. 6].

[9] Anerkannt: a) bei Mitvormündern, l. 3 § 2. l. 39 § 11. l. 55 § 2 D. 26, 7, l. 12 D. 46, 6, l. 8 C. 5, 37, l. 2. 3 C. 5, 52, l. 2 C. 5, 54, l. 1 C. 5, 64; b) bei Mitbeamten, l. 11—13 D. 50, 1, l. 4 [3 pr.]. l. 11 § 5 [9 § 8] D. 50, 8, l. 1. 2. 4 C. 11, 36 [35]. In diesen Vorschriften nicht den Ausdruck eines allgemeinen Principes anzuerkennen, halte ich, namentlich auch dem weiten Umfang gegenüber, in welchem die Rwohlthat der Theilung und der Regreß bei gleicher Lage der Parteien anerkannt sind (l. 22 D. 16, 3, l. 4 D. 9, 3), nicht für gerechtfertigt. Sf. XXIII. 138. [Enger Sf. L. 249 (RG.).]

[10] Anerkannt: a) bei Mitvormündern, l. 38 pr. § 1 D. 26, 7, l. 1 § 11 12 D. 27, 3; b) bei Mitbeamten, l. 45 D. 26, 7, l. 7 D. 27, 8, l. 3 C. 5, 75; c) bei mehreren Depositaren (Erben eines Depositars), l. 22 D. 16, 3; d) bei mehreren Zollpächtern, welche aus Entwendung oder Beschädigung haften, l. 6 D. 39, 4. In den beiden letzten Fällen wird die Rwohlthat der Theilung sogar für den Fall eines gemeinschaftlichen Dolus zugestanden; anders entscheidet für Mitbeamte l. 7 cit. — Ueber die auf Nov. 99 c. 1 gestützte Meinung, nach welcher alle vertragsmäßigen Solidarschuldner die Rwohlthat der Theilung haben sollen, s. § 293 [10]. Bangerow S. 91 (7. Aufl. S. 82).

[11] Vgl. l. 5 pr. D. 9, 3.

[12] L. 29 [30] D. 3, 5, l. 1 § 13. 14 D. 27, 3, l. 2 C. 5, 58, l. 2 § 8. 9 D. 50, 8, l. 4 D. 9, 3. Den Fall der Böswilligkeit schließt (bei Mitvormündern) ausdrücklich aus l. 1 § 14 cit. Vgl. Schmid Grundlehren der Cession I S. 359—369.

[13] L. 1 § 13. 14. 18. l. 21 D. 27, 3, l. 6 C. 5, 51, l. 2 C. 5, 52, l. 2 C. 5, 58. Den Fall der Böswilligkeit schließen ausdrücklich aus (bei Mitvormündern) l. 1 § 14 cit., l. 38 § 2 D. 26, 7. [[RG. XXVIII S. 190 fg.]]

[13a] Ueber die verschiedenen Ansichten s. die Uebersicht bei Samhaber § 16. dazu Baron § 16, 17.

Digitized by Google

Seite, daß die durch diese mehreren Thatsachen begründeten Forderungsrechte sämmtlich auf denselben Zweck gerichtet sind, so daß, wenn das eine Forderungsrecht erfüllt ist, das andere gegenstandslos geworden ist[14]. Der Hauptfall des bloß solidarischen Rechtsverhältnisses ist der, wo Mehrere auf Ersatz eines und desselben Schadens haften, aus unerlaubtem Verhalten[15], oder aus Vertrag[16], oder aus sonstigem Grunde[17]; aber es ist nicht der einzige Fall[18].

[I. Ein Gesammtschuldnerverhältniß liegt im Sinne des BGB. immer dann vor, wenn Mehrere eine Leistung in der Weise schulden, daß Jeder die ganze Leistung zu bewirken verpflichtet, der Gläubiger aber die Leistung nur einmal zu fordern berechtigt ist (421). Dieses Verhältniß tritt im Zweifel

---

[14] Der nahe liegende und bequeme Ausdruck: die mehreren Forderungsrechte müssen auf dieselbe Leistung gerichtet sein (vgl. § 292 [3 a. E.]), gibt über die Beziehung, in welcher die mehreren Forderungsre zu einander stehen müssen, keinen genügenden Aufschluß. Was gehört dazu, daß man sagen könne, es sei dieselbe Leistung vorhanden? Vgl. I § 121 [10], II § 343a [1. 6].

[15] Es macht dabei keinen Unterschied, ob dieses unerlaubte Verhalten unter dem Gesichtspunkt eines Delicts, oder unter dem Gesichtspunkt des Verstoßes gegen eine concrete Rpflicht zur rlichen Würdigung kommt. Ueber den ersten Fall s. l. 1 § 4 D. 2, 10, l. 14 § 15. l. 15 D. 4, 2, l. 17 pr. D. 4, 3, l. 5 pr. D. 9, 4. l. 3 pr. D. 11, 6, l. 7 § 4, l. 8 D. 27, 6, l. 1 § 13 D. 43, 16, l. 1 C. 4, 8 (Ribbentrop § 14. 15); über den zweiten Fall s. l. 5 § 15 D. 13, 6, l. 1 § 44, l. 22 D. 16, 3, l. 15 D. 27, 3 (l. 18 § 1 D. 26, 7), vgl. Ribbentrop § 9. 10. 19 [Sf. XLVII. 12 (RG.), RG. XXVIII S. 166 fg.] Vgl. HGB. Art. 173 Abs. 2 S. 3. Art. 204. 241 Abs. 2. Art. 245 Abs. 4. Art. 247 Ziff. 3. Art. 248 Abs. 3. [Im neuen HGB. s. §§ 200 Abs. 1. 202. 203. 204. 209. 241. 249. 267 Abs. 3 S. 2. 269 Abs. 5. 273 Abs. 2. 306 Abs. 6. 334 Abs. 4.] Andere hierher gehörige Reichsgesetze bei Mandry S. 349 fg. [4. Aufl. (Geib) S. 404 fg.] — Zu dem Gesagten bemerke man noch: a) eine unerlaubte Handlung, welche Mehrere gemeinschaftlich vornehmen, ist eine unerlaubte Handlung für Jeden; schuldig ist Jeder. Vgl. l. 1 § 14 D. 27, 3. „Plane si ex dolo communi conventus praestiterit tutor, neque mandandae sunt actiones, neque utilis competit, *quia proprii delicti poenam subit* .." Ebenso l. 15 eod. (s. unten). Wird in l. 15 § 2 D. 43, 24 ausnahmsweise die Einheit der Handlung betont und deßwegen Correalschuld für die mehreren Delinquenten angenommen, oder ist die Stelle anders zu erklären? Vgl. Ribbentrop S. 95 fg., Schmidt Interdiktenverfahren S. 200 fg., Bekker Aktionen I S. 178 fg, Ziebarth Jahrb. f. Dogm. XII S. 402 fg., s. auch Baron S. 219—221. Pernice ZS. f. HR. XXXIII S. 439 unt. [[Eisele ACPra. LXXVII S. 427 fg.]] b) Wenn eine und dieselbe Sache bei Mehreren deponirt oder Mehreren geliehen wird, oder wenn Mehreren ein Auftrag gegeben wird (vgl. noch l. 60 § 2 D. 17, 1), oder Mehrere aus einem andern Grunde zur Besorgung fremder Angelegenheiten verpflichtet sind, so liegt zunächst eine untheilbare Obligation vor (anders, wenn der gleiche Auftrag jedem von Mehreren besonders gegeben wird). Die Folge dieser Untheilbarkeit ist, daß jeder für seine Verschuldung in Betreff des Ganzen, nicht bloß in Betreff eines Theiles einzu-

Digitized by Google

ein, wenn Mehrere sich durch einen Vertrag gemeinschaftlich verpflichten (427). Gesetzliche Gesammtschuldverhältnisse ergeben §§ 42 Abs. 2. 53. 54. 419. 769. 830. 840 Abs. 1. 1108 Abs. 2. 1388. 1459 Abs. 2. 1480. 1530 Abs. 2. 1833 Abs. 2. 2058. 2219 Abs. 2. 2382.

1. Der Gläubiger kann die Leistung nach seinem Belieben von jedem Schuldner ganz oder theilweise fordern. Ein beneficium divisionis findet nicht statt (421).

2. Objective Wirkung im Verhältniß zu allen Gesammtschuldnern haben: die Erfüllung, die Leistung an Erfüllungsstatt, die Hinterlegung, die erfolgte Aufrechnung; es kann aber ein Gesammtschuldner nicht aufrechnen mit der

---

stehen hat. Läßt er sich eine Verschuldung zu Schulden kommen, so nimmt dadurch seine Verpflichtung für ihn eine neue Gestalt an. Lassen sich mehrere Verpflichtete eine Verschuldung zu Schulden kommen, so sind sie aus dieser Solidarschuldner. Dieß ist entschieden die Auffassung der Quellen. L. 5 § 15 D. 13, 6: — „sed esse verius ait, et dolum et culpam et diligentiam et custodiam in totum me praestare debere". L. 1 § 14 D. 27, 3 (s. ob.). L. 15 D. eod. „Si ex duobus tutoribus cum altero quis transegisset, quamvis ob dolum communem, transactio nihil proderit alteri; nec immerito, cum unusquisque doli sui poenam sufferat . . . ut in duobus, quibus res commodata est vel deposita, quibusque mandatum est". S. ferner l. 81 § 1 D 46, 3 (— „sed etsi sine praetore sine dolo malo hoc fecero, liberabor, aut, quod verius est, non incidam in obligationem") und l. 21 § 1 D. 16, 3 (l. 1 C. 4, 14). Vgl. Fitting S. 230 fg., Baron S. 208 fg., Fritz XXII S. 373 fg., nimmt in diesen Fällen Correalität an, in Folge des Willens der Parteien, welcher zwar nicht ausgesprochen sei, aber sich aus der Natur der versprochenen Leistung von selbst ergebe. [Crome von der Solidarität aus unerlaubten Handlungen nach den Entsch. des RG. und dem E. des BGB., zugleich ein Beitrag zur Lehre v. d. Bereicherungsklage. Jahrb. f. Dogm. XXXV S. 100 fg.]

[16] L. 21, l. 59 § 3 D. 17, 1, l. 52 § 3 D. 46, 1. Sf. XLII. 106 (RG.).

[17] So haften mehrere Bewohner desselben Gemaches mit der actio de effusis et eiectis solidarisch. L. 1 § 10 — l. 4 D. 9, 3. Warum sind sie nicht Correalschuldner, wie die mehreren Eigenthümer eines delinquirenden Sclaven oder schadenden Thieres? Wenn Mehrere zusammen wohnen, so ist das Wohnen des Einen nicht das Wohnen des Andern; aber wenn Mehrere zusammen Eigenthümer sind, so ist allerdings das Eigenthum des Einen das Eigenthum des Andern (I § 169a). — Es kann auch sein, daß der Haftungsgrund für die verschiedenen Haftenden ein verschiedener ist. Dieß ist namentlich dann der Fall, wenn wegen der unerlaubten Handlung des Einen ein Anderer ohne eigene Verschuldung in Anspruch genommen werden kann. So eben bei der actio de effusis et eiectis (§ 457, 1), ferner bei der actio de recepto (§ 384) und der actio adversus nautas etc. (§ 454, 2, § 475, 2), und in ähnlichen Fällen. Vgl. Römer ZS. f. HR. XVIII S. 1 fg. Ein ferneres Beispiel gewährt der Versicherungsvertrag, wenn der Schaden durch die unerlaubte Handlung eines Dritten angerichtet worden ist.

[18] Namentlich entsteht eine bloß solidarische Verpflichtung noch dadurch, daß Jemand die Verpflichtung eines Andern (nicht übernimmt, sondern) zu erfüllen verspricht. L. 18 § 3 D. 13, 5, vgl. l. 97 § 1 D. 45, 1. Versicherung bei mehreren Versicherern, Sf. XLI. 217.

Digitized by Google

Forderung des andern (422 Abs. 2) und er kann auch nicht, wie der Bürge (770 Abs. 2), daraus eine dilatorische Einrede entnehmen, daß der Gläubiger sich durch Aufrechnung gegen eine Forderung eines Mitschuldners befriedigen kann. Ein Erlaßvertrag zwischen dem Gläubiger und einem Gesammtschuldner wirkt nur dann zu Gunsten auch der übrigen, wenn die Parteien dieß beabsichtigten („das ganze Schuldverhältniß aufheben wollten" 423). Der Verzug des Gläubigers, welcher einem Gesammtschuldner gegenüber eingetreten ist, wirkt auch zu Gunsten der übrigen (424).

3. Nur im Verhältniß zu demjenigen Schuldner, in dessen Person sie eintreten, wirken alle im vorigen (2) nicht genannten Thatsachen, „so weit sich nicht aus dem Schuldverhältniß ein Anderes ergibt, d. h. soweit nicht aus rechtsgeschäftlicher Bestimmung oder besonderer Rechtsvorschrift das Gegentheil folgt (425 Abs. 1). Besonders hebt das Gesetz in § 425 Abs. 2 Folgendes hervor:

Die Kündigung wirkt nur gegen den, welchem gekündigt wurde.

Der Verzug eines Schuldners berührt die übrigen nicht. Wenn der Verzug durch Mahnung begründet wird, so kommt nur der Gemahnte in Verzug. Ein Verzug, der ohne Mahnung eintritt (284 Abs. 2), wirkt von selbst gegen alle Schuldner, wenn gegenüber allen derselbe Leistungstermin besteht; es ist aber möglich, daß gegenüber Einem der Verzug gemäß § 285 ausgeschlossen ist; wird dagegen nur Einem gekündigt, so tritt wegen der subjectiven Wirkung der Kündigung auch der Verzug gemäß § 284 Abs. 2 nur gegenüber demjenigen ein, welchem gekündigt wurde.

Die Unmöglichkeit der Leistung in der Person eines Gesammtschuldners wirkt nur in Bezug auf ihn. Hier gebraucht das Gesetz den Ausdruck Unmöglichkeit, mit welchem es sonst nur die objective Unmöglichkeit bezeichnet (s. o. S. 85), ausnahmsweise von der subjectiven Unmöglichkeit, dem Unvermögen zur Leistung. Der Schuldner, in dessen Person die Unmöglichkeit nachträglich eingetreten ist, wird entweder frei oder haftet auf Schadensersatz, je nachdem er die Unmöglichkeit zu vertreten hat oder nicht (276 fg.) Die übrigen Schuldner bleiben zur Leistung verpflichtet. Bei anfänglicher subjectiver Unmöglichkeit ist der Schuldner, in dessen Person sie vorliegt, in demselben Umfange schadensersatzpflichtig, wie wenn er allein stände; die Uebrigen haben die obligationsmäßige Leistungspflicht.

Von der objectiven Unmöglichkeit spricht das Gesetz unmittelbar nicht und konnte in diesem Zusammenhange nicht davon sprechen, weil dieselbe nicht in der Person eines einzelnen Schuldners eintreten kann. Aber das Gesetz erklärt, daß das Verschulden eines Schuldners nur ihn berührt. Es haftet also, soweit die Haftung für Schadensersatz bei Unmöglichwerden der Leistung vom Verschulden des Schuldners abhängt, nur der schuldige Gesammtschuldner, die übrigen werden frei. Jedoch ist dabei die Möglichkeit zu beachten, daß ein Gesammtschuldner deßhalb im Verschulden ist, weil er den von den andern angerichteten Schaden nicht verhindert hat. Ferner ist es möglich, daß ein Gesammtschuldner nicht nur für sich, sondern zugleich im Auftrage der andern handelt, z. B. wenn die gemeinschaftlich entliehene Sache einer der Gesammtschuldner mit Zustimmung der übrigen verwahrt. In diesem Falle wird er von den Andern als Hülfsperson

Digitized by Google

zur Erfüllung ihrer Verpflichtungen verwandt, und sie haften aus diesem Grunde für sein Verschulden (278). Ist die Leistung von Anfang an objectiv unmöglich, so haftet nach Maßgabe der §§ 307, 308 nur derjenige Gesammtschuldner, der die Unmöglichkeit kannte oder kennen mußte.

Nur subjectiv wirken auch Verjährung, deren Unterbrechung und Hemmung, Vereinigung von Forderung und Schuld, sowie das rechtskräftige Urtheil.

4. Gesammtschuldner sind im Verhältniß zu einander zu gleichen Antheilen verpflichtet, d. h. derjenige, welcher den Gläubiger befriedigt, kann von den Uebrigen je einen Kopftheil des Geleisteten zur Ausgleichung verlangen. Dieß gilt aber nur, soweit nicht ein Anderes rechtsgeschäftlich oder durch besondere Rechtsvorschrift bestimmt ist (426 Abs. 1 S. 1). Es ist danach möglich, daß der Vertheilungsmaßstab ein anderer ist; aber auch, daß im Verhältniß der Gesammtschuldner unter sich Einer nichts und Einer alles zu tragen hat, z. B. wenn Einer im Interesse des Anderen als Beauftragter sich mitverpflichtete. Kann von einem Gesammtschuldner der auf ihn entfallende Beitrag nicht erlangt werden, so ist der Ausfall von den Uebrigen in dem Maßstabe, in welchem sie überhaupt zur Ausgleichung verpflichtet sind, zu tragen (426 Abs. 1 S. 2). Sie haften also für diesen Ausfall nur subsidiär; das Gesetz schreibt aber nicht vor, welche Versuche der Regreßnehmer machen muß, um von dem Zunächstverpflichteten seinen Beitrag zu erhalten; es ist daher nicht ausgeschlossen, daß er ohne alle Schritte gegen ihn den subsidiär Haftenden gegenüber den Beweis unternimmt, von jenem sei nichts zu erlangen. Ist der Regreßnehmer selbst ausgleichungspflichtig, so hat er den entsprechenden Antheil auch an dem Ausfall selbst zu tragen.

Neben diesem Anspruch auf Ausgleichung, den derjenige, welcher den Gläubiger befriedigt, aus eigenem Rechte hat, steht ein gesetzlicher Uebergang der Forderung des Gläubigers: Soweit ein Gesammtschuldner den Gläubiger befriedigt und von den übrigen Schuldnern Ausgleichung verlangen kann, geht die Forderung des Gläubigers gegen die übrigen Schuldner auf ihn über (426 Abs. 2 S. 1), bei Theilbefriedigung geht also nur der entsprechende Theil der Forderung über. Die übrigen Schuldner sind, soweit die Forderung auf den Befriediger übergegangen ist, nicht dessen Gesammtschuldner; dieß folgt eben daraus, daß die Forderung auf ihn nur soweit übergeht, als er von den Uebrigen Ausgleichung verlangen kann, und das kann er nur zu Kopftheilen oder nach dem sonst obwaltenden Beitragsmaßstab, möglicherweise auch nur gegenüber Einem allein; nur insoweit für einen Leistungsunfähigen die Andern subsidiär haften, kann gegen sie auch in soweit die Forderung des Gläubigers geltend gemacht werden.

Bleibt ein Theil der Forderung bei dem Gläubiger zurück (weil die Forderung nur theilweise befriedigt wurde), so kann der Uebergang des andern Theils auf den Befriediger nicht zum Nachtheil des Gläubigers geltend gemacht werden (426 Abs. 2 S. 2). Haftet also z. B. für die Forderung ein Pfand oder eine Hypothek (vgl. 401. 412), so hat das Pfandrecht oder die Hypothek des Gläubigers für den ihm verbliebenen Theil der Forderung den Vorrang vor dem Pfandrecht oder der Hypothek des Befriedigers für den übergegangenen Theil der Forderung. Im Concurse des Regreßpflichtigen ist eine Dividende zu berechnen für die ganze Forderung, hieraus ist zunächst der Gläubiger für den ihm ver-

Digitized by Google

bliebenen Theil der Forderung zu befriedigen, und erst, wenn sich ein Ueberschuß ergibt, hat der Befriediger darauf Anspruch. Dieser Satz gewährt aber dem Gläubiger gegen die Concurrenz des Befriedigers keinen vollkommenen Schutz. Denn nichts hindert den Befriediger, seine eigene Ausgleichungsforderung im Concurse geltend zu machen, und diese ist durch § 426 Abs. 2 S. 2 hinter die Restforderung des Gläubigers nicht zurückgesetzt. Von durchschlagender Kraft ist der angeführte Satz nur, wenn die Forderung des Gläubigers im Concurse ein Vorzugsrecht hat, die Ausgleichungsforderung dagegen nicht.

Im Falle der Vereinigung von Forderung und Schuld in der Person eines Schuldners (s. ob. 3 a. E.) kann der nunmehrige Gläubiger von den Uebrigen dasjenige nicht fordern, was er nach dem inneren Verhältniß selbst zu tragen hat.

II. Ein Gesammtgläubigerverhältniß liegt dann 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 ist (428). Dieß Verhältniß kann durch Vertrag begründet werden, es bedarf dazu aber der besonderen Abrede. Ein gesetzliches Gesammtgläubigerverhältniß ergibt § 2151 Abs. 3.

1. Jeder Gläubiger kann die ganze Leistung fordern, der Schuldner kann leisten, an welchen Gläubiger er will (428 S. 1). Hierbei verbleibt es, abweichend vom gemeinen Recht, auch dann, wenn einer der Gläubiger bereits Klage auf die Leistung erhoben hat (428 S. 2). Es können also mehrere Gläubiger neben einander klagen; der Schuldner kann statt an den Kläger an einen andern Gläubiger leisten und vernichtet damit das Recht des Klägers. Die Kosten des Processes hat aber ein solcher Schuldner ebenso zu tragen, wie wenn er den Kläger selbst nach Erhebung der Klage befriedigt hätte. Hat der Schuldner einem der Gesammtgläubiger die Erfüllung versprochen, so entlastet ihn dieß den übrigen Gläubigern gegenüber nicht; (anders, wenn er demselben eine Forderung an Erfüllungsstatt gegeben hat [429 Abs. 3. 422 Abs. 1.])

2. Objectiv allen Gläubigern gegenüber wirken: Erfüllung, Hingabe an Erfüllungsstatt, Hinterlegung, erfolgte Aufrechnung (429 Abs. 3. 422 Abs. 1). Es kann aber der Schuldner nicht einem Gläubiger gegenüber mit einer Forderung gegen den Andern aufrechnen. (429 Abs. 3. 422 Abs. 2); dieß hat jedoch nur formale Bedeutung, der Schuldner muß nur die Aufrechnungserklärung an die richtige Adresse, seinen Schuldner richten. Erlaß wirkt objectiv, wenn dieß im Sinne des Erlaßvertrages liegt (429 Abs. 3. 423). Verzug eines Gesammtgläubigers wirkt auch gegen die Uebrigen (429 Abs. 1 vgl. 424). Vereinigung von Forderung und Schuld in der Person eines Gesammtgläubigers hebt die Rechte der Uebrigen auf (429 Abs. 2; anders als 425 Abs. 2 bei dem Gesammtschuldverhältniß).

3. Nur subjectiv im Verhältniß zu dem Gläubiger, in dessen Person sie eingetreten sind, wirken alle übrigen Thatsachen, sofern nicht aus dem Schuldverhältniß, d. h. aus rechtsgeschäftlicher Bestimmung oder besonderer Vorschrift sich das Gegentheil ergibt (429 Abs. 3 S. 1. 425). Demnach bringt durch Kündigung der Kündigende das Forderungsrecht nur zu seinen Gunsten zur Fälligkeit. Die Mahnung eines Gläubigers begründet Verzug nur zu seinen Gunsten. Tritt Verzug ohne Mahnung ein (284 Abs. 2), so wirkt er zwar im

Digitized by Google

Allgemeinen zu Gunsten aller Gläubiger, aber es ist möglich, daß einem Gläubiger gegenüber gemäß § 285 der Verzug ausgeschlossen ist, weil z. B. der Schuldner die Legitimation dieses Gläubigers entschuldbar nicht kennt; auch ist möglich, daß nur im Verhältniß zu einem Gläubiger die Voraussetzungen des § 284 gegeben sind, insbesondere weil nur er gekündigt hat (s. ob.).

Das Verschulden wirkt nur subjectiv (a. a. O.). Sofern es also vorkommt, daß der Schuldner ein Verschulden begeht, das nur den einen Gläubiger schädigt, nicht den Andern, so haftet der Schuldner nur diesem Gläubiger. Ebenso, wenn die Handlung nur dem einen Gläubiger gegenüber schuldhaft ist, weil der Schuldner das Recht des andern Gläubigers entschuldbar nicht kannte). Andrerseits, wenn ein Gläubiger ein Verschulden begeht, so fällt dasselbe nur auf ihn. So im Falle des § 254. Wenn ferner z. B. bei alternativem Schuldverhältniß ein Gläubiger dem wahlberechtigten Schuldner die Leistung schuldhaft unmöglich macht, so tritt nur ihm gegenüber die Beschränkung des Schuldverhältnisses auf die möglich gebliebene Leistung nicht ein (265). Richtet sich der Vertrag auf etwas von Anfang an Unmögliches, so ist dem Schuldner, der die Unmöglichkeit nicht kannte und nicht zu kennen brauchte, nur derjenige Gläubiger für das negative Interesse haftbar, der sie kannte oder kennen mußte (307). Nur subjectiv wirken auch Verjährung, deren Unterbrechung und Hemmung, sowie das rechtskräftige Urtheil. Selbstverständlich ist auch die Cession seitens eines Gläubigers nicht fähig, den übrigen ihre Rechte zu schmälern (429 Abs. 3; vgl. unt. zu § 335).

4. Gesammtgläubiger sind im Verhältnisse zu einander zu gleichen Theilen berechtigt, soweit nicht ein Anderes durch Rechtsgeschäft oder besondere Vorschrift (2151) bestimmt ist (430); d. h. also, wer die Leistung empfangen oder durch sonstigen Akt das Forderungsrecht vernichtet hat (z. B. indem er aufrechnete) hat den Uebrigen im Zweifel Kopftheile der Leistung zu entrichten. Dieß gilt auch dann, wenn die Forderung durch Vereinigung von Forderung und Schuld in der Person eines Gläubigers erloschen ist (429 Abs. 2. Besteht dagegen ausnahmsweise ein Regreß der Mitgläubiger nicht, so hat wegen der objectiven Wirkung der Vereinigung der Gläubiger, in dessen Person sie eintrat, nichts zu leisten, während er bei nur subjectiver Wirkung der Vereinigung einem Mitgläubiger alles leisten müßte.

— Vgl. Stammler R. der Schuldverhältnisse S. 246 fg. Binder § 34].

3. Mehrheit der Gläubiger oder Schuldner bei Untheilbarkeit der Leistung.

§ 299.

Wenn Mehrere zusammen eine untheilbare Leistung zu fordern haben oder eine untheilbare Leistung schuldig sind, so tritt zwar ebenfalls Solidarität der Berechtigung und Verpflichtung ein[1], aber

* Die Literatur dieser Lehre ist bei § 253 angegeben.

§ 299. [1] L. 2 § 2, l. 85 § 2 D. 45, 1, l. 17 D. 8, 1, l. 19 D. 8, 3, l. 25 § 9—11 D. 10, 2, l. 11 § 23. 24 D. 32, l. 80 § 1 D. 35, 2, l. 192 pr. D. 50, 17.

Digitized by Google

diese Solidarität hat ihre Besonderheiten[2]. Einmal ist dieselbe unbedingt eine lediglich formale; der Gläubiger, welcher die Leistung eingezogen hat, muß seine Mitgläubiger unbedingt für ihren Antheil entschädigen, und ebenso unbedingt kann der Schuldner, welcher geleistet hat, von seinen Mitschuldnern Ersatz für ihren Antheil verlangen[3]. Sodann aber wird die Solidarität auch in formaler Beziehung nicht streng durchgeführt; abgebrochen wird von derselben in dem Falle, wo eine Mehrheit von Gläubigern vorhanden ist. Ist nämlich in diesem Falle die Leistung nicht von der Art, daß durch die dem einen der mehreren Gläubiger gemachte Leistung eine Befriedigung auch der übrigen herbeigeführt wird[4], so braucht der Schuldner einem der Gläubiger allein nur zu leisten, wenn ihm Sicherheit gegen die Ansprüche der übrigen gegeben wird[5], und kommt es dazu, daß von dem Schuldner statt der Naturalerfüllung

---

[2] Diese Solidarität, — d. h. diejenige Solidarität, welche bloß deßwegen eintritt, weil die Leistung untheilbar ist. Es kann aber bei Untheilbarkeit der Leistung auch einer der anderen möglichen Gründe der Solidarität vorhanden sein. In diesem Falle gelten die im Vorhergehenden dargestellten Grundsätze.

[3] Die Quellen erkennen dieses Rückgriffsr. direct nur für Mitschuldner an, und nur für solche Mitschuldner, welche es durch Erbgang geworden sind — l. 25 § 10, l. 44 § 8 D. 10, 2, l. 49 § 4 D. 31, l. 11 § 23. 24 D. 32, l. 2 § 2 D. 45, 1. Allein es ist unzweifelhaft, daß das Rückgriffsr. auch andern Mitschuldnern, und ebenso unzweifelhaft, daß es auch Mitgläubigern zu Gute kommen muß. Wenngleich es in einem gegebenen Falle durch kein anderes zu Grunde liegendes Rverhältniß, wie z. B. Auftrag oder Gesellschaft (actio mandati, pro socio [vgl. z. B. l. 52 § 12 D. 17, 2]) gerechtfertigt wird, so kann es doch jedenfalls darauf gestützt werden, daß man geleistet habe, was materiell theilweise dem Mitschuldner zur Last falle, daß der Mitgläubiger eingezogen habe, was materiell theilweise uns gebühre (actio negotiorum gestorum, condictio sine causa — daß bei der ersteren die ausschließliche formale Beziehung der Aufwendung und Einziehung auf den Aufwendenden und Einziehenden kein Hinderniß macht, dafür l. 31 § 7 D. 3, 5, l. 19 § 2 D. 10, 3, s. überhaupt § 431 [12]). Vgl. A. Brinkmann Verhältniß der actio communi dividundo und der actio negotiorum gestorum S. 108. 142 fg., Ubbelohde in der bei § 253 angeführten Schrift S. 261. 270—274.

[4] Beispiele: mehrere Miteigenthümer sind berechtigt, die Herstellung eines Werkes zu fordern, durch welches ihr Grundstück vor Wassergefahr geschützt werden soll; Mehrere sind berechtigt, die Herausgabe einer hinterlegten Sache zu fordern. Die Herstellung des Werkes kommt allen Forderungsberechtigten zu Gute, wenn sie auch nur von Einem eingetrieben worden ist (l. 11 § 1 D. 39, 3); die Leistung an einen Deponenten kommt nicht auch den andern Deponenten zu Gute.

[5] L. 1 § 36. l. 14 pr. D. 16, 3. Vgl. l. 54 § 1 D. 45, 1. Möglicherweise bedarf aber der Schuldner einer Sicherheit nicht, indem er allen Gläubigern gegenüber frei wird, auch ohne daß in der Erfüllung an den Einen

Digitized by Google

eine Geldleistung erlangt wird, so erlangt jeder Gläubiger nur seinen Antheil an derselben [6]. Dagegen tritt die gleiche Behandlung im Falle einer Mehrheit der Schuldner nicht ein; hier muß jeder Schuldner das Ganze leisten auch ohne Sicherheit, und auch dann, wenn an die Stelle der eigentlich verschuldeten Leistung ein Geldäquivalent tritt [7]. — Aus der Verschuldung des Mitschuldners kann kein

---

eine Befriedigung Aller liegt. L. 81 § 1 D. 46, 3. Ubbelohde a. a. O. S. 233—245, Rümelin a. a. O. S. 219—223, Sf. VII. 27, XV. 78, XXVIII. 113; s. aber auch das. XXXI. 212. Vgl. noch XXVIII. 111.

[6] Er kann nicht Mehr verlangen, als sein Interesse. Nach dem classischen r. Re trat der bezeichnete Fall schon ein, sobald es zur Condemnation kam. Daher l. 25 § 9 D. 10, 2 (vgl. l. 4 § 3 D. 8, 5), l. 1 § 31. 44. l. 17 pr. D. 16, 3. Im heutigen Re tritt er nur ein bei der Execution, oder wenn die Leistung unmöglich geworden ist. Von dem letzteren Falle handelt l. 8 pr. D. 38, 1, vgl. l. 54 § 1 D. 45, 1 (Ubbelohde S 72—73). [F. Gradenwitz die Interesseleistung bei untheilbaren Obligationen nach r. R. Bresl. Diss. 1895 S. 11 fg.]

[7] Der Gläubiger bei der ungetheilten Obligation kann nicht Mehr verlangen, als sein Interesse, aber sein Interesse kann er ganz verlangen. Doch ist die herrschende Meinung mit dem im Text aufgestellten Satz nicht einverstanden. Die herrschende Meinung geht davon aus, daß nach r. R. die Geldcondemnation jeden der mehreren Schuldner in gleicher Weise nur auf seinen Theil getroffen habe, wie jeder der mehreren Gläubiger Verurtheilung nur auf seinen Theil erlangt habe. Diese Theilung wird dann vielfach auch für das heutige R. entweder (wenigstens was die Executionsinstanz angeht) direct festgehalten, oder es wird daraus für das heutige R. eine Befugniß des Schuldners hergeleitet, zu verlangen, daß er nur in Gemeinschaft mit den andern Schuldnern verurtheilt werde (s. g. exceptio plurium litis consortium). Vgl. über die verschiedenen Ansichten Bangerow § 567 Anm. 2 Nr. I 2 a. E., Sintenis II § 84 [27], Ribbentrop S. 184, Wetzell Civilproc. § 63 von Note [39] an, Arndts § 216 [2], Ubbelohde S. 281—284. Gegen die herrschende Meinung in ihrem ganzen Umfang Savigny a. a. O. (§ 34); Ubbelohde bestreitet sie in Betreff positiver Leistungen (a. a. O. S. 76—95. 251—256), tritt ihr bei in Betreff negativer (S. 105 [1a]), und dieser Meinung hat sich auch Arndts a. a. O. in der 5. und 6. Aufl. angeschlossen, während er in den späteren Auflagen der hier vertretenen Ansicht folgt. Für die letztere aus der neueren Zeit auch Brinz 2. Aufl. S. 73. 75, Ryk Schuldverhältn. S. 110 fg. [F. Gradenwitz ([6]) S. 17 fg.), jedoch mit Annahme eines benefic. divisionis seit nov. 99 (S. 39 fg.).] während Scheurl S. 99 fg. mit Ubbelohde geht, ebenso Hasenöhrl § 13 [54]. Rümelin S. 226 fg. hält auch in Betreff positiver Leistungen an der herrschenden Meinung fest (jeder Schuldner hafte nur zur Mitwirkung, und wenn ohne seine Schuld eine Einigung nicht zu Stande komme, auf das Interesse für seinen Theil). Vgl. noch Burckhard die operis novi nunciatio S. 447 fg. Für die herrschende Ansicht auch Dernburg II § 24 a. E. Man bemerke über diese Frage Folgendes. a) Es ist anerkannt, daß aus der Obligation auf Bestellung einer untheilbaren Dienstbarkeit jeder der mehreren Schuldner nach r. R. auf das Ganze verurtheilt wurde, l. 25 § 10 D. 10, 2; l. 2 § 2

Digitized by Google

Schuldner in Anspruch genommen werden[8], es müßte denn eine solche weitergehende Verhaftung besonders begründet sein[9].

D. 45, 1. Die herrschende Meinung hat nicht vermocht, einen genügenden Grund dafür anzugeben, weßwegen es bei Obligationen auf andere untheilbare Leistungen anders gehalten worden wäre (s. darüber Ubbelohde S. 77—82; die neuesten Versuche bei Baron Gesammtverhältnisse S. 215 fg., Rümelin S. 236 fg.). b) Ein Beweis gegen die herrschende Meinung liegt auch in l. 21 § 5 D. 39, 1 (Ubbelohde S. 103). c) Dieselbe beruft sich aber auf l. 72 pr. D. 45, 1. Allein wenngleich Savigny's Annahme, daß in dieser Stelle nur eine historische Notiz enthalten sei, überaus mißlich ist, so erscheint doch Ubbelohde's Erklärung vollkommen annehmbar; nach derselben ist die Stelle von dem Falle zu verstehen, wo bereits bei Lebzeiten des ursprünglichen Schuldners durch dessen Schuld eine Unmöglichkeit der Leistung eingetreten ist, und dadurch seine Schuld in eine, in gewöhnlicher Weise zwischen seinen Erben theilbare, Verpflichtung verwandelt worden ist (l. 7 § 1. l. 9 D. 16, 3, l. 3 § 3 in Verbindung mit l. 17 § 2 D. 13, 6). S. auch Ryk a. a. O. S. 111. [Mit Landucci Arch. giur. XXIII p. 405 s. nimmt F. Gradenwitz (6) S. 37 an, daß l. 72 pr. cit. von (anfänglicher) Mehrheit von Gläubigern handelt. Lenel Paling. Ulp. 643 bezieht die Stelle auf Theilung der Obligation e lege Furia (Gai. 3, 121); die letztere Erklärung ist wahrscheinlicher als die von Landucci, denn das stipulemur ist ein phraseologischer Plural, wie er oft vorkommt, ohne daß damit eine Mehrheit von Handelnden gemeint ist.] d) Ueber l. 11 § 3. l. 6 D. 39, 3 s. Ubbelohde § 22. Burckhard Actio aquae pluviae arcendae S. 504 fg. L. 49 § 4 D. 31 gewährt der herrschenden Meinung anerkanntermaßen eine sehr gebrechliche Stütze (Brinz an dem bei § 253 citirten Orte S. 46). e) Was speciell die Verpflichtung zu einem untheilbaren Nichtthun angeht, so beruft sich Ubbelohde a. a. O. darauf, daß es hier von den mehreren Schuldnern nicht, wie bei der Verpflichtung auf ein untheilbares Thun, heiße: singuli in solidum tenentur, sondern: omnes tenentur u. dgl. Aber in l. 2 § 5 D. 45, 1 und l. 25 § 12 D. 10, 2 wird der Fall der Verpflichtung zu einem Nichtthun dem Fall der Verpflichtung zu einem Thun ganz gleichgestellt („item", „quoque"), ein Argument, welches dadurch noch verstärkt wird, daß es in l. 25 § 12 cit. heißt: „in solidum committitur obligatio". S. auch l. 192 pr. D. 50, 17. Ubbelohde macht ferner geltend, daß aus der Obligation auf Nichtthun nicht eher geklagt werden könne, bis sie sich durch ihre Verletzung in eine Geldobligation verwandelt habe. Gewiß; aber warum soll hier etwas Anderes gelten, als wenn eine Obligation auf Thun sich durch die Schuld des einen der Schuldner in eine Geldobligation verwandelt hat? Was Scheurl S. 101 auf diese Frage antwortet, kann ich nicht für genügend halten.

[8] Ist die Leistung durch die Verschuldung eines Mitschuldners unmöglich geworden, so sind die andern Mitschuldner frei, und nur der eine Schuldige fährt fort zu haften. L. 10 D. 16, 3; vgl. l. 1 § 43 eod., l. 5 § 15 D. 13, 6. Ueber l. 7 § 1 D. eod. s. Ribbentrop S. 130 [12]. Ist der Inhalt der Leistung ein Unterlassen, so haftet jeder Schuldner nur für sein eigenes Thun, nicht für das des Mitschuldners. S. auch die folgende Note.

[9] Dieß ist z. B. der Fall, wenn Jemand eine Verpflichtung zum Nichtthun „für sich und seine Erben" übernimmt. Jeder seiner mehreren Erben haftet dafür, daß „durch die Erben" die betreffende Handlung nicht vorgenommen werde, also auch wegen des Thuns der andern, vorbehaltlich jedoch seines Rückgriffs

Digitized by Google

Was die Frage angeht, inwiefern die hier nicht erwähnten Aufhebungsthatsachen von Obligationen, wenn sie in der Person Eines Gläubigers oder Eines Schuldners eintreten, für den Mitgläubiger und den Mitschuldner Wirkung haben, so ist von dem Principe auszugehen, daß die Verfügungen eines Mitgläubigers den Mitgläubigern keinen Eintrag thun[10], daß dagegen die Verfügungen eines Mitschuldners nach denselben Grundsätzen, wie bei der eigentlichen Correalobligation, auch den Mitschuldnern zu Gute kommen[11]. In Folge des zuerst genannten Satzes fällt hier auch für den Gläubiger die Möglichkeit weg, das Forderungsrecht auf seine Person ausschließlich zu concentriren[12].

§ 300.

Nachträglich zu dem über die untheilbaren Obligationen Gesagten ist noch Folgendes zu bemerken.

1. Der Sinn, in welchem eine Mehrheit von Schuldnern eine untheilbare Leistung übernimmt, kann möglicherweise auch der sein,

---

gegen dieselben. Hiervon handeln l. 2 § 5. l. 131 pr. D. 45, 1, l. 25 § 12. l. 44 § 5 D. 10, 2, vgl. l. 4 § 1. l. 85 § 3 D. 45, 1. In gleicher Weise kann Jemand auch die Verpflichtung zu einem Thun für sich und seine Erben begründen. Und ebenso können sich mehrere Personen gleich von Anfang an zu einem Thun oder Nichtthun in dem bezeichneten Sinne verbindlich machen. Aber ohne eine besondere Begründung tritt die Verhaftung des einen Schuldners für die Pflichtwidrigkeit des andern nie ein. Gewöhnlich wird dieß verkannt (so auch von Savigny S. 365), oder nicht besonders hervorgehoben. Auch Ubbelohde sieht jene Verhaftung für die Schuld des Mitschuldners wenigstens bei der durch Erbgang vermittelten Mehrheit der Schuldner und bei obligationes stricti iudicii als das Selbstverständliche an. A. a. O. S. 73. 108, vgl. S. 222. 236. Gegen U. auch Rümelin S. 227. 249. 258 fg., Scheurl S. 101. — Es läßt sich die Frage aufwerfen, ob nicht auch bei Mehrheit der Gläubiger das Forderungsr. den Inhalt haben könne, daß einem jeden Gläubiger das R. zustehen soll, Vermeidung der Pflichtwidrigkeit auch gegen den Mitgläubiger zu verlangen. Gewiß — insofern der Gläubiger ein Interesse daran hat, daß die Pflichtwidrigkeit auch gegen den Mitgläubiger vermieden werde. L. 2 § 6. l. 3 D. 45, 1.

[10] Dieß folgt daraus, daß ein Mitgläubiger den übrigen Mitgläubigern auch durch Annahme der Leistung ihr Forderungsr. zu entziehen nicht im Stande ist.

[11] Wenn die Solidarität in der That nur in Folge der Untheilbarkeit der Leistung eintritt, so ist auch Einheit der Forderung vorhanden. Abweichende Ansichten bei Ubbelohde S. 265 fg., und besonders bei Rümelin S. 253 fg. (da jeder Schuldner nur zur Mitwirkung verpflichtet sei [7], so werde er frei, wenn die Verpflichtung des Mitschuldners wegfalle oder sich als nicht bestehend herausstelle). S. auch Ryk Schuldverh. S. 107. Sf. XV. 112.

[12] Vgl. Ubbelohde S. 261 unten.

Digitized by Google

daß jeder sich nur zu einer Mitwirkung bestimmter Art anheischig macht; dann haftet er auch nur für diese Mitwirkung, nicht für die ganze Leistung[1].

2. Ist der Inhalt der Leistung ein Unterlassen, so theilt sich die Verpflichtung zwischen den mehreren Schuldnern selbst dann nicht, wenn die Leistung theilbar ist, d. h. wenn der Erfolg, welcher nicht bewirkt werden soll, in Bruchtheilen dargestellt werden kann[2]. Von einer Theilung der Verpflichtung kann hier nur unter der Voraussetzung die Rede sein, daß das Können, ohne welches das nicht zu Thuende nicht gethan werden kann, unter die mehreren Schuldner, und zwar definitiv, vertheilt ist[3].

[1. Im BGB. ist für den Fall, daß Mehrere eine untheilbare Leistung schulden, einfach bestimmt: sie haften als Gesammtschuldner (431). Zweifelhaft ist, wie sich das Verhältniß gestaltet, wenn an Stelle der untheilbaren Leistung eine theilbare, insbesondere Schadensersatz in Gelde tritt. Der I. Entw. (§ 341) und seine Mot. (II S. 173 fg.) gehen davon aus, daß dann eine Theilung der Schuld eintritt. Auch in der II. Commission (Prot. S. 895 fg.) ist von der Minderheit diese Ansicht vertreten worden, von der Mehrheit aber abgelehnt, weil die Argumentation der Minderheit „auf der unrichtigen Prämisse beruhe, daß in denjenigen Fällen, welche (der von der Mehrheit verworfene Satz) im Auge habe, die untheilbare Leistung als solche sich in eine theilbare verwandele, während nur für den einzelnen Schuldner an Stelle der untheilbaren Leistung eine theilbare trete; möglicher Weise treffe dieß nur bei einem Schuldner zu, möglicherweise auch bei Allen, und zwar in einer gleichartigen Weise. Immerhin aber vollziehe sich die Verwandelung bei jedem in einer besonderen Weise und diese Besonderheit, welche bei der Leistungspflicht eines jeden Schuldners hervortrete, mache es unmöglich, von einer Verwandelung der Leistung als solcher zu sprechen. Daraus, daß die causa der Umwandlung bei den verschiedenen Schuldnern möglicher Weise eine gleichartige sei, folge nicht, daß sie auch eine identische sei; fehle aber die Identität, so sei es auch unrichtig, die Thatsache, welche bei einem Schuldner eine Veränderung der Leistung herbeiführe, auf die Leistungspflicht der anderen Schuldner wirken zu lassen.“ Diese — übrigens in den Protokollen noch etwas weiter ausgeführten und durch einige praktische Gründe unterstützten — Erwägungen enthalten den principiellen Grund, weßwegen die II. Comm. die Theilung der Haftung in den fraglichen Fällen für unangemessen hielt. Zu

---

[1] Ubbelohde S. 239—240. 243—250. § 300.

[2] Der Grund ist ein sehr einfacher: zweimaliges Thun je zu 1/2 macht ein ganzes Thun aus, aber zweimaliges Nichtthun je zu 1/2 ist so wenig ein ganzes Nichtthun, daß es umgekehrt ein ganzes Thun ist.

[3] Ubbelohde S. 106 fg. Das Gesagte trifft zu bei dem in l. 4 § 1 D. 45, 1 genannten Fall, wo Jemand, der versprochen hat: amplius non agi, mehrere Erben hinterläßt. Vgl. über diese vielbesprochene Stelle (§ *Cato*) Ubbelohde S. 129 fg. und Beil. II, Scheurl S. 76. 82 fg., Ryk S. 117.

Digitized by Google

dem Beweise, daß das Gesetzbuch diese Theilung wirklich ausschließt, reichen jene Unterscheidungen zwischen Identität und Gleichartigkeit aber nicht aus.

Es muß vielmehr davon ausgegangen werden, daß das Verhältniß mehrerer Schuldner bei untheilbarer Leistung als Gesammtschuldverhältniß bezeichnet ist, und daß daher jede neue Thatsache das Verhältniß nur so wie jedes andere Gesammtschuldverhältniß beeinflußt. Von diesem Standpunkte aus kommt man allerdings dahin, daß, nach Maßgabe des § 425, der Einfluß solcher Ereignisse, welche geeignet sind, die Leistungspflicht aufzuheben oder der bisherigen Leistungspflicht eine andere zu substituiren, für jeden Schuldner gesondert ins Auge zu fassen ist, und daß durch ein derartiges Ereigniß möglicher Weise die einen Schuldner frei werden, während andere haften; haften alle aus gemeinschaftlichem Verschulden, so haften sie als Gesammtschuldner gemäß § 830. 840. Dazu kommt, daß, wenn die Schuld auf Vertrag beruht, im Zweifel die Schuldner auch dann Gesammtschuldner sind, wenn die Leistung von vornherein theilbar ist (427); sie bleiben es also auch, wenn die untheilbare Leistung theilbar wird. Dieß alles sind aber Folgerungen aus anderweitigen Bestimmungen des Gesetzes, und es muß trotz ihrer der Satz vertheidigt werden, daß die nur auf Grund des § 431 bestehende Solidarität nur insoweit und nur so lange besteht, als eine untheilbare Leistung geschuldet wird. Wenn auch für die Anwendung dieses Satzes wenig Raum bleibt, so fehlt es ihm doch nicht ganz an praktischer Bedeutung. Z. B. mehrere Vermächtnißnehmer, welche mit einem Vermächtniß beschwert sind, tragen dasselbe zu Theilen, welche sich nach Verhältniß des Werths der ihnen zugewandten Vermächtnisse bestimmen (2148). Ist das ihnen auferlegte Vermächtniß untheilbar, so haften sie gemäß § 431 als Gesammtschuldner und der Einfluß späterer Ereignisse bestimmt sich nach dem Recht der Gesammtschuldverhältnisse; hat aber der Erblasser in erster Linie etwas Untheilbares vermacht, unter einer bestimmten Bedingung dagegen z. B. eine Geldleistung substituirt, so kann es nicht zweifelhaft sein, daß mit Eintritt dieser Bedingung die solidarische Haftung aufhört und Theilhaftung eintritt. Sind die mehreren Schuldner die Erben des ursprünglichen Schuldners, so wird ihre gemäß § 2058 stattfindende Haftung als Gesammtschuldner nach der Theilung des Nachlasses unter gewissen weiteren Voraussetzungen aufgehoben, so daß Haftung eines jeden für den seinem Erbtheil entsprechenden Theil der Schuld eintritt (2060. 2061). Diese Bestimmungen können nur bei theilbarem Leistungsgegenstande angewandt werden; hat eine Nachlaßverbindlichkeit einen untheilbaren Gegenstand, so muß auf Grund des § 431 die solidarische Haftung fortbestehen. Wenn aber in Folge rechtsgeschäftlicher Bestimmung an Stelle des untheilbaren Gegenstandes mit Eintritt einer Bedingung ein theilbarer tritt, so unterliegt die Verbindlichkeit nunmehr der Theilung.

2. Haben Mehrere eine untheilbare Leistung zu fordern, so ist es möglich, daß sie Gesammtgläubiger sind. Sind sie es nicht, so kann der Schuldner nur an Alle gemeinschaftlich mit befreiender Wirkung leisten.

a. Jeder Gläubiger kann selbständig fordern und klagen, dabei aber nur auf Leistung an alle Gläubiger zusammen dringen. Ist die Leistung von der Art, daß sie, einmal bewirkt, allen Gläubigern zu Gute kommt, so ist das Fordern der Leistung nothwendig ein Fordern der Leistung an Alle zusammen. Wenn ein anderer Gläubiger der Leistung widerspricht, so kann es sein, daß der Schuldner

Digitized by Google

diesen Widerspruch respectiren muß; z. B. wenn der Gläubiger als Miteigenthümer des zu bebauenden Grundstücks widerspricht. Es ist dann Sache des betreibenden Gläubigers, den Widerspruch zu beseitigen, und der Schuldner kommt nicht eher in Verzug (285), als bis dieß geschehen ist. Ebenso liegt es, wenn ein Mitgläubiger die Leistung thatsächlich verhindert. Zwar wirkt der Annahmeverzug nur zu Lasten des Gläubigers, in dessen Person er eintritt. Aber auch im Verhältniß zu den übrigen unterbleibt in den genannten Fällen die Leistung aus einem Grunde, den der Schuldner nicht zu vertreten hat.

b. Ist die Leistung nicht von der Art, daß sie von selbst allen Gläubigern zu Statten kommt, wie namentlich bei Verpflichtung zur Herausgabe einer Sache, so kann immer die Leistung an alle von einem durch Verweigerung seiner Mitwirkung vereitelt werden. Auch hier tritt Annahmeverzug nur zu Lasten des Weigernden ein; es ist aber Sache der Gläubiger, aus ihrem Rechtsverhältniß zu dem Mitgläubiger heraus den Weigernden zu der erforderlichen Mitwirkung anzuhalten. Es liegt also ein Fall vor, in welchem der Schuldner aus einem auf der Gläubigerseite liegenden Hinderniß seiner Verbindlichkeit nicht genügen kann, und es ist daher nicht nur Verzug des Schuldners ausgeschlossen, sondern er kann auch von sich aus gemäß § 372 S. 2 hinterlegen. Eignet sich die Sache zur Hinterlegung nicht, so kann er nur, wenn ihr Verderb zu besorgen oder die Aufbewahrung mit unverhältnißmäßigen Kosten verbunden ist, sie gemäß §§ 383 fg. verkaufen und den Erlös hinterlegen. Der betreibende Gläubiger kann aber unter allen Umständen verlangen, daß der Schuldner die geschuldete Sache für alle Gläubiger hinterlegt oder, wenn sie sich zur Hinterlegung nicht eignet (372), daß er sie an einen gerichtlich zu bestellenden Verwahrer abliefert (432 Abs. 1 S. 2).

c. Im Uebrigen bestimmt das Gesetz, daß eine jede Thatsache, die nur in der Person eines der Gläubiger eintritt, nicht für und nicht gegen die übrigen wirkt (432 Abs. 2). Danach ergibt sich: Erfüllung an einen Gläubiger befreit den Schuldner, wenn die Leistung nicht Allen zu Gute kommt, nicht von der Forderung der übrigen Gläubiger. Das Gleiche gilt von der Hingabe an Erfüllungsstatt nach Vereinbarung mit einem Gläubiger, von der Hinterlegung für einen Gläubiger, und von der Aufrechnung, sofern sie bei untheilbaren Leistungen vorkommt. Erlaßvertrag mit einem Gläubiger ist unfähig, den Schuldner zu befreien, kann aber das Mitrecht des erlassenden Gläubigers tilgen, wenn dieser Tilgung nicht ein besonderes Hinderniß entgegensteht (vgl. 719 Abs. 1. 2033 Abs. 2). Da jeder Gläubiger Leistung an Alle fordern kann, so kann er den Schuldner auch mit der Leistung an Alle in Verzug setzen; die Haftung für das Zögerungsinteresse und die strengere Haftung in Ansehung der Leistung selbst treten aber nur dem Mahnenden gegenüber ein. Bei Verzug ohne Mahnung (284 Abs. 2) ist es immerhin möglich, daß einzelnen Gläubigern gegenüber der Verzug gemäß § 285 ausgeschlossen ist. Verzug eines Gläubigers wirkt nur gegen ihn. Das Gleiche gilt vom Verschulden eines Gläubigers. Wird die Leistung unmöglich, oder der Schuldner zu ihr unvermögend, so ist es möglich, daß der Schuldner die Unmöglichkeit, das Unvermögen, nicht allen Gläubigern gegenüber zu vertreten hat. Es ist z. B. möglich, daß er einem derselben gegenüber nicht im Ver-

Digitized by Google

schulden ist, weil er dessen Recht nicht kannte und nicht zu kennen brauchte, oder daß der Anspruch des Einen durch sein Mitverschulden nach § 254 ausgeschlossen ist. Jeder Gläubiger, gegenüber welchem der Schuldner die Unmöglichkeit (das Unvermögen) zu vertreten hat, kann Schadensersatz verlangen (280). Dabei sind zwei Auffassungen möglich. Man kann sagen: der Schadensersatz besteht nach Maßgabe des § 249 in der Herstellung desjenigen Zustandes, welcher obwalten würde, wenn an alle Gläubiger zusammen geleistet worden wäre, und es kann daher der betreibende Gläubiger auch nur verlangen, daß der Schadensersatz an alle Gläubiger zusammen geleistet werde, einschließlich auch eines solchen Gläubigers, der seinerseits die Anforderung dazu nach dem Vorigen nicht stellen könnte. Nur wäre bei Berechnung des Schadensersatzes das Sonderinteresse dieses Gläubigers außer Ansatz zu lassen. Man könnte aber auch sagen: Jeder Gläubiger verfolgt seinen Schaden; derselbe besteht aber nur in demjenigen, was dieser Gläubiger haben würde, wenn Leistung an alle Gläubiger zusammen erfolgt wäre; es wäre also auszugehen von dem Antheil, den dieser Gläubiger nach dem Verhältnisse der Gläubiger unter sich an der Leistung haben würde. Für den richtigen ist m. E. nicht dieser, sondern jener erste Weg zu halten, weil den Schuldner das innere Verhältniß der Gläubiger unter sich nichts angeht.

d. Wenn an Stelle der untheilbaren Leistung eine theilbare tritt, so fällt die Grundlage der Anwendbarkeit des § 432 fort; es tritt also grundsätzlich gemäß § 420 Theilung der Forderung ein; dieser Satz ist aber nur anwendbar, sofern nicht der Einfluß des neuen Ereignisses, welches das Schuldverhältniß als ein untheilbares trifft, eben gemäß § 432 anders bestimmt ist. Er ist also insbesondere gemäß dem vorigen Absatz (c) bei Unmöglichwerden der Leistung nicht anwendbar; wohl aber z. B., wenn an Stelle eines untheilbaren Vermächtnißgegenstandes nach Verfügung des Erblassers ein theilbarer tritt.

Ueber Theilbarkeit der Leistung s. ob. S. 17, u. vgl. noch Ubbelohde Jahrb. f Dogm. XXXIX S. 134 fg.]

Anhang.

§ 301.

Eine Mehrheit der Forderungsrechte bei einmaliger Leistungspflicht (§ 298) kann auch stattfinden, ohne daß die Obligationssubjecte verschieden sind; derselbe Schuldner ist demselben Gläubiger, was er ihm schuldig ist, aus mehreren Forderungsrechten schuldig. Dieses Verhältniß kann seinen Grund darin haben, daß der Schuldner dem Gläubiger die Erfüllung seiner Verbindlichkeit noch besonders verspricht[1]; oder darin, daß er ihm wiederholt verspricht, was er schuldig ist[2]; oder darin, daß ein Solidarschuldner den andern beerbt.

§ 301. [1] Erfüllungsversprechen, constitutum debiti. S. § 284.

[2] Die Obligation, welche begründet wird, hat zum Gegenstand nicht die Erfüllung einer andern Obligation, sondern sie hat zum Gegenstand eine Leistung

Digitized by Google

Eine besondere Betrachtung macht dieses Verhältniß nur insofern nöthig, als auch hier gefragt werden muß, in wiefern eine Aufhebungsthatsache, welche das eine Forderungsrecht betrifft, ihre Wirkung auf das andere erstreckt[3]. Die Antwort auf diese Frage ist die gleiche, wie bei dem bloßen Solidarverhältniß, nämlich, daß allein die Erfüllung[4] des einen Forderungsrechts, und was der Erfüllung gleichsteht[5], auch das andere tilgt[6]. Nur ist in einem gegebenen Falle zuzusehen, ob in der That die vorliegende Aufhebungsthatsache bloß Ein Forderungsrecht, und nicht vielmehr die sämmtlichen zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner bestehenden Forderungsrechte betroffen hat[7].

---

gleichen Inhalts, wie eine andere Leistung, mit der Maßgabe jedoch, daß nach der Absicht der Parteien die Erfüllung der einen Obligation auch die Erfüllung der andern sein soll (l. 18 D. 45, 1) — s. g. accessorische Stipulation. L. 2. l. 9 pr. l. 16. l. 28 D. 46, 2, l. 38 § 2 D. 46, 3, l. 3 D. 18, 5. Bähr Anerkennung § 13, Liebe Stipulation § 14, Gneist formelle Verträge S. 138 fg. 145 fg., Salkowski Novation § 6, Unger Jahrb. f. Dogm. VIII S 188 fg., Römer Abhandlungen I S. 1 fg. Der letztgenannte Schriftsteller sieht den Unterschied zwischen dem Erfüllungsversprechen und der accessorischen Stipulation darin, daß das Erfüllungsversprechen eine Obligation nicht erzeuge, wenn die zu erfüllende Obligation nicht bestehe, während bei der accessorischen Stipulation der Nichtbestand der Principalobligation nur die Folge habe, daß die erzeugte Obligation nach dem Rechte der Voraussetzung angegriffen werden könne. Ich halte das nicht für richtig. Der Unterschied zwischen dem Erfüllungsversprechen und der accessorischen Stipulation ist der, daß durch das Erfüllungsversprechen eine Obligation begründet werden soll, welche zum Gegenstand hat die Erfüllung einer andern Obligation, durch die accessorische Stipulation eine Obligation, welche zum Gegenstand hat die Erfüllung dieser Obligation, mit der Maßgabe jedoch, daß durch die Erfüllung dieser Obligation auch die andere Obligation erfüllt sein soll. Was aber die Frage nach der Abhängigkeit der durch die accessorische Stipulation begründeten oder zu begründenden Obligation von der Principalobligation angeht, so glaube ich nicht, daß Römer der Nachweis gelungen ist, daß die Stipulation „Centum quae mihi debes ex emto dari spondes?" eine Obligation auch dann erzeugt habe, wenn eine Kaufschuld nicht vorhanden war. Jedenfalls ist dieß nur eine Auslegungsfrage, und ich glaube nicht, daß, wenn Jemand heutzutage die aus einem näher bezeichneten Kaufvertrage verschuldeten 100 verspräche, die Auslegung, der Versprechende habe 100 schlechthin versprechen wollen, vielen Beifall finden würde.

[3] S. hierüber namentlich Römer bedingte Novation S. 231—300 (vgl. § 355 [17]) und a. a. O. S. 41.

[4] L. 18 § 3 D. 13, 5, l. 38 § 2 D. 46, 3.

[5] Leistung an Erfüllungsstatt, gerichtliche Hinterlegung, durchgeführte Compensation, Novation, Quittung.

[6] Vgl. l. 18 § 1 D. 13, 5, l. 28 D. 46, 2 (§ 284 [4]).

[7] So namentlich beim Erlaß, l. 3 D. 18, 5, beim Schiedseidvertrag, l. 36 D. 12, 2.

Digitized by Google

[In Betreff des §§§. s. ob. zu § 284 und I S. 531. Wenn ein Gesammtschuldner den andern beerbt, ist namentlich zu beachten, daß seine eigene Verpflichtung eine unbeschränkte ist, auch wenn er für die ererbte Schuld nur beschränkt haftet.]

V. Entstehung des Forderungsrechts.

Einleitung.

§ 302.

Forderungsrechte entstehen, wie Rechte überhaupt (I § 68), entweder durch Rechtsgeschäft, oder durch richterliche Willenserklärung, oder durch irgend eine andere Thatsache, an welche das Recht die Entstehung eines Forderungsrechts anknüpft. Von den Rechtsgeschäften als Entstehungsgründen der Forderungsrechte ist im Folgenden näher zu handeln (§ 303 fg.). Der Richter begründet ein Forderungsrecht durch das verurtheilende Erkenntniß; das Nähere darüber ist bereits vorgetragen worden (I § 127 fg.), oder gehört in die Proceßlehre. Unter den andern Thatsachen, an welche das Recht die Entstehung eines Forderungsrechts anknüpft, sind hervorzuheben die Vergehen (Delicte); auch von ihnen ist unten näher zu handeln (§ 326). Eine Orientirung unter den Entstehungsgründen von Forderungsrechten, welche nicht Rechtsgeschäfte und nicht Vergehen sind, gewährt die Betrachtung, daß diese anderen Entstehungsgründe entweder mehr nach der Seite der Rechtsgeschäfte, oder mehr nach der Seite der Vergehen liegen [1. 2].

---

§ 302. [1] In diesem Sinne sagen unsere Quellen, indem sie an die Stelle der Rgeschäfte die Verträge setzen, daß die Obligationen „aut . . . ex contractu sunt, aut quasi ex contractu, aut ex maleficio, aut quasi ex maleficio“ (§ 2 I. 3, 13, vgl. pr. I. 3, 27, pr. I. 4, 5). Die Obligationen quasi ex contractu und quasi ex maleficio oder delicto faßt eine andere Stelle (l. 1 pr. D. 44, 7) zusammen als Obligationen „ex variis causarum figuris“. Die Neueren sprechen von Quasi-Contracten und Quasi-Delicten. Vgl. auch Schloßmann der Vertrag S. 37 fg. Ramm der Quasicontract nach den Quellen und sein Werth für Wissensch. u. Gesetzg., 1882 (vgl. kr. VJS. XXV S. 16 fg.).

[2] Begründung von Forderungsren durch Verjährung? Gewiß nicht nach r. R. (zu l. 1 C. 6, 42 vgl. l. 16 § 1 C. 6, 23, über l. 6 pr. D. 22, 1 s. § 259 [7] und außer den daselbst Citirten Burckhard die civilistischen Präsumtionen S. 234 fg.). Unterholzner Verjährungslehre II § 252. 253, H. Keller in Sell's Jahrb. III S. 184 fg. Aber nach heutigem R.? Ueber die unvordenkliche Verjährung s. I § 113 [5]. Auch die Ersitzung erkennen bei obligatorischen Rverhältnissen juristischer Personen und dauernder Personenclassen an

Digitized by Google

A. Rechtsgeschäfte.

§ 303.

Für die Rechtsgeschäfte als Entstehungsgründe von Forderungsrechten gelten zunächst die gleichen Grundsätze, welche oben für die Rechtsgeschäfte überhaupt (I § 69—100) entwickelt worden sind. Im Uebrigen ist auch hier zu unterscheiden zwischen einseitigen Rechtsgeschäften und zweiseitigen Rechtsgeschäften (Verträgen). Die einseitigen sind entweder letztwillige oder Rechtsgeschäfte unter Lebenden. Nur die letzteren gehören hierher; von den ersteren ist im Erbrecht zu handeln.

1. Einseitige Rechtsgeschäfte*.

§ 304.

Die einseitige Erklärung des Willens, zu Gunsten eines Andern etwas leisten zu wollen, erzeugt, auch wenn sie in der Absicht sich zu verpflichten gemacht worden ist[1], der Regel nach ein Forderungsrecht nicht, d. h. der Erklärende kann die abgegebene Willenserklärung wieder zurücknehmen[2] und wenn er freiwillig leistet, erfüllt er damit keine Verbindlichkeit. Von dieser Regel gibt es aber Ausnahmen[3].

1. Wenn Jemand Etwas zum gemeinen Besten einseitig verspricht, so erwächst daraus dem Staate oder der betreffenden Ge-

---

die Urtheile bei Sf. VII. 269 und XVI. 5; dagegen VII. 5. S. auch das. I. 317 und Bruns Besitz S. 421—422. 481—483, Unterholzner Verjährungslehre II § 254. Ferner in diesem Lehrbuch § 464 4. 5. Vgl. Sf. XVIII. 123.

* Dig. 50, 12 de pollicitationibus. — Unterholzner II § 575, Sintenis II S. 276. [Regelsberger Streifzüge (1892) S. 17 fg.]

[1] Eine nicht in der Absicht, sich zu verpflichten, abgegebene Erklärung erzeugt § 304. ein Forderungsr. nie und unter keinen Umständen. Die Erklärung muß nicht eine bloße Enuntiation enthalten, sondern eine Disposition; nicht die Bezeichnung eines Vorsatzes oder Entschlusses, sondern den Ausdruck der Unterwerfung des Willens unter den Willen eines Andern.

[2] Vgl. übrigens § 307, 1.

[3] Das r. R. nennt das einseitige Versprechen pollicitatio. L. 3 pr. D. 50, 12. „Pactum est duorum consensus atque conventio, pollicitatio vero offerentis solius promissum“. Jedoch wird dieser Ausdruck auch einerseits zur Bezeichnung der gar nicht in bindender Absicht abgegebenen Erklärung (Paul. sentent. V, 12 § 9), andererseits zur Bezeichnung des formlosen, und sogar zur Bezeichnung des mit der gehörigen Form versehenen Vertrages gebraucht (l. 5 C. 8, 37 [38], l. 43 § 1 D. 18, 1).

Digitized by Google

meinde ein Forderungsrecht[3a], jedoch unbedingt nur dann, wenn das Versprechen eine rechtfertigende Veranlassung hat[4]. Ist eine solche Veranlassung nicht vorhanden, so haftet der Versprechende nur auf Vollendung des bereits Begonnenen[5], und selbst die Vollendung kann er im Falle der Verarmung mit dem fünften Theil seines Vermögens abkaufen[6]. Auch seine Erben haften unbedingt nur, wenn das Versprechen eine rechtfertigende Veranlassung hatte[7]; abgesehen von diesem Fall nur dann, wenn das versprochene Werk bei Lebzeiten des Erblassers bereits begonnen worden ist, und nur mit dem fünften, Descendenten mit dem zehnten Theil des ererbten Vermögens[8].

2. In gleicher Weise wird durch ein Gelübde, d. h. durch das Versprechen einer Leistung zu einem frommen Zwecke, ein Forderungsrecht für die betreffende Anstalt begründet[9].

[3a] Schloßmann der Vertrag S. 148 fg. sucht auszuführen, das Forderungsr. entstehe hier nicht aus der einseitigen Erklärung, vielmehr sei Vertrag nothwendig, nur sei derselbe frei von den positiven Beschränkungen der Schenkung. S. dagegen auch Karlowa das Rgeschäft S. 272. [Regelsberger (*).] — Ihering der Zweck im Re I S. 465 (2. [u. 3.] Aufl. S. 473 fg.): Stiftung unter Lebenden.

[4] L. 1 § 1. 5. l. 3 pr. l. 4. l. 6 § 2. l. 7. l. 9. l. 13 pr. l. 14 D. 50, 12, l. 19 pr. D. 39, 5. RG. XV S. 213: Zusage eines Beitrages für eine zu bauende Eisenbahn.

[5] L. 1 § 2—5. l. 3 pr. l. 5 (s. über diese Stelle Marezoll ZS. f. CR. u. Pr. I S. 374 fg., Unterholzner a. a. O.[5], Holzschuher III § 235, 1), l. 8 D. 50, 12.

[6] L. 9 D. 50, 12.

[7] L. 6 pr. l. 9. l. 11. l. 14 D. 50, 12. — In diesen Stellen ist zwar nur von Versprechen „ob honorem" (ein Mal — l. 11 cit. — wird hinzugefügt „vel sacerdotium") die Rede; aber es ist nicht zu kühn, dieß in der Weise, wie im Text geschehen, auszudehnen. Auch in Betreff der eigenen Verhaftung des Versprechenden wird der honor vorzugsweise, und nicht selten allein (s. l. 3 pr. l. 6 § 2. l. 9. l. 13 pr. D. 50, 12. l. 19 D. 39, 5), hervorgehoben.

[8] L. 9. l. 14. l. 15 D. 50, 12. L. 9 und l. 14 cit. widersprechen sich dem Wortlaut nach insofern, als die letzte Stelle die Fünftel- bez. Zehntel-Beschränkung schlechthin ausspricht, die erste nur mit dem Zusatz: „si bona liberalitati solvendo non fuerint". Es ist anzunehmen, daß mit diesen Worten nicht sowohl eine Bedingung des Abzugsr., als vielmehr eine Veranlassung für den Erben, die Vollendung zu verweigern, hat bezeichnet werden sollen. A. M. Sintenis II § 96[55], welcher die Worte als Bedingung faßt und die Nichterwähnung dieser Bedingung in l. 14 für eine Ungenauigkeit hält. — L. 6 § 1. l. 14 citt. sind von einer nur in Aussicht stehenden Ehrenbezeigung (l. 11 D. 50, 12) zu verstehen.

[9] So schon nach r. R.; nicht minder nach canonischem. L. 2 D. 50, 12; c. 18 X. 3, 39. Brinz 1. Aufl. S. 1092 fg. [2. Aufl. IV § 561 zu [22] u.

Digitized by Google

3. Wird auch durch ein öffentliches Versprechen derjenigen Person, bei welcher gewisse Voraussetzungen zutreffend seien oder sein werden, etwas leisten zu wollen, eine Verpflichtung erzeugt? Aus dem römischen Recht gehört hierher die in der Anstellung eines Gewerbeverwalters oder Schiffsführers abgegebene öffentliche Erklärung[10]. Andere stellen auch die Auslobung hierher, nicht mit hinreichendem Grunde; s. § 308 Ziff. 1.

4. Mit mehr Recht wird die verpflichtende Kraft des modernen Inhaber- und Ordrepapiers den in dem Papier bezeichneten dritten Personen gegenüber auf die in der Ausstellung des Papiers enthaltene einseitige Erklärung des Schuldners zurückgeführt[11. 12].

[Das EGG. hält für die Begründung von Schuldverhältnissen durch Rechtsgeschäft das Vertragsprincip aufrecht, so weit nicht das Gesetz, das heißt eine reichsgesetzliche Vorschrift innerhalb oder außerhalb des BGB. oder ein Landesgesetz innerhalb einer Materie, in deren Gebiet Landesrecht aufrecht erhalten ist, ein Anderes vorschreibt (305). Die Pollicitatio (oben 1) und das Votum (oben 2) sind nicht aufrecht erhalten. Die Auslobung (oben 3) ist nach BGB. zweifellos ein einseitiges Versprechen, soll aber unten zu § 308 erörtert werden. Ebenso beruht die Verpflichtung aus Inhaberpapieren nach BGB. (793 fg.) auf einseitigem Versprechen. Dieser Gegenstand ist aber in vorliegendem Werk nicht zu behandeln.]

---

dort angef. Stellen.] Walter Kirchenr. § 346, Richter Kirchenr. § 262. Pernice Sitzungsberichte der Berliner Akademie der Wissenschaften 1886 S. 1187 fg.

[10] Durch diese Erklärung verpflichtet sich der Anstellende, die von dem Gewerbeverwalter oder Schiffsführer innerhalb des Geschäftskreises dieser Personen eingegangenen Verbindlichkeiten als eigene erfüllen zu wollen. S. § 482. Köppen Jahrb. f. Dogm. XI S. 359 fg. sieht in dieser Erklärung ein Vertragsanbieten, welches durch Contrahiren mit dem Gewerbeverwalter ꝛc. acceptirt werde. Ich glaube nicht, daß damit der Sinn der Quellen wiedergegeben ist; denn sonst müßte man auch die actio quod iussu auf einen mit dem iubens abgeschlossenen Vertrag zurückführen, und diese Auffassung wird durch das „quodammodo cum eo contrahitur qui iubet“ der l. 1 pr. D. 15, 4 viel mehr widerlegt, als bestätigt.

[11] Die Frage, ob die Inhaber- und die Ordrepapierforderung ihren Grund in der einseitigen Erklärung des Schuldners oder in einem Vertrage haben, ist noch keine in der Wissenschaft erledigte. Vgl Kuntze Inhaberpap. § 53. 78—83. Wechselr. S. 293—312, Stobbe III § 171 Nr. 4 [3. Aufl. (Lehmann § 219, IV.)] und die von diesen Schriftstellern Citirten. Dazu jetzt Brunner in Endemann's Handbuch des Handelsr II § 194, Goldschmidt ZS. f. HR. XXVIII S. 84 fg., Gierke das. XXIX S. 257 fg. Hasenöhrl Oesterr. Obligationsr. II S. 35 fg. H. O. Lehmann die Theorie der Werthpapiere. Marb. 1890 (die Obligation kommt zu Stande nicht durch einen obligatorischen, sondern durch einen dinglichen Vertrag, die Uebertragung des Eigenthums am Papier. In gleicher Weise wird die Obligation übertragen.) Die Frage geht nicht in die andere auf, ob die Scripturobligation schon durch das Schreiben

Digitized by Google

2. Vertrag.

a. Begriff.

§ 305*.

Der obligatorische Vertrag besteht, wie jeder Vertrag, in der Vereinigung zweier Willenserklärungen. Die Erklärung des einen

---

entsteht (ob die Scripturerklärung schon durch das Schreiben vollendet ist), oder erst durch die Begebung der Schrift; es ist auch das Verhältniß des Ausstellers zu den späteren Erwerbern der Urkunde ins Auge zu fassen. Und hier nun scheint mir die Annahme eines Vertrages nur dann auszureichen, wenn man jeden folgenden Gläubiger als Rnachfolger des vorhergehenden auffaßt. Thut man dieß nicht, sondern gibt jedem Inhaber oder Indossator ein selbständiges R. auf Grund der schuldnerischen Erklärung, so muß man ihm dieses R. auch geben bloß auf Grund dieser schuldnerischen Erklärung; denn sonst könnte der Aussteller das Gläubigerwerden des neu Eintretenden durch Widerruf verhindern. Daß er dazu nicht die Macht hat, ist feststehendes R. Für den Fall also, daß der Aussteller wirklich widerruft, gelangt man mit der Vertragstheorie zur Annahme eines Vertrages, welcher zu Stande kommt durch Acceptation eines Willens, welcher zwar früher vorhanden gewesen ist, aber jetzt nicht mehr vorhanden ist. Man wird auch den Gehalt der durch die Scripturerklärung begründeten Verpflichtung nicht dahin bestimmen dürfen, daß der Abgeber der Erklärung verpflichtet sei, sich durch Acceptation seiner Erklärung zum Schuldner machen zu lassen; denn dann würde er, wenn er die Erfüllung dieser Verpflichtung verweigerte, nicht auf Leistung haften, sondern auf Schadensersatz wegen Verhinderung des Schuldnerwerdens auf diese Leistung, was gewiß eine äußerst gezwungene und ungesunde Construction wäre. So bleibt also nichts Anderes übrig, als zu sagen, daß aus seiner Erklärung sofort eine Verpflichtung auf die durch die Erklärung versprochene Leistung für ihn entstehe. — Ueber die Frage, ob zur Schaffung einer Inhaberpapierforderung Jedermann oder nur der Staat befugt sei, s. Savigny Obl. II S. 122—130, Kuntze Inhaberpapiere S. 535—551, Thöl Handelsr. I § 224 4. 1 a. E., Goldschmidt Handelsr. I S. 1200—1220, Stobbe deutsch. Privatr. III § 179 Num. 5, [3. Aufl. (Lehmann) § 254, 4], v. Poschinger die Lehre von der Befugniß zur Ausstellung von Inhaberpapieren, München 1870, Brunner a. a. O. S. 198 fg., Sf. VII S. 262—265, X S. 116—124, XIII 55. 112, XV 237. Reichsgesetz v. 14. 3. 1875 § 1. „Die Befugniß zur Ausgabe von Banknoten kann nur durch Reichsgesetz erworben werden". Strafbestimmung dazu (mit Erstreckung auf „sonstige auf den Inhaber lautende unverzinsliche Schuldverschreibungen") § 55. [BGB. 795. EG. 34, IV].

[12] Siegel in einer interessanten Schrift, das Versprechen als Verpflichtungsgrund im heutigen R. (Wien 1873), hat die verbindende Kraft des einseitigen Versprechens als einen Zug des deutschen R. nachzuweisen gesucht. Für die Römer sei die Nothwendigkeit des Vertrags schon durch die Stipulationsform gegeben gewesen, während nach deutscher Auffassung das Schwergewicht nicht auf Seiten des Gläubigers, sondern auf Seiten des Schuldners liege. Das mag so sein, und Siegel hätte hinzufügen können, daß überhaupt das r. R. nach seiner ursprünglichen Auffassung sich den Rserwerb denkt als aus der Initiative des Erwerbenden, nicht des Weggebenden hervorgehend, wie außer der stipulatio

Digitized by Google

Vertragschließenden ist darauf gerichtet, daß er zu einer Leistung verpflichtet sein wolle[1], die des andern Vertragschließenden darauf,

---

expensilatio, acceptilatio, mancipatio, in iure cessio zeigen. Allein das r. R. hat an der Nothwendigkeit der Annahme der Hingabeerklärung auch zu einer Zeit festgehalten, als ihm die Form der Rsgeschäfte kein Hinderniß mehr in den Weg legte (vgl. namentlich auch l. 10 D. 39, 5, l. 55 D. 44, 7), so daß jedenfalls dieß nicht gesagt werden darf, daß im heutigen R. mit Wegfall der Stipulationsform das einseitige Versprechen eine ihm schon nach r. R. an und für sich inwohnende Kraft zu entfalten fähig geworden sei, was übrigens Siegel auch wohl nicht will. Aber auch in dem von Siegel aus dem älteren deutschen R. beigebrachten Material kann ich keinen irgend welchen Beweis dafür erkennen, daß im heutigen gemeinen R. das einseitige Versprechen auf bindende Kraft in größerem Umfange Anspruch machen dürfe, als ihm durch Gesetz oder Gewohnheit beigelegt ist. (Vgl. in dieser Beziehung auch Stobbe ZS. f. RGesch. XIII S. 209 fg.) Uebrigens soll bereitwillig zugestanden werden, daß in dem Wesen des Schuldverhältnisses ein Grund gegen die bindende Kraft des einseitigen Versprechens nicht liegt. Warum sollte nicht Jemand durch seinen Willen sich selbst ein Gesetz setzen können, wie der Erblasser im Vermächtniß dem Erben ein Gesetz setzt? Aber das ist eine Betrachtung de lege ferenda, sie entscheidet nicht für den Inhalt eines gegebenen positiven Res. Zu bemerken ist noch, daß Siegel seiner dogmatischen Construction ein Element beigefügt hat, welches nach meiner Ansicht von sehr fraglichem Werth ist. Er unterscheidet nämlich zwischen der Verpflichtung, das gegebene Versprechen zu erfüllen, und der Gebundenheit ans Wort, deren Bedeutung die sei, daß das gegebene Versprechen nicht zurückgenommen werden könne. Aber kann das gegebene Versprechen nicht zurückgenommen werden, so ist auch es selbst der Grund der Verpflichtung zur Erfüllung, und was sonst noch nothwendig sein mag, damit die Verpflichtung wirklich entstehe, fällt unter die Kategorie der Bedingung. S. auch Hartmann die Obligation S. 163, Stobbe a. a. O. S. 257 fg. und deutsch. Privatr. III § 168[17] [3. Aufl. (Lehmann) § 202[18]] § 171[12]. [§ 219[23]]. Vgl. über die Schrift von Siegel überhaupt außer Stobbe a. a. O. Unger in Grünh. ZS. I S. 357 fg., Bekker Jenaische Literaturzeitung 1874 Nr. 2, Gareis ZS. f. deutsche Gesetzgeb. VIII S. 180 fg., Behrend das. S. 187 fg. 306 fg., A. Pernice ZS. f. HR. XX S. 88 fg., und eine besondere Schrift von F. Hofmann, die Entstehungsgründe der Obligationen, insbesondere der Vertrag. Wien 1874.

* Vgl. zu diesem und den folgenden §§ (bis § 310): Regelsberger civilrliche Erörterungen. 1. Heft 1868. — Der Inhalt der Schrift von Schloßmann, der Vertrag, Leipzig 1876, ist im Wesentlichen der, daß nicht der Vertrag eine Verpflichtung erzeuge, sondern erst die Nichterfüllung desselben. Der Vertrag erzeuge nichts, als eine gerechtfertigte Erwartung des Empfängers des Versprechens, daß das Versprochene werde geleistet werden. Werde diese Erwartung durch die Schuld des Versprechenden nicht erfüllt, so entstehe — jetzt erst — für denselben eine Verpflichtung, und zwar auf Schadensersatz. Diese neue Theorie ist mit erstaunlicher Sicherheit des Tons vorgetragen; daß der Verfasser Jemanden überzeugen wird, glaube ich nicht. (Diesen in der 5. Auflage geschriebenen Worten kann ich jetzt hinzufügen, daß mir eine zustimmende Aeußerung nicht bekannt geworden ist. Widersprechend im Besonderen Eisele kr. VJS. XX S. 14 fg., Hasenöhrl österr. Obligationenr. I S. 312, Pernice

Digitized by Google

daß er diesen Verpflichtungswillen ergreife, sich aneigene — ohne Bild ausgedrückt: daß für ihn auf die Leistung, zu welcher der andere Theil verpflichtet sein zu wollen erklärt, ein Forderungsrecht entstanden sein solle[2]. Welche von diesen beiden Willenserklärungen vorhergeht, ist gleichgültig; der Vertrag kann nicht bloß in der Weise geschlossen werden, daß der Schuldnerwille vom Gläubiger, sondern auch in der Weise, daß der Gläubigerwille vom Schuldner acceptirt, angenommen wird[3]. Es kann auch die zuerst abgegebene Erklärung die Erklärung eines Schuldner- und Gläubigerwillens zugleich sein; dieß ist der Fall bei den zweiseitigen Verträgen (§ 320).

[Diese Sätze treffen auch für das Recht des **ZGB.** zu.]

b. Abschluß.

§ 306*.

[1]Genügt zum Abschluß des Vertrages, daß die Annahmeerklärung abgegeben worden sei[2], oder muß dieselbe dem Antragsteller

---

ZS. f. HR. XXV S. 99. Andererseits wieder Schloßmann Grünh. ZS. VII S. 565 fg.) [S. noch Jacobi Versprechen und Vertrag Jahrb. f. Dogm. XXXV S. 1 fg. (zum 2. E. BGB.), Affolter zur Lehre vom Vertrage ABR. VIII S. 1 fg., dazu Kohler das. S. 49 fg.]

§ 305. [1] Zu wiederholen ist (vgl. § 304 [1]), daß die Erklärung desjenigen, welcher Schuldner werden soll, nicht ein Reden von seinem Wollen, sondern ein Disponiren über sein Wollen enthalten muß. Sf. XXVI. 144.

[2] Regelmäßig für den Annehmenden selbst, möglicherweise auch für einen Dritten. Vgl. § 316. — Der Vertrag kommt also nicht zu Stande durch die bloße Uebereinstimmung der Schuldner- und der Gläubigererklärung; es ist ferner erforderlich, daß jede dieser Erklärungen mit Beziehung auf die andere abgegeben worden sei. A. M. Bekker Jahrb. des gem. R. III S. 116 fg., Hauser ZS. f. HR. XII S. 47, Köppen Jahrb. f. Dogm. XI S. 382 fg.; gegen Diese Schott der obligatorische Vertrag unter Abwesenden S. 59 fg. Neuerdings a. M. Schloßmann S. 77 fg., Marsson (§ 306*) S. 82, übereinstimmend Kühn Jahrb. f. Dogm. XVI S. 40 (vgl. S. 78), im Wesentlichen übereinstimmend Kohler Jahrb. f. Dogm. XVII S. 322. Vgl. noch Zitelmann Irrthum S. 272 [241]. Bekker Pand. II S. 87. 88.

[3] Z. B. es gibt Jemand einem Freunde, welcher ihm ähnliche Geschäfte immer besorgt, einen Auftrag; Jemand schickt unaufgefordert einem Freunde ein Buch zum Lesen (Leihvertrag). Das bekannteste Beispiel aber gewährt die römische Stipulation. — In der ersten Auflage habe ich den Satz aufgestellt, daß, wenn der Anstoß zum Vertrage vom Gläubiger ausgehe, darin im Zweifel nur eine Vertragsanfrage, nicht ein Vertragsantrag, gefunden werden dürfe. Diesen Satz gebe ich jetzt auf. — Gleichzeitige Erklärung des Schuldner- und des Gläubigerwillens? Dernburg II § 11 [2].

* Vgl. zu diesem und dem folgenden § außer der zuvor citirten Schrift von Regelsberger S. 23 fg.: Bülow und Hagemann prakt. Erörterungen IV

Digitized by Google

zum Bewußtsein gekommen[3], oder wenigstens an ihn gelangt sein?[4] Auf diese Frage ist zu antworten, daß die Annahmeerklärung existent

---

S. 20 fg. (1804). v. Wening-Ingenheim ACPra. II S. 267 fg. (1821) Hasse Rhein. Mus. II S. 371 fg (1829). v. Scheurl Beitr. I S. 305 fg. (1853) und Jahrb. f. Dogm. II S. 248 fg. (1858). Bekker Jahrb. des gem. R. II S. 342 fg. III S. 116 fg. 295 fg. (1858. 1859). Dahn ZS. f. HR. IX S. 503 fg. (1866). Filippo Serafini il telegrafo in relazione alla giurisprudenza civile e commerciale p. 48—82. Pavia 1862. Hauser ZS. f. HR. XII S. 34 fg. (1868). Emminghaus APraktRW. N. F. VI S. 113 fg. (1869). Bangerow 7. Aufl. III § 603 Anm. 1 (1869). Köppen Jahrb. f. Dogm. XI S. 139—393 (1871). Sohm ZS. f. HR. XVI S. 16—107 (1872). Schott der obligatorische Vertrag unter Abwesenden. Heidelberg 1873. (Darüber Bekker kr. VJS. XV S. 543 fg.) Karlowa das Rgeschäft und seine Wirkung S. 17—30 (1877). Kühn Jahrb. f. Dogm. XVI S. 1—90 (1878). Marsson die Natur der Vertragsofferte (Greifsw. Diss. 1879, beachtenswerth). Hasenöhrl österr. Obligationsr. I S. 579 fg. (1881). Gardike die Verträge unter Abwesenden (1882). (Darüber Regelsberger kr. VJS. XXIV S. 330 fg., Ryk ZS. f. HR. XXIX S. 316 fg.) Regelsberger in Endemann's Handb. des Handelsr. II S. 423 fg. (1882). Kohler ABR. I S. 283 fg. (1889). Ryk Lehre von den Schuldverhältnissen S. 459 fg. (1889). Maas der Vertragsschluß auf elektrischem Wege (1889). Stobbe deutsch. Privatr. III § 168 Nr. IV. [3. Aufl. (Lehmann) § 214 IV]. Weitere Literaturangaben bei Thöl Handelsr. I § 237 [21], Serafini p. 51—52. 54. 55, Mittermaier ACPra. XLVI S. 9 fg., Regelsberger S. 41, Schott S. 5. 36 fg. Hinzuzufügen Brinz 1. Aufl. § 362. [Zu Maas der Vertragsschluß auf elektrischem Wege vgl. Biermann ZS. f. HR. XL. S. 302, Pollitzer Grünh. ZS. XVIII S. 208 fg. Darmuzey du contrat par correspondance. Th. de Paris 1895. Dolbeau des contrats par correspondance. Tn. de Caen 1896.]

[1] Die im Folgenden bezeichnete Frage ist eine in alter und neuer Zeit § 306.
lebhaft verhandelte Streitfrage, und noch zeigt sich wenig Aussicht auf Einigung der Meinungen. Alles drängt, wie mir scheint, auf eine Vermittelung hinaus. Eine solche habe ich bereits in der 1. Auflage dieses Lehrbuchs versucht; die hier vorgetragene führt im Wesentlichen zu demselben Resultat, doch ist die Construction eine andere.

[2] S. g. Aeußerungstheorie, auch Declarationstheorie genannt. Für dieselbe: Bülow und Hagemann, Wening-Ingenheim, Scheurl in den Jahrbüchern, Thöl, Dahn, Serafini, außerdem Puchta § 251 a, Sintenis II S 246 fg. und Vorles. dazu, Kuntze zu Holzschuher III S. 309—313 (dieser nur aus praktischen Gründen). Modification bei Kühn: es ist erforderlich, daß die gemachte Aeußerung nicht mehr rückgängig gemacht werden könne. So auch Ryk a. a. O. Sf. II. 160, VII. 16, XVI. 203.

[3] S. g. Vernehmungstheorie, auch Resciscions-, Recognitions-, Agnitionstheorie genannt. Für dieselbe: Hasse, Bekker, Regelsberger, Bangerow, Brinz, Marsson, außerdem Wächter ACPra. XIX S. 116[3] und Württemb. Privatr. II S. 737. Pand. II S. 357, im Princip und für den Hauptfall, daß der Antragsteller Antwort erwartet, auch Sohm. Sf. I. 194, III. 19. 310, V. 116, VIII. 24.

Digitized by Google

ist, sobald sie abgegeben worden ist[5], daß sie aber von dem Erklärenden zurückgenommen werden kann, bis sie an den Antragsteller gelangt ist[6]. Daher begründet die Erklärung der Annahme einer Gläubigererklärung (die Erklärung eines Schuldnerwillens) eine Verpflichtung nicht eher, bis sie an den Antragsteller gelangt ist[7], und wenn sie gar nicht an den Antragsteller gelangt, begründet sie eine

---

[4] S. g. Empfangstheorie. Für dieselbe: Scheurl in den Beiträgen, Emminghaus, Hauser, Schott, Karlowa, Hasenöhrl, auch Seuffert in seinem Archiv VII S. 17. Maas, Dernburg II § 11, vgl. auch Wendt § 199. Nach Köppen tritt mit dem Gelangen der Annahmeerklärung an den Offerenten nur die Vollendung des durch den Vertrag zu begründenden Verhältnisses, dagegen der Beginn desselben schon mit der Abgabe (Uebermittelung) der Annahmeerklärung ein (das Nähere a. a. O. S. 373 fg.). — Uebrigens besteht zwischen der Vernehmungs- und der Empfangstheorie ein Unterschied nur was den Vertragsschluß durch briefliche und telegraphische Mittheilung angeht. Wird der Vertrag durch mündliche Mittheilung, unter Anwesenden oder unter Abwesenden (durch Boten), geschlossen, so ist die Annahmeerklärung an den Antragsteller nicht eher gelangt, bis] sie von ihm (oder seinem Boten) vernommen worden ist. Vgl. Köppen S. 365. 374; zu weit geht Schliemann ZS. f. HR. XVII S. 7 fg.; vgl. § 309 [4]. — Bedeutung eines Privat-Briefkastens für den Empfang: Sf. XXXII. 213.

[5] Man hat das Gegentheil aus dem Begriffe der Willenserklärung oder doch der Annahmeerklärung als einer Antwort auf eine gestellte Frage zu deduciren gesucht. Ich halte diese Versuche nicht für gelungen. Sobald sich der Anwesende des zur Uebermittelung seiner Annahmeerklärung an den Antragsteller gewählten Mittels entäußert hat, ist vorhanden nicht bloß eine Willenserklärung, sondern auch eine an den Antragsteller gerichtete Willenserklärung, und wenn man sagt, dieselbe sei nicht fertig, vollendet, bis sie an den Antragsteller gelangt, oder von ihm vernommen worden sei, so beweist man mit dem zu Beweisenden. Vgl. auch l. 4 pr. D. 40, 2. „Si pater filio permiserit servum manumittere . . deinde . . ignorante filio . . vetuisset per nuntium, et antequam filius certior fieret, servum manumisisset, liber non fit. Nam ut filio manumittente servus ad libertatem perveniat, durare oportet patris voluntatem; nam si mutata faerit, non erit verum volente patre filium manumisisse". Ein nicht erklärter Wille hätte hier so wenig wie überhaupt juristische Bedeutung gehabt. S. ferner l. 7 D. 24, 2.

[6] Die Erklärung, welche ich Jemandem hingebe, ist, ehe sie an ihn gelangt ist, noch mein. Die Erklärung ist vollendet, aber die Hingabe ist noch nicht vollendet. Und eben weil die Hingabe noch nicht vollendet ist, kann ich die Erklärung noch immer zurücknehmen. — Der hier aufgestellte Satz sollte in dieser vielbestrittenen Materie am wenigsten bestritten sein. Es wird nie eine Theorie auf allgemeine Zustimmung rechnen dürfen, welche es dem Annehmenden verbietet, den abgeschickten Boten zurückzurufen, sich den abgesendeten Brief von der Post zurückgeben zu lassen. Ueberdieß hat der aufgestellte Satz einen zwingenden Beweis in der in der Note [8] angeführten Quellenentscheidung.

[7] Der Annehmende ist vorher noch nicht gebunden, er ist in der gleichen Lage, wie derjenige, welcher versprochen hat unter der Bedingung si voluerim (I § 93). Und wie dieser, hört er nicht etwa dadurch wieder auf, Schuldner zu

Digitized by Google

Verpflichtung überhaupt nicht[8], während durch die Erklärung der Annahme einer Schuldnererklärung (die Erklärung eines Gläubigerwillens) der Antragsteller sofort verpflichtet ist, und deßwegen nicht weniger, weil allerdings auch diese Annahmeerklärung von dem Annehmenden zurückgenommen werden kann, bis sie an den Antragsteller gelangt ist, so daß die Möglichkeit bleibt, daß durch sie ein Forderungsrecht nicht erzeugt wird[9]. Geht der Antrag auf einen gegenseitigen Vertrag, so ist der Antragsteller verpflichtet, sobald die Annahme erklärt ist, dagegen der Erklärer der Annahme erst, wenn seine Erklärung an den Antragsteller gelangt ist[10]. Das Gesagte

---

sein, daß er seine Erklärung zurücknimmt, sondern, wie dieser, ist er gar nicht Schuldner geworden, weil er dem gegnerischen: du sollst, ohne Weiteres entgegenhalten kann: ich will nicht.

[8] Die Quellen haben die Entscheidung, daß ein Tauber nicht stipuliren könne (l. 1 § 15 D. 44, 7, l. 1 pr. D. 45, 1). Man hat gegen die Beweiskraft dieser Entscheidung angeführt, daß die Stipulation ein Formalact gewesen sei; aber es ist mit Recht erwidert worden, daß der innere Zusammenhang zwischen dieser Entscheidung und der für die Stipulation erforderlichen Form nicht einleuchte. Aus der Nothwendigkeit von Frage und Antwort folgt nicht die Nothwendigkeit einer vom Fragenden verstandenen Antwort. Vgl. auch die von Regelsberger angeführte Stelle aus Merlin Répertoire s. m. Vente (t. XIV p. 308 der Ausgabe Paris 1815). „Je me trouve en présence d'un sourd, qui me dit: voulez-vous m'acheter telle chose, moyenant tel prix? Je lui réponds: je le veux bien; mais il ne m'entend pas, il me déclare ne m'avoir pas entendu, et il me prie de lui mettre par écrit la réponse qu'il juge d'après le mouvement de mes lèvres lui avoir été faite par moi. Alors je prends une plume, et je lui trace ces mots: je vous ai dit, que je voulais bien, mais, toutes réflexions faites, votre proposition ne me convient pas. Cet homme pouvra-t-il prétendre, que par la réponse, que je conviens lui avoir faite de vive voix, je me suis lié irrévocablement envers lui? Non certainement; et s'il me poursuit, le juge le déboutera sans hésiter". An demselben Orte bildet Merlin noch ein anderes Beispiel: ein Antragsteller läßt sich Antwort geben durch ein Sprachrohr, welches so eigenthümlich eingerichtet ist, daß es den Schall erst nach einigen Minuten überbringt; der Antworter sagt in das Sprachrohr hinein Ja, aber ehe der Schall des Ja zum Antragsteller gelangt ist, nimmt er dasselbe auf gewöhnlichem Wege zurück.

[9] Die Unterscheidung zwischen der Annahme, welche eine Schuldnererklärung, und der Annahme, welche eine Gläubigererklärung enthält, ist nicht neu, und namentlich wird sie auch von Schott (S. 77. 89) vertreten. Auch die Construction dieses Schriftstellers stimmt in ihrem Kern mit der hier aufgestellten überein (s. namentlich S. 87. 107), nur daß sie in einer wunderlichen Umhüllung auftritt (die Obligation werde durch die einseitige Schuldnererklärung zuerst objectiv gestaltet und dann bis an den den beiden R- oder Willenssphären gemeinschaftlichen Grenzpunkt fortbewegt, wo sie dann von dem Willen des Gläubigers in dessen Rbereich hineingezogen werde).

Digitized by Google

gilt aber nur für den Fall, wo die Annahme erklärt wird durch eine an den Antragsteller gerichtete Rede. Wird sie stillschweigend erklärt, so ist auch der Annehmende gebunden, sobald die Handlung vollendet ist, durch welche er seinen Annahmewillen an den Tag legt [11].

[Das HGB. hat die Empfangstheorie angenommen S. I S. 292 fg.]

---

[10] Der Erklärer der Annahme ist, bis seine Erklärung an den Antragsteller gelangt ist, in der gleichen Lage, wie ein Geschlechtsunreifer, der einen zweiseitigen Vertrag abgeschlossen hat, oder ein Käufer auf Probe, und bleibt in der gleichen Lage, wenn seine Erklärung an den Antragsteller gar nicht gelangt. Daß deßwegen der Annehmende nicht Erfüllung des Vertrages verlangen kann, ohne seinerseits zu erfüllen, versteht sich von selbst. Vgl. § 321, 4. 5. — Gerade für den gegenseitigen Vertrag hat die hier behandelte Streitfrage eine besondere Wichtigkeit, und gerade mit Rücksicht auf den gegenseitigen Vertrag ist sie vorzugsweise verhandelt worden. Die Unterscheidung aber zwischen den zwei Seiten des gegenseitigen Vertrages steht in der bisherigen Doctrin und Praxis fast ganz isolirt da. Beide sind darüber einig (vgl. nur Bluhme Encyclopädie II § 266. 267), daß die Gebundenheit beider Contrahenten mit demselben Zeitpunkt eintrete, und streiten bloß darüber, welches dieser Zeitpunkt sei. Dagegen halte ich mich nach wie vor überzeugt, daß gerade jene Unterscheidung am meisten geeignet sein möchte, die Lehre zu einem befriedigenden Abschluß zu führen. Gegengründe, denen ich Bedeutung beilegen könnte, sind mir nicht bekannt geworden. Man beruft sich auf das Wesen des gegenseitigen Vertrages, oder auf den Inhalt des Willens des Acceptirenden, oder auf die Billigkeit (Thöl nennt es „wider alle Ordnung", daß der Antragsteller früher gebunden werde, als der Annehmende). Aber daß das Wesen des gegenseitigen Vertrages einseitige Gebundenheit nicht zulasse, ist eben irrig (s. ob.). Der Wille des Annehmenden ist gewiß darauf gerichtet, selbst verpflichtet zu sein, wie der Andere verpflichtet sein soll: aber folgt daraus, daß, wenn er den ersten Erfolg nicht erreicht, er auch den zweiten nicht will? Die Ungleichheit seiner Rstellung muß der Offerent als Consequenz des von ihm gewählten Weges des Vertragsschlusses hinnehmen; auf gleicher Erwägung beruht die Entscheidung der l. 17 § 1. l. 65 § 8 D. 17, 2. Jedenfalls hat auch das HGB. (Art. 319. 320) keinen Anstand genommen, den Antragsteller früher gebunden sein zu lassen, als den Annehmenden: (der Annehmende soll haften erst mit dem Eingang der Annahmeerklärung bei dem Antragsteller, der Antragsteller freilich schon mit dem Eingang des Antrages bei dem Empfänger des Antrags, und also nicht auf Grund davon, daß zu Gunsten des Empfängers der Vertrag zu Stande gekommen sei, sondern auf Grund einer dem einseitigen Antrag beigelegten bindenden Kraft). Vgl. § 307 [6]. (Die oben berichtete Aeußerung Thöl's bezieht sich nicht auf das gemeine Recht, sondern auf das HGB. Darauf geht wohl die Bemerkung Thöl's in der 5. [u. 6.] Aufl. § 239 a. E. Ich habe es als selbstverständlich angenommen, daß Thöl seine Aeußerung auch für das gemeine R. wahr zu halten gemeint ist.) [Die Art. 318—322 HGB. sind gestrichen, weil statt ihrer auch im Handelsverkehr die (an jene Artikel stark angelehnten) Bestimmungen des BGB. 145 fg. zur Anwendung kommen sollen. S. Denkschr. S. 192 (Guttentag).]

[11] So kommt der Leihvertrag für beide Theile zu Stande dadurch, daß das zum Lesen zugeschickte Buch gelesen (zum Lesen angenommen) wird, der Auf-

Digitized by Google

§ 307*.

Das Zustandekommen des Vertrages nach gestelltem Vertragsantrag bez. nach erklärter Annahme kann gehindert werden:

1. durch Widerruf. Der Vertragsantrag kann widerrufen werden, bis die Annahme desselben von der Gegenseite erklärt worden ist[1]. Die Annahme kann widerrufen werden, bis die Erklärung derselben an den Antragsteller gelangt ist[2]. Daß die Erklärung des Widerrufs an den Gegner gelangt sei, ist in dem einen und dem andern Fall Voraussetzung der Wirksamkeit des Widerrufs nicht[3]. Jedoch ist der Widerrufende verpflichtet, dem Gegner, welcher in Unkenntniß des Widerrufs sich darauf verlassen hat,[3a] daß ein Ver-

---

tragsvertrag durch Ausführung des ertheilten Auftrags. Dagegen kommt der Kaufvertrag durch Absendung der bestellten Waare für den Verkäufer noch nicht zu Stande; er kann die abgesendete Waare noch zurückrufen, wie den abgesendeten Brief. Vgl. Sf. XXXII. 28 (ROHG.), RG. II S. 43, auch unten § 309[1].

[*) Fritze In welcher Weise wirkt bei unvollendeten Willenserklärungen die an einen Abwesenden gerichtet sind, der einseitige Widerruf, der Tod und der Verlust der Handlungsfähigkeit ihres Urhebers? Kiel. Diss. 1896.]

[1. 2] S. § 306[6]. § 307.

[3] Weil die Existenz der Widerrufserklärung nicht erst mit ihrem Gelangen an den Gegner beginnt. S. § 306[5] und die daselbst citirten Stellen. Das Gegentheil wird weder durch l. 17 § 1 D. 17, 2 bewiesen, noch viel weniger durch l. 15 D. 17, 1, l. 12 § 2 D. 46, 3, l. 12 D. 14, 6 und ähnliche Stellen (vgl. Schott S. 170 fg., Kühn S. 48 fg.). Die zuletzt bezeichneten Stellen enthalten nur den Satz, daß derjenige, welcher durch einen Andern zum Handeln bestimmt worden ist, durch die ohne sein Wissen geschehene Rücknahme der bestimmenden Erklärung nicht zu Schaden kommen dürfe („ne damno afficiatur is qui suscipit mandatum", l. 15 cit.), und wenn es in l. 17 § 1 D. 17, 2 heißt, daß die Kündigung des Gesellschaftsvertrages gegen den andern Gesellschafter nicht eher wirke, bis er sie erfahren habe, so ist der Weg auch von diesem Satze bis zu dem Satze, daß der Widerruf einer auf Abschließung eines Vertrags gerichteten Willenserklärung gar nicht wirke, wenn der Gegner ihn nicht erfahren habe, d. h. daß trotz desselben der Vertrag zu Stande komme, noch ein sehr weiter. Abweichend freilich die herrschende Meinung, und so namentlich Wening-Ingenheim, Bekker, Regelsberger, Emminghaus, Vangerow, Köppen, Schott (dessen Argument ist: der Widerruf könne die durch die Offerte objectiv gestaltete Obligation nur da treffen, wo dieselbe sich befinde [vgl. § 306[9]]), Drechsler über den Schadensersatz bei nichtigen Verträgen (Würzburg 1873) S. 29. 64 fg. Anerkannt ist die hier vertretene Ansicht in den Urtheilen bei Sf. VII. 16, VIII. 24, XIV. 15, XXVI. 229; dawider das. III. 310. Dawider auch HGB. Art. 320 Abs. 2. „Ebenso ist die Annahme für nicht geschehen zu erachten, wenn der Widerruf noch vor der Erklärung der Annahme oder zu gleicher Zeit mit derselben bei dem Antragsteller eingegangen ist." RG. XXIII S. 164.

[[3a Diese Worte ignorirt Dernburg II § 10[11] a. E.]]

Digitized by Google

trag zu Stande gekommen sei[4], allen Nachtheil zu ersetzen, welchen der Gegner in Folge dieses Vertrauens erlitten hat[4a]. Er ist nicht verpflichtet zur Leistung des Erfüllungsinteresse, aber er ist verpflichtet zur Leistung des s. g. negativen Vertragsinteresse[5]. — Auf

---

[4] Durch die Annahmeerklärung bez. durch den Empfang derselben.

[4a] Z. B. der Käufer hat in Aussicht auf den Kaufvertrag versäumt, für sein Bedürfniß anderweitig zu sorgen; der Verkäufer hat eine anderweitige vortheilhafte Verkaufsgelegenheit von der Hand gewiesen.

[5] Dieser, nicht einwandfreie, Ausdruck rührt von Jhering Jahrb. f. Dogm. IV S. 16 fg. her. Der Begriff selbst findet sich schon bei Savigny III § 138 [d], Mommsen Unmöglichkeit der Leistung S. 107. — Daß der Widerrufende zum Ersatz dieses Interesse wirklich verpflichtet sei, erkennen an: Thöl Handelsr. I § 237 [8], Scheurl Jahrb. f. Dogm. II S. 273 fg., Jhering das. IV S. 24. 86 fg., Bekker Jahrb. des gem. Rechts II S. 364 fg., Vangerow § 603 Anm. 1 Nr. 5, Goldschmidt ZS. f. HR. XIII S. 335, Pernice das. XXV S. 119 fg., während Mommsen Erörterungen II S. 134 (vgl. S. 50. 79. 80. 89. 105. 112. 129) eine Verpflichtung des Widerrufenden nur nach den Grundsätzen des Mandats zugestehen will und sie demnach auf den Ersatz desjenigen Schadens beschränkt, welcher durch eine von dem Antrag veranlaßte Thätigkeit des Empfängers des Antrags entstanden ist, im Besonderen auf Ersatz der von ihm zum Zweck der Ausführung des Vertrages gemachten Aufopferungen, und Kühn S. 58 fg. und Wächter II S. 359 jede Entschädigungspflicht leugnen. Gegen die Entschädigungspflicht auch Dernburg § 10 [11] a. E. Was die Begründung der Entschädigungsverpflichtung angeht, so darf man den allgemeinen Satz aufstellen, daß jeder Vertragschließende einstehen muß für die nachtheiligen Folgen des durch seine Erklärung in dem Gegner erregten Vertrauens auf den Erwerb eines Forderungsr. aus dem Vertrag, insofern dieser Erwerb durch einen Grund ausgeschlossen wird, welchen der Gegner nicht kennt und nicht zu kennen verpflichtet ist. Anerkannt ist dieser Satz in den Quellen für den Fall, wo Jemand etwas Unmögliches verspricht, — l. 8 § 1 D. 11, 7, l. 62 § 1 D. 18, 1 vgl. hierzu Gai. I, 190, l. 9. 44 D. 4, 4, l. 8. 9 D. 18, 4 (s. § 315 [7]); die Gründe, aus welchen sich Sintenis (II § 96 [18a]) der Verallgemeinerung der in diesen Stellen enthaltenen Entscheidungen widersetzt, sind nicht genügend. (Vgl. Bernhöft Jahrb. f. Dogm. XIV S. 143 fg.) Die römische Form dieser Verpflichtung war actio in factum (l. 8 § 1 cit.); wenn es wenigstens äußerlich zum Abschluß eines Vertrages gekommen war, führte auch die Formel der betreffenden Contractsklage zum Ziel (l. 62 § 1. l. 8 citt.). Den inneren Grund dieses Satzes sucht Jhering in einer den Erklärenden treffenden Verschuldung. Jhering (dem in Allem folgt Vangerow I § 109 in der 7. Aufl., s. aber auch III § 603 Anm. 1 Nr. 5, vgl. noch Sf. XXI. 29) lehrt, es sei jeder Vertragschließende bei dem Abschlusse des Vertrages in der nämlichen Weise verbunden, jede culpa zu vermeiden (s. g. culpa in contrahendo), wie er dazu nach Abschluß des Vertrages verbunden sei. Ich glaube nicht, daß dieser Gesichtspunkt ausreicht (s. § 315 [7], auch unten in diesem § Note [10], § 309 [6], und jetzt Jhering selbst: das Schuldmoment im röm. Privatr. S. 38 [78]), wenn er auch in dem gerade hier zur Frage stehenden Fall nicht abzuweisen sein möchte (Jhering S. 88); in l. 34 D. 4, 3, l. 16 § 1 D. 19, 5, wird für einen analogen Fall sogar actio doli gegeben. Aber die actio doli

Digitized by Google

das Recht des Widerrufs kann wirksam verzichtet werden; ist das geschehen, so haftet der dennoch Widerrufende, wie wenn er nicht widerrufen hätte, also auf das Erfüllungsinteresse [6]. Doch liegt ein solcher Verzicht nicht ohne Weiteres in der einem Vertragsantrage

---

leistet nicht, was das Bedürfniß des Verkehrs verlangt, wegen ihrer beschränkten Vererblichkeit. Gegen die culpa in contrahendo in ausführlicher Darstellung Mommsen Erörterungen II S. 1 fg. Vgl. Bekker kr. VJS. XXII S. 56 fg. Ich selbst habe in den früheren Ausgaben [bis zur 5.] den aufgestellten Satz auf eine stillschweigende Garantieübernahme zurückgeführt. Hiergegen haben sich Andere erklärt (zuletzt Regelsberger in Endemann's Handbuch f. HR. II S. 414 [8], der früher, Erörterungen S. 33, zugestimmt hatte), und auch ich möchte jetzt für diese Construction nicht mehr eintreten (Goldschmidt a. a. O.: sie ist denkbar, aber entbehrlich). Die Entschädigungspflicht des Urhebers der Willenserklärung beruht nicht auf seinem Willen, sondern das R. legt sie ihm ohne seinen Willen auf. Das R. ist es, welches will, daß der Empfänger einer Willenserklärung sich darauf muß verlassen können, daß durch sie ein Vertrag durch Annahme entstehen könne bez. daß durch sie ein Vertrag zu Stande gekommen sei. In diesem Sinne stellen auch Thöl und Goldschmidt a. a. OO. für die von ihnen behandelten Fälle einfach auf die bona fides ab; ebenso Bekker a. a. O. („Unbilligkeit"). Ferner Bechmann Kauf II S. 434. Eisele Jahrb. f. Dogm. XXV S. 473. Scheurl a. a. O. construirt die Entschädigungspflicht des Widerrufenden auf Grund der actio mandati; dagegen Bekker a. a. O.), Pernice a. a. O. sieht sie als eine Strafe dafür an, daß er sich untreu geworden sei. S. noch Baron Gesammtverhältnisse S. 326, welcher an eine actio iniuriarum denkt. [[Thon ACPra. LXXX S. 63 fg. bes. S. 93 fg.: actio negotiorum gestorum contraria.]] Schott nimmt (S. 95 fg.) einen durch die Acceptation des Vertragsantrags zu Stande kommenden einseitigen „Interimsvertrag" auf Abschluß des gegenseitigen Vertrages, und damit Verpflichtung des Widerrufenden zur Leistung des Erfüllungsinteresse an. — Gegen die Kategorie des negativen Vertragsinteresse überhaupt Bähr Jahrb. f. Dogm. XIV S. 422 fg. (vgl. VI S. 305. 306, Bekker kr. VJS. XXII S. 56. 57, Kohler Jahrb. f. Dogm. XXVIII S. 226 fg.; für dieselbe Mommsen Erörter. II S. 52 fg., Eisele Jahrb. f. Dogm. XXV S. 501 fg., Enneccerus Rgeschäft ꝛc. S. 501 fg., Unger Grünh. ZS. XV S. 678 fg. [Mit Recht sagt] [[Thon a. a. O.]] [S. 96 fg., daß das negative Vertragsinteresse das positive nie übersteigen kann. S. auch BGB. 122. 179 Abs. 2. 307. S. noch Greven das negative Vertragsinteresse nach gem. R. unter Berücksichtigung der Bestimmungen des BGB. Erl. Diss. 1898.] — Für die Folgen von Handlungen aufzukommen, welche derjenige, welchem der Vertrag angeboten worden ist, im Vertrauen auf das Zustandekommen des Vertrages vor der eigenen Annahme vorgenommen hat, ist der Widerrufende nicht verpflichtet (Jhering S. 43. 89). Jener hätte nicht handeln sollen, ohne das Seinige zum Abschluß des Vertrages zu thun.

[6] Der Verzicht kann zwar zurückgenommen werden, bis er von der anderen Seite angenommen worden und dadurch der Verzichtvertrag zu Stande gekommen ist; aber die Annahme wird erklärt durch Nichtablehnung (Willenserklärung durch Stillschweigen). Vgl. Bangerow § 608 Anm. 1. Nr. 6. Die Construction ist näher die, daß in dem Verzicht auf den Widerruf die Verpflichtung übernommen wird, die abgegebene Willenserklärung trotz des Widerrufs gegen sich

Digitized by Google

hinzugefügten Bezeichnung einer Frist, binnen welcher der Antrag für den Antragsteller verbindlich sein solle; der Sinn einer solchen Bezeichnung kann auch sehr wohl der sein, daß der Antrag nur binnen der gesetzten Frist solle acceptirt werden können[7]. Die Meinung, daß der Vertragsantrag kraft seiner Natur, als einseitiges Versprechen, unwiderruflich sei, ist nicht begründet[7a].

[1. Das HGB. hat aber diese Auffassung zu der seinigen gemacht. „Wer einem andern die Schließung eines Vertrags anträgt, ist an den Antrag gebunden, es sei denn, daß er die Gebundenheit ausgeschlossen hat" (145). Ein

---

gelten zu lassen, sich so behandeln zu lassen, als wenn sie nicht widerrufen worden wäre. Vgl. Brinz 1. Aufl. S. 1580 [2. Aufl. IV S. 303 fg.], Regelsberger in Endemann's Handbuch d. HR. II S. 433, Bechmann Kauf II S. 279 fg. (theilweise abweichend).

[7] Vgl. Regelsberger Erörter. S. 73. Endemann's Handb. II S. 431 fg. Bangerow Nr. 6, Brinz 1. Aufl. S. 1582. Sf. XXVI. 228. — Regelsberger Erörter. S. 70 fg. behauptet, in jedem Vertragsantrage, welcher für den Gegner die Ermächtigung zur sofortigen Ausführung enthalte (so auch Bangerow Nr. 7), so wie in dem kaufmännischen Vertragsantrag ohne Ausnahme, liege ein stillschweigender Widerrufsverzicht. Regelsberger will durch diese Annahme den Empfänger eines Vertragsantrages gegen die Nachtheile schützen, welchen derselbe nach der von Regelsberger aufgestellten Theorie über das Zustandekommen des Vertrags unterliegt. Aber nach eben dieser Theorie muß ja auch die Annahme des Widerrufsverzichtes in das Bewußtsein des Antragstellers gelangt sein, damit der Verzichtvertrag zu Stande gekommen sei; und wenn hierauf Regelsberger antwortet, die Annahme des Verzichtes werde mit Sicherheit erwartet, so liegt auf der Hand, wie sehr er damit jenes Erforderniß des Bewußtseins von der Annahme abschwächt: an die Stelle des Bewußtseins davon, daß die Annahme erfolgt sei, tritt hier ein Nichtbezweifeln, daß sie erfolgt sein werde. Will man aber auch hierüber hinwegsehen, so bleibt immer noch die Hauptfrage, ob denn in der That ein solcher stillschweigender Widerrufsverzicht von Seiten des Antragstellers angenommen werden dürfe. Regelsberger nimmt in dieser Beziehung für das kaufmännische Angebot ein Gewohnheitsr. in Anspruch. Das mag dahingestellt bleiben, jedenfalls ist für das kaufmännische Angebot die Frage durch das HGB. erledigt (s. unten); aber für Angebote anderer Art scheint mir jene Annahme zum Mindesten äußerst bedenklich. Ueberdieß zieht Regelsberger den Vortheil, welchen er von ihr gewinnen will, zum großen Theil selbst wieder zurück. Denn er will mit derselben den Empfänger des Antrags gegen den Beweis schützen, welchen dieser bei der Forderung des s. g. negativen Vertragsinteresse zu führen hat; und doch erklärt Regelsberger den Widerruf nur insofern für unwirksam, „als zur Zeit seiner Ankunft beim Anerbotenen der Vertrag bereits erfüllt oder die Verfügung zur Erfüllung in bindender Weise getroffen war".

[7a] Diese Meinung ist aufgestellt worden von Köppen (§ 306*). Als Beweis wird beigebracht die Behauptung, daß die Verbindlichkeit des (einseitigen) Versprechens „eine Consequenz des Begriffs" sei (S. 350), und die Verweisung auf den Kauf si voluerim und durch einen impubes — im ersten Falle werde das Verkaufsversprechen gar nicht, im zweiten Fall nicht gültig acceptirt, weil

Digitized by Google

Widerruf des Antrags kann also wirksam nur erfolgen, wenn er dem Adressaten des Antrags zugeht spätestens in demselben Augenblick, in welchem ihm der Antrag zugeht (130 Abs. 1 [vgl. I S. 292 fg.]).

2. Der Antrag erlischt durch Ablehnung und durch Unterbleiben rechtzeitiger Annahme (146). Wann die Annahme rechtzeitig ist, beurtheilt sich verschieden, je nachdem der Antrag unter Anwesenden oder unter Abwesenden erfolgt. Unter Anwesenden ist die Annahme nur rechtzeitig, wenn sie sofort geschieht; ist der Antrag einem Abwesenden gestellt, so kann er bis zu dem Zeitpunkte angenommen werden, in welchem der Antragende den Eingang der Antwort unter regelmäßigen Umständen erwarten darf (147). Der Antragende kann eine willkürliche Frist für die Annahme stellen (148). In denjenigen Fällen, in denen nach § 151. 152 der Vertrag durch eine Annahme zu Stande kommt, die dem Antragenden nicht zuzugehen braucht, entscheidet über den Zeitpunkt, bis zu welchem die Annahme erfolgen muß, der aus dem Antrag oder den Umständen zu entnehmende Wille des Antragenden (151 S. 2. 152 S. 2). Vgl. hierzu I S. 293 fg.

3. Das Erlöschen des Antrags bedeutet nicht nur das Erlöschen der Gebundenheit des Antragstellers, sondern es bedeutet, daß der Antrag überhaupt nicht mehr angenommen werden kann, vielmehr nur ein neuer Antrag möglich ist, der freilich in der verspäteten Annahme gefunden wird (150 Abs. 1). Wenn jedoch eine Annahmeerklärung so rechtzeitig abgesandt worden ist, daß sie bei regelmäßiger Beförderung dem Antragenden rechtzeitig zugegangen sein würde, in

---

es nur durch das Versprechen des Kaufs acceptirt werden könne (S. 336 fg.). Wirklich nur dadurch? Auch wenn der Verkäufer damit zufrieden ist, daß es nicht durch dieses Versprechen acceptirt werde? Und s. l. 34 § 3 D. 18, 1 und unten § 321, 4. 5. Gegen Köppen Sohm S. 372 fg., Schott S. 210 fg., Wendt Reur. und Gebundenheit H. 2 S. 9 fg., Sf. XXXIII. 61 a. E. Dagegen neuerdings für die Unwiderruflichkeit Leonhard Irrthum S. 124 fg. auf Grund der I § 75[1a a. E.] bezeichneten Auffassung, Bekker II S. 89: wegen des „praktischen Interesse". — Anerkannt ist die verbindende Kraft des Vertragsantrages als solchen im HGB. Art. 319 („bis zu dem Zeitpunkt, in welchem [der Antragende] bei ordnungsmäßiger, rechtzeitiger Absendung der Antwort den Eingang der letzteren erwarten darf") [vgl. § 306 [10]]; ebenso schon vorher A. L. R. I. 5 § 103 und Oesterr. Gesetzb. § 862 (mit theilweise abweichender Begrenzung der Frist). Siegel das Versprechen als Verpflichtungsgrund im heutigen R. S. 53 fg. sieht darin den Ausdruck eines dem deutschen R. eigenthümlichen Zuges (vgl. § 304 [12]); ebenso Dernburg Preuß. Privatr. I § 107 zu [4]. Ich weiß nicht, ob nicht diese Bestimmungen weit eher aus der rein praktischen Rücksicht hervorgegangen sind, den Empfänger gegen Schaden zu schützen. Daß sie gerecht seien, glaube ich trotz alle Dem, was man dafür gesagt hat, auch jetzt nicht. Die Gerechtigkeit spricht m. E. dem Empfänger des Antrags nach geschehenem Widerruf nur einen Anspruch auf das negative Vertragsinteresse, nicht aber auf das Erfüllungsinteresse, und nur dann, wenn er selbst angenommen hat, zu. Wer weiß, ob nicht, wenn zur Zeit des Erlasses jener Bestimmungen der Begriff des negativen Vertragsinteresse schon so deutlich erkannt gewesen wäre, wie er es jetzt ist, sie nicht anders gefaßt worden sein würden? Uebereinstimmend Pernice ZS. f. HR. XXV S. 121.

Digitized by Google

Folge von Unregelmäßigkeiten in der Beförderung aber verspätet eintrifft, und der Antragende dieß erkennen mußte (d. h. wirklich erkennt oder in Folge von Fahrlässigkeit nicht erkennt), so liegt ihm die Verpflichtung ob, die Verspätung dem Annehmenden unverzüglich, d. h. ohne schuldhaftes Zögern, anzuzeigen, sofern er nicht schon vorher von dem Ausbleiben der Annahme Anzeige gemacht hatte. Verzögert er die Absendung der Anzeige, so gilt die Annahme als nicht verspätet (149). Der Vertrag kommt also trotz der Verspätung dadurch zu Stande, daß dem Antragenden die Annahme zugeht (130); eine Rückdatirung des Zustandekommens des Vertrages auf den Augenblick, in welchem die Annahme dem Antragenden bei regelmäßiger Beförderung zugegangen sein würde, liegt in den hervorgehobenen Worten des Gesetzes nicht und ist auch nicht vom Gesetzgeber beabsichtigt (Mot. I S. 171). Die Annahme gilt aber nur dann als rechtzeitig, wenn der Antragsteller die Anzeige nicht rechtzeitig absendet; wenn sie trotz rechtzeitiger Absendung verspätet oder gar nicht bei dem Annehmenden eintrifft, so berührt dieß den Antragenden nicht (Mot. a. a. O.)

4. Ueber den Widerruf der Annahme gilt dasselbe, wie über den des Antrags (ob. 1).

5. Ein wirksamer Widerruf verpflichtet nicht zum Ersatz des negativen Vertragsinteresses.]

2. [8]Ein Vertrag kommt durch die Annahmeerklärung auch dann nicht zu Stande, wenn zur Zeit der Abgabe derselben der Antragsteller bereits gestorben ist[9]; jedoch sind dessen Erben dem Annehmen-

---

[8] Scheurl Jahrb. S. 265—267, Bekker S. 370—380, Ihering S. 91—93, Regelsberger Erörter. S. 98—122, Bangerow Nr. 8, Schott S. 200 fg., Köppen S. 307 fg. 357. 366. 377.

[9] Auf den Erben gehen über fertige Rverhältnisse. Auch die Aussicht auf ein künftiges Rverhältniß, wenn dieser Aussicht eine Gebundenheit der andern Seite entspricht, kann, wie diese Gebundenheit selbst, auf den Erben übergehen (s. I § 89 [6]), obgleich dies nicht nothwendig ist, s. l. 18 D. 8, 4. Aber von einem Eintreten des Erben in Willenserklärungen, durch welche noch gar keine Gebundenheit begründet worden ist, weiß das r. R. nichts. So erlischt namentlich die Vollmacht durch den Tod des Vollmachtgebers, l. 41 D. 12, 1, l. 2 § 6 D. 39, 5, l. 33 D. 41, 2. Sf. XIV. 15, XXXI. 22. A. M. Schott a. a. O. auf Grund seiner Ansicht, daß die einseitige Schuldnererklärung bereits die Obligation in ihrem objectiven Bestande schaffe (§ 306 [9], § 307 [3]), natürlich auch Köppen ([7a]). A. M. früher auch Regelsberger unter Berufung auf l. 33 D. 41, 2, in welcher Stelle er den Ansatz zu einer freieren Entwickelung des r. R. sah; jetzt zweifelnd Endemann's Handb. d. HR. II S. 442 [24]. Vgl. Bangerow S. 254, Marsson S. 73, Mitteis Stellvertretung S. 199 [248]. Gesetzlich anerkannt ist das Nichterlöschen des Antrags durch den Tod des Antragstellers im HGB. Art. 297. „Ein Antrag, ein Auftrag oder eine Vollmacht, welche von einem Kaufmann in dem Handelsgewerbe ausgegangen ist, werden durch seinen Tod nicht aufgehoben, sofern nicht eine entgegengesetzte Willensmeinung aus seiner Erklärung oder aus den Umständen hervorgeht.“ [Gestrichen wegen der entsprechenden Bestimmungen des BGB. S. Denkschr. S. 192 (Guttentag)].

Digitized by Google

den, der in Unkenntniß des inzwischen erfolgten Todes angenommen hat, zum Schadensersatz (Ersatz des negativen Vertragsinteresse) verpflichtet[10]. Stirbt der Antragsteller nach Abgabe, aber vor Eingang, der Annahmeerklärung, so sind seine Erben aus der Anahmeerklärung gebunden, aber nicht berechtigt[11]. Umgekehrt sind, wenn der Annehmende vor Eingang der Annahmeerklärung beim Antragsteller stirbt, dessen Erben zwar berechtigt, aber nicht gebunden, jedenfalls jedoch zum Schadensersatz verpflichtet[11].

3. Dem Tode steht gleich eintretende Handlungsunfähigkeit einer der Parteien[12].

[Zu 2. u. 3. a. Nach dem BGB. ist es auf die Wirksamkeit einer Willenserklärung ohne Einfluß, wenn der Erklärende nach ihrer Abgabe (bevor sie dem Empfänger zugeht) stirbt oder geschäftsunfähig wird (130 Abs. 2). Wenn freilich die Willenserklärung für die Rechtsfolgen, die sie schaffen will, selbst zur Bedingung macht, daß der Erklärende am Leben und geschäftsfähig bleibt, so ist dem Folge zu geben; aber nicht, weil hier eine Ausnahme von § 130 Abs. 2 vorläge, sondern, weil die Willenserklärung selbstverständlich mitsammt der ihr hinzugefügten Bedingung wirkt. Wenn also nach Erklärung des Vertragsantrages der Antragende vor dem Zugehen des Antrags stirbt oder geschäftsunfähig wird, so folgt schon aus § 130 Abs. 2, daß hierdurch das Wirksamwerden des Antrages einschließlich seiner verbindlichen Kraft nicht gehemmt wird, und daß nur möglicher Weise durch jene Ereignisse die Bedingung ausfallen kann, an welche der Antrag sich selbst geknüpft hat. Es ist aber auch auf die Möglichkeit Rücksicht zu nehmen, daß der Antragende stirbt oder geschäftsunfähig wird, nachdem der Antrag dem Gegner zugegangen ist, aber bevor die Annahme erklärt wurde, oder doch, bevor sie dem Antragenden zuging. Gemäß § 153 hindert dieß das Zustandekommen des Vertrages nicht, es sei denn, daß ein anderer Wille des Antragenden anzunehmen wäre; d. h. also wiederum: es sei denn, daß nach ausdrücklicher oder stillschweigender Erklärung des Antragenden die Wirksamkeit des Antrags an die Bedingung seines Fortlebens, seiner fortdauernden Geschäftsfähigkeit, geknüpft sein sollte. Die Annahme muß, sofern es sich nicht um einen Fall handelt, in welchem der Zugang der Annahme nicht erforderlich ist (151. 152; s. ob. I S. 293 fg.)

[10] Vgl. § 10 I. 3, 26, l. 26 pr. D. 17, 1, l. 19 § 3 D. 39, 5 in Verbindung mit dem in Note [8] Gesagten. Gegen den Entschädigungsanspruch Bekker, und wohl auch, obgleich er es nicht ausdrücklich sagt, Scheurl. Für den Entschädigungsanspruch mit Entschiedenheit Ihering, obgleich derselbe zugibt, daß dieser Fall unter den Gesichtspunkt der culpa ([5]) nur durch „die gewaltsamste Anstrengung" gebracht werden könne. Für den Entschädigungsanspruch auch, und zwar nach dem hier aufgestellten Gesichtspunkt, eventuell Regelsberger.

[11] Nach dem in § 306 und in der vorigen Note Gesagten.

[12] Vgl. l. 48 D. 29, 2, l. 8 § 2 D. 33, 5. Scheurl Jahrb. S. 267—269, Bekker S. 380, Regelsberger S. 122 fg., Vangerow Nr. 9. A. M. Schott und Köppen an den in Note [8] genannten Orten, und jetzt auch Regelsberger in Endemann's Handb. II S. 443.

Digitized by Google

in solchen Fällen den Erben bezw. dem gesetzlichen Vertreter zugehen, und es begründet die Annahme im Falle des Todes des Antragenden keine eigene Verbindlichkeit der Erben, sondern eine Nachlaßverbindlichkeit.

b. Für den Fall, daß der Adressat des Antrages nach dessen Absendung stirbt oder geschäftsunfähig wird, hatte E. I § 89 ebenfalls bestimmt, daß dieß im Zweifel ohne Einfluß sein solle. Die II. Comm. (Prot. S. 182 fg.) hat diese Vorschrift jedoch als bedenklich gestrichen. M. E. ist zu sagen: Wenn der Adressat vor dem Zugang des Antrags gestorben ist, so können die Erben den nicht an sie gerichteten Antrag sich nicht aneignen; erfolgt der Tod aber nach dem Zugang des Antrags, so geht wegen der verbindlichen Kraft des letzteren, wenn der Antrag das Vermögen betrifft, das Recht daraus auf die Erben über (1922 Abs. 1), und sie können annehmen; es wäre denn, daß der Antrag ausdrücklich oder stillschweigend unter die Bedingung des Fortlebens des Adressaten gestellt wurde. Ebenso wird, wenn der Adressat nach Zugang des Antrags geschäftsunfähig wird, das durch die verbindliche Kraft des Antrags begründete Recht der Verwaltung des gesetzlichen Vertreters unterstehen, die Annahme also von ihm erklärt werden können, vorbehältlich eines abweichenden Ergebnisses auf Grund ausdrücklicher oder stillschweigender Bedingung des Antrags. Tritt dagegen die Geschäftsunfähigkeit des Adressaten vor Zugang des Antrags ein, so wird man allerdings zu sagen haben, daß der Antrag im Zweifel nicht durch Zugang an den gesetzlichen Vertreter in Kraft tritt. Wenn Tod oder Geschäftsunfähigkeit den Adressaten treffen nach Abgabe der Annahmeerklärung, so ist dieß zufolge § 130 Abs. 2 für das Zustandekommen des Vertrags gleichgültig.]

4. Schlechthin wirkungslos, so daß auch kein Entschädigungsanspruch für den Annehmenden entsteht, ist die verspätete Annahme. Verspätet ist die Annahme, welche nach der von dem Erklärenden in seiner Erklärung für die Annahme gesetzten Frist erfolgt[13]. Aber auch wenn eine Frist nicht ausdrücklich gesetzt ist, ist eine solche als stillschweigend gewollt anzusehen[13a]; wo die Grenze ist, hat im einzelnen Fall der Richter zu bestimmen[14].

[**SGB.** s. ob. zu Ziff. 1 dieses § unter 2. 3.]

---

[13] Vgl. hierzu Regelsberger Erörter. S. 78 fg. Handbuch II S. 430 fg.

[13a] Niemand macht ein Vertragsanerbieten für immer.

[14] Scheurl Jahrb. S. 260. 276 fg., Thöl Handelsr. I § 237, 2. Regelsberger Erörter. S. 65 fg. Handb. II. S. 433 fg., Schott S. 189 fg. Sf. II. 17, VI. 168, XVI. 30, XVII. 20, XXV. 99, XXXIII. 211, XXXIV. 284. — Das HGB. (Art. 318. 319) verlangt auf einen Antrag unter Gegenwärtigen sofortige Antwort, während es die Kraft eines unter Abwesenden gestellten Antrags mit dem Zeitpunkt erlöschen läßt, zu welchem der Antragende „bei ordnungsmäßiger, rechtzeitiger Absendung der Antwort den Eingang der letzteren erwarten darf", mit der Maßgabe jedoch, daß das verspätete Eintreffen der rechtzeitig abgesandten Antwort dann nicht schaden soll, wenn der Antragende nicht von seinem Rücktritte inzwischen Nachricht gegeben hat, oder sofort nach dem Eintreffen der Antwort Nachricht gibt. [Vgl. § 306 [10].]

Digitized by Google

5. Eine bedingte oder sonst beschränkte Annahme ist keine Annahme, enthält aber einen neuen Antrag[15].

[Dasselbe bestimmt BGB. 150 Abs. 2, und zwar mit Recht auch für den Fall, daß die Annahme unter Erweiterungen oder sonstigen Aenderungen erfolgt.]

§ 308.

Der Vertragsantrag braucht nicht nothwendig an eine bestimmte, d. h. eine individuell bestimmte, er kann auch an eine unbestimmte, d. h. eine nur nach einem Merkmal oder nach Merkmalen bestimmte Person gerichtet werden. Hierher gehört

1) die Auslobung[1], d. h. das öffentliche Versprechen einer Leistung an denjenigen, welcher seinerseits irgendwie thätig werden wird[2]. Der Auslobende wird nicht schon durch sein Versprechen verpflichtet, sondern erst durch die Annahme desselben[3], die Annahme

---

[15] L. 1 § 3 D. 45, 1. Regelsberger Erörter. S. 91 fg. Handbuch II S. 452 fg. HGB. Art. 322. „Eine Annahme unter Bedingungen oder Einschränkungen gilt als „Ablehnung des Antrags verbunden mit einem neuen Antrage". [Gestrichen wegen BGB. 150 Abs. 2.] Vgl. Sf. XXXII. 29.

[1] G. Ph. von Bülow Abhandlungen über einzelne Materien des r. § 308.
bürgerl. R. I Nr. 11 (1817). Jhering Jahrb. f. Dogm. IV S. 93—106 (1861). Schütze Jahrb. d gem. R. V S. 33 fg. (1862). Kuntze zu Holzschuher III S. 297—302 (1864). Regelsberger civilr. Erörterungen S. 196—227 (1868). Bangerow 7. Aufl. III § 603 Anm. 2 (1869). Exner kr. VJS. XI S. 337 fg. (1869). K. Tzschirner D. de indole ac natura promissionis popularis „Auslobung" quam vocant. Berol. 1869 (gut, namentlich werthvoll durch dogmengeschichtliche Nachweisungen). Schott der obligatorische Vertrag unter Abwesenden S. 140—148 (1873). Siegel das Versprechen als Verpflichtungsgrund im heutigen R. S. 91—108 (1873). Sintenis II § 96 [58]. Vgl. auch die Bemerkungen von Hofmann in seiner Schrift über die Entstehungsgründe der Obligation (Wien 1874) S. 38 fg. Hasenöhrl Oesterr. Obligationenr. II § 57. [Lichtenstein die Auslobung. Gött. Diss. 1893, Oertel die Lehre v. d. Auslobung. Leipz. 1895.]

[2] Z. B. einen verlorenen Gegenstand zurückbringen, die beste Abhandlung über eine bezeichnete Frage einliefern, die erste Kanone erobern wird. Beispiele aus dem Alterthum bei Tzschirner p. 22 sq., Bruns fontes iuris I p. 320 sq.

[2] Diese Auffassung der Auslobung theilen Bülow, Jhering, Schütze, Regelsberger, Bangerow, Exner, Tzschirner, Schott, auch Unterholzner I S. 53, Pernice ZS. f. HR. XX S. 294 fg. Andere stellen die Auslobung mit der Pollicitation zusammen und betrachten sie demnach als einseitiges Rgeschäft, so Kuntze, Siegel, außerdem Puchta § 259 [4], Arndts § 241, 3, Brinz S. 1549 [2. Aufl. (Lotmar) IV S. 254 fg.], Unger in Grünh. ZS. I S. 370, Karlowa das Rgeschäft S. 274 fg., Stobbe III S. 102. [3. Aufl. (Lehmann) S. 179]. Hasenöhrl a. a. O., Dernburg II S. 24. [Lichtenstein, Oertel.] Auch Sintenis II § 96 zu und in [58] gehört hierher,

Digitized by Google

aber kann nach dem Sinn der Auslobung nur erfolgen durch Thätigwerden in der vorgeschriebenen Weise[4] oder durch ausdrückliche Erklärung auf Grund des Thätiggewordenseins[5]. Bis zur Annahme

---

obgleich er andererseits wieder davon spricht, daß in der vorgeschriebenen Thätigkeit eine Acceptation liege. Köppen Jahrb. f. Dogm. XI S. 389 fg. erklärt die Auslobung zwar nur für ein Vertragsanerbieten, aber dennoch für verpflichtend (vgl. § 307 [7a]), obgleich nicht für unwiderruflich. — Ich halte die Sache nicht für unzweifelhaft, bin aber der Meinung, daß es vorsichtiger ist, bei der Vertragstheorie stehen zu bleiben. Die Analogie der römischen praepositio institoris und magistri navis (§ 304, 3) ist nicht entscheidend; der Fall ist ein anderer: hier wird demjenigen versprochen, welcher einer bezeichneten Person Credit geben wird, bei der Auslobung demjenigen, welcher eine gewisse Leistung erbringen wird. Wollte man in der römischen Vorschrift den Ausdruck eines Princips sehen, so müßte man eben auch alle öffentlichen Versprechen ohne Acceptation für verpflichtend erklären (z. B. einem jeden Invaliden, der weniger als einen gewissen Betrag als Pension bezieht, die Differenz nachzahlen zu wollen) — und das halte ich für zu gewagt, um so mehr, als man ja dann diesen Satz schon für das r. R. vertheidigen müßte. Eine feste Uebung, durch welche die Auslobung als verpflichtend ohne Acceptation anerkannt wäre, wird sich nicht nachweisen lassen. Dem Bedürfniß des Lebens läßt sich auch mit der Vertragstheorie gerecht werden — obgleich zugestanden werden mag, daß dieß mit der Theorie des einseitigen Rgeschäfts leichter ist, und daß für die Gesetzgebung kaum ein Hinderniß vorhanden sein möchte, die Auslobung als einseitiges verpflichtendes Rgeschäft anzuerkennen. — Savigny Obl. II S. 90 fg., welcher sich zur Vertragstheorie bekennt, steht insofern ganz allein, als er behauptet, daß die Auslobung weder nach römischem, noch nach heutigem R. ein Forderungsr. erzeuge. Allerdings läßt sich ein solches aus dem r. R. nicht direct nachweisen (über die Stellen, welche man hierher zu ziehen versucht hat oder ziehen könnte, namentlich l. 15 D. 19, 5, s. Schütze S. 56—61, Tzschirner p. 91 sq.). Doch spricht für die Gültigkeit eines Vertragsanerbietens in incertam personam die Analogie des iactus missilium und der letztwilligen Verfügung zu Gunsten einer incerta persona (I § 172 [11], § 27 I. 2, 20, vgl. Tzschirner p. 81 sq., Sohm ZS. f. HR. XVII S. 56 fg.), und jedenfalls wird die acceptirte Auslobung in der Uebung so sehr als rverbindlich anerkannt, daß man hierfür füglich ein Gewohnheitsr. annehmen kann. S. auch Sf. IX. 275, und vgl. das. XI. 217. Zweifelnd Mommsen Erörterungen II S. 136 fg.

[4] Wie ist es, wenn Mehrere zu gleicher Zeit oder wenn Mehrere durch gemeinschaftliche Thätigkeit die geforderte Leistung beschaffen? Regelsberger S. 209—211, Vangerow Nr. 6, Exner S. 351.

[5] Uebereinstimmend Regelsberger S. 211 fg. Andere sind anderer Meinung. a) Die herrschende Meinung geht dahin, daß die Annahme nur durch Thätigwerden (oder den Beginn des Thätigwerdens, s. Note [7]) auf Grund der Auslobung geschehen könne, und so habe auch ich in früheren Auflagen dieses Lehrbuchs [bis zur 4.] gelehrt. Aber hiernach würde Derjenige einen Anspruch auf die ausgesetzte Belohnung nicht haben, welcher ohne Kenntniß der Auslobung thätig geworden ist, und ich glaube nicht, daß die Rsprechung sich jemals wird entschließen können, diesen Satz anzuerkennen. b) Schott a. a. O. läßt die Annahme geschehen nicht durch die verlangte Thätigkeit, die also nicht mit Rücksicht

Digitized by Google

steht dem Versprechenden der Rücktritt frei[6]; hat aber Jemand mit der vorgeschriebenen Thätigkeit bereits begonnen und dabei eine Aufopferung gemacht, so muß ihm der Rücktretende dieselbe ersetzen[7].

auf die Auslobung stattgefunden zu haben brauche, sondern durch „die Uebermittelung des Thätigkeitsresultates an den Auslobenden". Aber eine solche Uebermittelung wird durch die Auslobung nicht immer verlangt (z. B. Prämie auf die Eroberung der ersten Kanone). Kohler Jahrb. f. Dogm. XVII S. 323 (vgl. auch Leonhard Irrthum S. 127 [2]) gibt dem Leistenden einen Anspruch auf das in der Auslobung Versprochene, auch wenn er ohne Bewußtsein von der Auslobung thätig geworden ist. Diese Ansicht ist nur haltbar auf dem Standpunkt des einseitigen Versprechens ([3]). c) Im geraden Gegensatz zur herrschenden Meinung nimmt Exner an, daß die Acceptation durch Erbringung der verlangten Leistung gar nicht, sondern nur nach Erbringung durch directe Willensäußerung geschehen könne. Hiernach wäre auch nach der zum Zweck des Verdienens der ausgesetzten Belohnung gemachten Leistung Widerruf der Auslobung zulässig. Ich sehe darin eine unnöthige Verletzung des Rgefühls. d) Nach Bülow und Tzschirner kann die Annahme durch ausdrückliche Erklärung nicht bloß nach, sondern auch vor erbrachter Leistung geschehen. Das entspricht nicht dem Sinn des Auslobers. Er will verpflichtet sein dem Leistenden, aber er will nicht verpflichtet sein dem Nichtleistenden unter der Bedingung der Leistung. Vgl. auch Sohm ZS. f. HR. XVII S. 46 fg.

[6] Die Theorie des einseitigen Rgeschäfts scheint Unwiderruflichkeit der Auslobung von Anfang an annehmen zu müssen, und so lehren wirklich Kuntze und Siegel, Ersterer jedoch mit der Modification, daß es der Erwägung vorbehalten bleibe, ob nicht einzelne Ausnahmen zu statuiren seien. Wäre diese Consequenz nothwendig, so würde sie m. E. der Theorie des einseitigen Geschäfts ebenso verderblich sein, wie der Vertragstheorie verderblich sein würde die Unmöglichkeit, mit ihr die Forderungsberechtigung Desjenigen in Einklang zu bringen, welcher ohne Kenntniß der Auslobung thätig geworden ist. Aber jene Consequenz ist nicht nothwendig. Es ist hier das am Schluß der vorigen Note Gesagte zu wiederholen. Der Auslobende will keinem Andern als dem Erbringer der geforderten Leistung verpflichtet sein, und vor der Erbringung überhaupt nicht. S. auch Brinz S. 1549 [IV S. 254 fg.], Unger in Grünh. ZS. I S. 370 unt.

[7] Nach dem in § 307 bezeichneten Grundsatz. Auch hier bestimmt die Erklärung den Gegner zu einem der Wirklichkeit nicht entsprechenden Vertrauen und bringt ihn dadurch in Nachtheil, nur ist das Vertrauen hier gerichtet nicht auf das Zustandegekommensein, sondern auf das Zustandekommenwerden oder Zustandekommenkönnen des Vertrages. Behauptet der Erklärende, daß der Gegner ohnehin den Preis nicht gewonnen, also auch bei Nichtzurücknahme der Auslobung seine Aufopferung unnütz gemacht haben würde, so liegt ihm der Beweis ob; der Arbeitende stützt seinen Anspruch nicht darauf, daß er den Preis gewonnen haben würde, sondern darauf, daß ihm die Möglichkeit des Gewinnens abgeschnitten worden ist. Regelsberger (S. 220), welcher diese Vertheilung der Beweislast nicht anerkennen will, entnimmt daraus ein Argument gegen die ganze Construction. Er selbst (ebenso Bangerow Nr. 4) erklärt den Widerruf der Auslobung für unwirksam, sobald mit der Ausführung der geforderten Leistung begonnen worden sei, indem er auch hier, wie bei dem Vertragsantrag an einen Abwesenden, einen stillschweigenden Verzicht auf den Widerruf annimmt. Mir scheint diese Annahme hier noch weniger Grund zu haben, als dort. Andere sehen

Digitized by Google

Wie der Rücktritt wirkt nach der einen und der anderen Seite der Tod des Auslobenden und der Verlust seiner Handlungsfähigkeit[8]. Unverbindlich ist die Auslobung, wenn in derselben erkennbar hervortritt, daß ihr ein wirklicher Verpflichtungswille nicht zu Grunde liegt[9], so wie die Auslobung, welche zu unerlaubte Zwecken gemacht wird[9a].

[1. Die Auslobung im Sinne des §§§. ist zweifellos ein einseitiger Verpflichtungsact. Denn das Gesetz gründet die Verpflichtung zur Erfüllung lediglich darauf, daß Jemand durch öffentliche Bekanntmachung eine Belohnung für die Vornahme einer Handlung, insbesondere für die Herbeiführung eines Erfolges ausgesetzt hat (657). Einer Annahme bedarf es nicht, sondern der Auslobende ist nach § 657 auf Grund seiner Erklärung allein verpflichtet, die Belohnung demjenigen zu entrichten, welcher die Handlung vorgenommen hat,

---

in dem Beginn der Ausführung bereits die Acceptation, und lassen also mit derselben den Vertrag sofort zu Stande kommen; s. v. Bülow, Puchta, Arndts, Sintenis. Einen Schadensersatzanspruch nehmen an Savigny, Schütze, Schott, Ihering, Tzschirner, Exner, die drei Ersten nach dem R. der actio doli, die beiden Folgenden unter Verwerthung des Begriffs der culpa in contrahendo (§ 307 [5]), Exner wie hier. Mommsen Erörter. II S. 138 fg.: actio doli und actio mandati.

[8] S § 307, 2. 3.

[9] Dieser Satz ist im Princip ebenso feststehend, wie seine Anwendung im einzelnen Fall schwierig. Aber man denke an die Marktschreiereien, mit welchen oft bedeutende Belohnungen demjenigen versprochen werden, welcher die Ungenügenheit irgend einer Waare nachweisen werde. Jedenfalls aber geht Schütze (S. 46 fg.) zu weit, wenn er die Behauptung aufstellt, daß in allen Fällen die Auslobung als nicht ernstlich gemeint anzusehen sei, in welchen der Auslobende an der Erfüllung der gestellten Bedingung kein Interesse habe (dawider Ihering S. 99), oder in welchen die gestellte Bedingung von mehreren Personen nacheinander erfüllt werden könne. S. auch Kuntze a. a. O. S. 301—302. Regelsberger S. 205 fg. erklärt jede Auslobung für unverbindlich, bei welcher der Auslobende ein Interesse an der Nichterfüllung habe, jedoch nicht aus dem Grunde des Mangels der Willensernstlichkeit, sondern weil ein solches Versprechen nicht sowohl Auslobung als vielmehr einseitige Wette, die einseitige Wette aber vom gemeinen R. nicht anerkannt sei. Ich halte das nicht für richtig (vgl. § 420 [4]), jedenfalls ist der Entscheidungsgrund des Urtheils bei Sf. XVI. 217, auf welches sich Regelsberger beruft, Mangel der Willensernstlichkeit. Im Resultat mit Regelsberger übereinstimmend Bangerow Nr. 7; wie hier Exner S. 338 fg., Tzschirner p. 130.

[9a] Durch Vollziehung der gemachten Leistung betheiligt sich derjenige, welcher Gläubiger werden will, an der Unerlaubtheit. Vgl. § 314, 3 und Karlowa Rgeschäft S. 274 fg. Dieser Schriftsteller erklärt ferner für ungültig „Auslobungen, die nur zur Befriedigung der Frivolität, individueller Launen und Grillen" gemacht werden. Mir ist das nicht unzweifelhaft. Gewiß ist der Satz aufzustellen, daß ein Interesse nicht rlich geschützt werden soll, welches für den ernsthaften Menschen keines ist (vgl. § 314, 4); aber geschieht dieß, indem man Jemanden für die Befriedigung eines nicht ernsthaften Interesse bezahlen läßt?

Digitized by Google

und zwar selbst dann, wenn dieser nicht mit Rücksicht auf die Auslobung gehandelt hat (vgl. Note [5, b]).

2. Den Widerruf räumt das BGB. dem Auslobenden gleichwohl ein (vgl. [6]) bis zur Vornahme der Handlung, es wäre denn auf den Widerruf verzichtet, was im Zweifel angenommen werden soll, wenn eine Frist für die Vornahme der Handlung bestimmt ist. Der Widerruf kann in derselben Weise öffentlich bekannt gemacht werden, wie die bei dem Erlaß der Auslobung befolgte. Einem Einzelnen gegenüber (von dem z. B. der Auslobende weiß, daß er sich mit der Aufgabe beschäftigt), kann der Widerruf durch besondere Mittheilung erfolgen (658). Wirksamer Widerruf begründet keine Verpflichtung zum Ersatz des negativen Interesses (vgl. zu [7]).

3. Der Tod des Auslobenden und der Verlust seiner Geschäftsfähigkeit (s. zu [8]) sind einflußlos.

4. Eine nicht ernstliche Auslobung (s. zu [9]) steht unter den Vorschriften des BGB. 116. 118. 122.

5. Ist der Zweck der Auslobung unerlaubt oder unsittlich (vgl. zu [9a]), so entscheiden BGB. 134. 138.

6. Ist die Handlung, für welche die Belohnung ausgesetzt ist, mehrmals vorgenommen (s. [4]), so gebührt die Belohnung demjenigen, welcher sie zuerst vorgenommen hat (659 Abs. 1). Haben sie gleichzeitig gehandelt, so erhalten sie gleiche Theile. Ist die Belohnung nach ihrer Natur oder nach dem Sinn der Auslobung untheilbar, so entscheidet das Los (659 Abs. 2).

7. Haben mehrere zu dem zu belohnenden Erfolg mitgewirkt (s. [4]), so hat der Auslobende die Belohnung nach billigem Ermessen unter Berücksichtigung des Antheils eines jeden an dem Erfolg zu vertheilen. Seine Vertheilung ist nur dann nichtig, wenn sie erweislich offenbar (d. h. grob und augenfällig) unbillig ist (660 Abs. 1). Der Auslobende hat also nicht die Stellung, welche sonst eine bestimmungsberechtigte Partei hat, sondern dieselbe, welche sonst einem bestimmungsberechtigten Unparteiischen zukommt (s. ob. II S. 21). Wenn die Bestimmung des Auslobenden nichtig ist, so erfolgt anderweite Bestimmung durch Urtheil (660 Abs. 1 a. E.). Dieses Urtheil ist constitutiv (ob. II S. 19 fg.). An und für sich wäre anzunehmen, daß die Klage auf die Bestimmung des Antheils und die entsprechende Leistung gegen den Auslobenden zu richten wäre. Derselbe kann aber, wenn einer der Betheiligten seine Vertheilung nicht anerkennt, einredeweis die Erfüllung verweigern, bis die Betheiligten ihren Streit unter sich ausgemacht haben. Es kann also jeder gegen den andern auf die richterliche Bestimmung der Antheile klagen, und eine Klage auf die entsprechenden Theilleistungen gegen den Auslobenden findet erst nach Rechtskraft des die Antheile unter den Streitenden bestimmenden Urtheils statt. Schon zuvor indessen kann jeder verlangen, daß die Belohnung für alle hinterlegt wird (660 Abs. 2). Ist die Belohnung nach ihrer Beschaffenheit oder nach dem Sinne der Auslobung untheilbar, so entscheidet auch im Falle dieser Nummer das Los (660 Abs. 3).

8. Hat die Auslobung eine Preisbewerbung zum Gegenstande, so gelten die besonderen Vorschriften des § 661. Die Auslobung ist danach nur gültig, wenn in der Bekanntmachung eine Frist für die Bewerbung bestimmt ist; denn anderen Falls könnte der Auslobende immer auf ein besseres Werk warten

Digitized by Google

und die Wahl zwischen den eingegangenen immer vermeiden. (Mot. II S. 523 fg.) Bei der Fristbestimmung entgegen der Regel des § 658 Abs. 2 den Widerruf vorzubehalten, steht dem Auslobenden jedoch frei. Die Entscheidung darüber, ob ein Bewerber und welcher unter mehreren den Preis verdient, steht der in der Auslobung bezeichneten Person zu und in Ermangelung einer solchen dem Auslobenden selbst. Auch dieser kann danach sämmtliche Bewerbungen für preisunwürdig erklären. Die Entscheidung durch Dritte wie durch den Auslobenden ist unanfechtbar. Wird entschieden, daß mehrere Bewerber gleichmäßig des Preises würdig seien, so ist so zu verfahren, wie dann, wenn mehrere gleichzeitig die verlangte Handlung vorgenommen haben. Die Uebertragung des Eigenthums an dem gekrönten Werke kann der Auslobende nur verlangen, wenn dieß in der Auslobung bestimmt ist. Unter Eigenthum ist hier auch das geistige, das Urheberrecht, zu verstehen.]

2) Ferner kann hierher gehören die Versteigerung [10]. Die Versteigerung gehört dann hierher, wenn sie in dem Sinne erfolgt, daß der Versteigerer durch jedes erfolgende Gebot gebunden sein will. In diesem Fall ist sie ein Vertragsantrag an denjenigen, welcher die besten Bedingungen stellen wird, den Meistbietenden oder Wenigstfordernden. Durch jedes Gebot kommt ein Vertrag mit dem Versteigerer zu Stande [11], aber ein Vertrag unter der, im Zweifel auf-

---

[10] E. A. Seuffert de auctione (Habilitationsschrift, 1854). Kindervater Jahrb. f. Dogm. VII S. 1 fg. (1865); dazu Jhering das. S. 166 fg.; Antwort Kindervater's S. 356 fg.; Replik Jhering's S. 376 fg. Unger das. VIII S. 134 fg. (1866). Regelsberger (§ 305*) S. 162—195. Vangerow 7. Aufl. III § 636. Reuling Jahrb. f. Dogm. X S. 355 fg. (1871). Unterholzner I S. 54, Puchta § 252 und Vorl. dazu, Arndts § 231 [4], Sintenis II S. 252—257, Keller S. 443—444, Brinz 1. Aufl. § 365, Wächter II S. 462 fg., Stobbe III § 169 [3. Aufl. (Lehmann) § 215], Thöl Handelsr. I § 245.

[11] Der Versteigerer erklärt durch die Versteigerung, daß er den Meistbietenden ꝛc., also zunächst jeden Bietenden, als Gläubiger annehmen wolle. Durch jedes Gebot wird dieser Wille acceptirt. — Jhering a. a. O. leugnet die juristische Möglichkeit des Zustandekommens eines Vertrages in dieser Weise. Die Praxis habe die Gültigkeit des Vertragsanerbietens in incertam personam eben nur bei der Auslobung anerkannt, sonst nicht. Ich bin anderer Ansicht. Nach meiner Meinung muß die Gültigkeit des Vertragsanerbietens in incertam personam schon im Sinne des r. R. behauptet werden (s. Note [2 a. E.]), und jedenfalls hat die Praxis bei der Auslobung ein Princip anerkannt, welches wir auch in anderen Fällen, in welchen die Ernstlichkeit des Vertragsanerbietens ebenso unzweifelhaft ist, wie bei der Auslobung, zu verwerthen wohl befugt sind. Und ich glaube nicht, daß ein deutsches Gericht aus theoretischen Gründen dem Versteigerer die Befugniß zum Rücktritt zugestehen würde trotz seiner unzweifelhaften Erklärung, gebunden sein zu wollen. Ich erinnere mich, Fischversteigerungen zugesehen zu haben, bei welchen der Versteigerer die Preise von oben nach unten ausrief, immer hinabsteigend, bis einer der Anwesenden „Mein“ rief; würde Jhering auch für einen solchen Fall der Meinung sein, daß das Zustandekommen des Vertrages

Digitized by Google

schiebenden[12], Bedingung, daß nicht von einem Andern ein besseres Gebot geschehen sollte. Jedes bessere Gebot begründet also den Ausfall der Bedingung des vorher abgeschlossenen Vertrages[13], und der definitive Vertrag kommt erst durch das letzte Gebot zu Stande[14]. — Es kann aber der Sinn der Versteigerung auch der sein, daß der Versteigerer keinem der Bieter gebunden sein will. In diesem Falle ist die Versteigerung nicht Vertragsantrag an eine unbestimmte Person, sondern Einladung an das Publikum, seinerseits Vertragsanträge zu stellen, und ein Vertrag kommt erst dadurch zu Stande, daß der Versteigerer einen dieser Anträge seinerseits acceptirt[15]. Welchen Sinn die Versteigerung wirklich habe, ist eine für jeden einzelnen Fall zu lösende thatsächliche Frage: im Zweifel wird ihr

noch eine neue, in die Willkür des Verkäufers gegebene, Willenserklärung voraussetze? Aus der bei uns gebräuchlichen Art der Versteigerung entnimmt Jhering noch einen zweiten Grund für die Unverbindlichkeit der in der Versteigerung enthaltenen Proposition, daß nämlich diese Proposition keinen bestimmten Preis nenne. Ich halte auch diesen Grund nicht für stichhaltig. Die Offerte ist unverbindlich, wenn sie die Bestimmung des Preises von der Willkür des Offerenten abhängig macht. Sie ist gewiß nicht unverbindlich, wenn sie die Bestimmung des Preises auf den Willen eines Dritten stellt (§ 1 I. 3, 23, l. 15 C. 4, 38); und warum sollte sie die Bestimmung nicht auf die Willkür dessen stellen können, dem das Anerbieten gemacht wird? S. auch § 386 [6. 7]. Jhering behauptet freilich (S. 378), daß ein pretium certum im Sinne der Römer nie vorliege und also auch eine Gebundenheit des Verkäufers nie stattfinde, wenn die Bestimmung des Preises von der Zukunft abhänge. Danach würde auch ein Verkauf um einen von einem Dritten zu bestimmenden Preis unverbindlich sein, wovon doch die oben genannten Stellen sehr ausdrücklich das Gegentheil sagen. Vgl. auch Seuffert l. c. p. 14. Regelsberger S. 171, Vangerow Nr. 1. 3. Sf. XX. 214. — CPO. 718 [817].

[12] Es ist im Zweifel als Absicht der Parteien anzusehen, daß ein festes Verhältniß erst mit dem Schluß der Versteigerung eintreten solle. Seuffert p. 15, Kindervater S. 10. 11, Thöl Note [19], Wächter S. 463. A. M. Puchta a. a. O., Stobbe Note [4].

[13] Namentlich in früherer Zeit war die Meinung sehr verbreitet, daß ein zweites Gebot zwar den Versteigerer entlaste, nicht aber den ersten Bieter. Der Grund dieser Meinung lag in der falschen Herbeiziehung der Analogie der in diem addictio, aus welcher noch andere unrichtige Consequenzen abgeleitet wurden. Glück XVI S. 267 fg. Dawider Seuffert p. 11 sqq., Kindervater S. 11 fg. 360 fg., Regelsberger S. 175—177. S. auch Note [15].

[14] Der Zuschlag hat in diesem Falle nicht die Bedeutung einer den Vertrag zum Abschluß bringenden Willenserklärung des Versteigerers, sondern es soll durch denselben constatirt werden, daß ein weiteres Gebot nicht erfolgt, also die Bedingung des durch das letzte Gebot abgeschlossenen Vertrages erfüllt sei. Kindervater S. 14 unt., Seuffert p. 14.

[15] Ihm den Zuschlag giebt. In diesem Falle hat also der Zuschlag die Bedeutung einer den Vertrag zum Abschluß bringenden Willenserklärung wirklich.

Digitized by Google

der erste Sinn nicht beigelegt werden dürfen[16]. Hat sie den zweiten Sinn, so entsteht die fernere Frage, ob der Versteigerer den Vertrag mit jedem Bietenden abschließen kann, oder nur mit dem Letztbietenden. Auch dieß ist eine Intentionsfrage; im Zweifel wird für das Letztere, also das Freiwerden eines jeden Bietenden durch ein Uebergebot, zu entscheiden sein[17]. Jedenfalls darf man nicht sagen, daß, weil der Versteigerer nicht sofort gebunden sei, auch der Bieter von seinem Gebote nach Willkür zurücktreten könne[18].

[Das RGE. (156) entscheidet: Bei einer Versteigerung kommt der Vertrag erst durch den Zuschlag zu Stande. Ein Gebot (welches also Vertragsantrag ist), erlischt, wenn ein Uebergebot abgegeben oder die Versteigerung ohne Ertheilung des Zuschlags geschlossen ist.]

---

[16] So die meisten Neueren: Unterholzner, Sintenis, Keller, Seuffert, Unger, Regelsberger, Bangerow, Reuling, Thöl, und namentlich mit großer Energie Ihering gegen Kindervater, obgleich doch auch der Letztere sagt, daß der Versteigerer nur dann gebunden sei, „wenn (er) erklärt mit demjenigen einen Vertrag eingehen zu wollen, welcher bis zu einer bestimmten Zeit das beste Gebot abgeben werde" (S. 15, s. auch S. 367). Ganz unzweifelhaft ist die Sache doch nicht. Es ist freilich nicht anzunehmen, daß der Versteigerer geneigt sein sollte, seine Sache um jeden beliebigen Preis hinzugeben; aber hat er nicht die Möglichkeit, selbst oder durch einen Andern überzubieten? Und wenn oft genug zu diesem Mittel wirklich gegriffen wird, weist dieß nicht darauf hin, daß der Versteigerer ein Bewußtsein davon hat, daß er sonst gebunden sein würde? Jedenfalls wird man zugestehen müssen, daß in erster Linie die Ortsgewohnheit entscheidet. Sf. XXIV. 22, XXXI. 127, VIII. 38 (die Entscheidungen das. XI. 134. 219, XX. 214 beziehen sich auf Fälle ausdrücklichen Vorbehalts der Ungebundenheit des Versteigerers). — Unger a. a. O. ist der Meinung, daß der Wille des Versteigerers, gebunden zu sein, sich unzweifelhaft auch aus der Bezeichnung eines Minimalpreises ergebe. Dagegen Regelsberger S. 171, Reuling S. 357.

[17] Auch hier ist Ihering anderer Meinung: ebenso Unterholzner; dawider Seuffert, Sintenis, Regelsberger, Bangerow Nr. 2. b, Thöl, Stobbe; unbestimmt Keller. Ich glaube nicht, daß die Auffassung Ihering's die im Leben vorherrschende ist, und darauf kommt doch hier Alles an. Regelsberger (S. 178—180) nimmt aber als stillschweigend bedungen an, daß Gebote von Zahlungsunfähigen nicht in Betracht kommen sollen. Noch weiter geht in dieser Richtung Reuling: derselbe räumt dem Versteigerer das R. ein, ein jedes Mehrgebot zurückzuweisen, und läßt demnach den Bieter frei werden nicht schon durch das Mehrgebot als solches, sondern erst dadurch, daß der Versteigerer dasselbe als Basis weiterer Verhandlungen zuläßt. Ebenso Siegel das Versprechen als Verpflichtungsgrund im heutigen R. S. 84. 85. Dagegen Thöl a. a. O. [16].

[18] Bei dem gegenseitigen Vertrag kann sehr wohl die Verpflichtung des einen Contrahenten ohne die des Andern bestehen. S. § 321 [23] [24] [25]. Kindervater S. 8, Ihering S. 178, Regelsberger S. 172—175, Bangerow Nr. 2. a, Brinz 1. Aufl. S. 1592 [2. Aufl. (Lotmar) IV S. 330 fg.], Thöl S. 181.

Digitized by Google

3. Die Auslobung und die Versteigerung sind nicht die einzigen Fälle, in welchen auf Grund eines Vertragsantrags an eine unbestimmte Person ein Vertrag zu Stande kommen kann[19]. Nur sind mit Vertragsanträgen an eine unbestimmte Person nicht zu verwechseln öffentliche Ankündigungen, durch welche zum Abschluß eines Rechtsgeschäfts auf gewisse Bedingungen eingeladen wird[20]; sie sind nicht Vertragsanträge, sondern Aufforderungen zu Vertragsanträgen, und daher unverbindlich[21].

[Diese Sätze bleiben auch unter der Herrschaft des BGB. zutreffend.]

Seuffert p. 16 sqq nimmt ein pactum de emendo an (s. auch Jhering a. a. O. und Regelsberger S. 180). Die unrichtige Meinung bei Schweppe r. Privatr. III § 422, Wening-Ingenheim gem. Civilr. II § 260. Göschen gem. Civilr. II 2. § 506. Doch kann allerdings der Sinn der Versteigerung auch der sein, daß die Bieter so wenig gebunden sein sollen, wie der Versteigerer es ist. Seuffert p. 18. — Siegel a. a. O. (Note [17], vgl. § 304 [12]) läßt den Bieter aus seiner einseitigen Erklärung haften, weil es an einer Annahme fehle; ebenso Stobbe Note [8] [9]. Die (im Voraus erklärte) Annahme liegt in der Versteigerungsankündigung. — Der Bieter bleibt aber, wenn nichts Anderes bedungen ist, gebunden nur bis zum Schluß des Versteigerungstermins. Stobbe [13] [11], Thöl [17]. Sf. VI. 183.

[19] „Was fehlt zur Gültigkeit des Angebots, wenn Jemand im Wirthshaus öffentlich seine Uhr um einen bestimmten Preis ausbietet?" Regelsberger S. 49. A. M. Jhering ([5]), VII S. 172. 379, auch Bekker Jahrb. d. gem. R. II S. 356. Dafür Sohm ZS. f. HR. XVII S. 56 fg. Sf. XI. 217. Andere zählen hierher auch die Begründung einer Inhaber- und Ordrepapierforderung. S. darüber § 304 [11]. Besonderer Fall: A sucht ein Darlehen; B erklärt ihm, er verbürge sich demjenigen, der ihm das Darlehn gewähren werde. Sf. XXI. 115 und RG. XI S. 248 helfen in diesem Fall durch die Annahme, A sei zum Abschluß des Bürgschaftsvertrages mit dem Darlehnsgeber ermächtigt. Vgl. § 309 [9]. Für die Ungültigkeit des Geschäfts entschied in einem analogen Fall Sf. XI. 218. Eine andere Wendung bei Dernburg II § 9 [4]: nach heutigem R. kann ein Dritter für den unbestimmten Gläubiger acceptiren. [[RG. XXIV S. 64: Jemand kauft im Namen eines von ihm zu bestimmenden Käufers.]] [S. auch RG. XXXIII S. 131 fg.]. — Sind Einladungen zur Actienzeichnung ein Angebot? Regelsberger S. 52 fg. [Biermann Jahrb. f. Dogm. XXXII S. 292 fg.: Offerten an das Publicum (Automaten, Sammelbüchsen u. s. w.), Neumond ACPra. LXXXIX S. 166 fg.].

[20] Ankündigungen von Waaren oder Büchern oder Miethwohnungen zu gewissen Preisen, Ankündigungen von Eisenbahn- oder Dampfschifffahrten ꝛc.

[21] Schütze Jahrb. d. gem. R. V S. 42—44, Jhering Jahrb. f. Dogm. IV S. 95—97. VII S. 174, Bekker Jahrb. d. gem. R. II S. 356. HGB. Art. 337. „Das Anerbieten zum Verkauf, welches erkennbar für mehrere Personen, insbesondere durch Mittheilung von Preislisten, Waarenverzeichnissen, Proben und Mustern geschieht . . . ist kein verbindlicher Antrag zum Kauf". Sf. XVII. 20. [Gestrichen; vgl. Denkschr. S. 229 (Guttentag)].

Digitized by Google

c. Erklärung des Vertragswillens.

§ 309.

1. Die Erklärung des Vertrags- (Gläubiger- oder Schuldner-) Willens kann, soweit die für den Vertrag vorgeschriebene Form kein Hinderniß in den Weg legt, nicht bloß ausdrücklich, sondern auch stillschweigend geschehen[1]. Eine stillschweigende Willenserklärung liegt möglicherweise auch in dem Stillschweigen auf einen von der andern Seite gestellten Vertragsantrag; aber sie liegt nicht nothwendig darin[2].

[Das Gesagte trifft auch nach SGB. zu; vgl. I S. 291 fg.; s. auch BGB. 516 Abs. 2. In dem Falle des § 663 BGB. gilt der Schweigende nicht als annehmend, sondern wird nur schadensersatzpflichtig.]

---

§ 309. [1] Vgl. z. B. § 306 [11]. Eine stillschweigende Willenserklärung (Annahmeerklärung) liegt namentlich auch in der (gerichtlichen oder außergerichtlichen) Forderung der Ausführung eines gegebenen Versprechens. A. M. Siegel das Versprechen als Verpflichtungsgrund im heut. R. S. 14 fg. und Sf. XXV. 99: weil das Fordern eine bereits entstandene Verbindlichkeit voraussetze. Nun so helfe man durch benigna interpretatio; das Gegentheil ist starrer Formalismus. Liegt eine stillschweigende Annahmeerklärung auch in dem Beginn der Ausführung einer gemachten Bestellung? S. einerseits Scheurl Beiträge I S. 311, Jhering Jahrb. f. Dogm. IV S. 89, Regelsberger S. 93. Endemann's Handb. d. Handelsr. II S. 447 fg.; andererseits Stobbe III S. 105 [3. Aufl. (Lehmann) § 219 [28]]. Vgl. auch oben § 306 [11].

[2] Vgl. I § 72 [10], § 307 [6]. Thöl Handelsr. I § 237, 3. Regelsberger Erörter. S. 93 fg. Endemann's Handb. des Handelsr. II S. 448 fg. Der letztere Schriftsteller stellt den allgemeinen Satz auf, daß Schweigen als Einwilligung gelte, wenn Nichtantworten trotz des Entschlusses auf den Antrag nicht einzugehen, eine Verletzung der im Verkehr herrschenden Redlichkeit enthalten würde, der Antragsteller nach Lage der Umstände befugt sei, die Annahme zu erwarten. HGB. 323 Abs. 1. „Wenn zwischen dem Kaufmann, welchem ein Auftrag gegeben wird, und dem Auftraggeber eine Geschäftsverbindung besteht, oder sich derselbe gegen den letzteren zur Ausrichtung solcher Aufträge erboten hat, so ist er zur Antwort ohne Zögern verpflichtet, widrigenfalls sein Schweigen als Uebernahme des Auftrags gilt." Sf. XXIX. 159. 160 und Citate das. — Derjenige, welchem der Antrag gestellt worden ist, ist auch, abgesehen von besonderen Gründen, nicht verpflichtet, „die ihm in Beziehung auf den beantragten Vertrag eingesandten Gegenstände anzunehmen, oder zurückzusenden, oder auf sie positive Sorgfalt zu verwenden". Thöl a. a. O., Regelsberger S. 60 fg. S. 449. Sf. VII. 97, vgl. V. 7. Vgl. HGB. Art. 323 Abs. 2. „Auch wenn derselbe (s. oben) den Antrag ablehnt, ist er schuldig, die mit dem Auftrage etwa übersandten Waaren oder anderen Gegenstände auf Kosten des Auftraggebers, soweit er für diese Kosten gedeckt ist und soweit es ohne seinen Nachtheil geschehen kann, einstweilen vor Schaden zu bewahren". [Statt HGB. Art. 323 s. jetzt HGB. § 362, auch BGB. 663; vgl. auch Heppe Aufbewahrungspflicht von unbestellt Zugesendetem. Erl. Diss. 1896. Luckhaus die unbestellte Waare. Erl. Diss. 1896.]

Digitized by Google

2. Die Erklärung des Vertragswillens kann, unter der bezeichneten Voraussetzung, sowohl durch den Vertragschließenden selbst, als durch eine von ihm beauftragte Mittelsperson, und sowohl mündlich als schriftlich, geschehen[3]. Geschieht sie schriftlich, so ist die Erklärung vollendet nicht schon mit der Niederschrift und Unterzeichnung, sondern erst mit der Absendung (Entäußerung) der Schrift des Briefes)[4]; geschieht sie durch einen Boten, so ist die Erklärung vollendet mit der Ertheilung des Auftrages an denselben [4a]. Wird durch das von dem Erklärenden gewählte Mittel der Erklärung sein Wille unrichtig mitgetheilt [5], so kommt auf das Erklärte zwar kein Vertrag zu Stande[5a], da es dem Willen nicht entspricht; aber der Urheber der Erklärung haftet dem andern Theil auf Ersatz des Schadens, welcher demselben dadurch erwachsen ist, daß er auf das Zustandekommen des Vertrages

---

[3] S. I § 73 [1]. Auch die beauftragte Mittelsperson kann wieder sowohl mündlich als schriftlich reden. Unter den letzteren Fall gehört die telegraphische Mittheilung.

[4] A. M. Thöl a. a. O Nr. 4 („also nachdem das Ja geschrieben ist"). Aber das bloße Schreiben des Briefes ist nur eine Vorbereitung der Willenserklärung; die wirkliche Willenserklärung liegt erst darin, daß der Schreibende sich des Briefes entäußert. Scheurl (Jahrb. für Dogm. II S. 258) unterscheidet: die Willenserklärung ist vollendet durch Niederschrift des Briefes, aber die Willenserklärung an den andern Theil erst durch Absendung desselben. Auch das halte ich nicht für richtig.

[4a] A. M. Schliemann ZS. f. HR. XVI S. 5 fg., welcher behauptet, sie sei vollendet erst wenn der Bote seinen Auftrag ausgerichtet hat, ebenso Kühn Jahrb. f. Dogm. XVI S. 19. Dagegen mit Recht Schott der obligatorische Vertrag unter Abwesenden S. 70 fg.

[5] Auf die im Folgenden behandelte Frage ist in der neueren Zeit die Aufmerksamkeit namentlich durch einen im Jahre 1856 vor dem Landgericht zu Köln verhandelten Fall gelenkt worden, wo ein Kölner Handelshaus einem Frankfurter Haus durch den Telegraphen den Auftrag ertheilt hatte, Actien zu einem sehr bedeutenden Werthe zu kaufen, und der Beamte der Ankunftsstation aus „kaufen" „verkaufen" gemacht hatte; der dadurch erwachsene Schade betrug beinahe 40,000 Thaler. — Literatur: Reyscher ZS. f. deutsches R. XIX S. 289—296. 456 fg. (1859). Fuchs ACPra. XLIII S. 94 fg. (1860). Bekker Jahrb. d. gem. R. IV S. 169 fg. (1860). Jhering Jahrb. f. Dogm. IV S. 83—86. 106—112 (1861). Bähr das. VI S. 286 fg. (1862). Busch ACPra. XLV S. 1 fg. (1862). Serafini (§ 306 *) p. 120 sqq. (1862). Mittermaier ACPra. XLVI S. 21 fg. (1863) XLVII S. 215—217. 223—225. 228 (1864). Pernice ZS. f. HR. XXV S. 122 fg. (1880). Graf Pininski der Thatbestand des Sachbesitzerwerbes II S. 529 fg.

[5a] Zu dem entgegengesetzten Resultat führt die I § 75 [1a] bezeichnete Ansicht. Vgl. im Besonderen Bähr Jahrb. f. Dogm. XIV S. 419 fg. — Ebensowenig kommt ein Vertrag zu Stande auf das wirklich Gewollte. Sf. XXX. 116.

Digitized by Google

gerechnet hat [6]. Jedoch bedarf dieser letztere Satz folgender näheren Bestimmung: a) der Erklärende haftet nicht, wenn die mit der Uebermittelung seiner Erklärung beauftragte Mittelsperson dieselbe wissentlich falsch übermittelt [7]; b) der Erklärende haftet nicht, wenn die unrichtige Mittheilung seiner Erklärung die Folge von Umständen ist, welche außer aller Berechnung liegen [8].

---

[6] Denn wer zum Zweck einer Erklärung ein bestimmtes Mittel wählt, eignet sich das Resultat dieses Mittels als seine Erklärung an. Man merke wohl: er eignet sich das Resultat dieses Mittels als seine Erklärung an; nicht als die Erklärung seines Willens. (Dieser Gegensatz ist auch in dem Aufsatz von Fuchs, welcher sonst mit der hier vertheidigten Ansicht auf dem gleichen Boden steht, nicht hinlänglich hervorgehoben, und noch weniger in der Zustimmung, mit welcher Sintenis [II § 96 [18]] den Ausführungen von Fuchs beigetreten ist.) Es liegt also hier vor eine Erklärung, welcher der wirkliche Wille nicht entspricht. Deßwegen ist zwar der Vertrag nichtig, aber nach dem im § 307 [5] bezeichneten Grundsatz eine Entschädigungspflicht des Urhebers der Erklärung begründet. — Ihering macht auch hier den Gesichtspunkt der Verschuldung geltend. Es ist ihm von verschiedenen Seiten, meiner Ansicht nach mit Recht, entgegengehalten worden, daß in der Wahl indirecter Mittheilung statt der directen keine Verschuldung liege, nicht einmal in der Wahl telegraphischer Mittheilung. Für den letzteren Fall hat eine Verschuldung angenommen das Urtheil des Landgerichts zu Köln in dem in Note [5] erwähnten Fall, s. Reyscher a. a. O. S. 465 fg. Freilich stumpft Ihering's culpa sich sehr ab und wird fast zur Veranlassung (S. 111, vgl. auch unten § 315 [7]). Und so geradezu Köppen Jahrb. f. Dogm. XI S. 384 fg.: die culpa liegt in der Veranlassung des Schadens. — Die meisten der in Note [6] genannten Schriftsteller (Reyscher, Busch, Serafini, Mittermaier) wollen eine Entschädigungspflicht des Urhebers der Willenserklärung nicht, oder doch nur für den Fall anerkennen, wo ihm eine Verschuldung wirklich zur Last falle, oder wo der ertheilte Auftrag auf sofortiges Handeln (ohne vorherige Rückerkundigung) gehe, oder wo zwischen dem Auftraggeber und dem Beauftragten ein fortdauerndes Vertragsverhältniß bestehe, vermöge dessen Jener Diesem jeden Schaden bei Vollziehung der ertheilten Aufträge zu ersetzen habe. Bekker glaubt nur für den Fall helfen zu können, wo der abzuschließende Vertrag ein Mandat ist, für diesen aber in der Weise, daß er eine, wie mir scheint, unzulässige Unterscheidung zwischen dem ertheilten Auftrag an sich und seinem Inhalt macht. Ebenso gewährt Mommsen Erörter. II S. 125 fg. einen Entschädigungsanspruch nur „nach den in Betreff des Mandats geltenden Grundsätzen" (vgl. § 307 [5]). Ebenso Dernburg II § 116 [16]. Gegen alle Entschädigungspflicht (abgesehen natürlich vom Fall des dolus) ist auch Burchardi über die Verantwortlichkeit des Schuldners für seine Gehilfen bei der Erfüllung von Obligationen (Kiel 1861) S. 35. 36; gegen die Entschädigungspflicht abgesehen vom Fall wirklicher Verschuldung Hauser ZS. f. HR. XII S. 61 fg., ebenso Hasenöhrl österr. Obligationenr. I § 48 [26]. [[Für die Entschädigungspflicht nach Handelsr. RG. XXVIII S. 16.]]

[7] Der Erklärende eignet sich das Resultat an, welches das gewählte Erklärungsmittel unter dem von ihm gegebenen Impuls liefert. Die wissentlich falsche Uebermittelung des Boten erfolgt nicht auf den Impuls des Auftrag-

Digitized by Google

[Im Recht des ßGß. reicht ebenfalls mündliche Erklärung aus, soweit nicht schriftliche gefordert ist. Ueber Mittelspersonen s. zu I § 73 fg. Die Bemerkungen über die Vollendung der Erklärung durch Absendung des Briefs, Auftrag an den Boten treffen für das Recht des BGB. nicht zu. S. I S. 292 fg. und oben zu § 307 Ziff. 2. 3. Ueber Entstellung der Erklärung durch Vermittler s. I S. 338 fg. bes. S. 340 unter 3.].

3. Der Vertragswille kann gültig auch einem Dritten gegenüber erklärt werden. In der Regel freilich wird die einem Dritten gegenüber abgegebene Erklärung des Inhalts, daß man sich zum Gläubiger oder Schuldner einer andern Person machen wolle, ein bloßes Reden vom Wollen, nicht der Ausdruck eines wirklichen Wollens sein [8a]. Steht es aber fest, daß sie der Ausdruck eines wirklichen Wollens ist, so hat sie die gleiche juristische Bedeutung, wie wenn sie direct an denjenigen, welcher dadurch zum Gläubiger oder Schuldner gemacht werden soll, gerichtet worden wäre [9].

[Im ßGß. ist der Vertragsantrag zweifellos eine empfangsbedürftige Erklärung, er kann wirksam nur demjenigen erklärt werden, mit dem der Vertrag geschlossen werden soll (s. 145). Die Annahmeerklärung ist ebenfalls im allgemeinen empfangsbedürftig; sie ist es nicht in den Fällen der §§ 151. 152; vgl. I S. 293 fg.].

---

gebers. S. auch Mommsen Erörter. II S. 126. A. M. Unger Grünh. ZS. XV S. 684 [24].

[8] Dieser Punkt ist nicht unzweifelhaft; doch scheint mir die aufgestellte Behauptung nicht zu kühn. Indem der Erklärende sich das Resultat des von ihm gewählten Erklärungsmittels aneignet, zieht er nur die regelmäßige Action dieses Mittels und die von derselben unzertrennlichen Störungsmöglichkeiten in Betracht. Hiernach wäre z. B. zu entscheiden, wenn etwa der beauftragte Bote in Geistesstörung verfiele und unter dem Einfluß derselben die ihm aufgetragene Erklärung entstellte. A. M. auch hier Unger a. a. O.

[8a] Schloßmann der Vertrag S. 62 bemerkt gegen das im Texte Gesagte, er bekenne sich für „unfähig", es einer Erklärung anzumerken, ob ihr Urheber wirklich wolle oder nur sage, daß er wolle. Der Verf. widerlegt sich selbst. Denn sofort auf S. 65 sagt er, es erscheine dem natürlichen Rechtsverstand absurd, daß wenn A dem B erzähle, er wolle dem C 1000 geben, er deßhalb zur Zahlung an C verpflichtet sein solle. Hat hier A nicht von seinem Wollen geredet?

[9] Aus den Quellen läßt sich ein Beweis für diesen Satz nicht beibringen. Auch darf man sich für denselben nicht, wie es in früheren Ausgaben dieses Lehrbuches [bis zur 3.] geschehen ist, auf die Zulässigkeit des Vertragsantrags an eine unbestimmte Person berufen; denn daraus, daß der Vertragsantrag an eine nicht individuell vorgestellte Person gerichtet werden kann, folgt nicht, daß er einer Person gegenüber erklärt werden kann, für welche er nicht bestimmt ist. Aber der aufgestellte Satz folgt aus der Natur der Sache. Ein ausgesprochener Willensentschluß ist deßwegen nicht weniger ein ausgesprochener Willensentschluß, weil er nicht demjenigen gegenüber ausgesprochen ist, für welchen dadurch R. und Verbindlichkeiten erzeugt werden sollen. Ein hierher gehöriger Fall bei Sf. X.

Digitized by Google

4. Der Schuldnerwille braucht nicht nothwendigerweise in der Form des Versprechens erklärt zu werden. So liegt namentlich in jeder Entäußerungserklärung die Uebernahme einer Verbindlichkeit [10].

d. Vorvertrag*. Punctation.

§ 310.

1. Dem Vertrage kann ein anderer Vertrag vorhergehen, durch welchen die Verbindlichkeit [a]) zum Abschluß des Hauptvertrages übernommen wird [1]. Ein solcher Vertrag wird passend Vorvertrag ge-

---

47 Nr. 2 (Bürgschaftswillen dem Schuldner gegenüber erklärt); s. aber auch XI. 218. A. M. Hasenbalg Bürgschaft S. 30. Ein anderer Fall bei Kierulff Entscheidungen des OAG. zu Lübeck I S. 627 (Nr. 3). S. ferner Sf. XXVII. 109: Caution für einen Auswanderer, vor der Verwaltungsbehörde erklärt; vgl. Bl. f. RAnw. zun. in Bayern II. Ergänzungsb. S. 184 fg. Gehört auch die Schuldübernahme hierher? S. § 338. Actienzeichnung vor gegründeter Gesellschaft? Regelsberger S. 54 fg. und Citate das. Sf. XVI. 216, XXIV. 56, XXVII. 48. A. M. Dernburg II § 11 [3]. — Regelsberger S. 8. 9 greift in diesen Fällen zu der Annahme, es sei der Dritte zur Ueberbringung der Schuldnererklärung an den Gläubiger ermächtigt. Diese Annahme theilt Unger Jahrb. f. Dogm. X S. 91 [130], jedoch mit dem Unterschied, daß er den Versprechenden dem Dritten sofort gebunden sein läßt, ferner Marsson (§ 306*) S. 24. Ebenso Sf. XXI. 115 und RG. XI S. 248. In den hier entschiedenen Fällen verbindet sich mit der Erklärung des Vertragsantrags an eine Person, für welche er nicht bestimmt ist, der Vertragsantrag an eine unbestimmte Person. Vgl. § 308 [19]. Meiner Ansicht nach kann eine Ermächtigung vorliegen, aber sie kann auch nicht vorliegen. Und wenn sie vorliegt, geht sie dann auf Ueberbringung einer an den Gläubiger gerichteten Schuldnererklärung? Mit solchen Zweifeln und Reservationen ist dem Verkehr schlecht gedient. Ueber die Auffassung von Dernburg II § 9 [4] s. § 308 [19].

[10] Der Verbindlichkeit, zu dem Inhalt der Erklärung zu stehen, die Entäußerung zu realisiren. Vgl. § 321 [10], § 342 [6b], § 365 [18], § 389 [2]. S. ferner § 412a.

✓ * Regelsberger (§ 305*) S. 129—133. Degenkolb der Begriff des Vorvertrages. Akad. Festschrift, Freiburg 1871. Nicht im Buchhandel erschienen. Wieder abgedruckt mit Zusätzen ACPra. LXVII S. 1 fg. (1887.) Göppert kr. VJS. XIV S. 400—428 (1872). Thöl Handelsr. I § 246. Regelsberger in Endemann's Handb. d. Handelsr. II S. 417 fg. Bechmann Kauf II S. 270 fg. [[Adler Realcontract und Vorvertrag Jahrb. f. Dogm. XXXI
✓ S. 190 fg. bes. S. 222 fg.]] [S. auch Fourman das pactum de mutuo
✓ dando. Erl. Diss. 1896. Kellerhoff das pactum de mutuo dando. Erl. Diss. 1896.]

§ 310. [[a] Sonstige Fälle von Verpflichtungen zum Contrahiren vgl. Biermann Jahrb. f. Dogm. XXXII S. 267 fg.].

[1] L 75 D. 18, 1, l. 21 § 5 D. 10, 1, l. 68. l. 122 § 3 D. 45, 1. Andere Beispiele bei Thöl a. a. O. [5].

Digitized by Google

nannt [1a]. Aus dem Vorvertrag entsteht, vorausgesetzt daß der Inhalt des Hauptvertrages genügend festgestellt ist [1b], ein Forderungsrecht auf Abschluß des Hauptvertrages [1c], bez., wenn der Abschluß unmöglich ist, auf Leistung Dessen, was der Berechtigte durch Abschluß des Hauptvertrages gehabt haben würde [2]. Die dem Hauptvertrage eigenthümlichen Erfordernisse seiner Gültigkeit, und im Besonderen das Erforderniß einer etwa gesetzlich vorgeschriebenen Form, gelten für den Vorvertrag dann, wenn das Recht ohne Erfüllung dieser Erfordernisse eine Gebundenheit des Willens überhaupt nicht will, nicht aber in dem Fall, wo es von der Erfüllung derselben eine besondere

---

[1a] Gewöhnlich sagt man: pactum de contrahendo. Den Ausdruck „Vorvertrag" hat Thöl (Handelsr. I § 246 [4]) vorgeschlagen. Allerdings bezeichnet derselbe an und für sich nur einen Vertrag, welcher einem anderen Vertrage vorhergeht, nicht auch, daß der vorhergehende Vertrag gerade auf Abschluß dieses anderen Vertrages gerichtet sei. Aber Freiheiten dieser Art wird man bei der Wahl oder Bildung technischer Ausdrücke nie ganz vermeiden können. — Degenkolb und Göppert wollen den Vorvertrag an eine andere Stelle des Systems verweisen, als die ihm hier in Uebereinstimmung mit der herrschenden Auffassung gegebene, Degenkolb in die Lehre vom Gegenstand der Verträge oder die Lehre vom Gegenstand der obligatorischen Leistungen, Göppert in die letztere Lehre. Beide Schriftsteller berufen sich darauf, daß der Vorvertrag nicht eine Entwickelungsphase des Hauptvertrags, sondern ein für sich bestehender Vertrag sei, Degenkolb auch darauf, daß durch Vertrag nicht bloß die Verpflichtung zum Abschluß eines obligationserzeugenden Vertrages, und Göppert darauf, daß die Verpflichtung zum Abschluß eines obligationserzeugenden Vertrages nicht bloß durch Vertrag begründet werden könne. Alles das ist ohne Zweifel richtig; aber immerhin ist die vorzugsweise wirthschaftliche Bedeutung des Vorvertrages die, daß er Vorbereitung ist zum Abschluß eines obligationserzeugenden Vertrages, und dieser Bedeutung darf jedenfalls für den Lehrvortrag Rechnung getragen werden. Vgl. auch oben § 286 a. E.

[1b] Regelsberger bei Endemann S. 418. Sf. XXXVIII. 12.

[1c] Regelsberger Erört. S. 131, Degenkolb Arch. S. 41—47, 63—92, Göppert S. 410—412, Bechmann S. 271.

[2] Nach r. R. konnte auch bei Möglichkeit des Abschlusses nur auf Leistung des Interesse verurtheilt werden. L. 68 D. 45, 1. „Quodsi ita stipulatus fuero: pecuniam te mihi crediturum spondes? incerta est stipulatio, quia id venit in stipulationem, quod mea interest". Nach heutigem R. wird auf Abschluß des Vertrages verurtheilt, und der Vertrag gilt als abgeschlossen, sobald die Verurtheilung rkräftig geworden ist. CPO. § 779 [894]. Noch weiter geht ohne Grund Thöl a. a. O. S. 784: der Abschluß des Vertrages gelte als geschehen, wenn der zu demselben Verpflichtete trotz des Verlangens des Berechtigten ihn verweigere. Vgl. noch § 370 [18], und insbesondere über den Vorvertrag bei Consensualverträgen Degenkolb Arch. S. 69 fg. Attenhofer ZS. f. Schweiz. R. N. F. VIII S. 347 fg. [Gottschalk Beiträge z. Lehre v. Vorvertrag Erl. Diss. 1895. Schmitz über den Vorvertrag bei Consensualcontracten. Erl. Diss. 1895.] Sf. XLV. 79.

Digitized by Google

Gestaltung des obligatorischen Verhältnisses abhängig macht [3]. — Uebrigens kann eine Verpflichtung zum Abschluß eines Vertrages nicht bloß durch Vertrag, sondern auch durch letztwillige oder richterliche Verfügung, sowie durch gesetzliche Regel begründet werden [3a].

[1. Das BGB. hat keine allgemeinen Sätze über den Vorvertrag. Daß ein solcher Vertrag möglich ist, sofern nicht besondere Gründe entgegenstehen, ist unzweifelhaft; ebenso unzweifelhaft ist, daß auch in einem solchen Vertrage die Leistung (der abzuschließende Vertrag) hinlänglich bestimmt sein muß, damit der Vertrag gültig sein könne. Statt des Abschlusses des Hauptvertrages kann Schadensersatz in allen Fällen verlangt werden, in welchen überhaupt wegen Nichterfüllung eines Vertrages Schadensersatz verlangt werden kann.

2. Ob die gesetzliche Form des Hauptvertrages beim Vorvertrage zu beobachten ist, ist eine von Fall zu Fall zu beantwortende Auslegungsfrage. Die obligatorischen Verträge, durch welche sich Jemand zur Uebertragung des Eigenthums oder zur dinglichen Belastung einer Sache verpflichtet, haben nicht die Formen der dinglichen Verträge; die Verpflichtung zur Uebertragung des Eigenthums an einem Grundstück bedarf der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung (313); ebenso die Verpflichtung zur Uebertragung des gegenwärtigen Vermögens oder eines Bruchtheiles desselben oder zur Belastung der gleichen Gegenstände mit einem Nießbrauch (310). Würde sich Jemand verpflichten, einen derartigen Vertrag zu schließen, so wäre seine Lage praktisch die gleiche, als hätte er ihn schon geschlossen, und unzweifelhaft bedarf ein solcher Vorvertrag derselben Form wie der Hauptvertrag. Ebenso ist anzunehmen, daß ein Vertrag mit dem Gläubiger, sich verbürgen zu wollen, ebenso der Schriftform bedarf wie die Bürgschaft selbst (766). Dagegen ist der Auftrag, gerichtet auf Verbürgung für eine Schuld des Auftraggebers, formlos (662).

4. Ein Vermächtniß oder eine letztwillige Auflage können auch nach BGB. auf Abschluß eines Vertrages durch den Belasteten gerichtet sein; allenfalls kann auch die Begründung einer Verpflichtung zum Abschluß eines Vertrages durch richterliche Verfügung vorkommen (CPO. 938 Abs. 2). Eine gesetzliche Verpflichtung dieser Art liegt z. B. vor, wenn ein Schuldverhältniß, dessen Aufhebung eine ungerechtfertigte Bereicherung darstellt, nach §§ 812 fg. wieder herzustellen ist.

Die Verurtheilung zum Abschluß eines Vertrages, sei es auf Grund einer vertragsmäßigen oder einer gesetzlichen Verpflichtung dazu, vollstreckt sich selbst gemäß CPO. 894 Abs. 1, und zwar auch dann, wenn die von dem Verurtheilten

---

[3] So ist z. B. gültig das pactum de cambiando. Hat particularrlich eine gesetzliche Form die Bedeutung, daß durch sie nicht die Gültigkeit, sondern nur die Klagbarkeit oder die Beweisbarkeit des Vertrages bedingt sein soll (s. § 312 [8—10]), so ist ohne Form auch der Vorvertrag nicht klagbar oder nicht beweisbar. Ueber die verschiedenen Auffassungen s. Thöl S. 782, Arndts kr. VJS. V S. 166. 167, Regelsberger Erörter. S. 138—145. Endemann's Handb. S. 418, Degenkolb S. 34—41. 79, Göppert S. 413—416, Sf. XXXVIII. 103, RG. XIV S. 93, XVI S. 155. [[Adler S. 222 fg.]].

[3a] L. 49 § 8. 9. l. 66. l. 108 § 15 D. 30, l. 11 § 15. l. 30 § 3 D. 32. S. ferner § 388 [2]. Göppert S. 408.

Digitized by Google

abzugebende Vertragserklärung eine formelle ist. Vgl. Kipp Verurtheilung zu Willenserklärungen und zu Rechtshandlungen (Kieler Festg. f. Ihering 1892) S. 74 fg.]

Unter Punctation[4] wird verstanden eine schriftliche Beurkundung, welche die Parteien, ehe sie den Vertrag vollenden oder als vollendet ansehen, über die bis dahin erzielte Einigung aufnehmen. Eine solche Punctation kann möglicherweise bloß zur Notiz, als Anhaltspunkt für das Gedächtniß, gemacht werden, ohne daß die Parteien irgendwie gebunden sein wollen. Dann hat sie gar keinen juristischen Werth[5]. Sie kann aber auch in bindender Absicht gemacht werden. a. Die Parteien sind über die Hauptpunkte des Vertrages einig geworden; aber über Nebenpunkte bleibt künftige Vereinbarung vorbehalten. Dann kann Vollziehung des Vertrages gefordert werden, und wenn über die Nebenpunkte keine Vereinbarung zu Stande kommt, entscheidet in Betreff ihrer die gesetzliche Regel[6]. b. Die Parteien sind über alle Punkte einig geworden; aber es soll noch eine besondere Form hinzukommen. Dann liegt entweder ein Vorvertrag vor, oder was die Parteien Punctation nennen, ist in Wirklichkeit der Vertrag selbst. Ist das Letztere der Fall, so ist zu unterscheiden, ob die Form eine für die Gültigkeit des Vertrages gesetzlich vorgeschriebene, oder ob sie eine gewillkürte ist. Im ersten Fall ist die Punctation unverbindlich[7], im zweiten Fall kann aus derselben Vollziehung der Form, aber auch ohne dieselbe sofort Erfüllung gefordert werden[8]. Ist die Punctation Vorvertrag, so kann aus derselben Vollziehung der Form nach der zu Note 3 gemachten Unterscheidung gefordert werden. — Aus dem Gesagten geht hervor, daß der Begriff der Punctation wegen seiner Vielgestaltigkeit juristisch unbrauchbar ist[9].

---

[4] Thöl Handelsr. I § 247, Sintenis II S. 249. 250, Regelsberger Erörter. S. 136 fg. Endemann's Handb. S. 421 fg., Stobbe III S. 135 [3. Aufl. (Lehmann) S. 156 fg.].

[5] Auf Vertragsverhandlungen, welche noch zu keiner Bindung geführt haben, geht der Ausdruck „Tractate".

[6] Thöl a. a. O. S. 785, Sintenis a. a. O. [16], Regelsberger bei Endemann S. 417.

[7] Vgl. Degenkolb S. 45 fg., Göppert S. 407 fg., Regelsberger a. a. O. S. 422.

[8] Vgl. § 312 a. E. — Ueber den Fall der Abweichung zwischen Punctation und Hauptvertrag s. Sf. X. 242. Vgl. Bähr Urtheile des Reichsger. S. 103 fg.

[9] Vgl. Degenkolb S. 48.

Digitized by Google

[1. Nach BGB. ist ein Vertrag, solange nicht die Parteien über alle Punkte sich geeinigt haben, über die nach der Erklärung auch nur einer Partei eine Vereinbarung getroffen werden sollte, im Zweifel nicht geschlossen (154 Abs. 1 S. 1). Die Möglichkeit besteht danach, daß er als geschlossen anzusehen ist; dieß ist aber nur dann der Fall, wenn erkennbar der Wille der Parteien darauf gerichtet ist, und nur in diesem Falle kann man nach BGB. sagen, daß, falls eine Einigung über die offen gelassenen Punkte nicht erfolgt, in Ansehung ihrer die gesetzliche Regel gilt.

2. Auch eine schriftliche Aufzeichnung über die Verständigung in Betreff einzelner Punkte ist nicht bindend (154 Abs. 1 S. 2). Eine Verständigung über die Hauptpunkte kann aber möglicher Weise nach dem zu 1 Bemerkten den Vertragsschluß selbst darstellen.

3. Ist eine Beurkundung des beabsichtigten Vertrages verabredet worden, so ist im Zweifel der Vertrag nicht geschlossen, bis die Beurkundung erfolgt ist, auch wenn über den Inhalt des Vertrages eine vollständige Einigung erzielt ist. (154 Abs. 2.) Auch hier also besteht die Möglichkeit, daß der Vertrag, dem erkennbaren Parteiwillen zufolge, schon vorher als geschlossen anzusehen ist, und es kann dann die vereinbarte Beurkundung verlangt werden, der Inhalt des Vertrages gilt aber auch ohne die Beurkundung. a) War der Vertrag vor der Beurkundung nicht geschlossen, so ist die Urkunde nothwendig die Trägerin der Vertragserklärungen; es liegt ein schriftlich geschlossener Vertrag vor, und dieser Vertrag kann aus den gewöhnlichen Gründen nichtig oder anfechtbar sein, die Anfechtung möglicher Weise also auch auf Irrthum einer Partei über den Inhalt des schriftlichen Vertrages gestützt werden, wenn die Partei irrig die Uebereinstimmung dieses Inhalts mit den mündlichen Vereinbarungen angenommen hat. b) War der Vertrag schon vor der Beurkundung als geschlossen anzusehen, so kann α) die Beurkundung im Sinne des Beweises des mündlich geschlossenen Vertrages vereinbart sein. Weicht sie dann von dem Inhalt dieses Vertrages ab, so unterliegt sie dem einfachen Gegenbeweis. β) Es kann aber auch die Vereinbarung der Beurkundung den Sinn haben, daß der Vertrag in schriftlicher Form wiederholt werden sollte. In diesem Falle ist die Urkunde wiederum Trägerin der Vertragserklärungen, und es gilt das oben für diesen Fall Bemerkte. Aber der Vertrag wird hier in Erfüllung einer eingegangenen Verbindlichkeit geschlossen; es kann also, wenn der schriftliche Vertrag irrthümlich von der mündlichen Vereinbarung abweicht, auch eine Klage auf Aufhebung desselben gemäß §§ 812 fg. in Frage kommen.

4. Nach § 125 S. 2 BGB. kann durch Rechtsgeschäft für ein anderes Rechtsgeschäft eine Form mit der Wirkung bestimmt werden, daß im Zweifel das zweite Rechtsgeschäft nichtig ist, wenn ihm die bestimmte Form fehlt; es kann also auch durch einen Vertrag für einen zweiten Vertrag solche Bestimmung getroffen werden. a) Dabei ist es möglich, daß eine Verpflichtung zum Abschluß des zweiten Vertrages nicht übernommen, sondern nur festgesetzt wird, wenn der Vertrag geschlossen werde, solle er in der vereinbarten Form geschlossen werden, woraus dann das Gesetz folgert, daß er im Zweifel nicht ohne diese Form gültig ist. Dieß ist das Ergebniß, welches im Zweifel eintritt, wenn die Beurkundung eines Vertrages vereinbart ist (ob. 3). b) Es ist aber auch möglich, daß eine Verpflichtung

Digitized by Google

zum Abschluß des Vertrages in der vereinbarten Form eingegangen wird; dann liegt ein Vorvertrag auf Abschluß des Hauptvertrages in der vereinbarten Form vor. Das Verhältniß zu § 154 Abs. 2 ist dann Folgendes: Wenn bei Verabredung der Beurkundung eines Vertrages der Vertrag schon als geschlossen anzusehen ist und die Beurkundung nur im Sinne des Beweises erfolgen sollte, so ist der Fall von dem des Vorvertrages deutlich verschieden; wenn aber die Beurkundung in dem Sinne verabredet war, daß der Vertrag schriftlich wiederholt werden sollte, so steht dieß dem Falle des Vorvertrages auf schriftlichen Abschluß des Hauptvertrages sehr nahe, es waltet nur folgender Unterschied ob. Bei einem Vertrage mit Vereinbarung schriftlicher Wiederholung ist der Inhalt des Vertrages für die Parteien unmittelbar verpflichtend, und es kann sowohl auf Erfüllung desselben geklagt werden, wie auf die schriftliche Wiederholung des Vertrages; bei einem Vorvertrag auf schriftlichen Hauptvertrag dagegen kann nur auf Abschließung des Hauptvertrages geklagt werden; denn der Inhalt des Hauptvertrages selbst soll für die Parteien erst mit dessen Abschluß verpflichtend werden.

5. Die Parteien können durch neue Vereinbarung die Formvorschrift, welche sie sich gesetzt haben, beseitigen. Dieß gilt sowohl, wenn ein formeller Vertrag nur in Aussicht genommen war, wie im Falle des Vorvertrages und im Falle der vereinbarten formellen Wiederholung des bereits geschlossenen Vertrages. In dem letzteren Falle fährt der Erstvertrag fort, zu gelten, wenn die Vereinbarung der Wiederholung aufgehoben wird. Im Falle des Vorvertrages wie in dem des bloß in Aussicht genommenen Vertrages kann der Vertrag nach Aufhebung der Formvorschrift formlos gültig geschlossen werden. Schließen ihn die Parteien formlos in der erkennbaren Absicht, daß er damit gültig sein solle, so haben sie wenigstens möglicher Weise die vereinbarte Formvorschrift stillschweigend aufgehoben, und das genügt. Hiermit stimmt im allgemeinen Planck zu § 125 Anm. 2 überein. Grundsätzlich abweichender Ansicht ist derselbe aber für den Fall, daß die Parteien die Aufhebung der Formbestimmung selbst von einer Form abhängig gemacht haben. Allein es ist nicht berechtigt, hier eine Ausnahme zu machen. Denn die Parteien können formlos eben die Bestimmung aufheben, daß die Aufhebung von etwas Anderem einer Form bedürfen sollte.

6. Zu § 155 BGB. vgl. I S. 341 unter 7.]

e. Erfordernisse der Gültigkeit des Vertrages.

α. Ueberhaupt.

§ 311.

Damit ein gültiger Vertrag vorliege, ist erforderlich: 1) daß zwei (oder mehrere) Willenserklärungen in diejenige Beziehung zu einander getreten seien, welche durch den Begriff des Vertrages gefordert wird; 2) daß jede dieser Willenserklärnngen für sich betrachtet gültig sei. — Der erste Punkt ist bereits im Vorhergehenden (§ 305 fg.) erörtert worden. Nur eine Consequenz des daselbst Gesagten ist, daß beide Willenserklärungen auf Dasselbe gerichtet sein müssen. Wird

Digitized by Google

daher die Annahme der gegnerischen Willenserklärung auf etwas Anderes gerichtet, als ihren wirklichen Inhalt, indem der Annehmende sich von ihrem Inhalt eine irrige Vorstellung macht, so ist die erklärte Annahme nur eine scheinbare, keine wirkliche. Jedoch schadet dabei eine Differenz in einem unwesentlichen Punkte nicht (I § 77). — Ueber die Gültigkeit der in dem Vertrage vereinigten Willenserklärungen, jede für sich betrachtet, entscheiden zunächst die allgemeinen Grundsätze von den Rechtsgeschäften (I § 70 fg.). Von denselben ist hier hervorzuheben der Satz, daß die Willenserklärung auch dann ungültig ist, wenn sie dem wirklichen Willen in einem wesentlichen Punkt nicht entspricht. Dieser Satz wird hier deßwegen besonders hervorgehoben, um an diesem Orte noch einmal auszusprechen, was oben (I § 76 Note 1 d) nur im Vorbeigehen gesagt worden ist, daß, wenngleich in Folge einer Differenz zwischen der Erklärung und dem wirklichen Willen der Vertrag nichtig ist, doch der Erklärende dem anderen Theil auf Ersatz des Nachtheils haftet, welcher demselben aus dem berechtigten Vertrauen auf das Zustandekommen des Vertrages erwachsen ist[1]. — Näher ist hier zu handeln von den Voraussetzungen der Gültigkeit der obligatorischen Willenserklärung mit Rücksicht: a) auf ihre Form (§ 312); b) auf ihren Inhalt (§ 314 fg.); c) mit Rücksicht auf die Frage, ob zur obligatorischen Willenserklärung der Wille eines Andern benützt werden kann (§ 313).

β. Form des Vertrages.

§ 312.

Das römische Recht stellt die Regel auf, daß der obligatorische Vertrag, um ein Forderungsrecht zu erzeugen[1], der Form der Sti-

---

§ 311. [1] Nach dem in § 307 [5] entwickelten Grundsatz. Vgl. Jhering Jahrb. f. Dogm. IV S. 73 fg., Goldschmidt Handelsr. I § 62 [11.—12]. § 63 [27], Regelsberger in Endemann's Handb. des Handelsr. II S. 412 fg., Eisele Jahrb. für Dogm. XXV S. 472 fg., Unger Jahrb. für Dogm. XV S. 678 fg. A. M. Hesse ACPra. LXI S. 271 fg., Mommsen Erörterungen II S. 99 fg. (welcher auch hier, wie im Falle des Widerrufs des Vertragsantrags [§ 307 [5]] eine Entschädigungspflicht, abgesehen von dolus und lata culpa, nur nach den Grundsätzen des Mandats annimmt). [Bolze ACPra. LXXVI S. 233 fg. Vgl. auch Lilie Schadensersatz bei unwirksamen Verträgen nach dem BGB. Erl. Diss. 1898. Greven das negative Vertragsinteresse nach gemeinem R. unter Berücksichtigung der Bestimmungen des BGB. Erl. Diss. 1898.] Ueber die weiter gehende Ansicht, welche durch die Erklärung, auch wenn sie dem wirklichen Willen nicht entspricht, den Vertrag zu Stande kommen läßt, s. I § 75 [1a].

Digitized by Google

pulation[2] bedürfe. Von dieser Regel läßt es aber Ausnahmen zu, sei es daß es der Einigung der Parteien als solcher[3], sei es daß es der Einigung der Parteien in ihrer Anknüpfung an eine von dem Gläubiger dem Schuldner gemachte Leistung[4] bindende Kraft zuschreibt.

---

[1] Ueber die Frage, ob ohne Wahrung der Form auch keine naturalis obligatio entstand, s. § 289 [1]. § 312.

[2] Das Charakteristische der Stipulation bestand darin, daß sie 1) durch mündliche Rede unter Gegenwärtigen, 2) durch Frage und Antwort abgeschlossen wurde. Uebrigens ist die Form der Stipulation im neuesten r. R. ungemein abgeschwächt. Zwar ist es nicht sicher, daß durch die bekannte Constitution von Kaiser Leo vom Jahre 469 (l. 10 C. 8, 37 [38]) die Nothwendigkeit von Frage und Antwort aufgehoben worden sei, obgleich die Worte des Gesetzes kaum anders verstanden werden können, vgl. auch § 1 I. 3, 15. Aber jedenfalls stand es schon früher fest, daß die Stipulation durch eine sie bezeugende Schrift ersetzt werden könne (Paul. sentent. V, 7 § 2, § 17 I. 3, 19, § 8 I. 3, 20, l. 30. l. 134 § 2 D. 45, 1, l. 57 D. 24, 1). Justinian hat ausdrücklich bestimmt, daß gegen eine solche Schrift kein anderer Gegenbeweis zulässig sei, als der Beweis der Abwesenheit von dem Orte des Datums (l. 14 § 2 C. 8, 37 [38]); daß der Gegenbeweis nicht darauf gerichtet werden könne, daß die mündliche Verhandlung zwischen den Parteien nicht in der nöthigen Form stattgefunden habe, scheint nie bestritten gewesen zu sein. Gneist formelle Verträge S. 243—265, Keller S. 434—436. — Ueber die Versuche, welche man gemacht hat, für das spätere r. R. auch einen Vertrag durch Schrift nachzuweisen (s. g. neuer römischer Literalvertrag), s. namentlich Cropp in Heise und Cropp Abhandl. I Nr. 18, Bähr Anerkennung § 36. 37 und Jahrb. für Dogm. II S. 339—342, Huschke Darlehn S. 125 fg., Brinz 2. Aufl. II S. 567 fg.; dagegen Sintenis in Sell's Jahrbüchern I S. 268—272, Gneist formelle Verträge S. 321 fg., Arndts kr. Uebersch. IV S. 230—235, Schlesinger zur Lehre von den Formalcontracten S. 67 fg., Spaltenstein das specifisch juristische Geschäft S. 117 fg. [[Mitteis Reichsr. u. Volksr. S. 492 fg.]] Ueber die ebenfalls hierher gehörige Schrift von Einert: über das Wesen und die Form des Literalcontractes, wie dieser zur Zeit der Justinianischen Gesetzgebung ausgebildet gewesen (1852) s. die Recension von Fick Heidelb. kr. Zeitschr. I S. 479 fg. Vgl. noch Brunner zur Rgesch. der römischen und germanischen Urkunde I S. 63. 65.

[3] Contractus qui consensu fiunt, s. g. Consensualverträge; s. g. pacta praetoria und pacta legitima.

[4] Contractus qui re fiunt, s. g. Realverträge. Der Begriff des Realvertrages ist näher so zu denken: der Gläubiger leistet unter der Auferlegung einer Verpflichtung, der Schuldner nimmt die Leistung, wie sie ihm gemacht worden ist und damit die Auflage der Verpflichtung an. Daß die in dieser Weise zu Stande gekommene Einigung der Parteien auch ohne Stipulationsform verbindlich sei, war zuerst nur für vier Verträge anerkannt (mutuum, commodatum, depositum, pignus); die Anerkennung der allgemeinen Regel gehört einer späteren Zeit an (vgl. [5]). Jene vier Verträge pflegt man heutzutage benannte Realverträge, alle anderen Verträge, welche sich an eine von dem Gläubiger dem Schuldner gemachte Leistung anlehnen, unbenannte Realverträge (Innominat-Realcontracte) zu nennen. Contractus fiduciae als Realvertrag: Geib

Digitized by Google

Die römische Regel ist in Deutschland nicht zur Geltung gelangt. Nach einem unbestrittenen Gewohnheitsrecht gilt heutzutage die umgekehrte Regel, daß die irgendwie erklärte Einigung der Parteien ein Forderungsrecht erzeugt[5]. — Von dieser Regel gibt es Ausnahmen, jedoch sind sie nicht zahlreich[6]. Wo ausnahmsweise für einen

---

Sav.-ZS. VIII S. 112 fg. [Realverbalcontract? Wendt Jahrb. f. Dogm. XXVIII S. 1 fg.; dagegen Pernice Sav.-ZS. XIII S. 246 fg., Erwiderung von Wendt Jahrb. f. Dogm. XXXII S. 124 fg.]

[5] Vgl. zu dem bisher in diesem § Gesagten: v. d. Pfordten Abhandlungen Nr. 3, Savigny Obl. II § 72—78, Schlesinger Formalcontracte S. 96—98. Ueber das Alter der Klagbarkeit der Consensual- und (benannten) Realverträge vgl. u. A. (fernere Citate bei Wlassak Negotiorum gestio S. 36 [5]) Demelius ZS. für Rgesch. II S. 177 fg. (1863), Leist Mancipation und Eigenthumstradition S. 94 fg., Dernburg Compensation 2. Ausg. S. 48 fg., 597 fg., Voigt ius naturale ꝛc. III S. 206 fg. 309 fg. 843 fg. 967 fg. IV S. 464 fg., Ubbelohde zur Geschichte der benannten Realcontracte auf Rückgabe derselben Species (Marburg und Leipzig 1870), Bekker Aktionen I S. 145 fg. 148 fg. 306 fg. 311 fg., Karlowa Legisactionenproceß S. 127 fg., Bechmann Kauf I S. 436 fg., Mommsen Sav.-ZS. VI S. 260 fg., Burckhardt zur Geschichte der locatio conductio (1889); über das Alter der Klagbarkeit der unbenannten Realverträge (actio praescriptis verbis) Voigt condictiones ob causam S. 462 fg. und a. a. O. III S. 971 fg. Die Entwickelung des modernen Gewohnheitsr. verfolgt L. Seuffert zur Geschichte der obligatorischen Verträge. Nördlingen 1881. Dazu Stintzing kr. VJS. XXIII S. 489 fg. (wesentlicher Inhalt S. 509), Hofmann Grünh. ZS. X S. 131 fg. S. auch Karsten die Lehre vom Vertrage bei den italienischen Juristen des Mittelalters (1882) und dazu Böhlau kr. VJS. XXV S. 337 fg. namentl. 365. — Darf man, weil heutzutage die römische Regel nicht mehr gilt, sagen, wie häufig geschieht, daß es heutzutage keine Realverträge mehr gebe? Nichts kann unrichtiger sein. Es gibt heutzutage keine Verträge mehr, bei welchen eine Leistung des Gläubigers an den Schuldner aus formellen Gründen nothwendig wäre; aber es gibt wohl Verträge, welche dadurch zu Stande kommen, daß unter der Auflage einer Verpflichtung gegeben (im weiteren Sinn) und mit dieser Auflage genommen wird, Verträge, bei denen die Parteien eine Verpflichtung erst durch Geben und Nehmen begründen wollen. Vgl. über diese Frage v. d. Pfordten a. a. O. S. 296 fg., Brinz kr. Bl. S. 18 fg. und Pand. S. 370 fg. 410 fg. 443 fg. 2. Aufl. II S. 138, Demelius Jahrb. f. Dogm. III S. 399 fg., Unger das. VIII S. 1 fg., Bruns in v. Holtz. Encycl. § 56, Köppen Jahrb. f. Dogm. XI S. 352, Thöl Handelsr. I § 246, IV, Stobbe III S. 69 fg. [3. Aufl. (Lehmann) S. 121], Hasenöhrl österr. Privatr. I S. 330 fg., Eisele ZS. f. Schweiz. R. III S. 1 fg., Dernburg II S. 21, Bekker II S. 98 fg.; auch in diesem Lehrbuch § 321 [10], § 371 [6], § 377 [3], § 383 [7], § 384 [1]. [[Adler (§ 310 *); eigene Ansicht S. 202 fg.]]

[6] So ist z. B. für den Schenkungsvertrag über einen Werth von mehr als 500 Dukaten gerichtliche Protokollirung, für den Vergleich über letztwillig hinterlassene Alimente gerichtliche Bestätigung vorgeschrieben. Die Vorschrift des R. A. v. 1551 § 79, nach welcher eine jede „Verschreibung oder Obligation" zu Gunsten eines Juden nichtig sein soll ohne gerichtlichen Abschluß (vgl.

Digitized by Google

Vertrag eine bestimmte Form vorgeschrieben ist, ist derselbe nichtig, wenn die Form nicht gewahrt ist[7]. Formen, wie sie in neueren Gesetzbüchern[8] vorkommen, welche nicht die Gültigkeit, sondern nur die Klagbarkeit[9] oder nur die Beweisbarkeit[10] des Vertrages bedingen, kennt das gemeine deutsche Recht nicht.

[Fälle von Formvorschriften des BGB. für Verpflichtungsverträge vgl.: 311. 312 Abs. 2. 313. 518. 566. 581 Abs. 2. 761. 766. 780. 781. Der Mangel der Form hat im Allgemeinen Nichtigkeit zur Folge (125). In den Fällen der §§ 561. 581 Abs. 2 ist der formlose Vertrag jedoch nicht ganz nichtig, sondern wird nur dem Zeitmaß nach in seiner Wirkung vom Recht beschränkt. In einigen Fällen wird der Mangel der Form durch Erfüllung geheilt (313. 518 Abs. 2; vgl. ob. S. 176).]

Es kann auch, wo gesetzlich eine Form nicht vorgeschrieben ist, eine solche von den vertragschließenden Parteien verabredet werden. Dieß kann in verschiedenem Sinne geschehen. a) Die Form soll zu dem vollendeten Vertrag als Beweismittel hinzukommen. Dann kann Vollziehung der Form, aber auch ohne dieselbe Erfüllung des Vertrages gefordert werden[10a]. b) Es liegt ein Vorvertrag vor auf Abschluß des Vertrages in der bezeichneten Form. Dann kann dieser Abschluß gefordert werden. Möglicherweise kann aber auch c) die Absicht der Parteien die sein, daß vor Vollziehung der Form noch gar keine Gebundenheit stattfinden solle. Dann kann vor Vollziehung der Form jede Partei zurücktreten, verliert jedoch das gegebene Handgeld bezw. den Werth des empfangenen[11]. Ist die verabredete Form die

---

Beseler 3. Aufl. § 64 Nr. I, Stobbe I § 46, VIII, Sf. I. 36, X. 27) ist gegenwärtig durch die Gesetzgebung des neuen deutschen Reiches beseitigt. Vgl. I § 55 [2-3].

[7] Vgl. Stobbe III § 173, III. IV [3. Aufl. (Lehmann) § 217, III. IV], Thöl Handelsr. I § 241.

[8] Vgl. Arndts in Ulrich's Arch. f. preuß. Recht I S. 132 fg., Dernburg Preuß. Privatr., I § 98, Regelsberger S. 144—145, Stobbe a. a. O. Nr. VI. VII.

[9] A. L. R. I 5 § 131. 155. 156. Stobbe a. a. O. Nr. VI, Thöl Handelsr. I § 242.

[10] Code civil art. 1341 s.

[10a] Degenkolb ACPra. LXXI S. 161 fg.: in der Vollziehung der Form liegt immer, auch wenn der Vertrag vollendet ist, der Abschluß eines neuen Vertrages. Vgl. dazu Bekker Pand. II S. 84. [Gegen Degenkolb: Paul Meyer Vertragsvollziehung oder Vertragsreproduction ACPra. LXXXVII S. 77 fg. (die Vertragsvollziehung ist in erster Linie Beweismittel; nur soweit sie Abweichungen gegenüber dem mündlichen Vertrage aufnimmt, erhöht sich damit ihre Bedeutung zu derjenigen einer Dispositivurkunde [S. 90]).]

Digitized by Google

schriftliche, so tritt Gebundenheit nicht eher ein, bis die Urkunde vollendet ist[12]. [13].

[Ueber BGB. vgl. ob. zu § 310 a. E. unter 3. 4. 5. Verlust der Daraufgabe in dem bei [11] bezeichneten Falle tritt nach BGB. nicht ein.]

γ. Vertrag durch den Willen eines Andern.*

§ 313.

Daß der Vertragswille, wo die für die Erklärung vorgeschriebene Form kein Hinderniß in den Weg legt, auch durch das Organ eines

---

[11] L. 17 i. f. C. 4, 21, pr. I. 3, 23. Vgl. Bruns Syrisch-römisches Rbuch S. 216 fg.

[12] Ueber das, was zur Vollendung der Urkunde gehört, hat Justinian (l. 17 C. 4, 21 pr. I. 3, 23) Folgendes bestimmt: Unterschrift der Urkunde ist nur dann erforderlich, wenn sie nicht von der Hand des Ausstellers geschrieben ist; wird sie von einem tabellio geschrieben, so ist außer der Unterschrift der Partei Vollziehung durch den tabellio (completio) und Aushändigung an denjenigen, für den die Urkunde bestimmt ist (absolutio), erforderlich. Dieß ist das Resultat der maßgebenden Untersuchungen von Brunner, zur Rgesch. der römischen und germanischen Urkunde I S. 57 fg. 67 fg. Praktische Bedeutung kann demselben natürlich nicht beigelegt werden. Die heutige Verkehrssitte verlangt zur Vollendung der Urkunde die Unterschrift des Ausstellers ebenso bestimmt, wie die römische Verkehrssitte sie nicht verlangte, und was zur Vollendung einer Notariatsurkunde gehört, bestimmt sich nach der Notariatsordnung und nach Landesr. Unterschrift der Contrahenten, wie gewöhnlich gelehrt wird, ist übrigens nicht erforderlich, sondern nur Unterschrift desjenigen, der durch die Urkunde gebunden werden soll. Vgl. in dieser Beziehung noch Brunner a. a. O. S. 59. — Eine nicht zu billigende Meinung findet in l. 17 cit. noch einen andern Inhalt. Sie soll besagen, daß in allen Fällen der Verabredung einer Schrift, also auch bei perfectem Vertrage, jeder Contrahent zurücktreten könne. Eine Mittelmeinung nimmt an, das Gesetz verfüge wenigstens für den Zweifelsfall Freiheit des Rücktritts. Meiner Meinung nach ist auch dieser letzte Gedanke in dem Gesetze nicht enthalten; aber freilich, wenn das, was vorliegt, auch die Auslegung zuläßt, daß die Parteien sofortige Gebundenheit nicht gewollt haben, so wird man nach allgemeinen Auslegungsregeln (I § 84 [4. 5]) sofortige Gebundenheit nicht annehmen dürfen. Vgl. die kleine Schrift von Setzer (Abhandlungen aus dem Civilr. I [1860]), Regelsberger S. 145 fg., v. Jagemann die Draufgabe (arrha) S. 89—134 (1873); ferner Glück IV S. 566. XVI S. 29, Savigny Oblig.-R. S. 243, Puchta § 251 [a. f.], Arndts § 232 [3], Sintenis S. 243. 244, Keller S. 436. 437, Unger II § 86 [16], Thöl Handelsr. I § 243, Bechmann Kauf II S. 419 fg., Dernburg II § 10 [2. 3], Bekker II S. 83. Sf. I. 198, VIII. 350, XII. 259, XVI. 102, XXV. 225, XXVII. 108, XXXIII. 295, XXXVI. 19. 258 (RG.). XLV. 241, RG. IV S. 199. Vgl. auch Budde Entscheidungen des OAG. zu Rostock VII Nr. 33. Uranitsch die Formverfügung bei Rgeschäften. Wien 1890. (Oesterr. R. mit Berücksichtigung des r. u. gem. R.

[13] Ueber den Fall, wo neben der von den Parteien vollzogenen Vertragsurkunde abweichende mündliche Beredungen behauptet werden, s. Stobbe a. a. O.

Digitized by Google

Andern erklärt werden kann, ist bereits bemerkt worden (§ 309). Es ist aber die fernere Frage, ob, wie die Erklärung des Vertragswillens, so auch der Vertragswille selbst Vertretung zuläßt, d. h. ob für Jemanden ein Vertrag dadurch zu Stande kommen kann, daß in seinem Namen der Wille eines Andern erklärt wird?[1] Diese Frage ist im Allgemeinen bereits in der Lehre von den Willenserklärungen überhaupt (I § 73) beantwortet worden. Das römische Recht hat sie, wie überhaupt, so auch bei obligatorischen Verträgen, im Principe verneint. Nach römischem Recht bleibt demjenigen, welcher für einen Andern einen Vertrag abschließen will, nichts übrig, als den Vertrag auf seinen eigenen Kopf zu stellen, und durch denselben zunächst sich selbst zu berechtigen und zu verpflichten, und nur indirect wird in der Weise geholfen, daß unter Umständen dem Vertretenen die Befugniß gegeben wird, die von dem Vertragschließenden erworbene Forderung für sich geltend zu machen, und umgekehrt dem Gläubiger die Befugniß, die von dem Vertragsschließenden übernommene Verpflichtung gegen den Vertretenen geltend zu machen[2]. Das römische Recht hat jedoch dieses Princip nicht ausnahmslos durchgeführt. Es hat anerkannt, daß, wenn Jemand auf den Namen eines Andern Etwas mit der Auflage der Rückgabe hingebe, durch die Zustimmung des mit der Auflage Empfangenden ein Vertrag zwischen Diesem und dem Vertretenen zu Stande komme[3]. Im heutigen Recht ist das römische

---

Nr. IX, Thöl II § 244 Nr. II) und Sf. VI. 19, IX. 233, X. 248, XIII. 216, XX. 216. 217. 272, XXI. 33, XXIV. 229, XXV. 14, XXVI. 116; vgl. auch das. III. 30. 154, XV. 13, XVII. 21. 125, XXXI. 214. 215.

* Literaturangaben I § 73 Note *.

[1] Der Verwalter eines fremden Vermögens gibt ein Darlehn im Namen des Principals. Ein Vormund verkauft im Namen des Mündels. Der Verwalter und der Vormund erklären nicht den Willen derjenigen, für welche sie handeln, sondern ihren eigenen Willen; aber sie wollen, daß ihre Willenserklärung als die Willenserklärung der Vertretenen rlich in Betracht kommen solle. — Die aufgeworfene Frage bezeichnet man gewöhnlich als die Frage nach der Zulässigkeit der Stellvertretung bei Verträgen. Vgl. I § 73 [1]. § 313.

[2] Vgl. § 482, und Mühlenbruch Cession § 14, Buchka Stellvertretung § 5—7, Savigny Obl. II § 54. 55, Schmid Grundlehren der Cession I S. 383 fg.

[3] Dieser Satz ist anerkannt für das Darlehn: l. 9 § 8 D. 12, 1. l. 35 § 2 D. 39, 5, l. 126 § 2 D. 45, 1, l. 3 [2] C. 4, 27. Ihering Jahrb. für Dogm. II S. 87—120, vgl. Buchka Stellvertretung S. 81—87, Brinz kr. Bl. II S. 24—32, Savigny Obl. II S. 66—67, Scheurl kr. Uebersch. I S. 328, Ihering Jahrb. f. Dogm. I S. 283—287, Scheurl das. II S. 2, Jacobi das. IV S. 292, Schmid Cession I S. 374 fg., Huschke Darlehn

Digitized by Google

Princip durch Gewohnheitsrecht ganz beseitigt, und es gilt das umgekehrte Princip, daß, wo nicht die Eigenthümlichkeit des Vertrags besondere Hindernisse in den Weg legt, der Vertrag auch durch Vertretung des Willens geschlossen werden kann, in der Weise, daß aus dem Vertrag für den Vertreter gar keine Wirkungen entstehen, für den Vertretenen aber ganz dieselben, als wenn der Vertragsschluß von ihm selbst ausgegangen wäre[4].

S. 31 fg., Schloßmann Grünh. ZS. IX S. 505 fg. Sf. XL. 285. [[Pernice Labeo III S. 222 fg.]] Jhering stellt auch l. 6 C. 5, 16 hierher; mir scheint in dieser Stelle von der Begründung eines Forderungsr. für den Vertretenen nicht die Rede zu sein. L. 1 § 11 D. 16, 3 gehört entschieden nicht hierher; der Vertreter, von welchem dieselbe handelt, erklärt fremden Willen. Vgl. übrigens auch noch Schmid Cession I S. 440. Ueber l. 4 C. 4, 2 s. unten Note [6]. — Das r. R. verlangt nicht, daß das Hingegebene auch im Eigenthum des Vertretenen stehe: es soll genügen, daß es auf seinen Namen gegeben sei. Jhering a. a. O. vermittelt sich dieß durch die Vorstellung, daß kraft einer praesumtio iuris et de iure das Hingegebene als im Eigenthum des Vertretenen stehend, und der Vertreter als das Organ seines Willens angesehen werde. Ich glaube nicht, daß diese Construction zutreffend ist. Wenn Jemand die vermeintliche Schuld eines Andern auf dessen Namen mit eigenem Gelde bezahlt, so erwirbt er demselben zwar die condictio indebiti, aber er erwirbt ihm nicht für den Fall des bösen Glaubens des Empfängers die condictio furtiva; d. h. es wird zwar angenommen, daß die Hingabe aus dem Vermögen des Vertretenen erfolgt sei, aber es wird nicht angenommen, daß der Hingebende in der Hingabe aufgehört habe, Eigenthümer des Hingegebenen zu sein. L. 6 § 3. l. 47. l. 57 pr. D. 12, 6, l. 6 C. 4, 5; l. 18 D. 13, 1, l. 81 [80] § 7 D 47, 2 (zu letzterer Stelle vgl. § 427 [4]). Gegen Jhering auch Schloßmann a. a. O. S. 520—540.

[4] Wie das näher zu denken sei, darüber s. I § 73 [16b]. — Andere glauben, daß auch nach heutigem R. der Vertreter aus dem von ihm abgeschlossenen Vertrag wenigstens formal berechtigt und verpflichtet werde, und daß der Gegensatz zwischen dem heutigen und dem römischen R. nur darin bestehe, daß nach heutigem R. 1) der Contract auch im Ausdruck auf den Namen des Vertretenen gestellt werden könne; 2) daß die für den Vertreter entstandene Berechtigung und Verpflichtung in allen Fällen und ausschließlich Wirkung nur für den Vertretenen, nicht für den Vertreter habe. S. die I § 73 [16] Genannten, jetzt noch Bähr ACPra. LXVII S. 189. Zu dem a. a. O. Bemerkten füge ich Folgendes hinzu. Die bezeichneten Schriftsteller weichen in ihrer Auffassung noch von einander ab. Die meisten geben dem Vertretenen Erfüllungsr. und Erfüllungspflicht aus fremder Obligation: Kuntze läßt für den Vertretenen eine „Zweigobligation" entstehen bei Unwirksamkeit der „Stammobligation" des Vertreters. Kuntze erklärt sich gegen die hier vertheidigte Auffassung hauptsächlich aus praktischen Gründen. Er meint, daß die Fiction, mit welcher dieselbe operirt, nöthig mache, auch die Obligation aus der Person des Vertretenen zu beurtheilen. In gleicher Weise wendet Thöl Handelsr. I. S. 235 ein, daß das Wegdenken des Vertreters als Contrahenten „praktisch nicht durchführbar" sei. S. dagegen das I § 73 [16b] und im darauf Folgenden Bemerkte. Kuntze beruft sich ferner

Digitized by Google

Auch in Betreff der Vertretungsbefugniß gilt hier ganz das Gleiche, was oben für Willenserklärungen überhaupt gesagt worden ist (I § 74)[5]; nur ist hinzuzufügen, daß, wenn Jemand etwas auf den Namen eines Andern mit der Auflage der Rückgabe hingibt, dadurch diesem Andern ein Forderungsrecht auch ohne seinen Willen erworben wird[6]. Ebenso gilt auch hier, daß die mangelnde Ver-

---

darauf, daß Fictionen Nothbehelfe seien, zu denen man nicht greifen solle, wenn noch andere Mittel der juristischen Construction übrig seien. Mir scheint die hier aufgestellte Fiction nicht eine civilistische Construction zu sein, sondern der einfache Ausdruck des Parteiwillens; die Parteien wollen, daß es so gehalten werden solle, als hätte nicht der Handelnde gehandelt, sondern ein Anderer. Daß für den Vertreter zwar kein R. und keine Pflicht, aber doch die Form eines R. und einer Pflicht entstehen solle, wollen sie gewiß nicht. Vgl. noch Unger Jahrb. f. Dogm. X S. 4—14. — Vgl. HGB. Art. 52. „Durch das Rechtsgeschäft, welches ein Procurist oder Handlungsbevollmächtigter gemäß der Procura oder der Vollmacht im Namen des Principals schließt, wird der Letztere dem Dritten gegenüber berechtigt und verpflichtet. Es ist gleichgültig, ob das Geschäft ausdrücklich im Namen des Principals geschlossen worden ist, oder ob die Umstände ergeben, daß es nach dem Willen der Contrahenten für den Prinzipal geschlossen werden sollte. Zwischen dem Procuristen oder Bevollmächtigten und dem Dritten erzeugt das Rechtsgeschäft weder Rechte noch Verbindlichkeiten". Dazu Art. 298. [Art. 52 wie 298 sind gestrichen, weil neben den Bestimmungen des BGB. entbehrlich (Denkschr. S. 54. 192 [Guttentag]).] — Kann der Vertreter nicht wenigstens zur Erfüllung aus dem Vermögen des Vertretenen, insofern er solches in Händen hat, angehalten werden? Antwort: bloß auf Grund davon, daß der Vertrag durch ihn zu Stande gekommen ist, nicht. Thöl Handelsr. I § 75 hinter [44]; Sf. V. 279, VI. 33, XVII. 240, XXX. 141.

[5] Vollmacht des Institor: Thöl Handelsr. I § 63—65 — des Procuristen und Handlungsbevollmächtigten des HGB.: das. Art. 41—51. 53. 54 (Thöl I § 56 fg.). Vgl. Laband ZS. f. HR. X S. 218 fg. [Im neuen HGB. s. §§ 49—58.]

[6] L. 9 § 8 D. 12, 1, l. 35 § 2 D. 39, 5. Der aufgestellte Satz ist zweifellos für den Fall, wo der Hingebende dem Andern schenken will; s. außer l. 35 § 2 cit. noch l. 43 § 1. l. 59 § 2 D. 23, 3, welche letzteren Stellen zwar nicht von einer vertragsmäßigen Obligation handeln, aber doch so viel beweisen, daß Jemand schenkungsweise auch ohne seinen Willen in die rliche Lage gebracht werden kann, als habe er unter einer Voraussetzung hingegeben. Dagegen ist der aufgestellte Satz nicht zweifellos für den Fall, wo der Hingebende demjenigen, auf dessen Namen er hingibt, das Hingegebene in Anrechnung bringen, ihn also mit einer Verpflichtung belasten will. Mit einer Verpflichtung kann er ihn nicht ohne seinen Willen belasten; und läßt sich die Zuwendung von der darauf gelegten Verpflichtung trennen? Doch spricht für den aufgestellten Satz auch in dieser Ausdehnung l. 9 § 8 D. 12, 1; alle beschränkenden Auslegungen, welche man von dem Anfang dieser Stelle, auf welchen es hier ankommt, versucht hat, können dem Vorwurf der Willkürlichkeit nicht entgehen. Für nicht so beweisend halte ich l. 4 C. 4, 2, welche von der condictio sine causa zu verstehen mir nicht unmöglich scheint. Gegen die bezeichnete Ausdehnung spricht, daß die condictio indebiti demjenigen, auf dessen Namen gezahlt wird, wenn

Digitized by Google

tretungsbefugniß durch hinterherige Genehmigung des Vertretenen ersetzt wird. Daß die Genehmigung noch bei Lebzeiten des Vertreters erfolge, ist nicht erforderlich; ebenso wenig schadet eintretende Handlungsunfähigkeit desselben[7]. Bis es sich entscheidet, ob die Genehmigung erfolgt oder nicht, bleibt der andere Contrahent gebunden[8], und kann auch durch den Vertreter, welchem gegenüber er sich gebunden hat, seiner Verpflichtung nicht enthoben werden[9]. Erfolgt die Genehmigung nicht, so ist der Vertreter, insofern er sich zur Beibringung der Genehmigung ausdrücklich oder stillschweigend verpflichtet hat, dem andern Contrahenten zum Ersatz seines Interesse verbunden[10].

[Ueber BGB. s. die Bemerkungen zu I § 73—§ 74a. Wenn in dem Falle der Note [6] von dem Geber vertretungsweise gehandelt wird, so finden die gewöhnlichen Grundsätze der Vertretung Anwendung. Ob anderen Falls ein Vertrag zu Gunsten eines Dritten mit der Wirkung unmittelbaren Rechtserwerbs des Dritten anzunehmen ist, ist Frage der Auslegung (328 Abs. 2). Eine Vermuthung in dieser Richtung stellt das BGB. nicht auf.]

δ. Inhalt des Vertrages.

§ 314.

1. Der Vertrag ist ungültig, wenn er die zu machende Leistung so unbestimmt läßt, daß dadurch alle Gebundenheit des Schuldners ausgeschlossen wird[1]. Dieß ist aber nicht der Fall, wenn die zu machende Leistung nicht der Willkür, sondern dem Ermessen des Schuldners anheimgegeben ist, d. h. einer von demselben zu treffen-

---

der Zahlende ihm die geleistete Zahlung anrechnen will, nicht ohne seinen Willen erworben wird, l. 47 D. 12, 6, l. 18 D. 13, 1, l. 81 [80] § 7 D. 47, 2. Vgl. über die verschiedenen Meinungen Brinz kr. Bl. II S. 24 fg. Pand. 2. Aufl. II § 296 [11]. kr. VJS. XXV S. 191 fg., Jhering Jahrb. f. Dogm. II S. 87 fg., Zimmermann stellvertretende Negotiorum Gestio S. 302 fg. und die von diesen Schriftstellern Citirten, Mandry Familiengüterr. II S. 330 fg., Huschke Darlehn S. 31 fg., Schloßmann Grünh. ZS. IX S. 507 fg. 549 fg. — Brinz kr. Bl. S. 38 ist der Ansicht, daß nach heutigem R. ein Anderer schenkungsweise zum Gläubiger ohne seinen Willen durch jeden Vertrag eines Stellvertreters gemacht werden könne. Ich halte diese Behauptung für zu weit gehend.

[7] L. 24 § 1 D. 46, 8. Vgl. I § 74 [4c]. Daselbst auch über die Frage, ob das R. zur Genehmigung auf die Erben des Vertretenen übergeht.

[8] S. l. 23 [24] D. 3, 5 und I § 74 [4a].

[9] S. I § 74 [4b].

[10] S. I § 74 [7a. 8].

§ 314. [1] S. § 254 [3].

Digitized by Google

den, den vorhandenen Umständen und Verhältnissen angemessenen Entscheidung[2].

[Ueber ZGB. s. § 254 S. 19 fg. unter 2.]

2. Ungültig ist der auf eine unmögliche Leistung gestellte Vertrag. Davon näher in § 315.

3. Ungültig ist der unerlaubte Vertrag[3]. Unerlaubt ist a) der Vertrag, welcher gegen die Sittlichkeit verstößt [I § 81, 2.]. Dieß ist der Fall, wenn der Vertrag auf Hervorrufung oder Beförderung des Verbotenen, oder auf Hinderung des Gebotenen gerichtet ist[4]; ferner wenn durch ihn auf die Freiheit des Entschlusses in Dingen eingewirkt werden soll, in welchen der Mensch sich durch äußere Motive nicht soll bestimmen lassen[5]; endlich kann der Vertrag auch wegen

---

[2] L. 3 C. 5, 11, l. 69 § 4 D. 23, 3. Vgl. l. 24 pr. D. 19, 2, l. 22 § 1 D. 50, 17; auch I § 93 [7]. Vgl. Sf. XX. 111.

[3] L. 26 D. 45, 1. „Generaliter novimus, turpes stipulationes nullius esse momenti". L. 4 C. 8, 38 [39]: — „cum omnia, quae contra bonos mores vel in pactum vel in stipulationem deducuntur, nullius momenti sint". L. 6. l. 30 C. 2, 3. Paul. sentent. III, 4 B § 2. Vgl. I § 94 [9—15]. Ravit ACPra. LVIII S. 42 fg.

[4] L. 27 pr. l. 35 § 1. l. 123 D. 45, 1, l. 6 § 3. l. 22 § 6 D. 17, 1, l. 8 D. 12, 5, l. 5 C. 4, 7, l. 27 § 4 D. 2, 14. Sf. I. 196 (anders XXI. 32); II. 19, XX. 114 (anders I. 195, VI. 167, X. 10, XVIII. 28, XXXIV. 190, XXXV. 200, XXXVIII. 306); IV. 18; V. 118, vgl. XXXVI. 171; VI. 166; VII. 274, VIII. 25, XIII. 126, XIV. 143, XVIII. 126, XIX. 100, XXIV. 245, XXX. 38; VIII. 119 (anders III. 20, X. 146, XVI. 28); XII. 16, XVII. 201, XXXI. 193. 321; XXXIII. 115, XLIII. 10 (RG. XVIII S. 221), XLIII. 102 (vgl. Bl. für RAnw. zun. in Bayern Ergänz.-Bd. zu Bd. 31 und 32 S. 340 fg., Reuling Jahrb. f. Dogm. X S. 358, Stobbe III § 166 [19] a. E. [3. Aufl. (Lehmann) § 212 [23]]; XXXI. 23; XXXI. 217 und Cit. das., XXXII. 310, XXXIV. 105, XXXV. 106. 196, RG. I S. 22. II S. 119 (vgl. Stobbe III § 166 [19] [§ 212 [23]], Kohler Annalen der Großh. Badischen Gerichte 1875 S. 339 fg. [Gesammelte Abhandlungen S. 62 fg.]); RG. XVIII S. 242, Sf. XLV. 86. Vgl. noch III. 20, VII. 18, XII. 274, XIII. 14. 242, XIV. 124, XXXV. 134, XXXVI. 45, XXXVII. 320, XLII. 110. 290, XLIV. 13, XLV. 81. Vgl. Seuff. Pand. § 258 [1]. [[Kohler ABR. V S. 161 fg. „die Ideale im R."]] [Ein nach Zeit und Ort unbeschränktes Versprechen, bei Conventionalstrafe in kein Concurrenzgeschäft einzutreten, ist nichtig: RG. XXXI S. 97 fg. S. auch HGB. § 74. 75. Vertrag mit theilweise unsittlichem Gegenstand (Verkauf eines Hauses nebst Bordellgeschäft für einheitlichen Preis: RG. XXIX S. 106 fg. Ueber mißbräuchliche Bestimmungen (insbesondere Verfallclauseln) in Viehversicherungsverträgen s. Schneider ACPra. LXXXV S. 295 fg.].

[5] L. 71 § 1 D. 35, 1, l. 134 pr. l. 19 D. 45, 1, l. 2 C. 8, 38 [39], l. 97 § 2 D. 45, 1; l. 61 eod., l. 4 C. 8, 38 [39]. Vgl. I § 94 [13], III § 529 [4 a. E.]; III § 564 [4. 5]. Modificirend Ravit a. a. O. S. 64. Vgl. auch Note [3] a. E.

Digitized by Google

der Verwerflichkeit der Gesinnung, welche sich in ihm verräth, ein unsittlicher sein[6]. b) Durch besondere Rechtsvorschriften sind aus Gründen des öffentlichen Wohls noch andere Verträge verboten z. B. der wucherische Vertrag (§ 260), der Spielvertrag (§ 419)[7].

[Vgl. ZGB. 134—138. 309; dazu I § 70 S. 276. § 81 S. 358. 360. § 172a S. 798 fg. II § 260 S. 71. § 315 a. E. BGB. 762 fg.; dazu unt. zu § 419.].

4. Ungültig ist der Vertrag auch dann, wenn das Interesse, welches der Gläubiger an der versprochenen Leistung hat, ohne gerade verwerflich zu sein, doch nach Ermessen des Richters keinen Schutz verdient[8].

[Ueber ZGB. s. oben S. 10 unter 2.]

5. Eine nähere Betrachtung macht noch nothwendig die Frage, ob ein Vertrag gültig auch zu Gunsten oder zu Lasten eines Dritten abgeschlossen werden kann, sowie die fernere Frage, ob der Vertrag zu seiner Gültigkeit der Angabe seines Grundes bedarf. Davon in den §§ 316—319.

---

[6] So namentlich der Vertrag, durch welchen sich Jemand ein gebotenes Verhalten abkaufen läßt, l. 7 § 3 D. 2, 14 (I § 94 [13]); ferner der Vertrag über die Erbschaft eines noch nicht Gestorbenen, l. 30 C. 2, 3 (vgl. l. 2 § 2 D. 28, 6: „improbum esse Iulianus existimat eum, qui sollicitus est de vivi hereditate") [BGB. 312]. S. ferner l. 6. 7 D. 18, 7 (— „viro bono non convenire credere, venditoris interesse, quod animo saevientis satisfactum non fuisset"). Vgl. auch Sf. VIII. 119 (anders III. 20, X. 146, XVI. 28), XVIII. 29, XXII. 215, XXXIII. 213. Abweichend Ravit a. a. O. S. 65.

[7] S. im Allgemeinen l. 6 C. 2, 3, l. un. § 16 C. 5, 13, Paul. sentent. III, 4 B § 2. Ueber hierher gehörige Bestimmungen der Reichsgesetze s. Mandry S. 358 fg. [4. Aufl. (Geib) S. 416 fg.].

[8] Das R. dient nicht Launen und frivolen Gelüsten. Ihering in einem 1878 erstatteten Rgutachten, abgedruckt Jahrb. f. Dogm. XVIII S. 41 fg., will weiter gehen und rlichen Schutz auch versagen der „Geselligkeit" und der „Gefälligkeit". Ich weiß nicht, ob nicht die von Ihering angeführten Fälle hauptsächlich von der Art sind, daß man sagen muß, in denselben hätten die Parteien gar nicht die Absicht gehabt, einen bindenden Vertrag abzuschließen. Freilich erklärt Ihering es auch für ungültig, wenn Jemand sein Erscheinen in einer bestimmten Gesellschaft unter einer Conventionalstrafe versprechen wollte nach dem oben zu Note [5] bezeichneten Gesichtspunkt. Mir scheint Ihering darin zu weit zu gehen. — Wenn von Anderen gelehrt wird, ungültig sei der Vertrag, wenn der Gläubiger an der versprochenen Leistung kein Interesse habe, so ist zu fragen, ob ein vernünftiger Mensch sich etwas wird versprechen lassen, woran er kein Interesse hat. Es wird nur umgekehrt aus dem Mangel des Interesse geschlossen werden dürfen, daß gar nicht die Absicht gewesen ist, einen bindenden Vertrag abzuschließen. Vgl. § 251 [5] und § 316 [3], sowie die das. Citirten, dazu noch Cohnfeldt Lehre vom Interesse S. 73 fg.

Digitized by Google

Vertrag auf eine unmögliche Leistung*.

§ 315.

Ist die Unmöglichkeit eine bloß subjective[1], so thut sie der Gültigkeit des Vertrages keinen Eintrag[1]; der Schuldner muß statt der Leistung, welche ihm unmöglich ist, dem Gläubiger sein Interesse in Geld vergüten[2]. Daß der Schuldner bei der Eingehung des Vertrages die Unmöglichkeit nicht kannte, befreit ihn von dieser Verbindlichkeit nicht[3]. Ist die Unmöglichkeit eine objective, so ist der Vertrag ungültig; der Schuldner ist ebensowenig, wie zur Leistung des Unmöglichen, zur Leistung eines Geldäquivalentes verpflichtet[4]. Dieß

---

* Literaturangaben bei § 264.

[1] Stellen bei § 264 [3]. § 315.

[2] Mommsen Lehre vom Interesse § 7—11, namentlich S. 90. 98 fg. Windscheid Heidelb. kr. ZS. II S. 535. 536. Cohnfeldt Lehre vom Interesse S. 224 fg. Ihering das Schuldmoment im r. Privatr. S. 46. Hartmann die Obligation S. 195—222; vgl. dazu Rümelin Gött. Gel. Anzeigen 1876 S. 950 fg., Mommsen Erörterungen II S. 87. Brinz 2. Aufl. II § 245. 246, Dernburg II § 16. Eine Ausnahme kann begründet werden durch die Natur des abgeschlossenen Vertrags, und gilt namentlich bei der Schenkung (§ 366, 4). Vgl. 264 [1. 4].

[3] So ist es namentlich ein anerkannter Satz, daß derjenige, welcher die Leistung einer fremden Sache verspricht, auf das Interesse haftet, ganz unabhängig davon, ob er die Sache für die seinige hielt oder nicht, und ob er im ersten Falle gute Gründe für seinen Glauben hatte oder nicht. S. u. A. l. 60 D. 21, 2, l. 17 C. 4, 21. Mommsen a. a. O. S. 74 fg. — Ich habe früher den Satz aufgestellt (Heidelb. kr. ZS. II S. 108—110), der Versprechende hafte in dem Falle nicht, wenn vorher eine Möglichkeit der Leistung vorhanden gewesen, diese aber durch eine inzwischen eingetretene, ihm unbekannte Thatsache in eine Unmöglichkeit verkehrt worden sei, und in ähnlicher Weise hat sich Mommsen ausgesprochen (Beiträge zum Obligationenr. II S. 12—21. III S. 407—410). Ich gebe diesen Satz jetzt auf. Denn sieht man auf den inneren Grund desselben, so ist dieser Grund doch kein anderer, als der, daß der Versprechende an einer Unkenntniß der angegebenen Art ganz besonders unschuldig sei — mehr, als an der Unkenntniß einer Unmöglichkeit, welche von Anfang an vorhanden gewesen ist. Aber dieß ist eben irrig. Die Unkenntniß einer die Möglichkeit in Unmöglichkeit verkehrenden Thatsache kann dem Versprechenden viel mehr zur Last fallen, als die Unkenntniß einer Thatsache, welche die Möglichkeit von Anfang an ausgeschlossen hat, oder die nicht gehörige Werthschätzung der vorhandenen Thatsachen. Sieht man aber auf die Quellen, so ist der einzige Stützpunkt des aufgestellten Satzes die l. 55 D. 19, 1. Diese Stelle beweist aber deßwegen nicht, weil in derselben durchaus nicht gesagt ist, daß der verkaufte apud hostes befindliche Sclave ohne Wissen des Verkäufers in feindliche Gewalt gerathen sei; sie läßt ohne alle Schwierigkeit auch die Auslegung zu, daß der Vertrag von beiden Seiten in vollkommener Kenntniß der Verhältnisse abgeschlossen worden sei, in der Erwartung oder für den Fall der Rückkehr des Sclaven. Vgl. l. 104 § 2 D. 30. S. auch Hartmann Obligation S. 202 fg. 209 fg. Jahrb. f. Dogm. XXII S. 485.

Digitized by Google

ändert sich auch dadurch nicht, daß derjenige, welchem versprochen wird, die Unmöglichkeit ohne seine Schuld nicht gekannt hat[5], nicht

---

[4] Stellen bei § 264 [2]. — Eine einzelne hierher gehörige Frage ist folgende. Nichtig ist der Vertrag über eine nicht existirende Sache (l. 15 pr. l. 57 pr. § 1 D. 18, 1), nichtig der Vertrag über eine nicht existirende Erbschaft (l. 1. 7 D. 18, 4) — nicht nichtig der Vertrag über eine nicht existirende Forderung (l. 4. 5 eod., l. 74 § 3 D. 21, 2; a. M. Schliemann Haftung des Cedenten S. 64, Sf. XXIX. 231 — dagegen Römer Leistung an Zahlungsstatt S. 101 fg., Buchka und Budde Entscheidungen des OAG. zu Rostock V S. 225 fg., Sf. XXII. 35, vgl. XXX. 238). Wie erklärt sich das? Vgl. über die verschiedenen Ansichten: Mommsen Unmöglichkeit S. 134, Windscheid Heidelb. kr. Z.S. II S. 118, Brinz kr. Ueberſch. V S. 297—299, Ihering Jahrb. f. Dogm. IV S. 69—71, E. A. Seuffert in Seuffert's Pand. § 300 [5], Hartmann a. a. O. S. 179 fg., Eisele Compensation S. 237, Mommsen Erörterungen II S. 89 [4], Lenel Jahrb. f. Dogm. XIX S. 235, Bechmann Kauf II S. 438. Vgl. auch § 397 [1].

[5] Eine Ausnahme macht das r. R. für den Fall, wo Jemand einen freien Menschen irrigerweise als Sclaven gekauft hat. L. 70 D. 18, 1, l. 34 § 2 eod., l. 4 D. 40, 13, l. 39 § 3 D. 21, 2, l. 2 C. 7, 17, l. 25 C. 8, 44 [45]. Vgl. § 7 I. 2, 10, l. 1 C. 6, 23. Einige unter den römischen Juristen gingen weiter und erklärten den Kauf einer jeden dem Verkehr entzogenen Sache bei Unwissenheit des Käufers für gültig, l. 4—6 pr. D. 18, 1, § 5 I. 3, 23. Die entgegengesetzte Ansicht ist vertreten in l. 22—24. l. 34 § 1. l. 62 § 1 D. 18, 1. Bei dem Widerstreite dieser Quellenaussprüche wird man annehmen müssen, daß sie sich gegenseitig aufheben, und daß somit für die Gültigkeit des Kaufes in dieser Ausdehnung kein Zeugniß vorhanden ist. So im Resultate auch Mommsen Unmöglichkeit § 13. Erörterungen II S. 92, Windscheid Heidelb. kr. ZS. II S. 115—117. Andere halten umgekehrt an der Gültigkeit des Kaufvertrages fest; s. die bei Mommsen § 13 [1] Genannten und Brinz kr. Ueberſch. V S. 295—296. 300—301 und Pand. S. 1651. 2. Aufl. II S. 127, Römer Leistung an Zahlungsstatt S. 86 fg., Arndts Pand. § 300 [7], Bernhöft Jahrb. f. Dogm. XIV S. 133 fg., Leonhard ZS. f. HR. XXVI S. 293 fg., Puntschart die fundamentalen Verhältnisse des r. Privatr. S. 160 fg. Sf. XXXII. 123. Hartmann a. a. O. S. 170 fg. 181 fg. nimmt Gültigkeit des Kaufvertrages in denjenigen Fällen an, wo bei der dem Verkehr entzogenen Sache eine ähnliche Schwierigkeit richtigen Erkennens obwalte, wie bei dem als Sclaven verkauften Freien. Eine andere Unterscheidung bei Hesse ACPra. LXI S. 264 fg. Bechmann Kauf II S. 439 fg. nimmt für das r. R., wie hier, Widerspruch der Quellen an, gibt aber für das heutige der bejahenden Meinung den Vorzug. Vgl. noch Pfersche zur Lehre vom s. g. error in substantia S. 71 fg. — Viel weiter geht Savigny Obl. II § 81. Derselbe behauptet Gültigkeit des Kaufvertrags und anderer gleichartiger Geschäfte bei jeder dem Käufer unbekannten Unmöglichkeit. Diese Behauptung steht in offenbarem Widerspruch mit l. 15 pr. l. 57 pr. § 1 D. 18, 1, l. 7 D. 18, 4. Nichtsdestoweniger schließt sich Dernburg II § 16 [18] Savigny an, indem er eine allmälige Entwickelung des r. R. annimmt. — Umgekehrt glaubt Ihering Jahrb. f. Dogm. IV S. 63 fg., daß in den Quellen auch der Kauf eines freien Menschen bei Unwissenheit des Käufers nicht als gültig anerkannt werde, indem er die betreffenden Stellen auf das s. g. negative Vertragsinteresse ([7]) bezieht.

Digitized by Google

einmal dadurch, daß der Versprechende sie gekannt hat[6]. Wohl aber ist der Versprechende, mag er die Unmöglichkeit gekannt haben oder nicht, wenn der Empfänger des Versprechens sie ohne seine Schuld nicht kannte, demselben zum Ersatz des Nachtheils verbunden, welcher ihm daraus erwachsen ist, daß er sich auf das Zustandekommen eines gültigen Vertrages verlassen hat[7]. Ist die Unmöglichkeit nur eine theilweise, so ist auch der Vertrag nur theilweise ungültig[8]; es müßte

---

[6] L. 57 § 1 D. 18, 1. Das Gegentheil nimmt Zimmermann (von Lübeck) Jahrb. f. Dogm. XIII S. 390 fg. bei bonae fidei contractus an, indem er sogar dem Wissen des Versprechenden das Wissenmüssen gleichstellt — ohne Versuch eines Quellenbeweises und ohne Versuch, die entgegenstehenden Quellenzeugnisse (s. auch l. 15 pr. l. 34 § 1 D. 18, 1) zu beseitigen. S. auch Hartmann a. a. O. S. 186.

[7] Das s. g. negative Vertragsinteresse (§ 307 [5]), z. B. der Käufer hat sich durch den Kauf bestimmen lassen, von einem andern Kaufe abzustehen, von welchem er Vortheil gehabt haben würde. Der Unterschied dieses Interesses von dem Erfüllungsinteresse, d. h. Demjenigen, was der Gläubiger gehabt haben würde, wenn ihm die versprochene Leistung gemacht worden wäre, liegt auf der Hand. — Der Satz, welcher im Texte aufgestellt worden ist, wird von der herrschenden Meinung nicht anerkannt. Die herrschende Meinung gewährt dem Gläubiger einen Entschädigungsanspruch nur bei Arglist (und grober Nachlässigkeit) des Versprechenden (so auch Mommsen a. a. O. S. 109, Erörterungen II S. 36 fg. 87 fg. [abgesehen von der möglicherweise begründeten actio mandati, vgl. § 307 [5]], Brinz a. a. O. S. 291. 299. Pand. S. 1652. 2. Aufl. II S. 128. 129, Ude a. a. O. S. 258 fg.), und ich selbst habe mich früher in diesem Sinne ausgesprochen. Die herrschende Meinung ist bekämpft worden von Ihering Jahrb. f. Dogm. IV S. 1 fg. (1861); demselben folgt in allem Vangerow in der neuesten Auflage I Anm. zu § 109. Auch ich halte jetzt an der herrschenden Ansicht nicht mehr fest. Ich glaube nicht, daß es möglich ist, sie gegenüber l. 8 § 1 D. 11, 7, l. 62 § 1 D. 18, 1, l. 8. 9. D. 18, 4 aufrecht zu halten. Die Annahme, daß in diesen Stellen Arglist des Versprechenden vorausgesetzt werde, ist willkürlich; auch die l. 21 pr. D. 19, 1 macht die Annahme von Arglist nicht nöthig. (Besondere Erklärungen von l. 8 § 1 cit. bei Pfersche zur Lehre von dem s. g. error in substantia S. 75 fg. und Puntschart a. a. O. S. 167 fg.) Zu l. 62 § 1 cit. vgl. Gai. I, 190, l. 9. 44 D. 4, 4. Wenn ich aber in der Sache selbst mit Ihering einverstanden bin, so doch nicht in der Construction des aufgestellten Satzes. Ihering gründet denselben auf die Verschuldung des Contrahenten. Nach dieser Construction müßte man denselben also freilassen, wenn ihm aus seiner Nichtkenntniß der Unmöglichkeit ein Vorwurf nicht gemacht werden kann; davon aber enthalten die Quellen nichts. Auch will Ihering dieß nicht; denn, sagt er, schon darin liegt eine Verschuldung, daß Jemand contrahirt, ohne seiner Sache völlig gewiß zu sein (S. 36). Aber das heißt doch nichts Anderes, als: man ist in Verschuldung, wenn man versprochen hat in der Annahme einer Möglichkeit, wo eine Unmöglichkeit vorliegt. Es wird hier Verschuldung genannt, was möglicherweise ganz unverschuldet sein kann. (Die hauptsächlichen hier in Betracht kommenden Stellen aus Ihering's Aufsatz sind: S. 26. 29. 34. 40. 41. 42. 52. 60—62.) Die Construction, welche ich für die richtige halte, ist bei

Digitized by Google

denn der Vertragswille auf den jetzt noch möglichen Theil der Leistung gar nicht gerichtet gewesen sein[9]. Kenntniß der Unmöglichkeit verpflichtet aber in diesem Fall den Versprechenden zur Leistung des vollen Erfüllungsinteresse[10]. Hinterheriger Wegfall der Unmöglichkeit macht den Vertrag nur dann gültig, wenn dieser Wegfall in der Natur der Unmöglichkeit begründet, nicht wenn er zufällig ist[11].

[1. Nach BGB. hat die s. g. subjective Unmöglichkeit, das Unvermögen des Schuldners zur Leistung (vgl. 275 Abs. 2) auf den Bestand des Schuldverhältnisses keinen Einfluß. Es ist anzunehmen, daß der Schuldner die Gefahr seines Leistungsunvermögens übernimmt; aber es ist selbstverständlich, daß die Auslegung des Vertrages zum gegentheiligen Ergebniß führen kann (Planck zu § 275—290 Anm. 3, a. Abs. 2.)

2. Für den Fall der objectiven Unmöglichkeit gilt:

a. Ein auf eine objectiv unmögliche Leistung gerichteter Vertrag ist nichtig (306). Hierdurch ist nicht ausgeschlossen, daß der Schuldner die Möglichkeit garantirt, die Gefahr der Unmöglichkeit übernimmt, d. h. Schadensersatz (Erfüllungsinteresse) zu leisten sich verbindlich macht für den Fall, daß die Leistung objectiv unmöglich sei. S. Planck zu § 306 Anm. 2.

b. Derjenige Theil, welcher die Unmöglichkeit erweislich bei Abschluß des Vertrages kannte oder kennen mußte, d. h. in Folge von Fahrlässigkeit nicht kannte (122 Abs. 2), ist dem andern Theil zum Ersatz des negativen Vertragsinteresses (maximal begrenzt durch den Betrag des positiven Vertragsinteresses) verpflichtet. Es entspricht dem Wortlaut des Gesetzes wie der Absicht des Gesetz-

---

§ 307 [5] angegeben. Für die Verpflichtung zum Ersatz des negativen Vertragsinteresse Sf. XXX. 238, wo aber mit Recht der Fall ausgenommen wird, wo der Irrthum des Promissars Rsirrthum ist.

[6] Mommsen a. a. O. § 17—19 und dazu Windscheid a. a. O. S. 119—126; auch Mommsen S. 411—413.

[9] Hat derjenige, welcher ein Haus versprochen hat, auch die Brandstätte versprechen wollen, welche zur Zeit des Versprechens allein noch vorhanden war? L. 1 § 9 D. 44, 7, l. 57 § 1 D. 18, 1.

[10] L. 57 § 1 cit. — Eine nicht hierher gehörige, obgleich verwandte Frage ist es, inwiefern bei Verträgen auf Leistung gegen Gegenleistung, wenn bei Eingehung des Vertrages die Leistung theilweise unmöglich ist, gegen den noch möglichen Theil derselben ein entsprechender Theil der Gegenleistung verlangt werden kann. S. darüber § 321 [21].

[11] § 2 I. 3, 19, l. 83 § 5 D. 45, 1. Vgl. l. 35 § 1 eod. Mommsen a. a. O. § 16, Cohnfeldt Lehre vom Interesse S. 123 fg. [Statt des letzten Satzes ist m. E. zu sagen: ist der Vertrag bedingt geschlossen, so reicht es aus, wenn zur Zeit der Erfüllung der Bedingung die Leistung möglich ist (l. 31. l. 98 pr. D. 45, 1); ist er unbedingt geschlossen, so wird er durch nachträgliches Möglichwerden der Leistung nicht gültig; auch dann nicht, wenn der Vertrag befristet war. Auch der bedingte Vertrag aber bleibt trotz Möglichwerdens der Leistung ungültig, wenn es unzulässig ist, auf den Fall ihres Möglichwerdens zu speculiren (l. 84 § 2 D 18, 1. l. 83 § 5 D. 45, 1), Dernburg II § 16 zu [8] fs. stellt den befristeten Vertrag dem bedingten gleich, ohne Nachweis.]

Digitized by Google

gebers (Mot. II S. 179), daß die Haftung bei jeder Fahrlässigkeit eintritt, ohne Rücksicht darauf, ob der Haftende bei Gültigkeit des Vertrages in dem dann stattfindenden Rechtsverhältniß für jede oder nur für grobe Fahrlässigkeit haften würde. Die Verpflichtung tritt nicht ein, wenn auch der andere Theil die Unmöglichkeit erweislich kannte oder kennen mußte (307 Abs. 1). Die Verpflichtung kann nicht nur den Theil treffen, der die unmögliche Leistung verspricht, sondern auch dessen Gegner, z. B. in Ansehung der Kosten des Vertrages und nutzloser Bemühungen zur Beschaffung des Unmöglichen. Wenn die Parteien den Vertrag zufolge sinngemäßer und nach Treu und Glauben bethätigter Auslegung nur unter der Bedingung der Möglichkeit der Leistung geschlossen haben, so ist § 307 Abs. 1 nicht anwendbar.

c. Wenn die Leistung nur theilweise (s. S. 17) unmöglich ist, so trifft im Zweifel die Nichtigkeit den ganzen Vertrag (139). Die Parteien können aber gewollt haben, daß er gültig sein solle, so weit die Möglichkeit reiche. Diesem Willen wird stattgegeben, und wenn demnach der Vertrag in Ansehung des möglichen Theils gültig ist, so kommen die Sätze über die Haftung für das negative Interesse nur soweit zur Anwendung, als die Unmöglichkeit reicht. Ist eine von mehreren wahlweise versprochenen Leistungen unmöglich, so beschränkt sich das Schuldverhältniß gemäß § 265 S. 1 auf die möglichen Leistungen; in Ansehung ihrer ist der Vertrag gültig, ohne daß es des Nachweises eines hierauf gerichteten Parteiwillens bedarf; man hat vielmehr angenommen, daß dieß im Zweifel dem Parteiwillen entspreche (Prot. d. II. Comm. S. 566 fg.). Durch den § 265 wird also insoweit die Anwendung des § 139 ausgeschlossen. Dem entsprechend sagt § 307 Abs. 2, daß wenn eine von mehreren wahlweise versprochenen Leistungen unmöglich ist, die Vorschriften des Abs. 1 entsprechende Anwendung finden, d. h. daß der Theil, welchem das Wahlrecht zugedacht war, in Ansehung dieses ihm entgehenden Rechts unter den Voraussetzungen des Abs. 1 das negative Vertragsinteresse fordern kann, ohne daß man es für nöthig gehalten hätte, dieß von der Voraussetzung der Gültigkeit des Vertrages in Ansehung der möglichen Leistung ausdrücklich abhängig zu machen. Sollten aber die Parteien für den Fall der Unmöglichkeit einer der Leistungen den ganzen Vertrag ersichtlich nicht gewollt haben, so ist er im Falle dieser Unmöglichkeit ganz nichtig, und die Vorschriften des § 307 Abs. 1 kommen in Ansehung des ganzen Vertrages zur Anwendung.

d. Wenn die Unmöglichkeit gehoben werden kann (d. h. möglicher Weise), so steht sie der Gültigkeit des Vertrages nicht im Wege, falls der Vertrag für den Fall geschlossen ist, daß die Leistung möglich wird (308 Abs. 1). Steht der Vertrag unter irgend einer andern Bedingung, so ist er gültig, wenn vor dem Eintritt derselben die Unmöglichkeit gehoben ist (308 Abs. 2). Es wird aber auch ausreichen müssen, daß die Unmöglichkeit gleichzeitig mit dem Eintritt der Bedingung gehoben wird; denn wird der Vertrag unter der Bedingung des Möglichwerdens der Leistung geschlossen, so fällt der Eintritt der Bedingung und das Möglichwerden der Leistung nothwendig zusammen; es muß also dieses Zusammenfallen auch bei einer andern Bedingung zulässig sein. In diesen Beziehungen steht das BGB. dem gemeinen Rechte gleich ([11]); das BGB. behandelt aber auch den befristeten Vertrag wie den bedingten (308 Abs. 2), und mit dieser Bestim-

Digitized by Google

mung, welche die II. Comm. hinzufügte, weil auch sonst der Anfangstermin der Bedingung gleichgesetzt worden sei (Prot. S. 914), weicht das BGB. m. E. von dem gemeinen Recht ab ([11]).

e. Eine Unmöglichkeit, welche nicht nur gehoben werden kann (e), sondern sicher gehoben werden wird, ist keine Unmöglichkeit, sondern ein vorübergehendes Hinderniß. Haben aber die Parteien auf eine durch Auslegung gemäß § 271 nicht zu beseitigende Weise eine Leistungszeit bestimmt, zu welcher die Leistung unmöglich ist, so haben sie etwas im Sinne des Gesetzes theilweise Unmögliches bestimmt. Ihr Vertrag ist dann im Zweifel ganz nichtig (139), und es treten die Folgen des § 307 Abs. 1 ein. Entspricht es aber dem erkennbaren Parteiwillen, daß der Vertrag ohne die bestimmte Leistungszeit gelten soll, so gilt er in dieser Weise, und es treten die Folgen des § 307 Abs. 2 ein. Aehnlich verhält es sich bei Bestimmung eines Leistungsortes, an welchem die Leistung nicht erfolgen kann (s. ob. S. 146).

3. Wenn ein Vertrag gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, sei es, daß die Leistung verboten ist, sei es, daß es verboten ist, sie zu versprechen, so finden dieselben Sätze Anwendung, wie bei objectiver Unmöglichkeit der Leistung (310) vgl. auch I S. 799 unter b. 800 unter c.

4. Auf einen wider die guten Sitten verstoßenden Vertrag sollen nach der Auffassung der Motive (II S. 180) die Bestimmungen der §§ 345. 346 I. Entw. (jetzt 307. 308) keine Anwendung finden, insbesondere soll hier für die Gültigkeit oder Nichtigkeit des Vectrages immer die Zeit des Vertragsschlusses entscheidend sein. Es hat nun allerdings keinen Sinn, auf eine Aenderung der guten Sitten zu warten, wie man unter Umständen wenigstens mit der Wahrscheinlichkeit der Aufhebung eines gesetzlichen Verbots, z. B. eines Einfuhrverbots, rechnen kann. Aber es ist möglich, daß solche thatsächliche Umstände wegfallen, welche die Ursache sind, daß der Vertrag unsittlich ist. Ein unter beliebiger Bedingung oder Befristung geschlossener Vertrag, der um solcher thatsächlicher Umstände willen unsittlich ist, behält diesen Charakter und bleibt nichtig, auch wenn zu der Zeit, zu welcher zu leisten wäre, jene Umstände nicht mehr bestehen. Hat sich aber der Vectrag von dem Wegfallen jener Umstände selbst abhängig gemacht, so ist möglicher Weise der Vertrag nicht unsittlich, also giltig; er ist nur dann unsittlich und nichtig, wenn es unsittlich ist, auf den Wegfall der fraglichen Umstände zu speculiren. Eine andere Frage ist die, ob nicht, wenn der Vertrag wegen Verstoßes wider die guten Sitten nichtig ist, in Ansehung der Haftung für das negative Vertragsinteresse dieselben Grundsätze zur Anwendung kommen müssen, wie beim Vertrage auf etwas Unmögliches. Es ist sehr wohl möglich, daß der unsittliche Charakter des Geschäfts einem Theil ohne seine Schuld unbekannt geblieben ist, und dieser Partei ist nach Analogie des § 307 Abs. 1 ein Anspruch auf das negative Vertragsinteresse zuzusprechen, obwohl das Gesetz darüber schweigt. Die angezogene Aeußerung der Motive kann als entscheidender Grund gegen diese Analogie nicht gelten.]

Vertrag auf Leistung an einen Dritten*.

§ 316.

Ist gültig der Vertrag auf Leistung an einen Dritten? Diese Frage hat einen doppelten Sinn. 1) Kann durch einen solchen Ver-

Digitized by Google

trag ein Forderungsrecht auf die versprochene Leistung für den Empfänger des Versprechens begründet werden? 2) Kann ein Forderungsrecht für den Dritten begründet werden?

1. Die erste Frage ist unbedingt zu bejahen; es kommt nur darauf an, ob der Vertrag wirklich in dem Sinne geschlossen worden ist, daß der Empfänger des Versprechens forderungsberechtigt werden soll. Ist dieß der Fall, so entsteht deßwegen nicht weniger ein Forderungsrecht für ihn, weil die zu machende Leistung an den Dritten gemacht werden soll. Die an den Dritten zu machende Leistung ist in der That eine Leistung für ihn; sein Interesse geht eben darauf, daß nicht an ihn, sondern an den Dritten geleistet werde; in der Person des Dritten wird ihm selbst geleistet[1]. Von welcher Art das Interesse

---

* Beseler Lehre von den Erbverträgen II. 1 S. 71—83 (1837), deutsch. Privatr. § 120 (4. Aufl. § 108) Nr. III (1853. 1866. 1873. 1885). Strippelmann Entscheidungen des OAG. zu Cassel V S. 1 fg. (1848). Buchka die Lehre von der Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen (1852). Busch Doctrin und Praxis über die Gültigkeit von Verträgen zu Gunsten Dritter (1860). Bähr Jahrb. für Dogm. VI S. 131 fg. (1862). Zaun APraktRW. N. F. I S. 42 fg. (1864). Unger Jahrb. f. Dogm. X S. 1 fg. (1869). Dazu Regelsberger kr. VJS. XI S. 559 fg. (1869). Gareis die Verträge zu Gunsten Dritter. Würzburg 1873. Dazu Pfaff in Grünh. ZS. I S. 212 fg. und Stobbe ZS. f. HR. XIX S. 300 fg. Siegel das Versprechen als Verpflichtungsgrund im heut. R. S. 142—159 (1873). E. Zimmermann Stellvertretende Negotiorum Gestio S. 61 fg. (1876). Karlowa das Rgeschäft S. 69 fg. (1877). Stobbe deutsch. Privatr. III § 172 (1878) [3. Aufl. (Lehmann) § 225]. Regelsberger in Endemann's Handb. des Handelsr. II S. 473 fg. (1882). Bähr Urtheile des Reichsgerichts S. 70 fg. (1883). Regelsberger ACPra. XLVII S. 1 fg. (1884). Bähr das. S. 157 fg. E. Danz die Forderungsüberweisung, Schuldüberweisung und die Verträge zu Gunsten Dritter nach gem. R. S. 117—152 (1886). Bangerow I § 608 Anm. I, Brinz 1. Aufl. § 374. 375. [2. Aufl. (Lotmar) IV § 584. 585.] Hasenöhrl Oester. Privatr. § 33—35. [Tartufari dei contratti a favore di terzi Verona 1889]. [Cohen die Verträge zu Gunsten Dritter. Rost. Diss. 1891]]. [Massa Arch. giur. L (1893) p. 37 s. 199 s. 344 s. Lambert und Champeau la stipulation pour autrui. Thèses de Paris 1893. Ehrenzweig die s. g. zweigliedrigen Verträge insbesondere die Verträge zu Gunsten Dritter nach gem. und österr. R. Wien 1895, dazu Krasnopolski z. Lehre von den Verträgen zu Gunsten Dritter nach österr. R. Grünh. ZS. XXII S. 577 fg. Eisele Beitr. zur röm. Rgesch. Frrib. u. Leipz. 1896 S. 76 fg., Stammler Schuldverhältnisse (1897) S. 165 fg. Pacchioni i contratti a favore di terzi secondo il diritto romano e civile. Innsbruck 1898. Hellwig die Verträge auf Leistung an Dritte. Leipz. 1899. S. noch Ofner der Auftrag zu Gunsten eines Dritten nach österr. R. (kein echter Vertrag zu Gunsten Dritter). Grünh. ZS. XVIII S. 313 fg.]

[1] Beispiele: l. 38 § 20—23 D. 45, 1, § 20 I. 3, 19, l. 3 C. 8, 38 [39]. § 316.

Digitized by Google

ist, welches er daran hat, daß an den Dritten geleistet werde, ist nach heutigem Recht gleichgültig; namentlich ist es nicht erforderlich, daß dieses Interesse eigennütziger Art sei, es kann seinen Grund auch in reinem Wohlwollen gegen den Dritten haben[2]. Hat aber derjenige, welchem das Versprechen gegeben wird, gar kein irgendwelches Interesse, daß an den Dritten geleistet werde, so ist auch nicht anzunehmen, daß er ein Forderungsrecht auf Leistung an denselben habe erwerben wollen; es liegt dann nicht sowohl ein Vertrag vor, als eine juristisch gleichgültige Beredung[3].

2. Ist die Absicht des Vertrages darauf gerichtet, den Dritten forderungsberechtigt auf die versprochene Leistung zu machen, so liegt ein Vertrag zu Gunsten eines Dritten vor[3a]. Den Vertrag zu Gunsten eines Dritten erklärt das römische Recht im Princip für ungültig[4];

---

[2] S. § 251 [8] und im Besonderen die daselbst citirten Aufsätze von Heyer. Ueber das r. R. s. die daselbst genannten Stellen, namentlich l. 38 § 17 D. 45, 1 (§ 19 I. 3, 19): — „ceterum ut alii detur, nihil interest mea". Aber vgl. auch l. 13 pr. D. 13, 7 (Dernburg Pfandr. II S. 234) in Verbindung mit den Stellen in § 258 [19].

[3] Z. B. Jemand redet einem Freunde zu, er möge seine Schulden bezahlen, und dieser erklärt endlich: Gut, ich verspreche dir, morgen Alles zu bezahlen, was ich schuldig bin (Bähr Jahrb. VI. S. 133). Hier hat sich weder der Versprechende verbindlich machen wollen, noch hat der Empfänger des Versprechens Gläubiger werden wollen. — Drückt man das im Texte Gesagte so aus: der Vertrag sei ungültig, wenn der Empfänger des Versprechens kein Interesse daran habe, daß eine Leistung an den Dritten gemacht werde, so erweckt man die Vorstellung, als müsse da, wo der Gläubiger- und Schuldnerwille feststeht, noch erst ein besonderes Interesse des Gläubigers nachgewiesen werden, und diese Vorstellung ist sehr unrichtig. S. § 314 [8]. Wenn ich nicht irre, ist es derselbe Gedanke, welchen Bähr Jahrb. VI S. 136 fg. so ausdrückt: der Empfänger des Versprechens erwerbe ein Forderungsr. dann, wenn „die Causalbeziehung des Versprechens (das warum? aus welchem versprochen wird) in dem Verhältniß des Promittenten zum Promissar (nicht zu dem Dritten) gelegen [sei]". Es scheint mir nicht, daß durch diese Formulirung das Verständniß gefördert wird. Vgl. jetzt Bähr ACPra. LXVII S. 160 [2]. Vgl. auch Beseler Erbvertr. S. 75. deutsch. Privatr. S. 486 (484), Busch S. 41.

[3a] Man spricht zwar wohl auch in dem Falle von einem Vertrage zu Gunsten eines Dritten, wo die Absicht des Vertrages nur darauf gerichtet ist, den Empfänger des Versprechens zum Gläubiger zu machen. Aber das ist ungenau, und eine Ungenauigkeit des Sprachgebrauchs sollte in dieser vielbestrittenen Materie doppelt sorgfältig vermieden werden.

[4] L. 11 D. 44, 7. „Quaecumque gerimus, cum 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. 1 C. 4, 27 (I § 78 [4]). L. 126 § 2 D. 45, 1, l. 73 § 4 D. 50, 17, l. 19. l. 26 C.

Digitized by Google

nur in einer Reihe von ausgenommenen Fällen läßt es aus demselben ein Forderungsrecht für den Dritten entstehen. Diese Fälle sind folgende[4a]:

5, 12. L. 26 cit. „Si genero dotem dando pro filia pater communis eam reddi tibi extraneo constituto stipulatus est, nec sibi cessante voluntate, nec tibi prohibente iure quaerere potuit actionem".

[4a] Vgl. auch Bekker Sav.-Z. III S. 8 fg. [Hellwig (*) sieht als den geschichtlichen Ausgangspunkt der Verträge zu Gunsten Dritter im r. R. das fideicommissum a debitore relictum an (S. 1 fg.), welches aber kein echtes Fideicommiß sei, sondern eine seit einem Rescript von Antoninus Pius giltige (l. 77 D. 30) Vereinbarung zwischen Gläubiger und Schuldner, welche getroffen werde in der Absicht, einem Dritten eine letztwillige Zuwendung zu machen, und dahingehe, daß der Schuldner das Geschuldete an den Dritten zu leisten, z. B. das Deponirte diesem zu restituiren habe; diese Vereinbarung sei formlos gültig, wenn sie sich als eine in continenti hinzugefügte Nebenabrede bei einem keiner Form bedürftigen (oder als Realcontract gültigen) Geschäft darstelle (l. 77 D. 30, l. 26 pr. D. 16, 3); sie werde in Form der Stipulation getroffen, wenn sie (mit Bezug auf etwas vom Beschenkten Herauszugebendes) einer Schenkung hinzugefügt werde (l. 37 § 2 D. 32, s. bes. S. 67. 12. 13). Der Dritte erwerbe die Berechtigung aus der Vereinbarung, wenn er den Gläubiger überlebe (S. 7. 13); der Erbe des Gläubigers könne Leistung an sich selbst nicht verlangen (l. 77 D. 30) und die Verfügung zu Gunsten des Dritten auch sonst nicht beeinträchtigen; wohl aber könne er auf Leistung an den Dritten klagen (l. 37 § 3 D. 32). Der Dritte könne das R. welches er ohne sein Wissen und Wollen erwerbe, zurückweisen; damit werde die Vereinbarung hinfällig; aber das Rgeschäft, welchem sie hinzugefügt sei, bleibe bestehen, und der Erbe des Gläubigers könne auf Leistung an sich selbst klagen; entspringe aber aus dem Geschäft seiner Natur nach überhaupt keine Klage für Denjenigen, der sich die Leistung an den Dritten versprechen ließ (Fall der Schenkung), so werde bei Zurückweisung der Zuwendung durch den Dritten der Schuldner frei (l. 37 § 3 D. 32). — Folgerungen aus dem Fideicommißgesichtspunkt in Bezug auf abändernde Verfügungen des Gläubigers: S. 14 fg., die actio ex fideicommisso des Begünstigten: S. 15 fg. — Justinian habe das classische R. des fideicommissum a debitore relictum aufrecht erhalten (S. 19 fg.). Aber schon in der Zeit zwischen Antoninus Pius und Diocletian (l. 3 C. 8, 54 (55), Fr. Vat. 286) seien entsprechende Sätze auch für den Fall anerkannt, daß der Versprechensempfänger zwar ebenfalls eine unentgeltliche Zuwendung an den Dritten, aber eine solche unter Lebenden bezweckte (S. 24 fg.). Justinian endlich habe durch Interpolationen den s. g. Vertrag zu Gunsten Dritter auch für Fälle anerkannt, in denen dem Dritten keine Gunst erwiesen werden sollte (S. 28 fg.), indessen nur für einzelne Fälle dieser Art (S. 28 fg. 37). Diese Aufstellungen sind außerordentlich anziehend begründet. Bedenklich aber ist zunächst, daß in l. 77 D. 30 Ulpian für nöthig hält, das fideicommissum a debitore relictum als möglich durch die Auffassung darzustellen, daß dem Schuldner auch seinerseits vom Gläubiger ein Fideicommiß hinterlassen wird, nämlich das der Befreiung von seiner Schuld (den Erben gegenüber), also ein vollwichtiges Aequivalent für die Leistung gleichen Inhalts an den Dritten. Dieß schiebt Hellwig als einen mißglückten Constructionsversuch bei Seite (S. 5 fg.). Wie mir scheint, sind aber die Worte quasi videatur heres rogatus remittere id debitori gerade die dem Rescript entnommene Begrün-

Digitized by Google

a) wenn bei einer Schenkung dem Beschenkten eine Herausgabe an einen Dritten auferlegt wird[b];

---

dung; auch fehlt es Hellwig an dem Beweise dafür, daß in l. 77 cit. und in l. 26 pr. D. 16, 3 Vereinbarungen zwischen Deponenten und Depositar in Frage stehen; die Worte eiusque fidei commissum (l. 77 cit.) und et dixit ei (l. 26 pr. cit.) weisen auf einseitige Anordnungen hin, deren Verbindlichkeit man eben mit dem aus ihnen gefolgerten Fideicommiß der Befreiung dem Erben gegenüber motivirte. Im Falle der l. 37 § 3 D. 32 konnte zunächst Streit darüber entstehen, ob die in der Stipulation übernommene Verpflichtung zur Restitution der empfangenen individuellen Sachen auch das Verlangen einer Geldleistung rechtfertige, und ob aus der Verpflichtung zur Restitution der Sklaven auch eine Freilassungspflicht zu folgern sei. Auf diese Punkte legt freilich die Stelle kein ersichtliches Gewicht. Die epistula fideicommissaria ist zunächst eine einseitige Verfügung, welche den Erben des Vaters ein Klager. auf Leistung an die Dritten, denen Geld gezahlt werden sollte, deßwegen gewährt, weil sie eine noch bei Lebzeiten des Vaters (s. die Worte si vivam) getroffene Bestimmung ist, die dem cui volam der Stipulation ihre Legitimation entnimmt. Daneben ist sie ein echtes Fideicommiß, welches verbindlich ist, weil der Belastete Schuldner des Fideicommittenten ist; daß er belastet werden kann, wird hier freilich nicht damit motivirt, daß er in entsprechender Höhe durch die Belastung selbst von einer Forderung der Erben befreit wird, sondern kann nur dadurch erklärt werden, daß die Erfüllung des Fideicommisses ihn zugleich von der Forderung der Erben (die kraft des Briefes in seiner ersten Bedeutung ebenfalls auf Leistung an die Fideicommissare gerichtet ist) befreit. Der freizulassende Lucrio gehört den Worten der Stelle nach nicht zu dem übertragenen Vermögen, sondern steht im Eigenthum des Erblassers; hier kann also die actio ex stipulatu der Erben als Klage auf käufliche Abnahme des Sklaven zum Zwecke der Freilassung desselben gedacht werden. Dieß führt aber zu Schwierigkeiten, und man darf daher vielleicht annehmen, daß der Erblasser den Lucrio auf Grund des in der Stipulation verbrieften Verfügungsr. noch servum meum nannte, obwohl er nicht mehr sein Eigenthum war; er verlangte seine Freilassung statt der Restitution, die er hätte verlangen können. Die Auffassung Hellwigs von l. 3 C. 8, 54 (55), Fr. Vat. 286 geht dahin (S. 26 fg.), daß nach Diocletians Bericht frühere Kaiser (vielleicht M. Aurel und L. Verus), nachdem es bereits (seit Pius) feststand, daß dem Dritten, zu dessen Gunsten zwecks letztwilliger Zuwendung ein Vertrag geschlossen war, eine Klage zustehe, es zugelassen haben, daß dem Dritten durch magistratisches Decret eine Klage gewährt werden könne; hierbei müsse also ein anderer Thatbestand vorausgesetzt werden, und dieß sei der der Zuwendung inter vivos. Hiergegen ist zu sagen, daß divi principes keinerlei nahe liegende Beziehung auf M. Aurel und L. Verus hat, daß es in Fr. Vat. heißt decernendam esse: gewährt werden muß, nicht: gewährt werden kann (das folgende decerni potuisset steht nicht entgegen: die Klage hätte ihr decernirt werden können, wenn sie eben bei ihren Lebzeiten geklagt hätte; dann aber hätte sie ihr decernirt werden müssen), und daß das decernere actionem nicht auf eine nur ausnahmsweise zu gewährende Klage hinweist, sondern in jener Zeit ein bei allen Klagen anzuwendendes Proceßinstitut ist, welches erst Theodosius II. abschaffte (l. 1 C. Th. 2, 3). Nur diese processuale Veränderung, nicht ein materieller Fortschritt (Hellwig S. 28) kommt auch dadurch zum Ausdruck, daß die Compilatoren in l. 3 C. 8, 54 (55) statt decernendam esse gesagt haben: competere.]

Digitized by Google

b) wenn bei der Bestellung einer Dos für die Frau dem Empfänger die Herausgabe der Dos an die Frau oder deren Descendenten auferlegt wird[6];

c) wenn die Sache eines Dritten hinterlegt oder geliehen wird mit der Auflage, sie nicht dem Hingebenden, sondern dem Dritten herauszugeben[7];

d) wenn Jemandem etwas mit der Auflage übergeben wird, es einem Dritten zu überbringen[7a];

---

[5] L. 3 C. 8, 54 [55]. Die Vorschrift ist von Diocletian und Maximian, aus dem Jahre 290, beruft sich jedoch auf Entscheidungen früherer Kaiser. Uebrigens wird diese Stelle sehr verschieden aufgefaßt. a) Es wird behauptet, daß sie dem Dritten nicht sowohl ein Forderungsr. auf Erfüllung der Auflage, als vielmehr ein Forderungsr. auf Rückgabe der Schenkung wegen Nichterfüllung der Auflage gebe. So Erxleben cond. sine causa II S. 300—310. Andere gewähren die Rückforderung wenigstens neben der Forderung auf Erfüllung, Meyerfeld Lehre von den Schenkungen I S. 422. Dagegen Savigny Syst. IV S. 284—286. Windscheid Voraussetzung S. 174, Buchka Stellvertretung S. 114, Schmid Grundlehren der Cession I S. 449—453. Unger S. 33 fg. b) Es wird behauptet, daß der Dritte kein selbständiges Forderungsr. auf Erfüllung habe, sondern ein von dem Schenkenden (durch fingirte Cession) abgeleitetes. So Mühlenbruch Cession S. 97 fg., Meyerfeld a. a. O., und namentlich Schmid a. a. O. Dagegen Savigny, Buchka, Windscheid a. a. OO. (s. Letzteren auch in der Schrift über die Actio ꝛc. S. 129), ferner Unger a a. O. Diese Frage wiederholt sich für die im Folgenden genannten Fälle. Vgl. unten § 316a, 2. [S. noch Sf. L. 162.]

[6] L. 45 D. 24, 3, l. 7 C. 5, 14. Die letztere Stelle ist von Diocletian und Maximian aus dem Jahre 294. Es ist nicht unwahrscheinlich, daß die Pandektenstelle interpolirt sei. Die beiden Schlußsätze „sed dicendum est" und „sed permitendum est" scheinen kaum von dem gleichen Verfasser herrühren zu können. S. übrigens auch l. 43 § 1. l. 59 § 2 D. 23, 3. Vgl. auch Schmid a. a. O. 453—460, Unger S. 37 fg., Bechmann r. Dotalr. II S 153, Czyhlarz r. Dotalr. S. 441—442, Karlowa Rgeschäft S. 70 fg. [Hellwig S. 28 fg.].

[7] L. 8 C. 3, 42. Die Stelle ist von Diocletian und Maximian aus dem Jahre 293. S. auch l. 19 C. 4, 32. Vgl. Ihering Jahrb. f. Dogm. II S. 116—120, Schmid a. a. O. I S. 439—445, Dernburg Pfandr. I S. 155—157, Unger S. 46 fg., auch zu l. 19 cit. Kohlmann Jahrb. f. Dogm. XVII S. 317 fg. O. Geib, die Person des pignoraticisch Berechtigten und pignoraticisch Verpflichteten nach r. R. (1884) S. 44 fg. stellt unter denselben Gesichtspunkt auch l. 2 C. 8, 23 [24] und c. 6 X. 3, 21: der Verpfänder kann die verpfändete Sache von demjenigen zurückfordern, welchem der Pfandnehmer weiter verpfändet hat. [Hellwig S. 30 fg.].

[7a] Dieser Fall ist bereits in der klassischen Jurisprudenz anerkannt, unter Verwerthung des Gesichtspunkts der negotiorum gestio. L. 5 § 4 [6 § 2] D. 3, 5. „Si quis pecuniam vel aliam quandam rem ad me perferendam acceperit, quia meum negotium gessit, negotiorum gestorum mihi actio adversus eum competit". Vgl. § 431 [7]. Die Verpflichtung zur Herausgabe

Digitized by Google

e) wenn der verkaufende Pfandgläubiger zu Gunsten des Eigenthümers Wiederauflösung des Kaufvertrages für den Fall der Rückgabe des Kaufgeldes bedingt[8];

f) wenn Jemand sich etwas für seine Erben[9] oder einen seiner Erben[10] versprechen läßt;

---

an den Dritten wird also nicht auf das dem Uebergebenden geleistete Versprechen gegründet, sondern auf die Thatsache des Ansichnehmens in der Absicht der Herausgabe. Insofern gehört also dieser Fall eigentlich nicht hierher (vgl. Unger S. 46 [55], auch Ruhstrat Jahrb. f. Dogm. X S. 219 fg.). Aber aus dem gleichen Grunde würde auch der Fall zu c, ja würden streng genommen auch die Fälle zu a und b nicht hierher gehören, und immerhin ist der mit dem Uebergebenden geschlossene Vertrag die Erscheinungsform, in welcher der animus alienum negotium gerendi hervortritt. [Hellwig S. 37 fg. nimmt an, daß gar kein Vertrag geschlossen wurde.] Gareis S. 130 spricht davon, daß (im Fall der l. 5 § 4 [6 § 2] cit.) der Empfänger Stellvertreter des Dritten sei, und daher dieser ein Klager. nur durch Genehmigung erlangen könne — ich verstehe das nicht (der Schuldner Stellvertreter des Gläubigers?). Eine Rechtfertigung versucht Scherer Jahrb. f. Dogm. XX S. 189 fg. Aber es handelt sich ja hier um das juristische, nicht um das nationalökonomische Wesen der Sache. Kohler Jahrb. f. Dogm. XXV S. 125. [Hogrewe das selbständige Klager. des Adressaten einer Postsendung. Gött. Diss. 1895.]

[8] L. 13 pr. D. 13, 7, vgl. l. 7 § 1 D. 20, 5. Für diese Ausnahme bietet sich die Anlehnung dar, daß jedenfalls der Dritte nach dem R. der auflösenden Bedingung als Eigenthümer auftreten kann („debitor . . . vindicare rem poterit"), warum sollte ihm da nicht erlaubt werden, sich auf den Vertrag zwischen Verkäufer und Käufer zu berufen („aut in factum actione adversus emtorem agere")? Zur Noth ließe sich übrigens auch hier das R. der negotiorum gestio verwerthen. Vgl. noch Schmid Grundlehren der Cession I S. 460 fg., Unger S. 27 fg., Geib (7) S. 23 fg.

[9] Nach der Vorschrift Justinian's in der l. un. C. 4, 11, während im früheren R. der Grundsatz galt: ab heredis persona obligationem (actionem) incipere non posse, l. un. cit. und Gai. III, 100. 117. 158. Scheurl Beitr. I Nr. 3 hat die Ansicht aufgestellt, daß die l. un. cit. die bezeichnete Vorschrift nicht enthalte, daß vielmehr Justinian in derselben nur die Vorschrift der l. 11 C. 8, 37 [38], wonach es erlaubt sein soll, sich etwas für die Zeit nach seinem Tode versprechen zu lassen, habe wiederholen und gegen Anfechtung sichern wollen. Die Sache ist nicht unzweifelhaft (vgl. auch § 13 I. 3, 19); doch scheint mir die Bestimmtheit der Verfügung in l. un. cit. gegen die Scheurl'sche Ansicht zu sprechen. Jedenfalls konnte man sich bereits nach classischem Recht für sich und seine Erben selbst dann mit Wirksamkeit versprechen lassen, wenn das Forderungsr. nicht vererblich war, in welchem Falle doch in der That eine Obligation für die Erben begründet wurde — l. 38 § 12. 14. l. 137 § 8 D. 45, 1 (vgl. l. 13 C. 8, 37 [38]), l. 33 D. 2, 14 (pactum de non petendo in personam). Sf. XXVI. 178. [Hellwig S. 39 fg.]

[10] Die Beschränkung auf einen der Erben war bereits nach klassischem r. R. in dem Falle, wo nach demselben überhaupt eine Obligation für den Erben begründet werden konnte (9), zulässig, l. 33 D. 2, 14, l. 137 § 8 D. 45, 1 (vgl. l. 56 § 1 eod.). Nach Scheurl's Ansicht (9) nach welcher auch nach Justini-

Digitized by Google

g) wenn ein Vermögensverwalter sich etwas für den Herrn des Vermögens versprechen läßt[11].

Außerdem wurde das römische Princip für gewisse Fälle durch ein anderes Princip unanwendbar gemacht, das Princip nämlich, daß der Gewaltunterworfene Erwerbsorgan des Gewalthabers ist[12].

In Deutschland haben aber Doctrin und Praxis von jeher weiter gedrängt[13]. Es ist dieß eine Thatsache, welche nicht unbe-

---

anischem R. der Vertrag immer auf die Person des Erblassers mit gestellt werden muß, ist eine Beschränkung auf einen der Erben nur bei Unvererblichkeit der Forderung zulässig. — Vgl. über das in dieser und in der vorigen Note Gesagte noch Buchka Stellvertret. § 8, Dernburg Heidelb. kr. ZS. I S. 3—5, Vangerow III S. 311. 312, Unger S. 40 fg., K. Schmidt ACPra. XII S. 321 fg.

[11] L. 5 § 9 D. 13, 5, l. 10 § 2. l. 28 § 1 D. 2, 14. Unger S. 6 [6] und Gareis S. 131 [Eisele S. 86 fg., Hellwig S. 39] nehmen in l. 5 § 9 cit. einen Fall der Stellvertretung an; die Art und Weise, wie die Stelle sich ausdrückt, paßt dazu nicht. In der ersten der Stellen aus dem Titel de pactis wird dem Vermögensherrn nicht pacti, sondern doli exceptio gegeben (vgl. l. 17 § 5. l. 25 § 2 eod.). Das heißt: er kann sich nicht berufen auf den von dem Gläubiger geschlossenen Vertrag, sondern auf dessen einseitige Willenserklärung. Die Stellen gehören daher nur in demselben Sinn hierher, wie der Fall zu d.

[12] Daher konnte sowohl der Gewaltunterworfene sich für den Gewalthaber, als der Gewalthaber sich für den Gewaltunterworfenen gültig versprechen lassen; der Stipulant machte im ersten Falle den Gewalthaber, im zweiten Falle durch die Person des Gewaltunterworfenen sich selbst zum Gläubiger, § 4 I. 3, 19, l. 38 § 17. l. 39. l. 45 pr. l. 56 § 3. l. 130 D. 45, 1, l. 2 C. 8, 37 [38]. Der Gewalthaber konnte sich aber für den Gewaltunterworfenen nur Dasjenige gültig versprechen lassen, was er durch denselben wirklich erwarb, l. 130 cit. Doch ging man so weit, die Stipulation: post mortem meam filiae dari für gültig zu erklären, l. 45 § 2 D. 45, 1, l. 9. l. 23 D. 23, 4. Vgl. Unger S. 38 [46]. — Das r. R. gilt auch heutzutage noch für den Erwerb ex re patris. Vgl. § 516, 3.

[13] Ueber das 16., 17. und 18. Jahrhundert s. die Nachweisungen bei Buchka Stellvertretung S. 158 fg., und vgl. auch Delbrück die Uebernahme fremder Schulden S. 81—107, Gareis S. 62 fg. Seit dem Anfang des 19. Jahrhunderts ist in der Doctrin eine Reaction zu Gunsten des reinen r. R. eingetreten, s. namentlich Buchka a. a. O. S. 187—202, Savigny Obl. II § 59 und die Lehrbücher von Puchta § 256. 273b, Arndts § 246, Keller S. 461—462, Sintenis § 102 [3. 4], Vangerow 7. Aufl. III S. 295—296, Brinz S. 1626 fg. [IV S. 338 fg.], Wächter Württ. Privatr. II S. 683 (anders Pand. II S. 390); die neueste Literatur aber zeigt wieder eine rückläufige Bewegung, welche namentlich durch Bähr, Unger, Gareis, Regelsberger, Siegel vertreten wird. Was die neuere Praxis angeht, so haben sich für principielle Anerkennung des Forderungsr. des Dritten ausgesprochen die Oberappellationsgerichte zu Cassel (Sf. III 31. 32. 34 und in dem Anhang der bei * citirten Schrift von Busch die Nummern 1. 3. 4. 6—8. 10. 12—15), Dresden (Sf. III. 312, VI. 21,

Digitized by Google

achtet gelassen werden darf, in welcher vielmehr der Zug eines modernen Rechtsbewußtseins anerkannt werden muß. In welchem Umfange jedoch dieser Zug zu einer Umänderung des geltenden Rechts geführt hat, ist eine schwierige und bestrittene Frage. Angesichts des Bildes, welches nach Note 13 die neuere Praxis gewährt, darf ein Gewohnheitsrecht[14] des Inhalts, daß der Vertrag zu Gunsten eines Dritten unbedingt gültig sei (dem Dritten ein Forderungsrecht gewähre), nicht behauptet werden. Nicht zu weit gegangen aber erscheint es, ein solches Gewohnheitsrecht für diejenigen Fälle anzunehmen, in welchen die zu Gunsten des Dritten versprochene Leistung die Natur einer Gegenleistung für eine dem Versprechenden von dem Versprechensempfänger gemachte Vermögenszuwendung hat[15].

XVI. 38, Busch Nr. 16—21), Darmstadt (Sf. VIII. 29, X. 152, Busch Nr. 37—39, s. aber auch Sf. XX. 220), Rostock (Sf. XXXIII. 12, anders Entscheidungen rc. IX S. 66), das OAG. und der Cassationshof zu Wolfenbüttel (Sf. XI. 133, XII. 142, XIV. 131, XVI. 182, Busch Nr. 40. 41. 43), und die Spruchcollegien zu Leipzig (Busch Nr. 22), Rostock (Sf. XIX. 33) und Göttingen (Sf. XXIII. 219). Für einzelne Fälle gehen über das r. R. hinaus das OAG. zu Wiesbaden (Sf. X. 33, XXI. 37) und das OAG. zu Celle (Sf. V. 299, XVIII. 128, XIX. 135, XXI. 40, XXXIV. 192, XXXV. 280), welches letztere Gericht im Uebrigen prinzipiell an dem r. R. festhält; s. auch das. XIV. 3, XXXII. 254. Für principielles Festhalten am r. R. haben sich ferner ausgesprochen die Oberappellationsgerichte zu Kiel (Sf. IX. 18, Busch Nr. 44), Lübeck (Sf. XI. 83, Busch Nr. 35), Berlin (Sf. XXVII. 17, s. aber auch das. XXIV. 217), und namentlich das OAG. zu Jena (Sf. VII. 22. 23, XXI. 38, XXXII. 218. 219, Busch Nr. 23. 24. 26), jedoch ist dieses letztere Gericht sich nicht constant geblieben (Sf. II. 213, VIII. 30, Busch Nr. 25. 27. 30). Zweifelnd spricht sich aus das Urtheil des OT. zu Stuttgart bei Sf. XV. 214, vgl. auch VII. 273, andererseits XXIV. 155. Vgl. auch das. XIX. 135. Vgl. Gareis S. 184 fg, Pfaff S. 219. [S. auch Tartufari p. 162 s.]

[14] Nur um ein Gewohnheitsr. kann es sich hier handeln. Daß durch eine gesetzliche Bestimmung eine Aenderung des gem. R. eingeführt worden sei, ist noch von Niemandem behauptet worden.

[15] Vermögenszuwendung — die aber nicht nothwendigerweise eine Liberalität zu sein braucht. Aus dem modernen Rleben kommen hier vorzugsweise in Betracht a) die bäuerlichen Gutsübergaben mit Ausmachung einer Abfindung für die Geschwister oder andere Personen, b) die Erbverträge mit Auflagen zu Gunsten Dritter, c) die Lebensversicherungen und Spar- und Versorgungskasseneinkäufe zu Gunsten Dritter, d) die Schuldübernahme bei Verkauf oder sonstiger Uebergabe von Immobilien und bei Geschäftsabtretungen. Für den ersten Fall hat auch das OAG. zu Jena ein Forderungsr. des Dritten anerkannt (Sf. II. 13, Busch Nr. 27, anders freilich das. Nr. 26); s außerdem die Plenarbeschlüsse des Geh. Obertribunals zu Berlin vom 22. Juni und 25. August 1846 (Sf. I. 78, III. 90, Busch Nr. 32) und das Urtheil des OAG. zu Berlin vom 28./9. 1867 (Sf.

Digitized by Google

§ 316a.

Wie ist der Vorgang der Erzeugung eines Forderungsrechts für den Dritten durch den zu seinen Gunsten abgeschlossenen Vertrag näher zu denken?[1] Diese Frage hat nicht bloß theoretische, sondern auch praktische Bedeutung. Denn nur aus der Erkenntniß der Natur

---

XXI. 224). [Sf. LII. 88. Uebergabe eines Handelsgeschäftes mit Bedingung von Abfindungen: Sf. L. 11.] Für den zweiten Fall wird dem Dritten ein Forderungsr. selbst von Solchen zugestanden, die sonst prinzipiell am r. R. festhalten, so von Buchka S. 194 fg., vgl. auch Hartmann Erbverträge S. 37 fg. 40 fg. und die Urtheile der OAGerichte zu Lübeck bei Sf. VII. 68, XXIII. 220, und zu Celle, das. V. 229, XXXII. 255. S. auch XXIX. 249. Ueber den dritten Fall vgl. Gareis S. 275 fg. und Sf. XXIII. 221. XXIV. 155, auch HGB. Art. 785. 786. Was den Fall der Schuldübernahme angeht, so ist im gegebenen Fall vor Allem darauf zu sehen, ob wirklich die Absicht vorliegt, daß der Dritte (der Gläubiger) Gläubiger des Uebernehmenden werden soll, oder ob die Uebernahme nur in dem Sinn des Eingehens einer persönlichen Verpflichtung gegenüber dem Schuldner geschieht. Wenn es sich von selbst versteht, daß von einem Vertrage zu Gunsten eines Dritten nur in dem ersten Fall geredet werden darf, so ist doch auch in ihm die Annahme eines Vertrages zu Gunsten eines Dritten zur Construction des Schuldüberganges nicht nöthig, s. § 338. Vgl. aus der Praxis Sf. XXI. 38 und Citate das., XXI. 39—41, XXIII. 219, XXVII. 17, XXXII. 219, XXXIII. 146. RG. XVII. S. 96. [Sf. L. 243 (Verkauf mit Auflage der Aushaltung eines Pachtvertrages).] — Die im Text aufgestellte Regel soll nicht exclusiv sein; sie will die Frage offen lassen, ob nicht auch in einzelnen der nicht von der Regel begriffenen Fälle sich eine constante Rechtsübung für das Forderungsr. des Dritten nachweisen läßt. — Bähr, Regelsberger, Gareis fassen die Regel weiter: der Dritte soll ein Forderungsr. in allen Fällen erwerben, in welchen der Bestimmungsgrund des Versprechens zu Gunsten des Dritten aus dem Verhältniß des Versprechenden zum Versprechensempfänger hergenommen ist. Unger erklärt für das entscheidende Moment, daß der Vertrag um des Interesse des Dritten willen abgeschlossen worden, Busch die Absicht, ihm eine Liberalität zu erweisen. Siegel verlangt nichts, als eine dem Dritten zum Vortheil gereichende Leistung. Umgekehrt will Stobbe nicht über die drei ersten der oben genannten Fälle hinausgehen.

[1] Es bedarf kaum der Bemerkung, daß in die Construction des Vertrages § 316a.
zu Gunsten eines Dritten nicht die Kategorie der Stellvertretung eingemischt werden darf. Dieß ist namentlich in früherer Zeit vielfach geschehen (s. d. Nachweisungen bei Buchka a. a. O.), und kommt auch heutzutage noch vor. Und doch liegt der Unterschied auf der Hand. Wer einen Vertrag zu Gunsten eines Dritten abschließt, handelt in eigenem Namen, wer einen Vertrag als Stellvertreter abschließt, handelt in fremdem Namen. Jener will durch seine Handlung eine Wirkung für einen Andern erzeugen, dieser will, daß statt seiner ein Anderer als vertragschließend gedacht werden soll. Vgl. noch Gareis S. 34 fg., Zimmermann S. 61 fg. [Tartufari p. 299 s., Leonhard die Anfechtbarkeit der Verträge für das Vermögen eines Dritten. Leipz. 1892 S. 7 fg., Hellwig S. 49.] Andererseits ist es richtig, daß, wie scharf auch der Unterschied begriffsmäßig ist, er sich im Leben leicht verwischen wird, und nicht bloß im Ausdruck

Digitized by Google

jenes Vorganges lassen sich die näheren Regeln für den Vertrag zu Gunsten des Dritten gewinnen. Es sind verschiedene Wege der juristischen Construction eingeschlagen worden.

1. Die früher herrschende[2] Construction, welche auch jetzt noch von Manchen festgehalten wird[3], war die, daß man ein Forderungsrecht für den Dritten aus dem zu seinen Gunsten abgeschlossenen Vertrag nicht unmittelbar, sondern erst durch seine Acceptation, also aus einem neuen durch ihn mit dem Versprechenden abgeschlossenen Vertrag, entstehen, bis zur Acceptation aber den Versprechenden durch den abgeschlossenen Vertrag gebunden sein ließ. Diese Construction genügt dem Parteiwillen nicht. a. Sie genügt dem Parteiwillen nicht in ihrer gewöhnlichen Gestalt, nach welcher eine Gebundenheit des Versprechenden bloß dem andern Vertragschließenden gegenüber angenommen wird. Denn aus dieser Gebundenheit folgt nur, daß der Versprechende die abgegebene Schuldnererklärung nicht zurücknehmen darf, nicht aber, daß er sie nicht zurücknehmen kann. Nimmt er sie dennoch zurück, so liegt darin ein Vertragsbruch gegenüber dem anderen Vertragschließenden; aber deßwegen ist es nicht weniger wahr, daß der Dritte eine zu acceptirende Schuldnererklärung nicht mehr vorfindet und daher durch seine Acceptation Gläubiger nicht werden kann[4]. b. Man muß also nothwendig weiter gehen und annehmen, daß der Versprechende nicht bloß verpflichtet sei, bei seiner Willenserklärung zu beharren, sondern daß das Recht seinen Rücktritt für nicht geschehen erkläre[5]. Aber

(vgl. I § 73 [15]), sondern auch im Willen der Parteien. Ueber die Frage, was im Zweifel als gewollt anzunehmen ist, s. Brinz S. 1628 [IV S. 391], Gareis S. 101 fg. Jeden Unterschied leugnet frischweg Ogonowski die Geschäftsführung ohne Auftrag nach österr. R. (Lemberg 1867) S. 96 fg.

[2] S. Gareis S. 62 fg.

[3] So namentlich von Beseler, Busch, Wächter (Pand. II S. 390). S. auch Platner ACPra. L S. 220 fg.

[4] Es wird also gegen diese Construction nicht eingewendet, daß der Dritte die zu seinen Gunsten abgegebene Schuldnererklärung nicht acceptiren könne, weil sie nicht ihm gegenüber abgegeben worden sei, denn s. § 309, Ziff. 3. Sondern es wird gegen sie eingewendet, daß sie dem Dritten eine von der Willkür des Versprechers unabhängige Sicherheit der Forderungsberechtigung zu gewähren nicht im Stande ist, und somit der Intention des zu seinen Gunsten abgeschlossenen Vertrages nicht gerecht wird.

[5] Diesen Sinn hat es, wenn gelehrt wird (so namentlich von Hugo Grotius, Gareis S. 70), daß der Versprecher auch von dem Versprechensempfänger nicht seiner Verbindlichkeit entlassen werden kann. Gareis gebraucht zur Bezeichnung dieses Falles den Ausdruck „Collectivofferte".

Digitized by Google

auch in dieser Gestalt wird die Construction dem Willen der Parteien nicht gerecht. Denn dieselben wollen eben nicht, daß ein Forderungsrecht für den Dritten erst durch einen an ihren Vertrag sich anschließenden, durch die Acceptation des Dritten zu Stande kommenden neuen Vertrag entstehen soll, sie wollen, daß der Dritte Gläubiger durch ihren Vertrag unmittelbar werden soll.

2. Eine andere in der neueren Zeit aufgestellte Construction läßt ein Forderungsrecht für den Dritten aus dem zu seinen Gunsten abgeschlossenen Vertrag zwar unmittelbar, ohne Acceptation von seiner Seite, entstehen, betrachtet aber dieses Forderungsrecht als die Erstreckung eines andern aus dem Vertrage zunächst zu Gunsten des Versprechensempfängers entstandenen, auf den Dritten durch stillschweigende Cession[6] oder Ermächtigung[7] übergegangenen Forderungsrechts. Auch diese Construction thut dem Parteiwillen nicht Genüge. Denn nicht nur ist es beim Vertrage zu Gunsten eines Dritten nicht nothwendig, daß der Empfänger des Versprechens für sich selbst forderungsberechtigt werden will[8], sondern vor Allem, wenn er dieß auch will, will er dem Dritten doch nicht sein Forderungsrecht zuwenden, sondern er will ihm ein selbständiges Forderungsrecht verschaffen. Er will, wenn er überhaupt forderungsberechtigt werden will, forderungsberechtigt werden auf Erfüllung der dem Versprechenden gegenüber dem Dritten obliegenden Verbindlichkeit, aber er will nicht umgekehrt eine Verbindlichkeit des Versprechenden gegen den Dritten durch Gewährung des ihm zustehenden Forderungsrechts erst begründen.

3. Die allein zutreffende Construction[9] ist, daß man das Forderungsrecht des Dritten hervorgehen läßt wie aus dem zu seinen Gunsten abgeschlossenen Vertrag als solchem, so auch ohne Durchgang durch die Person des Versprechensempfängers. Alles Nähere

---

[6] So namentlich Strippelmann und Zaun, welcher Letztere sich dafür direct auf das r. R. beruft. Vgl. [5]. S. auch Seuffert § 278.

[7] So Bähr.

[8] Vgl. Unger S. 77, Siegel S. 145.

[9] Für dieselbe namentlich Unger, Regelsberger, Gareis, Siegel [Tartufari p. 302 s. 307 s. 358 s., Cohen S. 53 fg., Ehrenzweig S. 48 fg. bes. S. 59; s. aber auch Leonhard (1) S. 46.], Bähr meint (Urtheile des Reichsger. S. 83), das sei keine Construction, sondern Verzicht auf eine solche. Ich verstehe diesen Einwand nicht. Construction einer rlichen Erscheinung ist Zurückführung derselben auf die ihr zu Grunde liegenden Begriffe. Die hier vorgetragene Theorie sagt, daß das Forderungsr. des Dritten begründet werde

Digitized by Google

aber hängt von dem Willen der Contrahenten ab. Sie können den Willen haben, daß das Forderungsrecht sofort, oder aber daß es erst nach einer gewissen Frist[10] oder bei einer gewissen Gestaltung der Verhältnisse (unter einer Bedingung)[11] entstehen solle. Wenn sie nicht sofortige Entstehung wollen, kann ihre Meinung die sein, daß die Anwartschaft des Dritten ihrer Willkür entrückt sein soll, oder aber daß diese Anwartschaft soll widerrufen werden können[12]. Nicht minder hängt es von ihrem Willen ab, ob der Dritte allein, oder ob neben ihm auch der Versprechensempfänger forderungsberechtigt werden soll[13. 14].

[1. Das RGB. erkennt es, ohne weitere Voraussetzungen als die allgemeinen Gültigkeitsbedingungen eines obligatorischen Vertrages überhaupt (Causalverhältniß zwischen Versprechenden und Versprechensempfänger: s. Hellwig S. 44 fg., Geschäftsfähigkeit und Verfügungsfähigkeit: S. 61 fg., Form: S. 66 fg.),

---

1) durch eine Willenserklärung des Versprechenden, 2) welche nicht ihm, dem Dritten, gegenüber, sondern einem Andern gegenüber abgegeben worden ist, 3) welche aber von diesem Andern durch seine Willenserklärung festgehalten worden ist. Was fehlt hier zur „Construction"?

[10] Etwa mit dem Tode des Versprechensempfängers.

[11] Etwa wenn der Dritte den Versprechensempfänger überleben sollte. Auch das ist nicht ausgeschlossen, daß als Bedingung eine Gegenleistung des Dritten gestellt werde. So ist beim Schuldübernahmevertrag (wenn man denselben auf der Grundlage eines Vertrages zu Gunsten eines Dritten construiren will) die Bedingung (regelmäßig) die, daß der Gläubiger den Uebernehmer als einzigen Schuldner annehme, also auf sein Forderungsr. gegen den bisherigen Schuldner verzichte.

[12] Im letzten Fall ist dem Dritten ein Forderungsr. verliehen unter der Bedingung nisi noluerim. Das Widerrufsr. kann dem Versprechensempfänger für sich allein gegeben worden sein, oder es kann von dem Consens der Contrahenten abhängig gemacht worden sein. Es kann auch bestimmt worden sein, daß das Widerrufsr. mit einem gewissen Ereigniß, und so namentlich auch mit der Acceptation des Dritten aufhören soll. Nur in diesem Fall kommt die Acceptation des Dritten zur Geltung, welche im Uebrigen für die Entstehung seines R. gleichgültig ist. Vgl. Sf. XXXV. 165, XLIII. 264. [LII. 88 geg. E.]

[13] In diesem letzten Fall ist noch Verschiedenes möglich. a. Der Versprechensempfänger soll forderungsberechtigt werden auf die Leistung an den Dritten. b. Er soll forderungsberechtigt werden auf die Leistung an sich selbst. Im Fall bei b ist ihm das R. des einseitigen Widerrufs vorbehalten.

[14] Vgl. zu dem hier nach Note [9] Gesagten Gareis S. 204 fg. 242 fg. 250 fg., Siegel S. 155 fg. Aus dem Gesagten geht hervor, daß die Lehre vom Vertrage zu Gunsten eines Dritten ihren Hauptinhalt aus der Betrachtung der einzelnen Fälle zu schöpfen hat. Die allgemeine Lehre kann nur das Princip feststellen: Möglichkeit der Zuwendung eines Forderungsr. durch vertragsmäßige Collectiverklärung. Im Uebrigen kommt es auf den Sinn des Vertrages an. Bähr hält zwar diese Verweisung auf die „Absicht" der Parteien für eminent

Digitized by Google

als möglich an, in einem Vertrage eine Leistung an einen Dritten in der Weise auszubedingen, daß der Dritte unmittelbar das Recht erwirbt, die Leistung zu fordern (328 Abs. 1). Ueber Verträge auf Leistung an Dritte, die den Dritten nicht berechtigen wollen, s. Hellwig S. 72 fg. In Ermangelung einer besonderen Bestimmung des Vertrages ist aus den Umständen, insbesondere aus dem Zweck des Vertrages, zu entnehmen, welche Folgen im Verhältniß zu dem Dritten eintreten „sollen", d. h. gemäß demjenigen, was die Parteien gewollt haben, oder als billig und vernünftig denkende Leute (nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte) gewollt haben würden, wenn sie den Punkt bedacht hätten. In dieser Weise ist nach § 328 Abs. 2 zu entscheiden:

a) ob der Dritte durch den Vertrag berechtigt werden soll und zwar muß positiv erhellen, daß diese Frage zu bejahen ist; anderen Falls ist sie zu verneinen. Soll er erst mit seinem Beitritt zu dem Vertrage als dritter Contrahent

---

unpraktisch; aber operirt er nicht selbst mit der von ihm so sehr perhorrescirten Absicht, wenn er nicht aus jeder Beredung zu Gunsten eines Dritten ein Forderungsr. für den Versprechensempfänger entstehen läßt (§ 316 [3]), und ein Forderungsr. für den Dritten nur auf Grund davon, daß der Versprechensempfänger das ihm erworbene Forderungsr. dem Dritten „zuweist"? Daß diese Zuweisung ausdrücklich geschehen müsse, ist Bähr's Meinung nicht: woraus soll sie denn erkannt werden? Aber es scheint fast, daß Bähr annimmt, die Zuweisung brauche nicht nur nicht ausdrücklich erklärt, sondern sie brauche auch nicht gewollt zu sein. Wenigstens finde ich nirgends bei ihm eine Einschränkung des Satzes, daß der Vertrag zu Gunsten eines Dritten, wenn er den Versprechensempfänger zum Gläubiger macht, auch dem Dritten ein Klager. gewähre. Oder will Bähr zwischen Wollen und „bewußtem Wollen" (Arch. S. 162) unterscheiden? Ist dieß nicht der Fall, so lehrt er in Wirklichkeit, daß das Forderungsr. des Versprechensempfängers auf den Dritten nach Rvorschrift übergehe. Aber was sollte die Rordnung bestimmen, aus einem Vertrage, in welchem nichts gewollt ist, als daß A Gläubiger werden soll, den B zum Gläubiger bloß deßwegen zu machen, weil die dem A versprochene Leistung in der Person des B erfolgen soll? Bequem für die Praxis würde eine solche Rvorschrift freilich sein, aber daß sie gerecht sein würde, davon kann ich mich nicht überzeugen. — Ueber die Frage, ob dem Dritten Einreden aus der Person des Promissars entgegengesetzt werden dürfen, vgl. Gareis S. 241 fg., Karlowa S. 73 fg., Regelsberger bei Endemann S. 478, Bähr Arch. S. 174 fg. — Specialfragen: a) unterliegt bei einer Lebensversicherung zu Gunsten eines Dritten die Versicherungssumme nach dem Tode des Versicherungsnehmers dem Zugriff der Gläubiger des Versicherungsnehmers? Vgl. Scherer Jahrb. f. Dogm. XX S. 149 fg. Danz (§ 316*) S. 136 fg., Verhandlungen des 16. deutschen Juristent. I S. 141 fg. (Malß). 200 fg. (Elster). II S. 101 fg. 356 fg. Heck die Lebensversicherung zu Gunsten Dritter, eine Schenkung auf den Todesfall ABR. IV S. 17 fg. [Oppenheimer die Stellung der Gläubiger eines überschuldeten Nachlasses zu einer vom Verstorbenen zu Gunsten einer bestimmten Person abgeschlossenen Lebensversicherung Erl. Diss. 1897.] RG. I S. 188, XI S. 174, XVI S. 126, [XXXII S. 162 fg.] Sf. XXVI. 177, XLIII. 145 (RG.). 292, [XLVI 48. XLVII 225 (RG)]. b) Wie gelangt der Dritte, dem die Police nicht übergeben worden ist, nach dem Tode des Versicherungsnehmers in den Besitz derselben? Pfizer ACPra. LXXII S. 49 fg.]

Digitized by Google

berechtigt werden, so haben die Parteien ihm nicht durch ihren Vertrag ein Recht zuwenden wollen, sondern nur verabredet, ihm die Schließung eines Vertrages anzutragen. Vgl. Hellwig S. 145 fg.

b) Ebenso ist zu entscheiden, ob das Recht des Dritten sofort entstehen soll oder nur unter gewissen Voraussetzungen und unter welchen. (Vgl. Hellwig S. 208 fg.)

c) Ebenso, ob den Vertragschließenden die Befugniß vorbehalten sein soll, das Recht des Dritten, nachdem es entstanden ist, ohne seine Zustimmung aufzuheben oder zu ändern. Vor der Entstehung des Rechts des Dritten können sie ihren Vertrag beliebig aufheben oder ändern. Nach der Entstehung können sie dieß nur auf Grund eines positiv feststellbaren dahingehenden Vorbehalts. Ist die Leistung an den Dritten von Bedingungen abhängig gemacht oder befristet, so unterliegt es der Auslegung gemäß b, ob er als bedingt oder befristet Berechtigter dastehen sollte (vgl. 160. 163), so daß schon jetzt die Vertragschließenden nur auf Grund positiven Vorbehalts sein bedingtes oder befristetes Recht verkümmern können, oder ob er vor Eintritt des Termins oder der Bedingung noch gar nicht berechtigt sein soll. Wenn die Parteien dem Dritten ein Recht zuwenden, welches ihm kraft Vorbehalts wieder entzogen werden kann, so entsteht die Frage, warum sie nicht vielmehr statt dessen ihm ein Recht erst von Eintritt des Umstandes oder des Termins an zuwenden, von welchem an es auch unentziehbar werden soll. Es kann aber sehr wohl zweckmäßiger sein, dem Dritten einstweilen ein entziehbares, als ihm gar kein Recht zuzuwenden. Mit Recht verweist Planck zu § 328 Anm. 2 darauf, daß der Dritte, wenn er das Recht hat, trotz dessen Entziehbarkeit im Concurse des Versprechenden als Concursgläubiger auftreten kann, weil er ein zur Zeit der Concurseröffnung bestehendes Recht hat (KO. 3 Abs. 1). Vgl. Hellwig S. 314 fg. 327 fg.

2. Für einzelne Fälle gibt das Gesetz besondere Anhaltspunkte.

a. Wenn der Versprechende sich zur Befriedigung eines Gläubigers des andern Vertragschließenden verpflichtet, so kann es sein, daß er die Schuld im Sinne der Singularnachfolge in dieselbe übernimmt (nur dieß heißt im BGB. eine Schuld übernehmen; vgl. 414 fg.). Ist das nicht der Fall, so wird im Zweifel auch nicht angenommen, daß der Gläubiger durch den Vertrag Rechte erlangen sollte (329). Der Vertrag ist also dann im Zweifel nicht als s. g. cumulative, sondern als s. g. interne Schuldübernahme aufzufassen, welche den Uebernehmer nur dem Schuldner gegenüber verpflichtet. Vgl. aber auch Hellwig S. 159 fg. bes. 186 fg.

b. Lebensversicherungsverträge mit Ausbedingung der Zahlung der Versicherungssumme an einen Dritten, Leibrentenverträge gleicher Art, unentgeltliche Zuwendungen mit Auflage der Leistung an einen Dritten, Vermögens- oder Gutsübergaben mit Beding einer Abfindung für Dritte, sind im Zweifel dahin aufzufassen, daß die Dritten unmittelbar berechtigt werden sollen (330). Es wird also des positiven Anhalts bedürfen, wenn behauptet wird, daß der Erwerb des Rechts von besonderen Voraussetzungen abhängig gemacht sei; ein solcher Anhalt kann sich namentlich aber aus § 331 ergeben (c). Vgl. Hellwig S. 153 fg.

c. Soll die Leistung an den Dritten nach dem Tode des Versprechensempfängers erfolgen, so liegt darin im Zweifel eine Art von Fürsorge von Todes-

Digitized by Google

wegen für den Dritten. Er erwirbt dann im Zweifel das Recht mit dem Tode des Versprechensempfängers (331 Abs. 1). Es kann also z. B. bei einer Lebensversicherung zu Gunsten Dritter zwar der Versicherte ohne besonderen Vorbehalt den Versicherungsvertrag in Gemeinschaft mit dem Versicherer aufheben; aber der Erbe des Versicherten kann dieß nicht. Wenn nun der Dritte erst nach dem Tode des Versprechensempfängers geboren wird, so kann er das Recht erst mit seiner Geburt erwerben, und es könnte bis dahin an und für sich der Erbe des Versprechensempfängers in Gemeinschaft mit dem Versprechenden den Vertrag noch aufheben oder ändern. Hiermit aber würde die fürsorgliche Absicht des Verstorbenen vereitelt werden, und deßwegen bestimmt § 331 Abs. 2, daß solche Aenderung oder Aufhebung nur auf Grund Vorbehalts möglich ist. Vgl. Hellwig S. 156 fg.

d. Hat sich der Versprechensempfänger die Befugniß vorbehalten, ohne Zustimmung des Versprechenden an die Stelle des in dem Vertrage bezeichneten Dritten einen Andern zu setzen, so kann dieß im Zweifel auch in einer Verfügung von Todeswegen geschehen (332), während ohne diese besondere Vorschrift nach allgemeinen Grundsätzen eine Erklärung an den Versprechenden erforderlich wäre. Vgl. Hellwig S. 220 fg.

3. Das erworbene Recht des Dritten ruht immer noch auf dem Vertrage, und ist daher allen Einwendungen aus dem Vertrage (334), insbesondere auch der Einrede des von dem Versprechensempfänger nicht erfüllten Vertrages ausgesetzt. Die etwa mögliche Anfechtung des Vertrages erfolgt im Allgemeinen seitens des einen Contrahenten dem andern gegenüber mit der Wirkung, daß mit der Vernichtung des ganzen Vertrages auch das Recht des Dritten rückwirkend beseitigt wird (142); in dem Falle des § 123 Abs. 2 S. 2 dagegen ist die Anfechtung an den Dritten zu erklären (143 Abs. 2; s. I S. 346 fg. unter 2 S. 370). Vgl. Hellwig S. 268 fg., der aber § 123 Abs. 2 S. 2 hier nicht für anwendbar hält (S. 286 fg.).

4. Das erworbene Recht des Dritten kann von ihm durch einseitige Erklärung an den Versprechenden zurückgewiesen werden und gilt dann als nie erworben (333). Vgl. Hellwig S. 261 fg.

5. Der Versprechensempfänger wird im Zweifel berechtigt, die Leistung an den Dritten zu fordern, auch dann, wenn dieser selbst berechtigt wird (335). Sind beide berechtigt, so ist das Verhältniß dem der Gesammtgläubiger sehr ähnlich (Stammler S. 170 fg.), aber doch wohl nicht mit Hellwig S. 310 fg. für identisch mit Gesammtgläubigerschaft zu halten. Mindestens ist es ein Gesammtgläubigerverhältniß sehr besonderer Art. Denn bei jenem Verhältniß kann jeder Gläubiger Leistung an sich selbst verlangen; hier aber kann dieß nur der Dritte; der Versprechensempfänger kann nicht Leistung an sich, sondern nur ebenfalls Leistung an den Dritten fordern. Die Wirkungen einer Zurückweisung des Rechts durch den Dritten gestalten sich verschieden, je nachdem nur er oder auch der Versprechensempfänger berechtigt ist.

a) Sind der Dritte und der Versprechensempfänger neben einander berechtigt, so vernichtet die Zurückweisung des Rechts durch den Dritten dessen Recht; das Recht des Versprechensempfängers auf Leistung an den Dritten bleibt aber bestehen. Weist der Dritte die vom Schuldner ihm angebotene Leistung

Digitized by Google

zurück, was von dem Zurückweisen des Rechts zu unterscheiden ist, so kann darin nicht mit Planck zu § 335, 2 ein nachträgliches (vom Versprechenden wie vom Versprechensempfänger nicht zu vertretendes) Unmöglichwerden der Leistung gefunden werden, sondern es wird, wie Hellwig S. 267. 111 fg. zutreffend ausführt, zu Lasten des Versprechensempfängers Annahmeverzug begründet mit den Folgen, welche einem solchen überhaupt zukommen. Die Annahme eines Unterganges der Leistungspflicht durch Ablehnung seitens des Dritten bedarf besonderer Gründe aus dem einzelnen Fall; s. Hellwig S. 115 fg.

b. Ist nur der Dritte aus dem Vertrage berechtigt, so ist die Zurückweisung seines Rechts auf die Leistung nothwendig die Vernichtung des einzigen Rechts, welches der Vertrag zu Lasten des Schuldners begründet hat, und die Befreiung des Schuldners beruht hierauf, nicht auf Eintritt einer Unmöglichkeit der Leistung. Die vereinbarte Gegenleistung bleibt in diesem Falle der Versprechensempfänger dem Versprechenden schuldig. Er hat die Begründung des Rechts des Dritten als ausreichendes Aequivalent angesehen, um sich zu einer Leistung seinerseits an den Versprechenden zu verpflichten, und dieses Aequivalent hat er erhalten; ob und welchen Gebrauch der Dritte von seinem Rechte macht, ist auf die Verpflichtung des Versprechensempfängers ohne Einfluß, soweit nicht ein solcher Einfluß besonders in dem Vertrage bestimmt ist.]

Vertrag zu Lasten eines Dritten.

§ 317.

Wenn Jemand die Handlung eines Dritten verspricht, so verpflichtet er dadurch den Dritten nicht, bloß mit Ausnahme des Falles, wo er die Handlung seines Erben oder Eines seiner Erben verspricht[1]. Weiter ist in dieser Beziehung auch das heutige Recht nicht gegangen[2]. Dagegen verpflichtet der Versprechende sich selbst, wenn die Absicht des Vertrages hierauf geht, sei es daß er verpflichtet werden will, nach seinen Kräften dafür zu sorgen, daß der Dritte in der bezeichneten Weise handele, oder daß er verpflichtet werden will, unter allen Umständen für das Handeln des Dritten einzustehen[3].

[Das BGB. hat den Vertrag über Leistung eines Dritten nicht behandelt. Er kann aber auch unter der Herrschaft des BGB. vorkommen und die eine oder die andere der bei [3] bezeichneten Bedeutungen haben. Daß er im Zweifel die

§ 317. [1] L. un. C. 4, 11. Vgl. l. 56 § 1 D. 45, 1 und § 316 [9. 10].

[2] Der Vertrag kann nur dadurch aufrecht erhalten werden, daß durch Auslegung nachgewiesen wird, der eigentliche Sinn des Versprechenden sei gewesen, im Namen des Dritten zu versprechen.

[3] § 3. 21 I. 3, 19, l. 14 § 2 D. 13, 5, l. 38 § 1. 2. 13. 24 D. 45, 1, l. 83 pr. l. 112 § 1 eod., l. 65 D. 46, 1, l. 13 pr. l. 18. 19 D. 46, 8. Sf. XVIII. 31. [Massa Arch. giur. L p. 37 s. 199 s. 344 s., Milone della promessa di curare il fatto di un terzo, Studi guiridici dedicati ed offerti a Francesco Schupfer III (Torino 1898 p. 55 s.)]

Digitized by Google

zweite habe, hatte der I. Entw. § 348 Abs. 2 vorgesehen, die II. Commission hat aber diesen Satz verworfen (Prot. S. 916). Eine Bestimmung über das Versprechen einer Leistung der Erben des Versprechenden sehen die Motive II S. 182 wegen des (gestrichenen) § 348 Abs. 2 des I. Entwurfs und der Bestimmungen über den Vermächtnißvertrag als überflüssig an. In der That kann ein solcher Vertrag ein Vermächtniß- oder Auflagevertrag sein (2278 Abs. 2). In diesem Falle unterliegen Anfechtung und Rücktritt den Bestimmungen über Verträge dieser Art (2281 fg. 2294 fg.). Der Vertrag kann aber auch als ein Vertrag unter Lebenden unter Befristung der Leistung bis zur Zeit des Todes des Versprechenden aufzufassen sein: dann richten sich Anfechtung und Rücktritt nach den Bestimmungen über Verträge unter Lebenden.]

Grund des Vertrages.*

§ 318.

In verschiedenen Wendungen wird gelehrt, daß zur Gültigkeit oder zur vollständigen Wirksamkeit des Vertrages das bloße acceptirte Versprechen nicht genüge, daß dazu auch ein Verpflichtungsgrund (eine causa) erforderlich sei. Hierüber bemerke man Folgendes.

---

* Vgl. zu dem Folgenden: Liebe die Stipulation und das einfache Versprechen S. 1—3. 66 fg. (1840). Schmid Rec. der vorstehenden Schrift kr. Jahrb. Bd. 10 S. 880—904 (1841). Liebe ZS. f. CR. u. Pr. XV S. 197 fg. (1841). Delbrück ZS. für volksthümliches R. von Eberty I S. 228 fg. 186 fg. (1844). Gneist die formellen Verträge des neueren römischen Obligationenr. S. 113 fg. (1845). Windscheid die Lehre von der Voraussetzung S. 198. 199 (1850). Savigny Obl. II § 78 (1853). Bähr die Anerkennung als Verpflichtungsgrund S. 11 fg. 152 fg. (1855. 2. Aufl. [1867] S. 11 fg. 166 fg.) Heimbach ZS. f. CR. u. Pr. N. F. XIII S. 91 fg. (1856). Arndts kr. Uebersch. IV S. 220—223. 226—239 (1857). Unger rliche Natur der Inhaberpapiere S. 64—70 (1857). Bähr Jahrb. f. Dogm. II S. 293—306. 367—394 (1858). Schlesinger zur Lehre von den Formalcontracten S. 1 fg. (1858, vgl. darüber kr. VJS. I S. 105 fg.). Gneist Comm. de causae probatione stipulatoris (1858). H. Witte Bereicherungsklagen § 32 (1859). Girtanner die Stipulation (1859, vgl. darüber den Bericht kr. VJS. I S. 427 fg.). Kuntze Wechselr. S. 42—44. 276—285 (1862). Voigt die condictiones ob causam § 32. 61 (1862). v. Salpius Novation und Delegation S. 504 fg. (1864). Ihering Geist des r. R. III zu 265b fg. (1865). Koch ZS. f. HR. X S. 446 fg. (1866). Bekker kr. VJS. IX S. 260—284 (1867). (Eine sehr dankenswerthe Uebersicht über die bis hierhin citirte Literatur gibt H. Witte kr. VJS. VI S. 330—398). Hesse über das Wesen und die Arten der Verträge des heutigen r. R. (1868.) (Vgl. über diese Schrift Bechmann kr. VJS. XI S. 133 fg.) Schloßmann zur Lehre von der causa obligatorischer Verträge (1868). Fitting ACPra. LII S. 396 Anm. S. 404 fg (1869). Hruza Novation S. 64 fg. (1881). v. Liebe Gruchot's Beitr. XXVIII S. 547 fg. (1884). Puchta § 257 und Vorl. dazu, Rudorff zu Puchta § 257 e. h., Arndts § 233, Sintenis II S. 257—261 (vgl. auch S. 241. 242), Brinz 1. Aufl. S. 424. 2. Aufl. II S. 139 fg. 471, Bangerow

Digitized by Google

1. Versteht man unter Verpflichtungsgrund den Grund, welcher den Versprechenden zur Abgabe des Versprechens bestimmt, so ist zu sagen, daß es einen Vertrag ohne Verpflichtungsgrund nicht gibt. So wenig wie irgend eine menschliche Handlung ohne Bestimmungsgrund vorgenommen wird[1], so wenig wird ein Versprechen ohne Bestimmungsgrund abgegeben.

2. Das Versprechen kann sich seinem Bestimmungsgrunde gegenüber in doppelter Weise verhalten. Möglicherweise kann es denselben als integrirenden Bestandtheil in sich aufnehmen; möglicherweise aber kann es sich von seinem Bestimmungsgrund loslösen und sich demselben gegenüber selbständig hinstellen[2]. Wenn behauptet wird, daß das acceptirte Versprechen in Loslösung von seinem Bestimmungsgrunde eine Verbindlichkeit zu erzeugen nicht, oder doch nur in Ausnahmefällen, im Stande sei, so ist diese Behauptung zurückzuweisen, mag man auf die Natur der Sache oder auf die positiven Vorschriften des gemeinen Rechts sehen[3]. Ebensowenig kann der

---

7. Aufl. III § 600 Anm., Dernburg II § 22, Wendt § 198., Hasenöhrl österr. Oblig.-R. I S. 348 fg. [S. auch I § 98 [1]. Ferner Hartmann Grundprinzipien des englisch-amerikanischen Vertragsr. gegenüber der deutschen gemeinrlichen Vertragsdoctrin ACPra. LXXVII S. 161 fg. (die „good consideration"). In Parallele dazu: Derselbe die liberatorischen Verträge und ihr Rechtsgrund insbesondere ACPra. LXXXV S. 1 fg.].

§ 318. [1] Von dem Falle der Geistesstörung wird hier natürlich abgesehen. Vgl. Cic. de fato c. 11. „Communi — — consuetudine sermonis abutimur, cum ita dicimus, velle aliquem aut nolle sine causa, ita enim dicimus sine causa, ut dicamus, sine externa et antecedente causa, non sine aliqua".

[2] Der Darlehensempfänger verspricht, weil er 100 als Darlehn empfangen hat; aber er verspricht auch zurückzugeben die empfangenen 100. Ebenso verspricht der Käufer nicht eine Summe Geldes schlechthin, er verspricht eine Summe Geldes für eine von ihm gekaufte Sache. In gleicher Weise verspricht der Mandatar nicht eine Thätigkeit bestimmten Inhalts schlechthin, sondern eine Thätigkeit, wie sie erforderlich ist, um dadurch dem ihm ertheilten Auftrage zu genügen. Diesen Fällen stelle man den Fall entgegen, wo Jemand einen Schein ausstellt des Inhalts: Ich verspreche am 1. des künftigen Monats dem X. 100 zu geben. Ein Warum hat auch dieses Versprechen; aber das Warum ist in das Versprechen nicht aufgenommen.

[3] Man mag streiten über den rphilosophischen Grund der verbindenden Kraft des Vertrages (eine Zusammenstellung der darüber geäußerten Ansichten bei Hofmann, die Entstehungsgründe der Obligation, insbesondere der Vertrag, Wien 1874 S. 53 fg., neuerdings Schloßmann der Vertrag, Leipzig 1876, vgl. § 305 Note *); aber wenn einmal das positive R. dem Vertrage bindende Kraft wirklich zuschreibt, so thut es das nur in Anerkennung des Willens der Parteien; der Wille aber, wenn er auch nicht entsteht ohne den Grund, welcher ihn hervorgerufen hat, besteht doch ohne diesen Grund. Es kann nun zwar sehr wohl

Digitized by Google

Satz als wahr anerkannt werden, daß, wenn das Versprechen seinen Bestimmungsgrund nicht wenigstens nenne, der Versprechende die Erfüllung des Versprechens ablehnen könne, bis der Gläubiger den Bestimmungsgrund nachgewiesen habe[4].

---

sein, daß das positive R. aus Gründen der Zweckmäßigkeit die Anerkennung der rserzeugenden Kraft des Willens in der Weise beschränkt, daß es dem Willen als solchem rserzeugende Kraft nicht beilegt, sondern nur dem Willen im Zusammenhange mit seinem Warum; aber eine solche Beschränkung versteht sich nicht von selbst. Daß das r. R. eine Beschränkung der angegebenen Art nicht gekannt hat, beweist (abgesehen von dem später weggefallenen Literal-Contract) die Stipulation, deren Bedeutung ja eben darin liegt, daß sie ein von seinem Grund losgelöster Vertrag ist (oder doch sein kann, vgl. v. Salpius Novation und Delegation S. 214 fg.). Weßwegen mit dem Wegfall der Form der Stipulation (die doch selbst für das r. R. in der letzten Zeit kaum noch eine Form zu nennen war) für uns auch der Satz, dessen Träger die Stipulation war, weggefallen sein sollte, ist nicht abzusehen. Freilich ist bei uns erforderlich, wie es für die Römer erforderlich war, daß, wenn aus einem Versprechen ohne Angabe eines Grundes gefordert wird, darüber kein Zweifel obwalte, daß das Versprechen wirklich als ein von seinem Grunde abgelöstes, als Versprechen schlechthin, abgegeben worden sei, und wenn sich dieß aus dem Versprechen selbst nicht ergiebt, so muß es im Bestreitungsfalle der Kläger beweisen. Aber daraus geht auch hervor, daß man ein Versprechen nicht zu etwas machen darf, was es nicht sein will, und daß, wer sich auf eine bestimmte Natur des Versprechens beruft, dieselbe darthun muß; es geht daraus nicht hervor, daß das Versprechen an sich nicht bindend sei. Eine andere Frage ist es, ob nicht die Gesetzgebung wohl thun wird, zur Erleichterung des Verkehrs an gewisse Formen die Präsumtion anzuknüpfen, daß das Versprechen als reiner Vertrag gemeint sei. Vgl. Bekker a. a. O., Koch Verhandlungen des 8. deutschen Juristentags I S. 296 fg., Hofmann iusta causa traditionis S. 98. — Karlowa Rgeschäft S. 256 fg. wendet gegen die hier vertretene Ansicht ein, die „Gegenüberstellung des einen Theils eines zusammengesetzten Willens gegenüber dem anderen" könne durch das wollende Subject selbst nicht geschehen, sondern nur durch eine über ihm stehende Autorität, welche irgend welchen Formen, in denen der Theilwille auftritt, die Kraft, ihn zu verselbständigen, verleiht". Aber die Rsordnung verleiht die Verselbständigungskraft nicht der Form als solcher, sondern dem in dieser Form ausgedrückten Verselbständigungswillen, und warum sollte sie diese Kraft bloß dem förmlich ausgedrückten Willen verleihen können? Wie Karlowa auch Brinz 2. Auflage II S. 139: „Privatbeliebung kann keinen formlosen Kontrakt zum Formalkontrakt erhöhen". Dawider neuestens Regelsberger in Endemann's Handb. des Handelsr. II S. 485 fg., Dernburg a. a. O. für das heutige R., Wendt a. a. O. S. auch Hruza zur Lehre von der Novation nach österr. und gem. R. (1881) S. 64 fg.

[4] Man behauptet dieß auf Grund von l. 25 § 4 D. 22, 3 und l. 13 C. 4, 30. Aber wenn in Betreff der — man möchte sie fast berüchtigt nennen (vgl. § 412 b [2]) — l. 25 § 4 cit. irgend Etwas unbestritten sein sollte, so ist es das, daß sie von der condictio indebiti handelt. („Sed haec ubi de *solutione* indebiti quaestio est. Sin autem *cautio* indebite *exposita* esse dicatur . . .".) Handelt sie aber von der condictio indebiti, so setzt sie auch Versprechen (Urkunden über Versprechen) voraus, von denen es feststeht, daß sie für eine als

Digitized by Google

3. Ist ein Versprechen unter einer Voraussetzung abgegeben worden, so kann bei Ermangelung der Voraussetzung der Versprechende sich gegen die Forderung aus seinem Versprechen mit einer Einrede schützen (I § 97)[5]. Dieß ist hier deßwegen zu erwähnen,

bestehend angenommene Verbindlichkeit gegeben worden sind. Diese sollen, wenn nicht der Versprechende selbst bei dem Versprechen das debitum bezeugt habe (oder in gewisser Weise bezeugt habe), zurückgefordert werden können (und also auch keine wirksame Forderung begründen), wenn der Gläubiger das debitum nicht nachweise. Ein Versprechen, von welchem es nicht feststeht, daß es für eine als bestehend angenommene Verbindlichkeit gegeben worden sei, wird von der Stelle ebensowenig berührt, wie von den vorhergehenden Bestimmungen derselben eine Eigenthumsübertragung, von welcher es nicht feststeht, daß sie animo solvendi gemacht worden sei. Ebenso geht l. 13 C. cit. davon aus, daß antecedens causa feststehe (— „si quid scriptis cautum fuerit pro quibuscunque pecuniis ex antecedente causa descendentibus"). — Die hier verworfene Ansicht über den Inhalt der r. Vorschriften ist namentlich von Gneist formelle Verträge S. 198 fg. und Comm. de causae probatione stipulatoris (1858) verfochten worden; ihm folgen in Allem Heimbach Lehre vom Creditum S. 388 fg., Fick Heid. kr. ZS. I S. 486 und ZS. f. HR. III S. 251 fg.; übereinstimmend ferner Dernburg Heid. kr. ZS. III S. 509, E. A. Seuffert in Seuffert Pand. II S. 107, v. Salpius Novation und Delegation S. 322—323. 482—483, Leonhard Irrthum S. 248, Ludw. Goldschmidt Jahrb. f. Dogm. XXIV S. 72 fg., Dernburg II § 22 (anders für das heutige R.), Wendt a. a. O. Ziff. 4. Irrig auch Windscheid Voraussetzung S. 198. Für die hier vertheidigte Auffassung haben sich ausgesprochen: Bethmann-Hollweg Versuche S. 290 [90], Bähr Anerkennung S. 146. 252 fg. (159. 282 fg.), Schlesinger zur Lehre von den Formalcontracten S. 42 (welcher aber für das heutige R. die entgegengesetzte Ansicht vertheidigt, s. S. 95 fg. — anders in der Schrift über die rliche Unzulässigkeit der Beschlagnahme des noch nicht verdienten Lohns (1869) S. 34 —), Girtanner Stipulation S. 319, Fitting ZS. f. HR. III S. 293, Witte kr. VJS. VIII S. 207 fg., Hesse Wesen und Arten der Verträge S. 144 fg. (ebenfalls, und zwar außerordentlich energisch, anderer Ansicht für das heutige R., s. auch denselb. Juristische Probleme, Jena 1872, S. 235 fg.), Schloßmann zur Lehre von der causa obligatorischer Verträge S. 1. 21 (welcher Schriftsteller aber in dem einfachen Versprechen einen materiellen Vertrag sieht), Vangerow a. a. O., Huschke Darlehn S. 108 fg. (vgl. aber auch S. 142 [17]), Regelsberger in Endemann's Handb. des Handelsr. II S. 486 ob., v. Liebe a. a. O. (Note *). — Aus der Praxis: Sf. VIII. 168, XI. 109, XVII. 135, XXI. 30, XXIV. 231, XXV. 16. 17, XXXII. 30, XXXV. 15, XXXVI. 21 (RG.), XL. 10.

[5] Es mischt sich hier eine doppelte Bedeutung von causa: causa als zur Voraussetzung erhobener Bestimmungsgrund, und causa als juristischer Rechtfertigungsgrund; denn der Vertrag, dessen Voraussetzung ermangelt, besteht zwar formell zu R., aber es ist materiell ungerecht, daß aus demselben der Gläubiger reicher und der Schuldner ärmer werde. S. l. 1 § 1—3. l. 3 D. 12, 7, l. 2 § 3 D. 44, 4; l. 2 l. 4. l. 5 D. 12, 7, l. 10 D. 12, 4, l. 34. l. 66 D. 12, 6, l. 3 § 5 D. 37, 6. Vgl. § 422 [1], § 423 [8]. — Auf der Verwechslung dieser beiden Arten der causa (Ziff. 2 und 3 des Textes) beruhen auch die Bemerkungen von Witte kr. VJS. VI S. 376—379.

Digitized by Google

weil die Quellen von einem solchen Versprechen sagen, es sei sine causa abgegeben [6].

[Vgl. §§§. 780 fg., 812 fg. und dazu unten bei § 364 und §§ 421 fg.]

f. Arten der Verträge.

α. Reiner (abstracter) Vertrag und individuell charakterisirter Vertrag.

§ 319.

Die einzelnen Verträge unterscheiden sich von einander nicht bloß durch ihren speciellen Inhalt, es gibt auch Artunterschiede zwischen ihnen, welche von rechtlicher Bedeutung sind. Unter diesen Unterschieden ist hier zunächst hervorzuheben der bereits im vorigen § bezeichnete zwischen Verträgen, bei welchen das Versprechen seinen Bestimmungsgrund als integrirenden Bestandtheil in sich aufnimmt, und Verträgen, bei welchen dieß nicht der Fall ist [1]. Bei Verträgen der ersten Art ist nach dem Willen der Parteien der Bestimmungsgrund des Versprechens maßgebend sowohl für die Existenz der Verpflichtung, welche durch den Vertrag begründet werden soll [1a], als für den Inhalt der Leistung, auf welche diese Verpflichtung geht; bei Verträgen der zweiten Art schließen die Parteien den Bestimmungsgrund des Versprechens von allem maßgebenden Einfluß auf die Existenz der Verpflichtung wie auf den Leistungsinhalt aus [1b]. Die am häufigsten gebrauchte Bezeichnung für diesen Gegensatz ist: Formal- oder formeller Vertrag — Material- oder materieller Vertrag; mehr empfehlen sich die in der Ueberschrift dieses § gebrauchten Ausdrücke [2].

[Auch hier vgl. zu § 364.]

---

[6] Die Lehre von der Ungültigkeit des Vertrages sine causa hat noch eine fernere Wurzel, welcher aber lediglich rhistorische Bedeutung zukommt. In l. 7 § 2. 4 D. 2, 14 wird mit Rücksicht auf die römische Lehre von der Nothwendigkeit einer Form des obligatorischen Vertrages erörtert, daß die Form ersetzt werden könne durch die causa des gegebenen Versprechens, was näher dahin bestimmt wird, daß das für eine empfangene Leistung gegebene Versprechen rverbindlich sei (actio praescriptis verbis).

[1] Literatur bei § 318 *. § 319.

[1a] Wer die Rückgabe eines Darlehns verspricht, ist nicht Schuldner, wenn er kein Darlehn empfangen hat, wer Kaufgeld verspricht, ist nicht Schuldner, wenn er nicht gekauft hat oder der Kaufvertrag nichtig ist.

[1b] Vgl. § 364.

[2] Der Ausdruck „Formal- oder formeller Vertrag" ist entstanden unter der irrigen Vorstellung, daß es bei dem reinen Vertrag etwas Anderes außer dem erklärten Willen sei, welchem das R. die Kraft, eine Verbindlichkeit zu erzeugen,

Digitized by Google

β. Einseitige und zwei- oder gegenseitige Verträge.

§ 320.

Eine besonders wichtige Klasse unter den obligatorischen Verträgen bilden diejenigen, welche darauf gerichtet sind, einen Austausch von Leistungen zu bewirken; jede der vertragschließenden Parteien soll für die Leistung, welche sie zu fordern berechtigt wird, ihrerseits ein Aequivalent in einer eigenen Leistung zu geben verpflichtet sein[1]. Man nennt diese Verträge zweiseitige, besser wechselseitige oder gegenseitige Verträge, diejenigen, welche den bezeichneten Inhalt nicht haben, einseitige Verträge. Die letzteren können noch von doppelter Art sein. 1) Wenngleich sie die Partei, welche sie berechtigen, nicht

---

beilege. Auch aus einem andern Grunde ist dieser Ausdruck zu mißbilligen; er muß nothwendigerweise die Vorstellung erwecken, als bedürfe der reine Vertrag zu seinem Bestande einer bestimmten Form der Willenserklärung, und diese Vorstellung ist unrichtig (s. § 318 [3]). Dieser Ausdruck ist daher, wie mir scheint, unter allen Umständen aufzugeben. Vgl. auch Bekker kr. VJS. IX S. 260. 280, Regelsberger civilrl. Erörterungen I S. 138; für diesen Ausdruck neuerdings Brinz 2. Aufl. II S. 139 [26]. Ebensowenig empfiehlt sich der von Thöl (Wechselr. § 17. 21. 56. 57) gebrauchte Ausdruck „Summenversprechen". Der reine Vertrag ist zwar sehr häufig, aber keineswegs nothwendig, auf die Leistung einer Geldsumme gerichtet, und ein Versprechen, welches auf die Leistung einer Geldsumme gerichtet ist, kann sehr wohl individuell charakterisirt sein. Ein anderer Ausdruck, welcher zur Bezeichnung des reinen Vertrages gebraucht worden ist, ist „einfaches Versprechen" (vgl. Liebe Stipulation S. 73). Bei Schlesinger finden sich die Ausdrücke „materiell individualisirter, materiell charakterisirter Vertrag". Dem hier vorgeschlagenen Ausdruck „reiner Vertrag" liegt die Vorstellung zu Grunde, daß der so bezeichnete Vertrag farblos ist (vgl. Unger Jahrb. f. Dogm. VIII S. 190 [12], Hruza [§ 318 [3] a. E.] S. 68); „abstract" kann derselbe genannt werden, insofern er von seiner materiellen Grundlage abstrahirt. Den letzten Ausdruck gebraucht Kuntze, und zur Bezeichnung des Gegensatzes „discret". Kuntze will aber nicht sowohl von abstracten und discreten Verträgen, als vielmehr von abstracten und discreten Obligationen geredet wissen. Dieß hat insofern Berechtigung, als derselbe Gegensatz, welcher sich bei den Verträgen findet, bei den einseitigen Willenserklärungen wiederkehrt. Die Inhaber- und die Ordrepapierobligation ist eine Obligation gleicher Art, wie die durch den abstracten Vertrag geschaffene (vgl. § 304 [11]). S. auch v. Schey Grünh. ZS. IX S. 389. H. Witte kr. VJS. VI S. 232 sagt: abstracte, individualisirte Willenserklärung; abstractes, individualisirtes Versprechen. Bekker a. a. O. S. 275 versucht: absolute, relative Obligation. Brinz 1. Aufl. S. 1436. 1540 fg. 2. Aufl. II S. 139: Formal-, Causalgeschäft. Vgl. noch Buhl Anerkennungsvertrag S. 61 fg., Spaltenstein das specifisch-juristische Geschäft S. 6 fg.

§ 320. [1] Dieß ist z. B. der Inhalt des Kaufvertrags, des Miethvertrags ꝛc. Nach römischem Sprachgebrauch entsteht aus diesen Verträgen für jeden der Contrahenten eine actio directa. [Darüber, wann zwei Leistungen im Verhältniß zu einander Leistung und Gegenleistung sind, s. RG. XXXIII S. 167 fg.].

Digitized by Google

zu einer Gegenleistung verpflichten, so schließen sie doch eine anderweitige Verpflichtung derselben nicht aus[2]. 2) Sie sind streng einseitig, so daß sie für eine Verpflichtung der berechtigten Partei keinen Raum lassen[3].

[Diese Unterscheidungen sind auch für das Recht des BGB. zutreffend. Insbesondere kennt auch das BGB. in Gestalt des Darlehns einen an und für sich streng einseitigen Vertrag. Eine Haftung des Darlehnsgebers kann nur entweder auf einem (vorher oder gleichzeitig zu Stande gekommenen) Vertrag über Geben des Darlehns, oder auf den Vorschriften über unerlaubte Handlungen beruhen.]

Von den gegenseitigen Verträgen im Besonderen.

§ 321.

Für die gegenseitigen Verträge gelten folgende Regeln.

1. Keine der vertragschließenden Parteien hat das Recht, Erfüllung der Verbindlichkeit der Gegenseite zu verlangen, ohne ihrerseits ihre Verbindlichkeit erfüllt zu haben[1] oder die Erfüllung derselben anzubieten[1a]; es müßte denn über die Ordnung, in welcher die beiderseitigen Leistungen zu erfolgen haben, eine abweichende Bestimmung ausdrücklich oder stillschweigend getroffen worden sein. Ist dieß nicht geschehen, so wird derjenige, welcher die Erfüllung der Verbindlichkeit des Gegners fordert, ohne seine eigene Verbindlichkeit erfüllt zu haben

---

[2] Auch in Betreff dieser Verpflichtung ist noch ein Unterschied zu bemerken. Sie kann sein a) bloß möglich, abhängig von besonderen Umständen, welche auch ausbleiben können. So wird aus dem Auftragsvertrag der Auftraggeber verpflichtet, wenn z. B. der Beauftragte durch die Ausführung des Auftrages eine Einbuße erleidet. Sie kann aber b) auch wesentlich sein, durch den Inhalt des Vertrages mit Nothwendigkeit gegeben. So verpflichtet der Leihvertrag den Hingebenden wesentlich, die geliehene Sache dem Empfänger bis nach gemachtem Gebrauch zu lassen. — Ist zur Geltendmachung dieser Verpflichtung eine besondere actio begründet, so sprechen die Römer von actio contraria, contrarium iudicium, vgl. Gradenwitz Interpolationen S. 111 fg.

[3] So z. B. der Darlehnsvertrag. — Was den heutigen Sprachgebrauch angeht, so ist zu bemerken, daß man wohl auch die Verträge mit actiones contrariae als zweiseitige Verträge — unvollkommen zweiseitige Verträge — bezeichnet findet. Die älteren Civilisten sagten: contractus bilaterales inaequales. Wächter II S. 365 fg. — Vgl. noch Kuntze zu Holzschuher III S. 37 fg., Hasenöhrl österr. Privatr. S. 319 fg.

[1] Unvollständige Erfüllung: Sf. I. 48, III. 153, V. 308, IX. 216, XXI. 221. 222. 223, XXIII. 125, XXXVII. 15, XXXVIII. 17. Wie wenn die Unvollständigkeit der Erfüllung dem Empfänger keinen Nachtheil gebracht hat? Sf. XXXIV. 291. § 321.

[1a] Sf. XV. 11. 14, XIX. 32. 134, XXXVIII. 245.

Digitized by Google

oder deren Erfüllung anzubieten, von dem Gegner mit der Einrede zurückgewiesen, daß sein Fordern gegen die Absicht des Vertrages verstoße[2]. — Was die Beweislast angeht, so muß, wenn der Kläger

[2] S. g. exceptio non adimpleti contractus. [[André die Einrede des nichterfüllten Vertrages im heut. gem. R. Leipz. 1890]] [dazu Kahane Grünh. ZS. XIX S. 246 fg. W. Stintzing nondum est ex empto actio. Eine Untersuchung der Lehre von der exceptio non adimpleti contractus. München 1893.]. Ueber die wahre Bedeutung derselben herrscht ein alter Streit. Nach einer andern Meinung ist dieselbe keine Einrede, sondern directe Verneinung, Behauptung, daß die klägerische Forderung schon an und für sich nicht begründet sei. Diese Ansicht wird unter den Neueren vertheidigt von Glück XIX S. 229 fg. (1815), Lang über die Einrede des nicht erfüllten Vertrages (1829), Schenck ACPra. XVII S. 93 fg. 202 fg. (1834) XX S. 427 fg. (1837), Treitschke das. XXII S. 278 fg. 422 fg. (1839), Sintenis ZS. f. CR. und Pr. XVI S. 149 fg. XVII S. 253 fg. (1842) und Lehrb. II § 97[61] und Text dazu, Keller Jahrb. d. gem. R. IV S. 337 fg. (1860) und Lehrbuch § 243, [Stintzing]. Für die hier vertretene Ansicht haben sich ausgesprochen: Heerwart ACPra. VII S. 335 fg. (1824). XIV S. 206 fg. (1831). XVIII S. 387 fg. (1835), Brandis in Schunck's Jahrb. XVII S. 196 fg. (1831), Dernburg Compensation S. 69—83 (1854). 2. Ausg. S. 63—71 (1868), W. A. Puchta Jahrb. d. gem. R. V S. 94 fg. (1862), Bekker das. V S. 116 fg. (1862), Bernhöft Jahrb. f. Dogm. XIV S. 184 fg. (1874), Vangerow III § 607 Anm., Puchta § 232, Arndts § 234, Unger II § 123 Anm., neuestens Puntschart die fundamentalen Rverhältnisse des r. Privatr. S. 207 fg., vgl. auch Bechmann der Kauf I S. 568 fg. II S. 180 fg., Dernburg II § 20, Ryk Schuldverhälnisse S. 315 fg. Die erstgenannte Ansicht ist ohne Zweifel am besten [[s. aber André S. 26]] von Keller vertheidigt worden, welchem folgen Karlowa de natura atque indole συναλλάγματος, quod emptioni venditioni ceterisque obligationibus mutuis inesse dicitur (1862), Schlesinger über die Unzulässigkeit der Beschlagnahme des noch nicht verdienten Lohnes S. 82 fg. (1869), A. Bruck (3a a. E.) S. 5 fg. Keller geht von der Auffassung aus, daß bei dem gegenseitigen Vertrag die Gegenleistung den Inhalt der Leistung afficire, so daß jeder Contrahent verpflichtet sei nicht auf Leisten schlechthin, sondern auf Leisten gegen Gegenleistung. Es ist zuzugeben, daß diese Auffassung an und für sich möglich ist, ja daß sie sich, wenigstens für gewisse gegenseitige Verträge, so namentlich den Kaufvertrag, nach allgemeiner Betrachtung empfiehlt. Aber ebenso wahr ist es, daß die Berufung auf die nicht erfolgte Gegenleistung in unseren Quellen exceptio wirklich genannt wird, und dieses Argument hat auch Keller nicht zu beseitigen vermocht. Es mag sein, daß Gai. IV, 126a und l. 25 D. 19, 1 nicht eine actio venditi, sondern eine durch Novation entstandene condictio certi im Sinne haben (vgl. in Betreff der letzteren Stelle l. 14 D. 44, 1); aber so bleiben immer noch übrig l. 5 § 4 D. 44, 4 und l. 5 C. 8, 44 [45], Stellen, deren Gewicht offenbar nicht durch die Bemerkung beseitigt werden kann, daß die exceptio, von welcher sie handeln, in der Formel des bonae fidei iudicium nicht ausgedrückt worden sei; jedenfalls wird doch die Entgegnung des Beklagten als exceptio charakterisirt (so auch Bekker S. 120). Diesen Stellen gegenüber vermag nichts l. 13 § 8 D. 19, 1, wo das „nondum est ex emto actio" sehr wohl von einer durch exceptio aufgehaltenen bez. sogleich denegirten actio verstanden werden kann; nichts auch die in den Quellen

Digitized by Google

sich auf die bereits geschehene Erfüllung beruft, dieser den Beweis der Erfüllung führen, nicht der Beklagte den Beweis der Nichterfüllung[3]. Ebenso trifft die Beweislast den Kläger, wenn darüber gestritten wird,

anerkannte Möglichkeit, daß nur der eine der Contrahenten aus dem gegenseitigen Vertrage Rc. abzuleiten befugt sein könne (vgl. [22]) — während andere Argumente von Keller selbst nicht hoch angeschlagen werden (a. a. O. S. 360 fg.). Man wird also anerkennen müssen, daß das r. R. den gegenseitigen Vertrag eben nicht so aufgefaßt hat, wie Keller behauptet, daß es die Gegenleistung nicht als Minderung der Leistung ansieht, sondern als Aequivalent für die Leistung, und demgemäß in dem Fordern, ohne daß die Gegenleistung gemacht ist oder angeboten wird, nicht ein Zuvielfordern erblickt, sondern einen Verstoß gegen die Absicht des Vertrages (exceptio doli, l. 5 C. 8, 44 [45]). Die richtige Formel ist nicht: jeder Contrahent ist nur verpflichtet zur Leistung gegen Gegenleistung, sondern die richtige Formel ist: jeder Contrahent ist nur dann verpflichtet, seine Verbindlichkeit aus dem Vertrage zu erfüllen, wenn auch der andere Contrahent sie erfüllt. Vgl. hierzu Ryk Schuldverhältnisse S. 318 fg. Vgl. Sf. II. 26, IX. 333, X. 39, XI. 138, XII. 141, XV. 14 [[XIX. 31]]; dawider III. 201, VIII. 299. Die praktische Bedeutung dieser Streitfrage ist übrigens, wenn man nicht aus einer oder der anderen Ansicht unrichtige Consequenzen zieht, lediglich eine processualische, vgl. Bangerow III S. 306 (7. Aufl. S. 286) und die zuvor erwähnten Erkenntnisse. [[André S. 27. Gegen die Beweiskraft der l. 5 § 4 D. 44, 4 und l. 5 C. 8, 44 [45] André S. 36 fg. Aus den Quellen sei eine Entscheidung nicht zu gewinnen; aber Theorie und Praxis neige dahin, die exc. non adimpl. contr. als wahre Einrede zu behandeln (S. 44).]] — Außer den beiden in dieser Note erörterten Auffassungen der Natur des gegenseitigen Vertrages sind noch zwei andere aufgestellt worden. 1) Der gegenseitige Vertrag erzeugt zwei von einander ganz unabhängige Obligationen. 2) Die beiden von ihm erzeugten Obligationen sind nur zwei Seiten einer und derselben Obligation Die letztere Auffassung geht zu weit, die erstere nicht weit genug. Vgl. über die erste Note [16], über die zweite Liebe Stipulat. S. 248 fg., Windscheid Vorauss. S. 144, Mommsen Beitr. I S. 347—349. III S. 415—422, Dernburg Compens. S. 66 fg. (2. Aufl. S. 60 fg.), Keller Jahrb. des gem. R. a. a. O. S. 362 fg., Puntschart a. a. O. S. 145 fg. [[Verurtheilung unter der Bedingung der gleichzeitigen Leistung des Klägers Dernburg II § 21, I, 2, André S. 129 fg.]]. [Zwangsvollstreckung bei Unmöglichwerden der Leistung des Klägers nach solchem Urtheil? Sf. L. 139. Beschränkung der Einrede nach Billigkeitsrücksichten, wenn nur ein verhältnißmäßig geringer Theil der Gegenleistung rückständig ist: André S. 137 fg. Sf. XLVII. 19. — Die Einrede findet nicht statt gegen eine nur präparatorische Klage (auf Auskunft). Sf. XLVII. 177].

[3] Dieß selbst dann nicht, wenn nicht zuerst der Kläger mit der Behauptung der Erfüllung, sondern zuerst der Beklagte mit der Behauptung der Nichterfüllung auftritt. Hierüber ist kein Streit. Daß diejenigen, welche die eigene Erfüllung des Klägers zum Klagegrund rechnen, demselben den Beweis der Erfüllung auferlegen, versteht sich von selbst. Aber auch diejenigen, welche in der exceptio non adimpleti contractus eine eigentliche Einrede sehen, gelangen zu dem gleichen Resultat. Denn in dieser Einrede beruft sich der Beklagte nicht sowohl darauf, daß der Kläger noch nicht geleistet habe, als vielmehr darauf, daß aus dem Vertrage, aus welchem er fordere, eine Verbindlichkeit auch für ihn selbst hervorgegangen sei, und daß er nach der Absicht des Vertrages nicht die Erfüllung

Digitized by Google

ob die von dem Kläger gemachte Leistung zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit genügend war[3a], mag der Streit sich auf den Umfang seiner Verbindlichkeit beziehen[4] oder auf die Beschaffenheit seiner Leistung[5] jedoch ist im letzteren Falle zuzusehen, ob nicht der Beklagte durch die Annahme die ihm gemachte Leistung als Erfüllung anerkannt hat[6]. Immer trifft die Beweislast den Beklagten dann, wenn

der Verbindlichkeit des Beklagten fordern könne, so lange seine Verbindlichkeit noch bestehe.

[3a] S. g. exceptio non rite adimpleti contractus. Vgl. über dieselbe Glück XVII S. 231 fg., Heerwart ACPra. VII S. 353 fg., Schenck das. XX S. 467 fg., Treitschke ACPra. XXII S. 434 fg., Keller Jahrb. des gem. R. IV S. 369 fg., W. A. Puchta das. V S. 96 fg., Bekker das. V S. 117 fg. 124 fg., A. Bruck die Beweislast hinsichtlich der Beschaffenheit des Kaufgegenstandes, Berlin 1874; Seuffert § 276, Vangerow III § 607 Anm. Nr. IV, Sintenis II S. 290, Thöl Handelsr. I § 279.

[4] Z. B. auf die Höhe des vereinbarten Kaufpreises. Wenn der Beklagte behauptet, daß der Kläger ihm nicht 100, wie er gethan, sondern 150 leisten müsse, so leugnet er damit, daß ein Kaufvertrag, wie der vom Kläger behauptete, abgeschlossen worden sei. Keller a. a. O. S. 368, Bekker a. a. O. S. 125. Ort der Leistung: Römer ACPra. LXII S. 171 fg. Eigenschaften des zu liefernden Genus: das. S. 176. Vgl. Sf. II. 276.

[5] Indem der Beklagte leugnet, daß die von dem Kläger gemachte Leistung zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit genügend sei, leugnet er, daß diese Verbindlichkeit erfüllt sei. Deßwegen hat man sich mit Recht gegen den ganzen Begriff der exceptio non rite adimpleti contractus erklärt (s. die bei Heerwart a. a. O. S. 354 [34] Genannten, G. F. Puchta Vorl. II S. 32, und namentlich W. A. Puchta a. a. O.). Was man exceptio non rite adimpleti contractus nennt, ist einfach eine exceptio non adimpleti contractus; man verwechselt die Begriffe Leistung und Erfüllung. Sf. I. 337, V. 129. 149. 154, VII. 115, IX. 88, XIV. 129, XXXII. 217, XXXVII. 15 (RG.); anders II. 276. [[André S. 54 fg.: der Kläger braucht nur zu beweisen, was sich unter normalen Verhältnissen als Erfüllung darstellt. Ausnahmen muß der Beklagte beweisen. Der Verkäufer braucht also zunächst nur die Uebergabe zu beweisen (S. 74 fg.). Er braucht namentlich nicht die Abwesenheit von Fehlern zu beweisen, die sich bei ordnungsmäßiger Prüfung (bei der Annahme) nicht herausstellen (S. 77.), Entscheidungen aus der Praxis S. 79 fg.]] [Sf. XLIX. 111, Dernburg II § 21, II.]

[6] In diesem Falle, so wie auch in dem Falle ausdrücklicher Billigung, ist er nicht ohne Weiteres seiner Re aus der Mangelhaftigkeit der ihm gemachten Leistung verlustig. Er hat nur erklärt, daß die ihm gemachte Leistung Erfüllung sei, nicht auch auf seine Re verzichtet für den Fall, daß sie gegen sein Wissen Erfüllung nicht sein sollte. Aber das Gewicht des in jener Erklärung liegenden Zeugnisses gegen sich selbst muß er durch Gegenbeweis aus dem Wege räumen. Vgl. unten § 394 [28. 29] und Thöl Handelsr. I § 278. 280, Römer Festschrift zur vierten Säcularfeier der Univ. Tübingen S. 40 fg., Bähr Anerkennung S. 174 (191), Bruck a. a. O. S. 88 fg., A. M. Hanausek die Verhaftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Waare II S. 256 fg., Sf. VII. 295, IX. 88, XV. 213, XIX. 132, XXIII. 125, XXV. 155. 156. 188, XXVI. 128. 282, XXVII. 16. 217, XXXII. 217. [[André S. 72 fg. 76 fg. 171 fg.]]

Digitized by Google

die Einwendungen, welche er gegen die Beschaffenheit der ihm gemachten Leistung erhebt, nicht sowohl ein Leugnen der Erfüllung der klägerischen Verbindlichkeit, als vielmehr ein Behaupten von Thatsachen enthalten, aus welchen ihm neue Ansprüche erwachsen[7].

[Nach BGB. hat, wie im gemeinen Recht, die Erfüllung gegenseitiger Verträge Zug um Zug zu erfolgen, so weit nicht eine Vorleistungspflicht einer Partei besonders begründet ist (320 Abs. 1), sei es durch Abrede, sei es durch besondere gesetzliche Vorschrift (z. B. 551. 614).

1. Die Rüge des Fehlens der Gegenleistung ist eine Einrede (vgl. [2]). Der Verpflichtete kann die Erfüllung bis zur Bewirkung der Gegenleistung verweigern, und von dieser Einrede ist anzuerkennen (wiewohl nicht von allem, was das BGB. so nennt), daß es ihrer besonderen Anrufung durch den Schuldner bedarf, wenn sie berücksichtigt werden soll (vgl. I S. 182. 177).

2. Die Einrede ist principiell begründet, so lange nicht die Gegenleistung vollständig, also auch frei von unzulässigen Mängeln, bewirkt ist. Stehen auf einer Seite mehrere Vertragschließende, so sind sie nach BGB. nicht nur, wenn ihre Leistung untheilbar ist (431) sondern im Zweifel auch dann, wenn sie theilbar ist (427), Gesammtschuldner, während sie die ihnen geschuldete Leistung im Zweifel zu Kopftheilen zu fordern haben (420). Schon hieraus folgt, daß, wenn einer unter ihnen seinen Theil fordert, er die ganze Gegenleistung beschaffen muß; dasselbe gilt aber kraft der besonderen Vorschrift des § 320 Abs. 1 S. 2 auch dann, wenn die Gesammthaftung bei einer theilbaren Leistung durch den Vertrag ausgeschlossen ist. Es kann freilich durch den Vertrag selbst festgesetzt werden, daß die mehreren Contrahenten nicht nur nicht als Gesammtschuldner haften, sondern auch ihren Antheil an der Gegenleistung zu fordern haben sollen, wenn sie nur ihren Theil leisten; aber in dem bloßen Ausschluß der Gesammthaftung liegt dieß nicht.

Eine Theilleistung kann der Gläubiger ablehnen (266). Nimmt er sie an, so kann er seine Leistung wegen Fehlens des Restes insoweit nicht verweigern, als dieß erweislich den Umständen nach insbesondere wegen verhältnißmäßiger Geringfügigkeit des rückständigen Theiles, gegen Treu und Glauben verstoßen würde (320 Abs. 2 [vgl. [2] a. E.]). Dieß gilt nicht bloß bei Theilleistung im

---

[7] So verhält es sich, wenn der Käufer einer individuell bestimmten Sache sich über den Mangel einer ihm zugesagten Eigenschaft der Kaufsache beschwert. Der Verkäufer hat versprochen: 1) Tradition dieses Sachindividuums — diese Verbindlichkeit hat er erfüllt; 2) daß dieses Individuum eine Eigenschaft haben solle, welche es nicht hat — dieses Versprechen ist auf etwas Unmögliches gerichtet und löst sich auf in ein Versprechen des Schadensersatzes für den Fall, daß die verkaufte Sache die bezeichnete Eigenschaft nicht haben sollte. (So wörtlich l. 31 D. 21, 2.) Ebenso verhält es sich, wenn der Käufer das Vorhandensein von verborgenen Mängeln geltend macht; auch hier wendet er nicht Nichterfüllung ein, sondern erhebt die actio quanti minoris oder redhibitoria. S. namentlich W. A. Puchta a. a. O. S. 96—103, auch Thöl Handelsr. I § 279 Nr. 2. Vgl. Sf. II. 26. 37, III. 29, IV. 25, V. 147, VI. 169, VII. 160, XI. 235, XXV. 187, XXVIII. 211, XXXII. 295. RG. XX S. 7.

Digitized by Google

eigentlichen Sinne, sondern auch bei Annahme jeder unvollständigen und mangelhaften Leistung (vgl. S. 17). Unzweifelhaft muß der § 320 Abs. 2 auch dann Anwendung finden, wenn die angenommene Theilleistung von einem oder einigen unter mehreren Mitcontrahenten bewirkt wurde. Es würde z. B., wenn neun unter zehn Mitcontrahenten neun Zehntel der Leistung bewirkt haben, an und für sich nach § 320 Abs. 1 S. 2 wegen Fehlens des letzten Zehntels nicht nur dem säumigen Zehnten, sondern auch jedem unter den neun Leistenden sein Zehntel der Gegenleistung ganz verweigert werden können; es kann aber billig sein, unter diesen Umständen nur eine Retentionseinrede in Ansehung von einem Zehntel der Gegenleistung zuzulassen, und auch die Frage ist dann nach Billigkeit zu entscheiden, ob dieser Abzug pro rata auch denjenigen gegenüber geltend zu machen ist, welche ihre Theile geleistet haben, oder ob der Einredeberechtigte lediglich an den säumigen Zehnten zu verweisen ist.

3. Die Einrede ist eine Einrede des Zurückbehaltungsrechts im Sinne des § 273. Sie kann aber kraft der Ausnahmevorschrift des § 320 Abs. 1 S. 3 nicht durch Sicherheitsleistung abgewandt werden. Die Geltendmachung der Einrede hat nur zur Folge, daß der Beklagte zur Erfüllung Zug um Zug verurtheilt wird (322 Abs. 1; vgl. 274 Abs. 1). Sobald aber der Verurtheilte mit der Annahme der ihm gebührenden Leistung in Verzug kommt, kann der Sieger die urtheilsmäßige Leistung ohne Bewirkung der ihm obliegenden Leistung durch Zwangsvollstreckung beitreiben (322 Abs. 2. 274 Abs. 2). Im Verzug der Annahme kann der Beklagte schon vor Beginn des Processes sein; aber auch dann hat die Verurtheilung nicht rein, sondern nur auf Leistung Zug um Zug zu lauten. Vgl. im übrigen über die Vollstreckung CPO. 726. 756. 765 und dazu Kipp Verurtheilung zur Abgabe von Willenserklärungen und Rechtshandlungen. Kieler Festg. für Ihering 1892 S. 109 fg. Wach Vorträge 2. Aufl. S. 322 fg.

4. Die Einrede ist aufschiebender Natur (202). Es kann aber ein Erlöschen der Leistungspflicht wegen beiderseits unverschuldeter Unmöglichkeit der Erfüllung der Gegenleistungspflicht eintreten (323); wegen vom Gegner verschuldeter Unmöglichkeit oder wegen Verzuges desselben kann ein Rücktrittsrecht erwachsen (325. 326); dasselbe kann beim s. g. Fixgeschäft wegen nicht rechtzeitiger Leistung auch ohne die weiteren Voraussetzungen des Verzuges eintreten (361). S. unten zu Ziff. 3 des Textes.

5. Wenn ein Theil vorzuleisten verpflichtet ist, so kann der andere Theil ihn auf Erfüllung schlechtweg verklagen, da ein Zurückbehaltungsrecht nicht begründet ist. Wenn aber nach dem Abschluß des Vertrages in den Vermögensverhältnissen des andern Theils eine wesentliche Verschlechterung eingetreten ist, so kann der Vorleistungspflichtige die Erfüllung verweigern, bis die Gegenleistung bewirkt oder für dieselbe Sicherheit geleistet ist (321). In Anwendung des § 322 ist dann zu sagen, daß die Verurtheilung des Beklagten alternativ abhängig zu machen ist von der Bewirkung der Gegenleistung oder einer Sicherheitsleistung. Die Zwangsvollstreckung wird frei, sobald die Gegenleistung angeboten oder ihretwegen Sicherheit geleistet ist.

Ihrerseits klagen kann die vorleistungspflichtige Partei erst dann, wenn sie den Gegner in Annahmeverzug versetzt hat. Die Klage ist dann auf „Leistung nach Empfang der Gegenleistung" zu richten (322 Abs. 2). Zufolge § 322 Abs. 3 ist auch hier die Zwangsvollstreckung frei, solange der Verurtheilte im Annahmeverzuge ist.

Digitized by Google

6. Ist streitig, ob der Kläger seine Gegenleistung bewirkt, oder, ob er sie vollständig und mangelfrei bewirkt hat (s. [3] fg.), so trägt im Allgemeinen er die Beweislast. Dieß hatte E. I § 366 bestimmt, und die II. Comm. hat trotz Streichung dieser Vorschrift nicht die Absicht gehabt, sachlich daran etwas zu ändern (Prot. S. 1266 fg.). Bestätigt wird der Grundsatz für positive Leistungen durch die entsprechenden Vorschriften der §§ 345. 358. 542 Abs. 3. 636 Abs. 2. Ist die Leistung ein Unterlassen, so muß, wenn es sich um Verwirkung einer Vertragsstrafe oder um vorbehaltenen Rücktritt handelt, das Zuwiderhandeln bewiesen werden (345. 358), und es wird nach diesen Analogieen auch bei der Einrede des nicht erfüllten Vertrages ebenso zu urtheilen sein. Hat der Gläubiger eine Leistung als Erfüllung angenommen, d. h. mit dem ausdrücklichen oder stillschweigenden Zugeständniß, daß sie Erfüllung sei, so trägt er nach § 363 die Beweislast, wenn er sie deßhalb nicht als Erfüllung gelten lassen will, weil sie eine andere als die geschuldete Leistung, oder weil sie unvollständig (oder mangelhaft) gewesen sei. Behauptete Rechtsmängel muß stets derjenige beweisen, der sie rügt (442. 445).]

2. Wer erfüllt hat, hat das Recht, von der Gegenseite Erfüllung zu verlangen; hat er auch das Recht, wenn diese Erfüllung ausbleibt, das von ihm Geleistete zurückzufordern?[8] Nach römischem Recht war ein solches Rückforderungsrecht begründet bei denjenigen gegenseitigen Verträgen, welche von der Form nicht entbunden waren[9]; nach heutigem Recht ist es bei allen gegenseitigen Verträgen im Princip ausgeschlossen[10]. Doch steht es auch nach heutigem Rechte dem Leistenden

[8] Vgl. zum Folgenden Römer ZS. f. HR. XIX S. 123 fg. (1873).

[9] Also es war ausgeschlossen nur bei Kauf, Miethe, Gesellschaft. Vgl. l. 8 C. 4, 38, l. 14 C. 4, 44, l. 6. 12 C. 4, 49. War in anderen Fällen einer gegenseitigen Beredung die Stipulationsform angewendet, so waren statt des einen gegenseitigen Vertrages zwei von einander unabhängige Verträge abgeschlossen. War die Stipulationsform nicht angewendet, so war ein rbeständiger Vertrag nicht eher vorhanden, bis in Folge der Beredung einer der Contrahenten leistete und der andere annahm: nicht die vorhergehende Beredung machte den rbeständigen Vertrag aus, sondern erst der in diesem Leisten und Annehmen wiederholt erklärte Vertragswille. Der Leistende leistete also nicht, um eine ihm obliegende Verbindlichkeit zu erfüllen, sondern um sich die Gegenleistung zu verschaffen, so daß bei Ausbleiben derselben die condictio ob causam datorum für ihn begründet war (I § 99 [1]).

[10] Weil nach heutigem R. auch der formlose Vertrag eine Verpflichtung erzeugt. Der Bestimmungsgrund für den Leistenden ist also immer die ihm obliegende Verpflichtung, und diese fällt dadurch nicht weg, daß die Gegenseite die von ihr übernommene Verpflichtung nicht erfüllt. Vgl. Wächter doctrina de condict. c. d. c. n. s. p. 117—128, Erxleben condict. sine causa II S. 463—474, Vangerow III § 599 Anm. Nr. V. Anders ist es auch nicht bei Verzug der Gegenseite, s. § 280 [1]. Vgl. Sf. XXXVI S. 419 fg. — Ist nicht auch nach heutigem Re ein Austausch von Aequivalenten möglich, ohne daß die eine oder die andere Leistung auf Grund einer vorhergehenden Verpflichtung erfolgt? Man denke etwa an den Fall, daß in einer Verkaufsauslage die einzelnen Waaren mit ihrem Preise bezeichnet sind, und Jemand eine Sache nimmt,

Digitized by Google

3. [13]Fällt die Verbindlichkeit einer der vertragschließenden Parteien weg, so ist zu unterscheiden, ob dieß durch Erfüllung oder anderweitige Befriedigung des Gläubigers[14], oder ob es ohne Befriedigung des Gläubigers geschieht. Im ersten Falle geht die nicht mehr verbundene Partei ihres Anspruches auf die Gegenleistung nicht verlustig[15], im zweiten Fall ist das Princip, daß, wer selbst seine Verbindlichkeit nicht zu erfüllen braucht, auch die Gegenleistung nicht verlangen kann[16]. Jedoch kommt dieses Princip nicht in allen Fällen

---

[13] Wächter ACPra. XV S. 97 fg. 188 fg. (1832). Madai die Lehre von der Mora S. 277—284 (1837). Wolff zur Lehre von der Mora S. 129—145 (1841). Fuchs ACPra. XXXIV S. 106 fg. 224 fg. 385 fg. (1851). Kuntze in obligationibus bilateralibus ad utrum contrahentium obligationis periculum pertineat? (1851). Mommsen Beiträge zum Obligationenr. I S. 329 fg. III S. 416—422 (1853. 1855) und dazu Windscheid Heid. kr. ZS. II S. 135 fg. Reatz ZS. f. CR. u. Pr. R. F. XV S. 351 fg. (1858). Jhering Jahrb. f. Dogm. III S. 449 fg. (1859). Goose das. IX S. 197 fg. (1868). Stintzing das. X S. 177 fg. (1869). Hofmann über das Periculum beim Kaufe. Wien 1870. Regelsberger kr. VJS. XIII S. 90—104 (1871). Bechmann Kauf I S. 591 fg. II S. 99 fg. (1876. 1884). Puntschart die fundamentalen Verhältnisse des röm. Privatr. (1885) (darüber Eck ZS. f. HR. XXVIII S. 141 fg. Hellmann kr. VJS. XXX S. 216 fg.). Loewy die Unmöglichkeit der Leistung bei zweiseitigen Schuldverhältnissen. Berl. Diss. 1888 [[darüber Niemeyer kr. VJS. XXXIII S. 357 fg.]]. Vangerow III § 951 Anm. Sintenis II S. 468 fg. Brinz 2. Aufl. II § 277. Dernburg II § 20.

[14] Dahin gehört außer Leistung an Erfüllungsstatt, gerichtlicher Hinterlegung, Compensation, Novation, auch der Erlaß des Gläubigers. Durch den Erlaß erhält zwar der Gläubiger nichts, aber er ist zufrieden damit, nichts zu erhalten. In Betreff der Novation vgl. noch Römer bedingte Novation § 12.

[15] Was den Erlaßvertrag angeht, s. l. 56 D. 2, 14, l. 5 D. 19, 2, l. 16 D. 34, 3. Die acceptilatio wurde jedoch von den Römern aufgefaßt als der Ausdruck der „voluntas utriusque . . id agentis, ut a negotio discedatur et perinde habeatur, ac si convenisset inter eos, ut neuter ab altero quidquam peteret“, wobei aber die acceptilatio „non sua natura, sed potestate conventionis valet“, l. 5 pr. D. 18, 5, s. auch l. 23 D. 46, 4. Vgl. Dernburg Compensat. S. 78 (80), Mommsen Beitr. III S. 417, Bähr Anerkennung S. 145 (159)[4], Keller Jahrb. d. gem. R. IV S. 361, Römer bedingte Novation S. 133 fg.

[16] L. 50 D. 19, 1. „Bona fides non patitur, ut, cum emtor alicuius legis beneficio pecuniam rei venditae debere desisset, antequam res ei tradatur, venditor tradere compellatur et re sua carere . .“. L. 9 § 1. 4. 6 D. 19, 2 (Wegfall der Verbindlichkeit des Vermiethers). [[André S. 146 fg.]]. — Andere, so namentlich Wächter a. a. O., Madai a. a. O., Dernburg Compens. S. 76 (77), Reatz a. a. O., Bruns in v. Holtzendorff's Encycl. § 66, 4, stellen das umgekehrte Princip auf, ausgehend davon, daß die beiden durch den gegenseitigen Vertrag erzeugten Obligationen von einander unabhängig seien, und daß daher der Wegfall der einen die andere nicht afficire (s. übrigens auch

Digitized by Google

rein zur Anwendung. Im Besonderen[17] ist in den Quellen für den Kaufvertrag anerkannt, daß, wenn die verkaufte Sache ohne Schuld des Verkäufers untergeht oder ihm abhanden kommt, der Käufer dennoch das Kaufgeld zahlen muß[18]. Der Grund dieser Ausnahme-

---

Bruns a. a. O. § 57). Diese Auffassung wird aber dem Wesen des gegenseitigen Vertrages nicht gerecht (s. [2]). Die beiden durch den gegenseitigen Vertrag erzeugten Obligationen sind eben nicht unabhängig von einander, sondern die Erfüllung der einen bedingt die Befugniß, Erfüllung der anderen zu fordern. S. auch Regelsberger a. a. O. S. 92. Eine Entwickelung im r. R. nimmt an Bechmann Kauf I S. 450 fg. II S. 100. Dernburg II § 20 [1]. [S. noch Heiliger die Tragung der Gefahr bei gegenseitigen Verträgen nach gemeinem R. und nach BGB. Erl. Diss. 1898.] — Wie ist es, wenn die Verbindlichkeit der einen Partei theilweise wegfällt, kann diese dann den entsprechenden Theil der Gegenleistung fordern, oder kann nun die andere Partei von dem Vertrage ganz zurücktreten? Das Princip der Entscheidung ist, daß auf die „contemplatio" dieser Partei gesehen werden muß (vgl. l. 58 D. 18, 1), ob sie auch um diesen Theil den Vertrag abgeschlossen haben würde. Vgl: Mommsen Beiträge I S. 290. Schall ACPra. LXXIII S. 429 fg. [[André S. 149 fg.]].

[17] Vgl. außerdem I § 123 [3]. Freilich ist das daselbst Gesagte sehr bestritten.

[18] Der gewöhnliche Ausdruck für diesen Satz ist: der Käufer trage die Gefahr der Sache. S. über diesen Ausdruck Wächter S. 99—119, Mommsen I S. 237—245, Hofmann S. 1 fg., Brinz 2. Aufl. II § 277, und über die Sache § 3 I. 3, 23, l. 34 § 6 D. 18, 1, l. 5 § 2 D. 18, 5, l. 8 pr. D. 18, 6, l. 14. 15 D. 23, 3 u. a. m.; über l. 13—15 [12—14] D. 18, 6, l. 33 D. 19, 2 s. Mommsen I S. 332—336, Jhering Jahrb. f. Dogm. IV S. 393. 415 fg., Vangerow III § 591 Anm. Nr. IV. 1, Bekker Jahrb. d. gem. R. V S. 381, Hofmann S. 161 fg., Pernice Labeo I S. 463 [28], Kohler Jahrb. f. Dogm. XVII S. 288 fg., Hartmann das. XXII S. 427 fg., v. Schey die mora creditoris S. 30 fg., Dernburg II § 96 [2], und unten § 390 [2a]. — Bestritten wird der Satz neuerdings von Puntschart in der in Note [13] citirten Schrift. In Wirklichkeit aber wird er von diesem Schriftsteller nicht sowohl geleugnet, als beschränkt. Der Grundgedanke Puntschart's ist nämlich, daß der Uebergabe der Sache die Bereitschaft des Verkäufers zur Uebergabe gleichstehe (S. 218 fg.). Der Verkäufer erfülle seine Verpflichtung nicht bloß durch die Uebergabe, sondern auch dadurch, „daß er dem Käufer gegenüber zur Uebergabe effectiv bereit ist, dieselbe aber des Käufers wegen unterbleibt". Daraus folgt, daß der Käufer die Gefahr nur dann trägt, wenn der Vertrag auf Holen gestellt ist (S. 220, vgl. 313), und daß er sie nicht trägt beim befristeten Kauf (S. 217), jedenfalls dann nicht, wenn die Befristung nicht von ihm ausgegangen ist (S. 220 vgl. 312). Der Verf. hat den Muth (vgl. Eck a. a. O. S. 141), diese Beschränkung in die allgemein redenden Stellen der Quellen hineinzutragen, indem er von dem Versuche ausgeht (S. 48 fg.), nachzuweisen, daß l. 8 pr. D. 18, 6 unter „perfecta emtio" einen zur „Vollwirksamkeit" gediehenen Vertrag verstehe. Gegen Puntschart Eck und Hellmann a. a. OO., Loewy ([13]), Dernburg II § 96 [2]. Dagegen übereinstimmend mit Puntschart, aber unabhängig von demselben, K. W. F. Heßler, Perfect (1885). Gegen diesen H. Brandis kr. VJS. XXVIII S. 556 fg.

Digitized by Google

bestimmung ist darin zu suchen, daß die Verkaufserklärung eine Entäußerungserklärung ist. Das will sagen, daß ihr Inhalt nicht sowohl der ist, daß der Verkäufer sich verpflichte, die verkaufte Sache hinzugeben, als vielmehr, daß er sie hingebe[19]. In Folge dieser Natur der Verkaufserklärung wird die verkaufte Sache vom Rechte, was das Verhältniß des Verkäufers zum Käufer angeht, behandelt als sei sie bereits aus dem Vermögen des Verkäufers ausgeschieden und in das Vermögen des Käufers übergetreten[19a]. Weil dieses der Grund

---

[19] Vgl. § 389 [2].

[19a] Das Gesagte ist weit davon entfernt, allgemein anerkannt zu sein. Vertreten wird es (wenigstens dem Grundgedanken nach) von Kuntze a. a. O., Windscheid Heid. kr. ZS. II S. 136. 137 (wo aber der Ausdruck nicht vorsichtig genug gefaßt ist, vgl. § 390 [5]), Scheurl Beiträge II S. 64, Keller Jahrb. d. gem. R. IV S. 364—366, Mommsen Erörterungen I S. 29—31 (vgl. dens. Beiträge III S. 422 Note *), Goose a. a. O. (§ 390 [5]), Stintzing a. a. O., Bernhöft Jahrb. f. Dogm. XIV S. 58 fg. 126 fg., Wendt Reur. und Gebundenheit Heft 2 S. 98, Lenel Jahrb. f. Dogm. XIX S. 216, s. auch Römer ACPra. LXII S. 180 fg., Brinz 2. Aufl. II S. 319. 335. 697. Die Gegenbemerkungen von Bechmann Kauf I S. 608 fg. II S. 104 fg. und von Puntschart a. a. O. S. 16 fg. können mich nicht bestimmen, meine Ansicht aufzugeben. Verwandt ist die Ansicht, nach welcher der zu erklärende Satz ein Ueberbleibsel aus einer älteren Zeit sein soll, wo der Kauf Realcontract gewesen sei, vgl. Regelsberger a. a. O. S. 108, Pernice Labeo I S. 457 ff. Andere helfen sich mit der Annahme einer Fiction; obgleich der Verkäufer noch nicht erfüllt habe, werde es so angesehen, als habe er erfüllt, s. Fuchs a. a. O., Mommsen Beiträge I S. 349, Ude ACPra. XLVIII S. 396 fg. Das ist zunächst doch nur eine rein formelle Erklärung, eine Wiedergabe des zu erklärenden Satzes in anderer Form; warum wird es so angesehen? Wenn darauf Fuchs zur Antwort giebt: weil überhaupt die schuldlose Unmöglichkeit der Erfüllung der Erfüllung gleichgestellt wird, so darf gesagt werden, daß er diese Behauptung nicht bewiesen habe, s. auch Mommsen Beitr. I S. 326—329; wenn aber Mommsen sich auf die Natur des Kaufvertrages beruft, welcher eine sofortige Erfüllung entspreche, während ein Aufschub der Erfüllung als etwas Zufälliges erscheine, so ist n. m. A. diese Berufung entweder zur Erklärung des zu Erklärenden ungenügend, oder sie ist nur ein anderer, bloß weniger entwickelter, Ausdruck für die hier vertretene Ansicht. Auf die durch die Natur des Kaufvertrages begründete Regel sofortiger Erfüllung beruft sich auch Bangerow III § 591 Anm Nr. IV a. E. (in der 7. Aufl. mit einem Zusatz im Sinne der unten bezeichneten Ansicht Regelsberger's). Ihering Jahrb. f. Dogm. III S. 462—466 sucht die Erklärung in der Verschuldung, welche den Käufer in Betreff des Aufschubs der Erfüllung treffe; eine solche Verschuldung werde regelmäßig vorhanden sein, werde aber jedenfalls, um Streitigkeiten abzuschneiden, vom R. als vorhanden angenommen. Mir scheint das Erste nicht richtig, und das Letzte äußerst unwahrscheinlich. Aehnlich wie Ihering auch Bechmann Kauf I S. 594. 605. II S. 99 fg., nur daß dieser Schriftsteller die Idee der Verschuldung des Käufers fern hält: den Käufer treffe die „Initiative". Das ist auch die Auffassung Puntschart's, der aber nach derselben den Satz beschränkt ([19]). Noch andere

Digitized by Google

der Ausnahmebestimmung ist, muß sie auf jeden anderen gegenseitigen Vertrag, in welchem eine Entäußerungserklärung enthalten ist, übertragen werden[19b]. — Fällt die Verbindlichkeit einer der vertragschließenden Parteien weg, nachdem sie die Gegenleistung bereits erhalten hat, so braucht sie das Erhaltene gewiß nicht herauszugeben im Falle der Erfüllung oder anderweitigen Befriedigung des Gläubigers; für die übrigen Fälle läßt sich ein Princip nicht aufstellen[20].

[§§§. Daß bei Befriedigung des einen Theils derselbe die Gegenleistung schuldet, ist selbstverständlich. Ueber den Fall, daß Unmöglichkeit einer Leistung nach dem Vertragsschluß eintritt, gibt das Gesetz eingehende Bestimmungen. Dabei ist überall zu beachten, daß nach § 275 Abs. 2 der Unmöglichkeit das eintretende Unvermögen des Schuldners zur Leistung gleichzustellen ist. Spricht das Gesetz von theilweise eingetretener Unmöglichkeit, so gehört dahin auch der Fall, daß in Folge von Umständen, die nach dem Vertragsschluß eintreten, die Leistung nur noch mit Mängeln möglich oder der Schuldner unvermögend geworden ist, sie mangelfrei zu bewirken. Das Gesetz unterscheidet die beiderseits unverschuldete, die vom Gläubiger verschuldete und die vom Schuldner verschuldete Unmöglichkeit.

Auffassungen bei Karlowa (7) p. 26 sqq., Regelsberger ACPra. XLIX S. 202 fg., Dernburg Compensation 2. Aufl. S. 76, Pand. II, § 20, 1, Degenkolb Platzr. und Miethe S. 189 fg., Goldschmidt ZS. f. HR. XV S. 621, Köppen Jahrb. f. Dogm. XI S. 391 497. Eine „historische Erklärung" sucht zu geben Hofmann a. a. O. (der Satz sei aus dem griechischen R. entlehnt), s. dagegen Regelsberger a. a. O. S. 104, Pernice Labeo I S. 462 26. Für die historische Erklärung wieder Loewy (13) S. 117 fg. Ueber die Auffassung, nach welcher der Satz nicht als Ausnahme, sondern als Ausdruck der Regel erscheint, s. Note 16. In dieser Auffassung, welche er als die anfängliche des r. R. annimmt, sieht auch Bechmann Kauf I S. 591 fg. den Ursprung des Satzes. Ebenso Dernburg II § 96 3, Brandis (15) S. 560 fg. Für durchaus irrationell erklärt den Satz R. Oesterlen in der (gut geschriebenen) Tübinger Inaug.-Diss.: der mehrfache Verkauf derselben Sache, 1883, S. 52 fg.

[19b] So z. B. bei dem Tauschvertrage, bei dem Gesellschaftsvertrage, wenn der Gesellschafter etwas in die Gesellschaft hinzugeben erklärt, bei der Hingabe an Erfüllungsstatt. Bechmann Kauf II § 163, 5. Sf. VIII. 126.

[20] Die in Note 16 citirte l. 50 D. 19, 1 fährt fort: — „possessione autem tradita futurum est, ut rem venditor aeque amitteret, utpote cum petenti eam rem [emtor exceptionem rei venditae et traditae obiciat, ut perinde habeatur ac si] petitor ei neque vendidisset neque tradidisset". Vgl. Keller Jahrb. d. gem. R. IV S. 354 fg., Bechmann Kauf I S. 598 fg., Buntschart S. 198 fg., und zu dem „aeque" l. 3 D. 20, 1: aeque servanda erat creditori actio Serviana; aeque = gleichwohl; hier: trotzdem daß der Käufer das Kaufgeld nicht erhält.) Dagegen kann das gezahlte Miethgeld zurückgefordert werden, wenn die Leistung des vereinbarten Gebrauchs dem Vermiether ohne seine Schuld unmöglich wird. L. 9 § 4. l. 19 § 6. l. 33 D. 19, 2, l. 15 § 6 eod, § 400 5, § 401 6. S. auch l. 33 D. 19, 2.

Digitized by Google

1. Die von der einen Partei geschuldete Leistung wird aus einem Grunde unmöglich, den keine Partei (nach den allgemeinen Grundsätzen der §§ 276 fg.) zu vertreten hat.

a) Der Schuldner wird frei, verliert aber auch den Anspruch auf die Gegenleistung (323 Abs. 1). Ist die Unmöglichkeit nur theilweise eingetreten, so mindert sich die Gegenleistung nach den bei der Minderungsklage geltenden Grundsätzen der §§ 472. 473; die Minderung tritt aber von selbst ein; nicht etwa, wie bei der Minderungsklage selbst (465), erst durch (erzwingbare) Einwilligung des Gegners (323 Abs. 1). Unter Ablehnung oder Rückleistung des möglichen Theils der Leistung die ganze Gegenleistung einzubehalten, ist unzulässig.

b) Hat derjenige, welcher die ganz oder theilweise unmöglich gewordene Leistung schuldete, einen Ersatz oder Ersatzanspruch erlangt, und fordert der Gegner dessen Herausgabe (Abtretung) gemäß § 281, so hat er die Gegenleistung zu bewirken; so weit jedoch der Werth des Ersatzes oder Ersatzanspruchs hinter dem Werth der unmöglich gewordenen Leistung zurückbleibt, mindert sich die Gegenleistung in der unter a bemerkten Weise (323 Abs. 2).

c) Soweit die gemäß dem Obigen nicht geschuldete Gegenleistung bereits bewirkt ist, kann sie nach den Vorschriften über ungerechtfertigte Bereicherung zurückgefordert werden (323 Abs. 3). Dieß kann sich aber nur auf Fälle beziehen, in denen die Gegenleistung erfolgt, bevor die Unmöglichkeit der andern Leistung eingetreten oder bevor sie dem Leistenden bekannt geworden ist. Leistet er wissend, daß die Unmöglichkeit besteht, so leistet er wissentlich etwas nicht Geschuldetes und kann nach § 814 nicht zurückfordern.

Danach trägt nach BGB. jeder Theil die Gefahr seiner Leistung. Der Satz, daß ausnahmsweise der Käufer die Gefahr des Kaufobjects trägt, ist dem BGB. in dem gemeinrechtlichen Sinne fremd (s. 446. 447, freilich auch § 2380).

2. Die Unmöglichkeit einer Leistung tritt durch Umstände ein, welche (nach allgemeinen Grundsätzen, insbesondere in entsprechender Anwendung der §§ 276 fg.) der Gläubiger dieser Leistung zu vertreten hat. Der Schuldner wird frei und kann die Gegenleistung dennoch fordern, muß sich aber anrechnen lassen, was er dadurch, daß er seine Leistung nicht zu machen braucht, erspart oder durch anderweite Verwerthung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterläßt (324 Abs. 1). Wird die Leistung nur theilweise unmöglich, so gilt dasselbe, nur mit der selbstverständlichen Maßgabe, daß der Schuldner sich nur anrechnen zu lassen hat, was demjenigen Theil der Leistung entspricht, den er nicht zu machen braucht. War derjenige, welcher die unmöglich gewordene Leistung zu empfangen gehabt hätte, zu der Zeit des Unmöglichwerdens im Annahmeverzuge, so gilt das soeben Bemerkte stets, auch ohne Verschulden des Gläubigers, vorausgesetzt nur, daß nicht der Schuldner trotz des Annahmeverzuges das Ereigniß zu vertreten hat (324 Abs. 2. 300).

3. Die Unmöglichkeit einer Leistung tritt in Folge eines Umstandes ein, den der Schuldner dieser Leistung (nach den allgemeinen Grundsätzen) zu vertreten hat.

a) Gänzliche Unmöglichkeit.

α) Der andere Theil kann Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen (280 Abs. 1. 325 Abs. 1 S. 1), natürlich nur gegen die Gegenleistung. Wird

Digitized by Google

er auf die Gegenleistung verklagt, so kann er wegen Fehlens des Schadensersatzes die Einrede des nicht erfüllten Vertrages erheben. Die Abtretung eines vom Schuldner erlangten Ersatzes oder Ersatzanspruchs kann er mit der Folge des § 281 Abs. 2 verlangen.

β) Der Gläubiger kann aber statt dessen nach seinem Belieben von dem Vertrage zurücktreten (325 Abs. 1 S. 1). In diesem Falle schuldet er die Gegenleistung nicht mehr und kann sie, wenn er sie bereits bewirkt hat, gemäß §§ 346 fg. zurückfordern (327).

γ) Er kann endlich (selbstverständlich) es auf sich beruhen lassen, daß der Schuldner die Unmöglichkeit zu vertreten hat, und verlangen, daß Alles so gehalten wird, wie § 323 bei einer von keiner Seite verschuldeten Unmöglichkeit vorschreibt (325 Abs. 1 S. 3).

δ) Das Recht zum Rücktritt kann durch Versäumniß einer für seine Ausübung vom Gegner gesetzten angemessenen Frist gemäß § 355 ausgeschlossen werden (327). Dann bleibt aber immer noch die Wahl zwischen dem Recht, Schadensersatz wegen Nichterfüllung gegen Gegenleistung zu verlangen, und demjenigen, sich auf § 323 zu berufen. Von diesen Rechten kann keines in ähnlicher Weise präcludirt werden. Der Gläubiger kann also auch immer noch die bereits bewirkte Gegenleistung unter Berufung auf das Erlöschen seiner Leistungspflicht nach § 323 zurückfordern, nur freilich nicht mehr nach den strengen Haftungsgrundsätzen der §§ 346 fg., sondern nur nach den Sätzen über ungerechtfertigte Bereicherung.

ε) Planck zu § 325, 2 ist mit Rücksicht auf Treu und Glauben und die Interessen des Gegners der Ansicht, daß nicht nur der Rücktritt, sondern auch die Berufung auf § 323 und das Verlangen des Schadensersatzes unwiderrufliche Erklärungen seien, somit jede der drei in Frage kommenden Erklärungen die beiden anderen Rechte ausschließt. Dem ist m. E. nur zum Theil beizutreten. Wer zurücktritt, wendet sich endgültig vom Vertrage ab; es wird also der Rücktritt zweifellos unwiderruflich sein. Wer aber Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt, gibt seinen Rechten aus dem Vertrage Nachdruck, behandelt das Verhältniß als schwebend, und ist im Zweifel nicht gewillt, für den Fall, daß sein Verlangen nicht alsbaldigen Erfolg hat, seinen sonstigen Rechten etwas zu vergeben. Das Interesse des Gegners verlangt auch nur dann Berücksichtigung, wenn er den verlangten Schadensersatz sofort leistet. Es ist daher m. E. zu sagen, daß das Verlangen des Schadensersatzes gegen Gegenleistung nur dann den Rücktritt und die Berufung auf das Erlöschen der Leistungspflicht nach § 323 abschneidet, wenn der Schuldner den Schadensersatz sofort anbietet; unterbleibt dieß, so kann der Gläubiger gerade wegen der Zögerung ein Interesse haben, nunmehr lieber zurückzutreten oder sich auf § 323 zu berufen, und diese Rechte können ihm nicht versagt werden. Die Erklärung des Gläubigers, daß er sich auf das Erlöschen seiner Leistungspflicht berufe, ist rücktrittsähnlicher Natur; sie stellt nur den Gläubiger in Bezug auf die Rückleistung dessen, was er schon geleistet hat, schlechter als der Rücktritt. Sehr oft wird die Parteierklärung es zweifelhaft lassen, ob Rücktritt oder Berufung auf § 323 vorliegt. In diesen Fällen wird man eher das erste als das zweite anzunehmen haben; denn es ist nicht die Vermuthung dafür, daß derjenige, welcher zurücktreten und hierdurch den Rückgewähranspruch

Digitized by Google

nach §§ 346 fg. erwerben kann, auf diesen Anspruch zu Gunsten der beschränkteren Condiction verzichten will. Liegt deutlich eine Berufung auf § 323 vor, so wird hierdurch wie durch den Rücktritt das Zurückgreifen auf die Schadensersatzforderung ausgeschlossen werden. Aber m. E. kann der Gläubiger, wenn nicht sofort nach § 323 Abs. 3 Rückleistung erfolgt, im Zweifel immer noch den Rücktritt mit seinen ihm günstigeren Folgen wählen. Denn es ist leicht möglich, daß er nur unter der Bedingung sofortiger glatter Erledigung die besseren Rücktrittsrechte auf sich beruhen lassen wollte, und Treu und Glauben geben dem Gegner, der nicht sofort zurückleistet, kein Recht, den Gläubiger dennoch an die mildere Erklärung zu fesseln. Ist endlich der Rücktritt erklärt, so kann m. E. nicht behauptet werden, daß hierdurch das Recht, sich auf § 323 zu berufen, ausgeschlossen wird. Denn es ist nicht einzusehen, warum nicht der Gläubiger, wenn ihm etwa nach dem Rücktritt die Frage des Verschuldens des Schuldners zweifelhaft wird, auf die dem Schuldner günstigere Behandlung der Sache sollte zurückgreifen können.

b) Die Unmöglichkeit ist nur theilweise eingetreten.

α) Der Gläubiger kann Leistung des Möglichen und Schadensersatz wegen des Unmöglichen verlangen.

β) Er kann aber statt dessen, wenn die theilweise Erfüllung des Vertrages für ihn erweislich kein Interesse hat, d. h. wenn es seinem Interesse nicht entspricht, für theilweise Erfüllung und Schadensersatz wegen des anderen Theils die Gegenleistung zu opfern, auch gemäß § 280 Abs. 2 Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit fordern unter Ablehnung des möglichen Theils der Leistung, und wenn er bereits Theilleistung angenommen hatte, gegen Rückleistung des Empfangenen nach Maßgabe der in § 280 Abs. 2 angeführten §§ 346 fg. (325 Abs. 1 S. 2). Gegen den Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Ganzen schuldet er die ganze Gegenleistung.

γ) Der Gläubiger kann aber in dem unter β genannten Falle auch vom Vertrage zurücktreten und schuldet dann die Gegenleistung nicht, kann vielmehr die bereits bewirkte Gegenleistung gemäß §§ 346 fg. zurückfordern. (325 Abs. 1 S. 2).

δ) Er kann endlich auch bei theilweiser Unmöglichkeit die Verantwortlichkeit des Gegners außer Ansatz lassen und sich auf den Standpunkt der von keiner Seite zu vertretenden theilweisen Unmöglichkeit stellen (325 Abs. 1 S. 3), somit sich gemäß § 323 auf Minderung seiner Leistungspflicht im Wege der Einwendung oder der Condiction berufen.

ε) Der Schuldner der theilweise unmöglich gewordenen Leistung kann dem Gläubiger gemäß § 355 (327. 280 Abs. 2) eine angemessene Frist setzen sowohl für das Rücktrittsrecht, wie für das Recht, Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Ganzen zu fordern. Wird die Frist versäumt, so geht das Recht verloren, in Ansehung dessen sie gesetzt ist, also möglicher Weise beide Rechte. Es bleibt dann übrig das Recht, Leistung des möglichen und Schadensersatz wegen des unmöglichen Theils zu verlangen, aber auch das Recht, sich auf die nach § 323 eingetretene Minderung der Gegenleistung zu berufen. In Bezug auf die Wahl unter den mehreren dem Gläubiger zur Verfügung stehenden Rechten wird das unter a, ε Gesagte entsprechend anzuwenden sein.

4. Ist ein Theil zu der ihm obliegenden Leistung rechtskräftig verurtheilt, so kann der Gläubiger

Digitized by Google

a) Zwangsvollstreckung betreiben,

b) eine Frist bestimmen, nach deren Ablauf er die Leistung ablehnen werde (283). S. oben S. 87 fg. Wenn die Frist fruchtlos verläuft, so wird alles so gehalten, wie wenn die Leistung dem Verurtheilten durch sein Verschulden gänzlich unmöglich geworden wäre. Erfolgt innerhalb der Frist eine theilweise Leistung, so treten dieselben Sätze ein, wie wenn die Leistung theilweise durch Verschulden des Verurtheilten unmöglich geworden wäre. Jedoch müssen folgende Abweichungen festgestellt werden. Nach § 283 kann Schadensersatz nicht gefordert werden, wenn wirklich eine vom Schuldner nicht (d. h. trotz der Wirkungen der Rechtshängigkeit nicht) zu vertretende Unmöglichkeit eintritt und zwar nach der letzten mündlichen Verhandlung, aber vor Ablauf der Frist (s. ob. S. 88). Dieß muß auch hier gelten. (Planck zu § 325, 4). In dem gleichen Falle wirkt ein Rücktritt nur in der beschränkteren Weise des § 327 S. 2; d. h. der Gläubiger kann das von seiner Seite Geleistete nur nach den Sätzen von der ungerechtfertigten Bereicherung zurückfordern; denn er tritt zurück wegen eines Umstandes, den der Schuldner nicht zu vertreten hat.

5. Ist ein Theil mit der ihm obliegenden Leistung im Verzuge, so kann der andere Theil

a) Leistung nebst Verzugsinteresse verlangen, natürlich gegen Gegenleistung.

b) Er kann zur Bewirkung der Leistung eine angemessene Frist bestimmen mit der Erklärung, daß er nach Ablauf der Frist die Leistung ablehne (326 Abs. 1 S. 1).

α) Wird innerhalb der Frist nichts geleistet, so kann der Gläubiger Erfüllung nicht mehr, wohl aber Schadensersatz wegen Nichterfüllung gegen Gegenleistung verlangen, oder nach seiner Wahl von dem Vertrage zurücktreten mit den vollen Wirkungen der §§ 346 fg. (326 Abs. 1 S. 2. 327). Das Rücktrittsrecht geht verloren, wenn der Gläubiger eine zu seiner Ausübung vom Schuldner gesetzte angemessene Frist versäumt (355. 327); es bleibt dann nur das zuvor genannte Recht auf Schadensersatz.

β) Ist innerhalb der Frist die Leistung theilweise bewirkt und theilweise nicht bewirkt, so kann der Gläubiger Nachleistung des Restes nebst Verzugsinteresse gegen die Gegenleistung verlangen; er kann aber auch, wenn erweislich die Theilerfüllung für ihn kein Interesse hat, Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Ganzen verlangen gegen Gegenleistung, oder von dem Vertrage zurücktreten (326 Abs. 1 S. 3. 325 Abs. 1 S. 2). Das Rücktrittsrecht kann nach § 355 präcludirt werden (327). Das Gleiche gilt aber zufolge der Verweisung des § 325 Abs. 1 S. 2 auf § 280 Abs. 2, worin wiederum § 355 angeführt wird, auch für das Recht, Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Ganzen zu verlangen, so daß der Gläubiger auf das Recht eingeschränkt werden kann, Nachleistung des Restes nebst Verzugsinteresse zu verlangen.

γ) In Bezug auf die Wahl des Gläubigers unter den mehreren ihm zur Verfügung stehenden Rechten gilt auch hier entsprechend das unter 3, a, ε Gesagte.

c. Hat erweislich die Leistung (unter Gewährung der Gegenleistung dafür) in Folge des Verzuges für den Gläubiger kein Interesse, so stehen ihm die unter b bezeichneten Rechte zu, ohne daß es einer Fristbestimmung bedarf (326 Abs. 2). Dieß ist eine specielle Anwendung des § 286 Abs. 2; daher wird der dort an-

Digitized by Google

geführte § 355 auch hier maßgebend sein. Der Gläubiger kann also durch Versäumen einer vom Schuldner gesetzten Erklärungsfrist nicht bloß des Rücktrittsrechts, sondern auch des Rechts, Schadensersatz wegen Nichterfüllung (gegen Gegenleistung) zu verlangen, verlustig gehen, während das letztere Recht nicht mehr präcludirt werden kann, wenn es der Gläubiger durch Ablauf einer von ihm gesetzten Frist erworben hat. Dieser Unterschied ist berechtigt; denn im letzteren Falle hat der Gläubiger bei Präclusion des Rücktrittsrechts nur noch das Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, während er, falls er nicht zur Fristsetzung geschritten war, bei Präclusion beider andern Rechte immer noch das Recht auf Nachleistung nebst Zögerungsinteresse hat. Wenn aber auch der Gläubiger mit der Berufung auf § 326 Abs. 2 präcludirt ist, so kann er doch noch bei fernerem Verzuge des Schuldners zur Fristsetzung aus § 326 Abs. 1 schreiten und auf diesem Wege die verlorenen Rechte wieder erwerben.

6. Ist vereinbart, daß die Leistung eines Theils genau zu einer festbestimmten Zeit oder innerhalb einer festbestimmten Frist bewirkt werden soll, so ist im Zweifel als Vertragsinhalt anzunehmen, daß der andere Theil zum Rücktritt berechtigt sein soll, wenn die Leistung nicht zu der bestimmten Zeit oder innerhalb der bestimmten Frist erfolgt (361). Auf ein Verschulden kommt es dabei nicht an; § 327 S. 2 bleibt außer Anwendung, es gelten ausschließlich §§ 346 fg.

7. Die oben dargelegten Sätze erleiden mancherlei Ergänzungen und Modificationen durch Vorschriften über einzelne gegenseitige Verträge. S. insbes. 440. 441. 445. 446. 447. 451. 454. 459 fg. 493. 515. 537—545. 581 Abs. 2. 615. 616. 633—636. 642—646. 649—651.]

4. Kommt sogleich bei Abschließung des Vertrages für eine der vertragschließenden Parteien wegen eines entgegenstehenden Ungültigkeitsgrundes eine Verbindlichkeit nicht zu Stande, so kann es sein, daß auch für die andere Partei eine Verbindlichkeit nicht entsteht[21]; jedenfalls aber, wenn auch eine solche entsteht, kann die nicht verbundene Partei Erfüllung derselben nicht verlangen, ohne ihrerseits dasjenige zu leisten, was sie, wenn auch ungültig, versprochen hat[22].

---

[21] So namentlich, wenn der Grund, weßwegen für die eine Partei eine Verbindlichkeit nicht zu Stande kommt, Unmöglichkeit der Leistung ist, l. 57 pr. D. 18, 1. Unerlaubtheit der Leistung: Sf. XXIV. 245. — Wie ist es bei theilweiser Unmöglichkeit — kommt dann eine Verbindlichkeit für den andern Theil gar nicht zu Stande, oder wird derselbe auf den entsprechenden Theil der Gegenleistung verpflichtet (in beiden Fällen natürlich Nichtwissen des andern Contrahenten vorausgesetzt)? Im Allgemeinen kommt es auf seine „contemplatio" an, ob er auch um den noch möglichen Theil der Leistung contrahirt haben würde; eine positive Entscheidung in l. 57 pr. cit. S. auch den folgenden Theil dieser Stelle und l. 58 eod. Mommsen Beitr. I S. 162 fg., Windscheid Heid. kr. ZS. II S. 119 fg. [[André S. 149 fg.]] L. 57 cit. hält Gradenwitz Interpolationen S. 46 fg. für interpolirt, s. auch Eisele Sav.-Z.S. VII S. 30.

Digitized by Google

In diesem letzteren Falle hängt es also von dem Willen der nicht verbundenen Partei ab, ob der Vertrag in Vollzug gesetzt werden soll oder nicht[23].

---

[22] Dieses Verhältniß tritt namentlich dann ein, wenn ein Geschlechtsunreifer einen gegenseitigen Vertrag ohne Mitwirkung seines Vormundes abschließt, pr. I. 1, 21, l. 13 § 29 D. 19, 1, l. 5 § 1 D. 26, 8, l. 7 § 1 D. 18, 5. Ferner dann, wenn Jemand eine gestohlene Sache, wissend daß sie gestohlen ist, kauft, l. 34 § 3 D. 18, 1. Vgl. ferner l. 31 § 1 D. 12, 1, l. 57 pr. D. 21, 1 und dazu Mandry Familiengüterr. I S. 147. (S. übrigens, was Geschlechtsunreife angeht, auch den Schluß der l. 7 § 1 D. 18, 5: wenn ein Geschlechtsunreifer mit demjenigen, mit welchem er in rechtsverbindlicher Weise einen Kaufvertrag abgeschlossen hat, übereinkommt, daß der Vertrag aufgehoben sein solle, so ist dadurch er nicht verbunden, deßwegen aber auch der andere Contrahent nicht.) Vgl. Kohler Grünh. ZS. VII S. 742. [S. auch Bolze ACPra. LXXXII S. 1 fg.]

[23] Man hat die im Text behandelten Verträge hinkende Verträge, negotia claudicantia, genannt (vgl. l. 13 § 29 cit.: — „ex uno latere constat contractus"). Ueber die Natur dieser Verträge herrscht aber keine Einigkeit. Folgende Auffassungen sind aufgestellt worden. 1) Es findet bei den genannten Verträgen eine unentschiedene (s. g. relative) Nichtigkeit statt (I § 82 [8]); es hängt die Rbeständigkeit des Vertrages von dem Willen des einen der Contrahenten ab. Entscheidet derselbe sich aber für die Rbeständigkeit, so erlangt der Vertrag dadurch volle Wirksamkeit, und erzeugt also eine Verbindlichkeit auch für den entscheidenden Contrahenten selbst. Diese Auffassung, welche u. A. von Savigny Syst. III S. 40, Puchta § 232 [a], neuestens von Puntschart a. a. O. ([12]) S. 179 fg., vertreten wird, ist an und für sich möglich, aber nicht gut vereinbar mit den Aussprüchen der Quellen, in denen es geradezu heißt, daß der eine Contrahent „obligatur", der andere „non obligatur" (doch vgl. auch l. 6 § 1 i. f. D. 18, 1). Eine formelle Modification dieser Meinung ist die Meinung von Wächter (s. in diesem Lehrbuch I § 82 [8]); derselbe nimmt Nichtigkeit an, welche durch die Erklärung des einen Contrahenten zur Gültigkeit wird. 2) Es ist in der That der eine der Contrahenten verpflichtet, der andere nicht; aber die Verpflichtung, welche für jenen entstanden ist, hat zum Inhalt nicht Leistung schlechthin, sondern Leistung gegen Gegenleistung. So Keller Jahrb. des gem. R. IV S. 352 fg. 358 fg. Dieser Auffassung steht entgegen, daß die Berufung auf die nicht erfolgte Gegenleistung in unseren Quellen exceptio genannt wird (s. [7]). 3) Es ist nur der eine der Contrahenten verpflichtet, der andere nicht; aber wenn auch der andere nicht verpflichtet ist, so handelt derselbe doch gegen die Absicht des Vertrages, welcher ihm sein Forderungsr. gegeben hat, wenn er dasselbe geltend macht, ohne zu leisten, was er versprochen hat. Dieß ist die hier vertretene Auffassung; s. außerdem Arndts § 234 [3. 4]. Brinz 1. Aufl. S. 1641 fg. [2. Aufl. (Lotmar) IV S. 415 fg.] 4) Der eine der Contrahenten ist civiliter verpflichtet, der andere nur naturaliter (auf die Bereicherung oder schlechthin). So namentlich Brandis ZS. f. CR. u. Pr. VII S. 133 fg., s. aber jetzt dens. kr. VJS. XXVIII S. 562 [1], s. außerdem Fritz Erläuter. II S. 273. 274, Sintenis I § 17 [25], Vangerow I S. 518 fg., Bechmann Kauf II S. 183 fg., und vgl. auch Jhering Geist des r. R. III zu [256 fg.] [Paulus Natur der s. g. negotia claudicantia nach r. R. Erl. Diss. 1896.]

Digitized by Google

1. [Nach ßGß. ist ein Vertrag auf eine unmögliche Leistung nichtig (306), vorbehältlich der Bestimmungen der §§ 307. 308. Ist bei einem gegenseitigen Vertrage die eine Leistung unmöglich, so folgt die Nichtigkeit des ganzen Vertrages in Zweifel aus § 139. Ist es die Absicht der Parteien, daß trotz Unmöglichkeit der einen Leistung von der andern Seite geleistet werden sollte, so liegt kein gegenseitiger Vertrag, sondern eine äußerliche Vereinigung von zwei von einander unabhängigen Versprechen vor.

2. In den Fällen der beschränkten Geschäftsfähigkeit eines Vertragschließenden läßt das BGB. den Vertrag von der Genehmigung des gesetzlichen Vertreters abhängen (108 fg. s. ob. I S. 281 fg.). Ebenso hängt, wenn der Vertrag auf einer Seite durch einen Vertreter ohne Vertretungsmacht abgeschlossen wurde, derselbe von der Genehmigung des Vertretenen ab (177 fg.; s. ob. I S. 316 fg.).]

5. Ein ähnliches Verhältniß kann stattfinden auch ohne daß der Vertrag für eine der Parteien ungültig ist. Hierher gehört: a) der Fall, wo die Verbindlichkeit der einen Partei auf ihren nackten Willen gestellt ist[24]; b) der Fall, wo der Vertrag unter Abwesenden geschlossen wird und in Folge davon nur schrittweise zu Stande kommt[25]. In beiden Fällen hängt ebenfalls der Vollzug des Vertrages von der Willkür des einen der Contrahenten ab, und der Unterschied gegen den Fall unter 4 ist nur der, daß hier, wenn es zum Vollzuge des Vertrages kommt, der den Vollzug Fordernde auch seinerseits verbunden ist[26].

[Zu a s. I S. 419 fg. Der Fall b kann im ßGß. nicht vorkommen.]

γ. Glücksverträge.

§ 322.

Eine besondere Art der Verträge bilden ferner die Glücksverträge oder gewagten Verträge. Es sind dieß diejenigen Verträge,

[24] Das Verhältniß ist hier näher dieses. Derjenige Contrahent, dessen Verbindlichkeit auf seinen nackten Willen gestellt ist (Bedingung: si voluerim), ist einstweilen gar nicht verbunden; der andere Contrahent ist verbunden unter der Bedingung des Wollens seines Mitcontrahenten (Bedingung: si voluerit). Vgl. I § 93 [1], auch II § 308 [18]. [F. Leonhard Jahrb. f. Dogm. XXXIX S. 174 fg.]

[25] S. § 306 [9].

[26] In dem ersten der genannten Fälle bringt der bisher nicht gebundene Contrahent durch die Erfüllung der Bedingung, unter welcher der andere Contrahent verpflichtet ist — die Erklärung seines Willens, daß derselbe verpflichtet sein solle — da er nur das ganze Geschäft wollen und nicht wollen kann, auch für sich eine Verbindlichkeit zu Stande. In dem zweiten Fall wird eine Verbindlichkeit für den bisher nicht gebundenen Contrahenten schon dadurch erzeugt, daß die Erklärung der Vertragsannahme beim Gegner eingeht (§ 306 [9].)

* Puchta § 258, Arndts § 236, Sintenis II S. 292—295, v. d. Pfordten Abhandl. S. 327 fg.

Digitized by Google

die es von einem Zufall abhängig machen, für welche der Parteien der Vertrag einen Vortheil, für welche er einen Nachtheil zu Wege bringen soll. Die Glücksverträge sind entweder besondere Gestaltungen anderer Verträge, welche an und für sich keine Glücksverträge sind[1], oder sie sind Verträge mit einem ihnen eigenthümlichen Vertragsinhalt[2]. — Die Glücksverträge sind nicht unbedingt erlaubt. Das Princip der Entscheidung ist folgendes: unerlaubt sind diejenigen Glücksverträge, in welchen beide Parteien die Gefahr eines Verlustes übernehmen, um einen Gewinn zu machen; erlaubt sind diejenigen, in welchen wenigstens eine der Parteien ein berechtigtes Lebensinteresse verfolgt[3].

[Vgl. SGB. 762—764; dazu unt. bei § 419. 420.]

δ. Nebenverträge.

§ 323.

Der Vertragsinhalt, welcher einen Vertrag zu einem Vertrag gewisser Art macht und als solchen gewissen Regeln unterwirft, kann durch eine besondere Beredung, ohne ein wesentlich anderer zu werden, modificirt werden. Eine solche Beredung bildet dann dem Hauptvertrage gegenüber einen Nebenvertrag. Die Nebenverträge können den verschiedensten Inhalt haben; hier sind wegen ihrer allgemeinen Bedeutung diejenigen hervorzuheben, durch welche einer Partei oder beiden Parteien der Rücktritt gestattet wird[1].

Der Rücktritt kann unbedingt[1a] oder nur für einen gewissen Fall gestattet werden; namentlich[1b] kommt es bei gegenseitigen Ver-

---

[1] So z. B. das Schiffsdarlehn (§ 371 a. E.), die emtio spei (§ 385 [5]). § 323.
L. 2. 3. 5 [1. 2. 4] C. 4, 33, l. 5 D. 22, 2, l. 8 § 1 D. 18, 1, l. 7. 10. 11. 13 D. 18, 4, l. 11 § 18, l. 12 D. 19, 1.

[2] So z. B. der Spielvertrag, der Wettvertrag, der Versicherungsvertrag. — Gegen die Aufstellung der Kategorie Glücks- oder gewagte Verträge als einer besonderen Kategorie der Verträge erklärt sich Wilda ZS. für deutsches R. VIII S. 200—207. Ebenso Fr. Endemann Grünh. ZS. XII S. 347. 419.

[3] Beim Spielvertrag z. B. wollen beide Parteien lediglich gewinnen, beim Versicherungsvertrag will zwar auch die eine Partei gewinnen, die andere dagegen sich gegen Schaden schützen. Vgl. Bl. f. RAnw. zun. in Bayern XXXVIII S. 59.

[1] Vgl. zum Folgenden Glück XVI S. 289—308, Unterholzner II § 323.
§ 429—431, Sintenis II S. 323—331. Czyhlarz zur Lehre von der Resolutivbedingung S. 38 fg. (1871). Wendt Reur. und Gebundenheit bei Geschäften. Heft 2. Die Reuverträge. Erlangen 1879. Bechmann Kauf II S. 487 fg. (1884).

Digitized by Google

trägen häufig vor, daß einer Partei der Rücktritt gestattet wird für den Fall, daß die andere Partei ihre Verbindlichkeit nicht erfüllen sollte[2], oder für den Fall, daß ein Dritter sich bereit erklären sollte, den gleichen Vertrag mit ihr unter günstigeren Bedingungen einzugehen[3]. Mag der Rücktritt unbedingt oder nur für einen gewissen Fall gestattet sein, so ist im Zweifel als Wille der Parteien anzunehmen, daß, wenn der Rücktritt erfolgt, der Vertrag als nicht geschlossen gelten solle[4]. Mit anderen Worten: der Vertrag mit gestattetem Rücktritt ist im Zweifel anzusehen als abgeschlossen unter einer auflösenden Bedingung, deren Inhalt entweder schlechthin der ist, daß eine Partei die Wiederaufhebung des Vertrages wollen sollte, oder der, daß ein gewisser Umstand eintreten und dann die Partei die Wiederaufhebung wollen sollte[5]. Hiernach bestimmt sich die recht-

---

[1a] S. g. pactum displicentiae. L. 3 D. 18, 1, l. 6 D. 18, 5, l. 3 D. 20, 6, l. 2 § 5 D. 41, 4, l. 11 § 13 D. 43, 24, l. 4 C. 4, 58, l. 7 C. 4, 54. Alle diese Quellenzeugnisse beziehen sich auf den Kaufvertrag. Vgl. § 387 in der zweiten Hälfte; übrigens auch Fitting ZS. f. HR. V S. 87. 113. Bechmann a. a. O. S. 547 fg. [Lardeur du pactum displicentiae Th. de Paris 1893.]

[1b] Vgl. Kierulff Entscheid. des OAG. zu Lübeck 1867 Nr. 16. Wendt S. 40 fg.

[2] Lex commissoria. Dig. 18, 3 de lege commissoria. Auch dieser Titel, wie der in der folgenden Note genannte, bezieht sich nur auf den Kaufvertrag. Vgl. Wolff Mora S. 76 fg. Gerber Beitr. zur Lehre vom Klagegrunde § 31. 32 (dazu Windscheid kr. VJS. I S. 130. 131). Burkhard ACPra. LI S. 151 fg. 289 f. (1868). Bechmann a. a. O. S. 519 fg.

[3] In diem addictio. Dig. 18, 2 de in diem addictione. Der Ausdruck bezieht sich auf den gewöhnlichen Fall, wo für das bessere Gebot eine Zeitfrist gesetzt ist. Ob l. 41 pr. D. 6, 1 in ihrer ersten Hälfte von dem Falle zu verstehen ist, wo dieß nicht geschehen ist? Vgl. Unterholzner II § 429 [c], Sintenis S. 326 [13], Vangerow I § 96 Nr. 2. b, Bechmann a. a. O. S. 512 fg. — Wann kann man sagen, daß ein besseres Gebot gestellt sei? L. 4 § 6. l. 5. l. 14 § 3. 5. l. 15 D. 18, 2.

[4] S. noch l. 7 C. 4, 54. — Möglicherweise können die Parteien auch gewollt haben, daß durch den Rücktritt nur eine obligatorische Verpflichtung auf Rückgängigmachung der durch den Vertrag erzeugten rlichen Wirkung entstehen solle. Vgl. I § 90 [2], und in Betreff des pactum displicentiae beim Kaufvertrage § 387 [7]. A. M. Bechmann S. 501. 511 [1].

[5] L. 9. l. 11 § 1. l. 12. 13 pr. l. 14 § 2 D. 18, 2, l. 2. l. 4 § 1 D. 18, 3. — Wendt a. a. O. namentl. S. 42 fg. kämpft mit Lebhaftigkeit für eine „begriffliche Verschiedenheit von Reuvertrag und Bedingung". Wenn er dabei geltend macht, daß nicht der Reuvertrag als solcher „gleich einer condicio deficiens" das Geschäft zur Auflösung bringe, sondern der erklärte Rücktritt, so wäre es doch eine merkwürdige Rohheit der Auffassung, wenn Jemand behaupten wollte, der Rücktrittsvertrag sei eine auflösende Bedingung, statt, er setze eine

Digitized by Google

liche Bedeutung des den Rücktritt gestattenden Nebenvertrages näher[6]. Außerdem bemerke man noch Folgendes. 1) Ist das Rücktrittsrecht für den Fall besseren Gebots gestattet, so hat der erste Contrahent im Zweifel die Befugniß, in das bessere Gebot seinerseits einzutreten, und dadurch den Vertrag für sich aufrecht zu erhalten[7]. 2) Ist das Rücktrittsrecht von der Nichterfüllung der Verbindlichkeit des Gegners abhängig gemacht, so ist es begründet, sobald die fällige Leistung nicht gemacht wird; Mahnung ist nicht erforderlich[8]. Ebensowenig ist erforderlich, daß dem Schuldner die Versäumung der Erfüllung zur Schuld angerechnet werden könne[9]; nur dann ist das

---

auflösende Bedingung. Das würde freilich keiner Widerlegung bedürfen. Des Ferneren beruft sich Wendt darauf, daß die auf das nackte Wollen gestellte Bedingung eine Bedingung besonderer Art sei und einer besonderen rlichen Behandlung unterliege. Aber doch nur für den Neuberechtigten, nicht für seinen Gegner, und auch für Jenen ist die Bedingung deßwegen nicht weniger eine Bedingung, weil sie eine Bedingung besonderer Art ist. Vgl. über die Schrift von Wendt auch Bechmann S. 493 fg. Dieser letzte Schriftsteller bestreitet die Berechtigung des Ausdrucks Resolutivbedingung: es dürfe nur von einem auflösenden Vorbehalt gesprochen werden (s. namentlich S. 497).

[6] Also es ist zu sagen: 1) durch den Rücktritt hört die von dem Vertrage erzeugte rliche Wirkung für die Zukunft ohne Weiteres (ipso iure) auf, l. 41 pr. D. 6, 1, l. 4 § 3 D. 18, 2, l. 8 D. 18, 3, l. 3 D. 20, 6, l. 4 C. 4, 54. Vgl. I § 90[1]. Bechmann S. 528 fg. 551 fg. bestreitet die dingliche Wirkung des Rücktritts bei der lex commissoria und dem pactum displicentiae. 2) Dagegen bleibt die von dem Vertrag erzeugte rliche Wirkung für die Vergangenheit an und für sich bestehen, und es entsteht nur für denjenigen, zu dessen Gunsten sie eingetreten ist, die obligatorische Verpflichtung, sie auch für die Vergangenheit rückgängig zu machen, l. 4 § 4. l. 6 pr. l. 16 D. 18, 2, l. 4 pr. l. 5 D. 18, 3, l. 11 § 10 D. 43, 24. Vgl. I § 91[2]. 3) Nichtsdestoweniger verlieren die Verfügungen, welche auf Grund der durch den Vertrag erzeugten rlichen Wirkung in der Zwischenzeit getroffen worden sind, durch den Rücktritt ihren rlichen Bestand, l. 4 § 3 D. 18, 2, l. 3 D. 20, 6. Dieß jedoch mit Ausnahme derjenigen, welche durch den Rücktretenden selbst getroffen worden sind, weil für ihn die Bedingung eine Bedingung: si voluerim war, l. 3 cit. Vgl. I § 93[2]. Ein Unterschied zwischen Eigenthumsübertragung auf der einen Seite und Bestellung von Rechten an fremder Sache darf dabei nicht gemacht werden, und ist von mir nie gemacht worden (wie Bechmann a. a. O. anzunehmen scheint).

[7] L. 6 § 1. l. 7. 8 D. 18, 2. Ueber l. 6 § 1 cit. s. Huschke ZS. f. CR. u. Pr. R. F. V S. 105, Bechmann S. 509.

[8] L. 4 § 4 D. 18, 3. Sf. XXIII. 196. Diese Stelle macht keinen Unterschied, ob ein Leistungstermin festgesetzt ist, oder nicht; vgl. auch § 285[4]. Burckhard a. a. O. S. 155 fg., Bechmann S. 523 fg. A. M. Unterholzner II S. 222[d], Sintenis II § 101[24].

[9] Wenn es in l. 51 § 1 D. 19, 1 (entsprechend l. 6 pr. D. 18, 3) heißt, der Verkäufer sei dann zum Rücktritt ermächtigt, wenn „per emtorem factum sit, quominus pecuniam solvat“, so soll damit, wie l. 51 § 1 cit.

Digitized by Google

Rücktrittsrecht nicht begründet, wenn umgekehrt der Gläubiger an der Nichterfüllung Schuld ist[10]. Hat der Gläubiger sich einmal darüber erklärt, ob er von seinem Rücktrittsrecht Gebrauch machen will oder nicht, so kann er seinen Entschluß nicht mehr ändern[11]. Macht er von seinem Rechte Gebrauch, so verliert der Schuldner das gegebene Handgeld[12]. Der Beweis der Nichterfüllung trifft nicht den Gläubiger[13]. 3) Der gewöhnlich gelehrte Satz, daß, wenn für die Ausübung des reinen Rücktrittsrechtes eine Frist nicht bestimmt sei, dasselbe binnen 60 Tagen geltend gemacht werden müsse, kann als richtig nicht anerkannt werden[14]. 4) So lange das Rücktritts-

---

deutlich zeigt, nur der Gegensatz gegen die Verhinderung durch den Gläubiger selbst bezeichnet werden. Vgl. § 285 [10].

[10] L. 51 § 1 D. 19, 1, l. 4 § 4 D. 18, 3.

[11] L. 4 § 2. l. 6. § 2. l. 7 D. 18, 3, l. 4 C. 4, 54, Vat. fr. § 3. 4. Sf. XXXI. 34, XXXII. 139, XXXIII. 225, XLI. 186 (RG.).

[12] L. 6 pr. D. 18, 3. Vgl. Burckhard a. a. O. S. 313 fg., v. Jagemann die Draufgabe S. 157 fg. Der von Anderen (so namentlich von Sintenis a. a. O. Note [31], Arndts § 249 [2], Bechmann S. 526 [3]) gelehrte Satz, daß der Schuldner auch die gemachte Theilleistung verliere, findet in den dafür angeführten Stellen, l. 4 § 1. l. 6 pr. D. 18, 3, einen genügenden Beweis nicht, und namentlich ist es nicht unmöglich, l. 4 § 1 cit., die Hauptstelle, von einer vertragsmäßigen Bestimmung zu verstehen. S. besonders Burckhard a. a. O. S. 289 fg. (welcher gut darauf aufmerksam macht, daß am Schluß der l. 4 § 1 cit. das Gewicht auf „aliquam partem pretii", im Gegensatz gegen das vorhergehende „pretium", nicht auf „dedit" zu legen ist). A. M. Dernburg II § 95 [21]. Sf. XXX. 143 Nr. I. II., XXXV. 24. — Nach l. 4 § 1 cit. soll, wenn der Verkäufer (also in Folge der getroffenen Vertragsbestimmung) die gemachte Theilzahlung behält, der Käufer die gezogenen Früchte nicht herauszugeben brauchen. Auch wenn ihr Werth die gemachte Theilzahlung übersteigt? Dagegen Burckhard S. 325 fg.; a. M. Bechmann S. 526 [2]. [S. auch unt. zu § 387.]

[13] Vgl. das § 285 [19] in Betreff der Conventionalstrafe Gesagte. Sf. VI. 173, VIII. 135. Vgl. XXIII. 74, XXIV. 25. Anders wenn der Gläubiger aus dem rückgefallenen Eigenthum gegen einen Dritten klagt: Budde und Schmidt Entscheidungen des OAG. zu Rostock VI. 8.

[14] Derselbe wird hergeleitet aus l. 31 § 22 D. 21, 1. Aber diese Stelle handelt von einem Fall, wo es nach dem von den Parteien gebrauchten Ausdruck (ut, nisi placuerit, *redhibeatur*) unzweifelhaft erschien, daß ihr Wille sei, es sollten dem Käufer ohne Weiteres dieselben Re zustehen, welche das ädilicische Edict sonst nur für den Fall der Fehlerhaftigkeit der gekauften Sache gewährt hatte. Vgl. Goldschmidt ZS. f. HR. I S. 125 fg., Fitting das. II S. 272 fg. 278, Dernburg II § 95 [10]; freilich auch Czyhlarz a. a. O. S. 43 fg. (vgl. § 387 [7]), Wendt S. 91 fg., Bechmann S. 546 fg. Wendt fragt: ich wüßte nicht, welche Klage dem Rücktrittsberechtigten sonst zustehen sollte, als die actio redhibitoria? Er selbst gibt zur Antwort (S. 121 fg.): actio emti, welche actio dann freilich als „einzige Besonderheit" die in l. 31 § 22 cit. bezeichnete haben soll. Sf. XXVIII. 131, XL. 196.

Digitized by Google

recht nicht geltend gemacht ist, kann der Gegner Vollziehung des Vertrages verlangen, so jedoch, daß dem Rücktrittsberechtigten durch den Richter eine billige Frist für seine Erklärung zu gewähren ist[14a].

Sowie das Recht, vom Vertrage zurückzutreten, so kann auch das Zustandekommen des Vertrages von dem, bedingten oder unbedingten, Belieben einer Partei abhängig gemacht werden; in diesem Falle bildet das Belieben nicht die auflösende, sondern die aufschiebende Bedingung des Vertrages[15]. Ist aber das Belieben auf den Fall besseren Gebotes oder auf den Fall der Nichterfüllung der Verbindlichkeit der Gegenseite gestellt, so ist im Zweifel anzunehmen, daß die Parteien nicht eine aufschiebende, sondern eine auflösende Bedingung gewollt haben[16].

[1. Im **BGB.** kann der Rücktritt vom Vertrage durch den Vertrag sowohl unbedingt, wie bedingt (vgl. [1a-1b]) vorbehalten sein. Das Gesetz behandelt besonders folgende Fälle:

a) Ist der Rücktritt vorbehalten für den Fall, daß ein Theil seine Verbindlichkeit nicht erfüllt, oder ist, was dem gleichsteht, vereinbart, daß der Schuldner seiner Rechte aus dem Vertrage verlustig sein soll, wenn er seine Verbindlichkeit nicht erfüllt (360), so ist der Rücktritt unwirksam, wenn der Schuldner sich von seiner Verbindlichkeit durch Aufrechnung befreien konnte und unverzüglich (ohne schuldhaftes Zögern) nach der Rücktrittserklärung die Aufrechnung erklärt (357). Behauptet der Schuldner, erfüllt zu haben, so hat er dieß zu beweisen, wenn er eine positive Leistung schuldet; schuldet er ein Unterlassen, so hat der andere Theil die Zuwiderhandlung zu beweisen (358; vgl. [18]). Vom Verzuge ist der Rücktritt nicht abhängig gemacht ([5]), auch nicht vom Verschulden des Schuldners ([8]); wenn also der Vertrag selbst nichts Dahingehendes ergibt, so ist der Rücktritt sofort bei Fälligkeit der Leistung zulässig, wenn ihm nicht durch Leistung zuvorgekommen wird. Selbstverständlich aber ist der Rücktritt unzulässig, wenn der Schuldner das Seinige zur Leistung gethan hat, und der Gläubiger dieselbe ablehnt oder die ihm obliegende Mitwirkung dazu nicht leistet (s. [10]). Vgl. auch unten zu § 387.

[14a] Wendt S. 83 fg.

[15] § 4 I. 3, 23, l. 20 pr. § 1 D. 19, 5, l. 2. l. 4 pr. D. 18, 2. Vgl. l. 2 § 3. 4 D. 41, 4. Wendt S. 23 fg. ist der Ansicht, daß bei dem „suspensiven Neuvertrag" nicht „die Existenz des Forderungsr.", sondern nur dessen Vollzug aufgeschoben sei. Vgl. I § 89 [1].

[16] L. 1 D. 18, 3, l. 2 § 4 D. 41, 4. Sf. X. 49. Ueber den Fall einfachen Beliebens s. § 387 [3]. Burckhard a. a. O. S. 162 fg. glaubt, die lex commissoria enthalte nicht präsumtiv, sondern nothwendig eine auflösende Bedingung, weil eine nicht existirende Verbindlichkeit nicht erfüllt werden könne. Aber die Verbindlichkeit wird existent durch dieselbe Leistung, durch welche sie erfüllt wird, die Leistung tilgt die Verbindlichkeit in dem nämlichen Augenblick, in welchem sie dieselbe erzeugt. Und wäre selbst die Leistung Erfüllung nicht, dürfte dem deutlich erkannten Willen der Parteien deßwegen entgegengetreten werden, weil sie eine unrichtige Bezeichnung gebraucht haben?

Digitized by Google

b) Ist der Rücktritt gegen Zahlung eines Reugeldes vorbehalten, so ist der Rücktritt zwar an und für sich auch ohne die Zahlung des Reugeldes wirksam; er ist aber, wenn das Reugeld nicht vor oder bei der Zahlung entrichtet wird, unwirksam, falls der andere Theil aus diesem Grunde (d. h. mit Hinweis darauf) den Rücktritt unverzüglich (ohne schuldhaftes Zögern) zurückweist; der Rücktretende kann jedoch die Wirksamkeit des Rücktritts aufrecht erhalten, wenn er das Reugeld ohne schuldhaftes Zögern nach der Zurückweisung entrichtet (359).

c) Keine besonderen Vorschriften bestehen über die in diem addictio. E. I §§ 474. 475 hat die II. Commiss. gestrichen, weil das Institut als dem modernen Rechtsleben fremd geworden anzusehen sei (Prot. S. 1755).

2. Der vorbehaltene Rücktritt erfolgt durch einseitige Erklärung an den andern Theil. Sind auf einer Seite Mehrere betheiligt, so kann der Rücktritt nur von Allen und gegen Alle ausgeübt werden. Erlischt für Einen das Rücktrittsrecht, so erlischt es für Alle (356).

3. Der Rücktritt wirkt nicht dinglich, sondern nur obligatorisch. Die Parteien können aber, soweit bei dinglichen Rechtswirkungen auflösende Bedingungen zulässig sind (s. 925!), auch die Erklärung des Rücktritts als auflösende Bedingung setzen. Gesetzlich dagegen tritt nur die Verpflichtung der Parteien zu beiderseitiger Rückgewähr des Geleisteten ein (346 S. 1). Für geleistete Dienste oder Gewährung der Benutzung einer Sache ist der Werth zu vergüten, wenn aber in dem Vertrage eine Gegenleistung in Gelde vereinbart ist, diese zu entrichten (346 S. 2). Eine geleistete Geldsumme ist vom Empfang an zu verzinsen (347 S. 3). Die Ansprüche wegen Verschlechterung, Unterganges oder sonstiger Unmöglichkeit der Herausgabe des Empfangenen, wegen Nutzungen und Verwendungen bestimmen sich vom Empfang an wie bei Rechtshängigkeit des Eigenthumsanspruches (347 S. 2). Es wird also gehaftet für jedes Verschulden in Bezug auf die Hauptsache, für gezogene und schuldhaft nicht gezogene Nutzungen, und es sind nur nothwendige Verwendungen und zwar nach den Grundsätzen von der Geschäftsführung ohne Auftrag zu vergüten (987. 989. 994. 996).

Die beiderseitigen Rückgewährpflichten sind Zug um Zug zu erfüllen, unter entsprechender Anwendung der Vorschriften über die Einrede des nichterfüllten Vertrages (348. 320. 322).

4. Ist der Gegenstand, welchen der Berechtigte empfangen hat, durch Zufall untergegangen, so wird dadurch der Rücktritt nicht ausgeschlossen; der Berechtigte erhält zurück, was er geleistet hat; es findet keine entsprechende Anwendung des § 323 statt (350).

5. Hat der Rücktrittsberechtigte den empfangenen Gegenstand nur unwesentlich verschlechtert oder sich in die Unmöglichkeit versetzt, einen unerheblichen Theil desselben herausgeben zu können, so ist der Rücktritt zulässig, vorbehältlich der Haftung des Berechtigten gemäß § 347. Wenn der Berechtigte dagegen den ganzen Gegenstand oder einen erheblichen Theil desselben nicht herausgeben kann oder den Gegenstand wesentlich verschlechtert hat, und zwar durch eigenes Verschulden oder das Verschulden einer Person, für die er nach § 278 aufkommt, so ist der Rücktritt unzulässig (351).

6. Ebenso ist der Rücktritt ausgeschlossen, wenn der Berechtigte die empfangene Sache specificirt hat (352).

Digitized by Google

7. Hat der Berechtigte den empfangenen Gegenstand veräußert oder mit dem Rechte eines Dritten belastet, so ist der Rücktritt zwar zulässig, der Berechtigte ist aber verpflichtet, den Gegenstand unbelastet zurückzugewähren, und wenn ihm dieß nicht gelingt, so unterliegt er der Einrede des Zurückbehaltungsrechts. Ausgeschlossen dagegen ist der Rücktritt, wenn entweder der ganze Gegenstand oder ein erheblicher Theil desselben vom Berechtigten oder seinem Konkursverwalter oder im Wege der Zwangsvollstreckung veräußert oder belastet ist und bei demjenigen, der ihn in Folge der Verfügung erlangt hat, ein Fall der §§ 351. 352 eingetreten ist (353).

8. Kommt der Berechtigte nach erklärtem Rücktritt mit der Rückleistung eines unerheblichen Theils des Empfangenen in Verzug, so hat dieß auf die Wirksamkeit des Rücktritts keinen Einfluß, und die Einrede des Zurückbehaltungsrechts unterliegt möglicher Weise der Beschränkung des § 320 Abs. 2. Kommt er dagegen mit der Rückleistung des Ganzen oder eines erheblichen Theils in Verzug, so kann ihm der Gegner eine angemessene Frist mit der Erklärung setzen, daß er die Annahme nach dem Ablauf der Frist ablehne, und es wird dann der Rücktritt unwirksam, wenn nicht innerhalb der Frist die Rückgewähr erfolgt (354). Der erklärte Rücktritt wird an und für sich nicht unwirksam, wenn nachträglich ein Fall der §§ 351. 352. 353 eintritt. Allein der Gegner kann dann mit Bezug auf die Schadensersatzforderung, oder die Wiederverschaffung des Gegenstandes, die Ablösung der Belastung, gemäß § 354 vorgehen.

9. Der Rücktritt ist unwirksam, wenn eine Frist für seine Ausübung bestimmt und diese versäumt ist. Ist keine Frist bestimmt, so kann der Gegner dem Rücktrittsberechtigten eine angemessene Frist setzen, nach deren fruchtlosem Ablauf das Rücktrittsrecht erlischt (355).

10. Ueber die gesetzlichen Rücktrittsrechte bei gegenseitigen Verträgen, auch über § 361 BGB. s. ob. S. 307 fg. S. ferner 280 Abs. 2. 286 Abs. 2. 467.]

g. Bestärkung des Vertrages.

α. Eid. Conventionalstrafe.

§ 324.

Von der Bestärkung, welche der Eid einem Vertrage zu geben vermag, ist bereits an anderen Orten gehandelt worden[1]. Hier ist hinzuzufügen, daß der Bruch eines beschworenen Vergleichs den Eidbrüchigen seiner Rechte aus dem Vergleiche verlustig macht, während er selbst an denselben gebunden bleibt[2].

[Dem BGB. unbekannt.]

Ebenso ist von der Bestärkung des Vertrages durch Conventionalstrafe bereits an einem anderen Orte gehandelt worden[3].

---

[1] S. I § 83a, II § 283. § 324.

[2] S. § 413[14].

[3] S. § 285. 286. [Nachzutragen Neuhaus die Conventionalstrafe nach dem BGB. Erl. Diss. 1897. Schöntag die Vertragsstrafe nach dem BGB.

Digitized by Google

β. Handgeld*.

§ 325.

Ein Handgeld (Draufgeld, Arrha) hat regelmäßig die Bedeutung, ein Zeichen des Zustandekommens des Vertrages zu sein und dasselbe außer Zweifel zu setzen[1]. Daher muß das Handgeld bei Erfüllung des Vertrages zurückgegeben oder auf die zu empfangende Gegenleistung angerechnet werden; ebenso muß es zurückgegeben werden, wenn der Vertrag hinterher, durch Uebereinkunft der Parteien oder in sonstiger Weise, seinen Bestand verliert[2]. Jedoch kann auch ausgemacht werden, daß das Handgeld behalten werden dürfe. Ist ein Rücktrittsrecht für den Fall der Nichterfüllung bedungen, so kann der Rücktretende, wenn er von dem Rücktrittsrecht Gebrauch macht, das Handgeld behalten, auch ohne daß dieß ausdrücklich verabredet worden ist[3].

Ein Handgeld kann aber möglicherweise auch gegeben werden mit Rücksicht auf einen erst abzuschließenden Vertrag, zu dessen Abschluß noch keine der Parteien verbunden ist; in diesem Falle verliert der den Abschluß Weigernde das Handgeld bez. dessen Werth[4].

Erl. Diss. 1898. Billmann die Vertragsstrafe im deutsch. BGB. Erl. Diss. 1898. Schleipen die Conventionalstrafe nach gem. R. verglichen mit der Vertragsstrafe des deutschen BGB. Erl. Diss. 1899.]

* Unterholzner I S. 65, Sintenis II S. 307—310, Holzschuher III § 241, Savigny Oblig. II S. 267—271. v. Jagemann die Draufgabe (arrha). Vergleichende Studie. Berlin 1873. Bechmann Kauf I S. 520 fg. II S. 415 fg. Stobbe III § 174 Nr. III [3. Aufl. (Lehmann) § 218, III.].

§ 325. [1] Pr. I. 3, 23 („argumentum emticnis et venditionis contractae"), l. 35 pr. D. 18, 1 („ut evidentius probari possit, convenisse de pretio"). Sf. XXX. 132.

[2] Das Hingegebene wird hingegeben, um eine gewisse Function zu erfüllen; nach der Erfüllung oder dem Wegfall des Vertrages kann es diese Function nicht mehr erfüllen, und so ermangelt dann die Voraussetzung, unter welcher es hingegeben worden ist, so daß der Empfänger aus dem Vermögen des Hingebenden ohne rechtfertigenden Grund reicher ist. Dieser Obligationsgrund konnte nach r. R. direct geltend gemacht werden (condictio sine causa [ob causam dati causa finita]), oder wenn der Hauptvertrag ein bonae fidei contractus war, mit der actio aus diesem. L. 11 § 6 D. 19, 1, l. 5 § 15 D. 14, 3. Vgl. I § 97 [4], II § 424 [1]. HGB. Art. 285 Abs. 2. [Gestrichen, weil aufgegangen in BGB. 337 Abs. 1].

[3] L. 6 pr. D. 18, 3, vgl. l. 8 eod., l. 1 C. 4, 54, und § 323 [12]. — In örtlichen Gewohnheitsren kommt es vor, daß das Handgeld schlechthin zurückbehalten werden darf, z. B. bei der Miethe des Gesindes. Vgl. v. Jagemann S. 18 fg. 44. 132.

[4] L. 17 C. 4, 21, § 1 I. 3, 23. Vgl. § 312 [12]. — Auf demselben Gedanken beruhen (für das r. R.) die Vorschriften in l. 38 pr. D. 23, 2, l. 5 C.

Digitized by Google

Wird etwas in dem Sinne hingegeben, daß der Hingebende gegen Aufopferung des Hingegebenen von dem Vertrage solle zurücktreten dürfen, so liegt darin keine Bestärkung, sondern eine Abschwächung des Vertrages[5].

[Das BGB. hat im § 336 Abs. 1 den Satz zu Note [1]. Es bestimmt im § 336 Abs. 2, daß die Draufgabe im Zweifel nicht Reugeld ist (vgl. zu [5]). § 337 gibt die Sätze zu [2] wieder; den Satz zu [4] kennt das BGB. nicht.

Das Recht, die Draufgabe zu behalten, spricht das BGB. dem Empfänger für den Fall zu, daß die vom Geber geschuldete Leistung auf eine von ihm zu vertretende Weise unmöglich wird, oder daß er die Aufhebung des Vertrages verschuldet (338 S. 1; vgl. [4]). Das letztere ist dann der Fall, wenn durch sein Verschulden dem Gegner ein Rücktrittsrecht erwächst und von diesem Gebrauch gemacht wird (vgl. 325. 326). Ist für den Fall der Nichterfüllung ein Rücktrittsrecht vertragsmäßig vorbehalten, so kommt dasselbe im Zweifel zur Existenz auch bei unverschuldeter Nichterfüllung (s. ob. zu § 323 unter 1, a); das Recht, die Draufgabe zu behalten, setzt aber auch dann gemäß § 338 S. 1 Verschulden voraus. Ob der Empfänger der Draufgabe Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen kann, untersteht den allgemeinen Vorschriften (280. 286 Abs. 2. 325. 326); verlangt er solchen Schadensersatz, so ist die Draufgabe darauf anzurechnen, eventuell zurückzugeben (338 S. 2).]

B. Vergehen (Delicte)*.

§ 326.

Vergehen (I § 101) sind die mögliche Quelle einer doppelten Klasse von Forderungsrechten.

1. Jedes Vergehen, durch welches ein Vermögensschaden verursacht wird, erzeugt ein Forderungsrecht auf Ersatz dieses Schadens (§ 257)[1].

5, 1. Vgl. § 489 [3]. — Es findet sich die Behauptung, daß auch die bei einem bindenden Vertrag gegebene Arrha wegen Nichterfüllung verloren werde. S. namentlich Savigny Obligationenr. II S. 271 fg. Rechtfertigen läßt sich nur, daß, wenn der Empfänger auf Erfüllung nicht besteht, der Geber die Arrha nicht zurückfordern könne (exc. doli). S. die sorgfältige Ausführung von Bruns in seinem Commentar zum Syrisch-Röm. Rbuch S. 216.; auch Dernburg II § 12 a. E.

[5] Man spricht in diesem Falle von einer arrha poenitentialis. Vgl. § 285 [16]. v. Jagemann S. 136 fg. Vgl. Siegel das Versprechen als Verpflichtungsgrund S. 26—41. Bruns, Syrisch-Röm. Rbuch S. 216 fg. — HGB. Art. 285 Abs. 1. [Gestrichen, weil in BGB. 330 Abs. 2 übergegangen.]

* Unterholzner I § 46, Sintenis I § 29. II. b. und II § 100, Savigny System V S. 210—212 und Obl. § 82—84.

[1] Wenn die Rsordnung eine Handlung unter besonderes Verbot stellt § 326.
(I § 101, 2), so legt sie damit dem Urheber der Handlung die Verantwortlichkeit

Digitized by Google

2. Außerdem läßt das römische Recht aus gewissen Vergehen Forderungsrechte auf eine dem Verletzten zu leistende Strafe entstehen, Privatstrafe im Gegensatz zur öffentlichen Strafe[1a]. Die Privatstrafe besteht regelmäßig in einer besonderen von dem Thäter zu machenden Geldleistung; in Einem Fall besteht sie in einer besonderen Gestaltung der Ersatzverbindlichkeit[2]. Es kann auch sein, daß ein und dasselbe Forderungsrecht zugleich auf Ersatz und auf Strafe geht[3]. Diese römischen Privatstrafen sind gegenwärtig durch das Reichsstrafgesetzbuch insoweit ausgeschlossen, als sie Materien betreffen, welche Gegenstand des Reichsstrafgesetzbuchs sind[4]. In anderen Materien darf die heutige Geltung der römischen Privatstrafen im Principe nicht bestritten werden[5], es ist nur bei den einzelnen Privatstrafen zuzusehen, ob für sie nicht besondere Gründe

---

für deren Folgen auf. Ersatz eines Schadens, welcher kein Vermögensschaden ist? Vgl. § 257 [6], 455 [31].

[1a] Die actio, mit welcher die Privatstrafe eingefordert wird, ist eine actio poenalis, poenae persequendae causa comparata; ihren Gegensatz bildet die (über den Kreis der obligatorischen actiones hinausreichende) actio quae rem persequitur, rei persequendae causa comparata, § 16—19 I. 4, 6, l. 35 D. 44, 7. Vgl. I § 46 [3]. Thon Norm und subjectives R. S. 59 fg.

[2] Bei der widerrechtlichen Beschädigung (actio legis Aquiliae). — In unseren Quellen werden zu den actiones poenales auch diejenigen actiones gerechnet, bei denen eine Steigerung in Folge des Leugnens oder der Vorenthaltung bis zur Klage eintritt (§ 263); s. die cit. Institutionenstelle.

[3] In diesem Falle sprechen die Quellen von einer actio mixta, d. h. einer actio, welche zugleich poenam und rem persequitur, § 16—19 I. 4, 6.

[4] EG. z. RStGB. § 2. Freilich ist es eine noch unausgetragene Streitfrage, ob durch diesen § auch die Privatstrafen, und nicht bloß die öffentlichen Strafen ausgeschlossen sind. Vgl. in I § 123 [4a] und außer den das. Citirten Bruns in v. Holtz. Encycl. I § 58, Stobbe III § 199 [3. Aufl. (Lehmann) § 258], Meyer Lehrb. des deutsch. Strafr. § 101 a. E., v. Liszt Lehrb. des deutsch. Strafr. § 18 [9] [jetzt § 19, I a. E.], Landsberg Iniuria und Beleidigung (1886) S. 83 fg., Binding Handb. des Strafr. I S. 304 [27] (sämmtlich für die hier vertretene Ansicht). Sf. XXXII. 239 (Lübeck, ebenfalls dafür), XXXI. 142 (Stuttgart, dawider).

[5] Anders eine weitverbreitete Meinung, welche den römischen Privatstrafen für das heutige R. die Geltung ganz allgemein abspricht. [Dafür auch Dernburg I § 135 [3] a. E. II § 129.] Aber diese Meinung ist nicht gehörig begründet. Es steht ihr entgegen a) daß das gem. deutsche R. bis zum RStGB. in der Strafe der Injurie eine unbestrittene Anwendung der Privatstrafe besaß; b) daß in der Doctrin die Zahl derjenigen, welche die fortdauernde Geltung der römischen Privatstrafe behaupteten, in Deutschland von jeher der Zahl der Gegner gegenüber eher größer gewesen ist als geringer; namentlich gehören dahin: Brunnemann (ad l. ult. i. f. D. de calumniatoribus und ad. l. 5 § 2 D. commod. n. 17), Lauterbach (ad tit. Dig. 47, 1 n. 9), Schilter (exerc. 10 § 74, exerc. 49

Digitized by Google

der Unanwendbarkeit sich geltend machen. Dieses Letztere ist namentlich der Fall bei denjenigen Privatstrafen, die nach römischem Recht von jedem Bürger, auch wenn die Verletzung ihn nicht betraf, eingefordert werden konnten[6].

Entstehen aus einer zusammenhängenden Handlung mehrere Strafforderungen[7], so ist zu unterscheiden, ob dieselben ihren Grund haben in verschiedenen, in jener Handlung verbundenen Thatbeständen,

---

§ 5), Stryk (ad Dig. passim, z. B. III, 6 § 2, IV, 2 § 3, XLIV, 7 § 3 sqq.), Berger (in einer eigenen Diss. de usu actionum poenalium, 1705 und 1740), Leyser (spec. 56 n. 2), J. H. Böhmer (Exerc. ad Pand. exerc. 93 § 14), Ad. Dietr. Weber (Versuche über das Civilr. S. 67 fg.), Glück XXIV S. 411, Thibaut (Lehrb. § 68), Schweppe (Lehrb. III § 540), v. Wening-Ingenheim (Lehrb. II § 194), Puchta (Lehrb. § 261), Heffter (Strafr. § 126), Wächter (Strafr. I § 110 [52], vgl. dens. ACPra. XXIII S. 74 und in der Schrift: die Buße bei Beleidigungen und Körperverletzungen nach dem heutigen gemeinen R. [Leipzig 1874] S. 10 fg.) [s. auch Pand. I § 89, II], Brinz 2. Aufl. II § 338, vgl. auch Unterholzner I § 124; c) daß es auch an Fällen wirklicher Anwendung nicht gefehlt hat (s. darüber namentlich Grass collatio iuris civilis Rom. cum Recess. Imp. sect. 13 p. 39 sqq., I. H. Böhmer Exerc. ad Pand. exerc. 93 § 14 C. G. A. Gruner Diss. de poenis Romanorum privatis eorumque usu moderno p. 40), obgleich zugegeben werden muß, daß diese Anwendungsfälle nur vereinzelt sind; d) daß, wenn man sich auch über diese Fälle, eben wegen ihrer Vereinzeltheit, hinwegsetzen, und deßwegen einen non usus in Betreff der Privatstrafen annehmen will, doch die fernere Frage entsteht, ob in demselben der Ausdruck einer zu Grunde liegenden Rsüberzeugung gefunden werden kann (vgl. Savigny Obl. II S. 315); e) daß jedenfalls sich eine die Privatstrafe aberkennende Praxis nicht nachweisen läßt. Die hier vorgetragene Meinung wird auch vertheidigt in der (gründlichen) zuvor citirten Dissertation von Gruner 1805, abgedruckt auch in Chr. Martin Selectarum dissertationum et commentationum iuris criminalis collectio, Ienae 1822 I p. 68 sqq.; die entgegengesetzte Ansicht wird ausgeführt in den Dissertationen von Thomasius (de usu actionum poenalium iuris Romani in foro Germaniae [1693]) und von Gonne (de poenis lucro actoris cedentibus [1747]), s. außerdem Seuffert § 282, Kierulff S. 173. 174, Sintenis I S. 256, Savigny Obl. II § 84, Kleinschmidt APraktRW. N. F. I S. 70 fg. Vgl. auch Ihering das Schuldmoment im r. Privatr. S. 60 fg. [Verm. Schr. S. 219 fg.] — Auf Art. 157 und 158 der P. G. O. darf man sich für die hier vorgetragene Meinung nicht berufen, da diese Vorschriften amtliches Eingreifen des Richters voraussetzen. Savigny Obl. II S. 320.

[6] Mit einer actio popularis (I § 46 [2. c]). Die actiones populares sind heutzutage überhaupt unpraktisch. Es darf als durchgreifender Grundsatz des heutigen R. bezeichnet werden, daß der Staat in der Geltendmachung eines öffentlichen Interesses, und so namentlich auch in der Einforderung der Strafe, nicht durch Jeden, der da will, vertreten werden kann. Wächter Strafr. I § 110 [52] a. E. und Württemb. Privatr. II S. 428 [Pand. I § 89, II, 6]; a. M. auch hier Heffter Strafr. § 126 [1]. Vgl. noch Bruns ZS. f. RGesch. III S. 410. 411.

[7] Vgl. I § 121 [10].

Digitized by Google

oder in dem nämlichen, nur von verschiedenen Strafbestimmungen erfaßten Thatbestand. In dem ersten Falle kann jede Strafforderung zu ihrem vollen Betrage geltend gemacht werden [8]. In dem zweiten Falle absorbirt die größere Strafforderung die geringere [9].

Auch die Ersatzforderungen aus Delicten haben insofern eine Strafnatur, als der Verpflichtete leisten muß ohne Rücksicht darauf, ob er das zu Ersetzende in seinem Vermögen hat oder nicht. Aus diesem Grunde werden sie in einer wichtigen Beziehung, was nämlich den Uebergang auf die Erben des Verpflichteten angeht, der gleichen Behandlung unterworfen, wie die eigentlichen Strafforderungen [10. 11].

[Das BGB. kennt nur Schadensersatzforderungen aus unerlaubten Handlungen. S. darüber unt. zu § 451 fg.]

---

[8] L. 11 § 2 D. 11, 3, l. 14 § 1 D. 19, 5. In dem Falle der ersten Stelle sind verbunden folgende Thatbestände; 1) Einwirkung auf das Gemüth des Sklaven; 2) Bewirkung eines Diebstahls (welche zu Nr. 1 nicht nothwendig ist). In dem Fall der zweiten Stelle ist vorhanden: 1) Versetzung des Sklaven in einen hülflosen Zustand durch Entziehung der Kleider; 2) Aneignung der Kleider (welche in Nr. 1 nicht nothwendig enthalten ist).

[9] L. 41 § 1 D. 44, 7. „Si ex eodem facto duae competant actiones, postea (*posterioris?*) iudicis potius partes esse, ut quo plus sit in reliqua actione, id actor ferat; si tandumdem aut minus, id (l. *nil* oder *id non*) consequatur". Beispiele: actio legis Aquiliae und actio iniuriarum, l. 34 pr. eod.; actio legis Aquiliae und actio arborum furtim caesarum l. 1 D. 47, 7: actio furti und actio vi bonorum raptorum, l. 87 [88] D. 47, 2, l. 1 D. 47, 8. Nur scheinbar widersprechend l. 11 D. 47, 7, l. 2 § 10. 26 D. 47, 8, l. 15 § 46. l. 25 D. 47, 10, l. 6 pr. D. 48, 5, welche Stellen bloß sagen, daß die eine und die andere Strafklage begründet sei, nicht aber, daß die eine und die andere zu ihrem vollen Betrage durchgeführt werden könne, und in dem gleichen Sinne läßt sich ohne Schwierigkeit auch l. 32 D. 44, 7 verstehen. Größere Schwierigkeit macht l. 53 pr. D. eod.; aber auch bei dieser Stelle ist die Auslegung nicht unmöglich, daß sie nur sagen will, der Berechtigte bekomme nicht den vollen Betrag einer jeden Klage, sondern nur den der höheren, (die Stelle sagt: nur den Betrag Einer, indem sie voraussetzt, daß der Berechtigte zu der höheren greifen wird) L. 60 D. 44, 7 und l. 130 D. 50, 17 setzen nicht Einheit der strafbaren Handlung voraus. Einen durchgreifenden Meinungsgegensatz unter den römischen Juristen, und zwar nach einer dreifachen Richtung, nimmt Savigny Syst. V S. 237 fg. an, indem er als letztes Resultat der Entwickelung das unbedingte Nebeneinanderbestehen der mehreren Strafforderungen ansieht; vgl. dagegen Vangerow III § 572 Anm. Weitere Literaturangaben bei demſ. A. Pernice zur Lehre von den Sachbeschädigungen S. 132 fg. Merkel über den Konkurs der Aktionen nach r. R. S. 56 fg. [Dernburg I § 135 [3].]

[10] S. darüber § 359, 2. Auch der Ausdruck actio poenalis wird auf sie angewendet, z. B. l. 1 § 8 D. 43, 4. Vgl. Savigny Syst. V § 210, welcher die sinnreiche Bezeichnung „zweiseitige Strafklagen — einseitige Strafklagen" gebraucht. Vgl. auch Cohnfeldt Lehre vom Interesse S. 243 fg., A. Pernice a. a. O. S. 116 fg.

Digitized by Google

VI. Veränderung des Forderungsrechts*.

A. In Betreff seines Gegenstandes.

§ 327.

Das Forderungsrecht kann, ohne seine Existenz zu verlieren, verändert werden[1]. Eine solche Veränderung kann das Forderungsrecht erleiden zuerst in Betreff seines Gegenstandes, d. h. der Leistung, zu welcher es den Schuldner verpflichtet. Die Aenderung des Gegenstandes kann darin bestehen, daß etwas zu dem Inhalte der geschuldeten Leistung hinzugefügt wird, oder darin, daß etwas von dem Inhalte der geschuldeten Leistung abgenommen wird[2], oder darin, daß an die Stelle des bisherigen Leistungsinhaltes ein der Art nach verschiedener tritt[3]. Von besonderen hierher gehörigen Fällen ist im bisherigen Verlauf der Darstellung bereits die Rede gewesen, so von

---

[11] Einen neuen Begriff hat das RStGB. eingeführt in der „Buße", welche bei Verleumdung, bei ehrenrühriger Nachrede und bei Körperverletzung durch den Strafrichter zu Gunsten des von dem Delict Betroffenen auf dessen Antrag erkannt werden kann. StGB. § 188. 231. Spätere Reichsgesetze haben die „Buße" weiter verwendet. Mandry § 48 z. A., Stobbe III § 200 [44]. [3. Aufl. (Lehmann) § 259 [56].] Diese Buße ist ihrer wesenlichen Natur nach Entschädigung, aber mit dem Zusatz eines Strafmoments insofern, als der Richter bei der Ausmessung der Buße an den Nachweis wirklich erlittenen Schadens nicht gebunden ist und selbst auf drohenden und bloß möglichen Schaden Rücksicht nehmen kann. Doch ist freilich über die Natur der Buße viel Streit. Vgl. Wächter die Buße bei Beleidigungen und Körperverletzungen nach dem heutigen gem. R. Leipzig 1874. Dochow die Buße im Strafr. und Strafproceß. Jena 1875. Stobbe a. a. O. [45]. [§ 258 [12].] Kohler Patentr. S. 639 fg. Mandry § 48. [Merklinghaus die Buße im deutschen Reichsstrafr. Gött. Diss. 1892, Hellmann Schmerzensgeld und Buße. ACPra. LXXVIII S. 1 fg., Petsch die Buße des RStGB. in ihrem Verhältniß zum Schadensersatzanspruch des gemeinen Civilr. Erl. Diss. 1898.]

* Vgl. Brinz 2. Aufl. II S. 244 fg.

[1] Ohne seine Existenz zu verlieren — das jetzt vorhandene Forderungsr. ist § 327. kein neu erzeugtes; es ist kein anderes Individuum, als das früher vorhandene Forderungsr. Daher dauern, soweit die Umgestaltung nicht reicht, alle anderen rlichen Bestimmtheiten des Forderungsres fort, so namentlich Einreden, Privilegien, Pfandr., Bürgschaften, andere Accessionen.

[2] Beispiele: Verzugszinsen, theilweiser Untergang der zu leistenden Sache ohne Schuld des Schuldners. — Besonderer Fall: dem Miteigenthümer einer Sache, welcher seinen Theil schuldet, wird im Theilungsproceß der Theil des anderen Miteigenthümers adjudicirt. L. 7 § 13 D. 10, 3, l. 19 § 17 D. 19, 1, l. 78 § 4 D. 23, 3, l. 29 D. 10, 2. Steinlechner das Wesen der juris communio II S. 113 fg.

[3] So wenn in Folge des Unmöglichwerdens der Leistung der Schuldner zur Leistung des Interesse verpflichtet wird.

Digitized by Google

der Aenderung des Gegenstandes, welche eintritt in Folge von Streitbeginn und Urtheil (I § 124. 129), in Folge der Weigerung des Schuldners (§ 263), in Folge des Unmöglichwerdens der Leistung (§ 264. 265), in Folge des Verzugs (§ 276). Hier ist noch die Frage zu beantworten, ob eine Aenderung des Gegenstandes der Forderung auch dadurch eintritt, daß die zu leistende Sache einen Gewinn abwirft, d. h. ob das Forderungsrecht auch diesen Gewinn ergreift[4]. Diese Frage ist der Natur der Sache nach zu bejahen für denjenigen Gewinn, welcher einen integrirenden Bestandtheil der zu leistenden Sache bildet[5]; im Uebrigen darf sie weder unbedingt bejaht, noch unbedingt verneint, sondern sie muß für jedes einzelne Forderungsrecht besonders beantwortet werden[6]. Wo aber auch der Gläubiger Anspruch auf den Gewinn der Sache hat, hat er doch nur Anspruch auf denjenigen Gewinn, welchen wirklich die zu leistende Sache selbst abwirft, nicht auf denjenigen, zu welchem die zu leistende Sache nur Veranlassung gegeben hat[7]. — Man hat zur Beantwortung der aufgeworfenen Frage die Regel aufgestellt, daß derjenigen von den in der Obligation einander gegenüberstehenden Parteien der Gewinn der Sache gebühre, welche die Gefahr der Sache trage, d. h. welcher ein zufälliges dieselbe betreffendes Ereigniß zum

---

[4] Jhering Abhandlungen Nr. 1 (1843). Mommsen Erörterungen aus dem Obligationenr. 1. Heft (1859). [Jacoby Kritische Untersuchungen u. s. w. (Mieth- und Pachtzinsen nach Abschluß des Kaufvertrages, commodum rei im Allgemeinen) Erl. Diss. 1897.]

[5] Dahin gehört z. B. die Anschwemmung, § 3 I. 3, 23, l. 7 pr. D. 18, 6, l. 10 § 1 D. 23, 3, l. 16 D. 32 (vgl. I § 188 [2]); ferner gehört hierher der Fall der Verbindung einer beweglichen Sache mit einer andern beweglichen oder unbeweglichen Sache, sowie der Fall der juristischen Accession, z. B. durch Wegfall eines das Eigenthumsr. beschränkenden dinglichen R. Ob aber nicht in diesen Fällen für denjenigen, welcher mit dem Gegenstand selbst auch dessen Bestandtheile herausgeben muß, ein Entschädigungs- oder Restitutionsanspruch begründet ist, ist eine besonders zu beantwortende Frage. Mommsen a. a. O. S. 16—24.

[6] So hat z. B. der Käufer Anspruch auf den Gewinn der Sache (§ 389 [15]), dagegen nicht z. B. der Vermächtnißnehmer (l. 23 D. 30, l. 26 D. 32, l. 8 D. 22, 1, l. 4 C. 6, 47, Nov. 131 c. 12). Das Gleiche ist zu behaupten für jedes Forderungsr. aus einem wohlthätigen Grunde. S. l. 31 § 2 C. 5, 12 und Mommsen S. 35—41.

[7] Er hat Anspruch nur auf das lucrum ex re (l. 21 D. 18, 4), so namentlich auf die Früchte, die auf den Eigenthümer fallende Hälfte des Schatzes, l. 7 § 12 D. 24, 3 (Jhering S. 8, Mommsen S. 56 [5]); aber nicht z. B. auf das auf dem geschuldeten Grundstück erlegte Wild, nicht auf das lucrum ex negotiatione perceptum (l. 21 cit.). Nähere Ausführung in der citirten Abhandlung von Jhering und bei Mommsen a. a. O. § 5. 10.

Digitized by Google

Schaden gereiche[8]. Diese Regel ist aber nicht richtig[9], wie denn namentlich derjenige, welcher aus einem wohlthätigen Rechtsgeschäft etwas zu fordern hat, obgleich er die Gefahr trägt, auf den Gewinn keinen Anspruch hat[10]. Die bezeichnete Regel ist wahr in einem ganz anderen Sinn[11], nämlich in dem Sinn, daß demjenigen, welcher die Gefahr eines bestimmten Ereignisses trägt, auch der von diesem Ereigniß verursachte Gewinn gebührt[12].

[Das §§§. hat über die hier besprochenen Fragen keine allgemeinen Grundsätze aufgestellt. Hervorgehoben sei Folgendes:

1. Wenn der Gegenstand des Forderungsrechtes einen Zuwachs erhält, der mit ihm zur Einheit verbunden ist, so ist unzweifelhaft die Sache in ihrem nunmehrigen Zustande zu leisten, vorbehältlich jedoch des möglichen Rechts des

---

[8] Auch in den Quellen findet sich dieser Satz sowohl im Allgemeinen ausgesprochen (§ 3 I. 3, 23, l. 10 D. 50, 17, l. 22 § 3 C. 6, 2), als vielfach im Einzelnen angewendet.

[9] Dieß nachgewiesen zu haben, ist das Verdienst von Mommsen. Wie wenig darauf Gewicht gelegt werden darf, wenn die Quellen ihre Entscheidungen mit Berufung auf die bezeichnete Regel motiviren, zeigen l. 18 D. 23, 3, l. 66 § 3 D. 24, 3.

[10] Note [6]. Ebenso wenig gibt die vertragsmäßige Uebernahme der Gefahr ohne Weiteres einen Anspruch auf den an und für sich nicht gebührenden Gewinn obgleich in dieser Beziehung Vat. fr. § 114 Schwierigkeit macht. (Mommsen S. 32—33. 45—50. Vgl. auch l. 38 § 7. 15 D. 22, 1 (Mommsen S. 28. 33—36).

[11] Daß die bezeichnete Regel einen doppelten Sinn hat, ist auch von Jhering nicht verkannt, aber erst von Mommsen scharf hervorgehoben worden.

[12] Jhering S. 30 fg., Mommsen § 7—9. Anwendungen. a) Wenn die Leistung dem Schuldner durch das Delict eines Andern unmöglich wird, so gebühren die aus diesem Delicte sich ergebenden Ansprüche dem Schuldner oder dem Gläubiger, je nachdem der Schuldner für die Unmöglichkeit Ersatz geben muß oder nicht. Der Anspruch wird demjenigen, welchem er gebührt, entweder unmittelbar gegeben (so namentlich, wenigstens regelmäßig, die actio furti, § 17 I. 4, 1, l. 14 § 16 D. 47, 2), oder ihm durch erzwungene Cession verschafft (l. 25 § 8. l. 60 § 2 D. 19, 2, l. 12 D. 42, 1, l. 14 pr. l. 81 [80] pr. D. 47, 2). Nähere Ausführung bei Jhering S. 30—58, Mommsen S. 84—107; s. aber auch Dernburg Pfandr. I S. 147—149. b) Wer fremdes, überhaupt herauszugebendes, Geld auf Zinsen ausleiht, behält die gezogenen Zinsen oder behält sie nicht, je nachdem er die Gefahr der Ausleihung trägt, oder nicht. L. 10 § 8 D. 17, 1, l. 67 § 1 D. 17, 2, vgl. l. 46 [44] § 1 D. 36, 1, l. 62 pr. D. 6, 1, l. 20 § 14. l. 30 D. 5, 3. Jhering S. 60; vgl. übrigens Mommsen S. 9 fg. Keinen Widerspruch enthält l. 6 § 1 D. 13, 7; vgl. Dernburg Pfandr. II S. 221. c) Der Verkäufer einer Sache braucht, wenn dieselbe ohne seine Schuld zu Grunde geht, dem Käufer das durch einen zweiten Verkauf erzielte Kaufgeld nicht herauszugeben; durch den zweiten Verkauf hat sich in seinen Verpflichtungen gegen den ersten Käufer nichts geändert. L. 21 D. 18, 4; Jhering S. 58 fg. (vgl. dens. Jahrb. f. Dogm. III S. 453 fg. XVI

Digitized by Google

Schuldners auf Wegnahme einer Einrichtung, mit welcher er die Sache versehen hat (s. z. B. 500 S. 2. 547 Abs. 2 S. 2. 581 Abs. 2. 601 Abs. 2 S. 2), oder auf Ersatz von Verwendungen (s. z. B. 450. 451. 515. 651. 500 S. 1. 547 Abs. 1. Abs. 2 S. 1. 581 Abs. 2 [vgl. 582. 586 fg.]. 601 Abs. 1. Abs. 2 S. 1. 670. 683. 684) oder auf Ersatz der Kosten ungetrennter Früchte (592). Fällt eine Belastung des Gegenstandes fort, so ist derselbe ebenfalls im nunmehrigen Zustande zu gewähren, vorbehältlich eines Verwendungsanspruchs, aber auch vorbehältlich der Bestimmungen in §§ 1063 Abs. 2. 1256 Abs. 2.

2. Die Nutzungen der Sache (100) gebühren dem Käufer erst von der Uebergabe an (446 Abs. 1 S. 2); nur wenn der Käufer eines Grundstücks vor der Uebergabe als Eigenthümer in das Grundbuch eingetragen wird, gebühren ihm die Nutzungen schon von der Eintragung an (446 Abs. 2), wie auch die gleichen Sätze für die Gefahrtragung gelten. Beim Verkauf eines Rechtes an der Sache, das zum Besitz berechtigt, kommen diese Sätze zur entsprechenden Anwendung (451). Das Gleiche gilt beim Tausch (515) und bei dem Werkvertrage über Herstellung einer Sache aus Stoffen des Unternehmers, da dieser Vertrag wie ein Kauf behandelt wird. Auch wenn die herzustellende Sache nicht vertretbar ist und deßwegen das Recht des Kaufes nur mit Abweichungen zur Anwendung kommt, bleibt doch § 446 Abs. 1 S. 2 anwendbar (651). Danach wird man unbedenklich als allgemeinen Grundsatz hinstellen können, daß demjenigen, der entgeltlich eine Sache oder ein Recht an einer solchen, das zum Besitz berechtigt, zu fordern hat, die Nutzungen erst von der Uebergabe der Sache an gebühren. Umsomehr wird dasselbe bei der Schenkung mit entsprechendem Gegenstande gelten. Dagegen ist es bei Verträgen auf Verschaffung anderer Rechte (als solcher die zum Besitz einer Sache berechtigen), insbesondere bei Verträgen auf demnächstige Abtretung einer Forderung reine Auslegungsfrage, ob die Nutzungen schon von diesem Vertrage an oder erst von der wirklichen Abtretung an dem Erwerber gebühren. Bei dem Erbschaftskauf gebühren dem Käufer die Nutzungen schon vom Abschluß des Kaufes an (2380), und das Gleiche gilt selbst bei der Erbschaftsschenkung (2385). Ist ein bestimmter zur Erbschaft gehöriger Gegenstand vermacht, so sind auch die seit dem Anfall des Vermächtnisses gezogenen Früchte herauszugeben, nicht aber sonstige Nutzungen (2184).

3. Aus unerlaubter Handlung wird auf Schadensersatz gehaftet (823), also auch auf den dem Verletzten in Folge der Handlung entgangenen Gewinn (252), ohne Rücksicht darauf, ob ihn der Verpflichtete gezogen hat oder nicht.

4. Bei ungerechtfertigter Bereicherung sind die gezogenen Nutzungen und dasjenige herauszugeben, was der Bereicherte auf Grund eines erlangten Rechtes oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung des erlangten Gegenstandes erwirbt (818 Abs. 1). Wenn aber der Bereicherte bei

---

S. 279 fg.), Mommsen S. 110. 111. Eine besondere, m. E. unhaltbare, Ansicht bei v. Monroy die vollmachtslose Ausübung fremder Vermögensre (Rostock 1878) S. 61 fg. — Ueber l. 17 pr. D. 6, 1 s. Ihering S. 70 fg., Mommsen S. 112, Windscheid zwei Fragen aus der Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung, akad. Programm 1878, S. 14; über l. 33 § 1. l. 36 § 3 D. 5, 3 s. Ihering S. 69. 77 und unten III § 612 [19].

Digitized by Google

Empfang des Gegenstandes den Mangel des Rechtsgrundes kennt oder später erfährt, so haftet er von Empfang oder Kenntniß an, wie wenn der Anspruch zu dieser Zeit rechtshängig geworden wäre (819 Abs. 1), und das Gleiche gilt vom Empfange an, wenn er durch den Empfang gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten verstößt (819 Abs. 2). Bei Rechtshängigkeit haftet aber der Empfänger nach den allgemeinen Vorschriften (818 Abs. 4), d. h. wenn nicht die Rechtshängigkeit Verzug begründet (284 Abs. 1), nach den Vorschriften der §§ 291. 292, somit, wenn es sich um Herausgabe eines bestimmten Gegenstandes handelt, für gezogene und schuldhaft nicht gezogene Nutzungen (987). Eine beschränkte Gleichstellung mit dem Fall der Rechtshängigkeit enthält § 820.

5. Wenn durch unerlaubte Handlung eines Andern (für den der Schuldner nicht etwa nach § 278 haftet), dem Schuldner die Leistung unmöglich und hierdurch der Schuldner befreit wird (vgl. [12, a]), so hat der Dritte das Forderungsrecht des Gläubigers zerstört und haftet unmittelbar dem Gläubiger auf Schadensersatz, wenn ihm dem Gläubiger gegenüber Vorsatz oder Fahrlässigkeit zur Last fällt (823). S. darüber und über das Recht des Gläubigers, Abtretung des Ersatzanspruchs des Schuldners zu verlangen ob. S. 86 fg. unter 5. Wenn der Schuldner zum Schadensersatz verpflichtet ist, so gilt das S. 87 unter 6 Bemerkte.

6. Der in Note [12] unter b aufgestellte Satz ist für das Recht des BGB. nicht aufrecht zu erhalten. Z. B. wenn ein Beauftragter Geld, welches er dem Auftraggeber herauszugeben oder für ihn zu verwenden hat, für sich verwendet, so muß er es von der Verwendung an verzinsen (668). Dieser Fall ist aber auch gegeben, wenn er es auf eigenen Namen ausleiht, trotzdem er dabei zweifellos die Gefahr trägt. Der Satz der Note [12] unter c bleibt im Ergebniß auch für das BGB. richtig.]

B. In Betreff seiner Subjecte*.

1. Durch Gesammtnachfolge.

§ 328.

Das Forderungsrecht kann ferner eine Veränderung erleiden in Betreff seiner Subjecte, so daß an die Stelle des bisherigen Gläubigers ein anderer Gläubiger, an die Stelle des bisherigen Schuldners ein anderer Schuldner tritt. Dieß ist noch in verschiedener Weise möglich.

---

* Das Hauptwerk über diese Lehre ist noch immer das von Mühlenbruch, die Lehre von der Cession der Forderungsr., 1. Aufl. 1817, 3. Aufl. 1836. Eine neue Bearbeitung hat in der neueren Zeit Alb. Schmid unternommen: die Grundlehren der Cession, 1. Theil 1863, 2. Theil 1866. Eine Recension dieses letzteren Werkes von Bechmann findet sich kr. VJS. X S. 185—248. S. außerdem Puchta's Artikel „Cession" in Weiske's Rlex. II S. 636—664 (1839, auch in den kleinen civilistischen Schriften Nr. 27, und nach den letzteren hier citirt), Glück XVI S. 338 fg., Fritz Erläuterungen II S. 198 fg., Unterholzner I S. 598 fg., Vangerow III § 574—576, Sintenis II S. 385 fg.

Digitized by Google

1. Das Forderungsrecht geht auf ein anderes Subject über in und mit dem Vermögen, zu welchem es gehört; die Rechtsnachfolge, welche stattfindet, ist eine Gesammtnachfolge. Die nähere Betrachtung dieses Falles gehört in das Erbrecht.

2. Das Forderungsrecht geht als solches, als dieses einzelne Rechtsverhältniß, auf ein anderes Subject über; es findet eine Sondernachfolge statt. Von diesem Fall ist hier näher zu reden. Dabei muß aber von der activen Seite des obligatorischen Rechtsverhältnisses, der Forderung in diesem Sinne, und der passiven Seite, der Schuld, abgesondert gehandelt werden.

2. Durch Sondernachfolge.

a. Sondernachfolge in die Forderung**.

Einleitung.

§ 329.

Das römische Recht ist davon ausgegangen, daß eine Sondernachfolge in die Forderung unzulässig sei. Der Grund dieses Satzes ist vornehmlich darin zu suchen[1], daß durch das Eintreten eines neuen Gläubigers auch der Inhalt der Leistung des Schuldners geändert wird[2], und eine solche Aenderung, nahm das römische Recht

790 fg., Brinz 1. Aufl. § 130. 131. 2. Aufl. II § 284. 285, Keller § 280—283, Dernburg II § 48—52. Stobbe III § 177 [3. Aufl. (Lehmann) § 226]. Hasenöhrl II § 71—74, Ryk Lehre von den Schuldverhältnissen S. 485 fg. [Varé de la cession volontaire de Créances. Th. de Paris 1890. Hayem Procédés de cession de créances. Th. de Paris 1894. Ueber Huc traité théorique et pratique de la cession et de la transmission des créances. Paris 1891, s. Crome kr. VJS. XXXV S. 204 fg.]

** Dig. 18, 4 Cod. 4, 39 de hereditate vel actione vendita.

§ 329. [1] Es mag auch sein, daß der Mangel einer Uebertragungsform mitgewirkt hat, worauf in meiner Schrift über die Actio (S. 164) das ausschließliche Gewicht gelegt ist (s. auch Brinz 1. Aufl. S. 560). Vgl. Gai. II, 38. „Obligationes quoquo modo contractae nihil eorum (gemeint ist mancipatio, in iure cessio, traditio) recipiunt; nam quod mihi ab aliquo debetur, id si velim tibi deberi, nullo eorum modo, quibus res corporales ad alium transferuntur, id efficere possum".

[2] Die Leistung von 100 an A hat einen anderen Inhalt, als die Leistung von 100 an B. Daß durch das Eintreten eines neuen Gläubigers der Inhalt der Leistung des Schuldners geändert wird, ist in meiner in der vorigen Note bezeichneten Schrift S. 151—153 mit Unrecht geleugnet worden. Der Begriff der Leistung schließt ein Subject, an welches geleistet wird, ein. Man kann z. B. geben nicht schlechthin; man kann nur Jemandem geben. S. Scheurl Beiträge I S. 15. kr. Ueberschau I S. 331.

Digitized by Google

ursprünglich an, brauche der Schuldner sich ohne seine Zustimmung nicht gefallen zu lassen; seine Zustimmung aber war nach der Auffassung des römischen Rechts nur wirksam in der Form eines Vertrages mit dem Gläubiger, durch welchen die bestehende Obligation aufgehoben und eine neue an ihrer Stelle begründet wurde[3]. Wollte daher ein Gläubiger unter Aufrechterhaltung seiner Obligation einem Andern den Vortheil derselben verschaffen, so blieb ihm nichts Anderes übrig, als diesen Anderen zu bevollmächtigen, in seinem, des Gläubigers, Namen die Leistung einzufordern[4] und das Eingeforderte für sich zu behalten[5]. — Das römische Recht hat aber diesen ursprünglichen Standpunkt nicht festgehalten. Im Laufe der Zeit hat es anerkannt, daß der Schuldner sich allerdings gefallen lassen müsse, daß durch Sondernachfolge ein Anderer die Befugniß erwerbe, statt des Gläubigers in seinem eigenen, nicht des Gläubigers, Namen das dem Gläubiger Geschuldete einzufordern[6]. Trotzdem hat das römische Recht

[3] Gajus fährt an der in Note [1] bezeichneten Stelle fort: „sed opus est, ut iubente me tu ab eo stipuleris; quae res efficit, ut a me liberetur et incipiat tibi teneri, quae dicitur novatio obligationis".

[4] Gajus fährt fort (II, 38): „Sine hac vero novatione non poteris tuo nomine agere, sed debes ex persona mea, quasi cognitor aut procurator meus, experiri". Die Vollmacht (mandatum) wurde auf die actio als das Aeußerste gerichtet; die Befugniß zur Eintreibung der Leistung auf gütlichem Wege verstand sich dabei von selbst. Vgl. Eisele Cognitur und Procuratur S. 70. 113 fg. 242 fg.

[5] Der Bevollmächtigte war kein gewöhnlicher procurator, sondern ein procurator „in rem suam".

[6] Das r. R. drückt sich so aus: es kann ein Anderer actio suo nomine erwerben. Diese actio ist aber, da sie einer Person gegeben wird, welcher sie eigentlich nicht gegeben werden sollte — dem Nichtgläubiger —, keine directa, sondern eine utilis actio. L. ult. C. 4, 15. „In solutum nomine dato non aliter nisi mandatis actionibus *ex persona sui debitoris* adversus eius debitores creditor experiri potest, *suo* autem *nomine utili actione* recte utetur". L. 18 C. 6, 37. „Ex legato nominis, actionibus ab his qui successerunt non mandatis, *directas* quidem *actiones* legatarius habere non potest, *utilibus* autem *suo nomine* experietur". L. 9 C. 4, 39 l. 55 D. 3, 3, s. auch l. 5 C. 4, 39. Die utilis actio wurde sowohl gewährt, wenn ein mandatum ertheilt worden, dieses aber untergegangen war (l. 55 cit., l. 1 C. 4, 10, l. 33 C. 8, 53 [54]), als auch ohne alles mandatum, auf Grund des erklärten Willens, daß die Forderung auf einen Andern übergehen solle (l. 16 pr. D. 2, 14, l. 2 C. 4, 10, l. ult. C. 4, 15, l. 5. 7. 8. 9 C. 4, 39, l. 18 C. 6, 37, l. 4 C. 8, 16 [17], l. 3 C. 8, 41 [42]), l. 33 C. 8, 53 [54]), oder nach gesetzlicher Regel auf Grund anderer Thatsachen (z. B. geführter Vormundschaft). Ueber die allmälige Ausbildung der utilis actio, welche erst der Kaiserzeit angehört, s. Mühlenbruch S. 188 fg., Bähr Jahrb. f. Dogm. I S. 381 fg., vgl. Schmid I S. 194 fg., v. Salpius Novation und Delegation S. 394—414.

Digitized by Google

den Satz bestehen lassen, daß die obligatio nicht übergehen könne; es gewährt dem neu Eintretenden nur actio, während es dem bisherigen Gläubiger die obligatio läßt[7]. Aber materielle Bedeutung legt es der in der Person des bisherigen Gläubigers fortdauernden obligatio nicht bei[8], und so ist für uns, die wir den Gegensatz zwischen ius

---

Ueber die eigentliche Bedeutung der utilis actio herrscht übrigens keine Uebereinstimmung. Das richtige ist: die utilis actio ist schlechthin eine eigene actio (s. [7]). Nach einer anderen Meinung ist sie eine fremde actio, welche ein Anderer als der Berechtigte kraft eigenen R. ausübt. Vgl. hierüber Windscheid die Actio ꝛc. S. 126 fg.; dagegen Muther zur Lehre von der römischen Actio S. 126 fg.; dagegen wieder Windscheid Abwehr S. 56 fg. S. auch v. Salpius a. a. O., auch S. 414—436, Schmid II S. 170 fg., Francke Commentar über den Pandektentitel de Hereditatis Petitione S. 399 fg., Vangerow 7. Aufl. III § 574 Anm. 1 Nr. 1, Brinz II S. 393. Wie ihre Formel concipirt worden sei, muß dahin gestellt bleiben; daß dieselbe aber nicht so gelautet hat, wie Schmid I § 3. 18 nachzuweisen gesucht hat, scheint mir vollkommen sicher. S. auch Bechmann a. a. O. S. 203 fg., Brinz a. a. O. [9]. Eisele die actio utilis des Cessionars (1887): Fiction der Delegation. Die Schrift von Karsten, die fingirte Cession, Rostock 1874, will ein Versuch sein, „die wahren Grundlagen der römischen Lehre von der Cession zu erkennen"; ich finde aber in ihr nichts Neues, ebensowenig in dem Nachtrag, welchen Karsten Jahrb. f. Dogm. XVII S. 222 fg. zu derselben gibt. Vgl. über diese Schrift Exner in Grünh. ZS. II S. 614 fg., Hofmann kr. VJS. XVIII S. 512 fg. Neuestens P. Gide Étude sur la novation et le transport des créances en droit romain, Paris 1879, p. 231—376, welche gut geschriebene Darstellung im Wesentlichen die Ideen von v. Salpius a. a. O. S. 341 fg. wiedergibt (vgl. übrigens p. 313 s. 328 s.).

[7] D. h. näher: der neu Eintretende kann sich auf das ius nicht berufen; das ius steht fortwährend dem bisherigen Gläubiger zur Seite. Aber Recht gesprochen wird für den neu Eintretenden in gleicher Weise, als wenn ihm, und nicht dem bisherigen Gläubiger, das ius zur Seite stände. Es tritt an diesem Punkte, wie an so vielen anderen, die Selbständigkeit der römischen Jurisdictionsordnung hervor. Vgl. I § 44. Deßwegen ist aber auch die dem neu Eintretenden gewährte actio eine schlechthin eigene actio; es wird ihm nicht die actio desjenigen gegeben, welcher fortfährt, Subject der Obligation zu sein, sondern es wird ihm actio statt des Obligationssubjectes gegeben. — Wenn in den Quellen auch von einer Uebertragung der *obligatio*, des *debitum* die Rede ist (l. 2 § 8 D. 18, 4, l. 5 § 2 D. 20, 6, l. 64 § 4 D. 24, 3, l. 66 [64] pr. D. 36, 1, l. 23 C. 4, 35), so ist das eine ungenaue Ausdrucksweise, vgl. l. un. C. 8, 26 [27]: — „si novatione facta in alium ius obligationis transtulisti", ferner l. 7 § 8 D. 4, 3, l. 27 § 3 D. 4, 4 u. a. m. (Kuntze Wechselr. S. 315 [18], Danz Jahrb. f. Dogm. XIX S. 97 [5]). Bekker Aktionen II S. 255 [9] will es nicht gelten lassen, daß diese Ausdrucksweise der Quellen ungenau sei; ist es auch nicht ungenau, wenn gesagt wird, daß in der Novation eine Uebertragung der obligatio liege?

[8] Das Verhältniß ist kein anderes, als wenn der Eine als heres, der Andere als (dem heres vorgehender) bonorum possessor anerkannt wird, der Eine als dominus ex iure Quiritium, während von dem Anderen ausgesagt wird, daß

Digitized by Google

und actio nicht kennen, das Resultat, daß die Forderung als solche auf ein anderes Subject übergehen kann. Damit stimmt die heutige Lebensauffassung und die darauf gegründete Rechtsübung[9] überein[10].

---

er die Sache „in bonis" habe. Vgl. auch Vat. fr. 83 in Verbindung mit l. 3 § 2 D. 7, 2.

[9] Wenn nicht schon das r. R. die Sondernachfolge in Forderungen im praktischen Resultate anerkannt hat (s. die vorige Note), so steht dieselbe doch für das heutige R. durch Gewohnheitsr. fest. Man hat dieses Gewohnheitsr. bestritten, indem man geltend gemacht hat, daß nur der materielle Gehalt der Rsätze, nicht aber die juristische Construction derselben, durch das Rbewußtsein des Volkes bestimmt werden könne (Vangerow III S. 115 [7. Aufl S. 105]). Aber es wird ja für das hier fragliche Gewohnheitsr. kein anderer, als ein materieller Gehalt in Anspruch genommen; es wird nichts Anderes behauptet, als daß das heutige Rbewußtsein und die darauf beruhende Uebung das Forderungsr. als jeder Einwirkung aus der Person des bisherigen Gläubigers entzogen auffasse. Ist dieß richtig, und ich glaube nicht, daß dieß bestritten werden kann, so ist freilich eine fernere Frage, wie der von dem Gewohnheitsr. geforderte Satz theoretisch construirt, d. h. mit feststehenden Begriffen vermittelt werden soll. Aber auch die Nothwendigkeit dieser Vermittelung nöthigt uns nicht dazu, jenem Satz einen anderen Ausdruck zu geben, als den, daß das Forderungsr. sich von dem bisherigen Gläubiger ablöse und auf den neu Eintretenden übergehe. S. hierüber die folgende Note. Vgl. auch Windscheid die Actio ꝛc. S. 170—171.

[10] Der Satz, daß es eine Sondernachfolge in Forderungen gebe, ist weit davon entfernt, von der heutigen Rtheorie allgemein anerkannt zu sein. Vielmehr hält die herrschende Meinung noch immer an der Unübertragbarkeit der Forderung fest, und bestimmt demgemäß die Rstellung des neu Eintretenden im Wesentlichen dahin, daß derselbe ein eigenes R. auf Ausübung einer fremden Obligation erwerbe, vgl. übrigens Windscheid die Actio ꝛc. S. 172 fg., wo auch über die eigentliche Auffassung Kuntze's (die Obligation ꝛc. § 66. 82, jetzt hinzuzufügen Inhaberpapiere § 54—58, aber auch die Anmerkung zu Holzschuher III S. 151 und Institut. II S. 463—466, die Obligationen im röm. u. heut. R. S. 209 fg.) Bericht erstattet ist. Der Hauptgrund dieser herrschenden Meinung ist, daß die Forderung ihrem Begriffe nach unübertragbar sei. Aber so oft und so lebhaft dieß behauptet worden ist (so neuerdings wieder von Siebenhaar ZS. f. RPfl. und Verwalt. im KR. Sachsen N. F. XXVIII S. 289 fg. [1866]), so kann es doch nicht als richtig anerkannt werden. Die Forderung ist unübertragbar, wenn der Inhalt der geschuldeten Leistung (vgl. [2]) zur Wesenheit der Forderung gehört. Aber wenn man zugesteht, daß die Wesenheit der Forderung sich nicht ändert, wenn z. B. an die Stelle der unmöglich gewordenen Leistung eine Geldentschädigung tritt, d. h. daß abgesehen von dieser einen Aenderung alle rlichen Bestimmtheiten des Forderungsr. fortdauern: warum soll es denn anders sein, wenn der Schuldner verpflichtet wird, statt an A an B zu leisten? Vgl. über und gegen die Versuche, welche man gemacht hat, die begriffsmäßige Unübertragbarkeit der Forderung nachzuweisen, Windscheid die Actio ꝛc. S. 148 fg.; s. aber auch Kuntze Inhaberpapiere § 54—58. Auch die neueste Bearbeitung der Cessionslehre von Schmid gibt dem neu Eintretenden nur ein eigenes R. auf Ausübung eines in der Person des Cedenten fortdauernden Forderungsr., obgleich bei diesem Schriftsteller das Dogma von der begriffsmäßigen Unübertragbarkeit des Forderungsr. weniger in den Vordergrund tritt (vgl. II S. 438).

Digitized by Google

Den Act, durch welchen eine Forderung auf einen neuen Gläubiger übertragen wird, nennt man heutzutage nach Vorgang des römischen Rechts gewöhnlich Cession; diejenige Person, auf welche die Forderung übertragen wird, Cessionar, den übertragenden Gläubiger Cedent[11].

[Im BGB. begründet die Abtretung einer Forderung (398 fg.), ebenso wie die Uebertragung derselben kraft Gesetzes (412), das gesetzliche „Uebergehen" der Forderung (z. B. 426 Abs. 2. 774) zweifellos eine reine Singularnachfolge in die Forderung. Der neue Gläubiger tritt an die Stelle des bisherigen Gläubigers (398 S. 2).]

Schmid zieht aus dieser Auffassung auch praktische Consequenzen, s. II S. 181 fg. 347 fg. 437 fg. Vgl. Bechmann a. a. O. S. 221 fg., Attenhofer ZS. des Bernischen Juristenvereins XVII S. 560 fg. — Von der anderen Seite ist die Sondernachfolge in Forderungen auch nicht ohne Anerkennung geblieben. Namentlich haben sich für dieselbe ausgesprochen: Delbrück die Uebernahme fremder Schulden (1853, s. über diese Schrift Windscheid kr. Ueberschau I S. 27 fg., und vgl. zu derselben Köppen die Erbschaft S. 18—19. 110. Erbr. S. 244 fg.), Seuffert Pandekten § 297 [4], Brinz kr. Bl. II S. 34 und Pandekten 1. Aufl. S. 564. 2. Aufl. II S. 400, Beseler deutsch. Privatr. § 118 (4. Aufl. § 106), Bluntschli deutsch. Privatr. § 110, 2, Stobbe deutsch. Privatr. III § 177 [3. Aufl. (Lehmann) § 226], Förster-Eccius Preuß. Privatr. I § 99, Rudorff zu Puchta § 280 [a], Gürgens Jahrb. f. Dogm. VIII S. 228 fg., Bruns in v. Holtz. Encycl. I § 69, Unger Schuldübernahme S. 25 und an den das. citirten Stellen, Hasenöhrl II S. 171, Dernburg II § 48, Wendt § 216 [derselbe Anweisungsr. (1895) S. 260 fg.]. Auch v. Salpius Novation und Delegation S. 345 fg. vertheidigt die Möglichkeit einer Singularsuccession in Forderungen, begnügt sich freilich für den Begriff der Singularsuccession mit der Identität des Inhalts zwischen dem R. des Rsurhebers und dem des Nachfolgers. Ebenso Danz und Eisele an den § 353 [3] angeführten Stellen, vgl. auch Ryk Lehre von den Schuldverhältnissen S. 485 fg. Eine eigenthümliche Stellung zur Frage nimmt Bähr Jahrb. f. Dogm. I S. 351 fg. (1857) ein; derselbe faßt, ohne darin einen Widerspruch zu finden, den neu Eintretenden in seinem Verhältniß zum Gläubiger als Sondernachfolger desselben, in seinem Verhältniß zum Schuldner als Stellvertreter des Gläubigers auf (S. 360. 361. 371. 372. 401. 411—413 — S. 361. 407 fg.). Mit Bähr geht Arndts § 254. 256. — Ueber das ältere deutsche R. s. Stobbe ZS. f. RG. XI S. 399 fg. [Gegen die Succession, selbst vom Standpunkte des BGB. aus: A. Affolter ABR. XIII S. 296 fg.]

[11] Die quellenmäßigen Ausdrücke sind: cedere actione (oder actionem), cessio actionis. Die Quellen wenden diese Ausdrücke nur auf den Fall an, wo die Uebertragung durch die Willenserklärung des bisherigen Gläubigers erfolgt, die Neueren aber sprechen — nicht gerade sehr passend (vgl. Regelsberger ACPra. LXIII S. 158. 159) — von Cession und Cessionar auch in den Fällen, wo der Uebergang der Forderung auf richterlicher Verfügung oder gesetzlicher Vorschrift beruht. Der Ausdruck „Cedent" versagt in diesen Fällen den Dienst. (Cedere actione bildet keinen Gegensatz zu mandare actionem; das mandatum actionis ist Ausführung der cessio actionis. L. 24 pr. D. 4, 4, l. 8 § 10 D. 17, 2. Brinz 2. Aufl. II § 284 [6].)

Digitized by Google

α. Art der Uebertragung.

§ 330.

Die Uebertragung kann erfolgen: 1) durch Willenserklärung des bisherigen Gläubigers; 2) durch richterliche Verfügung; 3) unmittelbar durch gesetzliche Bestimmung[1].

1. Willenserklärung des bisherigen Gläubigers[2]. Dieselbe kann sowohl eine letztwillige sein[3], wie eine Willenserklärung unter Lebenden. Im letzten Fall ist Annahme von Seiten desjenigen erforderlich, auf welchen die Forderung übergehen soll; bis dahin kann die Uebertragungserklärung zurückgenommen werden[4]. Der Grund, aus welchem die Uebertragung erfolgt, kann von so mannigfaltiger Art sein, wie der Grund einer jeden Vermögenszuwendung[5]; namentlich kann er auch in einer Uebertragungsverpflichtung liegen, so daß die Uebertragung als Erfüllung dieser Verpflichtung erscheint[6]. Die näheren

---

[1] Genauer: durch eine gesetzliche Bestimmung, welche an eine andere Thatsache anknüpft, als die Willenserklärung des bisherigen Gläubigers oder eine richterliche Verfügung. Vgl. I § 68 [1]. § 330.

[2] Mühlenbruch § 41. 42. Blancocession: Sf. XXII. 227. 228, vgl. 226. Sohm ZS. f. HR. XVII S. 70 fg. [Strempell die Blancocession nach gem. R. Wismar 1893, dazu Paul Sächs. Arch. f. B. R. V S. 190 fg. Cession in Form des Indossaments: Sf. XLIX. 245 (R.G.).]

[3] Nomen legatum. L. 18 C. 6, 37.

[4] Das Verhältniß ist das gleiche, wie bei der Eigenthumsübertragung, vgl. I § 172 [1].

[5] Wenn der Satz aufgestellt wird, daß die Cession einer iusta causa bedürfe, so ist das in keinem anderen Sinne wahr, als das Gleiche für die Tradition wahr ist: es muß aus den vorliegenden Thatsachen ersichtlich sein, daß der Wille wirklich auf die Uebertragung der Forderung gerichtet ist. Einzelne iustae causae in diesem Sinne: Kauf, Tausch, Mitgiftbestellung, Erfüllung einer Verbindlichkeit ꝛc. Vgl. die in § 329 [6] citirten Stellen und Schmid I § 21—24. Sf. XXV. 232, XXVI. 125. — Nothwendigkeit der Anführung eines Cessionsgrundes in der Klageschrift? S. E. A. Seuffert in Seuffert Pand. § 298 [4], Schmid II S. 433, Karlowa Rgeschäft S. 270, Sf. XXIV. 27.

[6] Auf diesen Fall bezieht sich der Begriff der cessio necessaria, welchen man gegenüber dem Begriff der cessio voluntaria aufzustellen pflegt. Man versteht aber unter cessio necessaria nicht jede auf Grund einer Cessionsverbindlichkeit erfolgende Cession, sondern nur die auf Grund einer nicht freiwillig übernommenen Verbindlichkeit erfolgende. Vgl. Mühlenbruch § 36—39, Puchta S. 460; aber auch Schliemann Haftung des Cedenten S. 22, Arndts § 255 [3], Brinz 2. Aufl. II § 284 [15]. — Man bemerke noch: beim Verkaufe einer Forderung liegt die Uebertragungserklärung in dem Verkaufe selbst; der Verkauf begründet nicht erst eine Uebertragungsverpflichtung, welcher dann durch einen besonderen Uebertragungsact genügt werden müßte. Ebenso beim Tausche, bei der Schenkung und überhaupt bei jedem Entäußerungsgeschäft (§ 321 [18]). — Specielle

Digitized by Google

Grundsätze für die Uebertragungserklärung sind die nämlichen, wie für die Willenserklärungen überhaupt (I § 69 fg.)[6a].

[Im BGB. erfolgt die Uebertragung unter Lebenden durch Vertrag (398); es finden also auch die Grundsätze von der verbindlichen Kraft des Vertragsantrags Anwendung (145 fg.). Der Vertrag ist formlos; der neue Gläubiger kann aber auf Grund des Vertrages eine öffentlich beglaubigte Urkunde über die Abtretung verlangen. Die Kosten hat er zu tragen und vorzuschießen (403). Ueber den Grund, aus welchem die Uebertragung erfolgt, gilt dasselbe wie zu [5] und [6] bemerkt. Durch Vermächtniß ([8]) kann der Gläubiger die Forderung nicht übertragen, sondern nur seinen Erben verpflichten, dieß seinerseits zu thun (2174). Die Uebertragung von Inhaberforderungen (793 fg.) geschieht durch Uebergabe des Papiers; Uebertragung der Anweisung s. 792. Besonderes gilt auch bei Abtretung von Forderungen, für welche eine Hypothek haftet: (1153 fg. 1190; s. auch 1192. 1199 [Grundschuld, Rentenschuld]). Die Uebertragung der Forderungen auf die einzelnen Leistungen bei der Reallast wird behandelt wie die der Hypothekenzinsen (1107), die des ganzen Rechts untersteht dem § 873.]

2. Richterliche Verfügung[7]. Durch richterliche Verfügung kann eine Forderung übertragen werden: a) im Erbtheilungsurtheil[8]; b) nach heutigem Recht im Executionsverfahren durch Ueberweisung einer gepfändeten Forderung[9] [c]. In diesen Zusammenhang gehört auch der Fall, wo der Richter die Cessionserklärung des zur Abgabe derselben Verpflichteten durch sein Urtheil ersetzt[9a].

[a. Das Erbtheilungsurtheil wirkt nach BGB. nicht als dingliches Adjudicationsurtheil, sondern es kann nur Verurtheilung zur Einwilligung in einen Theilungsplan stattfinden (2042 Abs. 2. 752 und Mot. II S. 883). Sofern aber zur Einwilligung in die Ueberweisung einer Erbschaftsforderung an einen Erben verurtheilt wird, wird diese Einwilligung durch die Rechtskraft des Urtheils ersetzt (CPO. 894).

b. Die Ueberweisung im Wege der Zwangsvollstreckung bleibt bestehen (CPO. 835).

c. Jetzt ebenso; CPO. 894.]

Frage: hängt beim Kaufe die rliche Wirkung der Forderungsübertragung in derselben Weise von der Zahlung oder Creditirung des Kaufpreises ab, wie davon die rliche Wirkung der Eigenthumsübertragung abhängt (I § 172 [19])? S. über diese Frage Mühlenbruch S. 456, Puchta a. a. O. S. 462 und Vorlesungen II S. 131—132, Strempel über die iusta causa bei der Tradition S. 120, Buchner APraktRW. V S. 161 fg., Hoffmann das. S. 182 fg., Schmid I S. 203, Leist Mancipation und Eigenthumstradition S. 300 fg.

[6a] R. des Schuldners, sich auf die Simulation der Cession zu berufen: s. § 334 [1].

[7] Mühlenbruch § 40, Schmid I S. 187—189.

[8] L. 3 D. 10, 2.

[9] CPO. § 736 fg. [835 fg.], Mandry S. 413 fg., [4. Aufl. (Geib), S. 421 fg.], Hellwig Verpfändung und Pfändung von Forderungen S. 203 fg.

[9a] CPO. § 779 [894]. Vgl. § 173 [5].

Digitized by Google

3. Gesetzliche Bestimmung[10]. Die einzelnen hierher gehörigen Fälle stehen unter einer allgemeinen Regel nicht[11]. Namentlich ist es falsch, die Regel aufzustellen, daß in allen Fällen, in welchen ein Gläubiger zur Uebertragung seiner Forderung verpflichtet ist, die Forderung nach gesetzlicher Bestimmung sofort, auch ohne Uebertragung von Seiten des Gläubigers, übergegangen sei[12].

[Im BGB. finden sich zahlreiche Fälle des gesetzlichen Uebergangs einer Forderung. Zunächst Fälle, in denen eine Forderung übergeht auf Jemand, der den Gläubiger befriedigt: 268. 426 Abs. 2. 774. 1143. 1150. 1225. 1249. 1607 Abs. 2. 1709 Abs. 2. Sodann: ohne Abtretungserklärung fällt eine auf Zeit oder unter auflösender Bedingung abgetretene Forderung mit Eintritt des Endtermins oder der auflösenden Bedingung an den alten Gläubiger zurück (158. 163). S. ferner 1438 Abs. 2. 1519 Abs. 2. 1549. In den Fällen der §§ 1381 Abs. 2 [1525 Abs. 2. 1550 Abs. 2]. 1646 Abs. 2 [1686] kann man nicht von gesetzlichem Uebergang der Forderung sprechen, da die vom Manne (Vater, Mutter) unter den Voraussetzungen jener Paragraphen erworbene Forderung unmittelbar durch ihren Begründungsact zu Gunsten der Frau (des Kindes) entsteht. Dagegen kann in den Fällen der §§ 720. 1473 Abs. 2. [1497 Abs. 2. 1546 Abs. 1. 1549] 2019 Abs. 2. 2041 S. 2. 2111 Abs. 1 S. 2 ein Uebergang der Forderung vorkommen, wenn nämlich die nach den genannten Paragraphen erforderliche Kenntniß des Schuldners erst nach Begründung der Forderung eintritt.

Die Verpflichtung zur Uebertragung (s. z. B. 281 Abs. 1) ist von dem gesetzlichen Uebergang der Forderung deutlich verschieden.]

---

[10] Mühlenbruch § 43—45, Schmid § 25—50. Man spricht in diesem Falle von einer cessio legis. [Reimers über die fingirte Cession. Gött. Diss. 1891].

[11] Beispiele: l. 8 § 16 D. 5, 2, l. 13 § 25 D. 19, 1.

[12] Diese Regel wird namentlich von Puchta (kl. Schriften S. 461—463, Pandekt. § 281, Vorlesungen II S. 131—132) und von Savigny (Obl. I S. 243 fg.) verfochten; für dieselbe auch die Entscheidungen bei Sf. III. 259, VI. 313, XIV. 23, XVI. 40. Gegen dieselbe haben sich erklärt: Mühlenbruch S. 470, Windscheid die Actio ꝛc. § 20, Brinz 1. Aufl. S. 567 (2. Aufl. II S. 395 fg.), Arndts § 255 [4], Vangerow III S. 85 (7. Aufl. S. 76, s. namentlich auch in dieser Auflage S. 103), Bähr Jahrb. f. Dogm. I S. 399 fg., Zimmermann ZS. f. CR. u. Pr. N. F. XV S. 102 fg., Zaun APraktRW. N. F. I S. 18—27, Thöl HR. I § 75 [20], Schmid S. 189—192. II S. 432, Karsten (§ 329 [6] a. E.), Sf. XXII. 225, XXV. 103. 231, XXVI. 213, XXXI. 221. 222, XXXII. 314. RG. I S. 314. Das Hauptargument gegen diese Regel ist folgendes: wenn bei den übrigen Vermögensstücken, und namentlich beim Eigenthum, die Verpflichtung zur Uebertragung nicht gleich der Uebertragung ist, warum soll sie es bei der Forderung sein? Außerdem sprechen gegen die Regel direct l. 49 § 2 D. 41, 2, § 4 I. 3, 20, l. 11 C. 8, 40 [41] in Verbindung mit l. 17 D. 46, 1; vgl. auch l. 18 D. 33, 8, l. 17 § 2 D. 44, 4. — E. A. Seuffert in Seuffert Pand. § 298 [8]

Digitized by Google

β. Wirkung der Uebertragung *.

§ 331.

Die Uebertragung macht den Erwerber zum Gläubiger. Er kann nicht bloß die Forderung einziehen[1], sondern auch in anderer Weise über dieselbe verfügen[2]. Stirbt er, so geht sie mit seinem übrigen Vermögen auf seine Erben über[3]. Aber die Uebertragung bewirkt nicht auch sofort, daß der bisherige Gläubiger aufhöre Gläubiger zu sein. Auch er also kann die Forderung einziehen, ohne daß der Schuldner sich auf die geschehene Uebertragung berufen dürfte[4].

---

erklärt sich zwar im Uebrigen gegen die herrschende Meinung, will sie aber festgehalten wissen für den Fall des Concurses des Cessionsverpflichteten auf Grund von l. 2 D. 14, 3, l. 5 D. 46, 5, welche Stellen doch nur von einem zur Cession verpflichteten Geschäftsführer handeln. S. auch HGB. Art. 368 [§ 392].

* Mühlenbruch § 46—62, Schmid II § 30—39. Hierher gehört auch der sehr gründliche und die modernen Gesetzgebungen in ausgiebiger Weise berücksichtigende Aufsatz von Oberrichter Attenhofer in Luzern, abgedruckt in der ZS. des Bernischen Juristen-Vereins XVI S. 305 fg. XVII S. 1 fg. 541 fg. XVIII S. 157 fg. (1880—1882).

§ 331. [1] Nach römischer Auffassung: es wird ihm auf Verlangen actio gegeben.

[2] Veräußerung: l. 33 C. 8, 53 [54] (*vv.* quod et in procuratore). Erlaß: l. 13 § 1. l. 16 pr. D. 2, 14, vgl. l. 8 § 2 D. 10, 6. Eid: l. 17 § 3 D. 12, 2. Das Compensationsr. wird dem bloßen in rem suam procurator noch abgesprochen von Papinian in l. 18 D. 16, 2. Vgl. Bähr Jahrb. f. Dogm. I S. 376—377, Schmid II S. 21 fg. 110. 433, Dernburg Compensation 2. Aufl. S. 403. 405; aber auch Mühlenbruch S. 612, E. A. Seuffert in Seuffert Pand. II S. 161 unt. S. 162. Vgl. noch Regelsberger ACPra. LXIII S. 193 fg. Sf. XXI. 43.

[3] L. 33 C. 8, 53 [54].

[4] Für den aufgestellten Satz beweisen folgende Stellen. a) L. 3 C. 8, 41 [42] (Gordianus a. 239). „Si delegatio non est interposita debitoris tui ac propterea actiones apud te remanserunt, quamvis creditori tuo adversus eum solutionis causa mandaveris actiones, tamen, antequam lis contestetur vel aliquid ex debito accipiat vel debitori tuo denuntiaverit, exigere a debitore tuo debitam quantitatem non vetaris, et eo modo tui creditoris exactionem contra eum inhibere". Man darf dieser Stelle gegenüber nicht geltend machen wollen, daß sie nur vom Standpunkte der mandata actio aus rede, wie Bähr Jahrb. f. Dogm. I S. 378 fg. thut. Daß die Stelle die utilis actio nicht nennt, ist nicht auffallender, als die gleiche Erscheinung in l. ult. D. 2, 15, deren Entscheidung entschieden auf der utilis actio beruht. Allerdings läßt sich gerade bei der in solutum datio ein directes Zeugniß für die utilis actio erst aus einer späteren Zeit beibringen (aus dem J. 294, l. 5 C. 4, 15); aber bereits drei Jahre nach der l. 3 cit. wird die utilis actio von demselben Kaiser, von welchem diese letztere Stelle herrührt, bei einem kaufähnlichen Geschäft (für die Kaufähnlichkeit der in solutum datio: l. 24 pr. D. 13, 7, l. 4 C. 8, 44 [45]) in einem Rescripte anerkannt, ohne Andeutung, daß damit etwas Neues eingeführt werde (l. 1 C. 4, 10 in Ver-

Digitized by Google

Ebenso kann er in anderer Weise über die Forderung verfügen[5], und auch er überträgt, wenn er stirbt, die Forderung auf seine Erben[6]. Es steht jedoch in der Macht des Erwerbers, dieses Verhältniß zu beendigen und sich zum alleinigen Gläubiger zu machen. Dieß bewirkt er dadurch, daß er dem Schuldner gegenüber den Willen an den Tag legt, fortan ihn als seinen Schuldner zu haben, daß er dem Schuldner gegenüber die Forderung ergreift, wozu schon eine einfache Anzeige an den Schuldner genügt[7. 8]. Dagegen wird durch eine in

---

bindung mit l. 76 D. 46, 3, vgl. auch l. 2 C. 4, 10 [*vv.* saepe rescriptum est], l. 8 C. 4, 39 [*vv.* secundum ea quae pridem constituta sunt]). Dazu kommt, daß mit dem Standpunkt der mandata actio die Worte: „vel aliquid ex debito accipiat vel debitori tuo denuntiaverit" unvereinbar sind. Bähr hält nun zwar diese Worte für interpolirt; aber einen Beweis dafür hat er nicht beigebracht. Und zugegeben auch, sie seien interpolirt, so haben gerade durch diesen Zusatz die Redactoren der Compilation deutlich genug an den Tag gelegt, daß wenigstens sie von dem Standpunkte der utilis actio aus zu reden gemeint seien. b) L. 23 § 1 D. 18, 4. „Nominis venditor, quidquid vel compensatione vel exactione fuerit consecutus, integrum emtori restituere compellatur". Für diese Stelle ist es vollkommen sicher, daß sie vom Standpunkt der utilis actio aus redet; denn jedenfalls zur Zeit des Hermogenian, von welchem sie herrührt, war die utilis actio beim Forderungskauf längst anerkannt. Ueber die Gründe, welche man gegen den im Text aufgestellten Satz geltend gemacht hat, s. Note [8].

[5] Er kann sie zur Compensation verwenden, l. 23 § 1 D. 18, 4. Er kann sie erlassen, l. 19 D. 18, 4, deren Verfasser freilich noch auf dem Mandatsstandpunkt steht. Ueber l. 2 § 5 D. 18, 4 s. Note [8]. — Entzieht die Beschlagnahme der Forderung beim Cedenten dieselbe dem Erwerber? Nein: Sf. VII. 301: ja: das. XII. 338. Vgl. XIII. 92.

[6] Auch erwerben kann er für die Forderung, Pfandr. oder Bürgschaft, l. 6 D. 18, 4, welche Stelle übrigens in ihrem ursprünglichen Sinn wohl nur vom Standpunkte der actio mandata aus geschrieben ist, da zur Zeit des Paulus die utilis actio beim Forderungskauf kaum schon anerkannt war. Vgl. übrigens auch Schmid II S. 183 fg.

[7] L. 3 C. 8, 41 [42] (4): — „antequam lis contestetur, vel aliquid ex debito accipiat, vel debitori tuo denuntiaverit". Vgl. l. 3 C. 4, 35, l. 4 C. 8, 16 [17]. Treten der Uebertragende und der Erwerber zu gleicher Zeit gegen den Schuldner auf, so geht der Letztere vor, l. 55 D. 3, 3. Anzeige vor perfecter Cession: Sf. XXXII. 315. — Reichsges. 31/3 73 § 6 und 2/3 74 § 45.

[8] Das bisher Gesagte ist in mehr als Einer Beziehung bestritten, und es ist bei dem Zustand unserer Quellen kaum zu hoffen, daß jemals ein reines und Alle befriedigendes Resultat wird erreicht werden. 1) Die Hauptfrage ist, ob wirklich das R. des bisherigen Gläubigers erst durch die Anzeige an den Schuldner (Denuntiation, wie man gewöhnlich sagt) und das derselben Gleichstehende, und nicht schon durch die Uebertragung der Forderung ausgeschlossen wird? Während das Erstere von der herrschenden Meinung gelehrt wird (Mühlenbruch S. 491. 501, Puchta S. 482, Unterholzner I S. 608, Sintenis II S. 810, Seuffert § 300, neuerdings Attenhofer a. a. O. XVI S. 326 fg. XVII

Digitized by Google

anderer Weise erlangte Kenntniß des Schuldners von der geschehenen Uebertragung das Recht des bisherigen Gläubigers nicht ausgeschlossen,

---

S. 544 fg. XVIII S. 159, Wendt 216, Sf. XXXII. 128, XXXIII. 15), haben sich für das Letztere neuerlich ausgesprochen Bähr Jahrb. f. Dogm. I S. 369 fg., welchem folgt v. Salpius Novation und Delegation S. 419—420, und Schmid II S. 296 fg., s. auch Bruns in v. Holtz. Encycl. I § 64 g. E., Brinz 2. Aufl. II S. 394, Dernburg II § 48, Ryk S. 487, Hasenöhrl S. 193, Eisele die actio utilis des Cessionars S. 47 fg., [Nolte das Klager. des Cedenten gegen den debitor cessus nach geschehener Cession, Greifsw. Diss. 1894, Herzog Kommen dem Schuldner solche in Unkenntniß der Cession mit dem Cedenten vorgenommene Rsacte, die wie Vergleich, Erlaß, die Klage des Schuldners auf Kosten des Cessionars verbessern, zu Gute? Greifsw. Diss. 1894, Scheibe das Klager. des Cedenten. Greifsw. Diss. 1895, Hoffmann der Zeitpunkt des Gläubigerwechsels bei Abtretung von Forderungen. Gött. Diss. 1896.] Nach der Ansicht dieser Schriftsteller, die angenommen ist in den Erkenntnissen bei Sf. XXXII. 127 (München) und RG. IV S. 111 [Sf. XLVIII. 177; anders RG. XIV S. 109; vgl. noch Sf. XLVIII. 86], hat sofort nach der Uebertragung der bisherige Gläubiger kein R. zum Fordern mehr, und nur der Schuldner das R., sich auf die dem Gläubiger in Unkenntniß der geschehenen Uebertragung gemachte Leistung, so wie auf andere mit ihm gepflogene Befreiungsverhandlungen, dem neuen Erwerber der Forderung gegenüber zu berufen. Für dieses letztere R. werden passende Analogien angeführt: l. 12 § 2. l. 32. l. 51 D. 46, 3, l. 15. l. 26 § 1. l. 29 pr. — § 3 D. 17, 1, l. 32 D. 4, 4, l. 31 § 1 D. 12, 1. Es ist auch zuzugeben, daß der bezeichneten Ansicht sich sowohl l. 3 C. 4, 35 als l. 4 C. 8, 16 [17] sehr wohl fügen, und daß aus diesen Stellen gegen dieselbe nicht argumentirt werden darf. Dagegen scheitert jene Ansicht meiner Meinung nach an den beiden in Note [4] genannten Stellen, und namentlich an l. 3 C. 8, 41 [42] (über die zweite Stelle, l. 23 § 1 D. 18, 4, s. die vorhin citirte Note, über l. 6 eod. s. [6]). In l. 3 C. cit. heißt es geradezu, daß der ursprüngliche Gläubiger bis zur Denuntiation das Recht behalte, die Forderung einzuziehen („*non vetaris*"). Bähr muß diese Worte davon verstehen, daß der ursprüngliche Gläubiger die factische Möglichkeit behalte, die Forderung einzuziehen, und das scheint mir willkürlich. Wie Schmid (II S. 211 fg. 435) die Stelle beseitigt, ist zu weitläufig, hier zu referiren; seine Ansicht beruht aber auf der seltsamen und ungesunden Idee, daß das römische mandatum actionis als solches zwar auch utilis actio gewährt habe, daß aber diese utilis actio vom Erwerber erst habe ergriffen werden müssen, um sich freilich dann als schon von Anfang an dagewesen darzustellen. Das Gewicht der l. 3 C. cit. wird auch, wie ich glaube, nicht aufgehoben: a) durch l. 17 D. 2, 15. Zwar ist es vollkommen sicher, daß diese Stelle Denuntiation zum Ausschluß des bisherigen Gläubigers nicht erfordert (vgl. l. 104 D. 46, 3); aber sie redet auch (am Schluß) von einem herausgegebenen Erbschaftsvermächtniß, also einem Fall der Gesammtnachfolge, und daß sie dem Erbschaftsvermächtniß den Erbschaftskauf gleichstellt, wird man nach l. 13 § 4. l. 64 pr. D. 5, 3 nicht auffallend finden dürfen. b) Aus diesem Grunde würde auch l. 16 pr. D. 2, 14 nichts für Bähr beweisen, wenn es auch unzulässig sein sollte, den zweiten Satz derselben von einer exceptio pacti de non petendo zu verstehen, wovon mir das Gegentheil sicher zu sein scheint (vgl. Bähr S. 383, Schmid II S. 180). c) L. 18 pr. D. 13, 7. Die Denuntiation wird in dieser Stelle nicht für überflüssig erklärt, sondern vorausgesetzt. — Aus l. 2 § 5

Digitized by Google

auch nicht durch die eigene Anzeige des Gläubigers[9]. — Die nämliche Stellung, wie gegenüber dem bisherigen Gläubiger, nimmt der

D. 18, 4 darf ein Argument gegen Bähr nicht hergeleitet werden, nicht nur deßwegen nicht, weil die Stelle von einem Erbschaftskaufe handelt (l. 17 D. 2, 15), sondern vor allen Dingen deßwegen nicht, weil, wie das Vorhergehende deutlich zeigt (s. namentlich § 3 i. f. eod.), die in der Stelle erwähnte Acceptilation zu denken ist als vor der Cession (dem Erbschaftskauf) gemacht. So auch E. A. Seuffert in Seuffert Pand. § 297 [4]. 2) Bähr ist der Meinung, daß, wer Denuntiation zur Vollendung des Forderungsüberganges verlange, damit den Erwerber auf den Standpunkt der actio mandata hinabdrücke, d. h. ihm vor der Denuntiation dieselbe Rstellung anweise, welche der römische procurator in rem suam vor Einführung der utilis actio eingenommen habe. Das ist entschieden irrig. Jedenfalls hat der Erwerber auch vor der Denuntiation ein festes Rverhältniß zur Forderung. Ich habe dieses Rverhältniß in meiner Schrift über die Actio S. 144 nach Analogie des durch eine bedingte Willenserklärung begründeten Rverhältnisses bestimmt. Ich glaube jetzt weiter gehen zu müssen, und schreibe dem Erwerber auch vor der Denuntiation geradezu ein Forderungsr. zu. Es wird ihm auf Verlangen actio suo nomine gegeben; damit ist ihm ein Forderungsr. zuerkannt. Es liegt hier also ein Fall der Correalobligation vor, ein Fall, welchen die Quellen nur deßwegen nicht als solchen bezeichnen, weil die Concurrenz sich nur auf die actio, nicht auf die obligatio bezieht. Vgl. § 297 [6]. Diese Auffassung wird auch von Attenhofer a. a. O. XVII S. 571 fg. vertheidigt. 3) In geradem Gegensatz zu der bei 1 bezeichneten Ansicht hat Muther in seiner Gegenschrift gegen meine Schrift über die Actio S. 171 fg. den Satz aufgestellt, daß der bisherige Gläubiger selbst durch die Denuntiation nicht aufhöre, Gläubiger zu sein. Zwar verliere er das R., den Schuldner zur Leistung zu nöthigen, aber nicht das R., ihn durch Leistungsannahme oder in sonstiger Weise zu befreien, so daß danach der Erwerber einen Anspruch gegen den Schuldner nur aus dessen dolus habe. Dieser Meinung, welche jedenfalls für das heutige R. unrichtig ist, steht auch für das römische die Abnormität des Verhältnisses entgegen, daß Jemand das Liberationsr. behalten sollte, nachdem er das R. zu fordern (wenn auch nur ope exceptionis) verloren hat. Bei l. 16 pr. D. 2, 14 (welche insofern hierher gehört, als nach der hier vertretenen Ansicht beim Erbschaftskauf derjenige Zustand sofort eintritt, welcher sonst nur die Folge der Denuntiation ist) bleibt es zwar auffallend, daß dem Gläubiger exceptio pacti de non petendo entgegengesetzt wird und nicht die Berufung auf die geschehene Uebertragung; aber diese Schwierigkeit besteht auch für Muther, welcher ja nach der Denuntiation dem Schuldner eine Einrede aus der geschehenen Uebertragung nicht versagt. Vgl. noch Arndts § 256 [4], Attenhofer XVII S. 569 fg.

[9] Auch dieser Satz ist bestritten, Glück XVI S. 424 fg., Mühlenbruch a. a. O. S. 492 fg., Musset ZS. f. CR. u. Pr. N. F. XII S. 360 fg., Bähr a. a. O. S. 416 fg., Arndts § 256 [1], Schmid II S. 242 fg. 435, Attenhofer XVI S. 315 fg. 342 fg. XVII S. 544 fg., Wendt S. 530. Aber die Quellen legen die entscheidende Wirkung nur einer die Forderung ergreifenden Thätigkeit des Erwerbers bei. L. 17 D. 2, 15 enthält eine Ausnahme für das Erbschaftsvermächtniß und den Erbschaftskauf (s. diesen § a. E.). S. auch Knorr ACPra. XLVI S. 74 fg., Waldeck das. LI S. 233—243. Dafür, daß die Anzeige durch den Cessionar erfolgen müsse: Sf. VI. 25, XII. 338, XV. 120 Nr. 3, XXIV. 236, XXVIII. 217 Nr. 1; dawider III. 156, XV. 120 Nr. 1

Digitized by Google

Erwerber gegenüber den Rechtsnachfolgern des Gläubigers ein, und nicht bloß den Gesammtnachfolgern, sondern auch den Sondernachfolgern gegenüber. Auch ihnen gegenüber also ist er Gläubiger, und auch sie kann er durch Ergreifung der Forderung (durch die Anzeige) von ihrem Gläubigerrecht ausschließen; dieselben können ihrerseits den Erwerber so wenig ausschließen, wie ihr Rechtsurheber es konnte[10]. Ebenso nehmen die Rechtsnachfolger des Erwerbers die nämliche Stelle ein, wie der Erwerber selbst, nicht bloß seine Gesammtnachfolger, sondern auch seine Sondernachfolger, und nicht bloß gegenüber den Gesammtnachfolgern, sondern auch gegenüber den Sondernachfolgern des bisherigen Gläubigers. — Beerbt der bisherige Gläubiger den

---

und 2, XXVII. 119, XXVIII. 217 Nr. 2, XXXI. 26, XXXIV. 110. Daß Benachrichtigung durch Dritte nicht genüge: das. XIII. 91, XXXVI. 271. — Ich habe jene ergreifende Thätigkeit des Erwerbers an einem andern Orte (die Actio ꝛc. S. 141 fg. 187 fg.) Inbesitznahme der Forderung genannt. Hiergegen haben sich erklärt Muther in seiner Gegenschrift S. 172. 173, Bähr Jahrb. f. Dogm. I S. 425—427; s. aber meine Abwehr gegen Muther S. 80. Vgl. noch Kuntze Inhaberpapiere S. 242 [5] und zu Holzschuher III § 233 Nr. 1, welcher Schriftsteller in der Denuntiation eine Besitzentsetzung, d. h. eine Beseitigung des Besitzes des Cedenten, sieht, und aus dieser Auffassung folgert, daß sie auch durch einen Act des Cedenten ersetzt werden könne.

[10] Diese Frage ist wieder sehr bestritten. Für den Vorzug des ersten Erwerbers haben sich ausgesprochen Mühlenbruch S. 502, Vangerow III § 575 Anm. 4, Bähr a. a. O. S. 435 fg., Dernburg Pfandr. I S. 472, Schäffer APraktRW. I S. 403 fg. und III 4. Heft S. 149 fg., Schmid II S. 297 fg., Waldeck ACPra. LI S. 243 fg., Hasenöhrl S. 197, Sf. VIII. 248, XIII. 246, XVII. 27, XXIV. 234, XXXI. 27, XXXVII. 107. Daß der zweite Erwerber vorgehe, wenn er zuerst denuntiirt habe, vertheidigen Puchta Vorles. zu § 283, Flach Entscheidungen des OAG. zu Wiesbaden III S. 141 fg., Musset ZS. f. CR. u. Pr. N. F. XII S. 339 fg., Knorr ACPra. XLII S. 312 fg., Attenhofer XVIII S. 171 fg., Wendt S. 530. Ich selbst habe mich früher für die letztere Meinung ausgesprochen (die Actio ꝛc. S. 190 fg.), während Sintenis in der zweiten Auflage seines Lehrbuchs (II S. 813) seine Meinung in der entgegengesetzten Richtung geändert hat. Der Grund, welcher für den Vorzug des ersten Erwerbers entscheidet, ist im Text bezeichnet. Es kann Niemand mehr R. übertragen, als er selbst hat, und der Uebertragende hatte nach der ersten Cession nicht die Befugniß, den Erwerber durch Anzeige an den Schuldner auszuschließen. Das Letztere habe ich früher mit Unrecht geleugnet. Die Uebertragung macht den Erwerber auch vor der Anzeige zum wirklichen Gläubiger; dieses Gläubigerr. kann der Uebertragende zwar dadurch verkümmern, daß er das ihm gebliebene Gläubigerr. geltend macht, aber in anderer Weise nicht. Würde aber auch die Uebertragung als solche den Erwerber noch nicht zum wirklichen Gläubiger machen, so gäbe sie ihm doch jedenfalls, nach der Analogie des bedingten Rgeschäfts, eine unverkümmerbare Aussicht auf die Gläubigerschaft. Thäte sie auch dieß nicht, so würde das R. des Erwerbers vor der Denuntiation weder vererblich noch veräußerlich ([2. 3]) sein.

Digitized by Google

Schuldner oder umgekehrt, so ist dieß für das Recht des Erwerbers gleichgültig, mag der Erbfall vor oder nach der Ergreifung der Forderung eintreten[11].

Ein sofortiger Ausschluß des bisherigen Gläubigers tritt ausnahmsweise dann ein, wenn die Forderung mit dem ganzen Vermögen, zu welchem sie gehört, übertragen wird, so namentlich durch einen Erbschaftskauf. Leistet aber der Schuldner dem bisherigen Gläubiger in Unkenntniß des Forderungsüberganges, so wird er dadurch frei; ebenso durch andere mit dem bisherigen Gläubiger gepflogene Befreiungsverhandlungen[12].

[1. Im BGB. wird durch den Uebertragungsact unmittelbar der bisherige Gläubiger ausgeschlossen und der neue an seine Stelle gesetzt; die von Windscheid für das gemeine Recht vertheidigte Theorie von der Bedeutung der Denuntiation des Cessionars ist dem BGB. fremd. Dasselbe hat vielmehr für alle Fälle der Forderungsübertragung den in Text bei Note [12] bezeichneten Standpunkt eingenommen: Der neue Gläubiger muß eine Leistung, die der Schuldner nach der Abtretung an den bisherigen Gläubiger bewirkt, sowie jedes Rechtsgeschäft, das nach der Abtretung zwischen dem Schuldner und dem bisherigen Gläubiger in Ansehung der Forderung vorgenommen wird, gegen sich gelten lassen, es sei denn, daß der Schuldner die Abtretung bei der Leistung oder der Vornahme des Rechtsgeschäfts kennt (407 Abs. 1). Dieser Satz gilt nicht nur von Verträgen zwischen dem Schuldner und dem alten Gläubiger, sondern auch von einseitigen Rechtsgeschäften des alten Gläubigers dem Schuldner gegenüber oder umgekehrt. Deßhalb gehört hierher auch die Aufrechnung mit einer Gegenforderung, welche dem Schuldner gegenüber dem alten Gläubiger zusteht, wofern die Aufrechnungserklärung von dem Schuldner abgegeben wird oder ihm zugeht zu einer Zeit, zu welcher er die Abtretung nicht kennt. (S. auch Planck zu § 407, 1.) — Die Bestimmungen des § 406 (s. unt. zu § 332, 1) beziehen sich auf die Möglichkeit, die Aufrechnung in Kenntniß von der Abtretung zu erklären. — Wenn danach der neue Gläubiger eine Verfügung über die Forderung als gültig anerkennen muß, so kann er gemäß der obligatorischen Grundlage des Abtretungsvertrages sich an den Cedenten halten; auch

---

[11] Nach der Ergreifung, weil er aufgehört hat, Gläubiger zu sein; vor der Ergreifung, weil durch die Beerbung nur sein Gläubigerr. untergeht. L. 20 pr. D. 18, 4 ist zu einer Zeit geschrieben, wo die actio utilis noch nicht anerkannt war. Die Compilatoren haben sie nur aus Versehen aufgenommen und in derselben den eigentlichen Gedanken des neuesten r. R. so wenig ausgedrückt, wie in l. 18 D. 16, 2 ([2]). Vgl. Fitting Correalobligg. S. 107 [137]. Eine andere Erklärung bei E. A. Seuffert in Seuffert Pand. § 297 [4], eine noch andere bei Schmid II S. 122 fg.

[12] L. ult. D. 2, 15. Ueber l. 2 § 5 D. 18, 4, s. Note [8]. In l. 4 C. 4, 39 sind die entscheidenden Worte zu unbestimmt, als daß sie ein Gegengewicht abgeben könnten. Wird der Schuldner auch frei durch schenkweisen Erlaß? Bähr a. a. O. S. 419. — Vgl. noch l. 27 i. f. D. 3, 3.

Digitized by Google

kommen die Bestimmungen des § 816 zur Anwendung, wonach unter Umständen auch der Schuldner dem neuen Gläubiger haftet, wenn ihm nämlich die Schuld unentgeltlich von dem alten Gläubiger erlassen wurde.

2. Daß ein rechtskräftiges Urtheil, welches über die Forderung zwischen dem alten Gläubiger und dem Schuldner ergeht, der neue Gläubiger dann gegen sich gelten lassen muß, wenn die Abtretung nach Eintritt der Rechtshängigkeit erfolgte, ergibt sich aus CPO. 325. Nach BGB. 407 Abs. 2 gilt aber das Gleiche auch dann, wenn die Abtretung vor Eintritt der Rechtshängigkeit erfolgt ist, vorausgesetzt, daß der Schuldner bei Eintritt der Rechtshängigkeit die Abtretung nicht kannte. (Vgl. ob. I S. 586 fg.) Wenn er sie zu dieser Zeit kennt, so ist es seine Sache, dem Kläger die Legitimation zu bestreiten; dagegen wird ihm nicht zugemuthet, diese Bestreitung nachzuholen, wenn er später die Abtretung erfährt.

3. Die obigen Sätze (1. 2) gelten auch für den Fall des gesetzlichen Ueberganges der Forderung (412); dagegen nicht für den Fall der Ueberweisung gemäß CPO. 835. Diese Ueberweisung gilt als bewirkt mit Zustellung des Beschlusses an den Drittschuldner (CPO. 835 Abs. 3. 829 Abs. 3). Wenn die Zustellung nicht wirkliche Kenntniß des Drittschuldners bewirkt, so hat er den Schutz des § 407 BGB. nicht. (S. Prot. d. II. Comm. S. 790. 791.) Es sind sogar Verfügungen des Gläubigers (des Vollstreckungsschuldners) dem Vollstreckungsgläubiger gegenüber nach Maßgabe von CPO. 829 Abs. 1, BGB. 136 nichtig, wenn sie zwar vor der Ueberweisung, aber nach der Pfändung der Forderung erfolgen; die Pfändung tritt mit Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Schuldner in der gepfändeten Forderung (den Drittschuldner) in Kraft, auch wenn die Zustellung keine wirkliche Kenntniß desselben begründet.

4. Wird eine Forderung von dem alten Gläubiger zweimal abgetreten, so ist Gläubiger der erste Cessionar geworden, und der zweite konnte es nicht mehr werden. Erfährt aber der Schuldner die zweite Abtretung und nicht die erste, so bedarf er für den Fall, daß zwischen ihm und dem zweiten Cessionar verhandelt wird, dem ersten (dem wahren Gläubiger) gegenüber desselben Schutzes, wie wenn er gutgläubig mit dem alten Gläubiger verhandelt. Diesen Schutz gewährt § 408 Abs. 1 durch entsprechende Anwendung des § 407.

Dasselbe gilt für den Fall, daß eine gesetzlich übergegangene Forderung von dem ehemaligen Gläubiger abgetreten wird (412). Dasselbe gilt ferner, wenn die abgetretene oder auf einen andern gesetzlich übergegangene Forderung durch gerichtlichen Beschluß einem Dritten überwiesen wird (CPO. 835), oder wenn der ehemalige Gläubiger einem Dritten gegenüber anerkennt, daß die Forderung kraft Gesetzes auf ihn, den Dritten, übergegangen sei (408 Abs. 2). Dagegen gilt nicht dasselbe, wenn der Anschein eines gesetzlichen Ueberganges der Forderung auf einen Dritten durch andere Thatsachen als die Anerkennung des ehemaligen Gläubigers entstanden ist; auch nicht, wenn eine Forderung durch gerichtlichen Beschluß einem andern überwiesen ist, und nun von dem ehemaligen Gläubiger abgetreten oder von demselben ihr gesetzlicher Uebergang auf einen Dritten anerkannt oder die Forderung durch einen zweiten Beschluß einem Dritten überwiesen wird. In diesen Fällen ist vielmehr der Schuldner, welcher gutgläubig mit dem Dritten verhandelt, dem wahren Gläubiger gegenüber nicht geschützt.

Digitized by Google

5. Ist der Schuldner ohne Fahrlässigkeit ungewiß, wer der rechte Gläubiger ist, so kann er gemäß § 372 S. 2 hinterlegen, oder gegebenen Falls gemäß § 383 Abs. 1 S. 2 verkaufen und den Erlös hinterlegen. S. auch CPO. 75.]

§ 332.

Die Forderung geht auf den Erwerber über, wie sie bei dem bisherigen Gläubiger war, mit ihren Mängeln und mit ihren Vorzügen.

1. Sie geht über mit ihren Mängeln, d. h. sie bleibt behaftet mit den Einreden, mit welchen sie bei dem bisherigen Gläubiger behaftet war[1]. Jedoch gilt dieß nicht ausnahmslos für alle Einreden; es gilt nicht für diejenigen, welche sich nicht sowohl auf die Forderung selbst, als vielmehr auf diese bestimmte Gläubigerperson beziehen; diese Einreden gehen mit dem Wechsel des Gläubigers unter[2]. Dahin

---

[1] L. 5 D. 18, 4. Vgl. auch l. 16 § 3 D. 40, 12 (über l. 17 eod. s. die Citate I § 73 [18]). Aus der Praxis Sf. IV. 106, XI. 31, XIX. 26, XX. 98 (S. 159). Eine recht bedenkliche Ausnahme verficht Regelsberger ACPra. LXIII S. 200 fg. — Es versteht sich von selbst, daß hier von Proceßeinreden keine Rede ist, wie z. B. der Einrede, mit welcher die Verpflichtung eines ausländischen Klägers zur Sicherheitsleistung geltend gemacht wird (CPO. § 102 [110]). — Aus dem gleichen Grunde hat der Erwerber auch keine Verpflichtung, sich auf eine Widerklage aus der Person des bisherigen Gläubigers einzulassen. L. 33 § 5. l. 70 D. 3, 3 reden jedenfalls nur vom Standpunkte der mandata actio aus, und selbst, was diesen Standpunkt angeht, s. l. 33 § 5 cit. i. f. und l. 34 eod. Vgl. übrigens Mühlenbruch § 62, Puchta S. 495, Sintenis II S. 817, Schmid II S. 419. Sf. V. 234, XII. 146, XXVIII. 127. § 332.

[2] Vgl. l. 7 pr. D. 44, 1. Dieser Satz ist nicht allgemein anerkannt. Namentlich in der neueren Zeit ist er mit Lebhaftigkeit auf Grund der Auffassung bestritten worden, daß der Erwerber dem Schuldner gegenüber nur Ausüber einer fremden Obligation, nur Vertreter des Gläubigers sei. Francke ACPra. XVI S. 417 fg., Puchta S. 492 fg., Vangerow III § 575 Anm. 1, Sintenis II S. 815 fg., Holzschuher III § 223 Nr. 2 a. E., s. auch Schmid II S. 394 fg. Dawider Mühlenbruch S. 588 fg., Windscheid die Actio ꝛc. S. 182 fg., Brinz 2. Aufl. II S. 403 [7]. Von dem hier vertretenen Standpunkte aus ließe sich die Fortdauer der persönlichen Einreden nur mit Berufung auf den Satz rechtfertigen, daß durch die Uebertragung der Forderung der Schuldner nicht in eine schlechtere Lage versetzt werden dürfe. Aber man muß sich hüten, diesen Satz rücksichtslos auszubeuten; er findet seine nothwendige Begrenzung darin, daß die Uebertragung der Forderung eben rlich zulässig ist. Weil sie rlich zulässig ist, muß der Schuldner auch die sich daraus ergebenden Consequenzen hinnehmen, selbst wenn sie ihm nachtheilig sind. Vgl. Mühlenbruch § 59 [123a]; Sf. X. 250, XIII. 193 (der Schuldner kann mit dem Revers des Gläubigers über Tilgung der Schuld dem Erwerber gegenüber das Datum der Tilgung nicht beweisen, vgl. Bähr Jahrb. f. Dogm. I S. 446 [124] — anders Schmid II S. 406, und vgl. Sf. IX. 343), XXXIV. 111.

Digitized by Google

gehört namentlich die Einrede aus der Rechtswohlthat des Nothbedarfs, wenn sie ihren Grund in einer persönlichen Eigenschaft des Gläubigers hat[3]; ferner die Einrede aus einem persönlichen Erlaßvertrag[4.5]. Nur dann kann der Schuldner auch eine persönliche Einrede entgegensetzen, wenn die Uebertragung in böswilliger Absicht zu dem Ende gemacht worden ist, um ihn der Einrede zu berauben[6]. — Einreden, welche nach der Uebertragung, aber vor der Anzeige an den Schuldner, begründet werden, stehen dem Erwerber mit derselben Unterscheidung entgegen. Einreden aus der Zeit nach der Anzeige können dem Erwerber unter keinen Umständen entgegengesetzt werden[7].

[1. Nach BGB. kann der Schuldner dem neuen Gläubiger die Einwendungen (mögen sie Einreden sein oder nicht) entgegensetzen, welche zur Zeit der Abtretung gegen den bisherigen Gläubiger begründet waren (404). Nur beschränkt gilt dieß für den Einwand der Simulation und des vertragsmäßigen Ausschlusses der Abtretung; s. 405. Bei gesetzlichem Uebergang der Forderung entscheidet der Zeitpunkt des Ueberganges (412). Für den Fall der Ueberweisung der Forderung nach CPO. 835 fehlt es an einer ausdrücklichen Vorschrift. Wird die Forderung an Zahlungsstatt zum Nennwerthe überwiesen, so gilt der Vollstreckungsgläubiger

---

[3] S. § 267, 2 und 3. Diese Einrede wird auch von Solchen ausgeschlossen, welche sonst die persönlichen Einreden zulassen, aus dem Grunde, weil sie nur gegen die Execution, nicht gegen die Forderung gehe. So von Puchta S. 495, Schmid II S. 411; derselbe Grund bei Mühlenbruch S. 591 in der Note. S. dagegen Bangerow a. a. O. Nr. 3; vgl. auch Fritz S. 229. Gegen den Ausschluß Dernburg II § 51 (8).

[4] D. h. aus einem Erlaßvertrag, welcher wirklich nur diese Gläubigerperson hat ausschließen wollen. Anders, wenn der Sinn des Erlaßvertrags war, daß bei Lebzeiten des Gläubigers nicht solle eingefordert werden können, wohl aber durch seine Erben. S. l. 57 § 1 D. 2, 14 und vgl. Bangerow a. a. O. Nr. 2, Schmid II S. 401.

[5] Nicht auch die exceptio doli, welche in den Quellen nur deßwegen als persönliche bezeichnet wird (l. 2 § 1. l. 4 § 33 D. 44, 4), weil sie nicht gegen den unschuldigen Dritten, welchem der Betrug zu Gute gekommen ist, gegeben wird. L. 4 § 27—31 D. 44, 4 bezieht sich nicht auf die Uebertragung von Forderungen. Vgl. Bangerow a. a. O. Nr. 1, Schmid II S. 141 fg. 399 fg., Brinz 2. Aufl. II S. 403 [7]. Sf. XX. 98 (S. 159).

[6] Vgl. l. 34 D. 3, 3, auch l. 40 i. f. D. 45, 3. Windscheid die Actio ꝛc. S. 183. Mit Unterscheidungen Regelsberger ACPra. LXIII S. 177 fg.

[7] Vor der Anzeige ist der bisherige Gläubiger noch immer Gläubiger, und die Forderung unterliegt daher der von seiner Person ausgehenden Einwirkung; nach der Anzeige ist er nicht mehr Gläubiger. Daher kann der Schuldner namentlich aus einer nach der Anzeige gegen den Gläubiger erworbenen Forderung dem Erwerber keine Compensationseinrede entgegensetzen. Vgl. Buchka und Budde Entscheidungen des OAG. zu Rostock V S. 221 fg. VIII S. 137 fg. (= Sf. XXXI. 134), Schmid II S. 413 fg.

Digitized by Google

wegen seiner Forderung an den Vollstreckungsschuldner als befriedigt, soweit die überwiesene Forderung besteht (CPO. 835 Abs. 2). Daraus ist zu schließen, daß der Vollstreckungsgläubiger nicht mehr Recht erwirbt, als der Vollstreckungsschuldner hatte. Aber auch dann, wenn die Forderung zur Einziehung überwiesen wird, ist anzunehmen, daß das Einziehungsrecht nicht weiter reicht, als die überwiesene Forderung selbst. Dabei ist jedoch zu beachten, daß schon von der (der Ueberweisung vorausgehenden) Pfändung der Forderung an der Vollstreckungsschuldner nicht mehr in der Lage ist, durch Rechtsgeschäft Einwendungen gegen die Forderung zu begründen, welche der Vollstreckungsgläubiger anerkennen müßte. Denn Verfügungen des Vollstreckungsschuldners über die Forderung, welche nach der Pfändung erfolgen, sind gemäß CPO. 829 Abs. 1, BGB. 136 dem Vollstreckungsgläubiger gegenüber (relativ) nichtig.

2. Die Aufrechnungsmöglichkeit ist im BGB. von den Einreden zu sondern. Der Schuldner kann eine ihm gegen den bisherigen Gläubiger zustehende Forderung dem neuen Gläubiger gegenüber, durch Erklärung an diesen, also in Kenntniß von der Abtretung, aufrechnen, wenn er sie vor dieser Kenntniß erworben hat, und die Forderung auch vor derselben Kenntniß fällig wurde, oder die Fälligkeit zwar nach der Kenntniß, aber spätestens gleichzeitig mit der der abgetretenen Forderung eintrat. Er kann dagegen nicht in dieser Weise aufrechnen, wenn er die Gegenforderung entweder nach Kenntniß von der Abtretung erworben hatte, oder die vorher erworbene Forderung nach jener Kenntniß und später als die abgetretene Forderung fällig wurde (406). Eine in Unkenntniß der Abtretung dem alten Gläubiger erklärte Aufrechnung wirkt jedoch nach § 407, ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt des Erwerbs und der Fälligkeit der Gegenforderung.

Das Gesagte gilt entsprechend auch für den Fall des gesetzlichen Ueberganges der Forderung (412); bei gerichtlicher Ueberweisung der Forderung nach CPO. 835 dagegen liegt der entscheidende Zeitpunkt nicht erst in der Ueberweisung selbst (oder gar in der Kenntnißnahme von ihr), sondern bereits in der Beschlagnahme (CPO. 829), ohne daß es der Kenntniß davon bedarf. S. BGB. 392 und dazu unten zu § 350.]

2. Die Forderung geht über mit ihren Vorzügen. Also namentlich mit ihren Nebenrechten: Pfandrechten, Bürgschaften, Zinsansprüchen[8]. Ob die Vorzüge der Forderung auf dem gemeinen Rechte oder auf einer Rechtswohlthat beruhen, ist gleichgültig; ebenso, wenn sie auf einer Rechtswohlthat beruhen, ob diese ihren Grund in

[8] Im älteren R. verstand sich dieser Uebergang wenigstens für die durch Rgeschäft bewirkte Uebertragung der Forderung nicht von selbst, vielmehr mußte auf die Nebenre der Forderung ein besonderer Uebertragungsact gerichtet werden. Anders aber im neuesten Re. Vgl. l. 6. l. 23 pr. D. 18, 4, l. 14 pr. eod., l. 34 pr. D. 32 — l. 6. 7 C. 4, 10, l. 11 C. 8, 40 [41] (von welcher Stelle es übrigens nicht ganz sicher ist, daß sie bereits das neuere R. enthält). Mühlenbruch S. 477, Schmid I S. 19. 27 fg. — Vgl. noch Sf. IV. 26, XI. 102 (der dem Cedenten zuerkannte Eid geht nicht auf den Cessionar über), XI. 226

Digitized by Google

einer Eigenschaft der Forderung oder in einer Eigenschaft des Gläubigers hat[9]. Die letztere Unterscheidung greift nur bei Rechtswohlthaten Platz, welche einer Forderung einen Vorzug nicht sowohl verleihen, als in Aussicht stellen; solche Rechtswohlthaten können, wenn sie ihren Grund in einer persönlichen Eigenschaft des Gläubigers haben, von dem Erwerber nicht geltend gemacht werden. Hierher gehören nach der Auffassung der Quellen die Concursprivilegien[10]. —

[1. Nach BGB. 401 gehen Hypotheken (s. auch 1153. 1190 Abs. 4), Pfandrechte (s. auch 1250) und Bürgschaftsrechte auf den neuen Gläubiger über; deßgleichen Vorzugsrechte für den Fall der Zwangsvollstreckung und des Concurses. Dagegen bleibt der Auslegung überlassen, in wie weit Nebenforderungen als mit abgetreten gelten.]

Was die Einreden aus der Person des Erwerbers angeht, so können diese der übertragenen Forderung entgegengesetzt werden, auch wenn sie eine rein persönliche Beziehung auf den Erwerber haben[11]. Umgekehrt kann der Erwerber für die Forderung auch alle Rechtswohlthaten aus seiner Person geltend machen[12]; es müßte denn die

---

(die Forderung auf rückständige Zinsen geht nicht mit über), XXXVI. 272 (RG.): die Forderung auf rückständige Vertragszinsen geht nicht mit über, wohl die Forderung auf rückständige Verzugszinsen, vgl. auch XXVIII. 24. [Schroeder die Wirkung der Cession einer Forderung auf das Rverhältniß am Faustpfande. Rost. Diss. 1894.]

[9] L. 43 D. 22, 1 (welche Stelle aber nach der Lesart der Basiliken den entgegengesetzten Sinn gibt), l. 7 C. 7, 73, l. 2 C. 8, 18 [19].

[10] L. 42 D. 26, 7, vgl. l. 19 § 1 D. 42, 5, l. 68. l. 196 D. 50, 17. Eine Anwendung dieses Satzes bei Sf. XII. 145. Bl. f. RAnw. XXXIII S. 151 fg. XXXIV S. 114 fg. XXXVI S. 40 fg. 325 fg. — Vgl. Mühlenbruch § 56, Puchta S. 485 fg., Dernburg Pfandr. II S. 449 fg., Schmid II S. 125 fg. 397 fg., Dernburg Pand. II § 51[6]. Wer den Cessionar nur als Vertreter des bisherigen Gläubigers ansieht, muß ihm, wenn er consequent sein will, den Genuß der Rwohlthaten des Gläubigers unbedingt gestatten. Windscheid die Actio ꝛc. S. 186.

[11] Vgl. Mühlenbruch § 61, Schmid II S. 406 fg. Sf. VI. 176. — Von dem Standpunkt der Ansicht, welche den Erwerber nicht als Gläubiger ansieht, muß consequenterweise das Gegentheil gesagt werden. Um dieser Consequenz zu entgehen, nimmt Bähr a. a. O. S. 445 an, es sei nur ein R. des Schuldners, den Erwerber als Vertreter des Gläubigers zu behandeln; er dürfe ihn aber auch als wirklichen Gläubiger behandeln. Einen Beweis für diese Unterscheidung hat Bähr nicht beigebracht.

[12] So gut wie für eine in anderer Weise erworbene Forderung. — Hier wird von der herrschenden Meinung auf Grund der Auffassung, daß die Forderung selbst auf den Erwerber nicht übergehe, in der That das Gegentheil gelehrt. Mühlenbruch § 58, Puchta S. 489 fg., Bangerow III S. 120 (7. Aufl.), Sintenis II S. 815; dawider Schmid II S. 387 fg. Für die herrschende Meinung Dernburg Pand. 2. [und fernere] Aufl. II § 51 [7]; weil die Lage des Schuldners

Digitized by Google

Uebertragung in böswilliger Absicht zu dem Ende geschehen sein, um die Stellung des Schuldners zu erschweren[13].

[Auch nach BGB. kann der Schuldner dem neuen Gläubiger alle Einwendungen entgegensetzen, welche sich aus Rechtsverhältnissen des Schuldners zu dem neuen Gläubiger ergeben können; er kann auch mit Gegenforderungen gegen den neuen Gläubiger aufrechnen. Für den Satz des Textes zu Note [12] bietet das BGB. keinen Boden der Anwendung.]

§ 333*.

Die Wirkung der Forderungsübertragung ist durch positive gesetzliche Vorschrift[1] für den Fall beschränkt, wo die Uebertragung auf einem Kauf beruht[2]. In diesem Fall kann der Erwerber von dem Schuldner nicht mehr einfordern, als er selbst für die Forderung gegeben hat[3], so daß der Schuldner von dem Ueberschuß frei wird[4], und denselben daher auch einem Zweiten, welchem der Erwerber

---

nicht verschlechtert werden dürfe. — Ueber l. 6 pr. D. 49, 14 s. Windscheid die Actio ꝛc. S. 187; außerdem Mühlenbruch S. 578, Puchta S. 491, Vangerow III § 575 Anm. 2 a. E. (aber auch I § 375 Anm. Nr. 1. b), Sintenis II S. 815 [91], Dernburg Pfandr. I S. 343, Schmid II S. 219. 389 fg.

[13] Vgl. Note [6].

* Mühlenbruch § 53, Puchta S. 472—478, Schmid S. 34—50, Holzschuher III § 226.

[1] Von K. Anastasius, l. 22 C. 4, 35. Ein Nachtrag von Justinian in l. § 333. 23 C. eod.

[2] L. 22 cit.: — „si quis datis pecuniis huiusmodi subierit cessionem“.

[3] Die Vorschrift will den Handel mit Forderungen verhindern, davon ausgehend, daß derselbe leicht zur Bedrückung des Schuldners ausschlagen könne. — Die Vorschrift hat in neueren Gesetzgebungen keine Gunst erfahren, so ist sie aufgehoben in Braunschweig (Ges. v. 21/12 1848), in Bayern (Ges. vom 22/2 1855), in Preußen (Gesetz vom 1/2 1864); auch im HGB. Art. 299. [Gestrichen, weil neben dem BGB. nicht mehr erforderlich; s. Denkschr. S. 192 (Gutentag).] — Vgl. noch Sf. XXII. 130. — RG. XIV S. 238.

[4] Dieß ist zwar ausdrücklich nur für den Fall gesagt, wo der Versuch gemacht wird, das Gesetz durch Simulation einer Schenkung zu umgehen (l. 23 C. cit.), und deßwegen ist die Behauptung aufgestellt worden, daß für den Fall, wo ein solcher Versuch nicht vorliegt, der Ueberrest dem verkaufenden Gläubiger bleibe (unter den Neueren von Brackenhöft ACPra. XXIII S. 189 fg., A. Hermann das. XXXI S. 68 fg., Schmid I S. 38 fg.). Aber die l. 23 cit. will offenbar die Anastasische Vorschrift nur gegen die Gefahr der Umgehung schützen, nicht aber die Folgen ihrer Uebertretung neu bestimmen. S. namentlich Vangerow III § 576 Anm. 1. — Ueber die von Manchen behauptete Fortdauer einer natürlichen Verbindlichkeit s. § 289 [22], Mühlenbruch S. 550, Schwanert die Naturalobligationen S. 477.

Digitized by Google

seinerseits die Forderung übertragen hat, nicht zu leisten braucht, selbst wenn dieser für die Forderung ihren vollen Betrag gezahlt hat[5]. Dadurch, daß dem Geschäft ein anderer Name gegeben wird, wird natürlich die gesetzliche Vorschrift nicht ausgeschlossen; in den Quellen wird speciell der Fall hervorgehoben, wo eine Schenkung, in Betreff der ganzen Forderung oder eines Theils derselben, simulirt wird[6]. Der Beweis, daß weniger als der Betrag der Forderung gezahlt worden sei, liegt dem Schuldner ob[7]. — Die gesetzliche Vorschrift bezieht sich nur auf eigentliche Käufe, nicht auf kaufähnliche Geschäfte, wie Hingabe an Zahlungsstatt, Auseinandersetzungen, Abfindungen[8],

---

[5] A. M. Arnold prakt. Erörterungen I. Nr. 8, und für den Fall, wo der zweite Verkauf nach der Denuntiation erfolgt, Mühlenbruch S. 606. S. dawider auch Puchta § 285 [1]. Sf. II. 31.

[6] L. 23 cit.

[7] Daß der Schuldner den Beweis führen muß, wenn darüber gestritten wird, ob der Uebertragung ein Kauf- oder ein anderes Geschäft zu Grunde liege, wird nicht bezweifelt. Dagegen spricht die herrschende Meinung den Schuldner von dem Beweise frei, daß der Erwerber weniger für die Forderung gegeben habe als ihren Nennwerth; es soll umgekehrt der Erwerber beweisen müssen, daß er so viel für die Forderung gegeben habe, wie er jetzt fordert. So namentlich Puchta S. 478, Sintenis II § 128 [57], Vangerow III § 576 Anm. 2, Schmid I S. 38, Brinz II S. 409 [55], s. auch Glück XVI S. 471 und die das. Citirten. Das Gegentheil ist vertheidigt worden namentlich von Weber Beweislast VI § 29, Bethmann-Hollweg Versuche S. 357, und in einem besonderen Aufsatz von Burchardi ACPra. XVIII S. 197 fg. Brackenhöft und Herrmann an den in Note [4] genannten Orten machen auch hier die daselbst bezeichnete Unterscheidung; für den regelmäßigen Fall der l. 22 C. 4, 35 legen sie dem Erwerber, für den Ausnahmsfall der l. 23 eod. dem Schuldner den Beweis auf. Der Grund, weßwegen ich die unbedingte Beweislast des Schuldners behaupte, liegt in dem I § 133, 1 Gesagten: die Uebertragung berechtigt an und für sich den Erwerber, die Forderung nach ihrem vollen Betrage einzuklagen: das Anastasische Gesetz begründet ein Hinderniß ihrer rserzeugenden Kraft. Eine ganz entscheidende Analogie gibt l. 17 D. 22, 3: der Erbe, welcher kraft der lex Falcidia einen Abzug machen will, muß beweisen, daß dieselbe Platz greife, nicht der Vermächtnißnehmer, daß sie nicht Platz greife. — Für die Beweislast des Schuldners (jedoch auf Grund eines Hannoverschen Particulargesetzes) Sf. V. 150; für die Beweislast des Erwerbers: I. 29, V. 126, XV. 19. Vgl. RG. XIV S. 240.

[8] L. 22 cit.: — „exceptis scilicet cessionibus, quas inter coheredes pro actionibus hereditariis fieri contingit, et his, quascunque vel creditor vel is, qui res aliquas possidet, pro debito seu rerum apud se constitutarum munimine ac tuitione accepit, nec non his, quas in legatarios seu fideicommissarios, quibus debita vel actiones seu res aliae relictae sunt, pro his fieri necesse sit“. Man darf aus diesen Ausnahmen nicht etwa schließen wollen, daß das Gesetz auch bei anderen lästigen Veräußerungen außer dem Kauf Platz greife. Das Gesetz nimmt auch Schenkungen aus, und fügt

Digitized by Google

und nur auf Privatkäufe, nicht auf Käufe in einer öffentlichen Versteigerung[9]. Sie setzt voraus, daß die gekaufte Forderung auf eine Geldleistung oder doch auf Leistung von Sachen gehe, welche einen Marktwerth haben[10], auch, daß der zu leistende Betrag kein ungewisser sei[11]. Forderungen aus Ordre- und Inhaberpapieren fallen unter das Gesetz schon deßwegen nicht, weil diese nicht durch Rechtsnachfolge (Cession) übergehen[12. 13].

[Dem BGB. ist die s. g. lex Anastasiana nicht bekannt.]

§ 334*.

Der Erwerber muß dem Schuldner gegenüber nicht nur den Beweis der geschehenen Uebertragung führen[1], sondern er muß auch

---

überdieß noch ausdrücklich hinzu: ut cessiones *tam pro exceptis et specialiter enumeratis quam aliis causis* factae vel faciendae secundum actionum, quaecunque cessae sunt vel fuerint, tenorem sine quadam imminutione obtineant." S. auch Mühlenbruch S. 536 fg.

[9] Dieß wird allgemein angenommen. Mühlenbruch S. 544, Puchta S. 475, Sintenis S. 806.

[10] Ob die Forderung von Anfang an auf eine Geldleistung geht, oder ob sich ihr Gegenstand erst hinterher in eine Geldleistung verwandelt, darf keinen Unterschied machen. Mühlenbruch S. 543 lehrt, das Gesetz gelte für alle Forderungen auf fungibele Sachen, meint das aber wohl nur mit der im Text bezeichneten Beschränkung. Andere nennen nur Geldforderungen. Vgl. Puchta S. 476, Sintenis S. 806, Schmid I S. 35.

[11] Puchta S. 477, Sintenis S. 807.

[12] S. § 291 [2. 3]. Aber auch abgesehen von diesem Argument wird die Unanwendbarkeit der lex Anastasiana auf die bezeichneten Forderungen allgemein anerkannt. S. Kuntze Inhaberpapiere § 139. 140 und die daselbst verzeichnete Literatur.

[13] Andere Ausnahmen, welche man hat machen wollen, bei Mühlenbruch S. 547 fg. Dieser selbst nimmt noch den Fall aus, wo mehrere Forderungen gegen verschiedene Schuldner um Einen Kaufpreis verkauft worden seien. So auch Sf. XIX. 146. Dagegen mit Recht Puchta S. 477, Sintenis S. 807. M. A. muß in diesem Fall der Kaufpreis auf die verschiedenen Forderungen verhältnißmäßig vertheilt werden. Sintenis a. a. O. läßt den oder die zuerst Angegriffenen voll haften, den oder die nach Erschöpfung des Kaufpreises noch übrigen Schuldner frei ausgehen. — Verzicht auf die Einrede aus der lex Anastasiana ist bindend. Sf. II. 30, XVIII. 131.

* Es ist das Verdienst Bähr's (Jahrb. für Dogm. I S. 445 fg.), die in diesem § erörterten Verhältnisse zur Sprache gebracht zu haben. S. jetzt auch Schmid II S. 262 fg. Gegen Bähr hat sich erklärt Sintenis II § 128 Anm. 1. 77. 100.

[1] Nicht auch den Beweis des der Uebertragung zu Grunde liegenden Rge- § 334.
schäfts. Sf. V. 150, X. 36, XI. 136, XIII. 18. 19. Vgl. Seuffert Pand. § 298 [4]. S. noch Sf. I. 336, XI. 137, XII. 96. Auch v. Salpius Novation und Delegation S. 418, Schmid II S. 433. Kann sich der Schuldner durch

Digitized by Google

den Schuldner in den Stand setzen, den Beweis seinerseits gegenüber etwaigen Ansprüchen des die Uebertragung bestreitenden Gläubigers führen zu können. Vermag der Erwerber dieß nicht, so muß er dem Schuldner Realsicherheit dafür geben, daß er ihn gegen die von dem früheren Gläubiger etwa zu erhebenden Ansprüche vertreten werde[2]. Hat der Schuldner dem Erwerber geleistet, ohne diese Sicher-

Berufung darauf vertheidigen, daß die geschehene Uebertragung simulirt sei? Es wird behauptet, daß diese Berufung nur dann zulässig sei, wenn der Cessionar von dem Schuldner fordert, was derselbe dem Cedenten zu leisten nicht verpflichtet ist, z. B. er will compensiren mit einer nach der Anzeige gegen den Cedenten entstandenen Gegenforderung, Schmid II S. 394, Sf. XII. 337, XXV. 124 [ROHG.], XLIV. 17. Mit Unrecht; zwar ist der Schuldner, welcher an den Cessionar leistet, geschützt (exc. doli), aber daraus folgt nicht, daß er zur Leistung gegen seinen Willen genöthigt werden kann. ROHG. XXIV. 85. Mit der simulirten Cession ist aber nicht zu verwechseln die Cession im Interesse des Cedenten. Regelsberger Arch. für civ. Pr. LXIII S. 157 fg. Buchka und Budde Entscheid. des OAG. zu Rostock V S. 221 (= Sf. XXI. 43). S. ferner Sf. XXII. 34, XXX. 20, auch XXVII. 252. RG. XXV S. 207. [[Sf. XLVI. 91.]] [Ll. 102. RG. XXXIX S. 166 fg. Schirmer Ist der debitor cessus dem Cessionar gegenüber zu dem Einwand berechtigt, daß die Cession simulirt sei? Greifsw. Diss. 1896.]

[2] Sonst läuft der Schuldner Gefahr, zweimal leisten zu müssen. Der Erwerber führt z. B. dem Schuldner gegenüber den Beweis der Uebertragung durch Eidesdelation; gegen den später auftretenden Gläubiger hat der Schuldner kein anderes Beweismittel, als demselben seinerseits den Eid zuzuschieben; der Gläubiger schwört den Eid aus. Der Schuldner wird dem Gläubiger verurtheilt, und kann von dem Erwerber nichts zurückfordern, da dieser ihm gegenüber den Beweis seiner Gläubigerschaft geführt hat. Bähr S. 358. 359. Daß hier geholfen werden müsse, ist klar; aber wie zu helfen sei, ist nicht ganz leicht zu sagen. Bähr verwerthet an diesem Punkte seinen Satz, daß der Erwerber dem Schuldner gegenüber nur processualischer Vertreter sei (§ 329 [10] a. E.); er folgert daraus, daß der Erwerber cautio de rato zu leisten habe. Aber dieser Weg führt meiner Ueberzeugung nach selbst dann nicht zum Ziel, wenn man den Ausgangspunkt Bähr's als richtig anerkennen will. Denn: 1) geht die cautio de rato nicht auf Vertretung in dem von dem Gläubiger zu erhebenden Processe, sondern auf sofortige Leistung des Interesse, sobald der Gläubiger den Proceß erhebt (l. 12 § 3. l. 13 pr. D. 46, 8); 2) hatte die cautio de rato ursprünglich nicht den Fall der Zweifelhaftigkeit der Ermächtigung im Auge, sondern den Fall der trotz feststehender Ermächtigung erfolgenden Nichtanerkennung von Seiten des Gläubigers (s. namentlich Bethmann-Hollweg Versuche S. 179 fg.); nachdem sie sich aber auf den Fall der Zweifelhaftigkeit der Ermächtigung zurückgezogen hatte, konnte ihr Inhalt eben deßwegen auch nicht mehr sein, daß der Gläubiger keinen Anspruch erheben werde, sondern, daß derselbe Ermächtigung ertheilt habe, und deßwegen keinen Anspruch erheben werde; es mußte daher dem Caventen gestattet werden, sich durch den Beweis der ertheilten Ermächtigung zu befreien. Mit der Zulassung des Cessionars zu diesem Beweise ist aber eben dem Schuldner nicht gedient. — Eher führen zum Ziele die von Bähr auf S. 454—457 angeführten Quellenstellen. Man wird auf Grund derselben den

Digitized by Google

heit erlangt zu haben, so kann er, falls der Gläubiger gegen ihn auftritt, diese Vertretung von dem Erwerber dennoch fordern[3]. — Umgekehrt muß auch der ursprüngliche Gläubiger, wenn er nach der Anzeige unter Bestreitung der Berechtigung des Erwerbers fordernd gegen den Schuldner auftritt, demselben Sicherheit für die Vertretung gegen die Ansprüche des Erwerbers leisten[4]. — Veräußert der erste

allgemeinen Satz aufstellen dürfen, daß Jeder, welcher eine Leistung einfordert, dem Belangten Sicherheit dafür geben muß, daß er ihn gegen einen andern Anspruch auf die nämliche Leistung vertreten werde (cautio defensum iri). Zwar sprechen diese Stellen theilweise (l. 1 § 37 D. 16, 3, l. 8 § 3 D. 31, vgl. auch l. 57 D. 5, 3) nur von dem Fall, wo zu gleicher Zeit mehrere Prätendenten einer und derselben Forderung auftreten, und haben theilweise nicht den Fall der Zweifelhaftigkeit der Berechtigung, sondern den Fall im Auge, wo unzweifelhaft auch nach gemachter Leistung noch ein anderer Anspruch übrig bleibt (l. 31 § 1 D. 3, 5, l. 31 pr. D. 5, 3, l. 20 § 2 D. 10, 2, l. 1 § 9 D. 33, 4, l. 16 § 3 D. 36, 1, l. 14 § 1 D. 46, 7). Aber was das Letztere angeht, so wird man erwägen dürfen, daß es im Resultate keinen Unterschied macht, ob ich einen Anspruch deßwegen gegen mich anerkennen muß, weil er besteht, oder deßwegen, weil ich seine Nichtexistenz (seinen Untergang) nicht beweisen kann; und jedenfalls gibt es zwei Stellen — l. 29 § 6 D. 17, 1 und l. 11 § 21 D. 32 — welche dem Fordernden die cautio defensum iri unabhängig non der einen und der anderen der im Vorstehenden bezeichneten Beschränkungen auferlegen. Uebereinstimmend Schmid a. a. O. Sf. XXI. 270, XXIV. 21. Ueber die cautio defensum iri s. den Aufsatz von Cropp in Heise und Cropp jur. Abhandlungen I Nr. 14.

[3] L. 7 § 4 D. 33, 4, l. 5 § 1 D. 7, 5, l. 7 pr. D. 7, 9, l. 10 D. 19, 5. S. auch Bähr § 17. — Bähr S. 467 ist der Meinung, der Schuldner dürfe, wenn der Gläubiger gegen ihn auftrete, sofort das Geleistete von dem Cessionar zurückfordern, weil es unter der stillschweigenden Voraussetzung gezahlt sei, daß nicht auch der ursprüngliche Gläubiger die Forderung beanspruchen werde. Ich halte das nicht für richtig. Der Schuldner hat gezahlt lediglich unter der Voraussetzung, daß der Cessionar Forderungsberechtigter sei, und die Wahrheit dieser Voraussetzung ist der Cessionar bereit, dem Schuldner zu beweisen.

[4] Für diesen Fall geben einen unmittelbaren Anhalt die Entscheidungen in l. 1 § 37 D. 16, 3, l. 8 § 3 D. 31. Sf. XXVIII. 25. Bähr § 19. 20 ist der Meinung, daß in diesem Falle der Schuldner dem ursprünglichen Gläubiger mit befreiender Wirkung zahlen dürfe, falls der Cessionar nicht bereit sei, den Schuldner gegen die Klage des Gläubigers zu vertreten. Bähr's Grund ist: weil der Gläubiger fundatam intentionem habe, und dafür nicht erst einen Beweis zu führen brauche; deßwegen nimmt Bähr auch den Fall aus, wo der Gläubiger nicht sowohl die Thatsache der Uebertragung leugne, als vielmehr die Beständigkeit oder Wirksamkeit derselben bestreite. Aber ich wüßte nicht, warum die Beweisfreiheit dem Gläubiger die Befugniß geben sollte, den Cessionar zur Geltendmachung seines R. zu nöthigen, dessen Geltendmachung dieser seinen Interessen nicht angemessen findet. Jedenfalls wird, indem der Gläubiger behandelt wird, wie jeder andere Forderungsprätendent, dessen Beweislast in keiner Weise geschärft; wenn er hinterher den Schuldner gegen die Klage des Cessionars zu vertreten hat, nöthigt er denselben durch die Berufung auf seine ursprüngliche Gläubigerschaft nach denselben Grundsätzen zum Beweise, welche auch Platz ge-

Digitized by Google

Erwerber die Forderung weiter, so sind die daraus sich ergebenden Rechtsverhältnisse in gleicher Weise zu behandeln[5]. — Treten mehrere Forderungsprätendenten zu gleicher Zeit gegen den Schuldner unter Erbietung zur Sicherheitsleistung auf, so gebührt demjenigen der Vorzug, welchem gegenüber der andere sein besseres Recht erst zu erweisen hat[6]. Uebrigens kann der Streit zwischen mehreren Forderungsprätendenten auch dadurch zum Austrag gebracht werden, daß einer von ihnen gegen den anderen oder die anderen auf Anerkennung seines besseren Rechts klagend auftritt[7].

[Nach BGB. ist der Schuldner dem neuen Gläubiger gegenüber zur Leistung nur gegen Aushändigung einer von dem bisherigen Gläubiger über die Abtretung oder den gesetzlichen Uebergang der Forderung ausgestellten Urkunde verpflichtet (410 Abs. 1 S. 1. 412). Daß diese Urkunde öffentlich beglaubigt sei, kann der Schuldner nicht verlangen. Wohl aber kann der neue Gläubiger (auf seine Kosten) von dem Cedenten die Ausstellung einer Urkunde dieser Art fordern (403. 412). Eine Kündigung oder Mahnung des neuen Gläubigers ist unwirksam, wenn sie ohne Vorlegung einer Abtretungs- oder Uebergangsurkunde erfolgt, und der Schuldner sie aus diesem Grunde ohne schuldhaftes Zögern zurückweist (410 Abs. 1 S. 2. 412). Indessen finden diese Vorschriften keine Anwendung, wenn der bisherige Gläubiger dem Schuldner die Abtretung, den Uebergang, schriftlich angezeigt hat (410 Abs. 2. 412).

Aus dem Gesagten geht zugleich hervor, daß der Schuldner immer in der Lage ist, sich die Vortheile des § 409 zu sichern. Wenn nämlich der Gläubiger dem Schuldner die Abtretung oder den Uebergang der Forderung anzeigt (schriftlich oder mündlich) oder wenn er eine Abtretungs- oder Uebergangsurkunde ausgestellt hat, und diese dem Schuldner von demjenigen, auf den sie lautet, vorgelegt wird, so muß der Gläubiger die Abtretung auch dann gegen sich gelten

---

griffen haben würden, wenn der Cessionar den Schuldner gegen die Klage des Gläubigers vertreten hätte. S. auch Kühne Jahrb. f. Dogm. XVII S. 26 fg. Sf. XXXV. 111.

[5] Bähr S. 477 gibt auch in diesem Falle dem Beweisfreien den in der vorigen Note erwähnten Vorzug.

[6] Für diesen Fall, glaube ich, darf der von Bähr hervorgehobene Gesichtspunkt verwerthet werden. Die Quellen geben in diesem Fall dem Schuldner die Wahl (l. 8 § 3 D. 31); jedoch offenbar nur deßwegen, weil zur Bevorzugung des einen Prätendenten vor dem anderen kein Grund vorhanden sei. Es ist aber ein großer Unterschied, ob man der Beweisfreiheit die Kraft zuschreibt, das gleiche R. des Gegners zu überwinden, oder die Kraft, dem Gegner ein R. zu nehmen, welches ihm an und für sich zusteht. S. auch Kühne Jahrb. f. Dogm. XVII S. 24 fg. A. M. Kniep Mora I S. 225.

[7] S. I § 45 [8] und Bähr § 21, Schmid II S. 371 fg. Sf. XXI. 270, XXII. 3, XXVIII. 216, XXXV. 89. RG. VII S. 418. Vgl. Goldschmidt Handelsr. I § 73 [11], Degenkolb Einlassungszwang S. 229. S. auch CPO. § 72 [75]. Vgl. Bekker Pand. I S. 149.

Digitized by Google

lassen, wenn sie nicht erfolgt oder nicht wirksam ist, und zwar selbst dann, wenn der Schuldner dieß weiß; die Anzeige kann nur mit Zustimmung dessen zurückgenommen werden, der in ihr als der neue Gläubiger bezeichnet ist (409. 412). Sie kann aber als Rechtsgeschäft nichtig oder anfechtbar sein, und die Nichtigkeit kann geltend gemacht oder die Anfechtung erklärt werden auch ohne jene Zustimmung; der Schuldner kann sich auf die nichtige oder durch Anfechtung vernichtete (142) Anzeige nicht berufen, auch wenn er die Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit nicht kannte; er kann nur, wenn er im Vertrauen auf die Anzeige gehandelt hat, möglicher Weise einen Schutz im § 122 finden.]

γ. Zulässigkeit der Uebertragung*.

§ 335.

1. Die Uebertragung ist nicht zulässig bei allen Forderungen. Unzulässig ist sie:

a) bei denjenigen Forderungen, deren Erfüllung nur in der Person dieses bestimmten Gläubigers möglich ist. Aus diesem Grunde sind unübertragbar die Forderungen auf Genugthuung[1. 2].

[Nach BGB. sind die Forderungen auf Geld-Ersatz wegen eines nicht vermögensrechtlichen Schadens übertragbar, wenn sie durch Vertrag anerkannt oder rechtshängig geworden sind (847. 1300).]

Setzt die Leistung ein Verhältniß des Gläubigers voraus, welches seinerseits übertragbar ist, so kann mit diesem Verhältniß auch die Forderung übertragen werden; so die Forderung auf Bestellung einer Grunddienstbarkeit mit dem Eigenthumsrecht an dem Grundstücke, für welches die Grunddienstbarkeit bestellt werden soll[3].

[Dieß ist auch nach BGB. nicht zu beanstanden.]

---

* Mühlenbruch § 22—34, Puchta S. 463—472, Schmid II S. 280 fg.; Vangerow III § 574 Anm. 2, Sintenis S. 797—805, Holzschuher III § 222. Attenhofer ZS. f. Schweiz. R. N. F. IV S. 185 fg. V S. 252 fg. VI S. 339 fg. (1885. 1886. 1887.) [Eckstein die Uebertragbarkeit der Forderungen nach künftigem deutschen Reichsr. Erl. Diss. 1898.]

[1] Die s. g. actiones vindictam spirantes. Genugthuung kann nur demjenigen geleistet werden, welcher eine Kränkung erlitten hat. Insofern die Genugthuung durch eine Vermögensleistung von Seiten des Verpflichteten beschafft werden soll, steht doch die Vermögensleistung erst in zweiter Linie; nicht sie ist der eigentliche Gegenstand des Forderungsr., sondern eben die durch sie dem Berechtigten zu gewährende Genugthuung. Deßwegen rechnet das r. R. die actiones quae vindictam continent auch in anderen Beziehungen nicht zum Vermögen. L. 28 D. 47, 10; l. 8 pr. D. 5, 2, l. 2 § 4 D. 37, 6, l. 1 § 8 D. 38, 5, l. 13 pr. D. 47, 10. § 335.

[2] Ueber die einzelnen hierher gehörigen Fälle s. § 359 [6], und über das Ganze Mühlenbruch S. 292—302. S. auch Sf. XXXVIII. 223. 224. A. M. Schmid II S. 288 fg.

[3] Mühlenbruch § 28 i. A.

Digitized by Google

b) Unzulässig ist die Uebertragung bei denjenigen Forderungen, deren Erfüllung in der Person eines Andern nur mit einer dem Schuldner nachtheiligen Veränderung des Leistungsinhaltes möglich ist[4].

[BGB. 399: wenn die Leistung an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger nicht ohne Veränderung ihres Inhaltes erfolgen kann.]

c) Auch wenn weder das Eine noch das Andere der Fall ist, kann doch das Forderungsrecht möglicherweise von der Art sein, daß ihm nur genügt wird, wenn genau dieser Person geleistet wird. Entscheidend hierfür ist der Wille der die Forderung begründenden Person, bez. des Rechtssatzes, auf welchem sie beruht[5]. Aus diesem Grunde ist namentlich[5a] unübertragbar die Forderung auf Alimentation[6. 7]. Geht der die Forderung begründende Wille darauf, daß

---

[4] Der Ausdruck des Textes ist der Kürze zu Liebe nicht ganz genau. Eine Aenderung des Leistungsinhaltes ist mit der Aenderung der Person des Empfängers immer verbunden (§ 329 [2]). Es ist also gemeint eine Aenderung des Leistungsinhaltes, welche auch abgesehen davon stattfindet, daß es ein Anderer ist, welchem die Leistung gemacht wird. So wird z. B. bei der Forderung auf Bestellung einer persönlichen Dienstbarkeit durch die Aenderung des Gläubigers die Zeitdauer, für welche die Dienstbarkeit zu bestellen ist, geändert.

[5] Es wird z. B. im Vertrage ausgemacht, daß der Schuldner nur verpflichtet sein solle, diesem bestimmten Gläubiger zu leisten. A. M. Sf. V. 11, XXXVI. 271 (vgl. auch XXX. 136) und L. Seuffert ACPra. LI S. 102 fg. Der letztgenannte Schriftsteller beruft sich darauf, daß auch bei körperlichen Sachen ein vertragsmäßiges Veräußerungsverbot nicht Nichtigkeit der Veräußerung begründe (I § 172a [8]). Aber es ist nicht zutreffend, hier von einem Veräußerungsverbot zu reden. Es wird nicht zuerst die Forderung als eine an und für sich veräußerliche geschaffen und dann eine neue Bestimmung getroffen, welche ihr diese Eigenschaft nehmen soll; sondern es wird von vorn herein der Macht des Gläubigers die Grenze gesetzt, daß nur er von dem Schuldner Leistung soll fordern dürfen. Für die Gültigkeit des pactum de non cedendo (auch im Verhältniß von Cessionar und Schuldner): Regelsberger ACPra. LXIII S. 161, Stegemann das. LXVII S. 315 fg., Brunner in Endemann's Handb. des Handelsr. II S. 179, Attenhofer a. a. O. V S. 269 fg. (aber mit ausdrücklicher Beschränkung auf den bei Begründung der Forderung abgeschlossenen Vertrag und exc. doli bei Kenntniß des Cessionars vorbehalten). Sf. XXXIX. 96, XL. 192 (RG.), vgl. auch XXXI. 251 (der Erblasser verbietet die Veräußerung einer von ihm durch Vermächtniß begründeten Forderung). [RG. XXXI S. 164 fg., dazu Eck Jahrb. f. Dogm. XXXV S. 303 fg.]

[5a] Unübertragbarkeit des Forderungsr. aus dem pactum de mutuo dando: Sf. XIX. 35, XXV. 19, Kierulff Entscheidungen des OAG. zu Lübeck 1866 N. 86. [Sf. LIII. 99.] Aus dem pactum de contrahendo überhaupt? Göppert kr. VJS. XIV S. 423 fg., Regelsberger in Endemann's Handb. d. Handelsr. II S. 420, 6, Degenkolb ACPra. LXXI S. 78, Attenhofer ZS. f. Schweiz. R. N. F. VIII S. 342 fg. Sf. IV. 47, VII. 181, XVII. 92. 244, XLV. 79.

Digitized by Google

nur einer Person, die eine gewisse Eigenschaft hat, oder die in einem gewissen Verhältniß steht, geleistet werden soll, so ist die Uebertragung nur an solche Personen zulässig, bei welchen diese Eigenschaft oder dieses Verhältniß zutrifft[8].

[Nach §§§. kann die Uebertragung durch Vertrag ausgeschlossen, also auch personell ([8]) beschränkt werden (399; s. jedoch 405). Ueber die gesetzlichen Abtretungsverbote des BGB. siehe zu e.]

d) Die Uebertragung der Forderung kann durch richterliche Verfügung verboten werden[9].

[S. §§§. 136. CPO. 829: relative Nichtigkeit!]

e) Eine Reihe von Uebertragungsverboten sind durch die Gesetzgebung des neuen deutschen Reichs aufgestellt worden; die hauptsächlichsten Gesetze sind in der Note [9a] genannt.

[§§§. 400: Eine Forderung kann nicht abgetreten werden, soweit sie der Pfändung nicht unterworfen ist (CPO. 850). Umgekehrt sagt CPO. 851: eine Forderung ist nicht pfändbar, soweit sie nicht übertragbar ist. Die Unpfändbarkeit enthält also im Zweifel die Unübertragbarkeit und umgekehrt. Die Unübertragbarkeit gemäß BGB. 399 läßt aber, damit nicht willkürlich die Forderung den Gläubigern des Gläubigers als Befriedigungsobject entzogen werden kann, eine beschränkte Pfändbarkeit bestehen (CPO. 851 Abs. 2). Einzelvorschriften d. BGB.: 514. 613. 664. 717 (s. jedoch 725). 847. 1300 (vgl. zu a). 1427. 1585. 1623. Der Pflichttheilsanspruch ist erst dann pfändbar, wenn er durch Vertrag anerkannt oder rechtshängig ist (CPO. 852 Abs.1); aber schon vorher übertragbar (BGB. 2317); der Anspruch des Schenkers aus BGB. 528 ist nach CPO. 852 Abs. 2 nur unter den gleichen Voraussetzungen wie der Pflichttheilsanspruch pfändbar, und nach BGB. 400 nur ebenso abtretbar. Vgl. auch EG. 81.]

---

[8] Die Forderung auf Alimentation geht darauf, daß diese bestimmte Person, Kind, Vater ꝛc. ꝛc. ernährt ꝛc. ꝛc. werde. Würde die Forderung übertragen, so wäre es zwar möglich, daß der zu Alimentirende in dem für die Abtretung erhaltenen Entgelt seinen Unterhalt dennoch hätte; aber nothwendig ist dieß nicht. Anders wird zu entscheiden sein, wenn die Forderung nicht sowohl auf Alimentation, als auf eine fixirte Leistung geht, welche zur Alimentation dienen soll. Die Leistung genießt der Berechtigte auch dadurch, daß er das Forderungsr. durch Uebertragung zu seinen Zwecken verwerthet; der Zweck aber, welcher mit der Leistung erreicht werden soll, gehört nicht zum Inhalt der Leistung. Die Meinungen sind hier jedoch verschieden. Mühlenbruch S. 329, Puchta S. 466, Sintenis S. 799, Schmid II S. 287, Schanze ACPra. LXIX S. 243 fg. 259 fg. Attenhofer a. a. O. VI S. 370 fg. Sf. XXI. 132, XXVIII. 23, XXXI. 45. RG. IV S. 144.

[7] Ein anderes Beispiel gewähren die operae officiales des römischen libertus. L. 9 § 1 D. 38, 1. Mühlenbruch S. 304. Ferner das Retractr. Mühlenbruch S. 323 fg., Schmid II S. 287.

[8] Sintenis S. 800 [32].

[9] CPO. § 730 [829]. S. aber auch Hellwig Verpfändung und Pfändung von Forderungen S. 136.

Digitized by Google

Bei den hier nicht genannten Forderungen ist die Uebertragung zulässig. Namentlich ist sie zulässig[9a] bei Forderungen, welche auf einem persönlichen Privilegium des Gläubigers beruhen[10]; bei bedingten[11], befristeten und zukünftigen[12] Forderungen; bei Forderungen auf einen zusammengesetzten Leistungsinhalt (§ 252 Ziff. 3), wenn dieser Inhalt sich auch erst im Laufe der Zeit entwickelt[13]; bei For-

---

[9a] Reichsges. betr. die Beschlagnahme des Arbeits- oder Dienstlohns vom 21/6 1869 § 2. Reichsges. betr. Rverhältnisse der Reichsbeamten vom 31/3 1873 § 6. Reichsmilitärges. vom 2/5 1874 § 45. Reichsgesetz betr. die eingeschriebenen Hülfskassen vom 7/4 1876 [1/6 84] § 10. Reichsgesetz betr. die Krankenversicherung der Arbeiter vom 15/6 1883 [10/4 92] § 56. Reichs-Unfallversicherungsges. vom 6/7 1884 § 68. Reichsgesetz betr. die Invaliditäts- und Altersversicherung vom 22/6 1889 § 40. Vgl. Mandry S. 208 fg. [4. Aufl. (Geib) S. 244 fg.; dort auch weitere Bestimmungen.]

[9b] Ueber die Cession von Forderungen, welche im Streit befangen sind, s. I § 125, 1. Aus der Zeit vor der CPO.: Seuffert Band. § 299 [8]. Sf. V. 9. 10, XI. 135, XII. 89, XIV. 251, XV. 217, XXI. 121, XXX. 19. Kierulff Entscheidungen des OAG. zu Lübeck 1866 S. 82. In dem Verbot der Pfändung (CPO. § 749) liegt ein Verbot der Cession nicht. RG. IV S. 143. [S. für das künftige R. den Zusatz zum Text hinter [9a].]

[10] So kann z. B. der Minderjährige sein Recht auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand übertragen. L. 24 pr. D. 4, 4. S. jedoch auch Sintenis S. 801 [38].

[11] L. 3 C. 8, 53 [54], l. 43 D. 17, 1. Vgl. Schlesinger über die Unzulässigkeit der Beschlagnahme des noch nicht verdienten Lohnes (Leipzig 1869) § 7. Dieser Schriftsteller bemerkt mit Recht, daß die Stellen, welche sonst noch hier angezogen zu werden pflegen (I. 17. 19 D. 18, 4, l. 45 § 1. l. 73 § 1 35, 2) nur die Gültigkeit des über eine bedingte Forderung abgeschlossenen Kaufgeschäftes beweisen. Forderung aus einem bedingten Vermächtniß: I § 89 [10].

[12] Bei zukünftigen Forderungen — d. h. bei Forderungen, für welche noch nicht einmal der Grund gelegt ist (I § 225 [6]). Doch läßt sich für diesen Satz kein zwingender Beweis beibringen. Das beste Argument für denselben ist die Zulässigkeit der Verpfändung des künftigen Vermögens (l. 9 C. 8, 16 [17]), also auch der zukünftig zu erwerbenden Forderungen. L. 3 C. 8, 53 [54] („Spem futurae actionis . . . posse transferri non immerito placuit") kann sehr wohl von einer bedingten Forderung verstanden werden (§ 4 I. 3, 15); l. 11 D. 18, 4 handelt nicht von einer zukünftigen Erbschaft. Mühlenbruch S. 259—262, Schmid II S. 484, Schlesinger a. a. O. S. 20 fg., Attenhofer IV S. 223 fg.

[13] So kann übertragen werden z. B. die Forderung des Auftraggebers, des Gesellschafters ꝛc. ꝛc. d. h. die Forderung auf Alles, was der Auftraggeber oder Gesellschafter auf Grund des Auftrags- oder Gesellschaftsvertrags jetzt zu fordern hat oder später zu fordern haben wird. Dadurch wird freilich der Erwerber nicht Auftraggeber oder Gesellschafter, und namentlich gehen auch nicht die Verpflichtungen des Uebertragenden auf ihn über. Vgl. Mühlenbruch S. 307, Puchta S. 464, Regelsberger Studien im bayer. Hypothekenr. S. 28 fg., Attenhofer VI S. 362 fg., Sf. V. 125, XXXI. 133. 134, XXXIV. 109.

Digitized by Google

derungen aus gegenseitigen Verträgen und aus Thatsachen, aus welchen dem Schuldner ein möglicher Gegenanspruch erwächst[14]; bei accessorischen Forderungen[15]. Auch das einer natürlichen Verbindlichkeit entsprechende Recht kann übertragen werden[16. 17].

[Im **BGB.** findet der Satz bei [10] keinen Boden der Anwendung, die bedingte und befristete Forderung sind übertragbar, die bloß zukünftige ([12]) ist es m. E. nicht. Die Sätze bei [13. 14. 15] sind auch für das BGB. anzuerkennen (s. jedoch

---

[14] Eine actio contraria. Vgl. § 320. [RG. XXVII S. 155, Johannes die Uebertragung der Re und Verbindlichkeiten aus einem gegenseitigen Schuldverhältniß. Gött. Diss. 1896.] Aber durch die Uebertragung wird der Schuldner nicht der Einrede verlustig, welche ihm aus der nicht gemachten Gegenleistung oder aus der Nichtbefriedigung seines Gegenanspruchs erwachsen ist. Sf. I. 28, V. 125, VIII. 35, XI. 32. 225, XIII. 89, XXX. 18, XXXIV. 109, vgl. XIV. 225. RG. XIII. S. 11. — Daraus, in Verbindung mit dem in der vorigen Note Gesagten, folgt, daß namentlich auch die Forderungen aus dem Pacht- und Miethcontract übertragen werden können. Glück XVIII S. 27 fg., Cropp in Heise und Cropp jur. Abhandlungen II Nr. 10, Schmid II S. 314 fg., vgl. Mommsen Erörterungen I S. 136 in der Note, Regelsberger a. a. O. ([12]) S. 29; a. M. Mühlenbruch S. 310 fg. und die bei Glück XVIII S. 28 Citirten. Attenhofer VI S. 340 fg. Sf. XVI. 209, XXVI. 235. — Schlesinger a. a. O. ([11]) ist zwar im Princip mit dem hier Gesagten einverstanden, glaubt aber, daß die Denuntiation an den Schuldner wirksam nur unter sofortiger Oblation der Gegenleistung geschehen könne. Dagegen mit Recht Goldschmidt ZS. f. HR. XIII S. 648 fg., Attenhofer IV S. 192 fg. Sf. XLV. 177: Forderung auf Dienstleistungen aus einem mit einem Beamten geschlossenen Vertrage. [Sf. XLVII. 265. XLVIII. 176. Hartmann der Eintritt in ein gegenseitiges Schuldverhältniß nach dem BGB. Erl. Diss. 1898.]

[15] Vgl. über die verschiedenen Meinungen Mühlenbruch § 28, Puchta S. 467, Bangerow III S. 119 (7. Aufl. S. 108), Sintenis S. 801, Attenhofer IV S. 246 fg. RG. XV S. 279 (Preuß. Sache). [Framheim Cessibilität der Conventionalstrafe. Erl. Diss. 1895, Volmer Cessibilität der Conventionalstrafen. Erl. Diss. 1898. Sf. XLVIII. 176. Bürgschaft: Sf. LIII. 149.]

[16] Vgl. l. 41 [40] pr. l. 66 [64] pr. D. 36, 1. Mühlenbruch S. 252 fg. Ein besonderer Aufsatz über diese Frage: d'Avis und Arndts in ZS. f. CR. und Pr. N. F. X S. 114 fg. A. M. Schwanert Naturalobligationen S. 176 fg., Schmid I S. 54 fg. Man nimmt aber das Compensationsr. aus; dieses soll auf den Erwerber nicht übergehen. Ich halte das nicht für richtig; jedenfalls muß man, wenn man diese Ausnahme macht, sie auch auf den Fall erstrecken, wo der Schuldner nach der Uebertragung eine Forderung gegen den Cessionar erwirbt, an welchen Fall man nicht zu denken scheint. Nur wenn die Uebertragung böswilligerweise zu dem Ende geschieht, um den Schuldner zu benachtheiligen, wird man m. E. dem Cessionar das Compensationsr. absprechen dürfen. Eine mittlere Meinung deutet auch Bangerow § 574 Anm. 2 z. A. an („in der Regel"). Uebrigens ist diese Frage nach dem in § 289 Ausgeführten für das heutige gem. R. unpraktisch.

[17] Ueber die Uebertragung von Correalforderungen: Fritz ZS. f. CR. u. Pr. N. F. XIX S. 63 fg., Attenhofer IV S. 216 fg. [Schott über Cession

Digitized by Google

zu den Beispielen der Note [13] BGB. 664 Abs. 2. 717), nicht aber der zu [10] (wenigstens bietet das BGB. wohl kein Beispiel für denselben). In den Fällen, in denen man im BGB. von einer natürlichen Verbindlichkeit sprechen kann (s. ob. S. 174 fg.) wird sich gegen die Möglichkeit der Abtretung desjenigen Maßes von Recht, welches überhaupt vorliegt, grundsätzlich nichts sagen lassen. Ist z. B. ein verjährter Anspruch abgetreten, so wird die Leistung an den Cessionar unter der Vorschrift des § 222 Abs. 2 stehen; wird die Forderung aus einem formlosen Schenkungsversprechen abgetreten, so wird die Erfüllung zu Handen des Cessionars heilende Kraft gemäß § 518 haben. Das Recht des Gesammtgläubigers ([17]) ist übertragbar, und die Uebertragung ist ohne Einfluß auf die Rechte der übrigen Gläubiger (429 Abs. 3 S. 2).]

2. Die Uebertragung ist nicht zulässig an alle Personen.

a) Sie ist nicht zulässig an einen Mächtigeren[18], d. h. an eine Person, welcher gegenüber dem Schuldner die Vertheidigung erschwert oder geschmälert ist. Jedoch ist bei diesem Verbot vorausgesetzt, daß die Uebertragung in der Absicht geschieht, den Schuldner zu drücken[19]. Die Folge der Uebertretung des Verbots ist nicht bloß Nichtigkeit der Uebertragung, sondern auch Verlust der Forderung für den Gläubiger und Befreiung des Schuldners[20].

---

von Correalobligationen. Bresl. Diss. 1897. Binder die Correalobligationen. Leipz. 1899 S. 243 fg.] Alternative Obligation bei Wahlr. des Gläubigers: Mühlenbruch S. 264 fg., Attenhofer S. 229 fg. — [Odendahl über Cessibilität und Vererblichkeit des Widerrufsr. in Bezug auf Schenkungen. Erl. Diss. 1897.]

[18] An einen potentior. L. 2 C. 2, 13 [14], vgl. c. 2 X. 1, 42. Pfeiffer praktische Ausführungen IV S. 96 fg. (1836). Mühlenbruch § 30, Puchta S. 470, Fritz Erläuter. II S. 213 fg., Vangerow III S. 120—122 (7. Aufl. S. 109—111), Sintenis II S. 802 [40].

[19] Dieß geht hervor aus dem Schluß der gesetzlichen Bestimmung („aperta enim credentium videtur esse voracitas, qui alios actionum suarum redimunt exactores"), aber auch schon daraus, daß auf die Uebertretung der Vorschrift eine Strafe gesetzt wird („debiti creditores iactura mulctentur"). Andere verlangen Arglist des Uebertragenden nicht. S. die bei Mühlenbruch S. 371 [284] Genannten. Mühlenbruch (und mit ihm Fritz und Pfeiffer) läßt die Strafe des Gesetzes nicht einmal bei Arglist eintreten, sondern versteht das Gesetz nur von dem Fall des Vorschiebens eines beschwerlicheren Gegners durch simulirte Uebertragung. S. dagegen Vangerow a. a. O. — Unter den heutigen Verhältnissen hat das Verbot sehr an Bedeutung verloren. Sintenis a. a. O. leugnet seine Anwendbarkeit ganz. Vorausgesetzt wird seine Anwendbarkeit in dem Urtheil des OAG. zu Lübeck bei Kierulff Entscheidungen ꝛc. ꝛc. 1866 S. 82. Vgl. auch Holzschuher III § 221 Nr. 3. b.

[20] Andere lassen die Forderung an den Fiscus fallen. Mühlenbruch S. 377. Bleibt eine natürliche Verbindlichkeit übrig? S. darüber § 289 [22], Schwanert Naturobligationen S. 476. — Nach demselben Gesichtspunkt und mit denselben Folgen war früher auch verboten die Uebertragung einer Forderung, welche einem Juden gegen einen Christen zustand, an einen Christen. Dieß ist

Digitized by Google

b) Verboten ist ferner die Uebertragung einer Forderung gegen den Bevormundeten an den Vormund, und selbst an den gewesenen Vormund die Uebertragung einer Forderung, welche bereits zur Zeit der Vormundschaft bestanden hat[21], ebenfalls bei Strafe des Verlustes der Forderung zu Gunsten des Schuldners[22]. —

Wenn einem Kinde in väterlicher Gewalt eine Forderung gegen den Vater übertragen wird, und der Entgelt wird aus dem Vermögen des Vaters genommen, so bleibt nur eine natürliche Verbindlichkeit bestehen (§ 289 Ziff. 6)[23].

[Die Sätze unter 2 sind dem BGB. nicht bekannt.]

δ. Rechtsverhältnisse zwischen Gläubiger und Erwerber.

§ 336.

Der bisherige Gläubiger ist verpflichtet, dem Erwerber die in seinen Händen befindlichen Beweismittel — wenn die Uebertragung auf seiner Willenserklärung beruht, die zur Verfolgung der Forderung nöthigen Beweismittel einzuhändigen[1]. Was der Gläubiger nach der Uebertragung von der Forderung einzieht, muß er dem Erwerber herausgeben[2]. Auf die Frage, wie weit der Gläubiger dem Erwerber

---

gegenwärtig durch die Gesetzgebung des neuen deutschen Reiches beseitigt. S. I § 55. R. A. 1551 § 79, R. P. O. 1577 Tit. 20 § 4. Mühlenbruch § 34, Puchta S. 471, Vangerow III S. 123 (7. Aufl. S. 112), Sintenis II S. 804, Holzschuher III § 221 Nr. 3. a, Stobbe § 46 Nr. IX.

[21] Nov. 72 c. 5. Mühlenbruch § 32, Puchta S. 468, Vangerow III S. 122 (7. Aufl. S. 111), Sintenis II S. 803, Sf. IX. 23, XIX. 36.

[22] — „et lucrum fieri adolescentis". S. § 289 [22], Mühlenbruch S. 392, Puchta S. 469, Schwanert Naturaloblig. S. 478.

[23] L. 7 D. 44, 7. „Actiones adversus patrem filio praestari non possunt, dum in potestate eius est filius". Auszunehmen ist, auch im Sinne dieser Stelle, der Erwerb aus dem castrensischen Peculium, im Sinne der Compilatoren der aus dem adventicischen. Vgl. § 289 [27], und über die verschiedenen Meinungen Mühlenbruch § 33, Puchta S. 465, Vangerow III S. 118 (7. Aufl. S. 108), Sintenis II S. 799.

[1] Der Erklärung, daß eine Forderung übertragen sein solle, wird nicht genügt, wenn der Erwerber nicht auch in den Stand gesetzt wird, die Uebertragung zu beweisen. Wenn das Gesetz oder der Richter eine Forderung übertragen, so wollen sie ebenso sehr, daß auf den Erwerber die in den Händen des Gläubigers befindlichen Beweismittel übergehen sollen, als sie den Uebergang der Forderung selbst wollen. Vgl. Mühlenbruch S. 621, Puchta S. 480, Bähr Jahrb. f. Dogm. I S. 481. Kierulff Entscheidungen des OAG. zu Lübeck 1866 S. 426. Sf. XXX. 242, XXXIV. 294. § 336.

[2] Denn es ist in sein Vermögen, wenn auch auf formell gerechtfertigtem Wege, doch materiell ungerechtfertigt gekommen; es ist also, wenn nicht ein Anspruch aus dem der Cession zu Grunde liegenden Rverhältniß (l. 23 § 1 D. 18,

Digitized by Google

hafte, ob bloß für juristische Existenz, oder auch für factische Realisirbarkeit der Forderung, läßt sich aus der bloßen Thatsache der Uebertragung eine Antwort nicht geben; es kommt auf das der Uebertragung zu Grunde liegende Rechtsverhältniß an[3].

[Nach BGB. ist der bisherige Gläubiger, auch bei gesetzlicher Uebertragung (412), verpflichtet, dem neuen Gläubiger die nöthige Auskunft zu ertheilen und die zum Beweise der Forderung dienenden Urkunden, soweit er sie hat, auszuliefern. Er haftet aber an und für sich nicht, wenn er keine Urkunden hat (402). Er ist verpflichtet, dem neuen Gläubiger eine öffentlich beglaubigte Urkunde über die Abtretung (den gesetzlichen Uebergang) auszustellen; die Kosten trägt der neue Gläubiger (403). Für die Ueberweisung gemäß CPO 835 ff. s. § 836 Abs. 3 das. — Im Uebrigen vgl. BGB. 437. 438. 444. 445. 515. 523.]

ε. Uebertragung dinglicher Ansprüche*.

§ 337.

Wie Forderungen (obligatorische Ansprüche), so können auch die aus der Verletzung dinglicher Rechte entstehenden Leistungsansprüche

---

4), jedenfalls die condictio sine causa begründet. Vgl. l. 39 D. 45, 3, l. 31 § 1 D. 12, 1, l. 23 eod., l. ult. D. 3, 5, l. 1 C. 4, 51 (§ 422 [4]). Das Gleiche gilt, wenn ein zweiter Cessionar die Forderung einzieht. Vgl. Ihering Jahrb. f. Dogm. I S. 117, Bähr das. S. 439 fg. Nimmt man an (oder schreibt das Landesr. vor), daß die Forderung durch die Cession als solche (ohne Denuntiation) übergeht, so gilt das Gesagte nur für den Fall, daß der Schuldner ohne Kenntniß der Cession geleistet hat; denn sonst hat der Cessionar seine Forderung nicht verloren.

[3] Dieser handgreiflich richtige Satz ist namentlich geltend gemacht und mit Sorgfalt durchgeführt worden in der Schrift von Schliemann: die Haftung des Cedenten (1848, 2. Ausg. 1850). Früher lehrte man als Regel, daß der Cedent für juristische Existenz (de veritate nominis), nicht aber für factische Realisirbarkeit (de bonitate) hafte, indem man verallgemeinerte, was l. 4. 5 D. 18, 4, l. 74 § 3 D. 21, 2 für den Fall des Forderungskaufes sagen. Auf diesem Standpunkte stehen noch (mehr oder minder) Mühlenbruch § 64, Puchta S. 481, Sintenis S. 809 (welcher die Schrift von Schliemann nicht zu kennen scheint). Beispiele: 1) der Verkäufer haftet für Existenz, nicht für Realisirbarkeit (s. die citirten Stellen); 2) der Verwalter fremden Vermögens, welcher das herauszugebende Vermögen in Forderungen angelegt herausgibt, haftet für Beides; 3) der Schenker haftet für keines von Beiden (l. 18 § 3 D. 39, 5). Vgl. Seuffert Pand. § 300 von Note [4] an, Brinz 2. Aufl. II S. 404 fg. Sf. XI. 62. — Was gehört zur bonitas nominis? Sf. V. 149, XIII. 20, XXXVII. 304. Attenhofer ZS. für Schweiz. R. N. F. IX S. 311 fg. — Der Cessionar hat einen Anspruch nur gegen den Cedenten, nicht auch gegen den Cedenten des Cedenten. Sf. IV. 26, XXIV. 199, XXV. 104, XXVIII. 218, XXXV. 19. Bl. f. RAnw. zun. in Bayern XXXV S. 305 fg. XLII S. 225 fg. Attenhofer a. a. O. S. 314 fg. — S. noch RG. VIII S. 107.

Digitized by Google

übertragen werden[1]. Dafür gelten analoge Grundsätze, wie für die Uebertragung obligatorischer Ansprüche.

1. Die Uebertragung kann beruhen auf Willenserklärung des Berechtigten, richterlicher Verfügung, gesetzlicher Vorschrift[2].

2. Die Uebertragung macht den Erwerber sofort zum Anspruchsberechtigten[3], der bisherige Anspruchsberechtigte wird aber erst durch Ergreifung des Anspruchs von Seiten des Erwerbers dem Verpflichteten gegenüber (Anzeige) ausgeschlossen[4].

3. Den Gegenstand der Uebertragung kann nicht bloß ein gegenwärtig bestehender, sondern auch ein künftig entstehender Anspruch bilden. Die Uebertragung kann auch auf alle künftig entstehenden Ansprüche gerichtet werden. Im Besonderen kann der Eigenthümer

---

* Vgl. über diese bis dahin vernachlässigte Lehre (ungenügend Mühlenbruch S. 18. 247 fg. 507) namentlich den Aufsatz von Jhering Jahrb. f. Dogm. I S. 101 fg. (1857). Dazu Windscheid die Actio ꝛc. § 22, Zimmermann ZS. f. CR. und Pr. N. F. XV S. 102 fg., Bekker Jahrb. d. gem. R. IV S. 205 fg., Sintenis II § 128 [26], v. Schey Grünh. ZS. VIII S. 127 fg. Ferner Schmid II S. 328 fg., Goldschmidt HR. I S. 706. 707, Attenhofer (§ 335 Note *) IV S. 232 fg. Vgl. auch Kohler Patentr. S. 472 fg. Sf. XXII. 229. [Stampe die Lehre v. d. Abtretung der Vindication. ACPra. LXXX S. 305 fg. (1893), Nasse über die Cession der Klagen in den Fällen der Litisästimationsleistung. Gött. Diss. 1894, Philipp, Inwieweit unterscheidet sich die Cession dinglicher Ansprüche von derjenigen persönlicher Ansprüche. Erl. Diss. 1898.]

[1] Die Quellen sprechen davon in folgenden Anwendungen: 1) Uebertragung der rei vindicatio an denjenigen, welcher die Sache herausgeben soll, aber nicht kann, und dafür Schadensersatz geben muß (l. 63 D. 6, 1, l. 25 § 8 D. 19, 2, l. 12 D. 42, 1); 2) Uebertragung der rei vindicatio an denjenigen, welchem das Eigenthum der Sache verschafft werden soll, der aber, weil der Gegner ohne seine Schuld die Sache nicht mehr hat, weder die Sache selbst noch Schadensersatz erhält (l. 21 D. 6, 1, § 3 I; 3, 23, l. 35 § 4 D. 18, 1, l. 14 pr. D. 47, 2, l. 39 D. 24, 1); 3) Verkauf der actio in rem, l. 9 C. 4, 39. Vgl. auch Sf. XXXII. 236. § 337.

[2] Ein Fall gesetzlicher Uebertragung in l. 63 D. 6, 1: „cum tamen praetor auxilium quandoque laturus sit". — Nicht hierher gehören die Fälle, wo die dem Nichteigenthümer gegebene rei vindicatio utilis der römische Ausdruck des übergegangenen Eigenthumsr. oder nur eine andere Form eines obligatorischen Anspruchs ist. S. I § 174 [9]. — L. 19 § 4 C. 4, 32 („contra ipsas pecunias")? Kohler Jahrb. f. Dogm. XVII S. 319 fg.

[3] Unrichtig Windscheid die Actio ꝛc. S. 220; s. § 331 [8].

[4] Dieß leugnet Jhering a. a. O. S. 111 fg.; er will das R. der Denuntiation auf die Cession dinglicher Ansprüche nicht übertragen wissen. Dagegen Windscheid S. 220, Bekker S. 208, Sintenis a. a. O., Goldschmidt S. 707 [21], Attenhofer S. 237 fg. S. auch Zimmermann S. 111. Sf. XXVI. 25. [LIII. 82.]

Digitized by Google

seine Ansprüche, wie gegen den gegenwärtigen, so auch gegen alle zukünftigen Besitzer abtreten[4a]. Ueber die Frage, ob in diesem Fall der Erwerber auch gegen den Eigenthümer selbst auftreten kann, wenn dieser den Besitz erlangt, s. die Note [5].

4. Der Erwerber des dinglichen Anspruchs erwirbt nicht das dingliche Recht[6]; dieses bleibt bei dem bisherigen Anspruchsberechtigten[7]. Verliert der Letztere das dingliche Recht, so geht damit auch der auf den Erwerber übergegangene dingliche Anspruch unter[8]. Jedoch müssen die Rechtsnachfolger des Uebertragenden, und nicht bloß seine Gesammtnachfolger, die von ihm vollzogene Uebertragung gegen sich gelten lassen, seine Gesammtnachfolger unbedingt, seine Sondernachfolger mit der in der Note [9] bezeichneten Maßgabe.

[Nach ZGB. gelten für die Abtretung dinglicher Ansprüche umsomehr die gleichen Grundsätze wie für die Abtretung von Forderungen, als diese Grundsätze auch zur Anwendung kommen, wenn andere Rechte abgetreten werden, über deren Abtretung nichts Besonderes bestimmt ist. Die Abtretung des Anspruchs

---

[4a] Sf. XXXVI. 25 (RG.).

[5] Für die Verneinung der Frage Jhering S. 110, Exner Tradition S. 193 fg., G. A. Leist die Sicherung von Forderungen durch Uebereignung von Mobilien (1889) S. 29 fg.; für die Bejahung Bekker S. 207, Bähr Jahrb. f. Dogm. I S. 444, Zimmermann S. 109, Schmid S. 329 fg., Dernburg I § 225 [2], Kohler Grünh. ZS. XIV S. 12. Ich selbst habe mich in den früheren Auflagen [bis zur 5.] für die Bejahung ausgesprochen, bin aber jetzt sehr zweifelhaft. Steht nicht das Axiom entgegen, daß Niemand übertragen kann, was er selbst nicht hat? Die Entscheidung in l. 63 D. 6, 1: „ipso quoque, qui litis aestimationem perceperit, possidente, debet adiuvari“ wird nicht auf die cessio actionis gegründet. Jedenfalls aber hat der Erwerber aus einer Uebertragung, die gemacht ist, um ihm ein Abforderungsr. gegen alle Besitzer zu geben, gegen den Uebertragenden einen persönlichen Anspruch.

[6] Es kann ihm jedoch der Anspruch zu dem Ende abgetreten sein, damit er durch Erlangung des Besitzes das Recht erwerbe. Jhering S. 119, Sf. XXVII. 19. [[RG. XXVII S. 154 fg. (Miteigenthum).]]

[7] Der obligatorische Anspruch erschöpft das obligatorische R.; ist er von dem bisherigen Gläubiger auf den neuen Erwerber übergegangen, so ist in der That der Letztere Gläubiger geworden, und Jener hat aufgehört, es zu sein. Dagegen geht das dingliche R. in dem aus seiner Verletzung entstandenen Leistungsanspruch nicht auf.

[8] Dieß habe ich früher geleugnet (die Actio 2c. S. 221). Aber der aus der Verletzung des dinglichen R. entstandene Leistungsanspruch ist doch immer nur eine Erscheinungsform des R., und steht und fällt daher mit demselben. Wenn das r. R. bei dem obligatorischen Anspruch das Gegentheil annahm, so hatte dieß seinen Grund darin, daß es dem Cedenten nicht sowohl das R. ließ, als den nackten Namen des R. Vgl. Jhering S. 112.

[9] Es ist zu unterscheiden, ob der dingliche Anspruch zum Zweck des Erwerbes des dinglichen R. abgetreten ist ([6]), oder nicht. Im ersten Fall haftet der

Digitized by Google

kann den Zweck haben, dem Cessionar das zu Grunde liegende dingliche Recht zu verschaffen. Diesen Zweck erreicht die Abtretung des Herausgabeanspruchs auf Grund Eigenthums einer beweglichen Sache nach Maßgabe der §§ 931. 934; s. aber auch § 986 Abs. 2. Dagegen würde durch Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe eines Grundstücks dessen Eigenthum nicht übertragen werden können (925). In einem derartigen Vertrage kann möglicher Weise die Uebernahme einer Verpflichtung zur Eigenthumsverschaffung gefunden werden. Dieser Vertrag ist gültig, wenn er der Form des § 313 genügt; er schützt aber den Gläubiger gegen einen neuen Eigenthümer nur, wenn eine Vormerkung nach § 883 eingetragen wird.

Abtretung eines Eigenthumsanspruchs ohne die Absicht der Eigenthumsübertragung ergibt sich z. B. nach § 281, wenn ein Vermiether, dem die Sache abhanden gekommen ist, dem Miether den Herausgabeanspruch abtritt.]

b. Sondernachfolge in die Schuld*.

§ 338.

Das römische Recht hat eine Sondernachfolge in die passive Seite der Obligation ebensowenig anerkannt, wie es dieß in Betreff

---

Sondernachfolger unbedingt, nach Analogie der s. g. exceptio rei venditae et traditae (I § 197), im zweiten Fall haftet er nur, wenn seine Rnachfolge auf wohlthätigem Titel beruht, ebenso der Pfandgläubiger, l. 4 § 27—31 D. 44, 4. Schmid S. 332 läßt den Rnachfolger immer nur in der zuletzt gedachten Weise, Ihering S. 110 gar nicht, Bekker S. 207 unt. unbedingt haften. Wie Schmid Goldschmidt Note [20].

* Ueber diese Lehre ist vor Allem zu vergleichen die höchst verdienstliche Schrift von Delbrück: die Uebernahme fremder Schulden nach gemeinem und preußischem Recht (1853); s. darüber Windscheid kr. Ueberschau I S. 27 fg. und Hinrichs in der Kieler Allg. Monatsschrift Jahrg. 1853 S. 685 fg. Ferner: Kuntze die Obligation ꝛc. S. 301 fg. (1856). Windscheid die Actio ꝛc. § 21 (1865). Busch Verträge zu Gunsten Dritter § 18—24 (1860). Bähr Jahrb. f. Dogm. VI S. 170 fg. (1863). Zaun APraktRW. N. F. I S. 113—131 (1864). v. Salpius Novation und Delegation § 55. 56. 67—69. 80 (1864). Gürgens Jahrb. f. Dogm. VIII S. 221 fg. (1866). Unger Jahrb. f. Dogm. X S. 87 fg. (1870). Gareis Verträge zu Gunsten Dritter S. 289 fg. (1873). Regelsberger in Endemann's Handb. d. Handelsr. II S. 532 fg. (1882). Bähr Urtheile des Reichsger. S. 86 fg. (1883). Regelsberger ACPra. LXVII S. 24 fg. (1884). Bähr das. S. 176 fg. (1884). Menzel in Grünh. ZS. XI S. 581 fg. 655 fg. (1884). Hasenöhrl Oesterr. Obligationenr. II § 77. 78 (1886). Unger Schuldübernahme (1889). Adler ABR. III S. 1 fg. (1889). Arndts § 254 [7]. Rudorff in der 10. Aufl. von Puchta's Pandekten § 285a. Sintenis II § 102 [182]. Dernburg II § 53. S. auch die Lehrbücher des deutschen Privatr. von Beseler § 118 (3. Aufl. § 100 [4. Aufl. § 106]). Bluntschli § 110. Stobbe III § 181. [3. Aufl. (Lehmann) § 228.] R. Saleilles de la cession des dettes. Paris 1890. Abdruck aus den Annales de droit commercial français étranger et international 1890 Nr. 1. [Böigt Schuldübernahme ist Zahlung. Gött. Diss. 1891. Münster über die Singularsuccession in

Digitized by Google

der activen Seite gethan hat. Auch auf dem Wege der Uebertragung der actio hat es den Schuldübergang nur in solchen Fällen ermöglicht, wo derselbe von einer gesetzlichen Regel gefordert wird[1]. Dagegen hat es nicht anerkannt, daß durch Vertrag die actio von einem Schuldner auf den andern übertragen werden könne[2]. So kann nach römischem Recht durch Vertrag ein Wechsel in der Person des Schuldners nur in der Weise bewerkstelligt werden, daß

Schulden. Gött. Diss. 1893. v. Blume Novation, Delegation und Schuldübertragung. Gött. 1895 (dazu Danz kr. VJS. XXXVIII S. 217). Ehrenzweig die s. g. zweigliedrigen Verträge insbes. die Verträge zu Gunsten Dritter (Wien 1895) S. 125 fg. Wendt das allgemeine Anweisungsrecht (Jena 1895) S. 260 fg. bes. S. 276 fg. Eck Jahrb. f. Dogm. XXXV S. 294 fg. (1896). Kipp das. XXXVI S. 336 fg. Coviello Arch. giur. LVI p. 287 s. LVII p. 89 s. 334 s. (1896). Fluhme, die Theorien der Passivsuccession. Erl. Diss. 1896. Stammler Schuldverhältnisse (1897) S. 206 fg. Davidsohn Schuldübernahme als Zahlung. Bresl. Diss. 1897. v. Blume Jahrb. f. Dogm. XXXIX S. 390 fg. (1898). Regelsberger das. S. 463 fg. Hartmann der Eintritt in ein gegenseitiges Schuldverhältniß nach BGB. Erl. Diss. 1898. v. Blume Jahrb. f. Dogm. XL S. 109 fg. (1899). Hellwig die Verträge auf Leistung an Dritte. Leipz. 1899 § 26 fg. Oertmann AAR. XV S. 455. Krettner die Schuldübernahme nach dem BGB. Erl. Diss. 1899. — S. auch Rothenburg Gruch. Beitr. XXXIX S. 766 fg. (Einreden des Uebernehmers einer Hypothekenschuld).]

§ 338. [1] Beispiele: l. 61 D. 3, 3, l. 4 pr. D. 42, 1; l. 1 C. 5, 39, l. 8 D. 26, 9.

[2] Es stand nichts im Wege, daß der Schuldner dem Gläubiger einen procurator in rem suam gegenüberstellte, in gleicher Weise, wie der Gläubiger dem Schuldner einen procurator in rem suam gegenüberstellen konnte. Aber aus dem Vertrage, durch welchen Jemand die gegen den Schuldner begründete actio als procurator in rem suam übernahm, erwuchs nicht in gleicher Weise für ihn eine Verpflichtung dem Gläubiger gegenüber, wie aus der Bestellung eines procurator in rem suam durch den Gläubiger für den procurator ein R. (actio utilis) gegen den Schuldner erwuchs. Ebensowenig, wie durch das mandatum actionis, wurde durch eine in anderer Form gemachte Schuldübernahme eine utilis actio gegen den Uebernehmer begründet. L. 2 C. 4, 39. „Ratio iuris postulat, ut creditoribus hereditariis et legatariis seu fideicommissariis te convenire volentibus tu respondeas, et cum eo, cui hereditatem venumdedisti, tu experiaris suo ordine . . . Quamvis enim ea lege emerit, ut creditoribus hereditariis satisfaciat, excipere tamen actiones hereditarias invitus cogi non potest". Ebenso l. 26 C. 2, 3, l. 22 C. 8, 53 [54], l. 28 D. 39, 5, l. 72 pr. D. 23, 3. Natürlich blieb der Schuldner in gleicher Weise verhaftet, wie der Uebernehmer nicht verpflichtet wurde. S. übrigens auch l. 2 C. 2, 3. „Post venditionem hereditatis a te factam, si creditores contra emtores actiones suas movisse probare poteris, eosque eas spontanea voluntate suscepisse, exceptione taciti pacti non inutiliter deferenderis". Vgl. Delbrück S. 121—127, Windscheid Actio S. 204—208, Avenarius der Erbschaftskauf im r. R. S. 91 fg.

Digitized by Google

an die Stelle der vorhandenen Obligation eine neue gesetzt wird (Novation).

Weiter geht das heutige Recht. Das heutige Recht erkennt an, daß durch Vertrag an die Stelle des bisherigen Schuldners ein anderer Schuldner auch unter Aufrechterhaltung der Identität der Obligation gesetzt werden könne[3]. Dieser Vertrag kann von dem neu eintretenden Schuldner mit dem Gläubiger[3a] oder mit dem alten Schuldner abgeschlossen werden. Im letzten Fall bedarf er zu seiner Gültigkeit der Zustimmung des Gläubigers, in dessen Interessen durch die Schuldübernahme in ganz anderer Weise eingegriffen wird, als durch die Forderungsübertragung in die Interessen des Schuldners[4]. Diese Zustimmung kann ausdrücklich oder stillschweigend[5], sie kann

[3] Wenn der Wille der Parteien wirklich darauf gerichtet ist, daß die bestehende Obligation übergehen, nicht eine neue geschaffen werden solle, so ist nicht abzusehen, weßwegen diesem Willen nicht Folge gegeben werden dürfte. Ist die Obligation in ihrem juristischen Bestande von der Person dieses bestimmten Gläubigers unabhängig, so kann sie auch den Wechsel des Schuldners überdauern; die Person des Schuldners ist für den juristischen Bestand der Obligation nicht wesentlicher, als die Person des Gläubigers. Wenn die Römer den Wechsel der Person des Schuldners nur auf dem Wege der Novation für erreichbar hielten, so konnten doch auch sie sich der Ueberzeugung nicht verschließen, daß dadurch dem praktischen Bedürfniß nicht genügt sei. Beweis ist der von ihnen anerkannte Satz, daß auf die durch Novation erzeugte neue Obligation das Pfandr. der alten übertragen werden könne (I § 233b, 1), ein Bruch der Konsequenz von der schärfsten Art. — v. Salpius a. a. O., welcher dieses Letztere mit ungenügenden Gründen bestreitet (a. a. O. § 35), und in der Novation trotz dem, daß sie die Identität der Obligation zerstört, eine Succession sieht [ebenso Wendt (*)] (vgl. § 329 [10], § 353 [3b]), glaubt, daß die Novation allen Bedürfnissen des Verkehrs genüge. Aber jedenfalls macht dieselbe in Betreff der Pfandre einen neuen Vertrag nöthig, und die Concursprivilegien zerstört sie trotz alles Vorbehaltes (l. 29 D. 46, 2). Wie Salpius Danz (§ 353 [3b]).

[3a] Gewöhnlich denkt man an diesen Fall nicht oder wirft ihn mit dem Fall der Novation zusammen ([3 a. E.]). Aber s. Bruns in v. Holtz. Encycl. I § 65, Regelsberger Handb. S. 534, Unger Schuldübernahme S. 11. Zustimmung des Schuldners ist nicht erforderlich, wie sie auch nicht erforderlich ist, wenn der Schuldner durch Erfüllung eines Dritten befreit werden soll.

[4] Die Obligation erleidet durch den Wechsel des Schuldners, wenngleich keine Aenderung ihres juristischen Bestandes, doch möglicherweise eine bedeutende Aenderung ihres ökonomischen Werthes. Eine nicht realisirbare Forderung ist im ökonomischen Resultate gleich einer nicht existirenden. Vgl. übrigens auch Bruns a. a. O. § 65 z. A.

[5] Eine stillschweigende Zustimmung des Gläubigers liegt in jeder Behandlung des Uebernehmers als Schuldners, namentlich auch in der Erhebung der Klage gegen denselben, vgl. l. 3 C. 2, 3. Windscheid kr. Ueberschau S. 45, Gürgens S. 274 fg., Unger Schuldübernahme S. 13. Anders Sf. XXXV. 271 (Kündigung), XLV. 9 (RG.), RG. XIX S. 253.

Digitized by Google

gleichzeitig oder nachfolgend erklärt werden[6]. Ist die Zustimmung keine gleichzeitige, so bleibt jedenfalls der Uebernehmer bis zu der

[6] Das Verhältniß ist das gleiche, wie bei der Veräußerung einer fremden Sache, oder, was hier noch näher liegt, einer fremden Forderung. Die Veräußerung ist ungültig ohne Zustimmung des Berechtigten, wird aber gültig durch dessen hinterher ertheilte Genehmigung (I § 81, 3). Dieß ist die einfachste und natürlichste Construction der Schuldübernahme ohne gleichzeitige Mitwirkung des Gläubigers, wie sie vertreten wird von Gürgens, und wohl auch von Arndts und Rudorff, ferner von Unger Jahrb. f. Dogm. X S. 89 fg. Schuldübernahme S. 12 fg., Bruns in v. Holtzendorff's Encycl. I § 65, Regelsberger Bayer. Hypothekenr. S. 455 fg. [2. Aufl. S. 443 fg.] und a. a. O. [Derselbe Jahrb. f. Dogm. XXXIX S. 472 fg., dagegen Hellwig S. 169 fg.] Möglich ist die Construction des Verhältnisses auch auf Grundlage des Vertrags zu Gunsten eines Dritten (s. § 316 [15]); aber diese Construction ist umständlicher und beschwerlicher. Vertreten wird sie neuerlich von Danz in der § 353 [3b] citirten Schrift, wie es scheint auch von Dernburg II § 53. [Dagegen von Blume Novation u. s. w. bes. S. 137. 114 [6], Jahrb. f. Dogm. XXXIX S. 399 fg., Kipp a. a. O. S. 348 fg., s. auch Eck a. a. O. S. 298 fg.] Vgl. im Uebrigen über die verschiedenen hier aufgestellten Ansichten Delbrück S. 73 fg. (Windscheid kr. Ueberschau S. 32—35), auch Gürgens S. 235 fg., Menzel S. 581 fg. Delbrück selbst nimmt einen auf deutscher Rsanschauung und moderner Rsentwickelung beruhenden Rsatz an, kraft dessen die Schuld, als sachlicher Niederschlag der Obligation, wie eine Sache, aus einem Vermögen in das andere übertragen werden könne. S. dagegen Windscheid kr. Ueberschau S. 36—40, Kuntze § 77—79, Gürgens S. 250 fg. Kuntze schreibt der Schuldübernahme die Kraft zu, aus der Obligation des Schuldners in der Person des Uebernehmers ohne Weiteres eine Zweigobligation zu erzeugen. Vgl. darüber Windscheid S. 214. 180—181, Gürgens S. 258 fg. Bähr sieht in dem Schuldübernehmungsvertrag eine durch den Schuldner dem Gläubiger ertheilte Ermächtigung, seinen (des Schuldners) Anspruch gegen den Uebernehmer als sein Vertreter geltend zu machen, Zaun, wie Frühere, eine stillschweigende Cession. Alle diese Schriftsteller lassen aber neben dem Uebernehmer auch den Schuldner fortfahren zu haften, ebenso Dernburg II § 53 [6], während nach der hier vertretenen Construction der Schuldner dadurch ausscheidet, daß der Uebernehmer eintritt, vorausgesetzt natürlich, daß der Wille der Parteien hierauf gerichtet ist. Vgl. Unger Jahrb. f. Dogm. X S. 87 fg., Gareis Verträge zu Gunsten Dritter S. 289 fg. Menzel nimmt wirklichen Schuldübergang an, aber nur auf Grund eines zwischen dem Gläubiger und den beiden Schuldnerpersonen abgeschlossenen Vertrags. Was die Praxis angeht, s. die bei Busch a. a. O. unter den Nummern 1. 9. 10. 12. 17. 20. 24. 25. 28. 30. 35 angeführten Entscheidungen und die Citate § 316 [15]. RG. VII S. 131. Sf. XLIV. 14. Rnachfolge in eine Firma mit Uebernahme der Activa und Passiva: Sf. XXXIII. 146, XXXVI. 54 (RG. II S. 49). Ladenburg ZS. f. HR. XXX S. 90 fg. [Ueber die Praxis s. auch Kipp a. a. O. S. 336 fg.] Saleilles a. a. O. S. 145: ob durch die Acceptation des Gläubigers der alte Schuldner frei wird, ist Sache der Interpretation; durch die Schuldübernahme als solcher wird er nicht frei. [Nach v. Blume Novation u. s. w. kann die den alten Schuldner befreiende Schuldübertragung nur auf einen Vertrag zwischen Gläubiger und Neu-Schuldner gestellt werden, einen Vertrag, auf welchen der etwa vorangegangene Schuldübernahmevertrag zwischen Schuldner

Digitized by Google

vom Gläubiger getroffenen Entscheidung gebunden[7]. Es ist aber, wenn der Gläubiger zu der Verhandlung zwischen dem Schuldner und dem Uebernehmer nicht zugezogen wird, zuzusehen, ob der Uebernehmer wirklich die Schuld auch dem Gläubiger gegenüber hat übernehmen wollen, und ob nicht vielmehr der Sinn seiner Erklärung nur der war, daß er sich dem Schuldner gegenüber anheischig mache, denselben gegen die Forderung des Gläubigers zu schützen[8]. Eine obligatorische Gebundenheit des Uebernehmers ergibt sich übrigens auch aus der eigentlichen Schuldübernahme, wenn der Gläubiger seine Zustimmung zu derselben verweigert[9].

---

und Schuldübernehmer juristisch ohne Einfluß ist. Die Offerte zu dem Vertrage zwischen dem Neuschuldner und dem Gläubiger kann nur von dem Neuschuldner ausgehen (S. 118. 100 fg. 110). Nach der von Kipp (a. a. O. S. 352 fg.) vertretenen Auffassung verabreden der bisherige Schuldner und der Uebernehmer, daß dem Gläubiger der Schuldnertausch angeboten werden soll; auf Grund dieser Verabredung kann jeder der Vertragschließenden dem Gläubiger den Beitritt zu dem geschlossenen Vertrage anbieten, und durch Annahme dieses Angebots wird der bisherige Schuldner frei, der Uebernehmer tritt an seine Stelle. Daneben besteht aber auch die Möglichkeit, daß der Uebernehmer durch einen Vertrag zwischen ihm und dem Gläubiger, welcher von dem zwischen dem Uebernehmer und dem bisherigen Schuldner geschlossen war, unabhängig ist, den bisherigen Schuldner befreit und sich bindet. v. Blume Jahrb. f. Dogm. XXXIX S. 416 fg., s. auch S. 413 fg., gibt jetzt zu, daß der Antrag zu dem Vertrage mit dem Gläubiger sowohl von dem Schuldübernehmer wie von dem bisherigen Schuldner (als Bevollmächtigten des Schuldübernehmers) ausgehen kann (s. auch Hellwig S. 160 fg.), bleibt aber dabei, daß dieser Vertrag nothwendig unabhängig von dem zwischen Schuldner und Schuldübernehmer geschlossenen sein muß, ein Beitritt des Gläubigers zu dem letzteren Vertrage unmöglich ist. In letzterer Beziehung übereinstimmend Regelsberger Jahrb. f. Dogm. XXXIX S. 468. Wie es scheint, gegen die Möglichkeit des dreiseitigen Vertrages auch Hellwig S. 161 fg. [325]. Ist die Absicht des Vertrages zwischen Schuldner und Uebernehmer, daß der letztere den ersteren nicht ersetzen, sondern als Schuldner neben ihn treten soll, so kann der Vertrag ein echter Vertrag zu Gunsten Dritter sein (s. Kipp a. a. O. S. 355 fg., Eck a. a. O. S. 294 fg.]

[7] Wie der Veräußerer einer fremden Sache deßwegen nicht weniger gebunden ist, weil der Eigenthümer seine Zustimmung zur Veräußerung noch nicht gegeben hat. Vgl. Unger Schuldübernahme [40]. — Wird vor ertheilter Zustimmung des Gläubigers die Schuld weiter übernommen, so ist auch der fernere Schuldübernehmer gebunden. Gürgens S. 306 fg.

[8] Vgl. Windscheid Actio S. 211, auch Regelsberger ZS. f. HR. XIV S. 27—31. Handb. S. 532. Sf. XX. 27.

[9] Jedenfalls ist der Uebernehmer dem Schuldner gegenüber verpflichtet, den Effect, welcher in Folge seiner Erklärung eintreten soll, und welcher in Folge des Mangels der Zustimmung des Gläubigers nicht eintritt, durch seine Thätigkeit, soweit er vermag, herbeizuführen. Vgl. Menzel S. 660 fg. Unger Schuldübernahme S. 12 zu [41].

Digitized by Google

Wie durch Vertrag der Parteien, so kann nach heutigem Recht auch durch letztwillige und durch richterliche Verfügung eine Schuldüberweisung erfolgen. Zustimmung des Gläubigers ist natürlich auch hier erforderlich [10].

[Das BGB. bezeichnet als Schuldübernahme nur denjenigen Fall der Schuldübernahme im weiteren Sinne, in welchem es darauf abgesehen ist, durch Singularnachfolge einen andern Schuldner an die Stelle des bisherigen zu setzen, so daß also der bisherige Schuldner ausscheidet, die s. g. translative, privative, befreiende Schuldübernahme. (Das BGB. steht aber in einem dieses Ziel verfolgenden Vertrage zwischen Schuldner und Schuldübernehmer die Erfüllungsübernahme (s. unt.) im Zweifel als enthalten an.)

Davon zu unterscheiden ist ein Vertrag, welcher bezielt, einen zweiten Schuldner neben den ersten zu stellen, so daß also dieser forthaftet, die accessorische cumulative, bestärkende Schuldübernahme.

Von beiden vorigen Fällen ist zu trennen ein Vertrag, durch welchen sich der Versprechende dem Versprechensempfänger verpflichtet, einen Gläubiger des Versprechensempfängers zu befriedigen, ohne die Haftung dem Gläubiger gegenüber zu übernehmen, die Erfüllungsübernahme, interne Schuldübernahme.

Hiervon wieder ist verschieden ein Vertrag, in welchem sich der Versprechende dem Versprechensempfänger verpflichtet, einem Dritten eine Leistung zu machen, deren Zweck die Tilgung einer Verbindlichkeit des Versprechensempfängers gegenüber dem Dritten sein soll, der Vertrag auf Leistung an den Drittgläubiger (Hellwig S. 193 fg.).

1. Die Schuldübernahme des BGB. kann wie die des gemeinen Rechts (s. [2a]) zwischen dem Gläubiger und dem Schuldübernehmer verabredet werden, auch ohne Zustimmung des bisherigen Schuldners (414; vgl. 267. — v. Blume Jahrb. f. Dogm. XXXIX S. 394 fg., Regelsberger das. S. 468 fg., Hellwig S. 159 fg.) Der Vertrag ist formlos, s. Hellwig S. 175.

2. Sie kann aber auch zwischen dem bisherigen Schuldner und dem Uebernehmer vereinbart werden.

a. Für diesen Fall bestimmt das BGB., daß die Wirksamkeit der Schuldübernahme von der Genehmigung des Gläubigers abhängt (415 Abs. 1 S. 1).

---

[10] Letztwillige Verfügung: der Schuldner weist seine Schuld einem Vermächtnißnehmer oder einem seiner mehreren Erben ausschließlich zu. Soweit ein Erblasser zu Lasten einer Person eine neue Verbindlichkeit begründen kann, kann er sie auch mit einer bestehenden Verbindlichkeit belasten. Auch hier aber ist zuzusehen, ob der Erblasser nicht eine Verpflichtung des Belasteten bloß dem Schuldner gegenüber begründen will. Nach r. R. war diese Verpflichtung der einzig mögliche Effect einer solchen Verfügung. Vgl. l. 20 § 3. 5. 8 D. 10, 2, l. 69 § 2 D. 30, l. 34 § 3 D. 32, l. 7 § 3 D. 34, 3. — Richterliche Verfügung: der Wille desjenigen, welcher Schuldner werden soll, wird durch die richterliche Verfügung in derselben Weise ersetzt, wie bei der Forderungsüberweisung der Wille des bisherigen Gläubigers. Was das r. R. angeht, vgl. l. 3 D. 10, 2.

Digitized by Google

Das BGB. hat sich damit der von Windscheid (zu [4] fg.) vertretenen Construction angeschlossen. Dagegen spricht sich aus v. Blume S. 400 fg. 415 fg., gegen diesen Regelsberger S. 472 fg., hinwiederum v. Blume Jahrb. f. Dogm. XL S. 112 fg. Für Regelsberger: Oertmann ABR. XV S. 455. Auch Hellwig S. 159 fg. erkennt nicht an, daß der wahre Sinn des BGB. jener Construction entspreche, sondern glaubt nachweisen zu können, daß die richtige Construction der praktischen Sätze des BGB. die ist, es werde die Schuldübernahme immer nur durch Vertrag zwischen dem Schuldübernehmer und dem Gläubiger zu Stande gebracht. In der Mittheilung von der Schuldübernahme durch einen Vertragschließenden, welche das Gesetz als Voraussetzung der Genehmigung des Gläubigers aufstellt (415 Abs. 1 S. 2), sieht Hellwig einen Vertragsantrag, welcher von dem Uebernehmer oder (kraft der in dem Vertrage zwischen Schuldner und Schuldübernehmer von letzterem dem ersteren ertheilten Ermächtigung) auch vom Schuldner ausgehen könne, in der Genehmigung die Annahme dieses Antrages. M. E. wäre es zwar besser gewesen, wenn das BGB. diese letztere Construction angenommen hätte, aber es läßt sich, wie das Gesetz nun einmal ist, doch nicht behaupten, daß es dieß gethan habe. Die Genehmigung des § 415 will verstanden werden als eine Erklärung der nachträglichen Zustimmung im Sinne der §§ 182 fg., ausgestattet mit rückwirkender Kraft (184). Sie führt gleichzeitig den Austritt des alten und den Eintritt des neuen Schuldners herbei; sie schneidet den Vertragschließenden die bis zur Genehmigung obwaltende Möglichkeit ab, ihren Vertrag zu ändern oder aufzuheben (415 Abs. 1 S. 3). Aus diesem praktischen Grunde soll sie wirksam nur erfolgen können, nachdem einer der Vertragschließenden dem Gläubiger die Schuldübernahme mitgetheilt hat (415 Abs. 1 S. 2), und es läßt sich nicht leugnen, daß diese Mittheilung einer Offerte an den Gläubiger sehr nahe steht. Gleichwohl ist sie davon verschieden; die Mittheilung eröffnet im Sinne des BGB. die Möglichkeit einseitiger Genehmigungserklärung des Gläubigers, nicht die Möglichkeit einer Acceptation. Wäre sie ein Vertragsantrag, so könnte sie unter Anwesenden nur sofort angenommen werden (147 Abs. 1), unter Abwesenden nur bis zu dem Zeitpunkte, bis zu welchem der Antragende unter regelmäßigen Umständen den Eingang der Antwort erwarten darf (147 Abs. 2), andernfalls würde der Antrag erlöschen (146) und nicht mehr angenommen werden können. Dieß ist auch die Meinung von Hellwig S. 166; allein m. E. im Widerspruch mit dem Gesetz. Nach dem BGB. ist die Möglichkeit der Genehmigung an und für sich zeitlich unbeschränkt, und es hat nur jeder der Vertragschließenden es in der Hand, durch eine Fristsetzung sie zeitlich zu beschränken.

Es kann nämlich der Schuldner wie der Uebernehmer den Gläubiger unter Bestimmung einer Frist zur Erklärung über die Genehmigung auffordern mit der Wirkung, daß die Genehmigung nur bis zum Ablauf der Frist erklärt werden kann und bei fruchtlosem Verlauf der Frist als verweigert gilt (415 Abs. 2 S. 2). Die Frist ist willkürlich von demjenigen zu bemessen, der sie setzt; dieß theilt sie allerdings mit der Frist, welche bei einem Vertragsantrag gesetzt werden kann (148). Aber der Unterschied ist, daß dort, wenn keine Frist von dem Antragenden gesetzt ist, die Möglichkeit der Annahme binnen kurzer Zeit nach den gesetzlichen Regeln erlischt, während das für die hier fragliche Genehmigung nicht gilt.

Digitized by Google

Wenn beide Vertragschließenden dem Gläubiger verschiedene Fristen setzen, so muß der Ablauf der kürzeren entscheiden (Planck zu § 415, 3 Abs. 2); vorzuschreiben, daß die Frist eine angemessene sein müsse, war hier kein Bedürfniß. Der Gläubiger hat einerseits kein Anrecht auf den Schuldnertausch, und andererseits haben normaler Weise die Vertragschließenden ein genügendes eigenes Interesse, die Wirksamkeit der Schuldübernahme nicht eben dadurch zu gefährden, daß sie dem Gläubiger eine zu kurze Ueberlegungsfrist bestimmen. Höchstens könnte der Uebernehmer den Wunsch hegen, die Schuldübernahme wirkungslos werden zu lassen; allein er würde damit sachlich nichts erreichen, weil er nach verweigerter Genehmigung dem Schuldner gegenüber zur Befriedigung des Gläubigers verpflichtet bleibt (415 Abs. 2 S. 3). Die Genehmigung kann jedem der Vertragschließenden gegenüber erklärt und verweigert werden (182 Abs. 1), und hieran ändert es auch nichts, daß ein Theil den Gläubiger zur Erklärung aufgefordert hat (Planck zu § 415, 3).

Die Mittheilung des § 415 hat auch nicht die verbindliche Kraft des Vertragsantrages (145). Denn den Vertragschließenden ist das Recht beigelegt, ihren Vertrag bis zur Genehmigung, d. h. bis dieselbe einem von ihnen zugegangen ist (130), aufzuheben oder zu ändern. Durch die Mittheilung von der Schuldübernahme und selbst durch die Fristsetzung wird dieses ihr Recht noch nicht beeinträchtigt. Sie können also nach Erlaß der Mittheilung zweifellos auch innerhalb derjenigen Zeit, innerhalb deren ein einmal erlassener Vertragsantrag verbindlich wäre, durch Aenderung oder Aufhebung ihres Vertrages der Genehmigung zuvorkommen. Erwirbt aber danach der Gläubiger durch die Mittheilung keinerlei unentziehbares Recht auf die Genehmigung, so wird man auch davor nicht zurückzuschrecken haben, daß derjenige, welcher die Mittheilung erlassen hat, sie zurücknehmen kann, auch ohne daß zuvor eine Aenderung oder Aufhebung des Vertrages stattgefunden hat. Er kann hieran ein Interesse haben, um Zeit zu Verhandlungen mit seinem Mitcontrahenten über Aenderung oder Aufhebung des Vertrages zu gewinnen, und ein überwiegendes Interesse des Gläubigers daran, daß ihm das Genehmigungsrecht verbleibe, wird sich nicht behaupten lassen. Daß an sich Anzeigen, Mittheilungen von rechtsgeschäftlichem Werth auch ohne Zustimmung des Gegeninteressenten der Zurücknahme unterstehen können, zeigen besondere Vorschriften wie die der §§ 409 Abs. 2. 576 Abs. 2.

Allerdings muß bei allem Vorstehenden beachtet werden, daß die Mittheilung von der Schuldübernahme, wenn sie von dem Uebernehmer ausgeht, möglicher Weise zugleich den Sinn hat, daß dem Gläubiger der Abschluß eines Uebernahmevertrages zwischen ihm und dem Uebernehmer angetragen wird. Dieser Antrag untersteht allen Sätzen vom Vertragsantrag überhaupt. Daß auf diesem „Umwege" (zum Theil wenigstens) dieselben praktischen Ergebnisse zu erreichen sind, wie wenn man die Construction des Gesetzes ganz bei Seite schiebt, erkennt auch Hellwig S. 167 fg. an.

b. Das Gesetz, welches unter Genehmigung nur die nachträgliche Zustimmung versteht (184), gedenkt nicht der Möglichkeit, daß die Zustimmung des Gläubigers zu dem Vertrage zwischen Schuldner und Uebernehmer auch eine vorgängige oder gleichzeitige sein könne. Es wird aber mit Planck zu § 415, 1 Abs. 2 diese Möglichkeit gleichwohl anzuerkennen sein.

Digitized by Google

c. In der zwischen dem Schuldner und einem Dritten vereinbarten Schuldübernahme sieht das Gesetz, wie bemerkt, im Zweifel die Erfüllungsübernahme als enthalten an. Weil somit der Vertrag ein Verpflichtungsvertrag ist, bedarf er auch der Form, deren ein Verpflichtungsvertrag in gewissen Fällen bedarf; s. Hellwig S. 174 fg. Dieser Wirkung des Vertrages bedarf es aber nicht mehr, wenn die Genehmigung durch den Gläubiger ertheilt ist; denn dann ist der bisherige Schuldner befreit (415 Abs. 3 S. 1). Der Vertrag wirkt also als Erfüllungsübernahme nur, so lange fraglich ist, ob die Genehmigung des Gläubigers erfolgen wird, und, wenn die Genehmigung verweigert ist oder als verweigert gilt (415 Abs. 3 S. 1. 2).

3. Die bestärkende Schuldübernahme besteht darin, daß der Uebernehmer dem Gläubiger gegenüber neben dem bisherigen Schuldner verpflichtet wird. Es besteht dabei an sich die Möglichkeit, daß der Uebernehmer einfacher Bürge, oder daß er selbstschuldiger Bürge oder daß er Gesammtschuldner neben dem Urschuldner werden soll. Es wird aber mit Stammler Schuldverhältnisse S. 217, Planck vor § 414, 2, Hellwig S. 176 fg. im Zweifel anzunehmen sein, daß der Eintritt als Gesammtschuldner gewollt ist. Ein solcher Vertrag kann zwischen dem Gläubiger und dem Eintretenden geschlossen werden. Es besteht aber auch die Möglichkeit, daß der Urschuldner und der Neueintretende ihn als Vertrag zu Gunsten des Gläubigers schließen.

4. In der Erfüllungsübernahme sieht Hellwig S. 189 fg. mit Recht einen Vertrag, durch welchen sich der Uebernehmer verpflichtet, den Schuldner zu befreien, sei es auf dem Wege der Erfüllung der Verbindlichkeit, sei es auf einem anderen möglichen Wege; insbesondere kann daher auch der Uebernehmer seiner Verpflichtung dadurch genügen, daß er einen Schuldübernahmevertrag gemäß § 414 mit dem Gläubiger schließt. Sehr richtig ist auch die Bemerkung Hellwigs S. 192 fg., daß bei einer Erfüllungsübernahme in diesem Sinne nicht nur im Zweifel der Gläubiger keine Rechte erlangt (329), sondern daß ihm das Recht, dasselbe zu fordern, wie der Versprechensempfänger (nämlich dessen „Befreiung") verständiger Weise gar nicht beigelegt werden kann, sondern nur ein Recht, das ihm Geschuldete von dem Versprechenden zu fordern. Ist letzteres gewollt, so kann eine (translative) Schuldübernahme beabsichtigt sein, so daß der Gläubiger durch seine Genehmigung das Recht gegen den Versprechenden erwirbt und hierdurch gleichzeitig die Befreiung des alten Schuldners herbeigeführt, also der Versprechende diesem gegenüber entlastet wird. Es kann aber auch die Absicht sein, mit der Erfüllungsübernahme eine bestärkende Schuldübernahme im Sinne des Vertrages zu Gunsten des Gläubigers zu verbinden. In diesem Falle hat im Zweifel gemäß § 335 der Versprechensempfänger (Schuldner) dasselbe zu fordern wie der Dritte (Gläubiger). Sein Recht auf Befreiung wird dann zum Recht auf Leistung an den Gläubiger. Nach § 334 ist der Gläubiger allen Einwendungen aus dem Vertrage ausgesetzt, zugleich aber, da der Versprechende nur in die Schuld eingetreten ist wie sie liegt, allen Einwendungen aus dem Schuldverhältniß selbst. Es liegt dann diejenige Art des Vertrages auf Leistung an den Drittgläubiger im Sinne Hellwigs (S. 197 fg.) vor, bei welcher dem Versprechenden die Einwendungen aus dem Schuldverhältniß vorbehalten werden.

Digitized by Google

5. Der Vertrag auf Leistung an den Drittgläubiger (Hellwig S. 193 fg. 201 fg.) geht dahin, daß der Versprechende einem Dritten eine Leistung machen solle zum Zwecke der Tilgung einer Verbindlichkeit, welche dem Versprechensempfänger (vorausgesetzter Maßen) dem Dritten gegenüber obliegt. Auf diese Leistung erwirbt der Drittgläubiger ein eigenes Recht gegen den Versprechenden, wenn die Vertragsschließenden es wollen, und es ist Hellwig S. 195 fg. 201 zuzugeben, daß diese Absicht im Zweifel anzunehmen sein wird, wenn dem Versprechenden kund gethan ist, daß der Zweck der Leistung an den Dritten die Befreiung des Versprechensempfängers von seiner Verbindlichkeit dem Dritten gegenüber sei. Der Unterschied dieses Vertrages von der Erfüllungsübernahme besteht darin, daß hier der Versprechende zur Leistung schlechtweg an den Gläubiger verpflichtet ist und seine Verpflichtung durch Herbeiführung anderweitiger Befreiung des Versprechensempfängers nicht genügt (Hellwig S. 194. 201). Ist der Gläubiger aus dem Vertrage berechtigt, so hat er ein Recht auf die Leistung schlechthin, auch wenn seine angebliche Forderung an den Versprechensempfänger nicht besteht, und ob er die Leistung indebite empfängt, hat er mit dem Versprechensempfänger auszumachen. Andererseits ist der Gläubiger gemäß § 334 allen Einwendungen aus dem Vertrage zwischen dem Versprechenden und dem Versprechensempfänger ausgesetzt (Hellwig S. 197 fg.). Es können aber dem Versprechenden die Einwendungen aus dem Verhältniß des Versprechensempfängers zu dem Gläubiger vorbehalten werden (Hellwig S. 197 fg.) und dann liegt m. E. der unter 4 a. E. besprochene Fall vor.

6. Welche von den danach bei einem Vertrage zwischen Schuldner und Uebernehmer (im weitesten Sinne) in Betracht kommenden Möglichkeiten im einzelnen Falle Wirklichkeit ist, kann nur die Auslegung des Parteiwillens feststellen (vgl. über die Auslegungsfragen v. Blume Jahrb. f. Dogm. XXXIX S. 426 fg., Regelsberger das. S. 466 fg., v. Blume Jahrb. f. Dogm. XL S. 110 fg., Hellwig bes. S. 202 fg.). Hellwig zeigt insbesondere, daß der Vertrag auf Leistung an den Drittgläubiger in vielen Fällen näher liegt, als die Erfüllungsübernahme (S. 203 fg.). Liegt diese vor, so ist im Zweifel nicht anzunehmen, daß der Gläubiger Rechte erwerben soll (329) und, soll er sie erwerben, so ist eher für cumulative als für translative Schuldübernahme zu entscheiden (Stammler Schuldverhältnisse S. 207, Hellwig S. 179. 185 fg.).

7. Für den Fall, daß bei der Veräußerung eines Grundstücks der Erwerber durch Vertrag mit dem Veräußerer eine Schuld des Letzteren übernimmt, für welche eine Hypothek an dem Grundstück besteht, gibt § 416 einige Sonderbestimmungen. (S. dazu v. Blume S. 419 fg., Regelsberger S. 483 fg., Hellwig S. 413 fg.) Der Gläubiger kann die Schuldübernahme nur genehmigen, wenn der Veräußerer ihm dieselbe mitgetheilt hat. Sind seit dem Empfange der Mittheilung sechs Monate verstrichen, so gilt die Genehmigung als ertheilt, wenn sie nicht vorher dem Veräußerer gegenüber verweigert ist. Die Setzung einer Frist durch einen der Vertragschließenden (mit dem umgekehrten Präjudiz, daß die Genehmigung nach Ablauf der Frist als verweigert gilt), findet keine Anwendung. Diese an das preußische Recht (Ges. v. 5/5 1872 § 41) angelehnte Bestimmung ist im Interesse des Veräußerers zur Erleichterung des Immobilienverkehrs getroffen (Prot. d. II. Comm. S. 833). Der Erwerber

Digitized by Google

kann von dem Veräußerer den Erlaß der Mittheilung verlangen (416 Abs. 3 S. 1); aber er kann die Mittheilung nicht wirksam selbst ergehen lassen. Man hat nothwendig gefunden, damit der Veräußerer die Rechtslage klar übersehen könne, die Sache ausschließlich in seine Hand zu legen (Prot. d. II. Comm. S. 834. 835). Indessen ist dieser Gedanke nicht nach allen Richtungen durchgeführt. Denn während die Verweigerung der Genehmigung innerhalb der sechs Monate wirksam nur dem Veräußerer gegenüber erfolgen kann, bleibt es bei der Regel des § 182 insoweit, daß die Genehmigung sowohl dem Erwerber wie dem Veräußerer gegenüber ertheilt werden kann.

Die Mittheilung der Schuldübernahme durch den Veräußerer kann nach § 416 Abs. 2 erst erfolgen, wenn der Erwerber als Eigenthümer im Grundbuch eingetragen ist; sie muß schriftlich erfolgen und den Hinweis auf die Folge der Versäumniß der sechsmonatigen Frist enthalten (416 Abs. 2). Es wird aber anzunehmen sein, daß bei Nichtbeobachtung dieser Vorschriften nur die sechsmonatige Frist nicht in Lauf tritt, die Genehmigung also nicht in Folge von Versäumniß als ertheilt gelten kann. Die wirklich ertheilte Genehmigung des Gläubigers wird wirksam sein, wenn sie nur überhaupt in einer Mittheilung des Veräußerers ihre Grundlage findet; und selbst diesem Satz gegenüber ist nicht zu übersehen, daß der Uebernehmer immer in der Lage ist, unabhängig von den Voraussetzungen des § 416 einen Schuldübernahmevertrag mit dem Gläubiger gemäß § 414 zu schließen (S. auch Hellwig S. 168). — Benachrichtigungspflicht des Veräußerers s. 416 Abs. 3 S. 2.

8. Wenn Jemand durch Vertrag das Vermögen eines andern (entgeltlich oder unentgeltlich) übernimmt, so haftet er kraft absoluter Vorschrift (419 Abs. 3) vom Abschluß des Vertrages an auch für die Schulden des Veräußerers und zwar als Gesammtschuldner neben dem Veräußerer (419 Abs. 1). S. Hellwig S. 390 fg. Die Haftung des Uebernehmers beschränkt sich aber auf den Bestand des übernommenen Vermögens und die Ansprüche, welche dem Uebernehmer aus dem Vertrage gegen den Veräußerer zustehen. Der Uebernehmer braucht nur diese Gegenstände den Gläubigern zum Zwecke der Zwangsvollstreckung zur Verfügung zu stellen (419 Abs. 2. 1990. 1991).

9. Ueber die Haftung des Erwerbers eines Handelsgeschäfts für die Geschäftsschulden s. HGB. 25—27; dazu Hellwig S. 399 fg.

10. Die Möglichkeit einer Verurtheilung zur Schuldübernahme mit der Wirkung, daß die Willenserklärung des Uebernehmers durch das rechtskräftige Urtheil ersetzt wird, besteht fort (CPO 894).

11. In Bezug auf die Frage, welche Wirkung es hat, wenn ein Erblasser seine eigene Schuld einem seiner Erben allein auferlegt (s. [10]), ist vor allem zu beachten, daß nach BGB. grundsätzlich mehrere Erben als Gesammtschuldner haften. Unzweifelhaft kann der Erblasser seine Schuld einem seiner mehreren Erben mit der Wirkung allein auferlegen, daß im Verhältniß der Erben unter einander die Schuld nur diesem Erben zur Last fällt (s. auch 2324). Was des Näheren die Bedeutung einer solchen Verfügung ist, hängt von den Umständen ab. Sie kann eine Anordnung über die Erbtheilung sein (2048), aber auch auf ein Vorausvermächtniß für die andern Miterben hinauslaufen; sie kann auch im Zusammenhang mit einem Vorausvermächtnisse zu Gunsten dessen stehen, dem die

Digitized by Google

Schuld auferlegt wird (z. B. Vorausvermächtniß eines Grundstücks mit Auferlegung der hypothekarischen Schulden). In gewissen Grenzen gilt bei dem Vermächtniß, also auch dem Vorausvermächtniß eines hypothekarisch belasteten Grundstücks die Vermuthung, daß der Vermächtnißnehmer den (übrigen) Erben gegenüber zur Befriedigung des Gläubigers verpflichtet sein soll (2166). Der Gläubiger aber kann aus dieser Vermuthung für sich keine Rechte gegen den Belasteten herleiten, und auch, wenn ausdrücklich eine Schuld einem Erben allein auferlegt wird, gewährt dieß dem Gläubiger Rechte nur dann, wenn die Verfügung von dem Erblasser in dieser Absicht getroffen, ein legatum debiti ist, ein Institut, das das BGB. zwar nicht erwähnt, dessen Möglichkeit aber nicht bezweifelt werden kann (s. Mot. V S. 151 fg.). Liegt ein solches legatum debiti vor, so kann der Gläubiger von dem Beschwerten die Erfüllung der Verbindlichkeit als eines ihm allein auferlegten Vermächtnisses ganz fordern, auch dann, wenn die Voraussetzungen gegeben sind, unter denen eine gemeinschaftliche Nachlaßverbindlichkeit sich nach Erbtheilen theilt (2058. 2060. 2061). Dem Gläubiger seine Rechte gegen die übrigen Erben nehmen, kann der Erblasser natürlich nicht ohne Zustimmung des Gläubigers. Ob für diese Zustimmung die Analogie des § 415 heranzuziehen ist, dürfte sehr zweifelhaft, vielmehr richtiger anzunehmen sein, daß das Vermächtniß zu Gunsten des Gläubigers mit dem Vermächtniß belastet ist, daß er (durch Vertrag) die andern Schuldner zu entlassen habe, oder daß das Vermächtniß zu Gunsten des Gläubigers unter einer entsprechenden Bedingung steht. Die Entlassung der Uebrigen kann aber dann auch zwischen dem Vermächtnißbeschwerten und dem Gläubiger vereinbart werden (vgl. 267).

Einem Vermächtnißnehmer kann der Erblasser die Abtragung einer Nachlaßverbindlichkeit ebenfalls mit Wirkung zu Gunsten der Erben auferlegen (s. auch 2166); er kann auch den Vermächtnißnehmer mit einem legatum debiti zu Gunsten des Gläubigers belasten; besteht aber die Absicht, daß der beschwerte Vermächtnißnehmer die Erben als Schuldner ersetzen soll, so kann deren Befreiung wiederum nur mit Zustimmung des Gläubigers herbeigeführt werden und es gilt darüber Entsprechendes wie soeben bemerkt.

In analoger Weise kann der Erblasser auch ein Vermächtniß des Inhalts errichten, daß der Beschwerte die Schuld eines Dritten abzutragen habe, entweder als Vermächtniß zu Gunsten des Schuldners oder als solches zu Gunsten des Gläubigers; auch hier aber ist, wenn der Gläubiger dafür den bisherigen Schuldner einbüßen soll, seine Zustimmung unerläßlich, über welche auch hier das oben Gesagte gelten wird.]

§ 339.

Die Schuld geht auf den neuen Erwerber über, wie sie beim alten Schuldner war. Sie geht also über mit ihren Einreden; ausgenommen sind bloß diejenigen, welche sich nur auf diese bestimmte Schuldnerperson, nicht auf die Schuld als solche beziehen[1]. Ebenso

§ 339. [1] Vgl. § 332, 1 und l. 7 pr. D. 44, 1. „Exceptiones quae personae cuiusque cohaerent, non transeunt ad alios, veluti quam socius habet ex-

Digitized by Google

geht die Schuld auf den Erwerber über mit ihren Vorzügen, namentlich mit ihren Nebenrechten[2]. Jedoch ist, wenn ein Dritter sich für die Schuld verbürgt oder für dieselbe ein Pfand bestellt hat, zuzusehen, ob derselbe nicht die Absicht gehabt hat, nur für diese bestimmte Schuldnerperson Sicherheit zu gewähren; im Zweifel wird dieß allerdings anzunehmen sein[3]. — Gründe der Anfechtbarkeit aus dem Verhältniß zwischen Schuldner und Schuldübernehmer wirken gegen den Gläubiger nicht[4].

[1. Nach §§§. kann im Falle der (translativen) Schuldübernahme der Uebernehmer dem Gläubiger alle Einreden und sonstigen Einwendungen entgegen setzen, welche sich aus dem Rechtsverhältniß zwischen dem Gläubiger und dem bisherigen Schuldner ergeben (417 Abs. 1 S. 1). Er kann aber nicht eine dem bisherigen Schuldner zustehende Gegenforderung aufrechnen (417 Abs. 1 S. 2). Hierin liegt keine Ausnahme von dem vorigen Satze; denn das Aufrechnungsrecht ist nicht Einrede. Sachlich ist der Ausschluß der Aufrechnung begründet; denn der Sinn der Schuldübernahme ist, daß der Uebernehmer die Schuld aus eigenen Mitteln decken soll. Selbstverständlich ist, daß der Uebernehmer durch Vertrag mit dem Gläubiger oder in dem (von dem Gläubiger genehmigten) Vertrage mit dem bisherigen Schuldner auf Einwendungen verzichten kann.

---

ceptionem quod facere possit, vel parens patronusve, non competit fideiussori . . . " Delbrück S. 108 fg., Gürgens S. 299 fg. — Die Auffassung Bähr's (§ 338 [6]) führt zu der Consequenz, daß der Schuldübernehmer keine Einrede entgegensetzen kann, welche dem Schuldner gegen den Gläubiger, dagegen alle, welche ihm selbst gegen den Schuldner aus dem Uebernehmungsvertrag zustehen. Bähr Jahrb. S. 176. Arch. S. 189 fg. Es versteht sich von selbst, daß nach der hier vertretenen Ansicht der Gläubiger von diesen letzteren Einreden ganz unberührt bleibt. [Vgl. v. Blume Novation u. s. w. S. 100 fg., Kipp a. a. O. S. 358 fg., v. Blume Jahrb. f. Dogm. XXXIX S. 417 fg. Auch für den Fall der cumulativen Schuldübernahme gibt Eck a. a. O. S. 300 dem Uebernehmer im Zweifel die Einreden aus seinem Verhältniß zum ersten Schuldner dann nicht, wenn ein echter Vertrag zu Gunsten Dritter vorliegt. Dagegen Kipp a. a. O. S. 361.]

[2] Gürgens S. 289 fg. Der Gläubiger behält also dem neuen Schuldner gegenüber dasselbe Pfandr., welches er dem alten Schuldner gegenüber hatte, ohne daß darüber eine besondere Beredung nöthig wäre. Ebenso behält der Gläubiger ein ihm zustehendes Concursprivilegium.

[3] Bürgschaft und Verpfändung für einen Andern haben regelmäßig die Natur eines Dienstes, welcher gerade dieser bestimmten Person erwiesen wird, mit Rücksicht auf das zwischen ihr und dem Bürgen ꝛc. bestehende Verhältniß und mit Rücksicht auf ihre ökonomische Lage.

[4] Die Schuldübernahme ist keine Leistung an den Gläubiger, sondern eine Leistung an den Schuldner in der Person des Gläubigers. Vgl. § 355, 2. b, § 412 [10] und Delbrück S. 48, Gürgens S. 280 fg. Ausgenommen natürlich die Anfechtungsgründe, welche ihrer Natur nach auch gegen Dritte wirken, wie der Zwang.

Digitized by Google

2. Einwendungen aus dem der Schuldübernahme zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse zwischen dem Uebernehmer und dem bisherigen Schuldner kann der Uebernehmer dem Gläubiger gegenüber nicht geltend machen (417 Abs. 2). Dieß ist sachlich berechtigt, weil der Gläubiger das von ihm zu leistende Entgelt die Entlassung des alten Schuldners, für die Gewinnung des neuen entrichtet hat, gleichviel ob der Schuldübernahmevertrag zwischen ihm und dem Uebernehmer geschlossen wurde, oder ob er den zwischen dem Schuldner und dem Uebernehmer geschlossenen Vertrag genehmigt hat. Selbstverständlich können die hiernach ausgeschlossenen Einwendungen vertragsmäßig vorbehalten werden, sowohl im Vertrage des Uebernehmers mit dem Gläubiger, wie in dem vom Gläubiger genehmigten Vertrage zwischen dem Schuldner und dem Uebernehmer.

3. Etwas anderes als Einwendungen aus dem Verhältniß zwischen Schuldner und Uebernehmer ist die Geltendmachung der Nichtigkeit und Anfechtbarkeit des Uebernahmevertrages.

a. Ist der Schuldübernahmevertrag zwischen dem Uebernehmer und dem Gläubiger geschlossen, so kommt es nur auf die Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit dieses Vertrages nach den gewöhnlichen Regeln an; unerheblich ist Gültigkeit oder Ungültigkeit eines vorangegangenen Vertrages zwischen Schuldner und Schuldübernehmer, welcher dem Uebernehmer die Veranlassung zu dem Vertrage mit dem Gläubiger gegeben hat (S. Hellwig S. 170 fg.). Wenn der Schuldner durch Betrug den Gläubiger bestimmt hat, sich auf die Schuldübernahme einzulassen, oder wenn er solchen Betrug eines Dritten kannte oder kennen mußte, so ist durch Erklärung des Gläubigers an ihn die zu seinen Gunsten eingetretene Befreiung anfechtbar (123 Abs. 2 S. 2; s. Hellwig S. 170 [227]). Hiermit muß aber folgerichtig auch das Recht des Gläubigers gegen den Uebernehmer hinfällig werden. Eine andere Frage ist die, ob, wenn der Schuldner durch Betrug den Uebernehmer zu dem Vertrage bestimmt hat (oder solchen Betrug eines Dritten kannte oder kennen mußte), der Uebernehmer im Stande ist, durch Anfechtungserklärung an den Schuldner denselben Erfolg herbeizuführen. Diese Frage ist zu verneinen. Praktisch wäre ihre Bejahung unerträglich, und ihre Verneinung ruht auf dem Grunde, daß der Uebernehmer keinen Anfechtungsgrund in Ansehung seiner Verpflichtung hat. Diese könnte nur dem Gläubiger gegenüber anfechtbar sein; diesem gegenüber ist aber der Vertrag bei vorausgesetzter Sachlage unanfechtbar. Die Befreiung des Schuldners anzufechten (um hierdurch indirect seine Verpflichtung zu beseitigen) ist der Uebernehmer deßwegen nicht in der Lage, weil er in dieser Hinsicht nicht als die anfechtungsberechtigte Person angesehen werden kann.

b. Ist der Schuldübernahmevertrag zwischen dem Schuldner und dem Uebernehmer geschlossen, so kann der Gläubiger, wenn der Vertrag nichtig ist, nichts wirksam genehmigen, und wenn der Vertrag anfechtbar ist, so wird nicht nur die Möglichkeit wirksamer Genehmigung durch Anfechtung beseitigt, sondern auch wenn die Genehmigung bereits ertheilt ist, werden durch Anfechtung der Vertrag und damit die Rechte des Gläubigers aus demselben hinfällig, wohingegen sich die Rechte des Gläubigers gegen den früheren Schuldner wiederherstellen. Denn die Rechte des Gläubigers ruhen nach der gesetzlichen Auffassung auf dem von ihm genehmigten Vertrage und müssen fallen, wenn dieser

Digitized by Google

Vertrag durch Anfechtung fällt. Die Anfechtbarkeit des Vertrages bemißt sich nach den gewöhnlichen Regeln, und es kann daher auch dann, wenn ein Vertragstheil den andern betrogen hat (oder von dem Betruge eines Dritten Kenntniß hatte oder fahrlässig nicht hatte), der Vertrag von dem Betrogenen durch Erklärung an den Mitcontrahenten angefochten werden mit Wirkung gegen (und für) den Gläubiger, auch wenn dieser von dem Betruge ohne seine Schuld nichts wußte. Zu einem andern Ergebniß könnte man vom Standpunkt des Gesetzes aus nur dann kommen, wenn der Mittheilung von der Schuldübernahme die gleiche Bedeutung beigelegt wäre, wie im § 409 der Anzeige von der Abtretung der Forderung. In diesem Falle würde auch bei Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit des Schuldübernahmevertrages der Gläubiger durch die Mittheilung ein unentziehbares Recht zur Genehmigung erwerben. Eine derartige Bestimmung ist aber nicht getroffen.

Uebrigens ist zu beachten, daß nicht nur der Schuldübernahmevertrag zwischen Schuldner und Uebernehmer, sondern auch die Mittheilung, welche eine rechtsgeschäftliche Erklärung darstellt, und die Genehmigung nichtig oder anfechtbar sein können. Die Anfechtung der Mittheilung entzieht der Genehmigung die gesetzliche Voraussetzung ihrer Wirksamkeit, gleichviel, ob die Anfechtung vor oder nach der Genehmigung erfolgt. Es ist z. B. möglich, daß der Gläubiger den Vertrag zwischen Schuldner und Uebernehmer seinerseits durch Betrug veranlaßt hat (oder solchen Betrug eines Dritten kannte oder kennen mußte), während beide Vertragschließenden unschuldig sind. In diesem Falle ist der Vertrag unter ihnen nicht anfechtbar. Ob die Rechte des Gläubigers, der den Vertrag genehmigt hat, nach § 123 Abs. 2 S. 2 anfechtbar sind, kann bezweifelt werden, weil nicht außer Frage steht, ob die Rechte des Gläubigers unmittelbar auf den Vertrag sich gründen (da doch seine Genehmigung in die Mitte treten muß). Jedenfalls aber ist anzunehmen, daß die Mittheilung an den Gläubiger auch ihrerseits durch denselben Betrug veranlaßt ist, wie der Vertrag selbst, und daher ist die Mittheilung in solchen Fällen anfechtbar.

Anzuerkennen ist auch hier, daß unter der Mittheilung von der Schuldübernahme und der Genehmigung des Gläubigers sich leicht ein selbständiger Schuldübernahmevertrag zwischen Schuldübernehmer und Gläubiger verbergen kann, über dessen Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit dann das zu a Gesagte gilt. Aber diese Auffassung mit Hellwig S. 170 fg. als die ausschließlich richtige an die Stelle der vom Gesetz vertretenen zu setzen, geht nicht an.

4. Wenn Jemand dem Gläubiger gegenüber die Mithaftung für die Schuld eines Andern übernimmt, so wird dieß im Allgemeinen wie bei der translativen Schuldübernahme nur in der Weise zu verstehen sein, daß dem Eintretenden alle Einwendungen zustehen, welche der erste Schuldner hat (Hellwig S. 184). Aufrechnung mit einer Gegenforderung des ersten Schuldners steht dem zweiten nicht zu (vgl. 422 Abs. 2. 770 Abs. 2). Einwendungen aus dem Rechtsverhältniß des Eintretenden zu dem ersten Schuldner können, wenn der Eintritt durch Vertrag mit dem Gläubiger erfolgte, dem Eintretenden nur soweit zustehen, als er sie sich besonders vorbehalten hat (Hellwig S. 178). Wenn dagegen der Eintritt durch einen Vertrag zwischen dem Eintretenden und dem ersten Schuldner im Sinne eines echten Vertrages zu Gunsten Dritter erfolgt, so daß der Gläubiger unmittelbar

Digitized by Google

aus diesem Vertrage Rechte gegen den Eintretenden erwirbt, so ist der Gläubiger allen Einwendungen aus dem Vertrage ausgesetzt (334).

5. Bei dem Vertrage auf Leistung an den Drittgläubiger stehen dem Versprechenden keine Einwendungen aus dem Schuldverhältniß zu, wenn sie ihm nicht besonders vorbehalten sind, dagegen alle Einwendungen aus dem Vertrage (s. ob. zu § 338 unter 6. 5).

6. Bestimmter als der Satz zu [3] entscheidet das BGB. (418 Abs. 1), daß Bürgschaften und Pfandrechte in Folge der Schuldübernahme erlöschen, und falls eine Hypothek für die Forderung bestand, der gleiche Erfolg eintritt als sei auf dieselbe verzichtet (sie wird also im Allgemeinen von dem Eigenthümer erworben [1168 Abs. 1; s. aber 1175 Abs. 1 S. 2]). Diese Vorschriften finden aber keine Anwendung, wenn der Bürge oder derjenige, welchem der verhaftete Gegenstand zur Zeit der Schuldübernahme gehört, in diese einwilligen (418 Abs. 1 S. 3), d. h. vorher (183) oder, was dem gleichzusetzen ist, gleichzeitig. Dem Falle der Einwilligung steht es natürlich auch gleich, wenn (was nicht unmöglich) der Bürge selbst die Hauptschuld übernimmt, oder wenn der Eigenthümer des verhafteten Gegenstandes der Schuldübernehmer ist, oder die Schuld bei Veräußerung des verhafteten Gegenstandes von dem Erwerber übernommen wird. Dagegen steht der Einwilligung die nachträgliche Genehmigung nicht gleich. Es bedarf der Neubegründung der erloschenen Rechte (Planck zu § 418, 2. 3).

7. Ein Vorzugsrecht für den Fall des Concurses kann entgegen dem in Note [2] Gesagten im Concurse über das Vermögen des Uebernehmers nicht geltend gemacht werden (418 Abs. 2). Man hat verhindern wollen, daß Jemand durch Uebernahme fremder Schulden den Rang seiner eigenen Gläubiger beeinträchtige (Mot. II S. 147).]

§ 340.

Was die Zulässigkeit der Schuldübernahme angeht[1], so gibt es positive Beschränkungen derselben, wie bei der Forderungsübertragung, nicht. Aus der Natur der Sache folgt, daß sie nur da zulässig ist, wo die Erfüllung durch den Uebernehmer objectiv möglich ist[2], und nur da, wo sie durch den die Schuld begründenden Willen nicht ausgeschlossen ist[3]. Zulässig ist die Schuldübernahme

§ 340. [1] Vgl. Delbrück S. 41, Gürgens S. 288.

[2] Aus diesem Grunde darf bei den s. g. actiones vindictam spirantes auch eine Schuldübernahme nicht anerkannt werden. So wenig demjenigen Genugthuung für eine Kränkung gegeben werden kann, welcher die Kränkung nicht erlitten hat (§ 335 [1]), so wenig kann derjenige Genugthuung geben, welcher die Kränkung nicht verübt hat. — Bloß subjective Unmöglichkeit schadet nicht. So gut wie z. B. eine Verpflichtung zur Eigenthumsübertragung für einen Andern als den Eigenthümer begründet werden kann, so gut kann sie auf einen Andern übergehen.

[3] Auch der Consens des Gläubigers kann in einem solchen Fall den Schuldübergang nicht möglich machen. Es wird durch diesen Consens zwar der alte Schuldner entlastet, und der neu Eintretende verpflichtet; aber die Obligation ist nicht mehr die nämliche. Es liegt jetzt in der That eine Novation vor.

Digitized by Google

namentlich auch bei Verpflichtungen mit zusammengesetztem Leistungsinhalt und bei Verpflichtungen aus gegenseitigen Verträgen [4].

[Zu denselben Ergebnissen wird man im Allgemeinen auch vom Standpunkte des BGB. gelangen müssen. Nur glaube ich, daß bei Ausschluß der Schuldübernahme durch rechtsgeschäftliche Bestimmung es nicht nöthig ist, eine dennoch stattfindende Schuldübernahme als Novation aufzufassen (s. [3]). Wenn mit Zustimmung des Gläubigers die Clausel, daß keine Schuldübernahme statthaft sein sollte, außer Function gesetzt wird, so scheint es mir nicht unzulässig, immer noch die Identität des Schuldverhältnisses als aufrecht erhalten anzusehen.]

VI. Aufhebung des Forderungsrechts.

A. Allgemeines.

§ 341.

1. Ein Forderungsrecht kann in doppelter Weise aufgehoben werden, seiner rechtlichen Existenz nach und seiner Wirksamkeit nach. Seiner rechtlichen Existenz nach: es ist ein Forderungsrecht überhaupt nicht mehr vorhanden[1]. Seiner Wirksamkeit nach: das Forderungsrecht besteht fort, aber die Entfaltung seiner Wirksamkeit ist durch eine für den Schuldner entstandene Einrede gehemmt[2]. Ist diese Hemmung keine bloß vorübergehende, sondern eine dauernde[3], so ist für die wirthschaftliche Betrachtung das Forderungsrecht gleich einem nicht existirenden[4].

[Vgl. in Betreff des BGB. I S. 180 fg.]

---

[4] Im Besonderen also auch bei der Verpflichtung aus dem Pacht- und Miethvertrag. So, wenn der Käufer die Verpflichtung, welche der Verkäufer als Vermiether hat, übernimmt. Man hat die Verpflichtung des Käufers dem Miether gegenüber auch aus l. 9 C. 4, 65 herleiten wollen; mit Unrecht — diese Stelle redet nur von einer Verpflichtung des Käufers dem Verkäufer gegenüber. Vgl. Busch Verträge zu Gunsten Dritter S. 66, Bähr Jahrb. f. Dogm. VI. S. 182.

[1] Obligatio ipso iure perimitur, tollitur, evanescit. § 341.

[2] Actor summovetur, removetur, expellitur, excluditur exceptione. Ueber diese und andere Ausdrücke der Quellen s. Büchel civil. Erörterungen II. 1 S. 21 fg. Die Bedeutung, welche dieser Gegensatz bei den Römern darin hatte, daß auf die exceptio in der Formel hingewiesen werden mußte, nicht aber auf den directen Wegfall der Obligation, ist natürlich für uns verschwunden, damit aber nicht alle Bedeutung des Gegensatzes überhaupt. S. I § 47 [1].

[3] Exceptio perpetua, peremtoria. S. I § 47 [3].

[4] Die obligatio ist inefficax, sine effectu, inutilis, inanis. S. Büchel a. a. O. S. 35. L. 112 D. 50, 17. „Nihil interest, ipso iure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur". L. 20 § 3 D. 40, 12. „Obligatum accipere debemus, qui exceptione se tueri non potest, ceterum si potest,

Digitized by Google

2. Die Aufhebung des Forderungsrechts ist regelmäßig eine vollständige, so daß auch keine natürliche Verbindlichkeit übrig bleibt; möglich ist auch das Gegentheil.

[Vgl. ob. S. 175 unter 1, I S. 502 unter 2.]

3. Die naturgemäße Aufhebungsart des Forderungsrechts ist seine Erfüllung[5]. Es kann aber auch in anderer Weise als durch Erfüllung eine Befriedigung[6] des Gläubigers eintreten. Endlich kann das Forderungsrecht untergehen auch ohne daß der Gläubiger befriedigt wird[7].

[Dasselbe gilt auch vom Standpunkt des §§§.]

B. Die einzelnen Aufhebungsthatsachen.

1. Erfüllung*.

a. Wirkung und Erfordernisse.

§ 342.

Die Erfüllung[1] tilgt[2] das Forderungsrecht direct[3].

[So auch nach §§§. 362 Abs. 1.]

Damit ein Forderungsrecht durch Erfüllung getilgt sei, ist erforderlich:

---

dicendum non esse obligatum". L. 55 D. 50, 16, l. 66 D. 50, 17 (vgl. über letztere Stelle auch Rudorff zu Puchta § 286 [a]).

[5] Daraus erklärt sich der Sprachgebrauch der Quellen, daß die Erfüllung solutio schlechthin genannt wird, obgleich dieses Wort an und für sich den reinen Gegensatz zu obligatio (als Act des Obligirens), und somit eine jede Aufhebung des Forderungsr. bezeichnet. L. 176 D. 50, 16: — „solvere dicimus eum, qui fecit, quod facere promisit". L. 49 D. 46, 3. Aber s. auf der andern Seite l. 54 D. eod. „Solutionis verbum pertinet ad omnem liberationem quoquo modo factam, magisque ad substantiam obligationis refertur, quam ad nummorum solutionem". L. 80 eod. L. 47 D. 50, 16. „Liberationis verbum eandem vim habet, quam solutionis". L. 4 § 7 D. 42, 1. „Solvisse accipere debemus non tantum eum qui solvit, verum omnem omnino, qui . . obligatione liberatus est . . ." L. 176 D. 50, 16. S. übrigens auch § 342 [1].

[6] Satisfactio. L. 52 D. 46, 3. „Satisfactio pro solutione est". L. 49 eod., l. 13 § 4 D. 20, 1, l. 6 pr. D. 20, 6. Jedoch kann „satisfactio" auch ohne Tilgung der Obligation eintreten, l. 53 D. 18, 1, § 41 I. 2, 1. Vgl. Leist Mancipation und Eigenthumstradition S. 88 fg.

[7] Aus der Betrachtung bleiben hier ausgeschieden die Inhaber- und Ordrepapierforderungen des modernen R. Für sie ist das Princip, daß sie so lange dauern, wie die Schrift, welche ihr Träger ist. Vgl. Kuntze Inhaberpapiere § 74—76. 136. Wechselr. S. 60—62. 291.

* Dig. 46, 3 Cod. 8, 42 [43] de solutionibus et liberationibus. — Gruchot die Lehre von der Zahlung der Geldschuld nach heutigem deutschen R.,

Digitized by Google

1. daß der Gläubiger auf sein Forderungsrecht[3a] gerade Das erhalten habe, was er zu fordern hat. Hat er Eigenthumsübertragung zu fordern, so ist Erfüllung nur dann vorhanden, wenn ihm nicht bloß Eigenthumsrecht überhaupt, sondern auch[4] unbeschränktes[5] und unwiderrufliches[6] Eigenthumsrecht verschafft worden ist. Bei generischen Obligationen kann daher der Gläubiger, wenn ihm kein Eigenthum oder kein gehöriges Eigenthum verschafft worden ist, Leistung einer anderen Sache fordern[6a]; er kann aber auch Verschaffung des Eigenthums an der hingegebenen Sache bez. Leistung das Interesse fordern, welches er daran hat, daß ihm an dem Hingegebenen Eigenthum verschafft worden wäre[6b]. Daß dem Gläubiger

---

Berlin 1871. Vgl. über diese Schrift Regelsberger kr. VJS. XV S. 159. 161. Römer Beiträge zur Lehre von der Erfüllung der Obligation nach gemeinem R. mit besonderer Berücksichtigung der Beweislast, in: Festschrift zur vierten Säcularfeier der Universität Tübingen (1877) S. 1 fg. Unterholzner I S. 460—478. Sintenis II S. 394—415. Brinz 2. Aufl. II § 290. S. auch G. Cohn in Endemann's Handb. d. Handelsr. III S. 998 fg. Unger Grünh. ZS. XV S. 529 fg.

[1] Die Bezeichnung der Quellen für Erfüllung ist solutio. Vgl. § 341 [5]. § 342. In einem noch engeren Sinne wird solutio nur auf die Erfüllung von Geldobligationen bezogen. Daraus erklärt sich, daß die heutige Rsprache ganz gewöhnlich auch bei anderen als Geldobligationen statt „Erfüllung" „Zahlung" sagt. Ich kann das nur für eine Unart halten. Vgl. Sintenis II S. 394 [9]. — Man bemerke noch, daß die Quellen die Ausdrücke solvere und solutio durchaus *nicht* immer auf die Obligation beziehen, sondern ganz gewöhnlich auch auf den Gegenstand, welcher kraft der Obligation geleistet werden soll, z. B. solvere pecuniam, rem, dotem.

[2] Pr. I. 3, 29.

[3] § 4 I. 3, 19.

[3a] Zum Zweck der Erfüllung seines Forderungsr. Vgl. Sf. XXXV. 110, XXXIX. 202 und unten § 342 [22], § 343a. Setzt die Bewirkung der verschuldeten Leistung Annahme des Gläubigers voraus, so wird die Erfüllung zum Erfüllungsvertrag. Vgl. Kohler Jahrb. f. Dogm. XVII S. 261 fg. und unten § 343 [2b].

[4] L. 45 § 1 D. 30: — „ita dare debet, ut eum habere liceat". Vgl. § 392 [2]. Sf. XXIII. 222.

[5] L. 27 D. 46, 3.: — „si res tradita fuerit, quae debebatur, quamdiu aliquid iuri rei deest, adhuc tamen ipsa res petenda est". L. 20. l. 38 § 3 i. f. l. 98 pr. D. 46, 3., vgl. l. 69 eod.

[6] L. 38 § 3. l. 72 § 5. l. 98 pr. D. 46, 3.

[6a] Eviction ist nicht nothwendig. Vgl. l. 38 § 3. l. 72 § 5. l. 69 D. 46, 3. Vom Falle der Eviction gehen aus l. 58 D. 21, 2, l. 29 § 3 D. 32.

[6b] Er kann verlangen, daß der Schuldner zu der in der Hingabe von ihm abgegebenen Erklärung: der Gläubiger solle an dem Hingegebenen Eigenthümer werden, stehe. Nach r. Re freilich konnte diese Erklärung eine Verbindlichkeit nicht erzeugen, weil es ihr an der erforderlichen Vertragsform fehlte. Arndts

Digitized by Google

Eigenthum unmittelbar verschafft worden sei, ist nicht nöthig; Erfüllung ist auch dann vorhanden, wenn der Gläubiger Eigenthum auf dem Wege der Ersitzung, oder, bei Geldschulden, der Vermischung erlangt hat[7]. Ja bei Geldschulden ist überhaupt nicht erforderlich, daß ihm Eigenthum an den hingegebenen Geldstücken verschafft worden sei; es genügt, daß er sich durch redlichen Verbrauch des Geldes dessen Vermögenswerth angeeignet habe[8].

[Für das BGB. läßt sich allenfalls als Princip aufstellen, daß ein Schuldverhältniß durch Erfüllung nur dann erlischt, wenn der Gläubiger genau das erhalten hat, was ihm nach Inhalt des Schuldverhältnisses gebührt (362 Abs. 1). Demgemäß ist auch ein Schuldverhältniß, kraft dessen der Gläubiger Eigenthumsverschaffung zu fordern hat, nicht erfüllt, wenn es an der ordnungsmäßigen Eigenthumsverschaffung fehlt. Wie sich dieß aber genauer gestaltet (vgl. BGB. 433—445. 515. 365. 651. 757. 915. 2182.— 523. 1624.— 2165), darüber vgl. unt. zu § 391. § 392. § 366. Die Sätze zu den Noten [7. 8] hat das BGB. nicht anerkennen wollen (s. unt. zu § 370).]

Abgesehen von diesen Fällen [s. vor. Abs. des Textes] liegt in einer Leistung, welche nicht den vom Forderungsrecht verlangten Inhalt hat, Erfüllung nur dann[8a], wenn der Gläubiger sie als Er-

---

ACPra. L S. 154 meint zwar, es sei auch für das heutige R. ein Fehler, „die Lehre von der Gültigkeit des formlosen Vertrags so weit zu treiben, daß man den Unterschied zwischen einem obligatorischen Vertrag und dem in der Tradition liegenden Vertrag ganz verkennt und verwischt". Aber wenn Arndts zugibt, wie er wirklich thut, daß zum obligatorischen Vertrag die Form des Versprechens nicht erforderlich ist, so wird er doch wohl auch in der Tradition ein obligatorisches Element anerkennen müssen — er müßte denn eine jede Tradition so auslegen wollen: ich mache dich zum Eigenthümer, wenn ich es selbst sein sollte. Wie wenig die Römer gemeint waren, die Tradition überhaupt, und speciell die Tradition zum Zweck der Erfüllung, in dieser Weise aufzufassen, zeigen l. 16 D. 12, 4, l. 131 § 1 D. 45, 1, l. 27 D. 46, 3., l. 45 § 1. l. 46 D. 30: da die Tradition an sich nicht die Verbindlichkeit erzeugte, zu ihrem Inhalte zu stehen, so wurde nur diejenige Tradition für eine rechte Tradition erklärt, bei welcher die Evictionsverbindlichkeit freiwillig übernommen worden war. S. auch [14]. (Man könnte einen Augenblick daran denken, auch l. 15 D. 42, 4 hierher zu beziehen; aber diese Stelle hat ohne Zweifel den s. g. concursus duarum causarum lucrativarum im Auge.) Vgl. auch Römer a. a. O. S. 14 fg. Dernburg II § 55 [5] gewährt dem Gläubiger zwar einen Ersatzanspruch, aber nicht das R., eine andere Sache zu fordern.

[7] L. 60 D. 46, 3., vgl. l. 54 pr. D. 21, 2; l. 78 D. 46, 3.

[8] L. 14 § 8. l. 17 D. 46, 3., l. 19 § 1 D. 12, 1, l. 9 § 2 D. 26, 8. Vgl. auch l. 94 pr. D. 46, 3. Hat der Gläubiger das ihm gegebene Geld unredlicherweise, d. h. wissend, daß er nicht Eigenthümer desselben geworden sei, verbraucht, so haftet er dem Eigenthümer als fictus possessor mit rei vindicatio, actio ad exhibendum (arg. l. 11 § 2 D. 12, 1, § 2 I. 2, 8) und condictio furtiva (§ 442. 453).

Digitized by Google

füllung wissentlich[9] angenommen hat[10]. Regelmäßig hängt es von dem freien Willen des Gläubigers ab, ob er Etwas was Erfüllung nicht ist, als Erfüllung annehmen will[11]. Nur bei Geldschulden ist er, wenn der Schuldner sich durch Verkauf seiner Sachen Geld zu verschaffen nicht im Stande ist, verpflichtet, Immobilien des Schuldners als Erfüllung zum Schätzungswerth anzunehmen, so jedoch, daß er die Auswahl hat[12]; Kirchen und milde Stiftungen als Schuldner genießen dabei noch besondere Begünstigungen[13].

[8a] Auch dann nicht, wenn zwar Sachen der von der Obligation verlangten Art, aber nicht aus der verlangten räumlichen Abgrenzung (z. B. aus diesem Schiffe) geleistet werden. A. M. Regelsberger ACPra. L S. 27 fg.

[9] Wissend, daß sein Forderungsrecht auf eine Leistung dieses Inhalts nicht gehe.

[10] In solutum accipere — in solutum, pro soluto dare. S. z. B. l. 4 § 31 D. 44, 4, l. 5 D. 16, 1, l. 4 C. 8, 44 [45]. Doch wird der Ausdruck in solutum dare auch gleichbedeutend mit solvendi causa dare, also gleich solvere gebraucht, so z. B. in l. 19 § 1 D. 12, 1. — Eine monographische Darstellung dieser Lehre hat Römer gegeben: die Leistung an Zahlungsstatt nach dem röm. und gem. R., mit Berücksichtigung der neueren Gesetzbücher (1860). Darüber: H. Witte kr. VJS. VIII S. 482—493. Vangerow 7. Aufl. III § 583 Anm. 1. S. auch Cohn (*) S. 1075 fg. [Montégu de la datio in solutum. Th. de Grenoble 1894.] — Die in solutum datio wirkt, wie die Erfüllung selbst, ipso iure. Pr. I. 3, 29, l. 1 § 5 D. 13, 5, l. 26 § 4 D. 12, 6, l. 24 pr. D. 13, 7, l. 17 C. 8, 42 [43]. Doch behaupteten die Proculianer das Gegentheil. Gai. III, 198. Römer S. 64 fg. — Die in solutum datio ist Erfüllung (kraft der vom Gläubiger in eine Leistung, welche an und für sich Erfüllung nicht ist, gelegten Kraft), sie ist nicht etwa ein zweiseitiger Vertrag, in welchem der Gläubiger seine Forderung gegen eine Gegenleistung aufgibt. Auf dieser letzteren Auffassung scheint die Meinung der Proculianer beruht zu haben. Dogmengeschichtliches bei Römer S. 4 fg. [Keine datio in solutum, wenn von Anfang an statt einer Baarzahlung eine Leistung anderer Art vereinbart ist. Sf. XLVIII. 173.]

[11] — „aliud pro alio invito creditori solvi non potest", l. 2 § 1 D. 12, 1. L. 16 C. 8, 42 [43], pr. I. 3, 29. — Anwendung auf die Zahlung mit Wechseln: Sf. II. 16. 151, XIII. 227.

[12] S. g. beneficium dationis in solutum. Dasselbe beruht auf Nov. 4 c. 3 (Auth. *Hoc nisi* C. 8, 42 [43]). S. darüber Marezoll im Magazin für RW. u. Gesetzgeb. IV S. 230—246, Römer S. 162—177, Unterholzner I § 175, Sintenis II S. 149—151, Gruchot S. 70—73. Vgl. Mandry 3. [u. 4.] Aufl. § 41 [3]. Ich finde in der gesetzlichen Vorschrift weder eine Beschränkung auf den Fall, wo der Schuldner verlangen kann, zur Güterabtretung zugelassen zu werden (§ 266), noch eine Erstreckung auf bewegliche Sachen. — Eine Anwendung der Vorschrift auf die durch den dreißigjährigen Krieg in Vermögensverfall gerathenen Schuldner im J. R. A. § 172. Hier werden ausdrücklich auch bewegliche Sachen genannt.

[13] Nach Nov. 120 c. 6 § 2 (Auth. *Hoc ius porrectum* C. 1, 2). Der Schätzungswerth wird um 1/10 erhöht, und der Gläubiger hat nicht die Wahl,

Digitized by Google

Wenn an dem an Erfüllungsstatt Gegebenen dem Gläubiger kein Eigenthum oder kein vollständiges Eigenthum verschafft worden ist, so hat er die Wahl, ob er auf seine Forderung zurückgreifen, oder ob er von dem Schuldner sein Interesse fordern will [14]. Das Gleiche

---

sondern muß sich gefallen lassen, daß ihm neben besseren auch geringere Grundstücke gegeben werden. Außerdem, lehrt man, soll es dem Schuldner auch frei stehen, den Gläubiger dadurch zu befriedigen, daß er demselben unter Bestellung eines Pfandr. den Besitz und Fruchtgenuß eines Grundstücks einräumt, wobei der Zinsfuß auf 3% herabgesetzt werde. Aber diese Befugniß beruht nur auf dem griechischen Text der Novelle („εἰ δὲ μὴ δυνηθῶσι τούτῳ τῷ τρόπῳ διαλῦσαι τὸ χρέος"), während die Vulgata sie nicht anerkennt („si vero noluerit [sc. creditor] isto modo debitum transigere"; Auth.: „quod si nolit creditor ita accipere"). Vgl. I. H. Böhmer ius eccl. prot. III. 16 § 48, Puchta § 240 a. E., Arndts § 222 [2], Sintenis II S. 151.

[14] Das erste R. hat er, weil er nicht die Hingabe als solche, sondern die Hingabe mit der Wirkung der Eigenthumsverschaffung mit Erfüllungkraft begabt hat; das zweite R. hat er, weil er den Schuldner bei der von ihm abgegebenen Erklärung, daß das Hingegebene in das Eigenthum des Gläubigers übergehen solle, festhalten kann. Und hier nun (vgl. [6b]) glaubten diesem zweiten Gesichtspunkt auch die Römer gerecht werden zu können, indem sie die Analogie des Kaufvertrages verwertheten und dem Gläubiger eine utilis ex emto actio gaben. Freilich wurden sie dadurch auch zu der, für uns nicht mehr maßgebenden, Consequenz getrieben, daß dem Gläubiger nur wegen Eviction, nicht schon auf Grund bloß mangelnder Eigenthumsverschaffung, ein Anspruch zustehe. Das erste R. geben ihm l. 46 pr. § 1 D. 46, 3 und l. 8 C. 7, 45, vgl. auch l. 60 D. 46, 3, l. 26 § 4 D. 12, 6; das zweite R. ist anerkannt in l. 24 pr. D. 13, 7, l. 4 C. 8, 44 [45], vgl. auch l. 4 § 31 D. 44, 4, l. 44 D. 46, 3. — Uebereinstimmend mit dem hier Gesagten im Wesentlichen Römer S. 54 fg. (der aber, in jedenfalls nicht fördernder Weise, den Begriff des Realvertrages hineinmischt, vgl. Festschrift S. 16 Note o), ferner Vangerow Nr. 5, Brinz 2. Aufl. II S. 336 [12] (der, wohl mit Recht, darauf aufmerksam macht, daß in l. 8 C. cit.. nicht, wie in l. 46 D. cit., das R. gewährt werde, die Forderung als fortbestehend zu betrachten, sondern das Recht, sie wegen ermangelnder Voraussetzung zurückzufordern), Bechmann Kauf II S. 557 fg. Witte S. 484 fg. nimmt es mit der Analogie des Kaufvertrages ernstlicher, und kommt dadurch zu dem Resultat, daß beide Re des Gläubigers eigentlich unverträglich seien, und die Römer das erste hätten sollen fallen lassen. Dernburg Pfandr. II S. 246 fg. Pand. II § 58 [7] geht sogar so weit, das R. der Interesseforderung für das allein maßgebende zu erklären. Bekker Jahrb. d. gem. R. VI S. 240 will dem Gläubiger den Gegenbeweis vorbehalten, daß das Geschäft so oder so gemeint gewesen sei. Schliemann Haftung des Cedenten S. 46 fg. ist der Ansicht, daß die Quellen, wo sie den zweiten Gesichtspunkt anlegen, einen auch den Schuldner verbindenden Contract voraussetzen. Rubo in Kamptz's Jahrb. f. die Preuß. Gesetzgeb. ꝛc. XXII S. 14—16 macht geltend, daß l. 46 cit. von einem rem pro re solvere rede, während in den übrigen Stellen ein solvere rem pro pecunia angenommen werde; er will auf Grund dieser Unterscheidung die l. 46 cit. aus dem Re des Tausches erklären. Es ist dieß die Meinung der Glosse. Aber selbst abgesehen davon, daß auch bei Geldschulden die

Digitized by Google

gilt, wenn eine nicht rechtsbeständige Forderung[15] an Erfüllungsstatt gegeben worden ist[16]; dagegen haftet der Schuldner für die factische Realisirbarkeit der Forderung nicht[17].

[Nach dem BGB. ist der Gläubiger niemals verpflichtet, eine Leistung an Erfüllungsstatt anzunehmen (die besonderen Fälle der **facultas alternativa** kommen natürlich nicht in Frage), sondern das Schuldverhältniß erlischt nur,

---

in solutum datio doch nur ein kaufähnliches Geschäft, kein wirklicher Kauf ist (l. 24 pr. cit.: **utilis ex emto**, l. 4 § 31 cit.: **vicem emtorum**), würde sich aus dem Re des Tausches eine **actio praescriptis verbis** (oder eine condictio) ergeben, nicht aber, daß „**manet, durat pristina obligatio**" (l. 46 pr. cit.). Ausführliche Dogmengeschichte bei Römer S. 24 fg. Ernst die Folgen mangelhafter Beschaffenheit der Leistung an Zahlungsstatt. Straßb. Diss. 1890. (Gegen das Wahlr. des Gläubigers und im Zweifel für Fortdauer der ursprünglichen Forderung.) [Dazu Biermann ZS. f. HR. XL S. 313 fg. Arendt die Re des Gläubigers, welchem die an Erfüllungsstatt gegebene Sache evincirt worden ist. Erl. Diss. 1898. (Für ausschließliche Anwendung der Kaufgrundsätze).]

[15] Eine Forderung kann an Erfüllungsstatt gegeben werden nicht bloß durch Cession, sondern auch durch Delegation (Anweisung zum Versprechen, vgl. § 353 [9]). S. namentlich l. 5. l. 8 § 3 D. 16, 1 (— „solvit enim et qui reum delegat"). Jedoch ist im Fall der Delegation zuzusehen, ob nicht der eigentliche Tilgungsgrund nicht sowohl Erfüllung, als vielmehr Novation sei, was sich nach der Absicht des mit dem neu eintretenden Schuldner abgeschlossenen Vertrages entscheidet. Vgl. § 353 [9], Römer S. 92 fg., Witte S. 489 fg. — Nicht jede durch Anweisung oder Cession verschaffte Forderung tilgt die Obligation, sondern nur diejenige, welche der Gläubiger mit der Absicht nimmt, daß dadurch die Obligation getilgt werden soll. So wird namentlich die Obligation nicht dadurch getilgt, daß eine Zahlungsanweisung von dem Angewiesenen acceptirt wird, obgleich dadurch der Inhaber der Anweisung ein neues Forderungsr. erwirbt. Die Behauptung von v. Salpius (Novation und Delegation § 18. 76), daß dieß nur heutiges R. sei, nicht röm., ist unbegründet (vgl. § 412 [17]). S. auch Römer S. 96. In Betreff der Cession ist Thöl Handelsr. I § 324, II der Meinung, dieselbe sei im Zweifel anzusehen als gemacht, nicht „an Zahlungsstatt", sondern „zahlungshalber"; dagegen Schliemann a. a. O. S. 54, Römer S. 122.

[16] Vgl. Schliemann Haftung des Cedenten S. 64—73, Römer S. 91 fg. 122 fg., und § 315 [4]. Zahlung mit Wechseln und Inhaberpapieren: Römer S. 106 fg. 130 fg., Schauberg ZS. f. HR. XI S. 275 fg., Gruchot S. 73—78.

[17] So auch die herrschende Meinung, welche aber den Fall der Delegation außer Acht läßt (vgl. jedoch Thöl Handelsr. I § 337 [5], Römer S. 130). Eine Ausnahme wird nur von denjenigen, welche die Nov. 4 c. 3 ([12]) auf Forderungen erstrecken, für den Fall derselben gemacht; gewiß mit Recht, da in diesem Fall der Gläubiger die Forderung nehmen muß. Verhaftung für **bonitas nominis** behaupten Mühlenbruch S. 628 und für den Fall, wo die **in solutum datio** bloß Recht, nicht auch Pflicht des Schuldners sei, Schliemann S. 54 fg. Dagegen Römer S. 124 fg., Vangerow Nr. 6. — Die herrschende Meinung beruft sich auf die Regel der Cession, welche freilich nicht vorhanden ist (§ 336 [3]). Aber es muß entscheiden die Analogie des Kaufvertrages; der Gläubiger hätte

Digitized by Google

wenn der Gläubiger freiwillig eine andere als die geschuldete Leistung an Erfüllungsstatt annimmt (364 Abs. 1). Wegen thatsächlicher oder rechtlicher Mängel dieser Leistung hat der Gläubiger nur die Rechte eines Käufers (365); auf das ursprüngliche Forderungsrecht zurückgreifen kann er nicht. Es besteht aber die Möglichkeit, daß er die Leistung nur unter der Bedingung ihrer Freiheit von rechtlichen und thatsächlichen Mängeln als Erfüllung annehmen zu wollen erklärt; in diesem Falle wird das Forderungsrecht nicht getilgt, wenn nicht die gesetzte Bedingung zutrifft. Eine gesetzliche Haftung für Einbringlichkeit der an Zahlungsstatt gegebenen Forderung findet gemäß § 365. 438 auch nach BGB. nicht statt. — Ein Versprechen des Schuldners gilt im Zweifel als accessorisches, nicht als an Erfüllungsstatt gegeben (364 Abs. 2). S. auch 787. 788.]

2. Hat der Gläubiger nur einen Theil Desjenigen erhalten, was er zu fordern hat, so ist das Forderungsrecht auch nur zum Theil getilgt[18]. Es kann aber der Gläubiger regelmäßig nicht genöthigt werden, eine Theilleistung anzunehmen[19]; eine Ausnahme gilt nur dann, wenn der Schuldner, auf das Ganze belangt, die Schuld theilweise zugesteht, theilweise bestreitet[20].

[Vgl. BGB. 266. Es ist aber, trotzdem dort ausnahmslos bestimmt ist, der Schuldner sei zu Theilleistungen nicht berechtigt, mit Planck zu § 266 Abs. 6 anzunehmen, daß Ausnahmen bestehen für den Fall eines Theilurtheils (CPO. 301. 307) und für den einer Zwangsvollstreckung, die nur theilweise zur Befriedigung des Gläubigers führt.]

---

zusehen sollen, ehe er die Forderung annahm; hat er es nicht gethan, oder hat er sich geirrt, so ist das sein Schade. [Anders bei Dolus des Hingebenden! Sf. XLVII. 15; s. auch XLVIII. 173.] Ueber l. 3 C. 8, 41 [42] s. Witte S. 491 fg. gegen Römer S. 126 fg. Für den Fall der Delegation gibt es ausdrückliche Entscheidungen. L. 26 § 2 D. 17, 1: — „bonum nomen facit creditor, qui admittit debitorem delegatum", ebenso l. 18 D. 46, 1, vgl. § 2 I. 3, 26, l. 22 § 2. l. 45 § 7 D. 17, 1. L. 96 § 2 D. 46, 3 bezieht sich auf den Fall späterer Insolvenz des Schuldners (s. übrigens über diese Stelle auch v. Salpius Novation und Delegation S. 35. 408, Witte kr. VJS. VIII S. 367).

[18] L. 9 § 1 D. 46, 3. Vorausgesetzt wird natürlich, daß eine theilweise Tilgung des Forderungsr. möglich sei. S. darüber § 253 [11], § 255 [7. 20].

[19] L. 41 § 1 D. 22, 1. Gesterding Ausbeute III S. 410 fg., Mommsen Beiträge III S. 149 [14], Goldschmidt Handelsr. I § 63 [29], Gruchot S. 111—125. Sf. XXIII. 120. A. M. (ganz vereinzelt) Savigny Obl. I S. 322. — WO. 38. „Der Inhaber des Wechsels darf eine ihm angebotene Theilzahlung selbst dann nicht zurückweisen, wenn die Annahme auf den ganzen Betrag der verschriebenen Summe erfolgt ist."

[20] L. 21 D. 12, 1. Andere verstehen diese Stelle nur von einem gütlichen Zureden des Richters (Madai Mora S. 238, Wolff Mora S. 427), oder halten sie für antiquirt (Sintenis II § 84 [41], Dernburg II § 55 [7]), oder glauben, daß sie nur von einer Beschränkung der Klage, nicht von einer Verpflichtung des Gläubigers zur Annahme rede (Gesterding a. a. O. S. 418. 419.) Für die hier vertheidigte Ansicht s. Fritz Erläuter. II S. 107,

Digitized by Google

3. Der Gläubiger muß, was er erhalten hat, am rechten Ort erhalten haben (§ 282). Doch wird das Forderungsrecht getilgt, wenn er wissentlich an einem andern Orte annimmt, und bei Geldschulden kann er, auch wenn er unwissentlich an einem anderen Orte angenommen hat, nur sein Interesse nachfordern[21].

[Das BGB. spricht sich über diese Fragen nicht unmittelbar aus. Ort und Zeit der Leistung können derart wesentlich sein, daß Leistung am unrichtigen Orte oder zur unrichtigen Zeit überhaupt nicht Erfüllung ist, sondern die wahre Schuld unerfüllt läßt, während die Leistung ihrerseits indebite solutum ist, vorbehältlich der Möglichkeit, daß die Leistung an Erfüllungsstatt gegeben und genommen ist.

Ist Ort oder Zeit nicht in dieser Weise wesentlich, so kann der Gläubiger doch die Leistung am unrechten Orte oder die verfrühte Leistung (wenn die Befristung zu seinen Gunsten stattgefunden hat! vgl. 271 Abs. 2) ablehnen; das Gleiche gilt von der verspäteten Leistung, wenn nicht zugleich dasjenige angeboten wird, worum sich der Anspruch des Gläubigers durch Verzug oder auch durch die objective Verzögerung (z. B. weiterer Zuwachs an Vertragszinsen) gesteigert hat; denn dann ist die Leistung nur Theilleistung (266).

Hat der Gläubiger die Leistung am unrechten Ort angenommen, so bleibt ihm der Anspruch darauf, daß die Leistung auf Kosten des Schuldners an den richtigen Ort übergeführt werde; einen Anspruch auf weiteren Schadensersatz wird man nur bei Verschulden des Schuldners annehmen können. Hat der Gläubiger die verspätete Hauptleistung angenommen, so bleiben ihm seine Rechte wegen der Verzögerung. Hat er die rechtswidrig verfrühte Leistung angenommen, so bleiben ihm die Rechte, um derentwillen die Leistung zu seinen Gunsten hinausgeschoben war, z. B. bleibt ihm an und für sich der etwa begründete Anspruch auf Zinsen bis zu der Zeit, zu welcher der Schuldner hätte leisten dürfen. In allen diesen Fällen ist aber zu prüfen, ob nicht in der Annahme der Leistung ein Verzicht des Gläubigers auf die Nebenrechte liegt.

Im Uebrigen ist zu beachten, daß eine Leistung am unrechten Ort auch im Sinne der Vorschriften über gegenseitige Verträge, wenn überhaupt Erfüllung, so nur mangelhafte, theilweise Erfüllung ist, vgl. ob. S. 17. 299 fg. 308 fg. S. ferner 286 fg. 326 u. dazu ob. S. 137 fg. 311 fg.]

4. Es ist nicht erforderlich, daß der Gläubiger gerade durch den Schuldner erhalten habe, was er zu fordern hat. a. Das Forderungsrecht wird auch dadurch getilgt, daß ein Anderer für den

---

Mommsen a. a. O. S. 148. Der Letztere fügt aber mit Recht hinzu, daß der Gläubiger auch in diesem Ausnahmefalle zur Annahme einer Theilleistung nicht gegen sein nachweisbares Interesse genöthigt werden könne.

[21] L. 9. l. 2 § 7 D. 13, 4. — Daß der Gläubiger auch zur rechten Zeit erhalten habe, ist nicht nothwendig. Nur muß der Schuldner, wenn er später leistet, damit das ganze Forderungsr. getilgt sei, auch das durch seinen Verzug hervorgerufene Interesse des Gläubigers hinzuleisten. Leistet der Schuldner früher, als der Gläubiger anzunehmen braucht, und der Gläubiger nimmt irrthümlich an,

Digitized by Google

Schuldner leistet[22]; Zustimmung des Schuldners ist nicht erforderlich, und nicht einmal sein Widerwille schädlich[23]. Der Gläubiger darf auch die von einem Andern angebotene Leistung nicht zurückweisen[24]; es müßte denn die Qualität der Leistung durch die Person des Schuldners bedingt sein[25]. b. Auch dann ist das Forderungsrecht getilgt, wenn der Gläubiger auf dem Executionswege erhalten hat, was er zu fordern hat[26], oder wenn er es sich auf Grund seines Pfandrechts selbst verschafft hat[27].

[1. Das BGB. stimmt mit dem unter a Gesagten im Allgemeinen überein (267), gibt aber dem Gläubiger das Recht, die Leistung des Dritten abzulehnen, auch dann, wenn der Schuldner der Leistung durch den Dritten widersprochen hat (267 Abs. 2), ein Satz, der übrigens auch für das gemeine Recht richtig sein dürfte. Eine von dem Dritten mit Zustimmung des Gläubigers bewirkte Hingabe an Erfüllungsstatt tilgt das Forderungsrecht nach § 364. Ein Aufrechnungsrecht (s. 387 fg.) oder ein Hinterlegungsrecht (s. 372) hat der Dritte nicht. Ebensowenig das Recht der s. g. Verbaloblation (s. 295). Durch die Befriedigung des Gläubigers geht dessen Recht auf den Dritten nicht über, er kann auch die

---

so kann dem Gläubiger höchstens eine Nachforderung seines Interesse (nach Analogie von l. 2 § 7 D. 13, 4 zugestanden werden.

[22] Für den Schuldner, um dessen Schuld zu tilgen. Wenn der Leistende mit der Leistung seine Schuld tilgen will, so wird das Forderungsrecht nicht aufgehoben. L. 31 D. 5, 3, l. 38 § 2 i. f. D. 46, 3, l. 19 § 1. l. 65 § ult. D. 12, 6, l. 5 C. 4, 5; über l. 5. l. 12 § 1 C. 3, 31 und l. ult. i. f. D. 3, 5 s. Kämmerer ZS. f. CR. u. Pr. VIII S. 196—206. 341—348, und was die neuere Literatur angeht, Francke Commentar über den Titel de Hereditatis Petitione S. 322 fg. und die das. Citirten, außerdem H. Witte Bereicherungsklagen S. 26 fg., Arndts RLex. V S. 230 [182], Vangerow II § 508 Nr. IV. 1, Ruhstrat ACPra. LXVII S. 417 fg. [Oertmann ACPra. LXXXII S. 367 fg., Hertz die Zahlung einer fremden Schuld. Rostocker Diss. 1894. Sf. XLVI. 23, XLVIII. 34, XLIX. 20.] Doch steht in dem Falle, wo der Leistende kein Rückforderungsr. hat, dem zum zweiten Mal fordernden Gläubiger eine Einrede entgegen. L. 31 pr. i. f. D. 5, 3, vgl. l. 61 D. 46, 3 ([40]). Vgl. § 343a.

[23] L. 38 [39] D. 3, 5: — „solvendo quisque pro alio, licet invito et ignorante, liberat eum". L. 23. 40. 53 D. 46, 3, pr. I. 3, 29.

[24] L. 72 § 2 D. 46, 3., vgl. auch l. 31 eod. Offenbar wäre es Chikane von Seiten des Gläubigers, wenn er eine Leistung zurückweisen wollte, welche ihm ganz dasselbe gewährt, was er durch die Leistung des Schuldners haben würde. Vgl. aber auch Sintenis II § 103 [27], Gruchot S. 22.

[25] L. 31 D. 46, 3. Hierher gehört auch, wenn die Person des die Leistung Anbietenden dem Gläubiger ganz unbekannt ist, so daß derselbe sich nicht darüber unterrichten kann, ob dem Anbietenden zu trauen, namentlich ob er Eigenthümer des Angebotenen ist.

[26] Vgl. § 173 [5]. CPO. § 720 [819]: „Die Empfangnahme des Erlöses durch den Gerichtsvollzieher gilt als Zahlung von Seiten des Schuldners ..."

[27] L. 26 D. 46, 3, l. 10 C. 4, 10. Vgl. auch I § 238 [5].

Digitized by Google

Abtretung desselben nicht verlangen; sein etwaiger Regreß gegen den Schuldner bestimmt sich ausschließlich nach dem unterliegenden Verhältniß.

2. Eine andere Stellung nimmt das Befriedigungsrecht ein, welches BGB. 268. 1150. 1249 Dritten unter gewissen Voraussetzungen einräumen.

a) Dieses Recht setzt im Allgemeinen voraus, daß der Gläubiger Zwangsvollstreckung in einen dem Schuldner gehörigen Gegenstand betreibt, d. h. zu betreiben beginnt. Diese Voraussetzung wird bei der Zwangsvollstreckung in bewegliche Sachen dann als gegeben anzusehen sein, wenn der Gerichtsvollzieher Miene macht, eine bestimmte Sache zu pfänden; bei Zwangsvollstreckung in Forderungen und andere Vermögensrechte (CPO. 828 fg.) dann, wenn ein Antrag auf Erlaß des Pfändungsbeschlusses gestellt ist, bei der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen, sobald der Antrag auf Zwangsversteigerung (Zwangsversteigerungsges. § 15), Zwangsverwaltung (das. 146) oder Eintragung einer Sicherungshypothek (CPO. 866) gestellt ist.

Das Befriedigungsrecht steht dann zu Jedem, der Gefahr läuft, ein Recht an dem Gegenstande der Zwangsvollstreckung oder den Besitz der Sache zu verlieren, somit allen, deren dingliche Rechte bei der Zwangsvollstreckung hinter dem Vollstreckungsgläubiger zurückstehen würden; ferner dem Besitzer, dem mittelbaren wie dem unmittelbaren, wenn die Zwangsvollstreckung über ihn hinweggeht. Bei der Zwangsversteigerung von Grundstücken ist der Besitzer als solcher nie geschützt; es kommt auf das Recht an, welches seinem Besitz zu Grunde liegt. Miether und Pächter sind insofern dem Verlust des Besitzes durch die Zwangsvollstreckung ausgesetzt, als nach § 57 des Zwangsversteigerungsges. der Ersteher ihnen auf den ersten gesetzlichen Termin kündigen kann, auch wenn ihr Vertrag seinem Inhalt nach länger läuft. Im Falle der Zwangsverwaltung dagegen sind sie nach § 152 Abs. 2 das. geschützt, haben also auch das Befriedigungsrecht nicht. Bei beweglichen Sachen kann der unmittelbare Besitzer die Pfändung verhindern, nicht so der mittelbare; denn er hat nicht den Gewahrsam (s. CPO. 808. 809). Z. B. derjenige, welcher dem Vollstreckungsschuldner vermiethet hat, läuft Gefahr, durch Fortgang der Vollstreckung den mittelbaren Besitz zu verlieren. Er könnte zwar nach CPO. 771 Widerspruchsklage erheben; aber er wird auch, um dieß zu umgehen, das Befriedigungsrecht des § 268 ausüben können (obwohl der Gegenstand der Vollstreckung hier nicht eigentlich dem Schuldner gehört). Dem unmittelbaren Besitzer gegenüber kann der etwaige Anspruch des Schuldners auf Herausgabe der Sache gepfändet werden (CPO. 846. 847) die Herausgabe kann dann freilich nicht unter leichteren Bedingungen verlangt werden, als unter denen auch der Vollstreckungsschuldner selbst sie verlangen könnte; aber es ist möglich, daß der Vollstreckungsschuldner von dem Anspruch thatsächlich keinen Gebrauch gemacht haben würde. Darum muß man auch hier sagen, daß der Besitzer Gefahr läuft, durch die Zwangsvollstreckung den Besitz zu verlieren, und demnach sein Befriedigungsrecht anerkennen.

b) Ein gleiches Befriedigungsrecht besteht, wenn an einem Grundstück eine Hypothek (Grundschuld, Rentenschuld) besteht und der Gläubiger Befriedigung aus dem Grundstück — sei es auch nur außergerichtlich — verlangt (1150. 1192. 1199. 1200).

c) Besteht ein Pfandrecht, so hat das Befriedigungsrecht Jeder, der durch die Veräußerung ein Recht an dem Pfande verlieren würde, ohne weitere Vor-

Digitized by Google

aussetzungen schon dann, wenn der Schuldner zur Leistung berechtigt ist; der bloße Besitzer des Pfandes hat dieses Recht nicht, gewinnt es aber, sobald der Gläubiger im Wege der Zwangsvollstreckung Befriedigung aus dem Pfande sucht (s. I S. 1057 unter 3).

d) In den Fällen der §§ 268. 1150. 1249 kann der Befriedigungsberechtigte auch zur Hinterlegung schreiten und aufrechnen (268 Abs. 2. 1150. 1249), aber selbstverständlich nur mit seiner eigenen Gegenforderung, nicht mit einer solchen des Schuldners. Das Recht der s. g. Verbaloblation (s. 295) dagegen ist dem Dritten auch hier nicht zuzusprechen. Soweit der Dritte den Gläubiger befriedigt, geht dessen Forderung auf ihn über; bei Theilbefriedigung steht aber der übergegangene Theil im Range dem bei dem Gläubiger zurückgebliebenen Theil nach. 268 Abs. 3. 1150. 1249.

Die Sätze unter b des Textes bleiben natürlich auch für das BGB. richtig. Ist jedoch der Pfandeigenthümer nicht der persönliche Schuldner, so geht die Forderung durch den Pfandverkauf nicht unter, sondern, soweit der Erlös reicht, auf den Eigenthümer über (1247. 1225). Für die Hypothek s. 1143. 1181. 1182.]

5. Ebensowenig ist erforderlich, daß der Gläubiger in eigener Person erhalten habe, was er zu fordern hat; auch wenn er es in der Person eines Anderen erhalten hat, ist das Forderungsrecht getilgt[28]. In der Person eines Anderen aber hat er erhalten, wenn einem zu seiner Vertretung Befugten geleistet worden ist[29], oder einem dazu nicht Befugten mit seinem Willen, mag dieser Wille vorher[30] erklärt worden sein, oder nachher[31]. Was den Fall vorhergehender Willenserklärung angeht, so ist noch zu unterscheiden. a. Der Gläubiger beauftragt den Schuldner, weist den Schuldner an, gestattet dem Schuldner, einem Andern zu leisten; durch eine

---

[28] L. 19 C. 8, 42 [43], „Si actore . . debitis recipiendis praeposito . . eius dominae per ipsum fecisti satis . . .“ L. 59 D. 46, 3: — „dum . . adiecto solvitur, mihi solvi videtur“. L. 180 D. 50, 17: „Quod iussu alterius solvitur, pro eo est, quasi ipsi solutum esset“.

[29] So namentlich seinem Vormund (l. 14 § 7. l. 49 D. 46, 3., s. aber auch l. 25 C. 5, 37 und § 441 [1]), seinem Bevollmächtigten (l. 11 § 5 D. 13, 7, l. 12 pr. l. 34 § 3 D. 46, 3, l. 19 C. 8, 42 [43]), l. 6 § 2 D. 12, 6). Vgl. l. 86 D. 46, 3: „Hoc iure utimur, ut litis procuratori non recte solvatur . . .“ HGB. Art. 49—51. 296. Art. 51: „Wer die Waare und eine unquittirte Rechnung überbringt, gilt desbalb noch nicht für ermächtigt, die Zahlung zu empfangen“. [S. jetzt §§ 54 fg. Der hervorgehobene Satz (Art. 51) ist als selbstverständlich gestrichen (Denkschr. S. 54 [Guttentag]. Art. 296 ist in das BGB. 379 aufgenommen.] Vgl. noch Sf. XXII. 123 (Zahlung an den mit der Pfändung beauftragten Amtsdiener befreit), XXIX. 25.

[30] L. 11 § 5 D. 13, 7, l. 12 § 1—3. l. 49. 59. 64. 106 D. 46, 3, l. 4. 12 C. 8, 42 [43]. Vgl. § 412 [9].

[31] L. 12 § 4. l. 49 D. 46, 3 l. 12 C. 8, 42 [43].

Digitized by Google

solche Beauftragung oder Anweisung oder Gestattung ist der Gläubiger nicht gebunden[32]; ebensowenig gilt sie für seine Erben, oder für die Erben des Schuldners[33]. b. Der Gläubiger räumt dem Schuldner das Recht ein, sich durch Leistung an einen Andern zu befreien[34]. Durch eine solche Einräumung ist der Gläubiger gebunden[35]; ebenso sind es seine Erben, wie umgekehrt die Erben des Schuldners sich auf dieselbe berufen können[36]. Der Schuldner verliert aber das ihm eingeräumte Recht dadurch, daß er es bis zur Erhebung des Processes durch den Gläubiger kommen läßt[37]; ferner dadurch, daß in der rechtlichen Lage des dritten Leistungsempfängers eine Veränderung eintritt, durch welche dem Gläubiger die Verfolgung seiner Ansprüche gegen denselben erschwert werden würde[38]. — Auch dadurch wird der Schuldner befreit, daß er auf Anweisung des Gläubigers das Verschuldete einem Andern verspricht[38a].

[Auch nach BGB. kann selbstverständlich an einen befugten Vertreter des Gläubigers geleistet werden; durch nachträgliche Genehmigung wird der Leistung an den Dritten rückwirkend befreiende Kraft beigelegt (362 Abs. 2. 185). Ueber

---

[32] L. 12 § 2. l. 106 D. 46, 3.

[33] L. 32 D. 46, 3, l. 26 § 1 D. 17, 1, l. 19 § 3 D. 39, 5, l. 77 § 6 D. 31.

[34] Was sogleich bei der Begründung des Forderungsr. geschehen kann, oder nachträglich. Denjenigen, an welchen zu leisten dem Schuldner sogleich bei der Begründung des Forderungsr. das R. eingeräumt wird, nennen die Römer solutionis causa adiectus. Als Formel für die Aufnahme eines solutionis causa adiectus erscheint in den Quellen: mihi *aut* illi dare spondes? Vgl. z. B. § 4 I. 3, 19, s. aber auch l. 141 § 6 D. 45, 1, l. 98 § 5 D. 46, 3. Auch heutzutage wird ein solches „oder" nicht anders auszulegen sein. S. über den solutionis causa adiectus die Abhandlung von Brandis Rhein. Museum V S. 257 fg., ferner Fritz Erläuter. II S. 384—390, Vangerow III § 582 Anm. 2, Sintenis II S. 407—411, Gruchot S. 55—59.

[35] L. 12 § 2. l. 106 D. 46, 3, l. 16 pr. D. 46, 1, § 4 I. 3, 19.

[36] Es gilt das gewöhnliche R. des Vertrages.

[37] L. 57 § 1 D. 46, 3, l. 16 pr. D. 46, 1. Vgl. I § 125 [12].

[38] L. 38 pr. D. 46, 3, vgl. l. 95 § 6 D. eod., l. 56 § 2 D. 45, 1. — Man bemerke noch: a) der Schuldner darf nur an den Andern selbst leisten, nicht an seine Erben (l. 81 pr. D. 46, 3., l. 55 D. 45, 1), nicht an seinen Vormund (l. 95 § 7 D. 46, 3., vgl. l. 11 eod.); b) es können für die dem Andern zu machende Leistung Bestimmungen getroffen werden, welche für die dem Gläubiger zu machende nicht gelten (l. 34 § 2. l. 98 § 4. 6 D. 46, 3, l. 44 § 4 D. 44, 7, l. 141 § 5 sqq. D. 45, 1); c) der Andere ist nur Empfangsperson, er ist in keiner Weise forderungsberechtigt (l. 10 D. 46, 3, l. 10 D. 46, 2, l. 7 § 1 D. 13, 5, l. 33 D. 20, 1, l. 23 D. 46, 1).

[38a] L. 21 § 1 D. 39, 5, l. 37 § 4 D. 38, 1. Es ist darin eine Combination des hier erwähnten Falles mit einer in solutum datio enthalten. S. übrigens [15].

Digitized by Google

die Anweisung im BGB. s. unt. zu § 412. Einstweilen vgl. zu [32] BGB. 790, zu [33] BGB. 791, zu [38a] BGB. 787 Abs. 1. Ueber den s. g. solutionis causa adiectus spricht das BGB. nicht, in der Absicht, die Beantwortung der dabei auftauchenden Fragen von den Umständen des Einzelfalles abhängen zu lassen (Mot. II S. 84). Es kann daher nach Treu und Glauben (242) sehr wohl die Entscheidung begründet sein, daß wegen einer Veränderung in der Lage des Dritten an diesen nicht mehr geleistet werden darf. Daß nicht an die Erben des Dritten geleistet werden darf, ([38]) dürfte selbstverständlich sein. Aber nicht, wenigstens nicht allgemein, ist anzuerkennen, daß das Recht zur Leistung an den Dritten mit der Klageerhebung des Gläubigers erlösche.]

6. Möglicherweise kann die einem Nichtgläubiger gemachte Leistung eine Tilgung des Forderungsrechts bewirken oder herbeiführen, ohne daß in der Person des Leistungsempfängers dem Gläubiger geleistet wird. Dieß ist der Fall: a) wenn der Empfänger hinterher Gläubiger des Leistenden wird[39]; b) wenn er das Empfangene dem Gläubiger herausgibt[40]; c) wenn der Gläubiger ihn beerbt[41]; d) in einem ganz einzelnen Fall wird der Schuldner auch durch die dem Gläubiger seines Gläubigers gemachte Leistung frei[42]. Ferner darf dem Nichtgläubiger mit befreiender Wirkung geleistet werden: e) wenn

---

[39] L. 96 § 4 D. 46, 3.

[40] L. 28 D. 46, 3 (vgl. l. 58 pr. eod., l. 30 [31] § 6 D. 3, 5; l. 88 D. 46, 3), l. 34 § 9 D. 46, 3. Vgl. l. 61 D. 46, 3. „In perpetuum, quotiens id, quod tibi debeam, ad te pervenit et tibi nihil absit, nec quod solutum est repeti possit, competit liberatio."

[41] L. 11 § 5 D. 13, 7.

[42] Wenn der Aftermiether den Miethzins, welchen er dem Aftervermiether schuldig ist, dem ersten Vermiether zahlt, l. 11 § 5 D. 13, 7. Andere (Puchta § 288. b, Arndts § 263. d, Sintenis § 103 [75]) stellen den Satz auf, daß der Schuldner in allen Fällen durch die Leistung an den Gläubiger des Gläubigers befreit werde. Dagegen W. Müller ACPra. XV S. 263 fg., Busch das. XXXI S. 12—20, Fritz Erläuter. II S. 383, Bangerow III § 582 Anm. 1. Man stützt jenen Satz hauptsächlich auf l. 6 D. 44, 4; aber diese Stelle kann ohne Zwang von der durch die Zahlung an den Gläubiger des Gläubigers dem Schuldner gegen den Gläubiger entstandenen Gegenforderung verstanden werden (so Fritz, Bangerow, während Müller die Stelle auf den Fall bezieht, wo der Gläubiger den Schuldner arglistigerweise zur Zahlung an seinen Gläubiger veranlaßt habe). Bangerow und Busch leugnen aber auch die oben auf Grund von l. 11 § 5 D. 13, 7 behauptete Ausnahme (die beiden anderen Schriftsteller haben auf diese Stelle keine Rücksicht genommen), Bangerow, indem er die l. 11 § 5 cit. ebenfalls aus der dem Schuldner entstandenen Gegenforderung erklärt, Busch, indem er Einwilligung des Gläubigers voraussetzt. Das Letztere halte ich für willkürlich; gegen das Erstere spricht die Zusammenstellung mit dem procurator und demjenigen, welchem nach dem Willen des Gläubigers geleistet worden ist. Mir scheint die Auffassung der Stelle diese zu sein: der Aftermiether nimmt dem ersten Miether gleichsam einen Theil der Miethe ab, und zahlt daher,

Digitized by Google

derselbe an der Forderung ein Pfandrecht oder einen ihn zur Einziehung derselben berechtigenden Nießbrauch hat[43], oder wenn ihm durch richterliche Verfügung die Forderung zur Einziehung überwiesen worden ist[44], und endlich f) wird der Schuldner durch die Leistung an den Nichtgläubiger auch dann frei, wenn er früher befugt war, demselben zu leisten, und er ohne seine Schuld nicht weiß, daß diese Befugniß erloschen ist[45].

[Zu a). Dieser Satz gilt auch im BGB. (185 Abs. 2. 362 Abs. 2).

Zu b). Dieß ist selbstverständlich auch für das Recht des BGB. richtig.

Zu c). Dieß gilt im BGB. nur unter der Voraussetzung, daß der Gläubiger als Erbe des Leistungsempfängers für dessen Verbindlichkeiten unbeschränkt haftet (185 Abs. 2. 362 Abs. 2), eine Einschränkung, welche auch für das gemeine Recht zu vertheidigen ist, vgl. I § 172 [8].

Zu d). Der hier erwähnte Satz gilt im BGB. nicht, weil das Pfandrecht am Eingebrachten des Miethers sich nicht mehr auf die Sachen des Aftermiethers erstreckt (s. 559).

Zu e). Vgl. I S. 933 fg. S. 1093 fg.; CPO. 835.

Zu f). Vgl. BGB. 169—173. 68. 1682. 1686. 1893. 1897. 1915.]

7. Setzt die Erfüllung Annahme des Gläubigers voraus[45a], so wird durch die Erfüllung das Forderungsrecht nicht getilgt, wenn dem Gläubiger die Veräußerungsfähigkeit mangelt[46]. Doch steht ihm, wenn er zum zweiten Mal fordert, eine Einrede entgegen, so weit er bereichert ist[47].

---

indem er an den ersten Vermiether zahlt, an den rechten Mann. Aus der Praxis: Sf. VII. 15, XXX. 126. — Keine Ausnahme bildet die Befugniß des Schuldners, im Falle des Concurses des Gläubigers an dessen Gläubiger zu leisten; hier macht sich ein anderer Gesichtspunkt geltend. S. [44].

[43] S. I § 239 [10]. § 206 [9].

[44] CPO. § 736 [835]. Unter diesen Gesichtspunkt gehört auch der Fall, wo die Forderung durch die Concursgläubiger des Gläubigers geltend gemacht wird. KO. § 5 [6]. Vgl. auch Sintenis II § 103 [50].

[45] Vgl. auf der einen Seite l. 34 § 4 D. 46, 3, auf der anderen l. 12 § 2. l. 18. l. 32. l. 34 § 3. l. 35. l. 38 § 1. l. 51 D. 46, 3, l. 3 C. 8, 42 [43], l. 26 § 8 D. 12, 6, l. 26 § 1 D. 17, 1, § 10 I. 3, 26, l. 19 § 3 D. 39, 5; ferner § 381 zu [12]. Noch weiter geht l. 31 § 1 i. f. D. 12, 1, deren Entscheidung aber wohl aus der Eigenthümlichkeit des Sclavenverhältnisses zu erklären ist. Vgl. auch Sf. XXIX. 225. Scheincession: Regelsberger ACPra. LXIII S. 175 und in Endemann's Handb. d. Handelsr. II S. 408.

[45a] Was nicht nothwendig ist, z. B. Ausführung eines Auftrags. [Schingnitz Inwieweit ist zur Erfüllung einer Obligation die Mitwirkung des Gläubigers erforderlich? Erl. Diss. 1899.]

[46] L. 15. 66 D. 46, 3., § 2 I. 2, 8. Zwar ist es nicht die Annahme, welche das Forderungsr. vernichtet, sondern der durch die Annahme bewirkte Zustand der Befriedigtheit; aber ohne die Annahme wäre dieser Zustand nicht eingetreten.

Digitized by Google

[Auch nach BGB. bedarf der Gläubiger, um Leistung mit befreiender Wirkung annehmen zu können, der Veräußerungsfähigkeit. Er darf also weder geschäftsunfähig noch in der Geschäftsfähigkeit beschränkt sein (105. 107). Aus einer Leistung, welche aus Mangel der Geschäftsfähigkeit des Gläubigers nicht befreiend wirken konnte, findet Anspruch auf Rückgabe nach den Grundsätzen von der ungerechtfertigten Bereicherung statt (812 fg.). Mit diesem Anspruch kann der Schuldner, wenn zum zweiten Male von ihm Leistung begehrt wird, aufrechnen; aber man wird auch eine Einrede auf Grund der Bereicherung gemäß den Principien von Treu und Glauben als begründet anerkennen müssen.]

§ 343*.

Wenn dem Gläubiger, welcher empfangen hat, gegen den Schuldner, welcher geleistet hat, mehrere Forderungsrechte zustehen, und das Geleistete seiner Qualität nach einem jeden der Forderungsrechte Genüge leistet, ohne seiner Quantität nach für alle auszureichen[1], so entsteht die Frage, auf welches oder welche der mehreren Forderungsrechte das Geleistete angerechnet werden soll. Hierüber entscheidet zuerst die von dem Schuldner bei der Leistung getroffene Bestimmung[2], vorausgesetzt daß der Gläubiger ihr bei der Annahme keinen Widerspruch entgegensetzt [2a]. Erklärt dagegen der Gläubiger bei der Annahme, das Geleistete auf ein anderes als das vom Schuldner bezeichnete Forderungsrecht annehmen zu wollen, so wird keines der beiden Forderungsrechte getilgt, weder das vom Schuldner noch das vom Gläubiger bezeichnete[2b], und der Gläubiger ist zur

---

[47] L. 66 cit., § 2 cit., l. 4 § 4 D. 44, 4.

* Funke Beiträge zur Erörterung prakt. Materien Nr. 4 (1820). v. Buchholz juristische Abhandlungen Nr. 28 (1833). Henrici Jahrb. f. Dogm. XIV S. 428 fg. (1875). Struckmann das. XV S. 251 fg. (1877). Gruchot S. 220—236. Fritz Erläuterungen II S. 391—394, Unterholzner I S. 463—464, Vangerow III § 589 Anm., Sintenis II S. 395—404. [Henrici Jahrb. f. Dogm. XXXII S. 99 fg. (zu E. I u. II BGB.) Berner Verrechnung von Zahlungen. Gött. Diss. 1892, v. Heyden-Linden Auf welche von mehreren Forderungen ist eine . . . Zahlung . . . anzurechnen? Greifsw. Diss. 1895, Wiegand die Verrechnung von Zahlungen nach gem. R. Erl. Diss. 1898.]

§ 343. [1] Der bei Weitem wichtigste unter den hierher gehörigen Fällen ist der des Zusammentreffens mehrerer Geldforderungen.

[2] L. 1. l. 101 § 1 D. 46, 3, l. 1 C. 8, 42 [43]. Stillschweigende Bestimmung: Henrici S. 459 fg.

[2a] In dem Nichtwiderspruch liegt die Erklärung des Consenses zu der von dem Schuldner getroffenen Bestimmung. L 2 D. 46, 3 (3).

[2b] A. M. Henrici und Struckmann a. a. OO., welche der Meinung sind, daß das von dem Schuldner bezeichnete Forderungsr. getilgt sei. Ebenso

Digitized by Google

Rückgabe des Empfangenen verpflichtet[26]. Hat der Schuldner eine Bestimmung nicht getroffen, so steht es dem Gläubiger frei, eine

---

Dernburg II § 55 [24]. Aber der Schuldner kann nicht durch seine einseitige Erklärung seiner Leistung die Richtung auf ein bestimmtes Forderungsr. geben. So gut wie Consens der Parteien darüber erforderlich ist, daß das Gegebene und Empfangene (die durch Geben und Empfangen bewirkte Vermögensvermehrung) überhaupt zum Zweck der Tilgung eines Forderungsr., und nicht zu irgend einem andern Zweck, dienen soll, so gut ist Consens darüber erforderlich, welches Forderungsr. durch die Leistung des Schuldners getilgt werden soll. Die genannten Schriftsteller scheinen von der Vorstellung auszugehen, es habe die dem Gläubiger zum Zweck der Tilgung eines bestimmten Forderungsr. verschaffte Vermögensvermehrung die Tilgung dieses Forderungsr. kraft rlicher Nothwendigkeit zur Folge (Struckmann: in der widersprechenden Erklärung des Gläubigers liege eine „protestatio facto contraria"). Aber dieß ist nicht richtig; die dem Gläubiger verschaffte Vermögensvermehrung hat die Tilgung eines Forderungsr. kraft der durch den Parteiwillen in dieselbe gelegten Kraft zur Folge, und dieser Parteiwille kann, wie gesagt, als einseitiger auf rliche Beachtung keinen Anspruch machen; sonst müßte ja auch der Wille des Schuldners in dem Falle entscheiden, wenn der Gläubiger erklären würde, das Geleistete als Schenkung oder als aus irgend einem anderen Grunde gegeben annehmen zu wollen. Man wird sich auch nicht darauf berufen dürfen, daß der Gläubiger die Willenserklärung des Schuldners nicht trennen dürfe, daß er nicht das eine Stück derselben acceptiren und das andere Stück unacceptirt lassen dürfe. Wäre diese Behauptung richtig, so würde sich daraus ergeben, daß die Acceptation des Gläubigers überhaupt keine rliche Kraft hätte, nicht aber, daß in dem acceptirten Stück auch dasjenige Stück mit acceptirt sei, dessen Acceptation der Gläubiger ausdrücklich abgelehnt hat. Aber die Behauptung ist nicht richtig. Beweis dafür ist, daß auch in dem Falle, wo der Consens der Parteien über den Grund der Vermögensverschaffung durch Irrthum ausgeschlossen ist, die Vermögensverschaffung selbst nicht ausgeschlossen ist. Hierüber herrscht zwar Meinungsverschiedenheit, vgl. I § 172 [15]; aber, wer sich zu der entgegengesetzten Meinung bekennt, darf, wie gesagt, in dem hier zur Frage stehenden Fall nicht Tilgung des von dem Schuldner bezeichneten Forderungsr. annehmen, sondern muß den Gläubiger gar nicht Eigenthümer werden lassen. Man verwechsle nur nicht die beiden Sätze: der Gläubiger darf die Willenserklärung des Schuldners in der Acceptation nicht trennen, und: er muß die Willenserklärung des Schuldners nehmen, wie sie ist, er kann sie zu keiner anderen machen. Der letzte Satz ist unbestreitbar richtig, und ich bin weit davon entfernt, gegen denselben verstoßen zu wollen. Aber aus demselben folgt auch nur, daß der Gläubiger nicht bewirken kann, daß die Vermögensverschaffung des Schuldners nicht zum Zweck der Tilgung dieses bestimmten Forderungsr. gemacht sei (s. die folgende Note); es folgt daraus nicht, daß es nicht in der Macht des Gläubigers stände, die Erreichung dieses Zweckes zu vereiteln. — Uebrigens macht Struckmann mit Recht darauf aufmerksam, daß im einzelnen Falle zuzusehen sei, ob nicht der Gläubiger, welcher das ihm Geleistete auf eine andere als die vom Schuldner bezeichnete Forderung annehmen zu wollen erklärt, gar nicht die Absicht hat, sich das Geleistete anzueignen, vielmehr nur die Absicht, es einstweilen für den Schuldner zu detiniren, in welchem Fall in der Erklärung des Gläubigers ein Vorschlag zu einem neu abzuschließenden Zahlungsvertrag liegt.

Digitized by Google

solche bei der Annahme[2d] zu treffen, jedoch nur[3] im Interesse des Schuldners, so daß der Gläubiger freie Hand bloß dann hat, wenn das Interesse des Schuldners die Tilgung keines der mehreren Forderungsrechte vorzugsweise verlangt[4]. Hat keine der Parteien eine Bestimmung getroffen, so wird die Leistung angerechnet[4a] a) zuerst auf die Zinsen; b) zuerst auf die fällige Forderung[6]; c) zuerst auf die dem Schuldner beschwerlichere[7]; d) zuerst auf das, was der Schuldner in eigenem Namen schuldig ist[8]; e) zuerst auf die ältere Forderung[9]. Entscheidet keiner dieser verschiedenen Gründe, so wird das Geleistete verhältnißmäßig auf die verschiedenen Forderungen vertheilt[10]. Besser ist der Gläubiger gestellt, wenn er durch Pfandverkauf sich selbst Befriedigung verschafft. Hier kann er das erlangte

---

[2c] Der Schuldner hat ein Rückforderungsr., weil die Voraussetzung seiner Leistung nicht eingetreten ist, wie er zurückfordern kann, wenn er ein zur Tilgung der Schuld nicht taugliches Object (l. 38 § 3 D. 46, 3) oder wenn er an eine zur Annahme mit tilgender Wirkung nicht berechtigte Person (l. 14 D. 12, 4) geleistet hat. Vgl. § 427 [4]. Man könnte auch an die condictio furtiva denken, nach Analogie von l. 18 D. 13, 1, l. 38 § 1 D. 46, 3 und der übrigen § 426 [16] und § 427 [4] genannten Stellen, in welchem Fall der Gläubiger gar nicht Eigenthümer geworden sein würde. Aber es fehlt der animus lucri faciendi. — Der Gläubiger hat kein Compensationsr.; denn sonst wäre im Resultat doch diejenige Forderung getilgt, welche der Gläubiger will.

[2d] L. 1 D. 46, 3, l. 1 C. 8, 42 [43]. Bei der Annahme: indem er annimmt, oder unmittelbar nachdem er genommen hat. L. 1 i. f. D. cit.: „constituere in re praesenti, i. e. statim atque solutum est."

[3] Die im Folgenden bezeichnete Beschränkung bezieht sich eben nur auf den Fall, wo der Gläubiger eine Bestimmung bei der Annahme trifft. Trifft er eine Bestimmung vor der Annahme, so ist er unbeschränkt; der Schuldner kann dann mit der Leistung zurückhalten, macht er sie aber dennoch, so unterwirft er sich der vom Gläubiger getroffenen Bestimmung. L. 2 D. 46, 3: — „ut vel creditori liberum sit non accipere vel debitori non dare, si alio nomine exsolutum qnis eorum velit".

[4] L. 1. l. 3 pr. l. 5 § 3. l. 6 D. 46, 3. A. M. Dernburg II § 55 [25].

[4a] Henrici a. a. O. S. 466 fg. nimmt an, daß die im Nachfolgenden genannten Regeln nur in dem Falle Platz greifen, wo nicht nachträglich eine Einigung der Parteien darüber erfolge, welche Forderung getilgt sein solle. Dagegen Struckmann a. a. O. S. 262 fg. [RG. XXIX S. 112 fg.]

[5] L. 1 C. 8, 42 [43], l. 5 § 2. l. 48 D. 46, 3 Sf. I. 191. 192, X. 121, XV. 16, XXI. 228. Bl. f. RAnw. zum. in Bayern XXXIV S. 241 fg.

[6] L. 3 § 1. l. 103 D. 46, 3.

[7] L. 4. l. 5 pr. l. 7. l. 94 § 3. l. 97 D. 46, 3. Sf. X. 23, XV. 193.

[8] L. 4. l. 97 D. 46, 3.

[9] L. 5 pr. l. 24. l. 97 D. 46, 3.

[10] L. 8 D. 46, 3.

Digitized by Google

Kaufgeld anrechnen auf welche Forderung er will, selbst auf eine natürliche Verbindlichkeit vor der juristischen[11].

[Nach BGB. wird ebenfalls unter mehreren Verbindlichkeiten, mögen sie auf einem und demselben, oder auf verschiedenen Rechtsverhältnissen beruhen (Stammler Schuldverhältnisse S. 220) zunächst diejenige getilgt, welche der Schuldner bestimmt (366 Abs. 1). Ein Widerspruch des die Leistung annehmenden Gläubigers gegen die Bestimmung des Schuldners ist wirkungslos (welches m. E. auch die richtige Auffassung für das gemeine Recht ist). Bestimmt der Schuldner nicht, so tritt nicht wie im gemeinen Recht ein Bestimmungsrecht des Gläubigers in die Mitte, sondern es erfolgt sofort gesetzliche Verrechnung (366 Abs. 2. 367 Abs. 1), welche in einigen Beziehungen von der des gemeinen Rechts abweicht. Noch vor die Zinsen stellt das BGB. (367 Abs. 1) die Kosten. Unter mehreren fälligen Schulden bevorzugt das BGB. zunächst nicht die dem Schuldner beschwerlichere, sondern diejenige, welche dem Gläubiger geringere Sicherheit bietet, dann erst die dem Schuldner lästigere; unter mehreren gleich lästigen soll wie im gemeinen Recht die ältere vorgehen, bei mehreren gleichen Alters verhältnißmäßige Vertheilung eintreten (366 Abs. 2). Bestimmt der Schuldner eine Abweichung von dem Satze, daß die Kosten vor den Zinsen, diese vor dem Kapital getilgt werden (367 Abs. 1), so kann der Gläubiger durch seinen Widerspruch zwar nicht die gesetzliche Verrechnung herbeiführen, aber er darf die Leistung *ablehnen*, ohne Annahmeverzug fürchten zu müssen (367 Abs. 2). Wenn ein Pfand verkauft wird, welches für mehrere Forderungen haftet, so muß nach BGB. die gesetzliche Verrechnung eintreten. Denn nach § 1247 gilt, soweit der Erlös reicht, die Forderung als von dem Eigenthümer berichtigt, und zwar berichtigt ohne Bestimmung über die Verrechnung, so daß §§ 366. 367 anwendbar sind. Besonderes gilt für die Aufrechnung (396). S. darüber unten zu § 349 a. E.]

§ 343a*.

Wenn der Gläubiger Dasjenige, was er zu fordern hat, zwar erhalten hat, aber nicht auf sein Forderungsrecht, sondern auf ein

[11] L. 5 § 2. l. 73. l. 101 § 1 D. 46, 3, l. 35 pr. D. 13, 7. Doch ist auch in diesem Fall der Gläubiger nicht ganz unbeschränkt: l. 5 § 2. l. 96 § 3 D. 46, 3. Dernburg Pfandr. II S. 211 fg. Vgl. Henrici S. 473 480 fg. RG. XIII S. 191. [Sf. L. 240.]

* W. Sell über die römischrechtliche Aufhebungsart der Obligationen durch concursus duarum causarum lucrativarum (1839). Mommsen Beiträge I S. 255—262 (1853). (Dazu Windscheid Heidelb. kr. ZS. II S. 130—134, und wieder Mommsen Beitr. III S. 413—415.) Arndts Forts. von Glück XLVI S. 249 fg. (1868). Hartmann die Obligation S. 1—114 (1875). (Dazu Scheurl kr. VJS. XVIII S. 481 fg., Pernice ZS. f. HR. XXI S. 318 fg., Rümelin Gött gel. Anzeigen 1876 S. 929 fg.). K. Schmidt Jahrb. f. Dogm. XX S. 411 fg. (1882). Salkowski Forts. von Glück XLIX S. 122 fg. Unterholzner I § 261, Sintenis II S. 500—503, Brinz 2. Aufl. II § 292. [Tigges Ueber den concursus duarum causarum lucrativarum. Gött. Diss. 1895, Stammler Schuldverhältnisse S. 225 fg.]

Digitized by Google

anderes Forderungsrecht oder überhaupt nicht auf ein Forderungsrecht[1], so darf man nicht sagen, daß das Forderungsrecht des Gläubigers erfüllt sei[1a]. Aber obgleich es nicht erfüllt ist, ist es dennoch untergegangen, weil es dem Gläubiger nur deßwegen gegeben war, damit er erhalte, was er nun hat[2]. Die näheren Bestimmungen dieses Satzes sind folgende.

1. Daß der Gläubiger erhalten habe, was er zu fordern hat, darf nicht schon dann gesagt werden, wenn er eine Leistung gleichen Inhalts erhalten hat, wie diejenige ist, welche er zu fordern hat[3], sondern nur dann, wenn derselbe concrete Erfolg hergestellt ist, auf dessen Herstellung sein Forderungsrecht ging[4].

2. Der Gläubiger muß dasjenige, was er zu fordern hat, nicht bloß überhaupt erhalten haben, sondern auch mit dem gleich günstigen Resultat für sein Vermögen, welches stattgefunden haben würde, wenn er es auf sein Forderungsrecht erhalten hätte. Ist dieß nicht der Fall, so dauert sein Forderungsrecht fort auf die Differenz[5].

§ 343a. [1] Durch Erbschaft, Vermächtniß, Schenkung. Oder auch durch Naturgewalt, z. B. das Forderungsr. ging auf Wegräumung einer Erdwand, und dieselbe ist durch einen Erdrutsch beseitigt. — Den Beweis, daß der Gläubiger auf sein Forderungsr. erhalten habe, muß der Schuldner führen. Unger S. 536. Sf. XLII. 201.

[1a] Abgesehen wird hier von dem Fall, wo ein Forderungsr. mit Rücksicht auf ein anderes in der Weise begründet wird, daß die Erfüllung des einen zugleich die Erfüllung des anderen sein soll. Dieß ist der Fall bei der s. g. accessorischen Stipulation (301), und bei dem constitutum debiti alieni, und würde der Fall sein bei der Correalobligation, wenn bei derselben Mehrheit der Forderungsre anzunehmen wäre.

[2] L. 61 D. 46, 3: „In perpetuum quotiens id quod tibi debeam ad te pervenit et tibi nihil absit nec quod solutum est repeti possit, competit liberatio". Vgl. l. 31 pr. D. 5, 3 (exceptio).

[3] L. 66 § 2. 3 D. 31 (vgl. § 255 [21]), l. 87 pr. eod., l. 17 D. 46, 3.

[4] Der gewöhnlichste unter den hierher gehörigen Fällen ist der, daß dem Gläubiger die concrete Sache verschafft worden ist, auf deren Verschaffung sein Forderungsr. ging, und von diesem Fall sprechen die Quellen allein. Aber das Gleiche gilt, wenn an einer concreten Sache diejenige Arbeit hergestellt worden ist, welche an derselben hergestellt werden sollte (vgl. [1]); ferner wenn der aus einer concreten Thatsache erwachsene Schaden ersetzt worden ist, auf dessen Ersatz das Forderungsr. ging. Mit dem zuletzt erwähnten Fall steht in nahem Zusammenhang der von Hartmann S. 85 angeführte: das Forderungsr. ging „auf Ergänzung eines bestimmten defect gewordenen Viergespanns oder eines incompletten literarischen Werkes"; die Ergänzung ist eingetreten. Man denke auch an den Fall, daß die generisch bestimmte Leistung, auf welche das Forderungsr. ging, ihrer Natur nach unwiederholbar ist, z. B. Verschaffung einer Anstellung (vgl. l. 49 § 1 D. 31). Vgl überhaupt Hartmann S. 81 fg.

Digitized by Google

Hieraus ergibt sich, daß das Forderungsrecht schlechthin nur dann untergeht, wenn sowohl es selbst als die anderweitige Erlangung des zu Leistenden eine reine Bereicherung für den Gläubiger enthält[6].

---

[5] Auf dasjenige „quod ei abest". Vgl l. 61 D. 46, 3 (2), l. 34 § 7. 8. l. 82. § 2. l. 108 § 4 D. 30. — Im Einzelnen: a) das Forderungsr. war ohne Aufopferung erworben worden (es beruhte auf causa lucrativa), der Gläubiger hat aber für das Empfangene eine Aufopferung gemacht oder mit demselben eine Aufopferung übernommen; das Forderungsr. dauert fort auf Ersatz der Aufopferung. § 6. 9 I. 2, 20, l. 34 § 7. 8 D. 30, l. 82 § 2. 4. l. 84 § 5 i. f. l. 108 § 6 eod., l. 102 § 2 D. 32. b. Das Forderungsr. war zwar ebenfalls mit einer Aufopferung verbunden, aber die von dem Gläubiger für das Erhaltene gemachte oder zu machende ist größer. Doch läßt sich aus den Quellen kein ausdrückliches Zeugniß dafür beibringen, daß auch in diesem letzteren Falle die Differenz gefordert werden könne (über l. 10 D. 19, 1 s. Hartmann S. 105 fg.), und so wird es von Anderen geleugnet. Mommsen I S. 258, Hartmann S. 108 fg. — Hat der Gläubiger die Leistung, welche er zu fordern hat, zwar erhalten, aber nicht so, daß er sie auch behalten kann, so wird es so angesehen, als habe er sie gar nicht erhalten. L. 34 § 8. l. 108 § 5 D. 30, l. 83 § 6 D. 45, 1.

[6] In diesem Sinne sagen die Quellen; „Omnes debitores, qui speciem ex causa lucrativa debent, liberantur, cum ea species ex causa lucrativa ad creditores pervenisset" (l. 17 D. 44, 7) oder: „Traditum est, duas lucrativas causas in eundem hominem et in eandem rem concurrere non posse" (§ 6 I. 2, 20), s. auch l. 83 § 6 D. 45, 1. Früher betrachtete man diese Aufhebung des Forderungsr. durch „concursus duarum causarum lucrativarum" gewöhnlich als auf positiver Bestimmung beruhend (so zuletzt auch wieder Brinz a. a. O.); in neuerer Zeit hat man sich bemüht, sie tiefer zu erfassen und auf ihre inneren Gründe zurückzuführen. So hat Mommsen a. a. O. die Aufhebung des Forderungsr. aus der ohne Schuld des Schuldners eingetretenen Unmöglichkeit der Leistung herzuleiten gesucht (vgl. l. 34 § 3 D. 30, l. 108 § 4 eod., § 14 I. 4, 6), und dieser Auffassung habe auch ich in früheren Auflagen dieses Lehrbuchs [bis zur 4.] mich angeschlossen (vgl. auch Rümelin a. a. O. S. 959). Ich muß jetzt zugeben, daß mit dieser Auffassung der Sinn der Quellen nicht getroffen wird; die Quellen sehen den Grund der Aufhebung des Forderungsr. darin, daß der Gläubiger hat, was er nach dem Forderungsr. haben soll, daß ihm „nihil abest" (s. d. Stellen in Note [5]). Aber warum ist das Forderungsr. untergegangen, wenn der Gläubiger hat, was er nach dem Forderungsr. haben soll, obgleich er es nicht auf sein Forderungsr. erhalten hat? Man wird nach meiner Meinung sagen müssen: weil der das Forderungsr. setzende Wille dasselbe nur zu dem Ende gesetzt hat, damit der Gläubiger erhalte, was er nun hat, also das Forderungsr. für den Fall, welcher nun vorliegt, nicht gewollt hat. Vgl. l. 21 § 1 D. 32. Diese Auffassung kommt mit der von Arndts a. a. O. aufgestellten nahe zusammen oder stimmt ganz mit ihr überein. Uebereinstimmend auch Schmidt a. a. O., Salkowski a. a. O. Widersprechend Dernburg II § 68 [11]. Anders Hartmann a. a. O. Nach ihm ist das Forderungsr. untergegangen, weil es seinem Begriffe nach nicht sowohl auf Bewirkung des nun vorhandenen Erfolges durch die Handlung des Schuldners,

Digitized by Google

3. Daß der Gläubiger das, was er hat, nicht durch Erfüllung seines Forderungsrechts erhalten hat, zeigt sich wirksam darin, daß er frei ist von der dem Schuldner seinerseits zu machenden Gegenleistung[7]. Ist dem Gläubiger das Forderungsrecht gegeben worden für eine Aufopferung, welche er unter allen Umständen machen muß, so verliert er sein Forderungsrecht gar nicht[8].

[Das BGB. hat keinerlei Bestimmungen über den s. g. concursus duarum causarum lucrativarum aufgestellt. Die Motive II S. 81 verweisen lediglich

als vielmehr auf diesen Erfolg ging. Gegen diese Auffassung des Forderungsr. habe ich mich schon oben (§ 251 [2]) ausgesprochen. Ich glaube nicht, daß die Handlung des Schuldners ein dem Begriff der Obligation unwesentliches Moment ist. Die Obligation geht zwar nicht auf das Handeln des Schuldners als solches ohne Rücksicht auf seinen Inhalt, sondern auf das Handeln des Schuldners mit Rücksicht auf den durch dasselbe zu bewirkenden Erfolg; aber sie geht doch eben auf den zu bewirkenden Erfolg, also das Bewirken des Erfolges. Ist dieser Erfolg eingetreten, ohne daß der Schuldner (oder statt seiner ein Anderer) ihn bewirkt hat, so ist die Obligation untergegangen, nicht weil sie erfüllt ist, sondern weil ihr Zweck erreicht ist. Mit der Kategorie des Zweckes operirt auch Hartmann; aber nach Hartmann's Auffassung ist mit der Erreichung des Zwecks der Obligation auch die Obligation selbst erfüllt. Hartmann sagt nicht: zwar ist nicht geschehen, was die Obligation wollte, aber sie ist doch untergegangen, weil der Zweck, welcher durch das gewollte Geschehen erreicht werden sollte, anderweitig erreicht ist; sondern er sagt: die Obligation ist deßwegen untergegangen, weil geschehen ist, was sie wollte. Scheurl, wenn ich ihn recht verstehe, drückt die hier gegen Hartmann vertretene Auffassung so aus: zwar ist nicht der Zweck der Obligation erreicht, wohl aber ihr Endzweck. — Hartmann bestimmt den Zweck der Obligation näher als Befriedigung eines concreten privaten Interesse des Gläubigers. Man wird sich diese Formel im Allgemeinen gefallen lassen können, aber es wird der Zweifel erlaubt sein, ob sie nicht zu unbestimmt ist. Jedenfalls muß es Bedenken erregen, wie Hartmann den so festgestellten Begriff des „Zwecks" im Einzelnen verwendet. So lehnt er es ab, daß der Zweck der Obligation auf Geben einer Dos sei, dem Gläubiger ein Aequivalent für die onera matrimonii zu verschaffen; vielmehr sei ihr Zweck, dem Gläubiger ein den Regeln für die Dos unterworfenes Vermögensstück zu verschaffen (S. 110 fg., vgl. unten Note [8]). Ferner: zwar soll es der Zweck der Kaufobligation sein, dem Käufer die Kaufsache für einen gewissen Preis zu verschaffen; aber ihr „Cardinalzweck" sei doch, dem Käufer die Sache überhaupt zu verschaffen, und bei unserer Frage komme es gerade auf diesen „Cardinalzweck", nicht auf jenen „Zweck" an (S. 105 fg., vgl. Note [5] bei b). Ablehnend gegen die Kategorie des Zwecks auch Rümelin a. a. O., Mitteis die Individualisirung der Obligation S. 13. Was Pernice a. a. O. angeht vgl. S. 325, aber auch S. 322. Ders. ZS. f. HR. XXXIII S. 435.

[7] Die Gegenleistung kann von ihm nicht gefordert werden, wenn er sie noch nicht gemacht hat, und er kann die gemachte zurückfordern. Paul. sent. II, 17 § 8, l. 84 § 5 D. 30, l. 9. 29 pr. D. 21, 2, l. 29. D. 19, 1, l. 9 § 6 D. 19, 2.

[8] In diesem Sinne entscheidet l. 19 D. 44, 7, daß der Mann das als Dos Versprochene immer noch fordern könne, wenn er es auch anderweitig er-

Digitized by Google

darauf, daß die Entscheidung im Einzelfalle an der Hand der Vorschriften über die objective Unmöglichkeit oder im Wege der Auslegung des Gesetzes oder des Parteiwillens zu finden sei. Vgl. Stammler Schuldverhältnisse S. 226 fg.]

b. Beweis der Erfüllung.

§ 344.

Ueber den Beweis der Erfüllung enthält das römische Recht eine Reihe von besonderen Bestimmungen, welche aber zum größeren Theil durch die Gesetzgebung des neuen deutschen Reichs aus der praktischen Geltung beseitigt worden sind.

1. Die Erfüllung urkundlich feststehender Schulden soll auf dem Wege des Zeugenbeweises nur durch die Aussage von fünf Zeugen, uud zwar zugezogenen Zeugen, bewiesen werden können[1]. Aufgehoben durch das Einführungsgesetz zur Reichscivilproceßordnung § 14 Nr. 2[2].

[Bei der Aufhebung bleibt es auch in Zukunft.]

2. Quittungen[2a] sollen beweisen erst nach Ablauf von 30 Tagen. Während dieser Zeit können sie zurückgefordert, es kann auch ihre Beweiskraft durch einen gegen sie erhobenen Protest für immer ausgeschlossen werden; hat aber der Aussteller sich 30 Tage lang nicht gerührt, so macht die Quittung gegen ihn vollen, und zwar durch Gegenbeweis nicht zu entkräftigenden, Beweis[3]. Diese Vorschrift soll

---

halten habe: denn die Dos ist ihm versprochen worden als Entgelt für die onera matrimonii, und diese bleiben ihm unter allen Umständen. Vgl die § 492 [3. 4] citirten Stellen. (An und für sich könnte der Schuldner sich lösen mit dem Ersatz der sämmtlichen onera matrimonii; aber das wird er nicht wollen, denn es ist nicht anzunehmen, daß die onera matrimonii geringer seien, als der Ertrag der Dos.) Die Erklärung, welche Hartmann S. 110 fg. von dieser Stelle gibt, setzt sich über die in ihr selbst gegebene Motivirung („quodammodo creditor vel emtor intellegitur qui dotem petit") als „schwankend und ungenau" hinweg, was mir gegenüber den § 492 [3. 4] citirten Quellenaussprüchen als unzulässig erscheint.

[1] L. 18 C. 4, 20 und dazu Auth. *Rogati* aus Nov. 90 c. 2. § 344.

[2] Auch vorher schon wurde die praktische Geltung dieser Bestimmung vielfach geleugnet. S. die vierte und die früheren Auflagen dieses Lehrbuchs.

[[2a] Exner Fragment über die Quittung mitgetheilt in Grünh. ZS. XXII S. 670 fg., Julius Schultz die verschiedenen Bedeutungen der Quittung. Erl. Diss. 1894, Dilloo die Quittung im R. u. im Verkehr. Berl. Diss. 1895, Behrend zur Geschichte der Quittung. Berl. Diss. 1896, Frese Sav.-ZS. XVIII S. 241 fg., Collatz Jahrb. f. Dogm. XL S. 135 fg. (zum BGB.). Vgl. unt. zu § 412b Abs. 2.]

[3] Die exceptio non numeratae pecuniae gegen Empfangsbekenntnisse zum Zweck der Begründung von Obligationen (§ 372) ist durch l. 14 C. 4, 30

Digitized by Google

keine Anwendung finden auf Quittungen über öffentliche Abgaben[4]. Die ganze Vorschrift ist aufgehoben durch das Einführungsgesetz zur Reichscivilprozeßordnung § 17.

[Bei dieser Aufhebung verbleibt es.]

3. Bei öffentlichen Abgaben wird eine Rechtsvermuthung[5] für die Erfüllung in Betreff der früheren Termine durch die Quittungen über die drei letzten Jahre begründet[6]. Fast allgemein wird diese Bestimmung auf alle terminliche Leistungen überhaupt ausgedehnt[7]. —

[Diese Vorschriften waren bisher durch EG. z. CPO. § 16 Nr. 1 gedeckt. In Zukunft fallen sie fort, da jene Bestimmung aus dem EG. z. CPO. gestrichen ist. Aufrecht können nur besondere Vorschriften des öffentlichen Rechts bleiben, welche für öffentliche Abgaben Derartiges bestimmen.]

---

auf Empfangsbekenntnisse zum Zweck der Aufhebung von Obligationen ausgedehnt worden. Gneist formelle Verträge S. 25—32. Vgl. die Lehre von der exc. non numeratae pecuniae gegen Empfangsbekenntnisse der ersten Art (§ 372); dort auch das Nähere über die abweichenden Ansichten von Bähr Anerkennung S. 291 (327) fg. (der Ablauf der dreißigtägigen Frist gebe nicht der Quittung Beweiskraft, sondern entziehe dem Aussteller die Möglichkeit des Gegenbeweises) und von Schlesinger Formalcontracte S. 279 fg. (die exc. non numeratae pecuniae gelte nur für den Fall, wo es feststehe oder der Aussteller binnen dreißigtägiger Frist bewiesen habe, daß die Quittung vor der Erfüllung ausgestellt worden sei. Vgl. auch Sf. XXVI. 121, XXXI. 132. Wird der Gläubiger durch andere Beweismittel überführt, so wird er um den Betrag seiner Forderung gestraft (§ 263 [4]).

[4] L. 14 § 1 cit., l. 5 [4] C. 10, 22. Gneist a. a. O. S. 50.

[5] Vgl. I § 133 [10]. — Außer der im Text genannten Rvermuthung werden sehr gewöhnlich noch zwei andere aufgestellt: a) aus der Rückgabe und b) aus der Durchstreichung oder sonstigen Zerstörung der Schuldurkunde. Aber die hierfür angeführten Stellen (l. 14. 15 C. 8, 42 [43], l. 2 § 1 D. 2, 14, l. 24 D. 22, 3, l. 83 [82] § 3 D 47, 2) ergeben keineswegs mit Sicherheit, daß die Rvermuthung auf Befreiung gerade durch Erfüllung, und nicht vielmehr auf Befreiung überhaupt gestellt werden muß. Vgl. Vermehren ZS. f. CR. u. Pr. XI S. 262 fg., Fritz Erläuter. II S. 395, Sintenis § 103 [91], Gruchot S. 205—220. Sf. I. 202, V. 262, XIV. 18, XIX. 138. 223.

[6] L. 3 C. 10, 22. Die Vermuthung wird begründet durch die Quittungen über die drei letzten Jahre, nicht durch die Quittungen über die drei letzten Termine; sie wird begründet durch die Quittungen über die drei letzten Jahre, nicht durch die Thatsache der Erfüllung, so daß die Quittung durch andere Beweismittel nicht ersetzt werden kann. G. Ph. v. Bülow Abhandlungen II S. 192—196, Sintenis II S. 415 in der Note.

[7] Vgl. über diesen Punkt v. Bülow a. a. O. S. 194, Gesterding ACPra. IV S. 11, Sintenis § 103 [93] und die daselbst Genannten. Sf. I. 334. Dawider Gesterding und Sintenis an den hier genannten Orten. — Das EG. z. RCPO. § 16 Nr. 1 erhält die zu 3 genannte Bestimmung aufrecht.

Digitized by Google

Auf Ausstellung einer Quittung hat der Schuldner ein Recht und kann bis zur Ausstellung mit der Erfüllung zurückhalten[8].

[Das BGB. hat die Quittirungspflicht des Gläubigers in § 368 aufrecht erhalten und näher geregelt. Kosten der Quittung: s. § 369. Verweigerung der Quittung: s. 273. 298. Aus HGB. Art. 296 ist übernommen BGB. § 370, wonach der Ueberbringer einer Quittung als ermächtigt gilt, die Leistung zu empfangen, sofern nicht die dem Leistenden bekannten Umstände (nicht auch solche, die er hätte kennen müssen) der Annahme einer solchen Ermächtigung entgegenstehen (wenn er die ihm bekannten Umstände unrichtig würdigt, so hilft ihm dieß nichts). Rückgabe des Schuldscheins neben der Quittung: 371. Behauptet der Gläubiger, zur Rückgabe des Schuldscheins außer Stande zu sein, so kann der Schuldner das öffentlich beglaubigte Anerkenntniß verlangen, daß die Schuld erloschen sei (371 S. 2). Im Proceßwege wird aber dann, wenn der Gläubiger zu solchem Anerkenntniß verurtheilt ist, dasselbe nicht erzwungen, sondern es ist CPO. 894 anwendbar. Der Schuldner ist auf den Anspruch aus § 372 S. 2 nicht beschränkt; er kann, wenn der Gläubiger seiner Behauptung zuwider den Schuldschein herauszugeben im Stande ist, auf dieser Herausgabe bestehen (so auch Planck zu § 371, 2), und wenn der Gläubiger den Schein in Folge eines von ihm zu vertretenden Umstandes nicht herausgeben kann, Ersatz eines solchen Schadens fordern, der durch jenes Anerkenntniß nicht verhütet wird.

Wenn der Gläubiger eine Leistung angenommen hat mit dem ausdrücklichen oder stillschweigenden Zugeständniß, daß sie Erfüllung sei, so trägt er die Beweislast, wofern er behauptet, die Leistung sei nicht die richtige, oder sie sei in irgend einer Beziehung mangelhaft (363).]

c. Verzug des Gläubigers*.

α. Voraussetzungen.

§ 345.

Wenn der Gläubiger die angebotene Erfüllung widerrechtlicherweise nicht annimmt, so kommt er in Verzug, wie der Schuldner in

---

[8] Vgl. l. 1 C. 10, 22, l. 19 C. 4, 21, l. 18 C. 4, 20, Nov. 90 c. 2. Gesterding ACPra. IV S. 16 fg., Linde ZS. f. CR. u. Pr. I S. 224—250, Busch ACPra. XXXI S. 1—12, Platner das. L S. 252, Gruchot S. 186 fg., Bl. f. RAnw. zun. in Bayern XLI S. 49—52 [RG. XXVIII S. 434 fg.]; abweichend Rudloff ACPra. XLV S. 170 fg., Dernburg Preuß. Privatr. II § 96 [Pand. II § 55 [34]]. Sf. I. 330, VIII. 246, IX. 19. 20. 21, XIII. 245, XX. 121, XXV. 18. Vgl. das. XXIII. 117 (der Schuldner darf auch bis zur Rückgabe der Schuldurkunde die Zahlung zurückhalten). Kosten der Quittung? Vgl. Gruchot S. 192—195.

* v. Madai die Lehre von der Mora § 36—42. 62—64. 69 (1837). Wolff zur Lehre von der Mora § 31—36. 43—44. 46 (1841). Mommsen die Lehre von der Mora (Beiträge zum Obligationenr. B. III) § 14—18. 30—33. 36 (1855). Kohler Jahrb. f. Dogm. XVII S. 261—424 (1879). v. Schey Begriff und Wesen der Mora Creditoris im österr. u. im gem. R.

Digitized by Google

Verzug kommt, wenn er die Erfüllung der Forderung widerrechtlich verzögert (§ 276 fg.)[1].

Die näheren Voraussetzungen des Verzugs des Gläubigers sind folgende.

1. Anbieten der Erfüllung[2]. Dieses Anbieten muß ein thatsächliches, nicht bloß ein wörtliches sein, d. h. der Schuldner muß nicht bloß erklären, daß er zu der ihm obliegenden Leistung bereit sei, sondern er muß zu derselben auch thatsächlich bereit sein[3]. Was zur Leistungsbereitschaft gehört, hängt von dem Maße ab, in welchem der Schuldner zum Zweck der Bewirkung der Leistung ohne Mitwirkung des Gläubigers thätig werden kann. Ein sehr gewöhnlicher Fall ist der, daß die Mitwirkung des Gläubigers nur in einem

---

(1884). (Darüber Demelius Grünh. ZS. XIII S. 457 fg.) Fritz Erläuterungen II S. 348 fg., Unterholzner I § 60—62, Sintenis II S. 210—219, Brinz 2. Aufl. II § 275. Unger in Haimerl's VJS. XIV S. 127 fg. [Hirsch z. Revision der Lehre vom Gläubigerverzuge. Leipz. 1895, dazu Schiffner kr. VJS. XXXVIII S. 412 fg., Koch die mora creditoris Gött. Diss. 1895, Munk Wesen und Voraussetzungen der mora creditoris im gem. R. und im BGB. f. d. deutsche Reich. Erl. Diss. 1898, Kohler der Gläubigerverzug ABR. XIII S. 149 fg.. Wentrup der Gläubigerverzug im BGB. Erl. Diss. 1899.]

§ 345. [1] Der mora debitoris oder solvendi entspricht eine mora creditoris oder accipiendi.

[2] v. Madai § 37, Wolff § 33, Mommsen § 15, Kohler S. 400 fg. (263 fg. 282 fg. 355 fg. 364 fg.), v. Schey S. 108 fg. 114 fg.; Sintenis S. 214. [Hirsch S. 200 fg. Muß der Gläubiger eine unter Bestreiten der Verpflichtung angebotene Leistung annehmen? dafür Stölzel Eventualaufrechnung S. 156 fg. (2. Aufl.), Siber Compensation und Aufrechnung S. 122 fg. (mit Unterscheidungen). Dagegen im Allgemeinen F. Leonhard die Aufrechnung S. 150 fg., anders nur für die zur Abwendung drohenden Zwanges geschehende Zahlung; ebenso in vortrefflicher Ausführung Liebknecht Vorbehaltszahlung und Eventualaufrechnung Berlin 1899 bes. S. 71 fg. Dieser Ansicht ist m. E. beizutreten.]

[3] In diesem Sinne die Ausdrücke gefaßt, muß die „Oblation" (abgesehen von dem unten zu nennenden Ausnahmefalle) immer eine „Realoblation" sein, es genügt nie eine „Verbaloblation". Sf. XIX. 134, XXX. 236, XXXII. 216. Häufig freilich bezeichnet man durch die genannten Ausdrücke einen anderen Gegensatz, nämlich den Gegensatz zwischen Anbieten mit unmittelbarer Darreichung des Leistungsgegenstandes, und Anbieten ohne eine solche Darreichung. In diesem letzteren Sinne die Ausdrücke gefaßt, ist „Realoblation" weit davon entfernt, immer erforderlich zu sein. S. das im Text sogleich Folgende. — Die Quellen sprechen im Allgemeinen von einem offerre (z. B. l. 26 D. 24, 3, l. 72 pr. § 2 D. 46, 3). Aber auch von einem paratum esse solvere (l. 3 § 4 D. 19, 1, l. 39 D. 46, 3) und davon, daß bei Abwesenheit der zu leistenden Sache vom Leistungsort ein offerre derselben nicht möglich sei (l. 72 § 3 D. 46, 3), ferner von einem denuntiare ut tollat (l. 1 § 3. l. 4 § 2 D. 18, 6).

Digitized by Google

Zugreifen, Nehmen besteht. Hier muß der Schuldner Alles gethan haben, was erforderlich ist, damit der Gläubiger zugreifen, nehmen könne, wobei sich noch der wichtige Gegensatz bemerkbar macht, daß der Schuldner möglicherweise sich zum Zweck der Leistung bei dem Gläubiger einzufinden hat, möglicherweise die Abnahme der Leistung durch den Gläubiger erwarten darf[4]. Es kann aber auch sein, daß der Schuldner ohne die Mitwirkung des Gläubigers die ihm obliegende Leistung nicht beginnen oder nicht fortsetzen kann. In diesem Fall genügt es, daß der Schuldner sich in diejenige Lage versetzt habe, in welche er sich ohne Mitwirkung des Gläubigers versetzen konnte [4a]. Wörtliches Anbieten ist nicht erforderlich, wenn für die Mitwirkung des Gläubigers ein bestimmter Zeitpunkt festgesetzt ist und der Schuldner nicht mit der von seiner Seite erforderlichen Thätigkeit vorzugehen hat[4b]. Ist der Gläubiger abwesend, so kann die Anbietungserklärung vor Gericht (dem Organ der freiwilligen Gerichtsbarkeit) erfolgen[4c]. Thatsächliche Leistungsbereitschaft ist nicht erforderlich, wenn der Gläubiger im Voraus mit Bestimmtheit erklärt hat, die Leistung nicht annehmen zu wollen[5].

---

[4] Sf. XXVI. 233. RG. I S. 357.

[4a] Die hierher gehörigen Fälle sind zahlreich und von sehr verschiedener Art. S. namentlich Kohler S. 282 fg. 356 fg. 364 fg. 374 fg. [[André Einrede des nicht erfüllten Vertrages S. 140]]. Beispiele: Zu einem von dem Schuldner zu fertigenden Bildniß muß der Gläubiger seine Person stellen. Es ist ausgemacht, daß der Gläubiger zu einer von dem Schuldner zu fertigenden Arbeit den Gegenstand oder die Materialien liefern sollte. Im gegebenen Fall kann der Betrag der zu zahlenden Schuld ohne die Mitwirkung des Gläubigers nicht festgestellt werden. Kauf einer durch den Verkäufer herzustellenden Waare, deren nähere Beschaffenheit durch den Käufer bestimmt werden soll, wie in dem interessanten von Römer in seinen Abhandlungen ꝛc. I S. 132 fg. behandelten Fall. Römer selbst, welcher mit Mommsen S. 170 fg. bei dem unmittelbaren Inhalt der Quellen stehen bleibt, leugnet für diesen Fall die Möglichkeit, den Gläubiger in Beziehung auf die Leistung in Verzug zu setzen, und nimmt nur die Möglichkeit einer Inverzugsetzung in Betreff der Wahl an. Vgl. § 346 [10]. S. noch l. 6. 7. 8 pr. D. 33, 5. [RG. XXX S. 103 fg. und dort Angeff. für die Möglichkeit des Annahmeverzuges.] — In Betreff des oben genannten Falles, wo die Mitwirkung des Gläubigers zum Zweck der Feststellung des Betrags der Schuld erforderlich ist, verweisen l. 4 C. 5, 56 und l. 5 C. 8, 27 [28] den Schuldner auf den gerichtlichen Weg. Die Uebertragung auf andere Fälle ermangelt ausreichender Rechtfertigung. Und auch was jenen Fall angeht s. Sf. XXXIV. 102. [S. noch Sf. LI. 196.]

[4b] Vgl. über die verschiedenen Auffassungen Mommsen S. 140. 173, Kohler S. 401 fg., v. Schey S. 115. 117. [Sf. L. 160 (gegen den Satz des Textes).]

[4c] L. 6 C. 4, 32. Mommsen S. 168.

Digitized by Google

[Auch das BGB. verlangt thatsächliches Angebot (294). Wörtliches Angebot genügt, wenn der Gläubiger dem Schuldner erklärt hat, daß er die Leistung nicht annehmen werde, oder wenn zur Bewirkung der Leistung eine Handlung des Gläubigers erforderlich ist, insbesondere wenn der Gläubiger die geschuldete Sache abzuholen hat. In diesem Falle steht dem Angebot die Aufforderung an den Gläubiger gleich, die erforderliche Handlung vorzunehmen (295).

Ist für die Handlung des Gläubigers eine Zeit nach dem Kalender bestimmt, so bedarf es des Angebots nur, wenn der Gläubiger die Handlung rechtzeitig vornimmt, d. h. er kommt mit Ablauf der Zeit ohne Angebot in Annahmeverzug, wenn er nicht, was er beweisen muß, die Handlung rechtzeitig vorgenommen hat. Diesem Beweis gegenüber muß der Schuldner, wenn er dennoch Annahmeverzug behauptet, ein Angebot beweisen. Das Gleiche gilt, wenn der Handlung des Gläubigers eine Kündigung vorauszugehen hat und die Zeit für die Handlung in der Weise bestimmt ist, daß sie sich nach dem Kalender berechnen läßt (296).

Der Satz zu Note [40] besteht in dieser Form im BGB. nicht. Es kann der Gläubiger, welcher am Erfüllungsorte nicht anwesend ist und daselbst keinen zur Empfangnahme legitimirten Vertreter hat, vom Schuldner nach § 295 aufgefordert werden, sich zur Empfangnahme der Leistung selbst oder durch einen legitimirten Vertreter am Erfüllungsorte einzufinden, und diese Aufforderung kann auch gemäß § 132 erlassen werden. Wenn, wie es scheint, Kohler ABR. XIII S. 199 (s. auch 191) bei Abwesenheit des Gläubigers den Annahmeverzug selbst ohne solche Verbaloblation eintreten lassen will, so kann dem nicht beigepflichtet werden. Allgemein lehrt Kohler, daß der Annahmeverzug ohne Angebot eintritt, wenn die Annahme dem Gläubiger unmöglich ist, (während die Leistung möglich ist) (S. 199), oder wenn das Angebot selbst (nicht die Leistung) unmöglich ist (S. 200). Mir scheint aber, daß im letzteren Falle kein Annahmeverzug begründet werden kann, wenn nicht das Erforderniß des Angebots aus anderen Gründen wegfällt, und daß auch im ersteren Falle zwar das Angebot trotz der Unmöglichkeit der Annahme den Annahmeverzug begründet (weil das BGB. kein Verschulden des Gläubigers fordert), daß aber die Unmöglichkeit der Annahme das Angebot nicht entbehrlich macht. Nur treten auch ohne Angebot die (vom Annahmeverzug verschiedenen) Wirkungen des § 372 S. 2 und des § 383 Abs. 1 S. 2 ein, wenn der Schuldner aus einem in der Person des Gläubigers liegenden Grunde nicht oder nicht mit Sicherheit erfüllen kann.

Der § 297 bestimmt allgemein, daß der Gläubiger nicht in Annahmeverzug kommt, wenn der Schuldner zur Zeit des Angebots, oder im Falle des § 296

---

[5] Mit Bestimmtheit erklärt hat — nicht also im Sinne einer bloß vorläufigen Meinungsäußerung, sondern in dem Sinne, daß er auch der Leistungsbereitschaft gegenüber keine andere Erklärung abgeben werde. Es kann von dem Schuldner nicht verlangt werden, daß er einer solchen Erklärung gegenüber sich erst noch in Leistungsbereitschaft setze; er darf sich auf die Erklärung, wie sie abgegeben worden ist, berufen. Vgl. Wolff S. 407, Sintenis S. 218, Thöl Handelsr. 6. Aufl. I § 268 [16], Kohler S. 400 fg.; a. M. Mommsen S. 144. 176, Römer Abhandlungen I S. 141, v. Schey S. 111. Sf. XXVIII. 116, XXXIII. 7. [XLVIII. 277.]

Digitized by Google

zu der für die Handlung des Gläubigers bestimmten Zeit außer Stande ist, die Leistung zu bewirken. Dieß gilt also (anders als nach dem Satz zu [5] im gemeinen Recht) auch, wenn der Gläubiger im Voraus erklärt hat, die Leistung nicht annehmen zu wollen. Die Bestimmung gibt sich als Ausnahmevorschrift; der Gläubiger soll also den Beweis der mangelnden Leistungsbereitschaft führen. Dieß kann aber dann nicht gelten, wenn thatsächliches Angebot erforderlich ist; denn dann ist mit dem zweifellos erforderlichen Beweis der Thatsächlichkeit des Angebots auch die Leistungsbereitschaft dargethan. — Vgl. Kohler ABR. XIII S. 193 fg.]

2. Anbieten der Erfüllung[6]. Es muß angeboten werden: was der Gläubiger zu fordern hat (§ 342 Ziff. 1 und 2), — durch den Schuldner oder einen anderen zur Erfüllung Befähigten (§ 342 Ziff. 4), — dem Gläubiger, vorausgesetzt daß derselbe veräußerungsfähig ist (§ 342 Ziff. 7), seinem gesetzlichen Vertreter oder demjenigen, an welchen der Gläubiger den Schuldner verwiesen hat[7], — zu der Zeit, zu welcher, und an dem Orte, an welchem der Gläubiger anzunehmen gesetzlich verpflichtet ist (§ 273 a. E., § 282 a. E.).

[Auch nach BGB. muß die Leistung so angeboten werden, wie sie zu bewirken ist (294). Das Gesetz verlangt Anbietung an den Gläubiger (294). Daß statt seiner, wenn er geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist, sein gesetzlicher Vertreter eintritt, ist selbstverständlich. Ein gewillkürter Stellvertreter des Gläubigers, welcher Vollmacht hat, für den Gläubiger eine Leistung mit der Folge der Befreiung des Schuldners anzunehmen, hat keineswegs nothwendig auch Vollmacht, die angebotene Leistung mit einer den Gläubiger benachtheiligenden Wirkung abzulehnen. In diesem Sinne ist das in Note [7] vom Specialprocurator Gesagte ganz richtig, auch für das BGB. (A. M. Planck zu § 293, 3). Der allgemeine Vermögensverwalter dagegen hat auch die Vollmacht zur Ablehnung ([7]). Auch durch Ablehnung der Leistung seitens eines solutionis causa adiectus oder des Dritten beim Vertrage zu Gunsten Dritter wird Annahmeverzug des Gläubigers (des Versprechensempfängers, der Leistung an den Dritten fordern kann) begründet, denn der Schuldner hat hier das Recht der Leistung an den Dritten und muß auch die Vortheile des Annahmeverzuges durch Angebot an ihn erwerben können. Auch wirkt der Verzug eines Gesammtgläubigers gegen die übrigen (429 Abs. 1). Bei der Anweisung auf Schuld (787) muß

[6] v. Madai § 38—40, Wolff § 34, Mommsen S. 145—160. 223—224. 314—316. Sf. XXIV. 19. Vgl. Budde Entsch. des OAG. zu Rostock VII S. 117.

[7] Dahin gehört auch der mit der Verwaltung des ganzen Vermögens Beauftragte (l. 34 § 3 D. 46, 3.: — „is qui omnibus negotiis suis aliquem proponit, intellegitur etiam debitoribus mandare, ut procuratori solvant"), nicht aber der Specialprocurator; der dem Letzteren ertheilte Auftrag berührt den Schuldner nicht. Vgl. über die verschiedenen Ansichten: v. Madai S. 249, Wolff S. 423, Mommsen S. 315, Sintenis S. 217. Sf. XXXII. 228.

Digitized by Google

man m. E. zu dem Ergebniß kommen, daß erst dann, wenn der Schuldner die Anweisung angenommen hat und sie hierdurch ihm gegenüber unwiderruflich geworden (790) und zugleich ein Anspruch des Anweisungsempfängers gegen den Angewiesenen begründet ist (784), das Angebot der Leistung an den Anweisungsempfänger Annahmeverzug sowohl mit Bezug auf dessen Forderung (aus der Annahme) wie mit Bezug auf die Forderung des Anweisenden gegen den Angewiesenen begründet.

Das thatsächliche Angebot kann erfolgen durch den Schuldner wie jeden Dritten, soweit nicht aus besonderem Grunde der Schuldner in Person zu leisten hat; jedoch ist der Annahmeverzug ausgeschlossen, wenn der Schuldner der Leistung durch den Dritten widersprochen hat (267). Das wirkliche Angebot oder die Aufforderung zur Vornahme der erforderlichen Handlung durch den Gläubiger im Sinne des § 295 kann nur von dem Schuldner oder seinem befugten Vertreter ausgehen (Prot. d. II. Comm. S. 661). Auch diejenigen, welche nach § 268. 1150. 1249 das Recht haben, den Gläubiger zu befriedigen, können das wörtliche Angebot nicht erlassen; auch ihnen steht nur das thatsächliche Angebot offen; dieses Angebot muß aber zu ihren Gunsten seine Wirkungen äußern, insbesondere ihnen das Hinterlegungsrecht geben (268 Abs. 2), auch wenn der Schuldner der Leistung durch sie widersprochen hat.]

3. Widerrechtliche Nichtannahme[7a]. Widerrechtlich ist die Nichtannahme, wenn die Annahme dem Gläubiger möglich war, ihm auch sonst kein Entschuldigungsgrund zur Seite steht, wie z. B. Irrthum über die Existenz oder den Umfang der Forderung. Jedoch ist dieses Erforderniß des Verzuges des Gläubigers sehr bestritten. Nach einer andern Ansicht soll der Verzug des Gläubigers durch jede Nichtannahme begründet werden, gleichviel ob sie ihm zur Schuld gereicht oder nicht[8]. Die Aussprüche der Quellen gewähren ein unzweifelhaftes Resultat nicht[9]. Als entscheidend muß aber angesehen

---

[7a Verweigerung der Zug um Zug geschuldeten Gegenleistung: Hirsch S. 11 fg.]

[8] Für diese Ansicht sind namentlich Fritz S. 357, Sintenis S. 218 und besonders Kohler S. 265 fg. 409 fg. eingetreten. Ebenso Ernst in der § 276 Note * cit. Dissertation S. 63 fg. und Demelius Grünh. ZS. XIII S. 458 fg. [Hirsch S. 215 fg.] Mommsen § 17 will dem Gläubiger Unmöglichkeit der Annahme kraft eines persönlichen Hindernisses zu Gute kommen lassen, nicht aber z. B. Irrthum. Der hier vertretenen Ansicht sind v. Madai § 36. 42 und namentlich v. Schey a. a. O. (welchem gegenüber Kohler seine Auffassung festgehalten hat in „Moderne Rfragen bei islamitischen Juristen", 1885, S. 12 [ABR. XIII S. 150 fg.]). S. auch Wolff S. 405. 434—436. Zweifelnd Brinz 2. Aufl. II S. 308. 310. Am Wenigsten scheint mir die mittlere Meinung Mommsen's haltbar.

[9] Die Quellen sprechen im Allgemeinen von einem accipere nolle (z. B. l. 26 D. 24, 3, l. 73 § 2 D. 45, 1), freilich auch von einem stare per creditorem quominus accipiat und von einer darin liegenden frustratio (l. 37 D.

Digitized by Google

werden, daß der Verzug für den Gläubiger Nachtheile zur Folge hat, und Nachtheile, wo nicht eine unzweifelhafte gesetzliche Bestimmung das Gegentheil verordnet, nicht einem Unschuldigen auferlegt werden dürfen[10. 11].

[Auch das §§§. verlangt Nichtannahme der Leistung (293) d. h. es muß die Leistung abgelehnt oder dasjenige Zeitminimum verstrichen sein, welches zur Bethätigung der Annahme erforderlich gewesen wäre. Dagegen kommt es auf

---

17, 1); aber auch diese letzteren Ausdrücke bezeichnen nicht nothwendig ein Schuldmoment. Wenn sodann in l. 72 pr. D. 46, 3 der Verzug des Gläubigers daran angeknüpft wird, daß er „sine iusta causa . . accipere recusavit", so bleibt es doch immer möglich, daß damit hat gesagt werden sollen, daß der Gläubiger eine nicht gehörige Leistung zurückweisen dürfe. Entscheidendes Gewicht auf die beiden zuletzt genannten Stellen legt Dernburg II § 43 [9].

[10] Man darf nicht sagen, daß der Schuldner ein R. auf Annahme habe. Auch das Recht auf „Annahme oder Verzicht", für welches ich mich früher (Heidelb. kr. ZS. III S. 269) ausgesprochen habe, ist nicht haltbar. Aber der Schuldner hat ein Interesse an der Annahme; die Nichtannahme hat Nachtheile für ihn zur Folge. Sollen ihm diese Nachtheile abgenommen werden? Es kommt zur Erwägung, daß, indem sie ihm abgenommen werden, sie dem Gläubiger auferlegt werden. Das ist nicht gerecht, wenn den Gläubiger kein Vorwurf trifft. Trifft ihn kein Vorwurf, so muß es bei der Thatsache bleiben, wie sie sich vollzogen hat. Ich kann nicht zugeben, daß dieses Argument durch Kohler widerlegt sei. [Hirsch S. 180 fg. 185 fg. Schanzenbach Gibt es oder inwieweit gibt es in gegenseitigen Verträgen eine Pflicht zur Annahme der Gegenleistung? Erl. Diss. 1898. Kohler ABR. XIII S. 164 fg. 240 fg. 276 fg.]

[11] Man hat sich von gegnerischer Seite auf l. 18 pr. D. 13, 5 und auf den Satz berufen, daß die Conventionalstrafe und die lex commissoria nicht verfallen, wenn der Gläubiger selbst ohne seine Schuld an der Annahme verhindert sei. Mit Unrecht. Die an die Nichterfüllung von der Rsordnung zu Lasten des Schuldners neu angeknüpften rlichen Folgen treffen nicht den unschuldigen Schuldner, und unschuldig ist er, wenn er anbietet und der Gläubiger nicht annimmt, aus welchem Grunde immer. Hier handelt es sich darum, ob der vorhandene rliche Zustand zum Vortheil des Schuldners und zum Nachtheil des Gläubigers abgeändert werden soll. Vgl. auch v. Schey S. 74. Scheinbarer ist die Berufung darauf, daß ein durch die Erfüllung (in seiner Existenz oder seiner Wirksamkeit) bedingter Anspruch des Schuldners gegen den Gläubiger ohne Weiteres geltend gemacht werden kann, wenn der Gläubiger auch ohne alle Verschuldung nicht annimmt (§ 400 [14], § 401 [7]). Aber hier erleidet der Gläubiger keinen Nachtheil, da er nur zuzugreifen braucht, um die Leistung des Schuldners zu erhalten. Ist aber dem Schuldner die Leistung ohne seine Schuld unmöglich geworden, so darf ihm, wie ich glaube, ein Anspruch auf die Leistung des Gläubigers eben auch nur dann zugestanden werden, wenn diesem die Nichtannahme zur Schuld gereicht. — Widerlegt ist die hier festgehaltene Ansicht, wenn folgende Argumentation richtig ist: wenn der Schuldner dasjenige gethan hat, was er ohne Mitwirkung des Gläubigers zum Zweck der Erfüllung thun kann, so hat er gethan, was ihm oblag, und er ist frei. Das ist die Auffassung Kohler's, der in dem genannten Fall von einem „Erfüllungssurrogat" spricht, obgleich es zu derselben nicht paßt, daß er ein Erfüllungssurrogat nicht schon in

Digitized by Google

Verschulden des Gläubigers nicht an. Nur in folgender Weise nimmt das Gesetz auf eine Verhinderung des Gläubigers Rücksicht: Wenn die Leistungszeit nicht bestimmt oder der Schuldner berechtigt ist, vor der bestimmten Zeit zu leisten (271 Abs. 2), so kommt der Gläubiger nicht dadurch in Verzug, daß er vorübergehend an der Annahme der Leistung verhindert ist, es sei denn, daß der Schuldner ihm die Leistung eine angemessene Zeit vorher angekündigt hat (299). Der Gläubiger soll also in derartigen Fällen nicht jederzeit zur Annahme der Leistung bereit sein müssen. Indessen wird in dem Falle, daß eine Leistungszeit bestimmt ist, jedoch mit dem Rechte des Schuldners, früher zu leisten, die Vorschrift nur gelten, wenn der Schuldner hiervon Gebrauch gemacht, nicht, wenn er die Zeit abgewartet hat. Anträge, dieß zum Ausdruck zu bringen, wurden in der II. Comm. als lediglich die Fassung betreffend bezeichnet (Prot. S. 661. 664). Ob die vorübergehende Verhinderung des Gläubigers eine verschuldete oder unverschuldete ist, ist gleichgültig. Die Beweislast gestaltet sich so: der Schuldner beweist das Angebot, der Gläubiger die vorübergehende Behinderung, der Schuldner demgegenüber die eine angemessene Zeit vorher erfolgte Ankündigung.

Ist der Schuldner nur gegen eine Leistung des Gläubigers zu leisten verpflichtet, so kommt der Gläubiger auch dann in Verzug, wenn er zwar die angebotene Leistung anzunehmen bereit ist, die verlangte Gegenleistung aber nicht anbietet (298). Diese Bestimmung ist anwendbar nicht nur bei gegenseitigen Verträgen (320 fg.), sondern in jedem Falle des Zurückbehaltungsrechts (273), also allgemein bei Forderungen jeder Art mit Rücksicht auf die Quittungspflicht (368). Praktischen Boden findet die Vorschrift natürlich nur bei dem thatsächlichen Angebot. Sie greift nur ein, wenn der Schuldner die Gegenleistung verlangt hat, und dieß wird er beweisen müssen. Dagegen wird es Sache des Gläubigers sein, zu beweisen, daß er die Gegenleistung auf das Verlangen hin angeboten habe. (Ob durch das Verlangen der Gegenleistung der Gläubiger mit der Gegenleistung in Verzug kommt, hängt davon ab, ob er sie schuldet, oder ob er sie nur als Vorbedingung für die ihm geschuldete Leistung zu bewirken hat, ferner davon, ob der Gegner sie einmahnte oder ob er nur die eigene Leistung von der Bewirkung der Gegenleistung abhängig machte, endlich davon, ob nicht dem Gläubiger in Ansehung des Unterbleibens der Gegenleistung der § 285 zur Seite steht).]

Der Verzug des Gläubigers hört dadurch wieder auf[12], daß der Gläubiger sich zur Annahme bereit erklärt; nur muß er dabei zugleich Ersatz des durch seinen Verzug dem Schuldner bereits erwachsenen Schadens anbieten[13]. Außerdem kann der Verzug des

dem fruchtlosen Anerbieten der geschuldeten Sache, sondern erst in dem Preisgeben, Aussetzen derselben sucht (S. 287. 312. 364. 374); aber daß es die Auffassung der Quellen sei, ist nicht nachgewiesen. Gegen Kohler v. Schey S. 29 fg.; gegen diesen wieder Kohler ACPra. LXIX S. 168. [Derselbe gegen Windscheid ABR. XIII S. 160 fg.] S. auch § 346 [1].

[12] v. Madai § 69. 70, Wolff S. 514—515, Mommsen § 36, Sintenis S. 221.

[13] L. 18 [17] D. 18, 6. Ueber l. 51 pr. D. 19, 1 s. Fritz ACPra. X S. 155 fg., Mommsen S. 340 fg., Windscheid Heidelb. kr. ZS. III S. 278.

Digitized by Google

Gläubigers durch Verzicht des Schuldners beseitigt werden, und es versteht sich von selbst, daß der Verzug mit dem Forderungsrecht selbst wegfällt.

[Auch nach BGB. wird der Verzug des Gläubigers durch nachträgliches Erbieten zur Annahme oder zu der dem Gläubiger obliegenden Handlung (295. 296) aufhören. Im Falle des § 298 bedarf es des nachträglichen Anbietens der Gegenleistung, und sind dem Schuldner Ansprüche gemäß § 304 erwachsen, so muß der Gläubiger deren Befriedigung anbieten. Ob nunmehr der Schuldner in Leistungsverzug kommt, hängt von den Umständen, insbesondere davon ab, ob das Erbieten des Gläubigers auch eine Mahnung ist, und ob nicht dem Schuldner der § 285 zur Seite steht. Möglich ist auch, daß nach der Absicht des Vertrages oder besonderer Vorschrift (615) der Schuldner zur Nachleistung nach einmal eingetretenem Annahmeverzuge überhaupt nicht verpflichtet ist.]

β. Wirkungen.

§ 346.

Der Verzug des Gläubigers hat nicht die Wirkung, den Schuldner von seiner Verbindlichkeit zu befreien[1]; wohl aber kann der Schuldner verlangen, daß die durch den Verzug des Gläubigers bewirkte Nichterfüllung ihm nicht zum Schaden gereiche. Folgerungen aus diesem Grundsatz sind folgende. 1. Der Schuldner haftet fortan nicht mehr wegen Mangels an Sorgfalt, sondern nur noch wegen Arglist und der derselben gleichstehenden groben Nachlässigkeit[2]; ein ohne Arglist oder grobe Nachlässigkeit des Schuldners eingetretener Verlust des Leistungsgegenstandes befreit ihn selbst dann, wenn dadurch eine Unmöglichkeit der Erfüllung nicht herbeigeführt worden ist[3]. 2. Ein Anspruch des Schuldners gegen den Gläubiger, welcher

---

* v. Madai § 62—64, Wolff 43—44, Mommsen § 30—33, Kohler S. 376 fg., v. Schey S. 120 fg., Sintenis S. 210—214.

[1] Vgl. § 395 [11]. Ueber scheinbar widersprechende Stellen s. Mommsen § 346. S. 286 [2 a. E.]. Für andere als Geldschulden behauptet das Gegentheil Zimmern ACPra. III S. 121 fg.; dagegen Thibaut das. V S. 332—337.

[2] L. 5 l. 18 [17] D. 18, 6, l. 9 D. 24, 3. Hätte der Gläubiger angenommen, so hätte der Schuldner keine Sorgfalt mehr aufzuwenden gebraucht. Wegen Arglist aber und grober Nachlässigkeit wird nie nicht gehaftet (§ 265, 1 und 2). — Geht der zu leistende Gegenstand durch Arglist oder grobe Nachlässigkeit des Schuldners unter, so richtet sich die Schätzung nach den gewöhnlichen Grundsätzen (§ 258, 1). Ueber l. 3 § 4 D. 19, 1 s. Windscheid Heidelb. kr. ZS. III S. 275, Mommsen S. 294, v. Madai S. 460, Wolff S. 495. [Hirsch S. 119 fg., Kohler ABR. XIII S. 264 fg.]

[3] L. 84 § 3 D. 30, l. 6 D. 44, 4, l. 72 pr. D. 46, 3, l. 105 D. 45, 1. In l. 102 pr. D. 46, 3 ist wohl am Schluß statt „creditoris“ „debitoris“ zu lesen. Mommsen S. 300 in der Note. [Ebenso Kohler ABR. XIII S. 289

Digitized by Google

von der Erfüllung der Verbindlichkeit des Schuldners abhängig ist, kann geltend gemacht werden auch wenn der Schuldner ohne eine von ihm zu vertretende Schuld von seiner Verbindlichkeit frei geworden ist[4]. 3. Hat der Schuldner in Folge der Fortdauer seiner Verbindlichkeit eine Aufopferung machen müssen, so kann er Ersatz für dieselbe verlangen[5]. Ja, er braucht diese Aufopferung nicht zu machen, wenn er durch Preisgeben des Leistungsgegenstandes sich ihr entziehen kann: er ist zu diesem Preisgeben befugt, und muß nur den Gläubiger vorher verwarnen[6]. 4. Die Zinsverbindlichkeit des Schuldners hört durch den Verzug des Gläubigers nicht auf[7]. Ebensowenig verliert

---

fg.; dagegen Schirmer ACPra. LXXXVII S. 136 fg. Bei generischer Leistungspflicht kann der Schuldner nach Ablehnung des ausgeschiedenen und angebotenen Quantums anderweitig darüber verfügen: Sf. LI. 174.]

[4] L. 5 i. f. D. 18, 6, l. 36 D. 19, 2. Mommsen S. 302 fg., Kohler S. 387 fg. [[André Einrede des nicht erfüllten Vertrages S. 139 fg.]] Daß der die Erfüllung anbietende Schuldner die Leistung (des Gläubigers) verlangen kann, auch wenn die Nichtannahme dem Gläubiger nicht zur Schuld gereicht, ist bereits bemerkt worden (§ 345 [11]). Bähr kr. VJS. XXVIII S. 416. Sf. XLII. 289.

[5] L. 38 § 1 D. 19, 1, l. 8 D. 33, 6. Vgl. Mommsen S. 297, Kohler S. 377, v. Schey S. 129. [Hirsch S. 135 fg.]

[6] L. 1 § 3. 4 D. 18, 6, l. 12 [13]. l. 14 [15] pr. D. 18, 6. Eine mildere Meinung hat ihren Ausdruck in l. 8 D. 33, 6 gefunden; Pomponius will hier dem Schuldner nicht garantiren, daß er mit dem Preisgeben durchkommen werde. Auch in l. 1 § 3 cit. wird als das Löblichere bezeichnet, die Sache nicht preiszugeben, sondern sich in anderer Weise zu helfen, namentlich durch Verkauf auf Rechnung des Gläubigers. Vgl. über die verschiedenen Auffassungen v. Madai S. 466 fg., Wolff S. 488 fg., Mommsen S. 308 fg., Kohler S. 287 fg. [ABR. XIII S. 201 fg.], v. Schey S. 29 fg., Ulrich die Deposition und Dereliction behufs Befreiung des Schuldners (Zürich. Diss. 1877) S. 77 fg., auch Thöl Handelsr. I § 282. B. 2. [Hirsch S. 18 fg. 76 fg.] Das HGB. Art. 343 [§ 373 (mit einigen näheren Bestimmungen)] gibt dem Verkäufer nur das R. des Verkaufs. Das HGB. gibt aber dem Verkäufer das R. des Verkaufs schlechthin, nicht bloß für den Fall, wo er ohne den Verkauf einen ihm vom Käufer zu ersetzenden Verlust erleiden würde. Für das gemeine R. läßt sich dieß nicht rechtfertigen. Vgl. Thöl a. a. O. und aus der Praxis: Sf. V. 156, VIII. 351, XI. 139. 230. 231, XIV. 122, XVII. 272, XXXIII. 7. [Wrede Gibt es im gemeinen R. einen Selbsthülfeverkauf? Erl. Diss. 1887. Hirsch S. 68 fg., 98 fg. Kohler ABR. XIII S. 235 fg., Sf. LII. 11 (RG.): beim depositum irregulare (von Getreide) kann der Depositar beim Annahmeverzug des Deponenten das Getreide zum Tagespreise selbst übernehmen.]

[7] Der Schuldner kann zwar sagen, daß, wenn der Gläubiger angenommen hätte, er von der Zinsverbindlichkeit frei geworden sein würde; aber der Gläubiger kann erwidern, daß der Schuldner dafür im Genusse des zu leistenden Geldes geblieben sei. Dieß ist ohne Zweifel der Grund, aus welchem die Fortdauer der Zinsverbindlichkeit anerkannt wird in l. 1 § 3. l. 7 D. 22, 1, l. 9.

Digitized by Google

der Gläubiger durch den Verzug sein Pfandrecht[8] oder das Recht des Pfandverkaufs[9]. Auch auf ein dem Gläubiger zustehendes Wahlrecht ist sein Verzug ohne Einfluß[10].

[Nach SGB. bleibt der Satz unter 1 richtig (300). (Vgl. Kohler ABR. XIII S. 266 fg.) Ebenso der Satz unter 2 (324 Abs. 2). Den Satz zu Note [5] hat das BGB. (304) in der Begrenzung aufgenommen, daß der Schuldner Ersatz verlangen kann für die Kosten des erfolglosen Angebots, sowie der Aufbewahrung

---

19 C. 4, 32, l. 28 § 1 D. 26, 7. L. 2 C. 4, 32 sagt nicht, daß die Zinsverbindlichkeit durch Anbieten aufhöre, sondern daß sie durch bloße Deposition ohne Anbieten nicht aufhöre. Die mildere Ansicht als nicht recipirte Meinung, in l. 28 § 1 D. 26, 7 cit.; s. auch l. 122 § 5 D. 45, 1. Abweichend Mommsen S. 288; dawider Windscheid Heidelb. kr. ZS. III S. 273. Vgl. auch Unterholzner I S. 130, Kohler S. 382 fg. Budde Entscheidungen des OAG. zu Rostock VII Nr. 37. Sf. XXXI. 210, XXXIV. 103. [[XLVI. 175.]] — Verzugszinsen braucht der Schuldner nach dem Verzuge des Gläubigers allerdings nicht mehr zu zahlen; aber nur deßwegen nicht, weil nun sein Verzug aufgehört hat. Nach l. 11 C. 4, 32 verliert der Gläubiger durch seinen Verzug auch das R., die Früchte der ihm zum Faustpfand gegebenen Sache an Zinsesstatt zu behalten (l. 8 D. 20, 2). Hängt dieß nicht mit dem in Note [4] bezeichneten älteren R. in Betreff der actio pigneraticia zusammen? Die l. 11 cit. auf einen antichretischen Vertrag zu beziehen, ist kein Grund vorhanden. Vgl. übrigens v. Madai S. 471, Mommsen S. 289. [Hirsch S. 150 fg.]

[8] L. 19 C. 4, 32.

[9] Vgl. I § 237 [3]. [Hirsch S. 149 fg.]

[10] So wenig wie der Verzug des Schuldners das dem Schuldner zustehende Wahlrecht auf den Gläubiger übergehen macht (§ 255 [11], § 280 [11]), macht der Verzug des Gläubigers das dem Gläubiger zustehende Wahlr. auf den Schuldner übergehen. S. auch Pescatore alternat. Obligation S. 256 fg. [Hirsch S. 157 fg.] A. M. Dernburg II § 27 [17]. [Kohler ABR. XIII S. 184 fg.] Daher kann auch nicht etwa der Handelsverkäufer einer durch den Käufer zu bestimmenden oder näher zu bestimmenden Waare, wenn der Käufer diese Bestimmung unterläßt (§ 345 [4a]), unter Berufung auf HGB. Art. 343 Abs. 2 [§ 373 Abs. 2] die Waare in der Weise weiter verkaufen, daß der neue Käufer die Bestimmung treffen soll. Wenn der Verkäufer durch den Annahmeverzug des Käufers nicht selbst das Wahlr. erwirbt, so kann er dasselbe auch nicht einem Andern verschaffen. Sondern es bleibt dem Verkäufer nichts übrig, als, unter Erklärung der Bereitschaft zur Lieferung nach der vom Käufer zu treffenden Bestimmung, auf den Kaufpreis, oder wenn der Kaufpreis für die verschiedenen Waarenformen verschieden festgesetzt ist, auf den der einen oder der anderen Form entsprechenden Kaufpreis zu klagen. S. § 255 [11]. Freilich ist über die richtige Behandlung dieses Falles viel Streit. Römer Abhandlungen I S. 132 fg., Kohler S. 357 fg. 408 fg. [ABR. XIII S. 185 fg., Hirsch S. 159 fg., Oertmann ACPra. LXXXV S. 216 fg. Lochner der Specificationskauf. Erl. Diss. 1898.] Sf. XXXI. 265, XXXII. 96, XXXIII. 256, RG. X S. 95, XIV S. 243. [XXX S. 97 fg., vgl. auch XXXV S. 1 fg.] In dem von Römer und den genannten Erkenntnissen behandelten besonderen Fall ist der Kaufpreis in der Weise bestimmt, daß unter Zugrundelegung eines Grundpreises Zusatzpreise für die verschiedenen Waarenformen vereinbart sind. Römer will in diesem Fall dem Käufer einen Anspruch

Digitized by Google

und Erhaltung des geschuldeten Gegenstandes (Kohler S. 274 fg.). Weitere Ansprüche des Schuldners setzen voraus, daß der Gläubiger zugleich Abnahmeschuldner ist. Die bewegliche geschuldete Sache darf der Schuldner nicht preisgeben, sondern nur hinterlegen (s. unt. zu § 347). Dagegen gestattet ihm auch das BGB., wenn er die Herausgabe eines Grundstücks schuldet, den Besitz desselben aufzugeben, und zwar nach vorheriger Androhung; diese ist nicht erforderlich, wenn sie erweislich unthunlich ist (vgl. Kohler ABR. XIII S. 207 fg.). Entgegen dem Satz zu Note [7] hört nach BGB. (301) bei Geldschulden der Zinslauf auf. Da Zinsen von anderen Schulden als Geldschulden selten vorkommen, so ist es möglich, daß das BGB. nur Anlaß zu haben glaubte, von Geldschulden zu sprechen, die analoge Ausdehnung des Satzes auf andere Schulden aber nicht ausschließen wollte. Gegen diese Ausdehnung Kohler ABR. XIII S. 270 fg. Ist der Schuldner an und für sich zur Leistung auch solcher Nutzungen verpflichtet, die er nicht gezogen hat (vgl. z. B. 990. 987), so schuldet er jetzt nur die wirklich gezogenen (301). Das Pfandrecht erlischt auch nach BGB. durch Annahmeverzug nicht (Kohler S. 274). Das Recht zum Pfandverkauf setzte schon gemeinrechtlich Androhung desselben voraus (I § 237 [4]). Dasselbe ist nach BGB. 1234 der Fall. In dieser Androhung liegt aber die Vereinigung des Gläubigerverzuges; denn sie muß offenbar das Erbieten zur Annahme der Zahlung in sich tragen. Ueber das Wahlrecht des Gläubigers vgl. 264 Abs. 2 u. dazu ob. S. 29 fg., auch Kohler ABR. XIII S. 185. S. ferner 274 Abs. 2. 322 Abs. 2. 3, dazu ob. S. 300; 615. 642—644.]

d. Gerichtliche Hinterlegung*.

§ 347.

Wenn das Forderungsrecht auf Leisten einer beweglichen Sache geht, so braucht sich der Schuldner der Verweigerung der Annahme gegenüber nicht mit den Folgen, welche der Verzug für den Gläubiger hat, zu begnügen; er hat auch ein Mittel, sich ganz von seiner Verbindlichkeit zu befreien. Dieses Mittel besteht[1] in der gerichtlichen

---

auf den Grundpreis geben. Aber um den Grundpreis ist gar Nichts verkauft worden, und diesen Preis würde der Verkäufer, wenn der Käufer sich keines Annahmeverzuges schuldig gemacht hätte, nicht erhalten haben. Vgl. noch Sf. XLI. 9 (RG.).

* Mommsen S. 306—308, Kohler S. 304 fg., Unterholzner S. 407—472, Sintenis S. 412—413, Holzschuher III § 246, Gruchot S. 237—273. Ulrich (§ 346 [6]) S. 6 fg. 95 fg. Czyhlarz Grünh. ZS. VI S. 657 fg. (1879, vorzugsweise österreichisches R. [Leiden Voraussetzungen und Wirkung der Schuldhinterlegung. Erl. Diss. 1895. Hirsch Gläubigerverzug S. 33 fg. 81 fg. Kohler ABR. XIII S. 209 fg.]

§ 347. [1] Daß der Schuldner kein R. (und deßwegen keine Klage) auf Annahme hat, ist bereits bemerkt worden (§ 345 [10]). Es kann aber eine Verpflichtung des Gläubigers, dem Schuldner den zu leistenden Gegenstand binnen bestimmter Frist abzunehmen, durch die das Forderungsr. erzeugende Thatsache ausdrücklich oder

Digitized by Google

Hinterlegung (Deposition) des zu leistenden Gegenstandes[2]. Der Schuldner ist aber an die Deposition nicht gebunden[2a]; nimmt er sie zurück, so lebt seine Schuld wieder auf[2b]. Bis zur Zurücknahme hat der Gläubiger einen Anspruch auf Herausgabe gegen den Empfänger und gegen den dritten Besitzer[2c. 2d].

Durch dasselbe Mittel kann sich der Schuldner auch dann befreien, wenn ihm die Leistung wegen eines in der Person des Gläubigers liegenden Hindernisses, z. B. wegen Abwesenheit, Veräußerungsunfähigkeit, Ungewißheit des Gläubigers, unmöglich oder mit Sicherheit unmöglich ist[3].

---

stillschweigend begründet sein. Davon ist zu verstehen l. 9 D. 19, 1. Mommsen § 14 [3]. Sf. XXIX. 120, XL. 195, XLI. 98. [RG. XXX S. 117 fg.: Klage des Verkäufers auf Abnahme der Waare, jedenfalls dann, wenn er daran ein besonderes Interesse hat.]

[2] Von der Deposition handeln: l. 1 § 3. l. 7. l. 18 § 1 D. 22, 1, l. 28 § 1 D. 26, 7, l. 2. 6. 19 C. 4, 32, l. 8 C. 8, 27 [28], l. 9 C. 8, 42 [43]. Diese Stellen setzen sämmtlich eine Geldschuld voraus; daß aber die Deposition auch bei anderen beweglichen Sachen zulässig sei, zeigt Nov. 91 c. 2, s. auch l. 1 § 36. 37 D. 16, 3. Bei den Römern scheint die Deposition ursprünglich nur die Bedeutung einer Niederlegung bei dem Schuldner selbst, unter hinzutretender Versiegelung, gehabt zu haben, l. 7 D. 22, 1 cit. Später war der gewöhnliche Depositionsort ein Tempel. Vgl. Muther Sequestration und Arrest S. 363—368, auch Kohler S. 306 fg., Ulrich S. 30 fg., Czyhlarz S. 663 [19]. Heutzutage kann bei jedem Gericht deponirt werden, in dessen Sprengel gültig geleistet werden kann (vgl. l 9 C. 8, 42 [43]). Sintenis S. 413. Vgl. HGB. Art. 343 [§ 373]. — Deposition ohne vorhergehendes Anbieten ist unwirksam, l. 2 C. 4, 32 cit. — Benachrichtigung des Gläubigers von der geschehenen Deposition? Ulrich S. 37. 95 unt. Sf. XLII. 108.

[2a] L. 19 § 4 C. 4, 32, l. 8 C. 8, 27 [28].

[2b] Wenn l. 9 C. 8, 42 [43] mit der Deposition „liberatio" eintreten läßt, so ist das unter der Voraussetzung gesagt, daß die Deposition nicht zurückgenommen werde. Das Richtige ist, daß mit der Deposition die Obligation in den Zustand des Ruhens versetzt wird (I § 63 [1], vgl. § 188 [13]). Die Ansichten der Schriftsteller sind verschieden, vgl. Ulrich S. 57 fg., Czyhlarz S. 675 fg., Kohler S. 331 fg., Dernburg II § 61 zu [11]. Einfluß des Concurses des Schuldners auf das R. der Zurücknahme Spangenberg ZS. f. CR. u. Pr. I S. 177 fg., Bl. f. RAnwend. XXXIV S. 410 fg., Kohler S. 349 [1]. [ABR. XIII S. 222 fg.]

[2c] „Creditori scilicet actione utili ad exactionem earum non adversus debitorem, nisi forte eas receperit, sed vel contra depositarium vel ipsas competente pecunias". Die letzten Worte lassen sich kaum anders als von einer Klage gegen den dritten Besitzer verstehen. Kohler S. 319, Ulrich S. 41. 52, Czyhlarz S. 682 [55].

[2d] Haftung des Staates aus der richterlichen Annahme eines Depositums: Sf. II. 159, XVII. 123, XXIII. 139, XXVI. 34, vgl. III. 327, V. 135, VII. 321. S. noch das. VIII. 23.

Digitized by Google

[Im BGB. sind auseinanderzuhalten die Hinterlegung der Sache selbst und der Verkauf mit Hinterlegung des Erlöses.

I. Der Hinterlegung sind fähig Geld, Werthpapiere, sonstige Urkunden und Kostbarkeiten (372 S. 1). Nach EG. 146 können aber die Landesgesetze bestimmen, daß die Hinterlegungsstellen auch andere Sachen anzunehmen haben, und alsdann finden auf Schuldverhältnisse, welche auf Leistung derartiger Sachen gerichtet sind, die Vorschriften der §§ 372—382 Anwendung.

1. Die Hinterlegung setzt voraus, daß entweder der Gläubiger im Annahmeverzuge ist (372 S. 1), oder der Schuldner aus einem andern in der Person des Gläubigers liegenden Grunde (Abwesenheit, Geschäftsunfähigkeit oder Beschränkung in der Geschäftsfähigkeit und mangelnde Vertretung) oder in Folge einer nicht auf Fahrlässigkeit beruhenden Ungewißheit über die Person des Gläubigers seine Verbindlichkeit nicht oder nicht mit Sicherheit erfüllen kann. Sowohl die Fassung „Ungewißheit über die Person", wie der Zusatz, daß die Ungewißheit nicht auf Fahrlässigkeit beruhen darf, lehren, daß nur subjective Ungewißheit auf Seiten des Schuldners nöthig ist. Die Landesgesetze können über die Hinterlegung nähere Bestimmungen treffen (EG. 145 Abs. 1), sie können aber dieselbe nicht von einer gerichtlichen Anordnung abhängig machen (EG. 145 Abs. 2). Diese Bestimmung könnte als Hinweis darauf erscheinen, daß die Landesgesetze im Uebrigen allerdings auch die Voraussetzungen der Hinterlegung näher bestimmen können. Die Beispiele indessen, welche EG. 145 Abs. 1 für das Bestimmungsrecht der Landesgesetze gibt, betreffen nirgends die Voraussetzungen der Hinterlegung; es werden in Betreff des Hinterlegungsvorganges selbst zwar Bestimmungen getroffen werden können, welche Sache der Geschäftsordnung der Hinterlegungsstellen sind, aber die materiellrechtlichen Voraussetzungen der Hinter-

---

[3] L. 7 § 2 D. 4, 4, l. 1 § 36. 37 D. 16, 3, l. 56 § 1 D. 17, 1, l. 18 § 1 D. 22, 1. Vgl. auch l. 47 § 2 D. 40, 5, l. 4 pr. D. 40, 7. Ueber den Fall der Ungewißheit des Gläubigers handelt im Besonderen die Abhandlung von Kühne, Jahrb. f. Dogm. XVII S. 1 fg. (ein Nachtrag das. S. 176 fg.). Dieser Schriftsteller will die Deposition nur zulassen a) im Fall objectiver Ungewißheit, b) wenn sich der Gläubiger als solcher nicht legitimire — dagegen nicht im Fall der subjectiven Ungewißheit, welchen Fall Kühne näher als den Fall der Asunwissenheit (ignorantia iuris) bezeichnet. Die Berechtigung dieser Gleichstellung leuchtet nicht ein, und dagegen spricht auch das von Kühne selbst S. 17 Bemerkte. Kühne bestreitet die Zulässigkeit der Deposition im Besonderen für den Fall, wo dem Schuldner mehrere Forderungsprätendenten gegenübertreten, und im Resultat stimmt ihm bei Jeß Jahrb. f. Dogm. XVII S. 158 fg., unter Abweichung in der Argumentation. Die von diesem Fall handelnde l. 1 § 37 D. 16, 3 will Jeß auf den Fall des Depositums beschränken: die Sache sei an dem Depositionsort ebenso gut oder besser verwahrt, als bei dem Depositar. Aber der Gläubiger will nicht Verwahrung, er will Herausgabe und ist berechtigt, Herausgabe zu fordern. Kühne darf nach seiner Auslegung der l. 1 § 37 cit. Deposition nur im Fall eines Irrthums über das objective R. verweigern. Ueber CPO. § 72 [75] vgl. Kühne S. 55 fg., Mandry S. 430. — Sf. I. 34, II. 158, VIII. 23, X. 35. 240, XIII. 92, XXI. 27. 28. 270, XXIV. 20. 21, XXXI. 21, XXXIII. 217, XXXV. 111. [[XLVI. 181.]] [A. Mendelssohn-Bartholdy Beiträge zur Auslegung des § 72 CPO. Leipz. 1898.]

Digitized by Google

legung werden der näheren Bestimmung des Landesrechts entzogen sein. Denn jede solche nähere Bestimmung enthielte, wenn sie überhaupt etwas Selbständiges sagte, zugleich entweder eine Einengung des vom BGB. gewährten Hinterlegungsrechts oder eine Erweiterung desselben, und es ist weder anzunehmen, daß die eine, noch, daß die andere zugelassen werden sollte. Hinterlegung durch einen Gesammtschuldner: 422 Abs. 1, für einen Gesammtgläubiger: 429 Abs. 3 S. 1 (vgl. ob. S. 204. 207). Hinterlegungsrecht Dritter: 268. 1142. 1150. 1224. 1249.

2. Die Hinterlegung hat zu erfolgen bei der Hinterlegungsstelle des Leistungsorts (374 Abs. 1), die sachliche und örtliche Zuständigkeit der Hinterlegungsstellen ist Sache des Landesrechts (EG. 144). Wird am unrichtigen Orte hinterlegt, so ist die Hinterlegung wirksam, der Schuldner haftet aber auf Schadensersatz (374 Abs. 1). Die erfolgte Hinterlegung hat der Schuldner dem Gläubiger ohne schuldhaftes Zögern anzuzeigen; andernfalls haftet er auf Schadensersatz (374 Abs. 2 S. 1). Die Anzeige darf unterbleiben, wenn sie (erweislich) unthunlich ist (374 Abs. 2 S. 2). Der Schuldner hat aber, wenn er die Anzeige unterläßt, auch wenn dieß wegen Unthunlichkeit geschieht, den Nachtheil, daß die Frist des § 382 nicht in Lauf tritt.

3. Die Hinterlegung tritt in Wirksamkeit, wenn die Hinterlegungsstelle die Sache empfangen hat. Wird aber die Sache der Hinterlegungsstelle durch die Post übersandt, so tritt, wenn die Sache der Hinterlegungsstelle zugegangen ist, Rückwirkung auf die Zeit der Aufgabe zur Post ein (375).

4. An und für sich ist die Hinterlegung als s. g. depositum regulare aufzufassen, sie ändert an dem Eigenthum des Hinterlegten nichts; es kann aber das Landesrecht gemäß EG. 145 Abs. 1 bestimmen, daß Geld und Werthpapiere gegen die Verpflichtung zur Rückerstattung in das Eigenthum des Fiscus oder der als Hinterlegungsstelle bestimmten Anstalt übergehen. Für alle Sachen (außer Geld) kann bestimmt werden, daß ihr Verkauf von Amtswegen angeordnet werden kann, in welchem Falle natürlich der Erlös an Stelle der Sache treten muß, sei es, daß er als depos. regulare oder daß er als depos. irregulare behandelt wird.

5. Der Schuldner hat an und für sich das Recht der Rücknahme (376 Abs. 1). Er kann aber darauf bei oder nach der Hinterlegung durch Erklärung gegenüber der Hinterlegungsstelle (nicht dem Gläubiger) verzichten (376 Abs. 2 Nr. 1). Das Rücknahmerecht des Schuldners erlischt ferner, wenn der Gläubiger der Hinterlegungsstelle die Annahme erklärt (376 Abs. 2 Nr. 2), und endlich, wenn zwischen dem Schuldner und dem Gläubiger ein rechtskräftiges Urtheil ergangen ist, welches die Hinterlegung für rechtmäßig erklärt, und dieses Urtheil von einer der Parteien, gleichviel welcher, der Hinterlegungsstelle vorgelegt wird. Das Urtheil kann auf eine Feststellungsklage des Schuldners ergehen oder ein solches sein, welches den Gläubiger mit Rücksicht auf die Einrede des § 379 Abs. 1 abweist.

6. Solange das Rücknahmerecht des Schuldners besteht, gelten folgende Sätze:

a) Die Schuld besteht noch, der Schuldner hat aber eine Einrede. Er kann den Gläubiger auf die hinterlegte Sache verweisen (379 Abs. 1).

b) Der Gläubiger trägt die Gefahr; der Schuldner zahlt keine Zinsen, und leistet nicht Ersatz für nicht gezogene Nutzungen (379 Abs. 2), nicht nur

Digitized by Google

wenn Annahmeverzug vorliegt, in welchem Falle diese Wirkungen schon vor der Hinterlegung bestehen (300. 301. 302), sondern auch, wenn gemäß § 371 S. 2 hinterlegt ist.

c) Das Rücknahmerecht kann nicht gepfändet werden (377 Abs. 1), es gehört deßhalb auch nicht zur Concursmasse des Schuldners (KO. 1) und kann danach selbstverständlich nicht vom Concursverwalter ausgeübt werden; aber auch der Gemeinschuldner kann es während des Concurses nicht ausüben (377 Abs. 2). Wie die durch Hinterlegung einem Gläubiger bestimmte Sache dem Zugriff der übrigen nicht unterliegt, soll auch der Schuldner im Concurse das dem Gläubiger durch Hinterlegung bestimmte Befriedigungsobject nicht zurückziehen können. (Kohler ABR. XIII S. 222 fg.).

d. Wird die Sache zurückgenommen, so gilt die Hinterlegung als nicht erfolgt (379 Abs. 3). Demnach sind nun auch Zinsen und Früchte der Zwischenzeit ohne Rücksicht auf die Hinterlegung zu leisten, und ist die Sache durch Verschulden der Hinterlegungsstelle beschädigt, so haftet der Schuldner dafür; denn es liegt nun nur ein Fall vor, in welchem der Schuldner eine Zeit lang sich eines Dritten zur Aufbewahrung der Sache bedient hat (278).

7. Wird die Rücknahme ausgeschlossen, so wird der Schuldner frei, und wenn das Rücknahmerecht erst nach der Hinterlegung ausgeschlossen wird, so wirkt die Befreiung auf den Augenblick der Hinterlegung zurück (378).

8. Hat der Schuldner nur gegen eine Leistung des Gläubigers zu leisten, so kann er das Recht des Gläubigers zum Empfang der Sache von der Bewirkung der Gegenleistung abhängig machen (373). Dieß gilt nicht nur bei gegenseitigen Verträgen, sondern in jedem Falle des Zurückbehaltungsrechts (273). Es bedarf aber der besonderen Erklärung des Schuldners gegenüber der Hinterlegungsstelle, wenn diese Abhängigkeit hergestellt werden soll. Die Erklärung kann nicht nur bei der Hinterlegung abgegeben werden, sondern so lange der Schuldner noch das Rücknahmerecht hat, kann er die Erklärung auch nachträglich abgeben, denn er könnte zurücknehmen und mit jener Bestimmung wiederum hinterlegen. Hängt das Empfangsrecht des Gläubigers von Bewirkung einer Gegenleistung ab, so kann das Rücknahmerecht des Schuldners sehr wohl durch eine der Thatsachen des § 376 Abs. 2 ausgeschlossen werden; der Gläubiger hat dann ein nicht durch Rücknahme entziehbares, aber immer noch bedingtes Empfangsrecht, und wenn die Bedingung ausfällt, so muß das Rücknahmerecht des Schuldners wieder ins Leben treten. Dieser Fall tritt ein, wenn die Gegenleistung unmöglich wird oder es dahin kommt, daß der Schuldner die Gegenleistung nicht mehr anzunehmen braucht. Wenn z. B. ein Käufer das Kaufgeld unter Verzicht auf das Recht der Rücknahme hinterlegt, das Empfangsrecht des Verkäufers aber von Lieferung des Kaufgegenstandes abhängig gemacht hat, und dann die Kaufsache untergeht, so ist die Bedingung des Empfangsrechts des Verkäufers ausgefallen; das Gleiche gilt, wenn der Käufer wegen Verzuges des Verkäufers gemäß § 326 rechtsgültig zurücktritt; denn durch Verzicht auf das Recht der Rücknahme bei der Hinterlegung hat er auf ein eventuell ihm erwachsendes Recht zum Rücktritt vom Vertrage keineswegs verzichtet.

9. Den Nachweis der Empfangsberechtigung regelt das Landesrecht (EG. 145 Abs. 1). Soweit zum Nachweis der Empfangsberechtigung des

Digitized by Google

Gläubigers eine dieselbe anerkennende Erklärung des Schuldners erforderlich oder genügend ist, kann der Gläubiger diese Erklärung unter den gleichen Voraussetzungen fordern, unter denen er ohne die Hinterlegung die Leistung fordern könnte (380). Im Proceß kann er aber nicht die reelle Erklärung des Schuldners erzwingen, sondern dieselbe wird durch das rechtskräftige Urtheil ersetzt (CPO. 894). Solange das Rücknahmerecht des Schuldners nicht ausgeschlossen ist, kann er der Klage auf die Anerkennungserklärung mit Rücknahme der Sache begegnen; der Gläubiger muß also, wenn er sicher gehen will, zunächst der Hinterlegungsstelle die Annahme erklären (376 Abs. 2 Ziff. 2).

10. Ist an den Gläubiger Anzeige von der Hinterlegung erfolgt und ihm zugegangen, so erlischt sein Recht auf das Hinterlegte (nicht nur, wenn man es einen „Betrag" nennen kann) nach 30 Jahren von Empfang der Anzeige, wenn er sich nicht vorher bei der Hinterlegungsstelle meldet. Der Schuldner ist dann zur Rücknahme berechtigt, auch wenn er auf das Recht der Rücknahme verzichtet hatte (382). Dasselbe muß gelten, wenn das Rücknahmerecht dadurch verloren gegangen war, daß der Schuldner der Hinterlegungsstelle ein Urtheil vorlegte, welches die Hinterlegung für rechtmäßig erklärte. Hat der Gläubiger dieß gethan oder hat er der Hinterlegungsstelle die Annahme erklärt, so hat er sich „gemeldet" und die Frist läuft nicht weiter. Die Rücknahme durch den Schuldner nach Ablauf der dreißigjährigen Frist hat nicht die Folge, daß das Schuldverhältniß wieder auflebt. Die Idee ist vielmehr, daß der Schuldner, auch wenn er hinterlegt hat, die Vortheile der Verjährung genießen soll (Prot. d. II. Comm. S. 8948). Wenn ein Hypothekgläubiger gemäß § 1171 oder ein Schiffspfandgläubiger gemäß § 1269 im Wege des Aufgebotsverfahrens ausgeschlossen ist, so erlischt sein Recht auf den für ihn hinterlegten Betrag dreißig Jahre nach Erlaß des Ausschlußurtheils, wenn er nicht vorher sich bei der Hinterlegungsstelle meldet. Nach EG. 145 Abs. 1 kann das Landesrecht anordnen, daß der Anspruch auf Rückerstattung des Hinterlegten mit dem Ablauf einer gewissen Zeit oder unter sonstigen Voraussetzungen zu Gunsten des Fiscus oder der Hinterlegungsanstalt erlischt. In den Fällen der §§ 382. 1171 Abs. 3. 1269 S. 3 BGB. muß jedoch dem Hinterleger mindestens eine Frist von einem Jahre von dem Zeitpunkt ab gelassen werden, in welchem das Recht des Gläubigers auf das Hinterlegte erlischt. Dieß ist dahin zu verstehen, daß das Recht des Gläubigers überhaupt nicht vom Landesrecht enger begrenzt werden kann als im BGB. geschehen ist. Nur der Rückerstattungsanspruch des Hinterlegers kann mit Wahrung des Minimums von einem Jahre eingeengt werden. (Prot. d. II Comm. S. 8948).

11. Die Kosten der Hinterlegung trägt der Gläubiger, nur nicht wenn der Schuldner die Sache zurücknimmt (381), und dieß wird auch auf den Fall zu beziehen sein, daß die Rücknahme auf Grund des § 382 erfolgt.

II. Wenn die Sache zur Hinterlegung nicht geeignet ist, d. h. weder nach § 372 BGB. noch nach Bestimmung des Landesrechts (EG. 146), so tritt an die Stelle der Hinterlegung der Sache der Verkauf der Sache und die Hinterlegung des Erlöses (Kohler ABR. XIII S. 239 fg.), jedoch ist dieser Weg nur beschränkter möglich als die Hinterlegung der Sache selbst.

1. Zulässig ist das bezeichnete Verfahren bei Annahmeverzug (383 Abs. 1 S. 1); soll es in einem Falle des § 372 S. 2 zulässig sein, so muß hinzu-

Digitized by Google

kommen, daß der Verderb der Sache zu besorgen ist, oder deren Aufbewahrung unverhältnißmäßige Kosten macht (383 Abs. 1 S. 2). In beiden Fällen ist der Verkauf nur nach vorgängiger Androhung zulässig; dieselbe darf nur unterbleiben, wenn sie unthunlich ist, oder wenn die Sache dem Verderb ausgesetzt und mit dem Aufschub des Verkaufs Gefahr verbunden ist (384 Abs. 1. 3).

2. Der Verkauf muß durch öffentliche Versteigerung erfolgen nach näherer Maßgabe des § 383 Abs. 3, und zwar am Leistungsorte (383 Abs. 1 S. 1); nur wenn hier kein angemessener Erfolg zu erwarten ist (objectiv), ist die Sache an einem geeigneten andern Orte zu versteigern (383 Abs. 2). Hat die Sache einen Börsen- oder Marktpreis, so kann freihändiger Verkauf gemäß § 385 eintreten.

3. Von dem Verkauf muß der Schuldner den Gläubiger bei Meidung des Schadensersatzes unverzüglich benachrichtigen; es wäre denn die Benachrichtigung unthunlich (384 Abs. 2. 3).

4. Die Hinterlegung des Erlöses ist in Verfahren und Wirkungen ebenso anzusehen, wie die Hinterlegung der geschuldeten Sache selbst gemäß § 372 fg.

5. Eine geschuldete Sache ist auch eine solche, deren Herausgabe der Besitzer schuldet, während sie dem Gläubiger gehört, z. B. eine geliehene, gemiethete Sache. Auch in diesen Fällen ist das Verkaufsverfahren nicht ausgeschlossen. Es hat dann unter den gesetzlichen Voraussetzungen der Schuldner die Befugniß zur dinglichen Verfügung über die Sache des Gläubigers; aber wenn es an einer dieser Voraussetzungen fehlt, so wird sie durch den guten Glauben des Käufers an ihr Vorliegen nicht ersetzt. Denn die Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb beweglicher Sachen (932 fg.) beziehen sich unmittelbar nur auf den Fall, daß der Erwerber den Veräußerer für den Eigenthümer hält. Sollen sie entsprechend angewandt werden auf einen Fall, in welchem der Erwerber den Veräußerer als Nichteigenthümer kennt, ihm aber irrig eine Veräußerungsbefugniß beimißt, so bedarf dieß des besonderen Ausdrucks im Gesetz (s. 1244), und eine solche Vorschrift ist hier nicht gegeben. Anders ist es natürlich, wenn der Schuldner die Sache so verkauft, als wäre er der Eigenthümer.

III. Zu unterscheiden von der freiwilligen Hinterlegung durch den Schuldner ist die Hinterlegung auf Verlangen eines auf der Gläubigerseite Betheiligten, wie sie in gewissen Fällen der Rechtsgemeinschaft stattzufinden hat: 432. 1011. 2039. — 660. — 1077. 1281. In diesen Fällen (ausgenommen § 1077, wo die Frage nicht auftreten kann) tritt an Stelle der Hinterlegung, wenn die Sache zu ihr sich nicht eignet, die Ablieferung an einen gerichtlich zu bestellenden Verwahrer. — Versteigerung und Hinterlegung des Erlöses auf gerichtliche Anordnung: § 489.

Der bisherige § 72 CPO. (jetzt 75) ist insofern abgeändert, als die Hinterlegung zu ihrer Wirksamkeit den Verzicht auf das Recht zur Rücknahme voraussetzt. Für den Fall, daß keiner der beiden Gläubiger obsiegt, war anfangs beabsichtigt, dem Schuldner das Rücknahmerecht ausdrücklich zuzusprechen (s. Denkschr. z. Reichstagsvorl. des BGB. Anlage II § 72). Dieser Satz ist aber nicht Gesetz geworden. Die Mot. zur Reichstagsvorlage der CPO. nehmen an, daß in solchem Falle der Beklagte von den beiden Gegnern die Einwilligung zur Rück-

Digitized by Google

nahme verlangen kann. Diese Auffassung nöthigt den Hinterleger aber beim Widerstreben der Gegner erst zur Klage. Vielleicht kann man sagen, daß trotz des Verzichts auf das Rücknahmerecht doch die Hinterlegung für jeden der Gegner nur unter der Bedingung seines Sieges im Proceß erfolgt, und daß bei Ausfall dieser Bedingung der Schuldner das Recht der Rücknahme von selbst wiedergewinnt.]

2. Compensation (Aufrechnung)*.

a. Begriff.

§ 348.

Compensation ist Aufhebung eines Forderungsrechts durch ein anderes Forderungsrecht, welches der Schuldner seinerseits gegen den

---

* Dig. 16, 2 Cod. 4, 31 de compensationibus. — Krug die Lehre von der Compensation (1833; darüber Fuhr in Schunk's Jahrb. XXVII S. 109 fg. 217 fg.). Hartter das römisch-deutsche R. der Compensation mit Hinblick auf einige besondere, in Deutschland geltende Gesetze und Statuten dargestellt (1837). Brinz die Lehre von der Compensation (1849). H. Dernburg die Compensation nach r. R. mit Rücksicht auf die neueren Gesetzbücher (1854). Zweite Aufl. (nach welcher hier citirt ist) 1868. (Darüber Eck ZS. f. Gesetzgeb. u. RPflege in Preußen III S. 124 fg.) Fr. Eisele die Compensation nach r. und gem. R. (1876). (Darüber Eck Jen. Literaturz. 1877 S. 307 fg., Brinz kr. VJS. XIX S. 321 fg. Im Gegensatz zu den unten genannten Aufsätzen desselben Verfassers ist die Schrift über die Compensation im Folgenden mit dem Namen des Verf. schlechthin citirt.) Ferner die Aufsätze von: Hasse ACPra. VII S. 145 fg. (1824), Bethmann-Hollweg Rhein. Museum I S. 257—285 (1827), Tellkampf ACPra. XXIII S. 301 fg. (1840), Krug das. XXV S. 211—226 (1842), Sintenis ZS. f. CR. und Pr. XVIII S. 1 fg. (1843), Hartter das. XIX S. 143 fg. (1844), Fuhr APraktRW. I 2. Heft S. 121 fg. (1853), v. Scheurl Beiträge I Nr. 7 (1853), Krug ZS. f. RPfl. und Verwaltung f. d. Königr. Sachsen XIII Nr. 6 (1854), Brinz Jahrb. d. gem. R. I S. 24 fg. (1857), Eisele ACPra. LV S. 167 fg. (1872) und ZS. f. RG. X S. 465 fg. (1872), Ohnsorge Jahrb. f. Dogm. XX S. 285 fg., und die Schriften von Ubbelohde über den Satz: ipso iure compensatur (1858), von Asher die Compensation im Civilproceß des classischen r. R. (Habilitationsschrift 1863), von Schwanert die Compensation nach r. R. (Festschr. 1870), E. Stampe das Compensationsverfahren des vorjust. stricti iuris iudicium; 1886. (Darüber Eisele kr. VJS. XXIX S. 37 fg.), Unger Grünh. ZS. XV S. 543 fg., Fritz Erläuterungen II S. 395—410, Unterholzner I § 254—260, Bangerow III § 618, Brinz § 149. 2. Aufl. § 287. 288, Sintenis II § 104, Dernburg II § 62—64, Wendt § 241. S. auch Cohn (§ 242 Note *) S. 1024 fg. [Lippmann z. Lehre v. d. Compensation nach dem (I.) Entw. d. BGB. Jahrb. f. Dogm. XXXII S. 157 fg. (1893), Kohler Compensation u. Proceß (S. A. aus ZS. f. CPr. XX. (1894), Tessier de la compensation. Th. de Paris 1894, C. Appleton histoire de la compensation en droit Romain. Paris 1895 (Annales de l'université de Lyon), dazu C. Longo Riv. ital. per le scienze giur. XXII p. 96 s., F. Leonhard die Aufrechnung. Gött. 1896, Geib Theorie der gerichtlichen Compensation.

Digitized by Google

Gläubiger hat. Unter gewissen Voraussetzungen steht dem Schuldner das Recht zu, gegen Das, was er dem Gläubiger schuldig ist, aufzurechnen, zu compensiren, was ihm der Gläubiger schuldig ist[1]. Die Ausdrücke compensiren und Compensation bezeichnen aber nicht bloß diese Thätigkeit des Schuldners[2], sondern auch die von der Gegenforderung ohne alles Hinzuthun des Schuldners ausgehende Compensationskraft[3].

Tüb. 1897, zu beiden Hellmann kr. VJS. XL S. 93 fg., K. Liebknecht Compensationsvollzug u. Compensationsvorbringen. Würzb. Diss. 1897, Stölzel Schulung f. d. civilist. Praxis II. zur Lehre v. d. Eventualaufrechnung. Berlin 1897. 2. Aufl. 1898, R. v. Hertzberg die Aufrechnung des BGB., ein merum ius compensationis. Erl. Diss. 1898, Siber Compensation und Aufrechnung. Leipz. 1899, K. Liebknecht Vorbehaltszahlung und Eventualaufrechnung. Berlin 1899.]

§ 348. [1] Im Allgemeinen l. 1 D. 16, 2. „Compensatio est debiti et crediti inter se contributio."

[2] Der gewöhnliche Sinn der Ausdrücke compensare und compensatio ist, daß sie auf eine menschliche Thätigkeit gehen, und so namentlich auf die Thätigkeit des Schuldners, welcher sein Forderungsr. dem fordernden Gläubiger entgegensetzt (so z. B. in l. 2. l. 10 § 1. 3 i. f. l. 13 i. f. l. 21 i. f. D. 16, 2 und sonst sehr häufig). In gleicher Weise werden sie gebraucht von der Thätigkeit des Gläubigers (z. B. l. 18 § 1 D. 16, 2, l. 3 C. 4, 31), so wie von der Thätigkeit des Richters oder des sonst die rliche Beurtheilung Anlegenden (z. B. § 30 I. 4, 6, l. 15 D. 16, 2, l. 96 § 3 i. f. D. 46, 3).

[3] Man hat dieß geleugnet, s. namentlich Ubbelohde S. 31 fg., Eisele Arch. S. 210. Mit Unrecht. Compensare heißt wörtlich übersetzt: aufwägen, und es leuchtet nicht ein, warum nicht das Gewicht, welches in der Wagschale liegt, ebenso gut als aufwägend bezeichnet werden könnte, wie die Handlung des Menschen, welcher das Gewicht in die Wagschale legt. Man vergleiche l. 10 pr. D. 16, 2: „si alter ex re communi aliquid percepit, alter tantam negligentiam exhibuerit, quae eadem quantitate aestimatur, compensationem factam videri"; l. 39 D. 24, 3: „paria delicta mutua pensatione dissolvuntur"; Cic. de off. III, 4 § 14: „labores nostri magna compensati gloria mitigantur"; Plin. Paneg. 37, 5: „inveniebantur . . quibus tantus amor nominis nostri inesset, ut Romanam civitatem non vicesimae modo verum etiam affinitatum damno bene compensari putarent" — in allen diesen Stellen findet sich von irgendwelcher Beziehung auf eine menschliche Thätigkeit keine Spur, und für die Feststellung des Sprachgebrauchs ist es natürlich gleichgültig, daß die Mehrzahl dieser Stellen nicht von gegenüberstehenden Forderungsren handelt. Die hier verhandelte Frage ist von Wichtigkeit für die Erklärung des großen Räthsels der römischen Compensationslehre, des ipso iure compensari (§ 349 [10]). (In dieser Beziehung bemerkt gegenwärtig Eisele S. 141, welcher den citirten Stellen gegenüber seinen Widerspruch nicht aufrecht erhalten kann, der nachgewiesene Sprachgebrauch dürfe zur Erklärung des ipso iure compensari deßwegen nicht verwendet werden, weil er kein technischer Sprachgebrauch sei. Dieses Argument kommt darauf hinaus, daß zur Erklärung eines juristischen Ausspruchs derjenige Sinn eines Ausdrucks nicht verwendet werden dürfe, welchen

Digitized by Google

In der Compensation liegt eine Befriedigung des Gläubigers[4]. In der Compensation erhält der Gläubiger zwar nicht, was er zu fordern hat, aber er erhält statt Dessen, was er zu fordern hat, ein Aequivalent, die Befreiung von einer entsprechenden Schuld[5].

Im Folgenden ist zuerst der rechtliche Vorgang bei der Compensation näher darzulegen, dann von den Voraussetzungen der Compensation zu handeln[6].

b. Rechtlicher Vorgang bei der Compensation*.

§ 349.

1. Der rechtliche Vorgang bei der Compensation ist nicht so zu denken, als wenn die beiden einander gegenüberstehenden Forderungsrechte sich von der Zeit ihres Gegenüberstehens an gegenseitig ohne

---

der Ausdruck zwar nach dem Sprachgebrauch haben kann, aber in juristischer Redeweise nicht hat.) — Hätten die Ausdrücke compensare und compensatio in der That keine andere Bedeutung, als die der Thätigkeit des die Gegenforderung zur Geltung Bringenden, so würden wir in unserer Rsprache die Ausdrücke „compensiren" und „Compensation" umgehen, wir würden statt derselben „aufrechnen" und „Aufrechnung" sagen können. Aber diese letzteren Ausdrücke fügen sich schlecht zur Bezeichnung der von der Gegenforderung ohne Weiteres ausgehenden Compensationswirkung. So bleibt nichts übrig, als die fremden Ausdrücke beizubehalten. Denn geradezu „aufwägen" und „Aufwägung" zu sagen, ist doch wohl zu kühn. Vgl. auch Eisele S. 391.

[4] S. § 341 [6].

[5] Vgl. § 349 [2. 14].

[6] Das Rsinstitut der Compensation hat sich bei den Römern nur allmälig entwickelt. Noch zur Zeit des Gajus konnte, abgesehen von zwei ganz speciellen Ausnahmen (bei den Forderungen des argentarius und bei den Forderungen des bonorum emtor), nur eine Gegenforderung aus dem nämlichen Rverhältniß zur Aufrechnung gebracht werden. Gai. IV, 61—68. Aber auf Grund eines Rescriptes des Kaisers Marcus wurde anerkannt, daß die in die Formel gesetzte exceptio doli den Richter befähige, auch auf Gegenforderungen aus anderen Rverhältnissen Rücksicht zu nehmen (§ 30 I. 4, 6). Vgl. über die Geschichte der Compensation, über welche, namentlich im Zusammenhang mit der § 349 [10] erwähnten Frage, viel gestritten wird: Brinz Compensation S. 76 fg. Jahrb. S. 38 fg., kr. VJS. S. 322 fg., Dernburg S. 15 fg. Pand. II § 62, Ubbelohde S. 180 fg., die Schriften von Asher, Eisele S. 1—207, und die Uebersicht bei Vangerow Anm. 1 Nr. II, Stampe a. a. O., Wendt S. 577 fg. [F. Leonhard § 1—36, Siber § 1—8. Appleton (*), Longo (*), Karlowa r. Rgesch. II S. 822 fg.]

* Die im Folgenden vorgetragene Ansicht über den rlichen Vorgang bei der Compensation ist namentlich von Eisele, wie früher in dem Aufsatz im Archiv für civilistische Praxis, so gegenwärtig in der Schrift über die Compensation, angegriffen und bemängelt worden. Wenn seine Einwendungen hier nur theilweise von mir berücksichtigt und beantwortet worden sind, so hat das seinen

Digitized by Google

Weiteres aufhöben, vernichteten[1]. Vielmehr behält jedes Forderungsrecht seine rechtliche Existenz, und es ist dem Gläubiger überlassen, ob er dasselbe zur Compensation verwenden oder in anderer Weise verwerthen will[2].

2. Aber jedes der sich gegenüberstehenden Forderungsrechte ist von dem Augenblicke ihrer Coexistenz an mit einer Einrede behaftet, mit welcher der Gläubiger zurückgeschlagen werden kann, wenn er einfordern will, was ihm verschuldet wird. Der Grund dieser Einrede ist die sehr natürliche Betrachtung, daß es Chicane ist, einzufordern, was man sofort wieder zurückgeben muß[3].

Grund theils in der Knappheit des mir zu Gebote stehenden Raums, theils in dem Inhalt des Einwandes, der mir eine Antwort überflüssig zu machen schien. Jedenfalls verwahre ich mich dagegen, daß aus dem Nichtantworten ein Schluß auf das Nichtantwortenkönnen gezogen werde, wie das Eisele S. 142 ob. thut. Ueber die eigene Ansicht Eisele's s. Note [4] a. E.

§ 349. [1] Die Compensation hebt die Forderungsre nicht ipso iure auf.

[2] L. 2 D. 16, 2. „Unusquisque creditorem suum . . . summovet, si paratus est compensare". L. 5 eod., l. 20 § 2 D. 40, 7. L. 1 § 4 D. 27, 4: „erit arbitrii eius, utrum compensare an petere velit . .". Der Gläubiger kann die Forderung erlassen (l. 26 D. 22, 3), er kann sie cediren ꝛc. Dernburg § 34. Eine andere wichtige Consequenz aus der fortdauernden Existenz der beiden Forderungsre ist, daß jedes derselben fortfährt, den gleichen Untergangsgründen zu unterliegen, wie Forderungsre überhaupt, so namentlich auch der Verjährung. Vgl. § 350 [2].

[3] „Dolo facit, qui petit, quod redditurus est". L. 8 pr. D. 44, 4, l. 173 § 3 D. 50, 17. S. auch l. 3 D. 16, 2. „Ideo compensatio necessaria est, quia interest nostra, potius non solvere, quam solutum repetere". Man hat versucht, diesen Gedanken dahin zu erweitern, daß die Compensation das Forderungsr. aufhebe kraft einer Selbstzahlung des Gläubigers, oder kraft einer abgekürzten Zahlung des Schuldners. Aber das ist irrig. Der Gläubiger kann deßwegen nicht fordern, weil er zurückgeben müßte; aber weder hat er erhalten und zurückgegeben, noch wird er so angesehen, als habe er erhalten und zurückgegeben. Deßwegen ist Beweis der Compensation nicht Beweis der Zahlung. Sf. XII. 94. Vgl. Dernburg § 42 (S. 358 fg.), Vangerow Anm. 1 Nr. I, Eisele S. 230 fg. [Siber S. 63 fg.] — Die Compensationseinrede wird einem jeden der Schuldner gewährt. So weit also der Schuldner gewinnt, verliert er auch; in demselben Maße, in welchem er von seiner Schuld frei wird, wird der Gegner frei von der seinigen. Aber man darf nicht sagen, daß dem Schuldner deßwegen eine Einrede gegeben werde, weil auch dem Gläubiger eine Einrede gegen ihn gegeben wird. Die beiden Einreden werden gleichzeitig gegeben, aber nicht eine um der anderen willen. [Gegen die Annahme, daß der Satz, dolo facit, qui petit, quod redditurus est, Grundlage des Compensationsr. sei, wendet sich Geib S. 60 fg. Der Dolus, welchen der Compensant dem Kläger vorwerfe, bestehe nicht darin, daß er dasjenige fordere, was er alsbald dem Beklagten wiedergeben müsse, sondern vielmehr darin, daß geklagt werde, obgleich doch Beklagter fortgesetzt erkläre, nichts repetiren und eben durch diesen

Digitized by Google

3. Die dem Forderungsrechte anhaftende Compensationseinrede hat nicht bloß die Wirkung, das Eintreibungsrecht des Gläubigers auszuschließen, sondern sie hemmt überhaupt das Forderungsrecht in seiner Wirksamkeit, sie hebt das Forderungsrecht nach der Seite seiner Wirksamkeit auf[4]. Leistet daher der Schuldner in Unkenntniß der

Verzicht auf seine Gegenforderung dem Kläger volle Befriedigung verschaffen zu wollen. Allein, der Grund warum der Beklagte mit dieser Argumentation zu hören ist, bleibt doch der, daß es angemessener ist, wenn die Sache auf diesem Wege erledigt, als wenn gezahlt und wieder gezahlt wird. S. noch Stölzel Eventualaufrechnung S. 2 fg.]

[4] Vgl. § 341, 1. L. 4 D. 16, 2: — eo minus fideiussorem ex omni contractu debere, quod ex compensatione reus retinere potest. Sicut enim, quum totum peto a reo, male peto, ita et fideiussor non tenetur . . in maiorem quantitatem, quam reus condemnari potest". L. 10 pr. D. 16, 2: — „compensationem factam videri et . . . invicem liberationem". L. 4 C. 4, 31: — pro soluto compensationem haberi oportet". Ueber die Lesart in dieser letzten Stelle s. Ubbelohde S. 207 fg. und die das. Citirten, Brinz Jahrb. S. 38, Dernburg S. 336, Eisele S. 216. — Brinz (Jahrb. u. Lehrb. [2. Aufl. II S. 419 fg.]) nimmt nicht Aufhebung der Forderung durch die Gegenforderung, sondern lediglich Befreiung des Schuldners an. Er will damit zunächst nur den Gegensatz gegen die Aufhebung ipso iure scharf bezeichnen, freilich aber nicht minder auch einen Gegensatz gegen die sonstige Abschwächung der Obligation durch Einrede. Mir scheint ein Gegensatz dieser Art nur insofern vorhanden zu sein, als die Zuständigkeit der Compensationseinrede den Schuldner nur auf Kosten einer entsprechenden Aufopferung und nur kraft des Entschlusses, die Aufopferung zu machen, befreit ([11]); aber dieses Besondere berührt nicht den Umfang der abschwächenden Kraft der Einrede. Vgl. auch Eisele S. 215 fg. — Von Anderen wird alle und jede Affection der Forderung durch die ihr gegenüberstehende Gegenforderung in Abrede gestellt, und nicht bloß auf Grund der Auffassung, welche diese Affection erst rückwärts mit Vorschützung der Compensationseinrede eintreten läßt (s. [10] bei [b]), sondern auch unabhängig von dieser Auffassung, so von Eisele und Schwanert a. a. OO., mit welchen übereinstimmt Thon Rnorm und subjectives R. S. 270 fg., ebenso Ohnsorge S. 291 fg., Stampe S. 14 fg., Wendt S. 580 fg. Vgl. [6] fg. [Auch nach Geib begründet das compensable Gegenüberstehen von zwei Forderungen an und für sich keine Einrede; die Forderungen afficiren sich nicht durch ihr Gegenüberstehen (S. 21 fg.), aber jeder Gläubiger hat es in der Hand, lediglich durch seinen Willen das Ergebniß herbeizuführen, daß er nicht zu bezahlen braucht (S. 24 fg.). Es ist hierzu nur nothwendig, daß er auch seine eigene Forderung nicht in anderer Weise geltend macht als dadurch, daß er sie zur Aufwägung verwendet (S. 25). Die Offerte zum Compensationsvollzug wirkt wie Zahlungsangebot (S. 25 fg.). Zur Tilgung der beiden Forderungen aber gehört Annahme dieses Angebots oder Urtheil (S. 25. 30 fg.). Aber trotzdem daß keine (definitive) Tilgung eingetreten ist, ist der Schuldner, der fortfährt, dem Gegner die Compensation anzubieten, von seiner Schuld in ähnlicher Weise liberirt, wie wenn er deponirt hätte. (S. 29 fg. 32. 67 fg.) Dazu scheint Geib aber nichts weiter zu verlangen, als daß das Compensationsanerbieten nicht zurückgenommen ist (S. 40) und der Compensationslustige auch

Digitized by Google

ihm zustehenden Einrede, so kann er das Geleistete als unverschuldet geleistet zurückfordern[5]. Eine andere Folge aus dem aufgestellten Satze ist, daß von dem Augenblick an, wo einer verzinslichen Forderung eine Gegenforderung gegenübertritt, der Zinsenlauf aufhört[6], und auch die Folgerung muß gezogen werden, daß die Gegen-

nichts seinem Angebot Widersprechendes (in Geltendmachung seiner Forderung) gethan hat. Dann weiß man aber nicht, mit welchem Zeitpunkt die bloßen Angebotswirkungen zu Liberationswirkungen werden. Nach S. 37 scheint es freilich, als verlangte Geib nach jeder Ablehnung des Compensationsangebots eine Wiederholung desselben, damit der Schuldner sich auf die Liberation berufen könnte; das würde aber zu einem ewigen Hin- und Widerreden führen und scheint doch nur in dem Sinne gesagt, daß im Proceß das außergerichtliche Anerbieten wiederholt werden muß.]

[5] L. 10 § 1 D. 16, 2. „Si quis igitur compensare potens solverit, condicere poterit quasi indebito soluto". L. 30 D. 12, 6. Dernburg S. 586—587. Eisele Arch. S. 194 sieht den Grund der condictio indebiti nicht darin, daß compensirt sei, sondern darin, daß nicht compensirt worden sei, obgleich compensirt hätte werden können, also nicht in einer Lähmung des Forderungsr., sondern darin, daß der Schuldner unterlassen habe, dem Forderungsr. eine Lähmung beizubringen. Aber ein debitum, welches aufgehoben werden kann, ist deßwegen kein indebitum. Der gleiche Gedanke wie bei Eisele findet sich bei Schwanert S. 12 fg., nur daß dieser Schriftsteller jenem Gedanken den eigenthümlichen Ausdruck gibt, in der condictio liege eine nachträgliche Compensation, welche dem Schuldner wegen seines Irrthums gestattet werde. Also Aufhebung einer aufgehobenen Forderung! In seiner Schrift über die Compensation S. 259 fg. erkennt Eisele die beiden im Vorstehenden gemachten Einwendungen als berechtigt an und stellt das Rverhältniß nun so dar: die von dem Schuldner gemachte Zahlung bleibe einstweilen in ihrer Wirkung suspendirt; wolle derselbe nicht compensiren, so tilge sie die Forderung rückwärts, entschließe er sich aber zur Compensation, so habe sie die Forderung nicht aufgehoben, und das Gezahlte könne daher als ein „quasi" indebitum zurückgefordert werden. Ich glaube nicht, daß diese künstliche und sich mit dem Parteiwillen in Widerspruch setzende Construction die Auffassung empfiehlt, welche derselben nicht entrathen zu können glaubt. Daß aber das Wort quasi weit davon entfernt ist, in unseren Quellen immer das Uneigentliche zu bezeichnen, braucht doch nicht erst ausgesprochen zu werden. Eisele beruft sich noch auf l. 56 D. 12, 6. Mit Unrecht: in dem Fall dieser Stelle hat der Schuldner eine exceptio, welche möglicherweise wegfallen kann, und es wird entschieden, daß sie nicht wegen dieser Möglichkeit als temporalis behandelt werden dürfe. Stampe S. 23 fg.: die cond. indebiti hat ihren Grund darin, daß compensirt werden konnte. Kretschmar Secum pensare: in l. 10 § 1 cit. ist „compensare" interpolirt; die Stelle handelte von dem Deductionsr. gegen die Klage des bonorum emtor, Gai. IV, 69, vgl. Lenel Sav.-ZS. IV S. 117 fg. Edictum perpetuum S. 345. [Siber S. 70 fg. Leonhard S. 163 fg.]

[6] L. 11 D. 16, 2, l. 4. 5 C. 4, 31, l. 7 C. 8, 42 [43]. Dernburg S. 587—589. Eisele Arch. 195 und Compens. S. 271 fg. führt auch diesen Satz auf das „R. zu compensiren" zurück, indem er die Billigkeit und den präsumtiven Willen des Schuldners zur Hülfe nimmt. Aber auch die Billigkeit verlangt nicht, daß

Digitized by Google

forderung den Verzug des Schuldners[7], so wie den Verfall der auf die Nichtleistung gesetzten Strafe[8] ausschließt[9].

4. Die Hemmung der Forderung durch die Gegenforderung tritt ohne Zuthun des Schuldners ein. Wenn der Schuldner sich der Klage des Gläubigers gegenüber auf seine Gegenforderung beruft, so schafft er sich dadurch nicht erst ein Einrederecht, sondern er macht Gebrauch von einem erworbenen[10]. Von der anderen Seite braucht

---

Jemand keine Zinsen bezahle von einer Schuld, die er zwar beseitigen kann, die aber nicht beseitigt ist, und das Interesse des Schuldners an der Compensationserklärung berechtigt nicht, dieselbe als gemacht anzusehen. Schwanert S. 4 ist der Meinung, daß der bezeichnete Satz deßwegen seinen Grund nicht in der Zuständigkeit der Compensationseinrede haben könne, weil er in l. 4 C. 4, 31 auf eine solutio zurückgeführt werde. Das ist nicht richtig; es wird in dieser Stelle die Wirkung der Gegenforderung auf die Forderung mit solutio nur verglichen. Stampe S. 25 fg. 33 fg.: das Aufhören des Zinsenlaufs setzt ein Compensationsangebot voraus (vgl. [15a]). Kretschmar Secum pensare S. 26: es ist unbillig, daß der Gläubiger Zinsen ziehe, während er von seiner eigenen Schuld keine oder geringere Zinsen zahlt. Sf. XXXV. 112, RG. XVII S. 141. [Sf. LI. 18. Siber S. 68 fg. — F. Leonhard S. 186 fg. sucht aus den in Frage kommenden Stellen zu folgern (m. E. mit Unrecht), daß nicht nur das compensable Gegenüberstehen von zwei Forderungen den Zinslauf nicht hemmt, sondern auch die Aufrechnungserklärung in Ansehung der Kapitalien den Zinslauf der Zwischenzeit nicht aufhebt, daß vielmehr bei der Aufrechnung der Zinsbetrag in Rechnung zu stellen ist, jedoch so, daß auf das Kapital vor den Zinsen aufzurechnen ist, und wenn die Restforderung einer Partei danach noch Zinsen enthält, nur der Kapitalrest, nicht die Zinsen weiter verzinst werden.]

[7] Ausdrücklich ist dieß in den Quellen nicht anerkannt. Vgl. übrigens l. 40 D. 12, 1. Dernburg S. 589, Brinz 2. Aufl. S. 428 [39], A. M. Schwanert S. 5, Eisele S. 270 fg. [F. Leonhard S. 201 fg. (nur auf Grund von Aufrechnungserklärung ist Verzug ausgeschlossen).]

[8] Dazu gehört auch die Verwirkung der Emphyteuse (I § 122, 4) und des Miethr. (l. 54 § 1 D. 19, 2). Dernburg S. 590. Brinz a. a. O. [40]. Sf. XII. 23. 152, XXXIV. 29. A. M. Schwanert S. 5, Eisele S. 270. Einen unmittelbaren Quellenbeweis gibt es auch für diesen Satz nicht. [F. Leonhard S. 202 fg. wie in Note [7].]

[9] Eine interessante Folgerung noch in l. 21 D. 16, 2. Der procurator absentis, welcher eine Forderung des abwesenden Schuldners zur Compensation bringt, braucht nicht cautio de rato zu geben. Und doch muß Jeder cautio de rato geben, welcher ohne Vollmacht die Forderung eines Andern einklagt. Aber der procurator klagt eben nicht eine fremde Forderung ein, sondern macht Gebrauch von einer durch diese Forderung ohne seine Thätigkeit begründeten Einrede. Freilich gehen die Meinungen über den wahren Sinn der l. 21 cit. sehr auseinander. Vgl. namentlich Brinz § 35, Dernburg S. 328 fg., Ubbelohde § 25, neuestens Schwanert S. 36 fg, Eisele Arch. S. 204. Compens. S. 372 fg., Stampe S. 23.

[10] In diesem Sinne sagen die Quellen, daß „ipso iure compensatur“ „ipso iure compensatio fit“, „ipso iure invicem liberatio fit“, daß der Bürge

Digitized by Google

der Schuldner von seinem Einrederecht keinen Gebrauch zu machen[11], und thut er es nicht, so darf er keinen Vortheil daraus ziehen wollen,

---

(also auch der) Schuldner „ipso iure eo minus debet, quod ex compensatione reus retinere potest". L. 4. l. 10 pr. l. 21 D. 16, 2, l. 4. l. 14 pr. C. 4, 31, § 30 I. 4, 6. Die Compensation hebt das Forderungsr. nicht ipso iure auf, aber sie tritt ipso iure ein. D. h. ipso iure tritt ein die Compensation als eine von dem gegenüberstehenden Forderungsr. ausgehende Kraft oder Thätigkeit gedacht; denn compensatio auf die Thätigkeit des Schuldners bezogen, hat das Eintreten ipso iure keinen Sinn. — Ueber die Bedeutung dieses ipso iure ist so viel gestritten worden, daß zuletzt Ubbelohde darüber ein ganzes Buch hat schreiben können (s. § 348 bei *). a) Früher war die herrschende Meinung, jener Ausdruck wolle allerdings sagen, daß die gegenüberstehenden Forderungsre sich einander ipso iure aufheben. b) Diese Meinung hat man in der neueren Zeit mit dem unbestrittenen Satz, daß der Schuldner, wenn er nicht compensiren will, sein Forderungsr. behält, durch die Annahme in Einklang zu bringen gesucht, daß die Compensation zwar nur eintrete, wenn der Schuldner sich auf dieselbe berufe, daß es aber, wenn der Schuldner dieß thue, so angesehen werde, als hätten die beiden sich gegenüberstehenden Forderungsre sich von der Zeit ihres Gegenüberstehens an ipso iure aufgehoben. Dieß ist die jetzt herrschende Auffassung. c) Dieselbe wurde energisch bekämpft von Brinz in seiner Schrift über die Compensation. Statt ihrer suchte Brinz, freilich mit neuen Gründen, die ältere des Donellus zur Geltung zu bringen: das ipso iure wolle nur sagen, daß die Compensation nicht durch Einrückung einer exceptio in die Formel vermittelt worden sei. Wieder anders gewendet (mit einer Annäherung an die materielle Auffassung unter a ist dieß auch der Grundgedanke der Auffassung Ubbelohde's. d) Nach der Meinung Dernburg's will das ipso iure sagen, die Compensation trete in der letzten Entwickelung der Lehre nach den Grundsätzen des R. ein, d. h. es hänge nicht mehr von besonderen Umständen und Verhältnissen, vom Ermessen des Richters, ab, ob sie stattfinden solle. e) Asher a. a. O. ist zu der alten Auffassung des ipso iure, daß die Compensation das Forderungsr. ipso iure aufhebe, zurückgekehrt. Dieses ipso iure Wirken sei auch von Justinian gegenüber einer entgegenstehenden Praxis bestätigt worden, aber ohne alle Einsicht in seine Bedeutung. Demgemäß sei es „thöricht", „an der heutigen gemeinrlichen Theorie" zu „mäkeln" (S. 57). f) Die processuale Bedeutung des ipso iure wird für das Justinianische R. nach dem Vorgang von Wieding Libellproceß S. 221 fg. wieder vertreten von Schwanert a. a. O., Eisele a. a. O., Bekker Aktionen II S. 356 fg., Lenel über Ursprung und Wesen der Exceptionen S. 139 fg.: der Sinn des ipso iure in Justinian's Bestimmungen sei, daß die Compensation auch noch nach der Litiscontestation vorgeschützt werden könne. Was das vorjustinianische R. angeht, so halten die genannten Schriftsteller an der processualen Bedeutung nur theilweise fest, theilweise erkennen sie die materielle Bedeutung (directe Aufhebung des Forderungsr.) an (Schwanert für l. 4 und l. 21 D. 16, 2, Lenel für l. 10 D. 16, 2), theilweise versuchen sie verschiedene Auslegungen (Eisele S. 167 fg. 173 fg., Lenel S. 142 fg., Stampe S. 17 fg.). Eisele erklärt das ipso iure in l. 21 D. 16, 2 und l. 4 C. 4, 31 (für l. 21 cit. gleicher Meinung Stampe S. 23) für interpolirt. [Nach Appleton p. 428—488 ist ipso iure in allen vorjustin. Stellen interpolirt auf Grund von l. 14 C. 4, 31, die freilich nicht solche Einschiebungen, sondern nur die Ausmerzung der Spuren der alten Compensations-

Digitized by Google

daß dem Forderungsrecht des Gläubigers bis dahin eine Einrede entgegengestanden habe[12]. Das Gleiche gilt, wenn der Schuldner

methoden (compensatio, deductio, exceptio doli) erzielen wollte. Nach Absicht der Constitution sollte die comp. Richteract bleiben; nur aus Mißverständniß machten die Compilatoren daraus eine comp. sine facto hominis. S. dagegen Longo p. 114 s.] g) Mit der hier vertretenen Auffassung stimmt im Wesentlichen (vgl. [4]) überein Brinz in dem Aufsatz in dem Jahrb. d. gem. R. und in seinem Lehrbuch, obgleich er daneben an seiner früheren Auffassung theilweise festhält. — Was gegen die hier vertretene Auffassung eingewendet worden ist (Dernburg S. 304, Vangerow 7. Aufl. III S. 361 fg., Schwanert S. 13 fg. 22 fg., Eisele Arch. 173 fg. Compens. S 146 fg.), hat keine überzeugende Kraft. Wenn man gesagt hat, den Ausdrücken compensare und compensatio könne die Bedeutung einer von der Gegenforderung ohne Weiteres ausgehenden Kraft oder Thätigkeit gar nicht beigelegt werden, so s. § 348 [3]; wenn man geltend gemacht hat, eine jede Einrede (Einrede als R. gedacht) entstehe ohne Weiteres mit der zu Grunde liegenden Thatsache, und es leuchte nicht ein, welche Veranlassung vorgelegen habe, dieß für die Compensationseinrede besonders hervorzuheben, so ist darauf zu erwidern, daß die geforderte Veranlassung darin liegt, daß bei der Compensationseinrede der Entschluß des Schuldners, sie geltend zu machen, eine viel größere Rolle spielt, als bei allen anderen Einreden, weil die Geltendmachung der Compensationseinrede dem Schuldner etwas kostet, also der Schein entstehen kann, als wenn durch das vom Schuldner gebrachte Opfer die Einrede erst erzeugt würde. S. Note [11. 12]. Ueber ein anderes gegnerisches Argument s. [20]. — Eine praktische Bedeutung (vgl. Ubbelohde S. 3—5) hat diese Meinungsverschiedenheit nur insofern, als sie mit der Frage zusammenhängt, ob eine Einwirkung der Gegenforderung auf die Forderung erst mit der Entgegensetzung, oder sogleich mit der Existenz der Gegenforderung eintritt. [F. Leonhard S. 94 fg. bes. S. 108 fg.: der Aufrechnende compensirt selbstthätig durch einseitige Erklärung ohne Mitwirkung des Gegners oder des Richters. Oertmann ABR. XIII S. 124 fg. s. auch XIV S. 348 (andeutungsweise): Das eigentlich constitutive Moment für die Beseitigung der gegenüberstehenden Ansprüche ist die Thatsache ihres Gegenüberstehens, aber nur unter Hinzutritt des confirmatorischen Actes der (gerichtlichen oder außergerichtlichen) Parteierklärung: Das Gegenüberstehen wirkt unter der condicio iuris des entsprechenden Parteiactes, so daß die Tilgung bis dahin in suspenso ist; damit dürfte auch das ipso iure compensatur am besten harmoniren. Liebknecht Compensationsvollzug S. 16 fg.: es besteht ein R. auf Erfüllung durch Compensation, auch ohne vertragsmäßige Begründung dieses R., nur auf Grund des Gesetzes. Priester ipso iure compensatur (Frankf. a. M. 1897): Formell: im Formularproceß sine exceptione, bei Justinian auch nach der Litiscontestation vorzubringen, materiell: Vollzug der Compensation durch einseitige Erklärung mit rückwirkender Kraft. v. Hertzberg S. 23 fg. 34 fg.: ipso iure = aus der Willensmacht der zur Compensation gebrachten Re. Es wird aufgerechnet durch einseitige Erklärung, welche aber zugleich durch den Willensinhalt der compensirten Re wirkt und darum nothwendig rückwirkend ist. Siber S. 72 fg. wie Windscheid.]

[11] S. die Stellen in Note [2]. Sf. XXI. 128, XXXIII. 122. — Daß es von der Willkür des Schuldners abhängt, ob er von seiner Einrede Gebrauch machen will, gilt zwar bei allen Einreden; aber hier hat es einen ganz besonderen Sinn. Denn die Geltendmachung anderer Einreden gewährt dem Schuldner

Digitized by Google

die Compensationseinrede zwar entgegensetzt, dieselbe aber vom Richter wegen Unzulässigkeit der Compensation verworfen wird[13]. Macht der Schuldner von der Compensationseinrede Gebrauch und wird dieselbe vom Richter zugelassen, so wird die Klage des Gläubigers zurückgewiesen, und damit ist dessen Forderungsrecht, zugleich aber auch das zur Compensation verwendete Forderungsrecht des Schuldners endgültig beseitigt[14. 14a].

---

lediglich einen Vortheil; in der Geltendmachung der Compensationseinrede aber liegt zugleich eine Aufopferung, Verwendung einer Forderung zum Zweck der Befreiung. Aus diesem Grunde kann auch der Schuldner, welcher die Forderung eines Andern entgegenzusetzen an und für sich berechtigt ist, dieselbe nicht ohne Zustimmung des Gläubigers bez. Sicherheitsleistung entgegensetzen (§ 350[19. 22]). Aus demselben Grunde ist Leistung mit Verzicht auf die Compensationseinrede nicht Schenkung, wie es sonst Schenkung ist, wenn der Schuldner mit Verzicht auf eine ihm zustehende Einrede leistet.

[12] Wenn er das Forderungsr. des Gläubigers durch Zahlung befriedigt, so kann er sich nicht darauf berufen, daß dasselbe bereits anderweitig durch Aufrechnung eines ihm gegen den Gläubiger zustehenden Forderungsr., befriedigt gewesen sei. Deßwegen kann er namentlich auch dem Gläubiger die Zinsen der Zwischenzeit nicht vorenthalten. In früheren Auflagen [bis zur 4.] habe ich gesagt, daß durch die Nichtgeltendmachung der Compensationseinrede die bis dahin vorhanden gewesene Hemmung des Forderungsr. rückwärts wieder aufgehoben werde, und habe mich dafür auf die Analogie des Verhältnisses beim Vermächtniß nach Ausschlagung desselben berufen. Ich glaube aber, daß man die Kategorie der Rückwirkung vermeiden soll, wo man es kann.

[13] Von diesem Fall ist die Rede in l. 7 § 1 D. 16, 2, l. 7 [8] § 2 D. 3, 5, l. 1 § 4 D. 27, 4. — Verwirft der Richter die Compensationseinrede, weil er die Gegenforderung aberkennt, so ist gegen die letztere (bis zum Betrage der eingeklagten Forderung) exceptio rei iudicatae begründet. S. I § 130[21b] und vgl. Dernburg § 69.

[14] Das Urtheil weist den Gläubiger zurück, weil er wiedergeben müßte, wenn er erhielte, und spricht damit aus, daß er seinerseits zum Geben nicht verpflichtet sein solle. Das Urtheil nöthigt den Gläubiger, vom Schuldner statt der Leistung des Geschuldeten eine Befreiung anzunehmen, es vollzieht eine vom Schuldner dem Gläubiger aufgedrängte in solutum datio. Eisele S. 229 fg. 361 fg. faßt das Verhältniß so auf, daß das Urtheil den mangelnden Compensationswillen des Gläubigers ersetze und daher einen Compensationsvertrag vollziehe. Mir scheint das ein unnöthiger Umweg zu sein. [Dagegen auch Siber S. 21 fg.] Der Gläubiger wird abgewiesen nicht weil er auf sein Forderungsr. verzichtet hat (weil er als ein Verzichtethabender rlich behandelt wird), sondern weil er verzichten muß.

[[14a] Ueber die neuerdings lebhaft verhandelte Streitfrage, wie im Falle der Eventualaufrechnung zu verfahren ist, wenn die Gegenforderung liquide, die Klagforderung nicht liquide ist, wird zur Vermeidung von Wiederholungen besser vom Standpunkte des BGB. aus gehandelt, da die Streitfrage nur von derjenigen Aufrechnungstheorie aus verhandelt ist, welche dem BGB. zu Grunde liegt.]

Digitized by Google

5. In anderer Weise, als durch Entgegensetzung der Compensationseinrede und Erlangung eines den Gläubiger zurückweisenden Urtheils, und namentlich durch eine einseitige Compensationserklärung, kann der Schuldner nicht bewirken, daß die beiden Forderungsrechte, das des Gläubigers und sein eigenes, definitiv beseitigt seien[15]. Doch kommt der Gläubiger in Verzug, wenn er die ihm vom Schuldner

[15] Der Schuldner kann nicht den Compensationsvertrag (§ 351, 2) durch eine einseitige Erklärung ersetzen. Deßwegen darf auch nicht der Gläubiger seinerseits sich auf die einseitige Compensationserklärung des Schuldners berufen. Die entgegengesetzte Meinung ist in der Praxis sehr verbreitet. Sf. VII. 169, XXII. 128, XXIII. 122, XXX. 134, XXXVIII. 222, RG. VII S. 245, XI S. 119. Dawider Sf. XLII. 222. Für die entgegengesetzte Meinung auch Ohnsorge S. 285—291, [Hoffmann Magaz. f. d. deutsche R. der Gegenwart VIII S. 234, Kohler Comp. u. Proceß S. 2 fg. 6 fg., F. Leonhard S. 82 fg., Priester (10) bes. S. 36 fg., Stölzel Eventualaufrechnung S. 8 fg., Eccius Gruch. Beitr. XLII S. 17, v. Hertzberg S. 23 fg., Noetzell die außergerichtliche compensatio necessaria nach gem. R. Erl. Diss. 1898, Dernburg Pand. II § 62 bei 3. § 64, 1 (seit 4. Aufl.)], für die hier angenommene die in der folgenden Note genannten Schriftsteller, auch Wendt S. 581, [Lippmann S. 217, Rudolf Meyer Bedeutung und Charakter der Compensationserklärung. Erl. Diss. 1895. Nach der Auffassung von Geib wird die Compensationseinrede dadurch begründet, daß der Beklagte dem Kläger Befriedigung durch Compensation anbietet oder, wenn er dieß schon vor dem Proceß gethan hat, bei dem Anerbieten bleibt (S. 33 fg. 37). Der Gläubiger, der unter Ablehnung dieses Anerbietens seine Klage aufrecht erhält, handelt dolos und unterliegt der exceptio doli generalis (S. 39 fg. 42 fg.). Das Urtheil schafft Rechtskraft im r. R. nur in dem Sinne, daß die Klagforderung nicht mehr erhoben werden kann (S. 86 fg.). Ueber die Gegenforderung wirkt es keine Rechtskraft. Der Richter vernichtet nicht die Klagforderung und die Gegenforderung durch seinen Willensakt (S. 69 fg.). Macht aber der ehemalige Beklagte die letztere geltend, so unterliegt er ipso iure dem Einwande, daß er diejenige Befriedigung, mit welcher er im Vorprocesse zufrieden sein zu wollen erklärt hat, die Befreiung von der damaligen Klagforderung, erhalten hat, und somit seine Forderung erloschen ist (S. 94 fg.). Wenn in CPO. 293 der Entscheidung über das Bestehen der Gegenforderung (richtiger ihr Bestandenhaben) Rechtskraftwirkung beigelegt ist, so ist damit nur ausnahmsweise und praktisch gleichgültiger Weise ein Entscheidungsgrund mit Rkraft ausgestattet (S. 211 fg. 222 fg.). — Ebenfalls gegen Compensation durch einseitige Erklärung sind Liebknecht Compensationsvollzug u. s. w. bes. S. 31 fg. (s. auch denselben Vorbehaltszahlung u. s. w. S. 105 fg.), Siber S. 16 fg. Siber nimmt an, daß noch zur Zeit des Gajus die Compensationseinrede eine dilatorische Retentionseinrede war, daß bei ihrem Durchgreifen die Klagforderung durch processuale Consumtion vernichtet wurde, die Gegenforderung aber bestehen blieb und geltend gemacht werden konnte, aber nur, wenn der Beklagte freiwillig den consumirten Klaganspruch erfüllte (S. 42 fg.). Erst zur Zeit Ulpians wurde diese Möglichkeit abgeschnitten und zwar mit der Wirkung, daß nun auch, wenn die Compensationsforderung verworfen war, ihrer Geltendmachung die exc. rei iudicatae entgegen stand (S. 50). Erst in der Zeit seit Diocletian soll die Compensationseinrede eigentlich peremtorisch geworden sein (S. 77 fg.).]

Digitized by Google

angebotene Befriedigung durch Compensation nicht annimmt[15a]. Deßwegen darf auch dem Schuldner eine Klage auf Compensation nicht versagt werden[16]. Es ist ferner dem Schuldner das Recht einzuräumen, die Annahme der ihm vom Gläubiger (seinem Schuldner) angebotenen Leistung mit Berufung auf die Compensation zu verweigern[16a], nicht aber auch das Recht, die in Unkenntniß der dem Gläubiger gegen ihn zustehenden Forderung angenommene Leistung zurückzugeben[17].

[15a] l. 20 § 2 (vgl. 3 § 1) D. 40, 7, l. 12 C. 4, 31. Vgl. Dernburg S. 364, Schwanert S. 68 fg., Eisele S. 252 fg.; Stampe S. 31 fg. Aus l. 12 cit. könnte man geneigt sein, Mehr zu folgern, nämlich daß die Compensationserklärung nicht wie Zahlungsangebot wirke, sondern wie Zahlung. Aber es kommt in Betracht, daß l. 12 cit. ein Rescript enthält. Vgl. auch Eisele a. a. O. S. 254. A. M. Ohnsorge S. 285—291.

[16] Hierfür gibt es ein entscheidendes Quellenzeugniß nicht (über l. 5 C. 4, 31 vgl. Dernburg S. 548, Eisele Compens. S. 362). Kommt aber der Gläubiger durch Nichtannahme der angebotenen Compensation in Verzug, so ist damit ausgesprochen, daß er durch Nichtannahme Unrecht thue, und man wird nicht zu weit gehen, wenn man dem Schuldner nicht das Mittel versagt, um denselben Effect hervorzurufen, welchen er erzielt haben würde, wenn der Gläubiger dieses Unrecht nicht begangen hätte. Hiernach nehme ich auch in dieser Beziehung meine frühere Ansicht zurück. Vgl. Krug § 100, Dernburg § 64, Eisele S. 360 fg., Schwanert S. 68, Eck (§ 348 *) S. 140. Sf. XXXVII. 105. Eisele a. a. O. sieht einen Quellenbeweis für das Klager. des Schuldners in der demselben gewährten condictio indebiti. Aber mit der condictio indebiti verlangt und erlangt der Schuldner nur Aufrechterhaltung des Zustandes des Nichtbezahlenmüssens. [Gegen die Klage auf Compensation Geib S. 13 fg., F. Leonhard S. 161 fg.]

[16a] Das Gegentheil habe ich in der 4. Auflage ausgesprochen, indem ich geltend machte: kann der Schuldner durch Anbieten der Compensation die Forderung des Gläubigers nicht definitiv beseitigen, so bleibt auch seine Forderung bestehen, und der Gegner darf sie als bestehende behandeln. Dem ist aber entgegenzuhalten, daß es einem Gläubiger nicht gestattet sein kann, die seinem Schuldner ihm gegenüber gewonnene Rposition einseitig zu verkümmern. Vgl. Krug S. 264, Fuhr ([15]) S. 142, Dernburg S. 588, Eisele S. 233. [F. Leonhard S. 207: der Gläubiger muß, wenn er ablehnen will, Aufrechnung erklären.]

[17] A. M. die in der vorigen Note genannten Schriftsteller (Eisele S. 268). [Kohler Comp. u. Proceß S. 19 fg.] In Beziehung auf diesen Punkt bleibe ich bei der früher von mir geäußerten Ansicht stehen, und wiederhole was ich gesagt habe: der Schuldner hat ein Vermögensstück (sein Forderungsr. gegen den Gläubiger) in einer Weise verwendet (durch Zahlungsannahme), wie er es nicht verwendet haben würde, wenn er nicht im Irrthum gewesen wäre; das kann ihn nicht berechtigen, die gemachte Verwendung zurückzunehmen. Dernburg und Eisele glauben, aus diesem Argument würde auch der Ausschluß der condictio indebiti folgen: aber der Schuldner, welcher die condictio indebiti anstellt, hat eben eine Kleinigkeit mehr für sich, die Zahlung eines indebitum. L. 19 D. 31, auf welche ich mich schon früher berufen habe, beweist allerdings, wenn auch nicht

Digitized by Google

6. [18]Hat der Gläubiger mehrere Forderungen gegen den Schuldner, so steht die Compensationseinrede einer jeden derselben entgegen[19], aber der Schuldner kann sie natürlich nur gegen Eine Forderung gebrauchen[19a]. Hat der Schuldner mehrere Forderungen gegen den Gläubiger, so steht ihm kraft einer jeden derselben die Compensationseinrede gegen den Gläubiger zu, und es hängt von ihm ab, welche der mehreren Forderungen er zur Compensation verwenden will[20]. Kann aber im ersten Fall der Gläubiger die Compensationseinrede

---

direct: sie sagt, daß der Wahlberechtigte das in Unkenntniß seines Wahlr. Eingeforderte nicht nach Aufklärung seines Irrthums zurückgeben könne. [F. Leonhard S. 207 fg.: Der Gläubiger kann auf Grund von ihm vorzunehmender Aufrechnungserklärung zurückgeben.]

[18] Vgl. zum Folgenden Fuhr APraktRW. I Heft 2 S. 141—155, Krug § 52. 81, Dernburg § 65, Schwanert S. 71 fg., Eisele S. 365 fg., Sintenis II S. 438, Brinz 2. Aufl. II S. 427, Kretschmar Secum pensare S. 62 fg., Dernburg I § 64 [4]. [Kohler Comp. u. Proc. S. 23 fg., F. Leonhard S. 166 fg., v. Hertzberg S. 38 fg., Siber S. 66.]

[19] Für jede derselben ist wahr, daß der Gläubiger dolo facit, si petit, quod redditurus est. Steht die Compensationseinrede auch jedem Theil der Forderung entgegen (der Kläger klagt nur einen Theil ein)? Verneint vom RG. 3. Senat 18/6 80 (Fenner und Mecke II S. 83, Sf. XXXVI. 188) und 6/2 85 (XIII S. 175, Sf. XLI. 96). [Ebenso OLG. Hamburg. Sf. XLVIII. 253, Hoffmann Magaz. f. d. deutsche R. der Gegenwart VIII S. 234 fg. bes. S. 237.] Anders RG. 1. Hülfssenat 19/5 82 (VII S. 244).

[19a] Indem der Schuldner kraft seiner Forderung eine der Forderungen des Gläubigers mit der Compensationseinrede zurückschlägt, zehrt er seine Forderung auf, und macht dadurch die übrigen Forderungen des Gläubigers frei. Und zwar macht er sie rückwärts frei: in folgendem Sinne. Es bleibt zwar wahr, daß bis hierhin auch diesen anderen Forderungen eine Einrede entgegengestanden hat. Aber ebenso wahr ist es, daß dem Gläubiger für diese anderen Forderungen durch die ihm gegen die Forderung des Schuldners gewährte Einrede eine Befriedigung nicht verschafft worden ist, da die durch diese Einrede stille gestellte Forderung des Schuldners anderweitig gegen ihn verwerthet worden ist. Hat er nun von der ihm gewährten Einrede keinen Vortheil, so darf auch der Schuldner von der ihm gewährten Einrede keinen Vortheil haben, so daß er namentlich auch die Zinsen der Zwischenzeit bezahlen muß. Eisele S. 227 meint: es sei ebensowenig möglich, daß eine Forderung von 100 drei Forderungen von je 100 afficire, wie es möglich sei, daß eine Forderung von 100 eine Forderung von 300 afficire. Darauf ist zu antworten, daß der Grund der Compensationseinrede nicht die Befriedigung des Gläubigers ist.

[20] Vgl. l. 5 D. 16, 2. Von diesem Fall entnimmt Schwanert S. 22 fg. ein Argument gegen die hier vertretene Auffassung; durch die Existenz der erst entstandenen Gegenforderung sei die Forderung bereits „inhaltlos" gemacht, und es bleibe daher für eine später entstehende Gegenforderung kein Raum für eine Wirksamkeit. Aber 1) warum sollte nicht dem Schuldner eine Mehrheit von Einreden zustehen können? 2) Befriedigt wird der Gläubiger nicht mit allen Forderungen des Schuldners, sondern nur mit einer ([19a]).

Digitized by Google

des Schuldners mit Berufung auf seine andere Forderung zurückschlagen? ist gegen die Einrede der Compensation die Replik der Compensation zulässig?[21] Es ist zu unterscheiden: die Replik der Compensation ist zulässig, wenn sie als Einrede bereits begründet war zur Zeit, wo die eingeklagte Forderung entstanden ist[22]; ist dieß nicht der Fall[23], so ist sie unzulässig[24], es müßte denn der Gläubiger vor Entgegensetzung der Compensationseinrede dem Schuldner erklärt haben, gegen dessen Gegenforderung mit seiner anderen Forderung compensiren zu wollen[25].

[1. Im BGB. erfolgt die Aufrechnung durch einseitige Erklärung des Aufrechnungsberechtigten an den andern Theil (388). Hierdurch werden beide Forderungen vernichtet mit Rückwirkung auf den Zeitpunkt, von welchem an die Aufrechnung zulässig war (389). Das BGB. sagt, daß unter den gesetzlichen Voraussetzungen jeder Theil seine Forderung gegen die Forderung des anderen Theils aufrechnen kann (387); dieß ein Aufrechnungsrecht zu nennen, ist man nach dem sonstigen Sprachgebrauch des BGB. wohlbefugt (S. ob. I S. 138). Der Gegengläubiger hat das Recht, den Gegner, statt durch Leistung, im Wege der Auf-

[21] Ist sie zulässig, so hat der Gläubiger die Wahl, welche von seinen mehreren Forderungen er durchsetzen will; im entgegengesetzten Fall hat der Schuldner die Wahl, welche von den mehreren Forderungen des Gläubigers zur Hebung gelangen soll.

[22] Also wenn die eingeklagte Forderung jünger ist, als die Gegenforderung des Schuldners und die andere Forderung des Gläubigers, mag die Gegenforderung jünger oder älter sein als die andere Forderung des Gläubigers. Die dem Schuldner (hier dem klagenden Gläubiger) einmal erworbene Compensationseinrede kann ihm ohne seinen Willen nicht mehr genommen werden.

[23] Es ist nicht der Fall: a) wenn die andere Forderung des Gläubigers jünger ist, als die eingeklagte Forderung und die Gegenforderung; b) wenn die Gegenforderung jünger ist, als die beiden Forderungen des Gläubigers.

[24] Zwar ist in diesem Falle wahr, daß der Gläubiger ein R. hat, mit jeder seiner Forderungen gegen die Forderung des Schuldners zu compensiren; aber es ist nicht minder wahr, daß der Schuldner ein R. hat, mit seiner Forderung gegen jede Forderung des Gläubigers zu compensiren. Wollte der Gläubiger der Compensationseinrede des Schuldners entgegensetzen, es sei nicht wahr, daß er (der Gläubiger) dolo handele, weil es nicht wahr sei, daß er zurückgeben müsse, was er fordere, da er nicht zurückgeben müsse, wenn nicht der Schuldner seinerseits fordere, was er zurückgeben müsse: so hieße das, von dem Schuldner verlangen, daß er nicht unerlaubt handele, damit die unerlaubte Handlung des Gläubigers zu einer erlaubten werde.

[25] Dieß folgt aus dem zu Note [15a] Gesagten. — Die Ansichten der Schriftsteller über den in dieser Nummer behandelten Fall sind außerordentlich verschieden; Eisele a. a. O. läßt einfach die Prävention entscheiden. Aus der Praxis vgl. Sf. I. 30, XIX. 141—144, XXII. 33, XXX. 134, XXXII. 31, XXXIII. 13, XXXVIII. 222, XL. 282 (RG.) [XLVIII. 253.] RG. VII S. 244 fg. [Kaiser die replicatio compensationis, nach gem. Civilr. Hall Diss. 1894.]

Digitized by Google

rechnung zu befriedigen (vgl. 268 Abs. 2. 1142. 1224); die Annahme, daß von dem Eintritt der Aufrechnungsmöglichkeit an beide Forderungen suspensiv bedingt getilgt sind (nämlich unter der Bedingung des Erfolgens einer Aufrechnungserklärung), Oertmann ABR. XIII S. 125. XIV S. 356 fg., R. der Schuldverhältnisse (Commentar) vor § 387 unter 2, Liebknecht S. 117 fg., ähnlich Endemann Lehrb. I § 644 [die Forderungen sind vom Beginn der Aufrechnungsmöglichkeit erloschen; aber zur Auslösung dieser Wirkung bedarf es der declaratorischen Aufrechnungserklärung], ist m. E. ein nicht erforderliches Abweichen von derjenigen Auffassung, von welcher die Verfasser des Gesetzes ausgegangen sind, und die sie zum klaren Ausdruck gebracht haben. Auch ist zu bemerken, daß diese Auffassung zur Erklärung des Zustandes, welcher vom Beginn der Aufrechnungsmöglichkeit an vorliegt, jedenfalls dann nicht ausreicht, wenn man bei der gesetzlichen Bedingung an die Analogie der rechtsgeschäftlichen Bedingung denkt. Denn bei einer rechtsgeschäftlichen bedingten Tilgung des Schuldverhältnisses tritt die Tilgung ohne Rückwirkung mit Eintritt der Bedingung ein (158), und eine dingliche Rückwirkung der erfüllten Bedingung ist nach BGB. nicht einmal möglich (159). Die Tilgung würde also bei Verwendung dieser Analogie mit dem Zugang der Aufrechnungserklärung an den Gegner ohne Rückwirkung eintreten, und es würde eben nicht, wie das Gesetz will, nach erklärter Aufrechnung alles so gehalten, wie wenn die Forderungen schon von Beginn der Aufrechnungsmöglichkeit erloschen wären. Soll man sich aber die gesetzliche suspensiv bedingte Tilgung der beiden Forderungen nicht nach Analogie der rechtsgeschäftlichen bedingten Tilgung denken, so ist nicht abzusehen, was man mit der Aufstellung jenes Begriffes zur Erklärung des Vorganges gewinnt. Wenn die Forderungen getilgt sind unter einer Bedingung (der Aufrechnungserklärung), von der es noch zweifelhaft ist, ob sie jemals eintreten wird, so sind sie eben zur Zeit noch nicht getilgt, es wird nur, wenn die Tilgung kommt, rückschauend Alles so behandelt, als wäre sie schon zur Zeit des Beginnes der Aufrechnungsmöglichkeit eingetreten. Man kann das Wesen der angeblichen gesetzlichen suspensiv bedingten Tilgung (zum Unterschiede von der rechtsgeschäftlichen) nur dadurch erklären, daß man auf die rückwirkende Kraft der Aufrechnungserklärung hinweist, während andererseits diese rückwirkende Kraft verständlich ist, auch ohne daß man den Begriff der suspensiv bedingten Tilgung zu Hülfe nimmt. Kohler ZS. f. CPr. XXIV S. 32 fg. nennt den Einfluß, den die beiden aufrechenbaren Forderungen auf einander ausüben, eine Vinculirung und operirt zur Erklärung der Aufrechnung mit dem Begriff der Anweisung des einen Gläubigers an den andern zur Zahlung an sich selbst (S. 2 fg.). M. E. ist auch der Begriff der Vinculirung entbehrlich und die Construction der Anweisung nicht annehmbar (dagegen auch Liebknecht Vorbehaltszahlung S. 106 [5]); es genügt die Annahme eines Aufrechnungsrechts als eines Rechts, sich statt durch Zahlung, durch die Aufrechnungserklärung zu befreien, also einer facultas alternativa (Liebknecht S. 108 fg.).

Das Aufrechnungsrecht gewährt nach BGB. keine Einrede (s. auch Siber S. 129 fg.). Die Stellung dessen, welcher hätte aufrechnen können, dieß aber unterlassen hat, ist nicht anders als die eines solchen, der das Geld zur Befriedigung seines Gläubigers stets bereit liegen gehabt, es aber thatsächlich nicht

Digitized by Google

gezahlt hat. Nur kann er durch Nachholung der Aufrechnungserklärung (in gewissen Grenzen) sich von den damit verwirkten Folgen befreien. Die Richtigkeit des hier vertretenen Standpunktes hat das Folgende zu bewähren.

a. Wenn sich ein Theil im Vertrage ein Rücktrittsrecht für den Fall der Nichtleistung seitens des andern Theils vorbehalten hat, oder was dem gleich steht, wenn vorbehalten ist, daß der andere Theil bei Nichtleistung seiner Rechte aus dem Vertrage verlustig sein sollte (360), so wird nicht durch die Existenz eines Aufrechnungsrechts des Schuldners, sondern nur durch wirkliche Aufrechnungserklärung der Rücktritt von dem Vertrage ausgeschlossen. Ist nicht zuvor aufgerechnet, so erfolgt vielmehr der Rücktritt gültig, und es ist nur aus Billigkeitsrücksichten bestimmt, daß der Rücktritt unwirksam wird, wenn der Schuldner die Aufrechnung nach dem Rücktritt unverzüglich erklärt (357). Trifft ihn der Vorwurf schuldhaften Zögerns, so bleibt der Rücktritt gültig. Begründete das Aufrechnungsrecht eine Einrede, so müßte der Rücktritt von vornherein unzulässig sein. Liegt ein gesetzliches Rücktrittsrecht vor, so ist übrigens § 357 nicht anwendbar (Siber S. 112).

b. In entsprechender Weise verfährt das Gesetz bei dem Kündigungsrecht des Vermiethers oder Verpächters wegen Verzuges des Miethers oder Pächters mit zwei Zinsraten (554. 581 Abs. 2).

c. Aus § 554 Abs. 1 geht zugleich auf das Bestimmteste hervor, daß der Schuldner, welchem ein Aufrechnungsrecht zusteht, in Verzug kommen kann. Er kann nur, wenn er gemahnt wird oder die Voraussetzungen des § 284 Abs. 2 vorliegen, den Verzug durch sofortige Aufrechnungserklärung ebenso wie durch sofortige Leistung verhindern. Rechnet er nicht auf, so hindert das Aufrechnungsrecht das Eintreten aller Folgen des Verzuges nicht; nur wird, wenn die Aufrechnungserklärung später erfolgt, gemäß § 389 es nachträglich so angesehen, als habe kein Verzug stattgefunden. Die Verzugszinsen und die sonstigen Nebenforderungen wegen Verzuges fallen an, aber diese Forderungen werden durch die Aufrechnungserklärung wieder beseitigt.

d. Weil trotz Aufrechnungsrechts Verzug möglich ist, so kann auch eine Vertragsstrafe verfallen (339); aber ihr Verfall wird rückwärts beseitigt, wenn nachträglich Aufrechnung erfolgt.

e. Wie die Folgen des Verzuges trotz der Aufrechnungsmöglichkeit eintreten können, so ist kein Zweifel daran, daß auch vertragsmäßige oder auf anderem Grunde als dem Verzuge ruhende Nebenleistungen, z. B. Proceßzinsen (291) trotz der Aufrechnungsmöglichkeit verfallen; aber auch die Ansprüche auf solche Leistungen werden durch die Aufrechnungserklärung wieder beseitigt.

f. Das Aufrechnungsrecht des Hauptschuldners gewährt auch dem Bürgen keine peremtorische Einrede. Dieß müßte der Fall sein, wenn es dem Hauptschuldner eine solche gewährte (768). Der Bürge hat nur eine dilatorische Einrede, so lange das Aufrechnungsrecht des Hauptschuldners besteht (771 Abs. 2). Nach der Wortfassung des § 770 entsteht allerdings der Anschein, als beriefe sich der Bürge nicht auf ein Recht des Hauptschuldners, sondern verwiese den Gläubiger auf eine diesem zustehende Befriedigungsmöglichkeit (hiervon geht auch Kohler ZS. f. CPr. XXIV S. 12 fg. aus, ebenso Siber S. 100. 130. 138 fg.). Es ist aber doch ausgesprochen, daß die Forderung des Hauptschuldners fällig

Digitized by Google

ein muß, und zwar deßhalb, weil „daran festzuhalten (sei), daß der Bürge sich nur auf ein Verhältniß berufen könne, welches auch der Hauptschuldner würde geltend machen können" (Prot. d. II. Comm. S. 2519). Es ist also in Wahrheit doch das Aufrechnungsrecht des Hauptschuldners, auf dessen Existenz der Bürge sich beruft. Während eine Einrede von dem Hauptschuldner dem Bürgen durch Verzicht nicht entzogen werden kann (768 Abs. 2), gilt das Gleiche bei dem Aufrechnungsrecht nicht. Ebenso verhält es sich bei dem Hypothekeigenthümer (1137) und dem Verpfänder (1211). Auch in diesen beiden Fällen steht die dilatorische Einrede mit Rücksicht auf das Aufrechnungsrecht völlig selbständig neben den Einreden gegen die Schuld.

g. Das Angebot der Leistung von der Gegenseite bringt denjenigen, der aufrechnen könnte, wenn er sich passiv verhält, in Annahmeverzug. Er kann nur den Annahmeverzug verhindern, wenn er sofort, statt anzunehmen, Aufrechnung erklärt, und erklärt er sie später, so gelten die Folgen des Annahmeverzuges als nicht eingetreten.

h. Die Aufrechnungsmöglichkeit kann mit der Wirkung beseitigt werden, daß die Aufrechnungserklärung nicht mehr im Stande ist, die eingetretenen Folgen des Verzuges, den Verfall der Vertragsstrafe, den Zinslauf der Zwischenzeit u. s. w. zu beseitigen. Unzweifelhaft kann dieß geschehen durch vertragsmäßigen Verzicht auf das Aufrechnungsrecht. Die Frage ist aber, ob das Gleiche ohne den Willen des Aufrechnungsberechtigten eintreten kann, insbesondere ob der Aufrechnungsberechtigte, wenn er seine Schuld in Unkenntniß des Aufrechnungsrechts berichtigt, durch Rückforderung des Geleisteten (unter Wiederherstellung seiner Schuld) das Aufrechnungsrecht wieder gewinnen kann. Dieß läßt sich nach dem Vorigen jedenfalls nicht darauf stützen, daß der Forderung eine Einrede entgegengestanden habe (vgl. 813). Nach den Motiven (II S. 109. 832) war es die Absicht, die condictio indebiti nicht zuzulassen, und in der II. Comm. ist hiergegen nichts erinnert. So wird auch von Planck zu § 389, 3 die Condiction für unzulässig erklärt, während Kohler Comp. u. Proceß S. 19 fg. bes. zu [29], v. Hertzberg S. 38 und Liebknecht Vorbehaltszahlung u. s. w. S. 108 fg. anderer Ansicht sind. Liebknecht begründet die condictio indebiti mit Hinweis auf die facultas alternativa, welche das Aufrechnungsrecht gewährt (ähnlich v. Hertzberg). Die juristische Logik spricht für diese Meinung (was freilich Siber S. 133 fg. leugnet); es fragt sich nur, ob man aus der facultas alternativa, welche in dem Aufrechnungsrecht des BGB. allerdings liegt, jede Folgerung ziehen darf, welche die juristische Logik rechtfertigt, auch dann, wenn die Absicht der Gesetzesverfasser erkennbar entgegensteht. Andererseits kann man daraus, daß eine (durch Leistung) getilgte Forderung nicht nochmals (durch Aufrechnung) getilgt werden könne, kein Argument gegen die condictio indebiti entnehmen. Unzweifelhaft wird derjenige, der eine anfechtbare Forderung berichtigt hat in Unkenntniß des Anfechtungsrechts, auch dann wenn mit diesem nicht eine Einrede concurrirt (853), also im Falle der Anfechtbarkeit wegen Irrthums, trotz der Tilgung der Forderung durch Leistung noch die Anfechtung erklären und hierdurch rückwirkend der geschehenen Leistung die causa entziehen können (142). So spricht auch an und für sich nichts dagegen, daß nach der Tilgung der Forderung durch Leistung auch die rückwirkende Tilgung durch Aufrechnungserklärung noch bewirkt

Digitized by Google

und hierdurch die Leistung des Rechtsgrundes beraubt werden kann. Man kann sagen, daß derjenige, welcher dem andern Theil in Unkenntniß der Möglichkeit, sich durch Aufrechnung zu befreien, geleistet hat, in der That dem Gegner einen Vermögensvortheil zugeführt hat, auf welchen derselbe in dieser Gestalt keinen Anspruch hatte, und daß daher die Möglichkeit bestehen muß, diese ungerechtfertigte Bereicherung rückgängig zu machen (812). Sollte wirklich derjenige, der Kapital und Zinsen oder Hauptschuld und Vertragsstrafe entrichtet hat, wenn er erfährt, daß er durch Aufrechnung die Zinsen und die Vertragsstrafe hätte sparen können, nicht durch nachträgliche Aufrechnung das Recht gewinnen können, beide wieder zu fordern? M. E. kann diese Frage nach dem Inhalt des BGB. zu Gunsten des Rückfordernden entschieden werden, und die abweichende Ansicht der Motive zwingt nicht zur gegentheiligen Entscheidung. Man muß aber dann auch den weiteren Schritt thun und anerkennen, daß der Empfänger der Leistung, wenn er sein Aufrechnungsrecht nicht kannte, trotz Tilgung seiner Forderung noch nachträglich die Aufrechnung erklären und nunmehr, indem er das Empfangene als ohne Rechtsgrund bei ihm befindlich dem Gegner zur Verfügung stellt, sich auf die rückwirkende Tilgung seiner eigenen Verbindlichkeit berufen kann.

i. Wenn, während Aufrechnungsrecht besteht, Zinsen oder andere Nebenleistungen aus der Zeit seit Beginn der Aufrechnungsmöglichkeit entrichtet werden, so ist unzweifelhaft, daß durch Aufrechnungserklärung in Betreff der Hauptschuld diese Leistungen des Rechtsgrundes beraubt werden, also zurückgefordert werden können. Nur wird, wenn der Leistende sein Aufrechnungsrecht kannte und die spätere Aufrechnungserklärung von ihm ausgeht, ihm nach Analogie des § 814 die Rückforderung zu versagen sein.

2. Die Aufrechnungserklärung ist ein einseitiges Rechtsgeschäft (388 S. 1), welches beide Forderungen tilgt, wenn beide bestehen (vgl. Siber S. 125 fg.).

a. Besteht eine nicht, so wird auch die andere nicht getilgt. Behauptet wird freilich (Kohler ZS. f. CPr. XXIV S. 20, ebenso Stölzel Eventualaufrechn. S. 198 [wenn ohne Vorbehalt aufgerechnet wird], wie es scheint ebenso Leonhard S. 150 fg.), daß die Forderung des Aufrechnenden auch dann getilgt wird, wenn die gegnerische Forderung nicht besteht, vorbehältlich der condictio indebiti. Allein diese Auffassung widerspricht dem § 389 BGB., welcher nur eine gleichzeitige Tilgung beider Forderungen kennt. So auch Siber S. 92 fg. Planck zu § 389, 1. 3. Anders ist es, wenn die Forderung, gegen welche aufgerechnet wird, besteht und nur mit Einrede behaftet ist. S. unt. zu § 350, 1.

b. Die Aufrechnungserklärung ist auch dann ein einseitiges materielles Rechtsgeschäft, wenn sie im Processe erfolgt. Die von Kohler Compensation und Proceß S. 15 fg. ZS. f. CPr. XXIV S. 17 fg. aufgestellten Unterschiede zwischen der civilistischen und der processualen Aufrechnung können m. E. größtentheils nicht als berechtigt anerkannt werden. Dagegen auch F. Leonhard S. 147 fg. 154 fg., Siber S. 112 fg. Richtig ist nur, daß die Aufrechnung im Proceß verbunden ist mit der processualen Erhebung der Einwendung, daß materiellrechtlich aufgerechnet sei, und daß die Aufrechnung im Proceß ausnahmsweise unter einer bestimmten Bedingung, nämlich derjenigen der Existenz der Gegenforderung erfolgen kann.

Digitized by Google

c. Im Allgemeinen ist die Aufrechnung unwirksam, wenn sie bedingt oder betagt erfolgt (388 S. 2). Die eventuelle Aufrechnung im Processe, d. h. die Erklärung der Aufrechnung unter Bestreiten der gegnerischen Forderung sehen die Mot. z. I. Entw. II S. 108 als zulässig an, weil die Erklärung unbedingt erfolge, nur mit Hinweis auf eine gesetzliche Voraussetzung. Allein diese Voraussetzung wird gleichzeitig von dem Aufrechnenden bezweifelt; er erklärt die Aufrechnung unter ausdrücklicher Setzung einer condicio iuris, und es ist im Allgemeinen zu behaupten, daß Erklärungen, von denen das BGB. verlangt, daß sie unbedingt abgegeben werden, auch unter Setzung einer condicio iuris nicht gültig abgegeben werden können (vgl. I S. 426). In der That ist auch die außerprocessuale eventuelle Aufrechnung für nichtig zu halten, während nach der Auffassung der Motive diese ebenso gut wie die processuale gültig sein müßte. Die Motive selbst stellen diese Behauptung nicht auf, wohl aber Stölzel Eventualaufrechnung S. 214 fg. 231 fg., auch Siber S. 118 fg. Allein das Gesetz verlangt m. E., daß der Aufrechnende dem Gegner eine völlig bestimmte Erklärung gibt (F. Leonhard S. 148), und hieran fehlt es, wenn er eine Aufrechnung unter der zugleich von ihm bestrittenen Bedingung der Existenz der gegnerischen Forderung erklärt. Die von Stölzel zum Vergleich herangezogene Zahlung unter Bestreiten der Forderung und Vorbehalt der Rückforderung gibt dem Empfänger Besitz und Eigenthum des Gezahlten, während die Eventualaufrechnung ihm nichts gibt; denn auch nach Stölzel (S. 204) hebt die Aufrechnung unter Vorbehalt die Forderung des Aufrechnenden nur unter der Bedingung auf, daß die gegnerische Forderung sich als entstanden ergebe. Allerdings meint Stölzel S. 214, daß der Aufrechnende seine Erklärung nicht zurücknehmen, auch die aufgerechnete Forderung während des Schwebezustandes jener Bedingung nicht einklagen und nicht anderweit aufrechnen kann. Dieß wäre auch, die Gültigkeit der eventuellen Aufrechnung vorausgesetzt, richtig (160. 161); aber es fragt sich, wie lange dann der Schwebezustand bei solcher außerprocessualen Eventualaufrechnung dauern, wann die Bedingung als eingetreten gelten soll. Eben wegen der Dunkelheit, welche die außerprocessuale Eventualaufrechnung hierüber bestehen läßt, ist sie für ungültig zu halten. Auch zeigt die Bemerkung Stölzels auf S. 214, daß die dort unterstellte Eventualaufrechnung eben nicht eine bloße condicio iuris in sich trägt: wenn die Gegenforderung besteht, sondern eine echte auf die Zukunft gestellte Bedingung: wenn die Gegenforderung festgestellt werden wird (vgl. auch Förtsch Gruch. Beitr. XLII S. 231). Für die Gültigkeit einer solchen Eventualaufrechnung läßt sich die Ansicht der Motive nicht anführen, sondern nur für diejenige, welche unter der condicio iuris erfolgt (wenn [was ich bestreite], die Gegenforderung besteht). Aber auch diese ist m. E. wegen der Dunkelheit, in die sie selbst das Vorliegen dieser condicio iuris stellen will, außerhalb des Processes zu verwerfen. Stölzel meint freilich, daß ja der Empfänger der Aufrechnungserklärung, wenn er den Zweifel beendigen wolle, jederzeit selbst unbedingt aufrechnen könne (S. 233); allein nicht immer kann derjenige selbst aufrechnen, dem gegenüber aufgerechnet werden kann.

Anders gestaltet sich die Sache bei der Eventualaufrechnung im Proceß. Sie ist ausnahmsweise für gültig zu halten (wiewohl Förtsch a. a. O. S. 225 fg. bes. S. 230 fg. auch sie verwirft). Erwiesen wird dieß dadurch, daß in den §§ 145.

Digitized by Google

302 CPO. die Eventualaufrechnung offenbar als gültig vorausgesetzt ist. Der innere Grund dafür liegt darin, daß es der Kläger in der Hand hat, in dem Proceß selbst die nöthige Klarheit darüber zu schaffen, ob die Bedingung der Aufrechnung vorliegt und somit auch die aufgerechnete Gegenforderung getilgt ist (vgl. Kohler ZS. f. CPr. XXIV S. 22).

Nach der bisher herrschenden Ansicht, muß der Richter, wenn Aufrechnung erklärt wird unter Bestreiten der Klagforderung, über die Klagforderung stets Beweis erheben, auch wenn die Aufrechnungsforderung liquide ist. Erst wenn die Klagforderung erwiesen ist, muß der Richter entweder, wenn er die Aufrechnung unzulässig findet, der Klage gemäß verurtheilen, oder er muß, wenn er die Aufrechnung zulässig findet, die Klagforderung als durch die Aufrechnungsforderung getilgt abweisen. So neuerdings Sf. LII. 56 (RG.) und RG. in Gruch. Beitr. XLI S. 947 fg., OLG. Hamburg Sf. XLVIII. 143, Dresden Sf. LIII. 55, ferner H. Meyer ACPra. LXXXV S. 148 fg.

Dieser Ansicht hat aber Stölzel Eventualaufrechnung 1. Aufl. 1897 (citirt nach der 2. Aufl.) die folgende entgegengestellt. Wenn der Beklagte die Klagforderung bestreitet und eventuell mit einer Gegenforderung aufrechnen zu wollen erklärt, so ist, wenn die Gegenforderung liquide und die Klagforderung nicht liquide ist, der Kläger ohne Beweiserhebung über die Klagforderung abzuweisen (wenn er nicht die Klage ändert; s. unten). Ein Urtheil dieser Art stellt rechtskräftig fest, daß die Klagforderung (jetzt) nicht besteht; ferner stellt es nach bisherigem Proceßrecht rechtskräftig den Bestand der Gegenforderung fest, d. h. abgesehen von der Frage, ob sie durch Aufrechnung getilgt ist. Diese Frage läßt es offen, weil es den ursprünglichen Bestand der Klagforderung dahingestellt sein läßt. Der Beklagte kann demnächst Klage aus der Gegenforderung erheben, und dabei nach bisherigem Proceßrecht sich auf die Rechtskraft des früheren Urtheils stützen (S. 89 fg. bes. S. 130 fg.). In diesem Proceß erst muß der Beweis über die Forderung des ehemaligen Klägers, jetzigen Beklagten, erhoben werden, um nun entscheiden zu können, ob der jetzige Kläger seine Gegenforderung noch hat, oder ob dieselbe durch Aufrechnung gegen die Forderung des jetzigen Beklagten getilgt ist. Will der Kläger im ersten Processe die Möglichkeit dieses zweiten abschneiden, so muß er, was zulässig ist, seine ursprünglich auf Verurtheilung des Beklagten gerichtete Klagbitte in einen Antrag auf die Feststellung verwandeln, daß die Gegenforderung des Beklagten in Folge der Aufrechnung getilgt sei. (Wird dementsprechend [nach geführtem Beweis der Klagforderung] erkannt, so trägt der Beklagte die Kosten des Beweisverfahrens) (bes. S. 179 fg. 331 fg.). Nach dem neuen Proceßrecht ändert sich nur soviel, daß durch das abweisende Urtheil im obigen Sinne der Bestand der Gegenforderung (vorbehältlich der Entscheidung über die Aufrechnung) nicht mehr rechtskräftig festgestellt wird (S. 138 fg.)

Dagegen hat sich ausgesprochen Eccius Gruch. Beitr. XLII S. 15 fg., Vertheidigung von Stölzel ZS. f. CPr. XXIV S. 50 fg. Hiergegen Eccius Gruch. Beitr. XLII S. 233 fg., dawider Stölzel ZS. f. CPr. XXIV S. 415 fg.; dann in der 2. Aufl. der genannten Schrift (1898) und in einem Vortrage: Rechtslehre und Rechtsprechung 1899. Für Stölzel ist nunmehr auch H. Meyer Bl. f. RAnwend. zun. in Bayern LXIII Nr. 15 eingetreten. Gegen Stölzel Förtsch Gruch. Beitr. XLII S. 225 fg. (für den Fall, daß

Digitized by Google

die Eventualaufrechnung überhaupt zulässig sei), Liebknecht Vorbehaltszahlung und Eventualaufrechnung 1899, Oertmann ABR. XIV S. 390. XV S. 453.

Der Streit wird verhandelt von der Anschauung aus, daß schon im gemeinen Recht die Aufrechnung durch einseitige Erklärung vollzogen wird (Stölzel Eventualaufrechnung S. 9 fg. Rechtslehre u. Rsprech. S. 14, Eccius Gruch. XLII S. 17). Er wird daher auch hier nur von dieser dem BGB. zu Grunde liegenden Anschauung aus besprochen. Es ist freilich nicht möglich, an dieser Stelle über die verwickelten Gründe und Gegengründe, welche in dem Streit geltend gemacht sind, eingehend zu berichten. M. E. ist die Theorie Stölzels richtig.

Zunächst ist in Beziehung auf die Kosten Folgendes voranzuschicken. Weil die Aufrechnungsmöglichkeit nicht eine Einrede gewährt, sondern dem Beklagten nur ein besonderes Befriedigungsmittel in die Hand gibt, so klagt auch der Gläubiger rechtmäßig, wenn er trotz Existenz eines Aufrechnungsrechts des Gegners die Klage erhebt. Wenn im Processe von dem Beklagten Aufrechnung erklärt wird, so ist dieß nicht anders, als wenn der Beklagte im Processe den Kläger baar befriedigt. Der Beklagte muß also die bis dahin aufgelaufenen Kosten tragen. Auch Leonhard S. 204 legt dem Beklagten die Kosten auf, wenn er erst im Proceß aufrechnet. Ebenso Förtsch Gruch. XLII S. 229, Siber, der S. 127 mit Recht bemerkt, daß auch die Berufung auf die rückwirkende Kraft der Aufrechnungserklärung dem Beklagten nichts hilft. Von der gleichen Grundanschauung geht Liebknecht S. 213 fg. (vgl. S. VII) aus. Erkennt der Beklagte den Klaganspruch sofort an und erklärt die Aufrechnung, so trägt der Kläger die Kosten des Verfahrens, wenn der Beklagte zu dem Processe keinen Anlaß gegeben hat (CPO. 93). Man darf aber nicht sagen, daß der Beklagte schon deßwegen keinen Anlaß zum Processe gegeben hat, weil er aufrechnungsberechtigt war. Dieß wäre mit der Grundidee des Gesetzes unvereinbar. Kommt der Schuldner, der auf Mahnung nicht leistet und nicht Aufrechnung erklärt, an und für sich in Verzug, verwirkt er an und für sich die Vertragsstrafe, ist der für den Fall der Nichtleistung dem Gegner vorbehaltene Rücktritt an sich gültig, so muß auch der Beklagte, der auf Mahnung weder zahlte noch Aufrechnung erklärte, sondern es zum Processe kommen ließ, als ein solcher angesehen werden, der zum Proceß Anlaß gegeben hat. Man darf auch nicht sagen, daß der Kläger mit Unrecht klagt, weil er seinerseits hätte aufrechnen können. Denn wer aufrechnen kann, muß nicht aufrechnen. Uebrigens kann der Kläger nicht immer seinerseits aufrechnen. Er kann es nicht in den Fällen, in denen gegen die Forderung des Beklagten die Aufrechnung unzulässig ist, während mit derselben aufgerechnet werden kann (393—395). Mindestens in diesen Fällen müßte der Beklagte, der auf Mahnung vor dem Proceß weder aufrechnet noch zahlt, die Kosten des Verfahrens tragen; denn hier kann der Kläger nicht anders als durch Klage die Sache zur Erledigung bringen. Es ist aber aus den obigen Gründen das Gleiche auch für die Fälle zu behaupten, in denen der Kläger hätte aufrechnen können. Vorausgesetzt ist jedoch bei dem allen, daß der Kläger nach der Aufrechnung nicht etwa den Antrag auf Verurtheilung des Beklagten zur Zahlung aufrecht erhält. Denn mit diesem (nunmehr) unberechtigten Klagantrag müßte er kostenpflichtig abgewiesen werden.

Danach ergibt sich aber auch für den Fall, daß der Beklagte die Klagforderung bestreitet und eventuell im Proceß aufrechnet, daß bei liquider und

Digitized by Google

aufrechenbarer Gegenforderung, selbst wenn die Klagforderung erwiesen wird, der Kläger, der den Antrag auf Verurtheilung des Beklagten zur Zahlung aufrecht erhalten hat, abzuweisen und in die Kosten zu verurtheilen ist; gleichzeitig steht auf Grund dieses Urtheils die Vernichtung der Gegenforderung des Beklagten fest. (CPO. 322). Wird dagegen die Klagforderung nicht erwiesen, so ist der Kläger ebenfalls kostenfällig abzuweisen, die Gegenforderung des Beklagten bleibt dann aber intact. Beide Urtheile unterscheiden sich also nur in einem Punkte, der nicht Gegenstand des Processes ist. Denn der Kläger hat die Feststellung der Nichtexistenz der Gegenforderung des Beklagten nicht beantragt, und der Beklagte hat aus seiner Gegenforderung nicht Widerklage erhoben. Ist aber der Ausfall des Klagbeweises auf die Entscheidung über den Proceßgegenstand selbst weder in der Hauptsache, noch im Kostenpunkte von Einfluß, so kann man sich auch nicht der Folgerung entziehen, daß dieser Beweis überhaupt nicht zu erheben ist, vielmehr der Richter bei liquider Gegenforderung und illiquider Klagforderung sofort aussprechen muß, die Klagforderung bestehe jetzt nicht, möge sie nie bestanden haben oder durch Aufrechnung getilgt sein, also den Klagantrag auf Verurtheilung des Beklagten zur Zahlung kostenfällig abweisen muß.

Ein solches Urtheil ist in Bezug auf seine Rechtskraft vollkommen klar. Es wirkt Rechtskraft dahin, daß die Klagforderung nicht besteht; dagegen wirkt es keine Rechtskraft dahin, daß die Gegenforderung getilgt sei, und nach der jetzigen Fassung des § 322 CPO. auch nicht dahin, daß dieselbe bestanden habe. Der Abweisung entgeht der Kläger, wenn er seinen Klagantrag in der von Stölzel befürworteten Weise ändert (eine Aenderung, deren Zulässigkeit anzuerkennen ist). Wenn nunmehr der Kläger auf Grund des Beweises seiner Klagforderung die Feststellung erstreitet, daß die aufgerechnete Forderung des Beklagten nicht (mehr) existirt, so trägt der Beklagte die Kosten, im entgegengesetzten Falle trägt sie der Kläger. Die scheinbar gewichtigste Einwendung gegen die Lehre Stölzels ist die, daß der Richter nicht eine bedingte Aufrechnungserklärung als eine unbedingte behandeln dürfe. Allein der Beklagte hat zwar das Recht, im Processe die Aufrechnungserklärung bedingt abzugeben, aber nicht so bedingt, wie es ihm beliebt, sondern nur so bedingt, wie sein materiell-rechtliches oder processuales Interesse es verlangt, und dieses verlangt nur, daß er sie unter der (gleichzeitig bestrittenen) condicio iuris der Existenz der Klagforderung abgeben darf, nicht, daß er sie unter der Bedingung abgeben darf, daß der Richter die Klagforderung als bewiesen ansehen werde. Allerdings müßte er diese Bedingung stellen können, wenn es gälte, seine Gegenforderung vor ungerechtfertigtem Verbrauch zu schützen; aber das Stölzelsche abweisende Urtheil verbraucht sie nicht. Der Beklagte muß die Aufrechnungserklärung auch im Proceß, wenn sie überhaupt wirken soll, für jeden Fall zur Verfügung stellen, in welchem sie geeignet ist, ohne Verletzung der Interessen des Beklagten den Proceß zur Erledigung zu führen. Um einen solchen Fall handelt es sich aber hier. Es ist auch nicht anzunehmen, daß ein Beklagter die „eventuelle" Aufrechnung in einem bedingteren Sinne erklären will, als nach dem Vorigen nothwendig ist. Wenn freilich der Beklagte die Aufrechnung ausdrücklich unter der Bedingung des Erwiesenwerdens der Klagforderung erklären würde, so könnte der Richter diese Aufrechnung als unbedingte allerdings nicht heranziehen, sondern müßte sie als nichtig behandeln. Dann, aber auch nur dann

Digitized by Google

müßte Beweis über die Klagforderung erhoben und dem Beklagten überlassen bleiben, die drohende Verurtheilung durch rechtzeitige unbedingte Wiederholung der Aufrechnung abzuwenden.

3. Wenn auf einer Seite mehrere aufrechnungsfähige Forderungen stehen, so kann der aufrechnende Theil bestimmen, welche seiner Forderungen er aufrechnen will, und gegen welche der gegnerischen Forderungen aufgerechnet werden soll. Wird die Aufrechnung ohne solche Bestimmung erklärt, so tritt gesetzliche Verrechnung wie bei der Zahlung ein (396 Abs. 1). Während aber bei der Zahlung der Empfänger durch seinen Widerspruch gegen die Bestimmung des Zahlenden die gesetzliche Verrechnung nicht herbeiführen kann, ist bei der Aufrechnung ihm diese Möglichkeit eingeräumt (396 Abs. 1 S. 2). Man hat dabei an Fälle gedacht, in denen mit einer verjährten Forderung gemäß § 390 aufgerechnet werden kann. Man erwog, daß, wenn zwei Forderungen einander aufrechenbar entgegengetreten sind, die Parteien leicht die (dem Gesetz freilich nicht entsprechende) Auffassung haben können, als hätten sich die Forderungen von selbst getilgt. Daher könne ein Theil leicht seine Forderung verjähren lassen und sogar unbedenklich dem andern neuen Credit geben. Nun könne die letztere Partei die Aufrechnung mit der Bestimmung erklären, daß ihre Forderung gegen die neue Forderung des Gegners aufgerechnet werden solle, wobei dann der Gegner mit seiner verjährten Forderung ausfallen würde. In diesem Falle müsse aber dem Gegner geholfen werden, und dieß geschieht, indem ihm gestattet wird, durch Widerspruch gegen die Bestimmung des andern Theils die gesetzliche Verrechnung herbeizuführen und so die Verrechnung auf die verjährte Forderung zu erzielen (Prot. d. II. Comm. S. 8433 fg.). Es fragt sich nun aber, wie die entsprechende Anwendung des § 366 Abs. 2 näher zu denken ist. Rechnet Jemand gegen eine Forderung auf, welche er befriedigen darf, obwohl sie noch nicht fällig ist, so kann der Gegner durch seinen Widerspruch die Aufrechnung der verjährten Forderung erzielen; denn die fällige Forderung geht vor, und die verjährte muß fällig sein. An zweiter Stelle nennt § 366 die Forderung, welche dem Gläubiger geringere Sicherheit bietet. Sieht man als eine solche die verjährte Forderung an, so geräth man in Schwierigkeiten; denn bei der Zahlung selbst kann man unmöglich annehmen, daß die verjährte Forderung vor der nicht verjährten Forderung getilgt wird. (Planck zu § 396, 1). Sieht man aber die verjährte Forderung nicht als eine solche an, welche dem Gläubiger geringere Sicherheit bietet, so kommt an dritter Stelle des § 366 die Schuld, welche dem Schuldner lästiger ist; und dieß ist zweifellos die unverjährte; danach müßte also immer diese vor der verjährten durch die Aufrechnung getilgt werden. Dieß verstößt aber geradezu gegen die Absicht des § 396. Danach nimmt v. Seeler ABR. XV S. 104 fg. an, daß zwar nicht im Sinne des § 366 selbst, aber bei seiner analogen Anwendung im § 396 die verjährte Schuld als eine dem Gläubiger geringere Sicherheit bietende anzusehen sei, diese also immer vor der unverjährten getilgt werde. M. E. geht das zu weit, vielmehr muß es dabei sein Bewenden haben, daß die verjährte Forderung nur dann vor der unverjährten getilgt wird, wenn jene die ältere ist. Mehr hat die II. Comm. auch nicht beabsichtigt. Wenn der aufrechnende Theil Zinsen und Kosten schuldet, so ist zu beachten, daß durch die Aufrechnung der Hauptforderung die Zinsforderung

Digitized by Google

für die Zeit seit Beginn der Aufrechnungsmöglichkeit von selbst wegfällt (389). Will der Aufrechnende das Kapital vor den Zinsen der früheren Zeit oder den Kosten, oder die Zinsen der früheren Zeit vor den Kosten aufrechnen, so kann der Gegner in entsprechender Anwendung des § 367 das Ergebniß herbeiführen, daß nichts getilgt wird (396 Abs. 2). — Vgl. noch J. Goldschmidt ABR. XV S. 153 fg.; ferner Kohler ZS. f. CPr. XXIV S. 45 fg. Siber S. 128 fg.]

c. Voraussetzungen.

§ 350.

Die Compensation setzt voraus:

1) eine gültige, daher auch eine durch Einrede nicht entkräftete Gegenforderung[1]. Fällt die Gegenforderung weg, sei es direct, sei es durch Begründung einer Einrede, so hört auch die Compensation wieder auf[2].

---

§ 350. [1] L. 14 D. 16, 2. „Quaecunque per exceptionem peremi possunt, in compensationem non veniunt". — Compensation mit einer irrthümlich als bestehend angenommenen Gegenforderung: Sf. XIX. 224. Compensation mit einer bereits eingeklagten Forderung? l. 8 D. 16, 2. Krug § 94, Dernburg S. 537 fg., Eisele S. 368 fg., Schollmeyer die Compensationseinrede im Deutschen Reichs-Civilproceß S. 52 fg. Sf. VII. 300, XVI. 39, XX. 28, XXI. 117, XXVII. 118. R. der CPO.: Schollmeyer a. a. O. S. 67 fg. [Geib ACPra. LXXXV S. 161 fg. gerichtl. Compens. S. 117 fg., Kohler Comp. u. Proc. S. 26 fg.]

[2] Bleiben für die Vergangenheit die rlichen Wirkungen, welche die Compensation bis dahin erzeugt hat, bestehen? Ich habe diese Frage in früheren Auflagen [bis zur 4.] bejaht. Diese Bejahung ist unrichtig jedenfalls für diejenigen Aufhebungsthatsachen, welche eine Befriedigung des Gläubigers (des Gläubigers in der Gegenforderung) enthalten. Indem der Gläubiger sein Forderungsr. anderweitig verwerthet, wird die seinem Schuldner (dem Gläubiger in der Forderung) gewährte Compensationseinrede auf ein ökonomisches Nichts reducirt, und deßwegen darf auch er aus der ihm gewährten Einrede keinen Vortheil ziehen wollen (vgl. § 349 [19a]). Aber auch für diejenigen Aufhebungsthatsachen, welche eine Befriedigung des Gläubigers nicht enthalten, ist es mir sehr zweifelhaft, ob die aufgeworfene Frage bejaht werden darf. Muß nicht auch in diesem Fall gesagt werden, daß der Schuldner von der ihm gewährten Compensationseinrede keinen Vortheil gehabt habe, und daher auch der Gläubiger von der seinigen keinen Vortheil haben dürfe? — Die Compensation fällt im Besonderen weg auch durch die Verjährung der Gegenforderung. Man hat das Gegentheil behauptet, entweder mit Berufung auf den Satz, daß ipso iure compensatur, indem man denselben nämlich von einer directen Aufhebung der Forderung durch die Gegenforderung, sofort oder nach gemachter Compensationseinrede, verstand (§ 349 [10] lit. a und b) — so auch Sf. II. 163, XIV. 19, XV. 118, XXXIX. 203, XL. 283 (RG.), dawider IX. 253 — oder mit Berufung auf den Satz, daß Einreden nicht verjähren (Seuffert § 287 [18] a. E., Dernburg S. 473 fg.). Das letztere Argument hat etwas Bestechendes, wenn man bedenkt, daß das R. selbst die Gegenforderung zur Einrede verwendet. Aber es hemmt durch diese Verwendung nicht ihre freie

Digitized by Google

[Auch nach BGB. kann mit einer Forderung, der eine Einrede entgegensteht, nicht aufgerechnet werden (390 S. 1). Dieß gilt auch dann, wenn die Einrede nachträglich begründet wurde. Nur die Verjährung schließt ausnahmsweise die Aufrechnung mit der verjährten Forderung nicht aus, wenn die Aufrechnungsmöglichkeit vor Ablauf der Verjährung eingetreten war (390 S. 2, s. aber auch 479. 490). Die Aufrechnung gegen eine Forderung, welcher eine Einrede entgegensteht, ist zulässig, weil es im Sinne des BGB. eine bestehende Forderung ist und weil der Schuldner auf eine solche Forderung leisten darf (387). (Ebenso Siber S. 90.) Der Aufrechnende kann aber, wenn die Einrede peremtorisch war (813), die in der Aufrechnung liegende Leistung durch condictio indebiti zurückfordern (Wiederherstellung des aufgerechneten Forderungsrechts fordern), es wäre denn, er habe die Einrede erweislich gekannt (814) (vgl. Siber S. 90 fg.); hat er aber gegen eine verjährte Forderung aufgerechnet, so steht ihm ein Rückforderungsrecht nicht zu, auch wenn er die Verjährung nicht kannte (813) (vgl. Siber S. 90 fg. 93 fg.).]

2. Daß die Gegenforderung klagbar sei, ist an und für sich nicht erforderlich; an und für sich ist auch eine natürliche Verbindlichkeit des Gläubigers zur Compensation hinreichend[3]. Jedoch haben die im heutigen gemeinen Recht anerkannten Fälle der natürlichen Verbindlichkeit Compensationskraft nicht[4].

[In den Fällen, in denen man von natürlichen Verbindlichkeiten im BGB. sprechen kann (s. ob. S. 174 fg.), liegt im Allgemeinen eine Forderung mit welcher aufgerechnet werden könnte, nicht vor. Ueber verjährte Forderung s. oben zu 1. Auch mit dem Verwendungsanspruch (s. S. 176 unter 4) kann erst aufgerechnet werden, wenn er geltend gemacht werden kann (1001); in diesem Falle aber ist er auch klagbar. Die Aufrechnung gegen den Verwendungsanspruch enthält die Genehmigung (1001). In den Fällen S. 175 fg. unt. 2 kann mit den dort fraglichen (wenn man sie so nennen darf) klaglosen Ansprüchen nicht aufgerechnet werden; eine Aufrechnung gegen sie steht der Leistung gleich. Möglich ist auch, daß jemand auf die Einklagung eines Anspruchs und nur auf diese

---

Bewegung: es gestattet dem Berechtigten, sie in jeder anderen Weise geltend zu machen. Er bleibt Forderungsberechtigter, als wenn seine Forderung zur Einrede nicht verwendet worden wäre, und muß daher auch den gewöhnlichen Verjährungsregeln unterliegen. Vgl. I § 112 [8]. S. noch Sf. XIII. 8, XXVI. 123 (gegen den Wegfall der Compensation, ohne Angabe des Grundes). HGB. Art. 911. [Gestrichen, vgl. BGB. 390.] Für den Wegfall der Compensation natürlich nach seiner Grundauffassung Eisele S. 333. — (Präclusion im Provocationsproceß: Sf. XXII. 32.) [F. Leonhard S. 204 fg.: Der Gläubiger muß vor Ablauf der Verjährung die Compensationserklärung abgeben.]

[3] L. 6 D. 16, 2. „Etiam quod natura debetur, venit in compensationem." L. 20 § 2 D. 40, 7. Vgl. § 288 [12]. A. M. Wildhagen Verjährung der Einreden S. 90 fg.

[4] S. § 289 und im besonderen das. Note [13. 21. 22]. Vgl. Krug § 41, Dernburg S. 469—471, Eisele S. 328—335.

Digitized by Google

verzichtet; dann behält er das Recht, mit diesem Anspruch aufzurechnen. — Vgl. (abweichend) Siber S. 89 fg.).]

3. Die Gegenforderung muß fällig sein[5]; jedoch schadet eine dem Schuldner[5a] gewährte Schonungsfrist nicht[6]. Daß die Gegenforderung an demselben Orte fällig sei, wie die Forderung, ist nicht nothwendig; nur muß, wenn sie es nicht ist, das Interesse des Schuldners in Anschlag gebracht werden[7].

[Nach §§§. 387 muß die Forderung fällig sein, mit welcher aufgerechnet werden soll; diejenige, gegen welche aufgerechnet werden soll, muß nicht zu Gunsten des Gläubigers fällig sein, sondern es muß nur der Schuldner die Befugniß haben, auf dieselbe zu leisten (vgl. 271) (Kohler ZS. f. CPr. XXIV S. 8 fg., Siber S. 94 fg.). Hat ein Gläubiger eine „Schonungsfrist" in dem Sinne ertheilt, daß er nicht auf die Wirkungen der Fälligkeit der Forderung, sondern nur auf Klage und Zwangsvollstreckung einstweilen verzichten wollte, so kann er mit seiner Forderung aufrechnen.

Bestehen für die beiden Forderungen verschiedene Leistungs- oder Ablieferungsorte (vgl. 269. 270), so steht dieß im Allgemeinen der Aufrechnung nicht im Wege. Der Aufrechnende hat jedoch dem andern Theil den Schaden zu ersetzen, den dieser dadurch erleidet, daß er die Leistung in Folge der Aufrechnung nicht an dem bestimmten Orte erhält oder bewirken kann (391 Abs. 1). Natürlich kann dieser Ersatz, wenn die sonstigen Voraussetzungen dazu gegeben sind, auch seinerseits im Wege der Aufrechnung erfolgen. Wenn aber nicht nur der Ort, sondern auch die Zeit der Leistung bestimmt ist und zwar beides durch Vereinbarung, so ist im Zweifel anzunehmen, daß gegen eine solche Forderung nicht eine andere soll aufgerechnet werden können, für welche ein anderer Leistungsort besteht (391 Abs. 2), weil dann anzunehmen ist, daß der Gläubiger fest darauf gerechnet hat, zur bestimmten Zeit am bestimmten Orte den Leistungsgegenstand in natura zu erhalten. Wohl aber kann mit jener Forderung gegen eine andere auch dann aufgerechnet werden, wenn für diese ein anderer Leistungsort besteht

---

[5] L. 7 pr. D. 16, 2. „Quod in diem debetur, non compensabitur, antequam dies venit, quamquam dari oporteat". Sf. II. 279, VIII. 214, XXVIII. 124, XXXII. 125. Im Concurse können nach KO. § 47 [54] auch betagte und bedingte Gegenforderungen geltend gemacht werden. Mandry S. 437 fg. 440 [4. Aufl. (Geib) S. 445 fg. 450 fg.].

[5a] Dem Schuldner in der Gegenforderung — dem Gläubiger in der Hauptforderung.

[6] L. 16 § 1 D. 16, 2: — „aliud est enim, diem obligationis non venisse, aliud humanitatis gratia tempus indulgeri solutionis". Dernburg S. 476—483.

[7] Des Schuldners in der Gegenforderung — des Gläubigers in der Hauptforderung. Nicht auch das Interesse des Gläubigers in der Gegenforderung — des Schuldners in der Hauptforderung, der ja nicht zu compensiren braucht, wenn er auf den Ort der Leistung, auf welchen er ein Recht hat, nicht verzichten will. L. 15 D. 16, 2. Abweichend Dernburg S. 502—505, Eisele S. 321—322.

Digitized by Google

(es wäre denn, daß auch für diese Forderung zugleich die Leistungszeit und zwar beides durch Vereinbarung feststeht.]

4. Ein wesentliches Erforderniß der Compensation ist, daß die Gegenforderung auf eine Leistung gleicher Art gehe, wie die Forderung[8]. Auf Grund dieses Erfordernisses ist der Hauptfall, in welchem die Compensation eintritt, der, wo Forderung und Gegenforderung auf eine Geldleistung gehen; er ist aber nicht der einzige[9]. Ob die beiden Forderungen von Anfang an auf eine Leistung gleicher Art gehen, oder kraft einer späteren Verwandelung einer derselben oder beider, ist gleichgültig[10].

[Dasselbe gilt nach ZGB. 387. Vgl. Siber S. 108 fg.]

5. Daß die Gegenforderung nicht liquid ist[11], d. h. noch einer Feststellung, durch Berechnung oder Beweis, bedarf, schadet der Compensation nicht. Jedoch ist der Richter berechtigt und verpflichtet,

---

[8] Es ist nothwendig, daß die Leistung, welche der Schuldner von dem Gläubiger zu fordern hat, als Leistung des Schuldners an den Gläubiger gedacht, ihrer Art nach dem Forderungsr. des Gläubigers genügen würde. Dieß folgt aus dem Begriff der Compensation, und wird daher in den Quellen vorausgesetzt, ohne daß sie es ausdrücklich hervorheben. Vgl. übrigens Paul. sentent. II tit. 5 § 3, Gai. IV, 66. Sf. XXV. 229. — RO. § 47 Abs. 4 [54 Abs. 4]. Mandry S. 439 fg. [4. Aufl. (Geib) S. 446 fg.]

[9] Nähere Ausführungen bei Krug § 42—50, Dernburg § 57—58, Eisele S. 315—327, Sintenis S. 428—431. S. auch Holzschuher III § 247 Nr. 2.

[10] Vgl. l. 8 C. 4, 31, l. 1 C. 5, 21. Sf. XXV. 229. Im classischen r. R. ging die Verurtheilung immer auf Geld; weßwegen mit einer Geldforderung gegen jede Forderung compensirt werden konnte. Rührte die Gegenforderung aus demselben Grunde her, wie die Forderung, was immer ein bonae fidei iudicium voraussetzte, so wurde auch die Gegenforderung in Geld angeschlagen, so daß hier Compensation unbedingt zulässig war. Gai. IV, 61. Bei der actio arbitraria soll nach der Ansicht von Dernburg S. 95 fg. auf Verlangen des Beklagten, um diesem die Compensation möglich zu machen, eine Geldcondemnation auch dann eingetreten sein, wenn der Beklagte zur Erfüllung bereit gewesen sei, der Kläger aber die Befriedigung der ex eadem causa herrührenden Gegenforderung verweigert habe. Aber ich glaube nicht, daß dieser Satz durch l. 18 § 4 D. 13, 6, auf welche Stelle sich Dernburg beruft, bewiesen wird. Diese Stelle setzt Geldcondemnation voraus; welches der Grund derselben sei, darüber sagt sie nichts. Die in der ersten Auflage (S. 428 unt.) aufgestellte Behauptung, daß der bezeichnete Satz auch für das heutige R. Geltung habe, hält Dernburg gegenwärtig (S. 501) nicht mehr aufrecht. Vgl. Eisele S. 323 fg.

[11] Reh ACPra. II S. 210 fg., Seuffert das. III S. 195—198, Gensler das. III S. 209—210, Burchardi ZS. f. Reichs- und Landesr. II S. 1 fg. (dieser im Jahr 1875 erschienene Aufsatz berücksichtigt nicht das Werk von Dernburg); Hasse und Tellkampf in den bei * citirten Aufsätzen, Bethmann-Hollweg das. S. 258—263; Krug § 89—93, Dernburg

Digitized by Google

die Compensation aus diesem Processe zurückzuweisen[12], wenn die Feststellung der Gegenforderung voraussichtlich eine Zeitdauer in Anspruch nimmt, welche in keinem Verhältniß steht zu der für die Feststellung der Forderung erforderlichen Zeit[13]. Diese Vorschrift findet keine Anwendung auf Gegenforderungen, welche auf der nämlichen Thatsache beruhen, wie die Forderung[14. 15].

[In der Novelle zur CPO. hat dieß im Zusammenhange mit dem Aufrechnungssystem des §§§. eine etwas andere Wendung angenommen. Im Proceß

§ 66—68, Eisele § 29, Fritz Erläuter. II S. 406—408, Bangerow III § 618 Anm. 2, Sintenis II S. 432 und dazu Anm. [42], Brinz 2. Aufl. II S. 425.

[12] Aus diesem Processe und zur besonderen Ausführung verwiesen wird die Compensation, nicht lediglich die Forderung. Thut daher der Schuldner später seine Forderung dar, so kann er Alles verlangen, was er gehabt haben würde, wenn damals auf die Compensation Rücksicht genommen worden wäre. Namentlich gilt dieß auch für den Ausschluß des Zinsenlaufes und des Verzuges. Hasse ACPra. VII S. 201, Dernburg S. 566 fg.; a. M. Eisele S. 345 fg. A. M. für das R. der CPO. Schollmeyer ([13]) S. 136 fg.

[13] Die im Text aufgestellten Sätze beruhen auf Justinian's Vorschrift in l. 14 § 1 C. 4, 31. Uebereinstimmend CPO. § 136 Abs. 2. § 274. RG. XV S. 376. Dernburg II § 64 [7]. [vgl. [14]]. Ueber die processualische Bedeutung des § 136 Abs. 2 f. noch Schollmeyer die Compensationseinrede im deutschen Reichs-Civilproceß (1884) S. 6 fg. 36 fg. — Durch die CPO. ist eine früher vielfach vertheidigte Ansicht definitiv beseitigt worden, welche dahin ging, daß im ordentlichen Processe die Compensationseinrede nie zurückgewiesen werden dürfe, wenn sie rechtzeitig, d. h. mit der Einlassung auf die Klage, vorgebracht worden sei. Dieser Satz wurde theils auf eine besondere Auslegung der l. 14 § 1 cit. gestützt (so namentlich Schwanert S. 51 fg., Eisele S. 338 fg.), theils auf ein abänderndes, mit den Grundsätzen des deutschen Processes in Verbindung stehendes Gewohnheitsr. (so namentlich Dernburg § 68). Dagegen namentlich Hasse a. a. O.; ihm sind beigetreten Fritz, Bangerow, Sintenis a. a. OO., Puchta § 289 [h.], Arndts § 264 Nr. 5, und danach ist erkannt bei Sf. V. 123, VIII. 33, IX. 145. 279, XIV. 132, XVII. 132. 134, XXIII. 223, XXVII. 117, XXXIV. 36; Kierulff Entsch. des OAG. zu Lübeck II S. 205. 206. Dawider und für die zuvor bezeichnete Ansicht, außer den oben Genannten: Krug a. a. O., Hartter S. 225 fg., Seuffert § 287 a. E., Briegleb summar. Processe S. 193 Note *; Sf. I. 366, VII. 108, VIII. 122, XIV. 21, XV. 17, XVIII. 232, XXI. 116. Vgl. XXXVI. 113. Daß diese Ansicht für Holstein durch Usualinterpretation Gesetzeskraft erhalten habe, nimmt an das Erk. des OAG. zu Berlin bei Sf. XXIII. 204. Besondere Meinungen bei Brinz Compens. § 47. 48. Scheurl S. 179—182. S. auch Holzschuher III § 247 Nr. 3. b. — In diesen Zusammenhang gehört auch die Meinung, daß gegen eine liquide Geldforderung eine erst durch Abrechnung festzustellende deßwegen nicht compensirt werden könne, weil die letztere nicht sowohl auf Geldleistung, als auf Abrechnung gehe. So Seuffert ACPra. III S. 195 fg., Sf. I. 32, II. 281, VIII. 33, vgl. XVII. 133; dawider Gensler ACPra. III S. 199 fg., Hasse das. VII S. 149, Dernburg S. 490 fg. — Vgl. noch Sf. I. 31.

Digitized by Google

wird die Aufrechnung als eine geschehene Tilgung der Klagforderung geltend gemacht; auch wenn die Aufrechnungserklärung erst im Proceß erfolgt, wird behauptet, daß nunmehr die Klagforderung getilgt sei, und wenn eventuell aufgerechnet wird, daß sie eventuell getilgt sei. Darum spricht die CPO. nicht mehr davon, daß der Beklagte eine Gegenforderung vorgebracht, mittels Einrede eine Gegenforderung geltend gemacht hat, sondern davon, daß er die Aufrechnung einer Gegenforderung geltend gemacht hat. Steht diese mit der in der Klage geltend gemachten Forderung nicht in rechtlichem Zusammenhange, so kann, wie früher, das Gericht anordnen, daß über die Klage und über die Aufrechnung getrennt verhandelt werde (CPO. 145 Abs. 3). Im gleichen Falle kann, wenn nur die Verhandlung über die Klageforderung zur Entscheidung reif ist, diese unter Vorbehalt der Entscheidung über die Aufrechnung erfolgen (302 Abs. 1). Ebenso hat die Entscheidung zu lauten, wenn schon zuvor die Aufrechnung zur getrennten Verhandlung verwiesen war (145 Abs. 3 in Verbindung mit 302 Abs. 1). Damit ist die schon vom Standpunkte der bisherigen CPO. zur Herrschaft gelangte Ansicht ([14]) zum Gesetz erhoben. In Betreff der Aufrechnung, welche vorbehalten ist, bleibt der Rechtsstreit anhängig. Soweit sich in dem weiteren Verfahren er-

---

[14] CPO. § 136 Abs. 2: — „eine Gegenforderung, welche mit der in der Klage geltend gemachten Forderung nicht in rechtlichem Zusammenhang steht". In dem Recht vor der CPO. war diese Frage streitig. Für die Erstreckung der l. 14 § 1 cit. auf Gegenforderungen ex pari causa der allgemeine Ausdruck der Stelle, Bangerow Anm. 2 Nr. 2., vgl. Dernburg S. 559; a. M. Hasse S. 184. 203, Bethmann-Hollweg S. 258, Sf. V. 123, IX. 279, XIV. 132, XVII. 134, XXIII. 223, vgl. XXVII. 117. [Nach der CPO. ist auseinanderzuhalten: Das Gericht kann, wenn der Beklagte eine Gegenforderung vorgebracht hat, welche mit der in der Klage geltend gemachten Forderung nicht in rlichem Zusammenhange steht, anordnen, daß die Compensationseinrede in getrenntem Processe verhandelt wird (CPO. 136 Abs. 2.) und zwar auch nach Beginn der Verhandlungen über beide Forderungen (Sf. LII. 117), nur nicht mehr, wenn die Klagforderung bereits liquide ist (Sf. XLIX. 202). Wenn ohne solche im Voraus erfolgte Trennung nur die Verhandlung über die Forderung zur Endentscheidung reif ist, so kann diese Entscheidung unter nunmehriger Trennung der Verhandlungen durch Theilurtheil erfolgen. Ueber die streitige Bedeutung dieses Theilurtheils ist von den vereinigten Civilsenaten des Reichsgerichts (XXXI S. 1 fg.) dahin entschieden: „Durch ein nach § 274 CPO. ergehendes Theilurtheil wird der Proceß nicht endgültig erledigt. Wird auf Grund des § 274 CPO. eine dort als Theilurtheil bezeichnete Entscheidung über die Klageforderung erlassen, so ist dieselbe als ein Urtheil unter Vorbehalt der Einrede der Aufrechnung anzusehen, wobei die Bestimmungen der §§ 502 Abs. 3. 503 bezw. 562 Abs. 3. 563 CPO. entsprechende Anwendung zu finden haben." Dieselbe Bedeutung hat das Urtheil, welches über die Klagforderung ergeht, wenn zuvor von dem § 136 Abs. 2 Gebrauch gemacht ist. So auch Sf. XLIX. 202, Kohler Comp. u. Proc. S. 1 fg. 49 fg., F. Leonhard S. 157.]

[15] Die besondere Vorschrift der l. 46 § 4 D. 49, 14 („Qui compensationem opponit fisco, intra duos menses debitum sibi docere debet") erklärt sich aus l. 41 C. Th. 11, 30 und erweist sich danach als heutzutage unanwendbar. Dernburg S. 561. Vgl. Sf. III. 112.

Digitized by Google

gibt, daß der Anspruch des Klägers unbegründet (d. h. durch die Aufrechnung getilgt) war, ist das frühere Urtheil aufzuheben, der Kläger mit dem Anspruch abzuweisen und über die Kosten anderweitig zu entscheiden. Der Kläger ist (ohne Rücksicht auf Verschulden) zum Ersatze des Schadens verpflichtet, der dem Beklagten durch die Vollstreckung des Urtheils oder durch eine zur Abwendung der Vollstreckung bewirkte Leistung entstanden ist. Dieser Schadensersatzanspruch kann in dem anhängigen Rechtsstreit geltend gemacht werden, und geschieht dieß, so wird der Anspruch als zur Zeit der Zahlung oder Leistung rechtshängig geworden angesehen; von da an datiren also die Verschärfungen der Haftung durch Rechtshängigkeit (302 Abs. 4. 145).]

6. Was die subjectiven Beziehungen der Gegenforderung angeht[16], so ist natürlich die Regel, daß die Gegenforderung eine Forderung des Schuldners gegen den Gläubiger sein muß[17]. Jedoch kann: a) der Bürge mit der Forderung des Hauptschuldners compensiren[18]; b) der Correalschuldner mit der Forderung des Mit-

---

[16] Krug § 58—70, Dernburg § 44—54, Eisele S. 283 fg., Eck ZS. f. RPflege u. Gesetzgeb. in Preußen III S. 129 fg.; Sintenis S. 419 —423. [Hausloh die Aufrechnung mit Forderungen Dritter. Gött. Diss. 1899.]

[17] Der Schuldner kann also nicht compensiren, was nicht er, sondern ein Dritter vom Gläubiger zu fordern hat, und ebensowenig, was zwar er, aber nicht vom Gläubiger, zu fordern hat. Auf den ersten Fall beziehen sich l. 18 § 1 D. 16, 2, l. 9 C. 4, 31, auf den letzten l. 23 D. 16, 2. Ueber l. 16 pr. D. 16, 2 s. Dernburg S. 389—390, Eisele S. 292. — Einfluß der ehelichen Güterverhältnisse: Krug § 70, Dernburg S. 450 fg., Saran ZS. f. CR. u. Pr. N. F. XVIII S. 89 fg. (röm. Dotalr.); Sf. II. 280, XI. 159. Compensation gegenüber der Handelsgesellschaft. HGB. Art. 121. 169; Thöl Handelsr. I S. 237. 6. Aufl. § 97, Dernburg § 52. [Im neuen HGB. fehlen die angeführten Bestimmungen; sie sind ersetzt durch die für alle Gesellschaften im BGB. aus dem Grundsatz der gesammten Hand gefolgerten oder zu folgernden Sätze. S. Denkschr. z. E. d. HGB. S. 91. [Guttentag] und BGB. 719.]

[18] L. 4 D. 16, 2 (§ 349 [4]), l. 5 eod. Eigentlich bringt der Bürge die Forderung des Hauptschuldners nicht sowohl seiner eigenen Verpflichtung gegenüber zur Aufrechnung, als vielmehr der Verpflichtung des Hauptschuldners gegenüber, indem er nämlich geltend macht, daß diese letztere durch die Gegenforderung des Hauptschuldners aufgehoben oder gemindert sei, und er als Bürge nicht weiter hafte, als der Hauptschuldner. Vgl. Dernburg S. 457 fg., Eisele S. 297 fg. 300 fg. L. 4 D. 16, 2. (§ 349 [4]), l. 5 eod. In derselben Lage, wie der Bürge, ist der dritte Pfandbesitzer (I § 225 [3]). Sf. XIV. 20. [Gegen das R. des Bürgen, mit Forderung des Hauptschuldners zu compensiren: Kohler Compensation u. Proceß S. 3 fg.; l. 4. 5 cit. sollen nur von dem agere cum compensatione des argentarius handeln (s. auch Stampe Compensationsverfahren S. 42 fg., Mitteis Jahrb. f. Dogm. XXVII1 S. 151 fg. (der aber l. 4 cit. vom Schadlosbürgen versteht). Dieß als richtig angenommen (beweisen läßt es sich nicht), so müssen doch bei Justinian die Stellen auf die gewöhnliche Compensation bezogen werden. Für das classische R. ist Geib

Digitized by Google

schuldners, wenn dieser ihm regreßpflichtig ist[19]. In gleicher Weise kann c) der Schuldner mit der Forderung, welche ihm gegen einen Mitgläubiger seines Gläubigers zusteht, compensiren, wenn der Gläubiger dem Mitgläubiger regreßpflichtig ist[20]. d) Durch Uebertragung der Forderung kann dem Schuldner die einmal erworbene Compensationseinrede nicht genommen werden; er kann also dem neuen Erwerber gegenüber mit seiner Forderung gegen den früheren Gläubiger compensiren[21]. e) Die Befugniß zur Compensation mit

---

Bürgschaftsr. S. 115 [1] geneigt, Mitteis beizutreten. Anzweifelnd, aber nur de lege ferenda auch F. Leonhard S. 146.]

[19] L. 10 D. 45, 2. „Si duo rei promittendi socii non sint, non proderit alteri, quod stipulator alteri reo pecuniam debet". Der Grund, weßwegen es im Fall der societas anders sein soll (Sf. I. 33. XXIX. 236), ist, weil in diesem Fall die Leistung des Belangten auf den Mitschuldner zurückfällt. Daher ist die Ausdehnung auf jeden anderen Fall, wo ein Regreßanspruch begründet ist, unbedenklich. Vgl. auch Krug S. 161. Aber kann der Belangte die Forderung des Mitschuldners ganz zur Compensation bringen, oder nur so weit, wie dessen Regreßpflicht reicht? Das Letztere folgt aus dem Grunde des Satzes, und die angeführte Stelle widerspricht nicht. [Binder Correalobligationen S. 233 fg. 236 fg. zu [9].] Uebrigens wird nach l. 9 § 1 D. 16, 2 der Belangte Sicherheit dafür geben müssen, daß der Mitschuldner die Compensation genehm halten werde. Vgl. Dernburg S. 463, A. M. Eisele S. 297 fg. [Binder S. 237 [9].]

[20] Dieser Satz hat kein ausdrückliches Zeugniß der Quellen für sich; aber die Analogie des zuvor erwähnten Satzes läßt sich nicht wohl abweisen. Die Leistung an den Gläubiger, welcher fordert, ist im Resultate eine Leistung an den Mitgläubiger, gegen welchen dem Schuldner eine Forderung zusteht. So auch Dernburg S. 463 fg., Eisele S. 304; a. M. Krug S. 163, Savigny Oblig. I S. 169 [c], Vangerow III § 573 Anm. V Nr. I. 1, Sintenis S. 423. [Binder S. 234.]

[21] Auch eine nach der Uebertragung, aber vor der Denuntiation, erworbene und fällig gewordene Forderung. Denn bis zur Denuntiation unterliegt die Forderung noch der Einwirkung aus der Person des Cedenten (§ 331, § 332 [7]). Vgl. Krug § 65, Dernburg S. 406 fg., Sintenis S. 420—421, Eisele S. 305 fg.; s. auch Holzschuher III § 247, 12. Sf. I. 30, II. 279, VI. 177, XII. 18, XIII. 91, XIV. 22, XXI. 43, XXXI. 220, XLI. 97 (RG.). [F. Leonhard S. 179 fg.] Ueber Compensation mit einer durch Cession erworbenen Forderung s. § 331 [2]. Ueber die Compensation im Concurse (Uebergang der Forderung auf das corpus creditorum) s. Krug § 68—69, Dernburg S. 429 fg., Eisele S. 311, Sintenis S. 421—423, Holzschuher III § 147 Nr. 8. 9; Sf. II. 117, VIII. 214, IX. 235. 236, X. 2, XI. 105, XIV. 220, XV. 119, XIX. 138, XXII. 103, XXVIII. 246, XXXI. 133. 134. Jetzt: KO. § 46—49 [53—56 (unverändert)]. Mandry § 42. v. Schrutka-Rechtenstamm die Compensation im Concurse nach österreichischem R. und mit Berücksichtigung concursrlicher Normen des Deutschen Reichs (1881). RG. I S. 347. — Kann nicht auch bei der Schuldübernahme der neue Schuldner die Forderung des alten compensiren? An und für sich gewiß (§ 339 [1]): jedoch darf

Digitized by Google

einer Gegenforderung, welche aus der nämlichen Thatsache herrührt, wie die Forderung, wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß in Folge der väterlichen Gewalt, in welcher der Begründer des obligatorischen Verhältnisses steht, Recht und Pflicht aus demselben auf verschiedene Personen auseinandergehen[22].

[Auch nach BGB. ist grundsätzlich erforderlich, daß die beiden Forderungen den Parteien gegen einander zustehen (387). Vgl. Kohler ZS. f. CPr. XXIV S. 6 fg. 11 fg., Siber S. 96 fg.

1. Der Bürge kann nach BGB. nicht mit der Forderung des Hauptschuldners aufrechnen. Er hat nur, so lange der Hauptschuldner aufrechnen kann, eine dilatorische Einrede (770 Abs. 2) s. ob. S. 440. Dieselbe Einrede haben der Hypothekeigenthümer (1137) und der Verpfänder (1211). Diese drei können auch den Gläubiger durch Aufrechnung mit ihrer eigenen Gegenforderung befriedigen; für den Bürgen ist das nach § 387 selbstverständlich (ebenso, daß umgekehrt der Gläubiger gegen den Bürgen aufrechnen kann); für Hypothekeigenthümer (1142) und Verpfänder (1224) ist es besonders verordnet. Gegen deren Forderung kann der Gläubiger nicht aufrechnen (Siber S. 86). Ebenso können den Gläubiger durch Aufrechnung befriedigen diejenigen, welche nach §§ 268. 1150. 1249 ein Befriedigungsrecht haben, aber der Gläubiger kann nicht gegen sie aufrechnen (Siber S. 87).

2. Der Gesamtschuldner kann nicht mit der Gegenforderung seines Mitschuldners aufrechnen (422 Abs. 2), ebensowenig kann der Schuldner gegenüber einem Gesamtgläubiger aufrechnen mit einer Gegenforderung gegen den andern. Die Aufrechnung seitens eines Gesamtschuldners mit eigener Gegenforderung gegen den Gläubiger oder die einem Gesamtgläubiger erklärte Aufrechnung mit einer gegen ihn bestehenden Gegenforderung tilgt aber das ganze Gesamtschuldverhältniß s. ob. S. 207 fg.; Siber S. 99 fg.

3. Der Schuldübernehmer kann nicht mit einer Gegenforderung des bisherigen Schuldners aufrechnen (417 Abs. 1 S. 2), wohl aber (natürlich) mit seiner eigenen. Gegen eine Forderung des ehemaligen Schuldners kann der Gläubiger nicht aufrechnen. (Siber S. 101.)

---

nicht angenommen werden, daß der alte Schuldner, welcher seine Schuld auf den neuen Schuldner abwirft, demselben die Verwendung einer ihm zustehenden Forderung zur Compensation habe gestatten wollen. Vgl. Eisele S. 314. — Vermächtniß der Forderung, Arrest, Verpfändung: Dernburg § 49, Eisele S. 311. 312.

[22] Der Gewaltunterworfene hat die Pflicht, der Gewalthaber hat das R. Aber der Gewalthaber kann das R. nicht geltend machen, ohne der dem R. entsprechenden Pflicht zu genügen, und die Pflicht des Gewaltunterworfenen kann gegen den Gewaltunterworfenen nicht geltend gemacht werden, ohne daß dem der Pflicht entsprechenden R. — Zustimmung des berechtigten Vaters zur Compensation vorausgesetzt — genügt wird. L. 9 D. 16, 2. Vgl. auch l. 31 § 1 D. 12, 1, l. 57 pr. D. 21, 1 (§ 321 [22]). Dernburg S. 373 fg., Mandry Familiengüterr. I S. 402, Eisele Compens. S. 296. 303.

Digitized by Google

4. Im Falle der Abtretung oder des gesetzlichen Uebergangs einer Forderung ist jede Aufrechnung seitens des Cedenten oder des Schuldners nach § 407 gültig, wenn sie erfolgt, während der Schuldner die Abtretung nicht kennt. Der Schuldner kann aber auch in Kenntniß der Abtretung dem neuen Gläubiger die Aufrechnung erklären mit einer Gegenforderung, welche ihm gegen den alten Gläubiger zusteht, vorausgesetzt, daß er dieselbe vor jener Kenntniß erwarb und daß sie entweder vor der Kenntniß auch fällig wurde oder zwar nach derselben, aber spätestens gleichzeitig mit der abgetretenen Forderung (406). Dieselben Sätze gelten bei vertragsmäßigem oder gesetzlichem Pfandrecht an der Forderung (1275). S. ob. S. 349. Kohler ZS. f. CPr. XXIV S. 38 fg., Siber S. 101 fg.

5. Im Falle der Beschlagnahme einer Forderung ist die Aufrechnung seitens des Drittschuldners gegenüber dem Vollstreckungsgläubiger mit einer Gegenforderung, welche dem Drittschuldner gegen den Vollstreckungsschuldner zusteht, zulässig, wenn der Drittschuldner diese Gegenforderung vor der Beschlagnahme erwarb, und dieselbe entweder vor der Beschlagnahme auch fällig wurde oder zwar nach derselben, aber spätestens gleichzeitig mit der beschlagnahmten Forderung (392) (vgl. für das bisherige Recht Sf. LIII. 133 a. E.). Eine darnach unzulässige Aufrechnung sollte nach E. I § 286 nur dem Vollstreckungsgläubiger gegenüber unwirksam sein. Dieß bringt das BGB. zwar nicht mehr zum Ausdruck; aber die II. Comm. (Prot. S. 749) hat sachlich den § 286 des E. I gebilligt, und man kann mit Planck zu § 392, 4 sagen, daß das Erfüllungsverbot des § 829 CPO., mit welchem die Unzulässigkeit der Aufrechnung zusammenhängt, ebenso relative Nichtigkeit begründet, wie das Veräußerungsverbot desselben Paragraphen gemäß BGB. 136. Rechnet der Vollstreckungsschuldner dem Drittschuldner gegenüber die beschlagnahmte Forderung gegen eine Gegenforderung des Drittschuldners auf, so tritt jedenfalls nach den zuletzt angezogenen Bestimmungen relative Nichtigkeit ein. Der § 407 BGB. findet auf den Fall der Beschlagnahme keine Anwendung. Vgl. ob. S. 349.

6. Besondere Bestimmungen vgl. noch 719 Abs. 2. 720. 2019. 2041. 2111. — 1442 Abs. 2. 1471 Abs. 2. 1487 Abs. 1. 1497 Abs. 2. 1519 Abs. 2. 1549. Kohler ZS. f. CPr. XXIV S. 8 fg., Siber S. 103 fg.]

7. Ausnahmsweise findet die Compensation, wenn auch ihre übrigen Voraussetzungen vorhanden sind, nicht statt[23]: a) gegenüber der Forderung aus einer Hinterlegung[24]; b) gegenüber der Forderung aus widerrechtlicher Aneignung fremden Besitzes[25]; c) gegenüber

---

[23] Krug § 71—78, Dernburg § 59—61, Eisele S. 349—360, Sintenis S. 433—436.

[24] L. 11 C. 4, 33, l. 14 § 1 i. f. C. 4, 31, § 30 I. 4, 6. Ueber bez. gegen Beschränkungen, welche man behauptet hat, s. Dernburg S. 514, Eisele S. 351 fg., RG. XII S. 89. Vgl. noch Sf. VII. 326.

[25] L. 14 § 2 C. 4, 31 „Possessionem autem alienam perperam occupantibus compensatio non datur". Daß das widerrechtlich in Besitz Genommene auch im Eigenthum desjenigen stehe, welchem es entzogen worden ist, erfordert die Stelle nicht. Genügt auf der andern Seite Eigenthum ohne Besitz?

Digitized by Google

gewissen Forderungen des Fiscus und der Stadtgemeinden[26]. Ueberdieß kann man d) gegen den Fiscus nur dann compensiren, wenn man von derselben Kasse zu fordern hat, deren Schuldner man ist[27]. Die Compensation ist ferner ausgeschlossen e) gegenüber der Alimentenforderung[28], und kann f) ausgeschlossen werden durch Verzicht des Schuldners[29] und durch die Bestimmung des ein Forderungsrecht begründenden Erblassers und Richters[30. 31].

[Im §§§. besteht die Ausnahme unter a nicht. An Stelle derjenigen unter b tritt die Bestimmung, daß die Aufrechnung unzulässig ist gegen eine Forderung aus vorsätzlich begangener unerlaubter Handlung (393) vgl. Kohler

---

So die Schriftsteller und Sf. VI. 174. XVII. 235, RG. XIX S. 237. XXII S. 227.

[26] Für den Fiscus werden ausgenommen (l. 46 § 5 D. 49, 14, l. 7 C. 4, 31, l. 20 D. 16, 2): Forderungen auf Abgaben und andere öffentliche Leistungen, Forderungen aus dem Verkaufe fiscalischer Sachen; für Stadtgemeinden (l. 3 C. 4. 31): Forderungen auf Abgaben und andere öffentliche Leistungen, sowie auf Privatleistungen, welche zu einem öffentlichen Zwecke bestimmt sind, wie namentlich zur Armenunterstützung (alimenta), ferner Forderungen aus Darlehen und Vermächtnissen. Ueber die verschiedenen Meinungen und Auffassungen s. Krug § 72—75, Dernburg S. 524—529, Eisele S. 349—351, Sintenis [45—51].

[27] L. 1 C. 4, 31. Sf. I. 203.

[28] Dieß ist in den Quellen nicht ausdrücklich anerkannt, folgt aber aus der Natur der Alimentenforderung. Vgl. § 335 [6] und Dernburg S. 519, Eisele S. 356; dawider Krug S. 296, Sintenis S. 435 [50 a. E.], Holzschuher III § 247 Nr. 5, Sf. XXXIV. 197, XLIV. 15.

[29] Welcher natürlich auch sogleich in dem Begründungsvertrag und auch stillschweigend erklärt werden kann. Krug § 82—84, Dernburg S. 505—511, Eisele S. 379—380. Vgl. Sf. I. 335, IV. 214, IX. 246, XIV. 222, XV. 216. [Fiegen der Verzicht auf die Compensationsbefugniß. Erl. Diss. 1896. Geib S. 63 fg. bemerkt, daß auf die Compensationseinrede wegen ihrer Natur als exceptio doli praesentis nicht verzichtet werden könne. Gewiß kann auf die exceptio doli als solche nicht verzichtet werden, aber es kann jemand durch Verzicht auf die Compensation sich im Voraus des Rechtes begeben, die exc. doli durch die Compensationseinrede zu substantiiren. Dem nähert sich Geib S. 66, aber er scheint es doch nicht anzuerkennen.]

[30] Ausdrückliche oder stillschweigende. Wer ein Forderungsr. begründen kann oder nicht begründen kann, kann ihm auch eine größere oder geringere Kraft verleihen. Vgl. Dernburg S. 517—519.

[31] Ist die Compensation auch ausgeschlossen gegenüber den durch CPO. § 749 [850] für unpfändbar erklärten Forderungen? Bejaht und verneint von dem obersten Gerichtshof für Bayern in den beiden Entscheidungen bei Sf. XXIX. 95 und XLIII. 107, verneint vom Reichsgericht XXI S. 186, Sf. XLIV. 96. [RG. XLI S. 53 fg. — Keine Compensationseinrede zur Abwendung der Verurtheilung aus CPO. 655 Abs. 2 [717 Abs. 2], RG. XXXIV S. 354 fg. Aufrechnung mit der Interesseforderung des § 778 [895] CPO. ist zulässig und zwar nicht bloß vor dem nach diesem Paragraphen für die Klage zuständigen Gericht geltend zu machen. RG. XXXV S. 380 fg.]

Digitized by Google

ZS. f. CPr. XXIV S. 46 fg. Siber S. 111. Die Ausnahme unter c besteht nicht fort, wohl aber diejenige unter d und zwar mit Ausdehnung des Satzes auf Gemeinden und andere Communalverbände (395). Die Ausnahme unter e besteht nur soweit, als sie gedeckt wird durch diejenige der unpfändbaren Forderungen. Es ist nämlich im BGB. anerkannt (vgl. [31]), daß gegen unpfändbare Forderungen nicht aufgerechnet werden kann (394 S. 1; vgl. CPO. 850 und in Bezug auf Alimentenforderungen bes. Ziff. 2. 3 das.), ausnahmsweise kann gegen die in CPO. 850 Ziff. 4 für unpfändbar erklärten Forderungen, nämlich gegen Hebungen aus Kranken-, Hülfs- oder Sterbecassen insbesondere Knappschaftscassen und Cassen der Knappschaftsvereine mit geschuldeten Beiträgen aufgerechnet werden (394 S. 2). S. auch EG. 81. Daß durch Vereinbarung die Aufrechnung ausgeschlossen werden kann, ist selbstverständlich, geht aber auch aus BGB. 391 Abs. 2 hervor. Daß der Erblasser eine Vermächtnißforderung der Aufrechnung entziehen kann, dürfte unbedenklich sein. Der Richter begründet ein der Aufrechnung nicht ausgesetztes Forderungsrecht, wenn er den Beklagten verurtheilt, ein solches mit Ausschluß der Aufrechnung durch seine Willenserklärung zu begründen (CPO. 894). Ein anderer Fall, in welchem der Richter ein Forderungsrecht begründen und für der Aufrechnung entzogen erklären könnte, kommt wohl nicht vor.]

d. Zusätzliches.

§ 351.

1. Die im Vorstehenden entwickelten Grundsätze gelten ganz ebenso, wie für Forderungen, auch für dingliche Ansprüche[1].

[Auch für das BGB. ist dasselbe zu behaupten; Voraussetzung ist natürlich, daß der dingliche Anspruch einen aufrechnungsfähigen Gegenstand hat, und das ist nie der Fall, soweit es sich um Herausgabe der individuellen Sache oder sonstige Herstellung des dem dinglichen Recht entsprechenden Zustandes handelt. (Auch wenn eine Forderung auf eine individuelle Sache sich richtet, kann zwischen ihr und einer andern, welche auf eine Sache gleicher Art geht, nicht aufgerechnet werden!) Wohl aber kann mit einem dinglichen Anspruch oder gegen einen solchen aufgerechnet werden, wenn ein Ersatzanspruch in Frage steht. Solche Ersatzansprüche im Rahmen des dinglichen Anspruchs kennt aber das BGB. nur bei dem Anspruch des Eigenthümers auf Herausgabe (987 fg.) und in den analogen Fällen. Im Ergebniß nicht anders Siber S. 82 fg., nur nennt er die dinglichen Ansprüche der zuletzt bezeichneten Art Forderungen. Ueber Aufrechnung bei den Ansprüchen auf Leistung aus einer Sache s. denselben S. 83 fg. Besonders zu betonen ist (Siber S. 86 fg.), daß der Gläubiger nicht seinen Anspruch aufrechnen kann gegen eine Forderung des Hypothek- oder Pfandeigenthümers an den Gläubiger.]

---

[1] Ausdrücklich anerkannt von Justinian in l. 14 pr. C. 4, 31. „Compensationes *ex omnibus actionibus* ipso iure fieri sancimus, nulla differentia in rem vel personalibus actionibus inter se observanda". Vgl. über die verschiedenen Auffassungen dieser Stelle Ubbelohde § 27 und die daselbst Citirten, Dernburg § 40, Schwanert S. 28 fg., Eisele Arch. S. 189 fg. 221 fg. Compens. S. 177 fg. 325. Ueber das frühere R. Dernburg § 39. § 351.

Digitized by Google

2. Es kann auch compensirt werden durch den Vertrag der Parteien[2]. Der Compensationsvertrag ist eine Form des Erlaßvertrags; er ist ein gegenseitiger Erlaßvertrag, in welchem Erlaß gegen Erlaß ausgetauscht werden[2a]. Er ist Erlaßvertrag: nicht etwa ein Vertrag über eine zwiefache Leistung an Erfüllungsstatt[2b]. Er ist ein gegenseitiger Erlaßvertrag: nicht eine Verbindung von zwei einseitigen Erlaßverträgen[2c]. Deßwegen wird, wenn der einen der vertragschließenden Parteien eine Forderung in Wirklichkeit nicht zusteht, auch die der anderen nicht aufgehoben, und braucht nicht erst zurückgefordert zu werden[3]. Besondere Eigenschaften von

---

[2] Krug § 3. 29, Brinz Compens. § 41—43, Dernburg § 71, Regelsberger ACPra. XLVII S. 164 fg., Eisele S. 229 fg., Römer Abhandlungen I S. 92 fg. [Siber S. 50 fg.] Der Compensationsvertrag wird in den Quellen nicht häufig erwähnt. Vgl. l. 4 D. 20, 4, l. 47 § 1 D. 2, 14. Keine Anwendung des Compensationsvertrages enthält l. 13 C. 4, 31. Krug S. 86, Römer S. 106; a. M. Dernburg S. 595, Eisele S. 241. Ebensowenig l. 51 § 1 D. 2, 14, l. 11 § 2 C. 4, 44, l. 2 § 1 C. 4, 49. S. [3].

[2a] Dieß ist auch die Auffassung von Dernburg und Eisele.

[2b] Den Gesichtspunkt der Leistung an Erfüllungsstatt macht neben dem des „gegenseitigen Verzichts" geltend Krug S. 87. Aber wenn der Eine und der Andere auf sein Forderungsr. verzichtet, so ist die Leistung an Erfüllungsstatt begriffsmäßig ausgeschlossen: wenn die beiden Forderungsre durch Verzicht aufgehoben sind, so können sie nicht in anderer Weise aufgehoben sein. — Andere stellen den Compensationsvertrag unter den Gesichtspunkt nicht der Leistung an Erfüllungsstatt, sondern der Erfüllung (Zahlung), so Bethmann-Hollweg S. 268, Brinz 1. Aufl. S. 138, Bähr Anerkennung S. 161 (175), und ziehen aus dieser Auffassung auch Consequenzen, so namentlich (s. auch [4]), daß der Compensationsvertrag bereits nach r. R. die Obligation ipso iure aufgehoben habe. Das Richtige ist, daß der Compensationsvertrag denselben wirthschaftlichen Zustand hervorruft, welcher stattgefunden haben würde, wenn von der einen und der andern Seite gezahlt worden wäre. Aber man darf deßwegen nicht sagen, daß das Wirkende im Compensationsvertrag die Zahlung sei. S. auch Eisele S. 235, Römer S. 93.

[2c] Dieß ist die Meinung von Römer, und gewiß kann der Compensationszweck durch zwei einseitige Erlaßverträge (römisch durch zwei Acceptilationen) erreicht werden. Aber daß die Parteien dieß gewollt haben, darf im Zweifel nicht angenommen werden, ebensowenig wie bei irgend einem obligatorischen Austauschgeschäft im Zweifel angenommen werden darf, daß die Parteien zwei selbständige und nur durch das Band der Voraussetzung aneinander gebundene Obligationen gewollt haben.

[3] Uebereinstimmend Dernburg und Eisele, auch Schlesinger Formalcontracte S. 160, Unger S. 546. 553. A. M. Römer nach der in der vorigen Note bezeichneten Auffassung, auch Regelsberger S. 164, weil Compensation gleich Zahlung wirke, s. auch dens. kr. VJS. XXI S. 286. Römer beruft sich auf l. 11 § 2 C. 4, 44 und l. 2 § 1 C. 4, 49, und in der That glaube ich nicht, daß bestritten werden darf, daß in diesen Stellen der Gesichts-

Digitized by Google

Forderung und Gegenforderung sind für den Compensationsvertrag nicht erforderlich[4. 5].

[Das BGB. behandelt den Aufrechnungsvertrag nicht. Er ist gleichwohl für zulässig zu halten. Planck sieht ihn als gegenseitigen Erlaßvertrag an (vor § 387, 1). Ebenso Siber S. 144. Er kann dieß sein; aber zu beachten ist, daß ein gegenseitiger Erlaßvertrag die Forderungen erst von dem Augenblicke an tilgt, in welchem er geschlossen ist, während die Aufrechnung die Forderungen als bereits früher getilgt erscheinen läßt (389). Natürlich können bei einem Erlaßvertrage die Parteien auch verabreden, sich so behandeln zu wollen, als wäre die Tilgung der Forderung schon früher eingetreten; aber dieß bedarf des besonderen Ausdrucks, während es bei der Aufrechnung selbstverständlich ist. Schon deßhalb dürfte richtiger sein, die vertragsmäßige Aufrechnung von dem gegenseitigen Erlaßvertrag getrennt zu halten. Und wenn zwei Personen, welche einander Gleichartiges schulden, übereinkommen, die Forderungen gegen einander aufzuheben, so wird man darin eher einen Aufrechnungsvertrag als einen gegenseitigen Erlaßvertrag sehen müssen. Sind aber die Gegenstände der Forderungen ungleichartig, so kann man einen Aufrechnungsvertrag nicht für möglich halten. Die besonderen Schranken der Aufrechnung dagegen fallen für den Aufrechnungsvertrag fort. Denn wenn das Gesetz sagt, daß gegen eine Forderung nicht aufgerechnet werden kann, so gestattet es doch, mit dieser Forderung aufzurechnen, und dieß geschieht, wenn die Aufrechnung durch Vertrag erfolgt. Ein Dritter, welcher nicht das Recht hat, den Gläubiger durch einseitige Aufrechnung zu befriedigen, kann ihn doch vertragsmäßig durch Aufrechnung mit seiner Gegenforderung befriedigen (vgl. 267. 364). Auch Bedingung und Befristung sind beim Aufrechnungsvertrag zulässig

---

punkt der condictio indebiti angelegt und deßwegen dem Irrenden Hülfe nur bei Entschuldbarkeit seines Irrthums gewährt wird. Aber nichts nöthigt, die genannten Stellen von einem Compensationsvertrag zu verstehen, sie fügen sich vollständig zu der Annahme einer einseitigen datio in solutum durch Befreiung: derjenige, welcher wirklich Gläubiger ist, erläßt sein Forderungsr., um sich von dem vorausgesetzten Forderungsr. des Andern zu befreien, und dieser nimmt den angebotenen Erlaß an Erfüllungsstatt an. Von dem gleichen Fall muß auch l. 51 § 1 D. 2, 14 verstanden werden: nur so entgeht man der Annahme eines mit einem Andern als dem (vermeintlichen) Schuldner abgeschlossenen Erlaßvertrags.

[4] A. M. Brinz 1. Aufl. S. 150; „denn die Compensation ist eine Art solutio". Vgl. [2b].

[5] Anwendung des Compensationsvertrags in der Contocurrentberechnung zwischen Kaufleuten: Thöl Handelsr. I § 317, II, Grünhut in seiner ZS. III S. 478 fg., Eisele S. 377 fg., Römer S. 128 fg. — Scontration: Aufrechnung mit einer Forderung, die man gegen seinen Gläubiger durch eine vorhergehende Novation erworben hat. A ist Schuldner des C und Gläubiger des B, welcher seinerseits Gläubiger des C. ist. An die Stelle der Obligation zwischen A und B und zwischen B und C wird durch Novation Eine Obligation zwischen A und C gesetzt, und nun rechnen A und C gegen einander auf. Thöl Handelsr. I § 339—341, Goldschmidt Handelsr. I S. 1187 fg., Cohn (§ 342 Note *) S. 1056 fg.

Digitized by Google

(Kohler ZS. f. CPr. XXIV S. 31). Siber nimmt an, daß wenn der Aufrechnungsvertrag erfolgt, ohne daß eine der beiden Forderungen bestritten wird, die bestehende im Zweifel auch dann getilgt wird, wenn die andere nicht besteht, vorbehaltlich der cond. indebiti (S. 145). Ist dieß richtig, und es wird anzuerkennen sein, so erlaubt es doch keinen Schluß auf eine gleiche Erscheinung bei einseitiger Aufrechnung (s. ob. S. 442).]

3. Von dem Compensationsrecht verschieden ist das Retentionsrecht[6]. Durch das Retentionsrecht soll nicht ein Anspruch des Gegners beseitigt, sondern der Gegner zu einer eigenen Leistung genöthigt werden; es besteht in der Befugniß, eine Leistung, zu welcher man an und für sich verpflichtet ist, zurückzubehalten, bis der Fordernde seinerseits einem Anspruche, welchen man gegen ihn erhebt, Genüge leistet. Geltendgemacht wird das Retentionsrecht, wie das Compensationsrecht, durch Einrede[7]; aber die Vorschützung der Retentionseinrede bewirkt nicht Abweisung des Fordernden, sondern Bedingtheit der Verurtheilung des Verpflichteten[8]. Die Frage, wann das Retentionsrecht begründet sei, läßt sich durch Aufstellung einer allgemeinen Regel nicht beantworten[9].

---

[6] Glück XV S. 114—136. Schenck die Lehre vom Retentionsr. (1837). Luden das Retentionsr. (1839). Großkopf zur Lehre vom Retentionsr. (1858, vgl. Windscheid kr. VJS. I S. 127—130). Cramer ACPra. XXXVII S. 305 fg. 415 fg. (1854). Lenz in Weiske's RLex. IX S. 377—401 (1855). Zaun APraktRW. N. F. IV S. 369 fg. (1857). Harder ACPra. LI S. 110 fg. (1868). Langfeld die Lehre vom Retentionsr. nach gem. R. (1886). Darüber Bähr kr. VJS. XXVIII S. 411 fg., Lepa ZS. f. HR. XXXIII S. 473 fg. Goldschmidt Handelsr. I S. 962—996 (1868). Thöl Handelsr. I § 233. Dernburg S. 365 fg. Holzschuher I § 10. — Ueber und gegen die Ansicht von Brinz (Compens. 54 fg., 110 fg. 142 fg. Lehrbuch 1. Aufl. S. 646 fg.), daß Justinian in l. 14 C. 4, 31 ein eigenthümliches, aus Compensation, Retention und Widerklage gemischtes Institut geschaffen habe, s. Arndts § 264 [7], Dernburg S. 188 fg., Vangerow III § 618 Anm. 1 Nr. II. 2. IV, Ubbelohde S. 169 fg., [Reinhold das allgemeine und das kaufmännische Zurückbehaltungsr. Wien 1889. Richter Compensation und Retention. Greifsw. Diss. 1895. Volmer über den Unterschied des kaufmännischen Retentionsr. von dem des gemeinen R. Erl. Diss. 1895.]

[7] Nach römischer Formulirung exceptio doli. S. z. B. l. 23 § 4 D. 6, 1, l. 21 D. 24, 3, l. un. C. 8, 26 [27].

[8] Goldschmidt a. a. O. § 95 [1], Langfeld S. 123. Ueber die Frage, ob unter Umständen auch auf Abweisung zur Zeit erkannt werden kann, s. Langfeld S. 125. Beseitigung der Retentionseinrede durch Anbieten von Sicherheit? Goldschmidt S. 987, Langfeld S. 131 fg., Sf. XVI. 94, XVII. 2. Retentionseinrede auch den Concursgläubigern gegenüber? Goldschmidt S. 993 fg., Langfeld S. 138 fg. Sf. IX. 142, XXIII. 8. 70. [[Einrede des nicht erfüllten Vertrages: André § 321 [2] S. 129 fg.]]

Digitized by Google

[1. Das BGB. gibt allgemein ein Zurückbehaltungsrecht, wenn der Schuldner aus demselben rechtlichen Verhältniß, auf dem seine Verpflichtung beruht, einen fälligen Anspruch gegen den Gläubiger hat (273 Abs. 1). Dieß kann ein Anspruch auf eine Aequivalentleistung sein, so bei dem gegenseitigen Vertrage (s. 320), aber auch jeder andere Gegenanspruch, z. B. ein Verwendungsanspruch, der Quittungsanspruch (368). Wenn Jemand auf einen von ihm herauszugebenden Gegenstand Verwendungen gemacht hat, so hat er ihretwegen das Zurückbehaltungsrecht auch dann, wenn man nicht sagen kann, daß der Verwendungsanspruch auf demselben Rechtsverhältniß beruht, wie die Herausgabepflicht, oder wenn man dieß wenigstens bezweifeln könnte. Das Gleiche gilt, wenn der herauszugebende Gegenstand dem Herausgabepflichtigen Schaden zugefügt hat (s. z. B. 833).

2. Das Zurückbehaltungsrecht kann nach Inhalt des grundlegenden Vertrages oder durch besondere Bestimmung ausgeschlossen sein (273 Abs. 1; vgl. z. B. 320 Abs. 1. 556 Abs. 2. 580. 581 Abs. 2). Die Zurückbehaltung wegen Verwendungen oder Schadens nach Maßgabe des § 273 Abs. 2 ist immer ausgeschlossen, wenn der Verpflichtete den Gegenstand durch eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung erlangt hat (273 Abs. 2. 1000).

3. Die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts kann durch Sicherheitsleistung abgewandt werden, jedoch nicht durch Bürgenstellung (273 Abs. 3). Die Zurückbehaltung mangels Gegenleistung aus gegenseitigem Vertrage kann durch Sicherheitsleistung im Allgemeinen nicht ausgeschlossen werden (320 Abs. 1 S. 3, anders nur im Falle des § 321.

4. Die Einrede hat nur die Wirkung, daß die Verurtheilung zur Leistung Zug um Zug erfolgt (274 Abs. 1). Die Zwangsvollstreckung ist aber frei, wenn der Zurückbehaltungberechtigte im Annahmeverzug ist (274 Abs. 2. 322 Abs. 2 vgl. CPO. 726. 756. 765. 894).]

3. Zusammenkommen von Forderung und Schuld in derselben Person.

§ 352*.

Das Forderungsrecht wird ferner dadurch aufgehoben, daß Forderung und Schuld in derselben Person zusammenkommen[1], was

---

[9] Anwendungen des Retentionsr. s. I § 190 [2. 3]. I § 234 [1], II § 321 [2. 22] (vgl. Sf. XI. 146, XXIII. 70, XXXVI. 2, XL. 270), II § 375 a. E., II § 383, 2, II § 389 [8f], II § 458 [4], II § 461, II § 481 [8]. Vgl. Langfeld § 6—14. — Es ist eine althergebrachte Lehre, daß das Retentionsr. begründet sei bei Connexität des Gegenanspruchs. Aber der Begriff der Connexität ist zu unbestimmt, um als Grundlage einer Regel dienen zu können. Goldschmidt S. 964 fg. definirt jetzt: Connexität ist vorhanden, wenn Anspruch und Gegenanspruch eine natürliche oder gewollte Einheit bildet, und nimmt eine gewollte Einheit nicht bloß im Falle ausgedrückten Parteiwillens, sondern auch da an, wo ein auf dieselbe gerichteter Parteiwille deßwegen angenommen werden müsse, weil sein Gegentheil gegen Treu und Glauben verstoßen würde. Also soll bona fides unbedingte Entscheidungsquelle für das richterliche Urtheil sein? Heißt das nicht,

Digitized by Google

namentlich durch Erbgang geschehen kann[2]. Der Grund der Aufhebung ist, daß Niemand ein Recht gegen sich selbst haben kann[3]; das Resultat der Aufhebung aber ist, wie bei der Compensation, daß der Gläubiger eine entsprechende Befreiung hat: bei der Compensation wird er von einer Schuld befreit, welche er gegen einen Andern hat, hier wird er von einer Schuld befreit, welche er gegen einen Andern haben würde, wenn er nicht selbst der Gläubiger wäre[4].

---

der Richter habe schlechthin nach der Billigkeit zu entscheiden? Würde ein Richter den Muth haben, den in l. un. C. 8, 26 [27] enthaltenen Satz, wenn er positiv nicht vorgeschrieben wäre, bloß wegen seiner Billigkeit zur Anwendung zu bringen? S. auch Langfeld S. 97 fg. Vgl. Sf. IX. 279, XXIV. 105. Für und über das Erforderniß der Connexität RG. XIV S. 231, XXII S. 215, Sf. XLIII. 90 (RG.).

* Girtanner Bürgschaft S. 503 fg. Kuntze die Obligation ꝛc. § 51. Fitting Correalobligation § 17—21. Baron Gesammtrverhältnisse § 30—32. Friedmann die Wirkung der confusio nach r. R. S. 22 fg. (Greifsw. Inaug.-Diss. 1884). Waldner die Correal-Solidarität S. 70 fg. (1885). Unterholzner I § 262. Sintenis II S. 463—464. G. Kretschmar Secum pensare S. 40—57. [Kallmann Vereinigung obligatorischer Rverhältnisse. Gött. Diss. 1896, Mosler z. Lehre v. d. Confusion. Berl. Diss. 1897, Schwedler das Erlöschen der Schuldverhältnisse durch Vereinigung von R. und Verbindlichkeit nach bürgerlichem R. Halle 1897, Sachs die Wirkungen der Confusion nach r. R. und dem Re des BGB. Berl. 1898, P. Kretschmar die Theorie der Confusion. Leipzig 1899.]

§ 352. [1] — „cum in eandem personam ius stipulantis promittentisque devenit" (l. 107 D. 46, 3). Die Quellen sprechen in diesem Falle von Aufhebung des Forderungsr. durch confusio. L. 75 D. 46, 3. „Sicut acceptilatio in eum diem praecedentes peremit actiones, ita et confusio; nam si debitor heres creditori exstiterit, confusio hereditatis peremit petitionis actionem". — Das moderne R. hat Ausnahmen von diesem Satz. Vgl. Stobbe III § 175, IV. [3. Aufl. (Lehmann) § 222.]

[2] Ebenso durch Gesammtnachfolge anderer Art. Aber auch ohne Gesammtnachfolge. Ein interessanter hierher gehöriger, freilich heutzutage nicht mehr praktischer Fall in l. 7 § 1 D. 45, 3 (5). S. ferner § 6 I. 4, 8 (vgl. Gai. IV, 78), l. 37 D. 9, 4, l. 18. 65 [64] D. 47, 2, l. 38 § 1 D. 30.

[3] Also derselbe Grund, weßwegen „nulli res sua servit" (I § 200 4. § 215 9). Deßwegen geht das Forderungsr. nicht unter, wenn neben dem Schuldner, welcher mit dem Gläubiger, neben dem Gläubiger, welcher mit dem Schuldner zusammengefallen ist, noch ein zweiter Schuldner bezw. Gläubiger vorhanden ist, l. 71 pr. D. 46, 1 (§ 295 9). — Uebereinstimmend in Betreff des Grundes der Aufhebung Fitting und Baron a. a. O. (s. jedoch auch Note 5), Kretschmar a. a. O. Vangerow (III § 573 Anm. 5 Nr. II. 1) führt die Wirkung der confusio auf die durch dieselbe bewirkte Unmöglichkeit der Ausübung des Forderungsr. zurück, und folgert daraus, daß sie das Forderungsr. nicht objectiv zerstöre; dagegen Fitting S. 105—107. [Kallmann S. 7 fg., Sachs S. 11 fg., Schwedler S. 60 fg., P. Kretschmar S. 37 fg.] Ueber

Digitized by Google

Das Forderungsrecht wird dadurch aufgehoben, daß Forderung und Schuld in einer und derselben Person zusammenkommen. Dieß setzt voraus, daß die Forderung auf den Schuldner, die Schuld auf den Gläubiger wirklich übergegangen sei; eben durch den Uebergang gehen sie unter, weil sie dadurch in eine Lage kommen, in welcher sie nicht bestehen können. Das Verhältniß ist dagegen nicht etwa so zu denken, als könnte die Forderung auf den Schuldner, die Schuld auf den Gläubiger, gar nicht übergehen, und sie gingen nur deßwegen und nur insofern unter, weil und insofern sie anderweitig nicht bestehen könnten[5].

---

die Meinung (Girtanner), welche die confusio kraft einer in derselben liegenden Erfüllung wirken läßt, s. die folgende Note a. E.

[4] Aus diesem Grunde ist hier die confusio auch in der äußeren Anordnung mit der Compensation zusammengestellt worden, was gewöhnlich nicht geschieht (s. jedoch Seuffert § 290). Der Gesichtspunkt der Compensation wird geradezu angelegt in l. 33 D. 24, 3. Gewöhnlich aber drücken die Quellen den im Text bezeichneten Gedanken dadurch aus, daß sie die confusio in ihrer Wirkung der solutio gleichstellen. L. 21 § 1 D. 34, 3: — „confusione perinde exstinguitur obligatio, ac solutione". L. 50 D. 46, 1: — „obligatio ratione confusionis intercidit, aut, quod est verius, solutionis potestate". L. 71 pr. eod., l. 41 § 2 D. 21, 2, l. 95 § 2 D. 46, 3. In der That, der Gläubiger-Schuldner hat nach der confusio das kraft der Obligation zu Leistende in seiner Eigenschaft als Gläubiger, kraft seines Forderungsr., denn wäre er nicht Gläubiger, so müßte er, was er nun behält, einem Andern leisten. Daraus ziehen die Quellen auch wichtige Consequenzen. a) Der Gläubiger, welcher verpflichtet ist, den Gegenstand seiner Forderung einem Dritten herauszugeben, wird von dieser Verpflichtung nicht dadurch frei, daß er seine Forderung durch confusio verliert, l. 33 D. 24, 3. b) Umgekehrt verliert der Schuldner ein ihm zustehendes Regreßr. dadurch nicht, daß er durch confusio frei wird, l. 30. l. 41 § 2 D. 21, 2, l. 11 D. 17, 1 (im Fall der l. 21 § 5 D. 46, 1 [[dazu Brunetti Arch. giur. XLVIII p. 135 s.]] verliert der freiwerdende Schuldner das Forderungsr. nicht, weil es in der Person eines Mitschuldners fortdauert). c) Bei der Berechnung der Falcidischen Quart wird von dem Bestand der Erbschaft abgezogen, was der Verstorbene dem Erben, hinzugerechnet, was der Erbe dem Verstorbenen schuldig war, l. 6 pr. C. 6, 50, l. 1 § 18. l. 54 D. 35, 2. d) Eine gleiche Ab- und Zurechnung findet Statt, wenn die Erbschaft einem Dritten herausgegeben werden soll, l. 2 § 15. 18. l. 20 D. 18, 4, l. 104 § 7 D. 30, l. 28 [27] § 11. l. 82 [80] D. 36, 1, l. 60 [58] pr. eod. Uebereinstimmend mit der hier entwickelten Auffassung der confusio G. Kretschmar a. a. O. — Man darf aber nicht deßwegen, weil die confusio wie solutio wirkt, sagen, daß der Grund ihrer Wirkung eine — vom R. als geschehen angenommene — Erfüllung sei. Diese Verwechselung hat Girtanner a. a. O. gemacht. [S. über die Befriedigungswirkung der confusio, ihre Grenzen und Gründe auch P. Kretschmar S. 147 fg.]

[5] Also bei confusio in Folge des Erbganges, weil der bisherige Gläubiger bez. Schuldner nicht mehr vorhanden sei. Dieß ist die Meinung von Baron.

Digitized by Google

[Im I. E. SGB. war bestimmt (§ 291), daß das Schuldverhältniß erlischt, wenn Forderung und Verbindlichkeit in derselben Person sich vereinigen. Die II. Comm. hat diese Vorschrift gestrichen, weil sie, soweit sie richtig sei, sich aus dem Wesen der Obligation von selbst ergebe und überdieß aus den im Entwurfe enthaltenen Ausnahmen sich unschwer ableiten lasse (Prot. S. 757). — Ausgeschlossen ist die tilgende Wirkung der Vereinigung bei allen Rechten an Grundstücken (889), also auch bei Reallasten, Hypotheken, Grundschulden, Rentenschulden (s. aber 1163 Abs. 1 S. 2. 1164 Abs. 2. 1172. 1173. 1174. 1177. 1178). Bei Gesammtschuldnerverhältnissen ist die Wirkung nur subjectiv (425 Abs. 2), bei Gesammtgläubigerverhältnissen objectiv (429) vgl. ob. S. 208 unter 4. Vgl. noch 1976. 1991 Abs. 2. 2143. 2175. 2377. — Schwedler S. 71 fg., Sachs S. 73 fg., P. Kretschmar S. 221 fg.]

Zusammenfallen mehrerer Gläubiger, welche Dasselbe zu fordern haben, oder mehrerer Schuldner, welche Dasselbe schuldig sind, ändert an dem bestehenden Rechtsverhältniß nichts[6].

[Dieß trifft auch nach SGB. zu. Ueber den Fall der Vereinigung von Hauptschuld und Bürgschaft (6) s. unt. zu § 480.]

4. Novation*.

a. Begriff und Wirkung.

§ 353.

Novation ist Aufhebung eines Forderungsrechts durch Begründung eines neuen; das Forderungsrecht wird dadurch aufgehoben,

---

Wie er dieselbe zu begründen sucht, muß man bei ihm selbst nachlesen. Widerlegt wird sie, wenn auch die in der vorigen Note angeführten Quellenentscheidungen sich mit ihr vereinigen lassen mögen, durch die bereits (2) genannte l. 7 § 1 D. 45, 3, die ihres lehrreichen Inhalts wegen hier abgedruckt sein mag. „Si servus communis ab uno ex sociis stipulatus sit, si quidem nominatim alteri socio, ei soli debetur. Sin autem sine ulla adiectione pure stipulatus sit, reliquas partes is servus ceteris sociis *praeter eam partem, ex qua promissor dominus esset*, adquiret". Und doch „persona servi communis eius condicionis est, ut in eo, quod alteri ex dominis potest adquirere, alteri non potest, perinde habeatur, ac si eius solius esset, cui adquirendi facultatem habeat" (l. 1 § 4 eod.). Hiernach ist Cession der Forderung an den Schuldner nicht wirkungslos, wie das Urtheil des OAG. zu Rostock bei Budde Entscheidungen 2c. VIII Nr. 37 annimmt, sondern hebt die Forderung auf.

[6] L. 13. D. 45, 2, l. 5 D. 46, 1, l. 93 D. 46, 3 (§ 293 [12]). Anders nur, wenn Hauptschuldner und Bürge zusammenfallen. S. § 480, 2.

* Dig. 46, 2 Cod. 8, 41 [42] de novationibus et delegationibus. — Liebe die Stipulation und das einfache Versprechen S. 156—343 (1840). Gneist die formellen Verträge 2c. S. 148 fg. 229 fg. (1845). Fein Beiträge zu der Lehre von der Novation und Delegation S. 28—47 (1850). Bähr die Anerkennung § 12 (1855 [1867] [1894]). Kuntze die Obligation 2c. § 33. 58—64

Digitized by Google

daß an seine Stelle ein anderes gesetzt wird[1]. Die Quelle der aufhebenden Kraft des neuen Forderungsrechts ist der Wille des Gläubigers in dem alten. Insofern ist Novation Aufhebung des Forderungsrechts durch den Willen des Gläubigers; aber der Wille des Gläubigers wirkt in der Novation nicht schlechthin, wie beim Erlaß, sondern eben durch das Mittel des neuen Forderungsrechts[2]. Der

(1856). Schlesinger zur Lehre von den Formalcontracten S. 117—129 (1858). Girtanner die Stipulation S. 231 fg. (1859). Kniep Einfluß der bedingten Novation auf die ursprüngliche Obligation (1860; darüber Windscheid kr. VJS. II S. 242—251 und Kuntze Schletter's Jahrb. VIII S. 101—104). Römer die bedingte Novation nach dem r. und heut. gem. R. (1863; darüber H. Witte kr. VJS. VI S. 39—52). v. Salpius Novation und Delegation nach r. R. (1864; darüber Windscheid kr. VJS. VI S. 463—466 und H. Witte das. VIII S. 169—212. 321—377). Salkowski zur Lehre von der Novation nach r. R. (1866; darüber H. Witte kr. VJS. IX S. 475—502). Schauberg ZS. f. HR. X S. 193 fg. (1867). Hruza die Lehre von der Novation nach österr. u. gem. R. (1881); diese Schrift behandelt nur die Novation ohne Subjectswechsel und stellt das österreichische R. in den Vordergrund, s. über dieselbe Krasnopolski kr. VJS. XXV S. 19—42, Strohal Grünh. ZS. X S. 410—419). Kuntze die Obligationen im r. u. heut. R. S. 125—141 (1886). Unger Grünh. ZS. XV S. 554 fg. (1888). Unterholzner I § 288—291, Sintenis II § 105, Vangerow III § 619 in der 7. Aufl., Brinz 2. Aufl. II § 282. 282a, Dernburg II § 59. 60, Wendt § 234. Die Darstellung, welche P. Gide Études sur la novation et le transport des créances en droit romain, Paris 1879, p. 1—182, von der Lehre von der Novation gibt, wird man mit Vergnügen lesen, wenn man auch nicht zu der Ansicht gelangt, daß dieselbe wesentlich Neues enthalte (vgl. § 553 [3b. 9], § 354 [12], § 355 [9]). (Vgl. über diese Schrift jetzt auch Heyrovski kr. VJS. XXI S. 585 fg., Czyhlarz Grünh. ZS. VII S. 357 fg, Leonhard ZS. f. HR. XXVI S. 307 fg.) [R. Merkel der römisch-rechtliche Begriff der novatio und dessen Anwendbarkeit im heutigen gem. R. Straßb. Diss. 1892. Redlich Schuldaufhebung durch Novation. Bresl. 1893. Przikling die Erfordernisse der Novation. Greifsw. Diss. 1893. v. Blume Novation, Delegation und Schuldübertragung. Gött. 1895. Wendt das allgemeine Anweisungsr. Jena 1895, bes. S. 218 fg. 260 fg.]

[1] Die Novation ist ein einheitlicher Akt, sie ist nicht Aufhebung mit gleichzeitiger Begründung, auch nicht Aufhebung um der Begründung willen (v. Salpius, s. namentlich S. 273. 339. 349), sondern eben Aufhebung durch Begründung. § 353.

[2] Der Gläubiger begabt das neue Forderungsr. mit aufhebender Kraft, wie er bei der in solutum datio die Leistung, welche nicht Erfüllungsleistung ist, mit aufhebender Kraft begabt (§ 342 [10]). Das Resultat der Novation ist also, daß der Gläubiger ein Erfüllungsäquivalent hat, und in diesem Sinne wird in den Quellen die Novation mit der solutio verglichen (l. 31 § 1 D. 46, 2), ja geradezu als solutio bezeichnet (l. 21 § 3 D. 33, 1, l. 19 § 4 D. 39, 5). Aber damit wird nur auf das Resultat der Novation hingewiesen, nicht der Grund bezeichnet, weßwegen die Novation die bestehende Obligation aufhebt. Das die bestehende Obligation in der Novation Aufhebende ist das Dasein der in

Digitized by Google

Ausdruck Novation beruht auf der Vorstellung einer bloßen Umwandlung des Forderungsrechts[3]; aber diese Vorstellung ist nicht genau[3a]; das neue Forderungsrecht ist nicht bloß der Erscheinungsform, sondern auch der Substanz nach ein anderes[3b].

Aufhebungsabsicht geschaffenen neuen Obligation, nicht die Befriedigung, welche der Gläubiger in dieser letzteren hat. Wenigstens ist dieß die Auffassung der Quellen. Nirgends in unseren Quellen wird die Novation als eine Art der in solutum datio behandelt; sie tritt durchaus als selbständiger Modus der Aufhebung von Obligationen auf. Und doch war den Römern die in solutum datio durch Neubegründung eines Forderungsr. nicht unbekannt (wenngleich es in den hierher zu ziehenden Stellen nicht immer zweifellos ist, ob wirklich in solutum datio, und nicht vielmehr Novation angenommen wird), s. z. B. l. 5. l. 8 § 3. 5 D. 16, 1, l. 37 § 4 D. 38, 1, l. 18 D. 46, 1, vgl. l. 32 D. 12, 1, l. 21 § 1 D. 39, 5, und von Schriftstellern: Fitting Correalobl. S. 51 [57], Römer S. 51 fg., Salkowski S. 275 fg., Arndts § 268 [8], auch unten [9] a. E. So ist denn auch die Novation von der in der Geschichte der in solutum datio auftretenden Controverse: ob Wirkung ipso iure oder ope exceptionis? (Gai. III, 168) vollkommen unberührt geblieben. Ja durch das ältere R. der Novation geht eine Strömung, nach welcher der Novationsvertrag als solcher, unabhängig ob er ein Forderungsr. erzeugt oder nicht, die bestehende Obligation aufhebt, s. Gai. III, 176. 179 i. f. (vgl. § 354 [3]). Gegen die Einreihung der Novation unter den Gesichtspunkt der in solutum datio haben sich ausgesprochen: Kuntze S. 190, Baron Gesammtverhältnisse S. 324 fg., v. Salpius S. 148 fg., Salkowski S. 272 fg., Schauberg S. 200—201, Bruns in v. Holtz.'s Encycl. I § 66 Nr. 3. c. a. E., Karlowa Rgeschäft S. 234, Brinz 2. Aufl. II S. 373, Hruza S. 144 fg., Unger S. 557 [9]; für dieselbe, mit größerer oder geringerer Entschiedenheit: Liebe S. 156 fg., Gneist S. 148 fg., Savigny Obl. I S. 167, Fitting Correalobl. § 9, Windscheid kr. VJS. III S. 169, und namentlich Witte VIII S. 333 fg. IX S. 485 fg. Noch weiter geht Girtanner S. 231; derselbe sieht in der Novation eine wirkliche Erfüllung: es werde in ihr der Gegenstand der Obligation als Erfüllung angenommen, und gleichzeitig wieder creditirt. — Uebrigens möchte ich über die Frage nicht absprechen, ob nicht wenigstens für das heutige R. der Grund fehlt, ein Geschäft, welches auf Ersatz einer Obligation durch eine andere gerichtet ist (nicht auf bloße Veränderung einer in ihrer Substanz aufrechterhaltenen Obligation, s. darüber [3b]), unter irgend eine andere Kategorie zu stellen, als unter die der Leistung an Erfüllungsstatt. Ich halte diese Frage noch nicht für spruchreif. Vgl. auch Bekker Aktionen II S. 255.

[3] L. 1 pr. D. 46, 2. „Novatio est prioris debiti in aliam obligationem . . transfusio atque translatio". Vgl. auch l. 34 § 2 D. eod., Gai. III, 176, § 3 I. 3, 29, l. 27 § 3 D. 4, 4, l. 17 pr. l. 19 § 5 D. 16, 1, l. 5 pr. D. 26, 9, l. 60 D. 46, 1.

[3a] Aus diesem Grunde wird auch der römische Ausdruck „Novation" hier beibehalten. Es liegen nahe und sind versucht worden die deutschen Ausdrücke: „Schuldneuerung", „Schuldänderung", „Schuldverwandlung". Es scheint mir aber bedenklich, der Ungenauigkeit der Auffassung, welche dem Ausdruck „novatio" zu Grunde liegt, durch diese deutschen Ausdrücke eine neue Aus- und Einprägung zu geben.

Digitized by Google

Das an die Stelle des bestehenden Forderungsrechts gesetzte neue kann sich von dem alten unterscheiden durch den Inhalt der Leistung[4], durch die Person des Schuldners oder des Gläubigers[5],

---

[3b] Die Novation erscheint als Umwandlung, weil nach ihr eine Obligation vorhanden ist, wie vor ihr eine vorhanden war. Man kann sagen, sie sei in ihrem Resultate Umwandlung, aber dieses Resultat wird eben erreicht durch Aufhebung nnd Neuschaffung. — Neuere Schriftsteller haben es versucht, der Idee der Umwandlung, der „prioris debiti in aliam obligationem transfusio atque translatio", dadurch gerechter zu werden, daß sie in verschiedenen Wendungen den Satz aufgestellt haben, die neue Obligation werde, obgleich eine neue, doch aus dem Stoff der alten gebildet. Liebe: sie werde gebildet aus dem Rstoff der alten; Kuntze die Obligation ꝛc.: aus dem Vermögensstoff der alten (vgl. § 262 [1] und Windscheid die Actio ꝛc. S. 178. 179); Kuntze die Obligationen ꝛc.: in die neue Obligation sei die causa oder der Obligationsinhalt der alten übertragen; Römer: die bisher geschuldete Leistung werde als solche Gegenstand der neuen Obligation, ebenso Salkowski S. 37 fg. 79 fg., Karlowa Rgeschäft S. 234, und auch die nicht sehr klaren Ideen Schauberg's S. 196 fg. haben wohl diesen Kernpunkt; dawider Witte VI S. 43 fg., IX S. 485 fg., s. auch Christiansen Instit. d. röm. R. S. 482. 483, Keller Pand. S. 533. Bei Liebe steigert sich die bezeichnete Auffassung stellenweise dahin, daß er geradezu Einheit der neuen und alten Obligation annimmt. Ich halte auch diese Auffassung nicht für zutreffend. Die neue Obligation ist rein durch den Begründungswillen geschaffen; ihre Existenz beruht rein auf diesem Willen, nicht auf diesem Willen und der alten Obligation. Der Begründungswille schafft eine Obligation eben statt einer anderen, und, wenn man will, auf Grund einer anderen, aber deßwegen nicht aus einer anderen. Doch wird die Idee des „stofflichen Zusammenhangs", des „Ueberganges", der „Translation" vertreten wieder durch Brinz 2. Aufl. II § 282 [5. 24], Hruza S. 8 (vgl. S. 32. 95. 107). S. auch Unger S. 558 [10] („wohl mit Recht"). Dernburg § 59: die Novation sei bloße Umwandlung der alten Obligation vom wirthschaftlichen Standpunkt. — Weiter geht die Auffassung, nach welcher die von der Novation geschaffene Obligation zwar eine neue ist, aber nicht in anderer Weise, als wie bei jeder Rnachfolge das R. des Rnachfolgers ein anderes sei, als das des Vorgängers (vgl. I § 64 [6]), so daß, wenn auch nicht in der Novation überhaupt, doch dann, wenn der Novationsvertrag auf die aufzuhebende Obligation Bezug nehme, eine wirkliche Rnachfolge liege. Diese Auffassung wird vertreten von v. Salpius (vgl. § 329 [10]), nach ihm von Gide, und neuerdings von E. Danz (in einer besonderen Schrift: die Forderungsüberweisung, Schuldüberweisung ꝛc. nach gem. R., 1886, und vorher und nachher Jahrb. f. Dogm. XIX S. 69 fg. und ACPra. LXXIV S. 240 fg.), Eisele (die actio utilis des Cessionars S. 26 fg., 1887), Wendt § 214, 2. [Anweisungsr. S. 260 fg.] Gegen diese Auffassung haben sich ausgesprochen Regelsberger kr. VJS. XXVIII S. 379 fg., Gradenwitz ZS. f. HR. XXXIV S. 283, Unger Jahrb. f. Dogm. XXVI S. 399 fg. Ich muß mich hier auf die Bemerkung beschränken, daß die genannten Schriftsteller das Argument, daß bei der Novation die Nebenre der alten Obligation wegfallen ([10]), nicht beseitigt haben. [S. auch Windscheid die indirecte Vermögensleistung. Leipz. Festg. f. O. Müller 1892 S. 25.]

Digitized by Google

durch Nebenbestimmungen[6], möglicherweise auch durch Nichts[6a], als eben dadurch, daß es ein neu begründetes, und daher, obwohl dem früheren Forderungsrecht vollkommen gleich, doch mit demselben nicht identisch ist[7]. Tritt durch Novation ein neuer Schuldner ein, so nennt man das heutzutage, wenn der Eintritt aus eigenem Antrieb, nicht auf Weisung des bisherigen Schuldners, geschieht, Expromission[8].

---

[4] L. 28 D. 46, 2, l. 8 C. 8, 41 [42] (*vv.* quantitatem augendam vel minuendam), l. 58 D. 45, 1, l. 10 C. 4, 2. Aelteres R. in l. 56 § 7 D. 45, 1, l. 4 D. 46, 2. A. M. v. Salpius S. 159 fg., Salkowski S. 80 fg.; dawider Witte VIII S. 335 fg. IX S. 492 fg., Schauberg S. 188—200, Vangerow a. a. O. 371 unt.

[5] § 3 I. 3, 29, l. 8 § 5. l. 20 D. 46, 2. — v. Salpius (§ 66) behauptet, daß die Novation mit Veränderung des Gläubigers im Justinianischen R. verschwunden, näher: bereits im Justinianischen R. durch die Cession absorbirt sei (vgl. [3b]), in dem Sinne jedoch, daß er auch bei der Cession nicht Aufrechterhaltung der Identität der alten Obligation annimmt (§ 329 [10] gegen Ende). Die Quellenstellen, welche von Novation mit Wechsel des Gläubigers handeln, glaubt er als Antiquitäten bei Seite schieben zu können. S. dawider auch Witte VIII S. 371 fg., Salkowski S. 252 fg. — Gläubiger und Schuldner? Vgl. Brinz 2. Aufl. II S. 383. [Für die Möglichkeit der duplex novatio m. E. mit Recht Wendt Anweisungsr. S. 219 fg.] L. 11 D. 46, 2 und dazu Goldschmidt Sav.-ZS. X S. 387 fg. [handelt von der Orderclausel im r. R.; darüber auch Wendt Anweisungsr. S. 127 fg. Hellwig Verträge auf Leistung an Dritte S. 11 fg. — v. Blume S. 2 fg. meint, daß die Novation mit Gläubigerwechsel unvereinbar der Novation mit Verbleiben des Gläubigers gegenüberstehe, da bei der letzteren die Aufhebung der alten Schuld die Valuta für das neue Versprechen, bei der ersteren dagegen Deckung für dasselbe sei. Die Aufhebung der alten Schuld werde im ersteren Falle verabredet zwischen dem alten Gläubiger und dem Schuldner; der neue Gläubiger sei daran unbetheiligt, während bei Novation ohne Gläubigerwechsel der Gläubiger des neuen Versprechens es sei, der die Aufhebung der alten Schuld bewillige. Dieß alles ist ganz richtig. Und wenn v. Blume um deßwillen meint, daß der Novationsbegriff auf den Fall des Gläubigerwechsels erst später angewandt sein könne, so ist das möglich; zweifellos aber ist, daß schon Gajus II, 38. 39 diese Anwendung unbedenklich macht.]

[6] § 3 I. cit., l. 8 C. cit., l. 5. l. 8 § 1 D. 46, 2.

[6a] Wenn es im § 3 I. cit. heißt: „Sed si eadem persona sit, a qua postea stipuleris, ita demum novatio fit, si quid in posteriore stipulatione novi sit", so ist das lediglich gesagt mit Rücksicht auf die Frage, ob Novationsabsicht anzunehmen sei (§ 354 [12]). Wie will man sonst die in der folgenden Note bezeichnete Anwendung der Novation erklären?

[7] Bei den Römern war diese Anwendung der Novation besonders wichtig zu dem Ende, um für die Acceptilation die nöthige Unterlage zu gewinnen, § 1 I. 3, 29 (§ 357 [9]). Heutzutage etwa: es wird für eine vorhandene Geldschuld ein Wechsel ausgestellt (wenn das überhaupt Novation ist, s. [2 a. E.]), vgl. § 354 [15 g. E.].

[8] Die Römer gebrauchen die Ausdrücke expromittere, expromissor zur Bezeichnung einer jeden Novation; sie wenden dieselben an: a) wenn der neu eintretende Schuldner auf Weisung des alten Schuldners eintritt (z. B. l. 22 D.

Digitized by Google

Das Eintreten eines neuen Schuldners in Folge einer Ueberweisung durch den bisherigen Schuldner, so wie das Eintreten eines neuen Gläubigers in Folge einer Ueberweisung des Schuldners durch den bisherigen Gläubiger, fällt unter den Begriff der Delegation (Ueberweisung)[9].

16, 1, l. 53 D. 18, 1, l. 4 § 3 D. 42, 1); b) auch wenn kein neuer Schuldner eintritt, sondern nur der Gläubiger geändert wird (z. B. l. 36 D. 23, 3, l. 31 § 3 D. 39, 6); c) selbst dann, wenn weder Schuldner noch Gläubiger geändert wird (z. B. l. 20 D. 14, 6, l. 19 § 4 D. 39, 5). Ja noch mehr, die genannten Ausdrücke haben nicht einmal eine nothwendige Beziehung auf Novation überhaupt (s. z. B. l. 8 § 8 D. 16, 1). [v. Blume S. 25.]

[9] Vgl. § 412[2]. Die Quellen gebrauchen die Ausdrücke delegatio, delegare in voller Allgemeinheit für jede Verschaffung eines Schuldners durch Ueberweisung, mag der Zweck der Ueberweisung Tilgung einer bestehenden Schuld sein oder irgend ein anderer, wie z. B. Schenkung, Mitgiftbestellung ꝛc., und mag der Ueberwiesene Schuldner des Ueberweisenden sein, oder nicht. Vgl. z. B. l. 11 pr. D. 46, 2, l. 18 § 1 D. 39, 6, l. 41 pr. D. 42, 1, l. 4 § 21 D. 44, 4, l. 11 C. 8, 53 [54]. Sie nennen ferner delegatio nicht bloß die Ueberweisung zum Sichverpflichten, sondern auch die Ueberweisung zum Zahlen, z. B. l. 7 C. 8, 41 [42]. Sodann: delegatio wird genannt sowohl die Ueberweisung als solche (z. B. l. 17 D. 46, 2), als die in Folge derselben eingetretene Novation (z. B. l. 11 § 1 D. 46, 2, l. 3 C. 8, 41 [42]. Am Besten handeln von der Delegation Thöl Handelsr. I § 333—337 (dieser jedoch mit Beschränkung der Delegation auf die Ueberweisung zum Sichverpflichten) und v. Salpius a. a. O. S. 1—130 (s. auch v. Meyerfeld Lehre von den Schenkungen § 15. 16, Salkowski S. 105 fg., Lotmar Causa S. 97 fg., Brinz 2. Aufl. II S. 375 fg.). Namentlich v. Salpius betont mit Energie und gewiß mit Recht, daß Delegation an und für sich mit der Novation nichts gemein habe. Auch wo zum Sichverpflichten und zum Zweck der Tilgung einer Schuld oder auf Schuld delegirt wird, ist eine Novation nicht erforderlich, um den Liberationseffect herbeizuführen. Derselbe kann schon erreicht werden nach dem Gesichtspunkt der datio in solutum ([2]). Aber bei der Behandlung der von der Delegation redenden Quellenstellen geht v. Salpius in der Annahme des Ausschlusses des Novationsgesichtspunktes zu weit. Vgl. l. 4. l. 21. l. 27. l. 31 § 1 D. 46, 2, l. 2. 3 C. 8, 41 [42]. S. auch Witte VIII S. 345 fg., Salkowski S. 109, Vangerow a. a. O. Anm. 3, Brinz 2. Aufl. II S. 378. — An v. Salpius schließt sich im Wesentlichen an P. Gide (§ 353*) p. 378—480. [Maxwell de la délégation. Th. de Bordeaux 1895 p. 37 s.] — Kein Fortschritt, ja ein Rückschritt, liegt in der Note [3b] genannten Schrift und den dazu gehörigen dort genannten Aufsätzen von E. Danz; dieser Schriftsteller schraubt wieder den („technischen") Begriff der Delegation auf den Fall zurück, wo ein Gläubiger seinen Schuldner anweist, einem Dritten zu versprechen, oder der Schuldner einen Dritten, seinem (des Schuldners) Gläubiger zu versprechen. Die Erklärung, welche Danz von l. 11 pr. D. 46, 2 gibt, ist nur möglich, wenn iubere im Lateinischen den Dativ regiert. Vgl. auch l. 10 § 6 D. 17, 1. Goldschmidt Sav.-Z.S. X S. 392. [S. auch Windscheid ([3b]) S. 28 fg. Gegen Danz auch Wendt Anweisungsr. S. 202 fg. 218 fg., v. Blume S. 22 fg., Caesar reine und titulirte Delegationen Hall. Diss. 1896 S. 24 fg.

Digitized by Google

Durch die Novation wird das Forderungsrecht direct aufgehoben[10].

Daß die Novation im heutigen Recht unanwendbar sei, darf nicht behauptet werden[11]; eine andere Frage ist, ob für sie noch ein praktisches Bedürfniß vorhanden ist[12].

[Das BGB. kennt, wie sein I. Entwurf, von dem Note [12] spricht, die Novation nicht. (Vgl. Mot. II S. 78 fg.) Möglich ist, daß ein neues Versprechen für eine bestehende Verbindlichkeit an Erfüllungsstatt gegeben wird; im Zweifel wird aber, wenn der Schuldner ein neues Versprechen leistet, nicht Hingabe an Erfüllungsstatt, sondern accessorische Function des Versprechens angenommen (364 Abs. 2). Das Versprechen des Schuldners an seinen (angeblichen) Gläubiger unterliegt der Einrede (821) und der Rückforderung (813 fg.), wenn die vorausgesetzte Schuld nicht bestand, oder ihr eine peremtorische Einrede entgegenstand (falls nicht etwa § 814 hindernd in den Weg tritt). Auch wenn das Versprechen abstract gegeben ist (780), aber bewiesen werden kann, daß die causa desselben die Sicherung einer bestehenden Schuld oder deren Aufhebung durch Hingabe an Erfüllungsstatt war, gilt dasselbe (vgl. 812 Abs. 2 und s. unt. zu § 364). Ist

---

Nach v. Blume S. 20 fg. ist die Novation mit Schuldnerwechsel, wenn auch auf Weisung des alten Schuldners an den neuen, nicht eine echte Delegation. S. dagegen Caesar S. 75 fg.]

[10] Die Quellen sprechen von Aufhebung der Obligation schlechthin; nirgends wird gesagt, daß dieselbe nur ope exceptionis eintrete. Vgl. auch l. 56 § 7 D. 45, 1, l. 5 D. 46, 2, l. 30 § 1 D. 2, 14 in Verbindung mit § 3 I. 3, 29. Salkowski S. 268. — Folgen der Aufhebung: Wegfall des Concursprivilegiums, l. 29 D. 46, 2 (über l. 17 pr. D. 42, 5 s. Salkowski S. 281); Aufhören des Verzuges, s. § 281 [7]; Aufhören des Zinsenlaufes, l. 18. 27 D. 46, 2; Wegfall der Conventionalstrafe, l. 15 D. 46, 2; Befreiung der Pfänder, l. 18 D. 46, 2 (über l. 13 § 1 D. 16, 1 s. I § 249 [5-6], vgl. auch I § 233b, 1); Befreiung der Bürgen, l. 4 C. 8, 40 [41] (über l. 60 D. 46, 1 s. Salkowski S. 314 fg. und die das. Citirten). S. auch Sf. XXXIV. 292. Novation einer von zwei alternativ bestimmten Obligationen: s. l. 8 § 4. l. 26. l. 32 D. 46. 2, und dazu Salkowski S. 344 fg. Novation einer von mehreren Correalobligationen; s. § 295 [5]. Vgl. überhaupt Salkowski S. 280—281, Tanz (Note [3 a. E.]) S. 63 fg. 96 fg.

[11] S. § 354 [1].

[12] Wenn die Novation im Resultate Umwandlung ist, so können die Parteien heutzutage dieses Resultat auf geradem Wege erreichen, sie bedürfen nicht des Umwegs der Aufhebung und Neuschaffung. Den Römern war der Umwandlungsvertrag (§ 338 [3]) durch das Formerforderniß verschlossen. Soll die Person des Gläubigers gewechselt werden, so ist ein Vertrag (zwischen Gläubiger und Schuldner) nicht einmal nöthig; die bloße Forderungsübertragung (Cession) leistet Alles, was begehrt wird. Außerdem kommt bereits nach r. R. die in solutum datio ([7]) und das constitutum debiti (§ 284 [11]) in Betracht. Vgl. hierzu Regelsberger kr. VJS. XXVIII S. 392 fg., Unger Schuldübernahme (Wien 1889) S. 9, Nyk Lehre von den Schuldverhältnissen S. 482 fg. Der Entwurf eines deutschen bürgerlichen Gesetzbuchs hat die Novation nicht aufgenommen.

Digitized by Google

das neue Versprechen des Schuldners an seinen Gläubiger nichtig oder anfechtbar, so ist nicht § 365 anzuwenden (dieser hat nur Hingabe einer Forderung gegen einen Dritten im Auge), sondern es gestaltet sich die Sachlage m. E. so: Ist in einem und demselben Rechtsgeschäft die Aufhebung der alten Schuld gegen das gleichzeitig gegebene neue Versprechen vereinbart, so ist, wenn letzteres nichtig oder durch Anfechtung vernichtet ist, gemäß § 139 im Zweifel auch die Aufhebung der alten Schuld nichtig, jene besteht also fort. Sollte der Gläubiger die alte Forderung erlassen haben gegen die Verpflichtung des Gläubigers, ein neues Versprechen, insbesondere ein Schuldversprechen im Sinne des § 780 zu leisten, und wird dieses nicht oder mangelhaft geleistet, so kann der Gläubiger auf Leistung eines mangelfreien neuen Versprechens klagen. Hat der Schuldner sich nicht zur Ertheilung des neuen Versprechens verpflichtet, sondern war nur der Zweck des Schulderlasses in der Weise bestimmt, daß dafür ein neues Versprechen erzielt werden sollte, so kann der Gläubiger, wenn dieser Erfolg nicht (mangelfrei) eintritt, die Aufhebung des Erlaßvertrages gemäß § 812 Abs. 1 verlangen. Diesen Anspruch wird er auch, wenn er aus der alten Schuld klagt, der Einwendung des Erlasses im Wege der Replik entgegensetzen können (nur nicht mehr, wenn der Anspruch auf Aufhebung des Erlaßvertrages verjährt ist; denn § 821 deckt diesen Fall nicht).

Für den Fall, daß ein neuer Gläubiger eintritt, liegt entweder Abtretung der Forderung (mit hinzutretendem Erfüllungsversprechen des Schuldners an den Cessionar) vor oder eine Anweisung auf Schuld (787). Bei dem Eintritt eines neuen Schuldners liegt entweder Schuldübernahme vor oder Hingabe eines neuen Versprechens an Erfüllungsstatt durch einen Dritten (vgl. 267), oder eine Anweisung, bei welcher das Valutaverhältniß darin besteht, daß der Anweisende dem Anweisungsempfänger auf dessen Forderung eine Leistung machen will (788); vgl. unt. zu § 412. — S. Stammler Schuldverhältnisse S. 231 fg., Endemann Lehrb. I § 142, Matthiaß Lehrb. I § 96.]

b. Voraussetzungen.

§ 354.

Die Voraussetzungen der Novation sind im Allgemeinen bereits angegeben worden: Begründung eines Forderungsrechts in der Absicht, dadurch ein anderes bestehendes zu ersetzen.

1. Begründung eines Forderungsrechts. Dieselbe erfolgt durch Vertrag; einer Form bedarf dieser Vertrag nach heutigem Rechte so wenig, wie ein anderer Vertrag[1]. Abgeschlossen wird derselbe

[1] Nach r. R. war Stipulation erforderlich (l. 1 § 1 D. 46, 2 „novari verbis"). Da wir heutzutage keine Stipulation mehr haben, so hat man gefragt, ob damit nicht die ganze Novation weggefallen sei. Man hat diese Frage aufgeworfen auf Grund der Auffassung, daß der heutige formlose Vertrag der römischen Stipulation nicht entspreche, weil die letztere s. g. Formalcontract gewesen sei, was jener nicht sei; d. h. weil die Stipulation zu ihrer Gültigkeit

Digitized by Google

entweder von dem novirenden Gläubiger selbst, mit dem alten oder mit einem neuen Schuldner, oder von einem Dritten, der sich auf Geheiß des novirenden Gläubigers zum Gläubiger des alten Schuldners macht[2]. Daß das durch den Novationsvertrag begründete Forderungs-

---

keiner materiellen causa bedurft habe, während der formlose Vertrag eine solche nicht entbehren könne (§ 318, 2, § 319). Auf Grund dieser Auffassung leugnet namentlich Gneist a. a. O. S. 229 die Geltung der Novation für das heutige R. unbedingt; ebenso Förster-Eccius Preuß. Privatr. I § 97, s. auch die das. Anm. 1 Citirten, neuerdings Adickes zur Lehre von den Bedingungen (1876) S. 140 fg. Andere, wie Keller Pand. S. 537. 538, Baron Gesammtverhältnisse S. 384, beschränken die Geltung der Novation auf diejenigen Verträge, welche sie auch für das heutige R. als Formalcontracte anerkennen, wie z. B. den Wechselvertrag. Umgekehrt schließt Bähr a. a. O. aus der unbedingten Geltung, in welcher die Novation als praktisches Institut stehe, daß auch der heutige formlose Vertrag die Fähigkeit habe, Formalcontract zu sein. Für diese Fähigkeit des heutigen formlosen Vertrages habe auch ich mich oben (§ 318, 2) ausgesprochen. Ueberdieß ist in erster Linie festzuhalten, daß der Novationsvertrag nicht nothwendig reiner Vertrag (Formalcontract) ist; es hindert nichts, die Aufhebung der bestehenden Obligation als Bestimmungsgrund in denselben aufzunehmen, und ihn dadurch zu einem materiell individualisirten Vertrag zu machen. Vgl. die folgende Note. Aus diesem Grunde nimmt Karlowa Rgeschäft S. 260 fg. die Zulässigkeit der Novation durch formlosen Vertrag an. Noch weiter geht — gewiß mit Unrecht — v. Salpius § 77, indem er in dem Novationsvertrag schon dann einen materiellen Vertrag sieht, wenn derselbe nur den Inhalt der Leistung der neu zu begründenden Obligation aus dem Inhalt der Leistung der bestehenden bestimmt, und daraus, indem er nämlich annimmt, daß es bereits im Justinianischen R. nur einen Novationsvertrag dieser letzteren Art gebe (§ 355 [1a]), die Geltung der Novation für das heutige R. deducirt. — S. auch Witte VI S. 42 fg. VIII S. 389 fg., Brinz 2. Aufl. II S. 384.

[2] L. 20 pr. D. 46, 2 „Novare possumus aut ipsi . . aut per alios, qui voluntate nostra stipulantur". Vgl. l. 8 § 5 i. f. D. 46, 2. l. 4 C. 8, 41 [42]. — Welches ist der Bestimmungsgrund (die causa) des novirenden Vertrages? Man wird auf diese Frage keine einfache Antwort dürfen geben wollen. Für den Gläubiger und den Schuldner in der alten Obligation ist der Bestimmungsgrund kein anderer, als Ersatz ihrer Forderung bez. Schuld durch eine andere. Dagegen werden der neu eintretende Gläubiger und der neu eintretende Schuldner zu dem Vertragsabschluß durch ihr Verhältniß zu dem Gläubiger bez. Schuldner in der alten Obligation bestimmt, und danach kann ihr Bestimmungsgrund von der verschiedensten Art sein. Von der andern Seite ist es aber auch möglich, daß der mit ihnen contrahirende Schuldner bez. Gläubiger in der alten Obligation im Contrahiren seinen Bestimmungsgrund, Aufhebung der bestehenden Obligation, darlegt, und sie darauf hin ihn zum Schuldner bez. Gläubiger annehmen. Dann acceptiren sie seinen Bestimmungsgrund, und so ist auch für sie der Bestimmungsgrund zum Vertrag die Aufhebung der bestehenden Obligation, und der aus ihrem Verhältniß zum alten Gläubiger bez. Schuldner entnommene Grund wird zum Grund des Grundes. Daß der Novationsvertrag seine causa in der Novationsabsicht habe, lehren ohne Beschränkung Kuntze S. 253. 254, Sintenis S. 448 in der Note, Bruns

Digitized by Google

recht ein klagbares sei, ist an und für sich nicht erforderlich[3]; jedoch kann von den im heutigen gemeinen Recht anerkannten Fällen der klaglosen Forderungsrechte hier nur der in Betracht kommen, wo ein Geschlechtsunreifer ohne Beitritt des Vormundes sich verbindlich macht[4]. Selbst das hindert die Novationswirkung nicht, daß das

ZS. f. RGesch. I S. 116, Römer § 27, Hruza S. 83 fg. — mit Beschränkung (jedoch anders als hier) Schlesinger S. 118 fg., Kniep S. 127 fg., Karlowa Rgeschäft S. 235 fg. 260. Nach v. Salpius § 77 ist der Bestimmungsgrund des Novationsvertrages, wenn kein Wechsel der Personen stattfindet, die Absicht, dem Gläubiger ein neues Obligationsfundament zu verschaffen („Agnition"), obgleich v. Salpius doch selbst lehrt, daß diese Absicht auch durch accessorischen Vertrag realisirt werden könne. — Jedenfalls geht aus dem Gesagten hervor, daß, sobald der Novationsvertrag aufhört, reiner Vertrag zu sein, d. h. sobald er seinen Bestimmungsgrund mit in sich hineinnimmt, dieser Bestimmungsgrund kein anderer sein kann, als die Aufhebung der bestehenden Obligation. Es ist daher schwer zu begreifen, wie man die Frage hat aufwerfen können, ob nicht durch Novation eine Obligation auch in eine andere materiell charakterisirte verwandelt werden könne, z. B. eine Kaufobligation in eine Darlehnsobligation. Wenn ein Gläubiger mit seinem Schuldner ausmacht, daß derselbe, was er ihm aus irgend einem andern Grunde schuldig ist, als Darlehn behalten solle, so liegt hier im Sinne der Parteien: 1) entweder ein wirkliches Darlehn vor mit vorausgehender wirklicher Zahlung, wobei nur das Hin- und Herzahlen erspart wird (l. 15 D. 12, 1, — l. 6 C. 4, 2 hält entweder einen früheren Entwickelungsstandpunkt fest [vgl. § 370 [11]], oder ist von einem Fall zu verstehen, wo die Parteien ein wirkliches Darlehn nicht gemeint haben); oder 2) der Schuldner bekennt sich zum Darlehnsschuldner lediglich in dem Sinne, um sich zum Schuldner überhaupt zu machen; er verspricht, obgleich er ein Darlehn nicht empfangen hat, sich behandeln zu lassen, als habe er ein Darlehn empfangen (vgl. § 364 [3]). Dann kommt eine Novation zu Stande; aber der Schuldner ist eben nicht Darlehnsschuldner. Vgl. hierzu Sintenis S. 460, Bähr Jahrb. für Dogm. II S. 425 fg. und Anerkennung § 62a, Römer a. a. O. S. 6 fg., v. Salpius S. 331 fg., Salkowski S. 54 fg., H. Witte VI S. 45, Bruns in v. Holtz. Encycl. I § 66 Nr. 3. c, Bekker Aktionen II S. 255, Hruza S. 88 fg. Sf. I. 335, IV. 149, V. 127, XIII. 17, XVII. 236, XXVIII. 20, auch XIV. 92 [XLIX. 158]. Sintenis a. a. O. behandelt den Fall, wo durch Auflösung einer bestehenden Obligation eine andere materiell charakterisirte begründet wird, und die Novation als zwei verschiedene Zweige eines und desselben Institutes (jene unter dem Namen „Schuldverwandlung", diese unter dem Namen „Schuldneuerung").

[3] L. 1 § 1 D. 46, 2. — „dummodo sequens obligatio aut civiliter teneat aut naturaliter". — v. Salpius S. 147 fg. führt aus, im älteren R. sei Begründung eines Forderungsr. überhaupt nicht Voraussetzung der Novation gewesen; die Stipulation als solche, wenn nur formell gültig, habe novirt. Dagegen Witte VIII S. 323 fg., Salkowski S. 421—422 Anm. Vgl. die folgende Note.

[4] L. 1 § 1 cit. fährt fort: — „ut puta si pupillus sine tutoris auctoritate promiserit". — Gai. III, 176 stellt diesem Fall gleich den Fall des Versprechens einer Frau ohne tutoris auctoritas, aber auch den Fall des Ver-

Digitized by Google

durch den Vertrag begründete Forderungsrecht anfechtbar ist[5]. Es hat aber in beiden Fällen, sowohl im Falle der Klaglosigkeit als im Falle der Anfechtbarkeit des neuen Forderungsrechts, der Gläubiger in dem alten Forderungsrecht, welcher die Mängel des neuen nicht gekannt hat, einen Anspruch gegen den befreiten Schuldner auf Rückgabe des verlorenen Forderungsrechts[6]; es kann auch sein, daß ihm das verlorene Forderungsrecht ohne Weiteres zurückgegeben wird[7]. Daß das neue Forderungsrecht ein befristetes ist, hemmt die Novationswirkung nicht[8], wohl eine demselben hinzugefügte Bedingung[9]; jedoch bewirkt auch ein bedingtes Forderungsrecht, daß die alte Forderung einstweilen nicht geltend gemacht werden kann[10]. — Ist

---

sprechens post mortem (§ 316 [8]). Dagegen spricht er auffallenderweise dem Versprechen eines Sclaven die novirende Kraft ab (vgl. übrigens auch Gai. III, 179); ebenso § 3 I. 3, 29, l. 30 § 1 D. 2, 14. Theophilus zu der genannten Institutionenstelle erklärt dieß daraus, daß zur Novation nicht bloß eine naturalis obligatio erforderlich sei, sondern auch eine Person: „ἀπρόσωπος δὲ παρὰ τοῖς νόμοις ὁ δοῦλος“. Vgl. außerdem Schwanert Naturaloblig. S. 293 fg., Bähr § 12 [10], Girtanner S. 293 fg., Römer S. 105, v. Salpius S. 147—151, Salkowski S. 426 fg., Karlowa Rgeschäft S. 118 fg., Brinz 2. Aufl. II S. 370.

[5] S. die Stellen der Note [7]; ferner l. 91 i. f. D. 46, 3. (Die doli mali praescriptio dieser Stelle steht der neuen Obligation entgegen, nicht der alten. Vgl. v. Salpius S. 150.)

[6] Vielleicht auch, nach Lage der Umstände, auf Verschaffen eines besseren Forderungsr. Aber jedenfalls kann er geltend machen, daß die Voraussetzung ermangelt sei, unter welcher er sein Forderungsr. hingegeben habe. Vgl. l. 8 § 8 D. 16, 1 (welche Stelle übrigens nicht von einem Novationsfall handelt): — „potest ei condici, quasi non dedisset (sc. expromissorem); quid enim interest, non det, an talem det?“

[7] So wenn eine durch den Vellejanischen Senatsbeschluß geschützte Frau als neue Schuldnerin eintritt. S. (u. a.) l. 8 § 11. l. 14. l. 32 § 5 D. 16, 1; l. 16 C. 4, 29. Ferner erstreckt sich die dem neu eintretenden Schuldner ertheilte Wiedereinsetzung i. d. v. St. auch auf die Wiederherstellung des verlorenen Forderungsr., l. 50 D. 4, 4. Vgl. I § 120 [17].

[8] L. 8 § 1 D. 46, 2: — „qui in diem stipulatur, statim novat . . . cum certum sit, diem quandoque venturum“ (vgl. I § 96 [4]). L. 5 eod.: — „constat, et stipulatione in diem facta novationem contingere, sed non statim ex ea stipulatione agi posse, antequam dies venerit“.

[9] L. 8 § 1 cit. fährt fort: „at qui sub condicione stipulatur, non statim novat, nisi condicio exstiterit“. L. 14 pr. l. 24 eod. — S. über die bedingte Novation die oben bei * citirten Schriften von Kniep und Römer; ferner Salkowski S. 437 fg., Hruza S. 131 fg.

[10] Bis die Bedingung des Novationsvertrages ausgefallen ist. Was der bedingte Novationsvertrag schafft, ist nicht hinreichend, um die bestehende Obligation aufzuheben, aber es ist hinreichend, um sie in ihrer Wirksamkeit zu hemmen (I § 89). Wenigstens ist dieß das Resultat, zu welchem das r. R. ge-

Digitized by Google

die Absicht der Parteien darauf gerichtet, daß durch den neu abzuschließenden Vertrag das bestehende Forderungsrecht unter allen Umständen aufgehoben werden solle, so liegt für den Fall, wo derselbe ein Forderungsrecht nicht erzeugt, ein Erlaßvertrag vor[11].

2. Absicht des Gläubigers, daß durch das neu zu begründende Forderungsrecht das bestehende aufgehoben werden solle[12]. Diese

langt ist; in der Entwickelung desselben sind aber beide extreme Meinungen vertreten, sowohl die, daß die bedingte Novation die bestehende Obligation sofort aufhebe, als die andere, daß sie gar nicht wirke. Vgl. Gai. III, 179, l. 36 D. 12, 1, l. 80. 83 D. 23, 3, l. 60 § 1 D. 12, 6. — Der Satz, daß die bedingte Novation die alte Obligation in ihrer Wirksamkeit hemme, wird vielfach so ausgedrückt: die bedingte Novation mache die alte Obligation selbst zu einer bedingten, drücke ihr als Bedingung das Gegentheil ihrer eigenen Bedingung auf. Gegen diese Formulirung hat sich Römer a. a. O. S. 85 fg. erklärt, ebenso Vangerow a. a. O. S. 371; für dieselbe wieder Salkowski S. 441 fg. Gegen die bezeichnete Formulirung spricht, daß, wenn die alte Obligation zu einer bedingten gemacht würde, sie aufgehoben wäre, während doch die Novationsobligation selbst noch nicht existirt. Wenn hierauf Salkowski entgegnet: die alte Obligation sei jedenfalls bedingt aufgehoben, eine bedingt aufgehobene Obligation aber sei eine bedingt existirende, und überhaupt die Resolutivbedingung von der umgekehrten Suspensivbedingung nicht zu unterscheiden, so bedarf dieses, gelinde ausgedrückt, näherer Begründung. Andererseits spricht für die bezeichnete Formulirung weniger zwar der Wortlaut der eben angeführten Stellen, in welchen immerhin eine leicht erklärliche Ungenauigkeit des Ausdrucks angenommen werden kann, als die Analogie der l. 10 pr. D. 34, 4 (vgl. l. 7 eod., l. 107 D. 35, 1, l. 6 pr. D. 36, 2), obgleich doch auch, was dieses letztere Argument angeht, die Einheit des Testamentes in Betracht kommt. Vgl. noch Scheurl Beiträge II. 2 S. 134 fg., Dernburg II § 60 [2], Enneccerus Rgeschäft, Bedingung und Anfangstermin S. 523 fg. — Im Besonderen über den Einfluß der bedingten Novation auf den Verzug in der alten Schuld s. § 281 [7]. — Ueber Novation unter einer auflösenden Bedingung s. Römer a. a. O. § 26, Czyhlarz Resolutivbedingung S. 78 fg.

[11] Vgl. l. 30 § 1. 2 D. 2, 14, Gai. III, 179. Römer § 11 und S. 104 fg., v. Salpius S. 157—159, Wendt die Lehre vom bedingten Rgeschäft S. 77 fg. Budde Entsch. des OAG. zu Rostock VII Nr. 36.

[12] Die Quellen sprechen von animus novandi. — v. Salpius S. 131 fg. hat auszuführen gesucht, daß im älteren R. (bis zur Zeit des Papinian) eine Stipulation, welche den materiellen Gehalt einer bestehenden Obligation in sich aufgenommen habe, die Obligation novirt habe ohne allen *animus novandi*. v. Salpius hat sich durch die Analogie der processualischen Consumtion täuschen lassen. Wie das iudicium, welches den materiellen Gehalt der Obligation in sich aufnimmt, dieselbe consumirt, so, schließt er, auch die Stipulation, welche das Gleiche thut. Aber für die Consumtionswirkung des iudicium läßt sich ein sehr triftiger Grund anführen, für die Consumtionswirkung der Stipulation absolut keiner. Wie sich der Verf. an den gegen ihn sprechenden Quellenzeugnissen vorbeizuwinden sucht, muß man bei ihm selbst nachlesen. S. auch Witte VIII S. 322 fg., Salkowski S. 154 fg., Karsten die Bedeutung der Form im Obligationenr. S. 96 fg., Brinz 2. Aufl. II S. 386, Hruza S. 8 [11];

Digitized by Google

Absicht wird nicht vermuthet; sie muß von demjenigen, welcher sich auf dieselbe beruft, bewiesen werden[13]. Dagegen bedarf ihre Erklärung keiner bestimmten Form[14]; und auch das ist nicht nöthig, daß die Absicht ausdrücklich erklärt werde[15]. Die sonstigen Erfordernisse der

---

andererseits Dernburg Preuß. Privatr. II § 62 [2], Pand. II § 60 [6]. — Die Polemik Salkowski's gegen v. Salpius bezieht sich übrigens nur auf Detailpunkte; seine Grundauffassung ist die gleiche. Auch er nimmt nämlich an (S. 224 fg.), daß im älteren Re gewisse Stipulationsformen (Stipulationen mit formeller Bezeichnung der versprochenen Leistung als einer verschuldeten) eine Novation herbeigeführt hätten ohne einen den Stipulationsact begleitenden animus liberandi (Salkowski setzt freilich hinzu, in diesen Stipulationsformen habe der animus novandi „seinen untrüglichen Ausdruck" gefunden [S. 225]), und daß das Erforderniß des animus novandi erst später von anderen Stipulationsformen, denen man jene formale Consumtionskraft nicht zugeschrieben habe, auf jene ersteren übertragen worden sei. S. dagegen Witte IX S. 487. 495 fg. — Auf dem Salpius'schen Standpunkt steht auch die Darstellung von P. Gide (§ 353 Note *). [Ebenso Karlowa r. Rgesch. II S. 740 fg., aber nur für eine frühe, vor der classischen liegende Zeit. S. noch Wendt Anweisungsr. S. 220 fg.]

[13] Die classischen römischen Juristen knüpften an eine Reihe von Fällen eine Rvermuthung zu Gunsten der Novationsabsicht an. Diese Vermuthungen hat Justinian in l. 8 C. 8, 41 [42] aufgehoben. Vgl. Gai. III, 177. 178, § 3 I. 3, 29.

[14] Etwa des Gebrauchs des Wortes „Novation". Vgl. l. 17 D. 46, 2 „Delegare scriptura vel nutu, ubi fari non potest, debitorem suum quis potest".

[15] Dieß ist ein sehr streitiger Punkt, und einer von den vielen leidigen Punkten in unserer Disciplin, über die voraussichtlich nie eine Einigung der Meinungen wird erzielt werden. Es handelt sich um die Auslegung der l. 8 C. 8, 41 [42]. Die im Text vertretene Ansicht beruht auf folgenden Erwägungen. a) Ausgesprochenermaßen war es Justinian's Absicht, durch die gedachte Verfügung die von den alten Juristen zu Gunsten der Novation aufgestellten Rvermuthungen zu beseitigen. Zur Erreichung dieser Absicht war es nicht erforderlich, hinzuzufügen, daß eine Novation auch bei stillschweigender Willenserklärung nicht solle angenommen werden dürfen. b) Hiermit stimmen vollkommen überein die Worte, in welchen Justinian die eigentliche Meinung seines Gesetzes zusammenfaßt. „Et generaliter definimus, *voluntate* solum esse, non lege novandum". Es sei nicht nothwendig, sich gegen die Annahme einer Novationsabsicht ausdrücklich zu verwahren; nicht die Novationsabsicht verstehe sich von selbst, sondern das Gegentheil: „hoc enim naturalibus (*scr.* naturaliter) inesse rebus volumus et non verbis extrinsecus supervenire". c) Dagegen paßt dazu schlecht der mittlere Theil der Stelle: es sei keine Novation anzunehmen, „nisi ipsi specialiter remiserint quidem priorem obligationem, et hoc expresserint, quod secundam magis pro anterioribus elegerint". Diese Worte von der Willenserklärung überhaupt gegenüber der Rvorschrift, und nicht von der ausdrücklichen Willenserklärung zu verstehen, ist, wie nicht geleugnet werden kann, gezwungen. Jedoch ist es andererseits nicht unmöglich, vgl. l. 77 § 3 D. 35, 1: „quocunque *indicio* voluntatis cautio . . remitti potest", ferner die bei

Digitized by Google

Gültigkeit der Novationserklärung bestimmen sich nach den gewöhnlichen Regeln. Namentlich ist für dieselbe Handlungsfähigkeit des Gläubigers erforderlich[16], wie sie andererseits auch von einem Nicht-

Röver ZS. f. RGesch. XI S. 212 fg. 217 fg. genannten Stellen, denen hinzugefügt sein mögen l. 7 § 1 D. 15, 1 (II § 518 [3]), l. 19 [18] pr. D. 36, 1 (III § 647 [15]). Vgl. auch Leonhard Irrthum S. 193. 206 fg. d) Bei diesem Widerstreit der Erwägungen muß, wie ich glaube, den Ausschlag geben, daß in den Pandekten noch überall das alte R. vorgetragen wird: die Novation trete ein, wenn sie beabsichtigt sei („si hoc actum est", vgl. l. 6 § 1 D. 18, 1: „in emtis . . et venditis potius id quod actum est, quam id quod dictum sit, sequendum est"). L. 2. l. 6 pr. l. 8 § 1. 2. 3. 5. l. 26 D. 46, 2. l. 29. l. 31 § 1 D. 46, 2. (In den beiden letzten Stellen wird ein *specialiter* id actum esse verlangt; specialiter: besonders, gerade das. Vgl. l. 9 [10] pr. D. 3, 5. Liegt hier, wie häufig angenommen wird, eine Interpolation aus l. 8 C. 8, 41 [42] vor, so ist damit ein direkter Beweis für die hier vertretene Auslegung dieser Stelle erbracht: warum hat man sonst nicht sogleich interpolirt: specialiter *expressum?*) Ganz die gleiche Auffassung, wie in den Pandekten, findet sich in den Institutionen (§ 3 I. 3, 29) und bei Theophilus zu dieser Stelle. — Vgl. für die hier vertretene Ansicht namentlich v. Löhr im Magazin f. RW. und Gesetzgeb. IV S. 27—34 (1820), Fein a. a. O. S. 28—34, und was das heutige R. angeht Röver ZS. f. RGesch. XI S. 187—221 (1873); für die entgegengesetzte Ansicht Hepp ACPra. XV S. 246 fg. (1832), Sintenis ZS. f. CR. u. Pr. IX S. 135 fg. (1836) und Lehrb. II S. 455 [25], und besonders Grotefend ZS. f. CR. und Pr. N. F. XII S. 272 fg. (1855), auch Salkowski S. 259 fg., Brinz 2. Aufl. II S. 387, Dernburg II § 60 [7]. Weitere Literaturangaben bei Fein (a. a. O.), Vangerow III § 619, Holzschuher III § 248 Nr. 1. v. Salpius S. 261 fg., welcher ebenfalls keine ausdrückliche Erklärung der Novationsabsicht für nöthig hält, bezieht die justinianische Verordnung auf die Aufhebung der novirenden Kraft der alten ohne animus novandi wirkenden Stipulationsformeln ([12]). Die neuere Praxis schwankt, wie die Doktrin. Für die hier vertretene Ansicht: Sf. VI. 175. 262, XX. 123, XXII. 223, XXXII. 220, RG. XIV S. 210; dawider Sf. IV. 106 (S. 182), VII. 167; vermittelnd das. XIII. 17. S. noch VIII. 159, XII. 144. — Ueber die specielle Frage, ob oder wann anzunehmen sei, daß in der Ausstellung, Indossirung oder Acceptation eines Wechsels eine Novation liege, s. namentlich Kuntze Wechselr. S. 72—84 und die daselbst Citirten, ferner die § 353 * citirte Schrift von Schauberg, die in ihrem größeren Theil gerade diese Frage behandelt, Goldschmidt Handelsr. I S. 1223, neuestens die Schrift von Hellmann: die novatorischen Funktionen der Wechselbegebung, München 1874. Sf. II. 88. 89, VIII. 288, IX. 63, XI. 275, XVI. 207, XXI. 118. 229, XXII. 33, XXIV. 235, XXVI. 23, XXVIII. 123. 207, XXXII. 126, XXXIII. 14. 296, XXXV. 199, XLI. 179, XLIII. 179, XLV. 83. — Kann auch in der Abrechnung möglicherweise eine Novation liegen? Gewiß was den Saldo angeht; aber die in Berechnung gezogenen Forderungen sind aufgehoben durch Compensationsvertrag oder Zahlung. Ich weiß nicht, ob diese Unterscheidung immer gehörig festgehalten wird. Vgl. Regelsberger ACPra. XLVII S. 173 fg., Grünh. in seiner ZS. III S. 521 fg., Unger Jahrb. f. Dogm. VIII S. 218 [43]. Sf. XXVII. 14.

[16] L. 20 § 1 D. 46, 2. „Pupillus sine tutoris auctoritate non potest novare . . ". L. 3. l. 9 pr. eod., l. 15 D. 46, 3.

Digitized by Google

Durch die Novation wird das Forderungsrecht direct aufgehoben[10].

Daß die Novation im heutigen Recht unanwendbar sei, darf nicht behauptet werden[11]; eine andere Frage ist, ob für sie noch ein praktisches Bedürfniß vorhanden ist[12].

[Das BGB. kennt, wie sein I. Entwurf, von dem Note [12] spricht, die Novation nicht. (Vgl. Mot. II S. 78 fg.) Möglich ist, daß ein neues Versprechen für eine bestehende Verbindlichkeit an Erfüllungsstatt gegeben wird; im Zweifel wird aber, wenn der Schuldner ein neues Versprechen leistet, nicht Hingabe an Erfüllungsstatt, sondern accessorische Function des Versprechens angenommen (364 Abs. 2). Das Versprechen des Schuldners an seinen (angeblichen) Gläubiger unterliegt der Einrede (821) und der Rückforderung (813 fg.), wenn die vorausgesetzte Schuld nicht bestand, oder ihr eine peremtorische Einrede entgegenstand (falls nicht etwa § 814 hindernd in den Weg tritt). Auch wenn das Versprechen abstract gegeben ist (780), aber bewiesen werden kann, daß die causa desselben die Sicherung einer bestehenden Schuld oder deren Aufhebung durch Hingabe an Erfüllungsstatt war, gilt dasselbe (vgl. 812 Abs. 2 und s. unt. zu § 364). Ist

---

Nach v. Blume S. 20 fg. ist die Novation mit Schuldnerwechsel, wenn auch auf Weisung des alten Schuldners an den neuen, nicht eine echte Delegation. S. dagegen Caesar S. 75 fg.]

[10] Die Quellen sprechen von Aufhebung der Obligation schlechthin; nirgends wird gesagt, daß dieselbe nur ope exceptionis eintrete. Vgl. auch l. 56 § 7 D. 45, 1, l. 5 D. 46, 2, l. 30 § 1 D. 2, 14 in Verbindung mit § 3 I. 3, 29. Salkowski S. 268. — Folgen der Aufhebung: Wegfall des Concursprivilegiums, l. 29 D. 46, 2 (über l. 17 pr. D. 42, 5 s. Salkowski S. 281); Aufhören des Verzuges, s. § 281 [7]; Aufhören des Zinsenlaufes, l. 18. 27 D. 46, 2; Wegfall der Conventionalstrafe, l. 15 D. 46, 2; Befreiung der Pfänder, l. 18 D. 46, 2 (über l. 13 § 1 D. 16, 1 s. I § 249 [5. 6], vgl. auch I § 233b, 1); Befreiung der Bürgen, l. 4 C. 8, 40 [41] (über l. 60 D. 46, 1 s. Salkowski S. 314 fg. und die das. Citirten). S. auch Sf. XXXIV. 292. Novation einer von zwei alternativ bestimmten Obligationen: s. l. 8 § 4. l. 26. l. 32 D. 46, 2, und dazu Salkowski S. 344 fg. Novation einer von mehreren Correalobligationen; s. § 295 [5]. Vgl. überhaupt Salkowski S. 280—281, Danz (Note [3 a. E.]) S. 63 fg. 96 fg.

[11] S. § 354 [1].

[12] Wenn die Novation im Resultate Umwandlung ist, so können die Parteien heutzutage dieses Resultat auf geradem Wege erreichen, sie bedürfen nicht des Umwegs der Aufhebung und Neuschaffung. Den Römern war der Umwandlungsvertrag (§ 338 [3]) durch das Formerforderniß verschlossen. Soll die Person des Gläubigers gewechselt werden, so ist ein Vertrag (zwischen Gläubiger und Schuldner) nicht einmal nöthig; die bloße Forderungsübertragung (Cession) leistet Alles, was begehrt wird. Außerdem kommt bereits nach r. R. die in solutum datio ([2]) und das constitutum debiti (§ 284 [11]) in Betracht. Vgl. hierzu Regelsberger kr. VJS. XXVIII S. 392 fg., Unger Schuldübernahme (Wien 1889) S. 9, Ryk Lehre von den Schuldverhältnissen S. 482 fg. Der Entwurf eines deutschen bürgerlichen Gesetzbuchs hat die Novation nicht aufgenommen.

Digitized by Google

das neue Versprechen des Schuldners an seinen Gläubiger nichtig oder anfechtbar, so ist nicht § 365 anzuwenden (dieser hat nur Hingabe einer Forderung gegen einen Dritten im Auge), sondern es gestaltet sich die Sachlage m. E. so: Ist in einem und demselben Rechtsgeschäft die Aufhebung der alten Schuld gegen das gleichzeitig gegebene neue Versprechen vereinbart, so ist, wenn letzteres nichtig oder durch Anfechtung vernichtet ist, gemäß § 139 im Zweifel auch die Aufhebung der alten Schuld nichtig, jene besteht also fort. Sollte der Gläubiger die alte Forderung erlassen haben gegen die Verpflichtung des Gläubigers, ein neues Versprechen, insbesondere ein Schuldversprechen im Sinne des § 780 zu leisten, und wird dieses nicht oder mangelhaft geleistet, so kann der Gläubiger auf Leistung eines mangelfreien neuen Versprechens klagen. Hat der Schuldner sich nicht zur Ertheilung des neuen Versprechens verpflichtet, sondern war nur der Zweck des Schulderlasses in der Weise bestimmt, daß dafür ein neues Versprechen erzielt werden sollte, so kann der Gläubiger, wenn dieser Erfolg nicht (mangelfrei) eintritt, die Aufhebung des Erlaßvertrages gemäß § 812 Abs. 1 verlangen. Diesen Anspruch wird er auch, wenn er aus der alten Schuld klagt, der Einwendung des Erlasses im Wege der Replik entgegensetzen können (nur nicht mehr, wenn der Anspruch auf Aufhebung des Erlaßvertrages verjährt ist; denn § 821 deckt diesen Fall nicht).

Für den Fall, daß ein neuer Gläubiger eintritt, liegt entweder Abtretung der Forderung (mit hinzutretendem Erfüllungsversprechen des Schuldners an den Cessionar) vor oder eine Anweisung auf Schuld (787). Bei dem Eintritt eines neuen Schuldners liegt entweder Schuldübernahme vor oder Hingabe eines neuen Versprechens an Erfüllungsstatt durch einen Dritten (vgl. 267), oder eine Anweisung, bei welcher das Valutaverhältniß darin besteht, daß der Anweisende dem Anweisungsempfänger auf dessen Forderung eine Leistung machen will (788); vgl. unt. zu § 412. — S. Stammler Schuldverhältnisse S. 231 fg., Endemann Lehrb. I § 142, Matthiaß Lehrb. I § 96.]

b. Voraussetzungen.

§ 354.

Die Voraussetzungen der Novation sind im Allgemeinen bereits angegeben worden: Begründung eines Forderungsrechts in der Absicht, dadurch ein anderes bestehendes zu ersetzen.

1. Begründung eines Forderungsrechts. Dieselbe erfolgt durch Vertrag; einer Form bedarf dieser Vertrag nach heutigem Rechte so wenig, wie ein anderer Vertrag[1]. Abgeschlossen wird derselbe

[1] Nach r. R. war Stipulation erforderlich (l. 1 § 1 D. 46, 2 „novari verbis"). Da wir heutzutage keine Stipulation mehr haben, so hat man gefragt, ob damit nicht die ganze Novation weggefallen sei. Man hat diese Frage aufgeworfen auf Grund der Auffassung, daß der heutige formlose Vertrag der römischen Stipulation nicht entspreche, weil die letztere s. g. Formalcontract gewesen sei, was jener nicht sei; d. h. weil die Stipulation zu ihrer Gültigkeit § 354.

Digitized by Google

entweder von dem novirenden Gläubiger selbst, mit dem alten oder mit einem neuen Schuldner, oder von einem Dritten, der sich auf Geheiß des novirenden Gläubigers zum Gläubiger des alten Schuldners macht[2]. Daß das durch den Novationsvertrag begründete Forderungs-

---

keiner materiellen causa bedurft habe, während der formlose Vertrag eine solche nicht entbehren könne (§ 318, 2, § 319). Auf Grund dieser Auffassung leugnet namentlich Gneist a. a. O. S. 229 die Geltung der Novation für das heutige R. unbedingt; ebenso Förster-Eccius Preuß. Privatr. I § 97, s. auch die das. Anm. 1 Citirten, neuerdings Adickes zur Lehre von den Bedingungen (1876) S. 140 fg. Andere, wie Keller Pand. S. 537. 538, Baron Gesammtverhältnisse S. 384, beschränken die Geltung der Novation auf diejenigen Verträge, welche sie auch für das heutige R. als Formalcontracte anerkennen, wie z. B. den Wechselvertrag. Umgekehrt schließt Bähr a. a. O. aus der unbedingten Geltung, in welcher die Novation als praktisches Institut stehe, daß auch der heutige formlose Vertrag die Fähigkeit habe, Formalcontract zu sein. Für diese Fähigkeit des heutigen formlosen Vertrages habe auch ich mich oben (§ 318, 2) ausgesprochen. Ueberdieß ist in erster Linie festzuhalten, daß der Novationsvertrag nicht nothwendig reiner Vertrag (Formalcontract) ist; es hindert nichts, die Aufhebung der bestehenden Obligation als Bestimmungsgrund in denselben aufzunehmen, und ihn dadurch zu einem materiell individualisirten Vertrag zu machen. Vgl. die folgende Note. Aus diesem Grunde nimmt Karlowa Rgeschäft S. 260 fg. die Zulässigkeit der Novation durch formlosen Vertrag an. Noch weiter geht — gewiß mit Unrecht — v. Salpius § 77, indem er in dem Novationsvertrag schon dann einen materiellen Vertrag sieht, wenn derselbe nur den Inhalt der Leistung der neu zu begründenden Obligation aus dem Inhalt der Leistung der bestehenden bestimmt, und daraus, indem er nämlich annimmt, daß es bereits im Justinianischen R. nur einen Novationsvertrag dieser letzteren Art gebe (§ 355 [1a]), die Geltung der Novation für das heutige R. deducirt. — S. auch Witte VI S. 42 fg. VIII S. 339 fg., Brinz 2. Aufl. II S. 384.

[2] L. 20 pr. D. 46, 2 „Novare possumus aut ipsi . . aut per alios, qui voluntate nostra stipulantur". Vgl. l. 8 § 5 i. f. D. 46, 2. l. 4 C. 8, 41 [42]. — Welches ist der Bestimmungsgrund (die causa) des novirenden Vertrages? Man wird auf diese Frage keine einfache Antwort dürfen geben wollen. Für den Gläubiger und den Schuldner in der alten Obligation ist der Bestimmungsgrund kein anderer, als Ersatz ihrer Forderung bez. Schuld durch eine andere. Dagegen werden der neu eintretende Gläubiger und der neu eintretende Schuldner zu dem Vertragsabschluß durch ihr Verhältniß zu dem Gläubiger bez. Schuldner in der alten Obligation bestimmt, und danach kann ihr Bestimmungsgrund von der verschiedensten Art sein. Von der andern Seite ist es aber auch möglich, daß der mit ihnen contrahirende Schuldner bez. Gläubiger in der alten Obligation im Contrahiren seinen Bestimmungsgrund, Aufhebung der bestehenden Obligation, darlegt, und sie darauf hin ihn zum Schuldner bez. Gläubiger annehmen. Dann acceptiren sie seinen Bestimmungsgrund, und so ist auch für sie der Bestimmungsgrund zum Vertrag die Aufhebung der bestehenden Obligation, und der aus ihrem Verhältniß zum alten Gläubiger bez. Schuldner entnommene Grund wird zum Grund des Grundes. Daß der Novationsvertrag seine causa in der Novationsabsicht habe, lehren ohne Beschränkung Kuntze S. 253. 254, Sintenis S. 448 in der Note, Bruns

Digitized by Google

recht ein klagbares sei, ist an und für sich nicht erforderlich[3]; jedoch kann von den im heutigen gemeinen Recht anerkannten Fällen der klaglosen Forderungsrechte hier nur der in Betracht kommen, wo ein Geschlechtsunreifer ohne Beitritt des Vormundes sich verbindlich macht[4]. Selbst das hindert die Novationswirkung nicht, daß das

ZS. f. RGesch. I S. 116, Römer § 27, Hruza S. 88 fg. — mit Beschränkung (jedoch anders als hier) Schlesinger S. 118 fg., Kniep S. 127 fg., Karlowa Rgeschäft S. 235 fg. 260. Nach v. Salpius § 77 ist der Bestimmungsgrund des Novationsvertrages, wenn kein Wechsel der Personen stattfindet, die Absicht, dem Gläubiger ein neues Obligationsfundament zu verschaffen („Agnition"), obgleich v. Salpius doch selbst lehrt, daß diese Absicht auch durch accessorischen Vertrag realisirt werden könne. — Jedenfalls geht aus dem Gesagten hervor, daß, sobald der Novationsvertrag aufhört, reiner Vertrag zu sein, d. h. sobald er seinen Bestimmungsgrund mit in sich hineinnimmt, dieser Bestimmungsgrund kein anderer sein kann, als die Aufhebung der bestehenden Obligation. Es ist daher schwer zu begreifen, wie man die Frage hat aufwerfen können, ob nicht durch Novation eine Obligation auch in eine andere materiell charakterisirte verwandelt werden könne, z. B. eine Kaufobligation in eine Darlehnsobligation. Wenn ein Gläubiger mit seinem Schuldner ausmacht, daß derselbe, was er ihm aus irgend einem andern Grunde schuldig ist, als Darlehn behalten solle, so liegt hier im Sinne der Parteien: 1) entweder ein wirkliches Darlehn vor mit vorausgehender wirklicher Zahlung, wobei nur das Hin- und Herzahlen erspart wird (l. 15 D. 12, 1, — l. 6 C. 4, 2 hält entweder einen früheren Entwickelungsstandpunkt fest [vgl. § 370 [11]], oder ist von einem Fall zu verstehen, wo die Parteien ein wirkliches Darlehn nicht gemeint haben); oder 2) der Schuldner bekennt sich zum Darlehnsschuldner lediglich in dem Sinne, um sich zum Schuldner überhaupt zu machen; er verspricht, obgleich er ein Darlehn nicht empfangen hat, sich behandeln zu lassen, als habe er ein Darlehn empfangen (vgl. § 364 [3]). Dann kommt eine Novation zu Stande; aber der Schuldner ist eben nicht Darlehnsschuldner. Vgl. hierzu Sintenis S. 460, Bähr Jahrb. für Dogm. II S. 425 fg. und Anerkennung § 62a, Römer a. a. O. S. 6 fg., v. Salpius S. 331 fg., Salkowski S. 54 fg., H. Witte VI S. 45, Bruns in v. Holtz. Encycl. I § 66 Nr. 3. c, Bekker Aktionen II S. 255, Hruza S. 88 fg. Sf. I. 335, IV. 149, V. 127, XIII. 17, XVII. 236, XXVIII. 20, auch XIV. 92 [XLIX. 158]. Sintenis a. a. O. behandelt den Fall, wo durch Auflösung einer bestehenden Obligation eine andere materiell charakterisirte begründet wird, und die Novation als zwei verschiedene Zweige eines und desselben Institutes (jene unter dem Namen „Schuldverwandlung", diese unter dem Namen „Schuldneuerung").

[3] L. 1 § 1 D. 46, 2. — „dummodo sequens obligatio aut civiliter teneat aut naturaliter". — v. Salpius S. 147 fg. führt aus, im älteren R. sei Begründung eines Forderungsr. überhaupt nicht Voraussetzung der Novation gewesen; die Stipulation als solche, wenn nur formell gültig, habe novirt. Dagegen Witte VIII S. 323 fg., Salkowski S. 421—422 Anm. Vgl. die folgende Note.

[4] L. 1 § 1 cit. fährt fort: — „ut puta si pupillus sine tutoris auctoritate promiserit". — Gai. III, 176 stellt diesem Fall gleich den Fall des Versprechens einer Frau ohne tutoris auctoritas, aber auch den Fall des Ver-

Digitized by Google

durch den Vertrag begründete Forderungsrecht anfechtbar ist[5]. Es hat aber in beiden Fällen, sowohl im Falle der Klaglosigkeit als im Falle der Anfechtbarkeit des neuen Forderungsrechts, der Gläubiger in dem alten Forderungsrecht, welcher die Mängel des neuen nicht gekannt hat, einen Anspruch gegen den befreiten Schuldner auf Rückgabe des verlorenen Forderungsrechts[6]; es kann auch sein, daß ihm das verlorene Forderungsrecht ohne Weiteres zurückgegeben wird[7]. Daß das neue Forderungsrecht ein befristetes ist, hemmt die Novationswirkung nicht[8], wohl eine demselben hinzugefügte Bedingung[9]; jedoch bewirkt auch ein bedingtes Forderungsrecht, daß die alte Forderung einstweilen nicht geltend gemacht werden kann[10]. — Ist

---

sprechens post mortem (§ 316 [8]). Dagegen spricht er auffallenderweise dem Versprechen eines Sclaven die novirende Kraft ab (vgl. übrigens auch Gai. III, 179); ebenso § 3 I. 3, 29, l. 30 § 1 D. 2, 14. Theophilus zu der genannten Institutionenstelle erklärt dieß daraus, daß zur Novation nicht bloß eine naturalis obligatio erforderlich sei, sondern auch eine Person: „ἀπρόσωπος δὲ παρὰ τοῖς νόμοις ὁ δοῦλος“. Vgl. außerdem Schwanert Naturaloblig. S. 293 fg., Bähr § 12 [10], Girtanner S. 293 fg., Römer S. 105, v. Salpius S. 147—151, Salkowski S. 426 fg., Karlowa Rgeschäft S. 118 fg., Brinz 2. Aufl. II S. 370.

[5] S. die Stellen der Note [7]; ferner l. 91 i. f. D. 46, 3. (Die doli mali praescriptio dieser Stelle steht der neuen Obligation entgegen, nicht der alten. Vgl. v. Salpius S. 150.)

[6] Vielleicht auch, nach Lage der Umstände, auf Verschaffen eines besseren Forderungsr. Aber jedenfalls kann er geltend machen, daß die Voraussetzung ermangelt sei, unter welcher er sein Forderungsr. hingegeben habe. Vgl. l. 8 § 8 D. 16, 1 (welche Stelle übrigens nicht von einem Novationsfall handelt): — „potest ei condici, quasi non dedisset (sc. expromissorem); quid enim interest, non det, an talem det?“

[7] So wenn eine durch den Vellejanischen Senatsbeschluß geschützte Frau als neue Schuldnerin eintritt. S. (u. a.) l. 8 § 11. l. 14. l. 32 § 5 D. 16, 1; l. 16 C. 4, 29. Ferner erstreckt sich die dem neu eintretenden Schuldner ertheilte Wiedereinsetzung i. d. v. St. auch auf die Wiederherstellung des verlorenen Forderungsr., l. 50 D. 4, 4. Vgl. I § 120 [17].

[8] L. 8 § 1 D. 46, 2: — „qui in diem stipulatur, statim novat . . . cum certum sit, diem quandoque venturum“ (vgl. I § 96 [4]). L. 5 eod.: — „constat, et stipulatione in diem facta novationem contingere, sed non statim ex ea stipulatione agi posse, antequam dies venerit“.

[9] L. 8 § 1 cit. fährt fort: „at qui sub condicione stipulatur, non statim novat, nisi condicio exstiterit“. L. 14 pr. l. 24 eod. — S. über die bedingte Novation die oben bei * citirten Schriften von Kniep und Römer; ferner Salkowski S. 437 fg., Hruza S. 131 fg.

[10] Bis die Bedingung des Novationsvertrages ausgefallen ist. Was der bedingte Novationsvertrag schafft, ist nicht hinreichend, um die bestehende Obligation aufzuheben, aber es ist hinreichend, um sie in ihrer Wirksamkeit zu hemmen (I § 89). Wenigstens ist dieß das Resultat, zu welchem das r. R. ge-

Digitized by Google

die Absicht der Parteien darauf gerichtet, daß durch den neu abzuschließenden Vertrag das bestehende Forderungsrecht unter allen Umständen aufgehoben werden solle, so liegt für den Fall, wo derselbe ein Forderungsrecht nicht erzeugt, ein Erlaßvertrag vor[11].

2. Absicht des Gläubigers, daß durch das neu zu begründende Forderungsrecht das bestehende aufgehoben werden solle[12]. Diese

langt ist; in der Entwickelung desselben sind aber beide extreme Meinungen vertreten, sowohl die, daß die bedingte Novation die bestehende Obligation sofort aufhebe, als die andere, daß sie gar nicht wirke. Vgl. Gai. III, 179, l. 36 D. 12, 1, l. 80. 83 D. 23, 3, l. 60 § 1 D. 12, 6. — Der Satz, daß die bedingte Novation die alte Obligation in ihrer Wirksamkeit hemme, wird vielfach so ausgedrückt: die bedingte Novation mache die alte Obligation selbst zu einer bedingten, drücke ihr als Bedingung das Gegentheil ihrer eigenen Bedingung auf. Gegen diese Formulirung hat sich Römer a. a. O. S. 85 fg. erklärt, ebenso Vangerow a. a. O. S. 371; für dieselbe wieder Salkowski S. 441 fg. Gegen die bezeichnete Formulirung spricht, daß, wenn die alte Obligation zu einer bedingten gemacht würde, sie aufgehoben wäre, während doch die Novationsobligation selbst noch nicht existirt. Wenn hierauf Salkowski entgegnet: die alte Obligation sei jedenfalls bedingt aufgehoben, eine bedingt aufgehobene Obligation aber sei eine bedingt existirende, und überhaupt die Resolutivbedingung von der umgekehrten Suspensivbedingung nicht zu unterscheiden, so bedarf dieses, gelinde ausgedrückt, näherer Begründung. Andererseits spricht für die bezeichnete Formulirung weniger zwar der Wortlaut der eben angeführten Stellen, in welchen immerhin eine leicht erklärliche Ungenauigkeit des Ausdrucks angenommen werden kann, als die Analogie der l. 10 pr. D. 34, 4 (vgl. l. 7 eod., l. 107 D. 35, 1, l. 6 pr. D. 36, 2), obgleich doch auch, was dieses letztere Argument angeht, die Einheit des Testamentes in Betracht kommt. Vgl. noch Scheurl Beiträge II. 2 S. 134 fg., Dernburg II § 60 [2], Enneccerus Rgeschäft, Bedingung und Anfangstermin S. 523 fg. — Im Besonderen über den Einfluß der bedingten Novation auf den Verzug in der alten Schuld s. § 281 [7]. — Ueber Novation unter einer auflösenden Bedingung s. Römer a. a. O. § 26, Czyhlarz Resolutivbedingung S. 78 fg.

[11] Vgl. l. 30 § 1. 2 D. 2, 14, Gai. III, 179. Römer § 11 und S. 104 fg., v. Salpius S. 157—159, Wendt die Lehre vom bedingten Rgeschäft S. 77 fg. Budde Entsch. des OAG. zu Rostock VII Nr. 36.

[12] Die Quellen sprechen von animus novandi. — v. Salpius S. 131 fg. hat auszuführen gesucht, daß im älteren R. (bis zur Zeit des Papinian) eine Stipulation, welche den materiellen Gehalt einer bestehenden Obligation in sich aufgenommen habe, die Obligation novirt habe ohne allen *animus novandi*. v. Salpius hat sich durch die Analogie der processualischen Consumtion täuschen lassen. Wie das iudicium, welches den materiellen Gehalt der Obligation in sich aufnimmt, dieselbe consumirt, so, schließt er, auch die Stipulation, welche das Gleiche thut. Aber für die Consumtionswirkung des iudicium läßt sich ein sehr triftiger Grund anführen, für die Consumtionswirkung der Stipulation absolut keiner. Wie sich der Verf. an den gegen ihn sprechenden Quellenzeugnissen vorbeizuwinden sucht, muß man bei ihm selbst nachlesen. S. auch Witte VIII S. 322 fg., Salkowski S. 154 fg., Karsten die Bedeutung der Form im Obligationenr. S. 96 fg., Brinz 2. Aufl. II S. 386, Hruza S. 8 [11];

Digitized by Google

Absicht wird nicht vermuthet; sie muß von demjenigen, welcher sich auf dieselbe beruft, bewiesen werden[13]. Dagegen bedarf ihre Erklärung keiner bestimmten Form[14]; und auch das ist nicht nöthig, daß die Absicht ausdrücklich erklärt werde[15]. Die sonstigen Erfordernisse der

andererseits Dernburg Preuß. Privatr. II § 62 [2], Pand. II § 60 [6]. — Die Polemik Salkowski's gegen v. Salpius bezieht sich übrigens nur auf Detailpunkte; seine Grundauffassung ist die gleiche. Auch er nimmt nämlich an (S. 224 fg.), daß im älteren Re gewisse Stipulationsformen (Stipulationen mit formeller Bezeichnung der versprochenen Leistung als einer verschuldeten) eine Novation herbeigeführt hätten ohne einen den Stipulationsact begleitenden animus liberandi (Salkowski setzt freilich hinzu, in diesen Stipulationsformen habe der animus novandi „seinen untrüglichen Ausdruck" gefunden [S. 225]), und daß das Erforderniß des animus novandi erst später von anderen Stipulationsformen, denen man jene formale Consumtionskraft nicht zugeschrieben habe, auf jene ersteren übertragen worden sei. S. dagegen Witte IX S. 487. 495 fg. — Auf dem Salpius'schen Standpunkt steht auch die Darstellung von P. Gide (§ 353 Note *). [Ebenso Karlowa r. Rgesch. II S. 740 fg., aber nur für eine frühe, vor der classischen liegende Zeit. S. noch Wendt Anweisungsr. S. 220 fg.]

[13] Die classischen römischen Juristen knüpften an eine Reihe von Fällen eine Rvermuthung zu Gunsten der Novationsabsicht an. Diese Vermuthungen hat Justinian in l. 8 C. 8, 41 [42] aufgehoben. Vgl. Gai. III, 177. 178, § 3 I. 3, 29.

[14] Etwa des Gebrauchs des Wortes „Novation". Vgl. l. 17 D. 46, 2 „Delegare scriptura vel nutu, ubi fari non potest, debitorem suum quis potest".

[15] Dieß ist ein sehr streitiger Punkt, und einer von den vielen leidigen Punkten in unserer Disciplin, über die voraussichtlich nie eine Einigung der Meinungen wird erzielt werden. Es handelt sich um die Auslegung der l. 8 C. 8, 41 [42]. Die im Text vertretene Ansicht beruht auf folgenden Erwägungen. a) Ausgesprochenermaßen war es Justinian's Absicht, durch die gedachte Verfügung die von den alten Juristen zu Gunsten der Novation aufgestellten Rvermuthungen zu beseitigen. Zur Erreichung dieser Absicht war es nicht erforderlich, hinzuzufügen, daß eine Novation auch bei stillschweigender Willenserklärung nicht solle angenommen werden dürfen. b) Hiermit stimmen vollkommen überein die Worte, in welchen Justinian die eigentliche Meinung seines Gesetzes zusammenfaßt. „Et generaliter definimus, *voluntate* solum esse, non lege novandum". Es sei nicht nothwendig, sich gegen die Annahme einer Novationsabsicht ausdrücklich zu verwahren; nicht die Novationsabsicht verstehe sich von selbst, sondern das Gegentheil: „hoc enim naturalibus (*scr.* naturaliter) inesse rebus volumus et non verbis extrinsecus supervenire". c) Dagegen paßt dazu schlecht der mittlere Theil der Stelle: es sei keine Novation anzunehmen, „nisi ipsi specialiter remiserint quidem priorem obligationem, et hoc expresserint, quod secundam magis pro anterioribus elegerint". Diese Worte von der Willenserklärung überhaupt gegenüber der Rvorschrift, und nicht von der ausdrücklichen Willenserklärung zu verstehen, ist, wie nicht geleugnet werden kann, gezwungen. Jedoch ist es andererseits nicht unmöglich, vgl. l. 77 § 3 D. 35, 1: „quocunque *indicio* voluntatis cautio . . remitti potest", ferner die bei

Digitized by Google

Gültigkeit der Novationserklärung bestimmen sich nach den gewöhnlichen Regeln. Namentlich ist für dieselbe Handlungsfähigkeit des Gläubigers erforderlich[16], wie sie andererseits auch von einem Nicht-

Röver ZS. f. RGesch. XI S. 212 fg. 217 fg. genannten Stellen, denen hinzugefügt sein mögen l. 7 § 1 D. 15, 1 (II § 518 [5]), l. 19 [18] pr. D. 36, 1 (III § 647 [15]). Vgl. auch Leonhard Irrthum S. 193. 206 fg. d) Bei diesem Widerstreit der Erwägungen muß, wie ich glaube, den Ausschlag geben, daß in den Pandekten noch überall das alte R. vorgetragen wird: die Novation trete ein, wenn sie beabsichtigt sei („si hoc actum est", vgl. l. 6 § 1 D. 18, 1: „in emtis . . et venditis potius id quod actum est, quam id quod dictum sit, sequendum est"). L. 2. l. 6 pr. l. 8 § 1. 2. 3. 5. l. 26 D. 46, 2. l. 29. l. 31 § 1 D. 46, 2. (In den beiden letzten Stellen wird ein *specialiter* id actum esse verlangt; specialiter: besonders, gerade das. Vgl. l. 9 [10] pr. D. 3, 5. Liegt hier, wie häufig angenommen wird, eine Interpolation aus l. 8 C. 8, 41 [42] vor, so ist damit ein direkter Beweis für die hier vertretene Auslegung dieser Stelle erbracht: warum hat man sonst nicht sogleich interpolirt: specialiter *expressum*?) Ganz die gleiche Auffassung, wie in den Pandekten, findet sich in den Institutionen (§ 3 I. 3, 29) und bei Theophilus zu dieser Stelle. — Vgl. für die hier vertretene Ansicht namentlich v. Löhr im Magazin f. RW. und Gesetzgeb. IV S. 27—34 (1820), Fein a. a. O. S. 28—34, und was das heutige R. angeht Röver ZS. f. RGesch. XI S. 187—221 (1873); für die entgegengesetzte Ansicht Hepp ACPra. XV S. 246 fg. (1832), Sintenis ZS. f. CR. u. Pr. IX S. 135 fg. (1836) und Lehrb. II S. 455 [25], und besonders Grotefend ZS. f. CR. und Pr. N. F. XII S. 272 fg. (1855), auch Salkowski S. 259 fg., Brinz 2. Aufl. II S. 387, Dernburg II § 60 [7]. Weitere Literaturangaben bei Fein (a. a. O.), Vangerow III § 619, Holzschuher III § 248 Nr. 1. v. Salpius S. 261 fg., welcher ebenfalls keine ausdrückliche Erklärung der Novationsabsicht für nöthig hält, bezieht die justinianische Verordnung auf die Aufhebung der novirenden Kraft der alten ohne animus novandi wirkenden Stipulationsformeln ([12]). Die neuere Praxis schwankt, wie die Doktrin. Für die hier vertretene Ansicht: Sf. VI. 175. 262, XX. 123, XXII. 223, XXXII. 220, RG. XIV S. 210; dawider Sf. IV. 106 (S. 182), VII. 167; vermittelnd das. XIII. 17. S. noch VIII. 159, XII. 144. — Ueber die specielle Frage, ob oder wann anzunehmen sei, daß in der Ausstellung, Indossirung oder Acceptation eines Wechsels eine Novation liege, s. namentlich Kuntze Wechselr. S. 72—84 und die daselbst Citirten, ferner die § 353 * citirte Schrift von Schauberg, die in ihrem größeren Theil gerade diese Frage behandelt, Goldschmidt Handelsr. I S. 1223, neuestens die Schrift von Hellmann: die novatorischen Funktionen der Wechselbegebung, München 1874. Sf. II. 88. 89, VIII. 288, IX. 63, XI. 275, XVI. 207, XXI. 118. 229, XXII. 33, XXIV. 235, XXVI. 23, XXVIII. 123. 207, XXXII. 126, XXXIII. 14. 296, XXXV. 199, XLI. 179, XLIII. 179, XLV. 83. — Kann auch in der Abrechnung möglicherweise eine Novation liegen? Gewiß was den Saldo angeht; aber die in Berechnung gezogenen Forderungen sind aufgehoben durch Compensationsvertrag oder Zahlung. Ich weiß nicht, ob diese Unterscheidung immer gehörig festgehalten wird. Vgl. Regelsberger ACPra. XLVII S. 173 fg., Grünh. in seiner ZS. III S. 521 fg., Unger Jahrb. f. Dogm. VIII S. 218 [43]. Sf. XXVII. 14.

[16] L. 20 § 1 D. 46, 2. „Pupillus sine tutoris auctoritate non potest novare . . ". L. 3. l. 9 pr. eod., l. 15 D. 46, 3.

Digitized by Google

gläubiger, wenn dieser zur Vertretung des Gläubigers befugt ist[17] oder der Gläubiger seine Genehmigung ertheilt[18], mit Gültigkeit abgegeben werden kann[19]. — Einwilligung des durch die Novation befreiten Schuldners ist nicht erforderlich[20].

c. Die begründende Seite der Novation.

§ 355.

Faßt man die begründende Seite der Novation ins Auge, so entsteht die Frage, ob der Novationsvertrag in gleicher Weise, wie er ein Forderungsrecht nur dann aufhebt, wenn er ein neues begründet, so auch ein neues nur dann begründet, wenn er ein bestehendes aufhebt. Diese Frage ist unbedingt für den Fall zu bejahen, wo der Novationsvertrag die Novationsabsicht als bestimmend für seinen Inhalt in sich aufgenommen, und sich dadurch zu einem individuell charakterisirten Vertrag erhoben hat[1]. Thut der Novationsvertrag dieß nicht, so ist weiter zu unterscheiden[1a].

---

[17] L. 20 § 1 cit. ([16]) fährt fort: — „tutor potest, si hoc pupillo expediat, item procurator omnium bonorum". L. 34 § 1 D. 46, 2.

[18] Vorher oder nachher. L. 22 D. 46, 2. In der Anweisung an den Schuldner oder der dem Schuldner eingeräumten Befugniß, an einen Dritten zu leisten, liegt die Verleihung der Novationsbefugniß an diesen Dritten nicht. L. 21. l. 10 D. 46, 2.

[19] Die Regel der l. 10 D. 46, 2. „Cui recte solvitur, is etiam novare potest" ist auch abgesehen von der in der Stelle selbst für den solutionis causa adiectus gemachten Ausnahme nicht durchgreifend; s. l. 21. 25 D. 46, 2, l. 16 l. 34 pr. eod., l. 4 C. 8, 41 [42], l. 27 pr. D. 2, 14.

[20] L. 8 § 5 i. f. D. 46, 2, l. 91 D. 46, 3.

§ 355. [1] Insoweit Jemand nach heutigem R. es für nöthig hält, daß der Novationsvertrag dieß thue, ist für ihn mit dem aufgestellten Satz die aufgeworfene Frage erledigt. Vgl. Schlesinger a. a. O. namentlich S. 119, Sintenis S. 451.

[1a] Die erste der im Folgenden bezeichneten Möglichkeiten beachtet nicht Bähr Anerkennung § 12, II [s. aber das. [14]], die zweite nicht Girtanner Stipul. S. 233—239. Geleugnet wird die zweite: ganz von Salkowski S. 95 fg., Karlowa Rgeschäft S. 234 fg., für das r. R. von Dernburg II § 59 [9], für das heutige und Justinianische R. von v. Salpius (s. namentlich § 53. 69. 77. 78, vgl. auch S. 466. 467). S. dagegen Witte VIII S. 337 fg. IX S. 495 fg., Hruza S. 83 [1]. Schauberg S. 198 findet es unbegreiflich, wie man die zweite Möglichkeit behaupten könne, und lehrt in demselben Athem, daß die Bezugnahme des Novationsvertrags auf das aufzuhebende Forderungsr. keine ausdrückliche zu sein brauche. Danz (§ 353 [3b]) läßt es dahin gestellt sein, ob eine Novation der zweiten Art in den Quellen bezeugt sei, legt jedenfalls seinen Auslegungen die Annahme zu Grunde, daß die auszulegende Stelle von einer Novation der ersten Art handele. Umgekehrt ist Regelsberger kr. VJS. XXVIII S. 388 der Ansicht, daß die Novation der zweiten Art bei den Römern

Digitized by Google

1. Der Novationsvertrag enthält, wenn auch nicht die Erklärung der Absicht, ein bestehendes Forderungsrecht aufzuheben, doch die Beziehung auf ein bestehendes Forderungsrecht[2] — entweder in der Weise, daß er den Inhalt der Leistung des neu zu begründenden Forderungsrechts geradezu bestimmt durch Verweisung auf den Inhalt der Leistung, welche den Gegenstand eines bestehenden bildet[2a], oder in der Weise, daß er die Leistung, welche jetzt versprochen wird, als eine aus einem bestehenden Forderungsrecht verschuldete bezeichnet[2b]. In diesen beiden Fällen[2c] erzeugt der Novationsvertrag ein Forderungsrecht nur dann, wenn er ein bestehendes vorfindet[3]. Findet er ein

---

die Regel gebildet habe. Gegen Beides Eisele die actio utilis des Cessionars S. 32, Unger Jahrb. f. Dogm. XXVI S. 400 fg. Bei Danz rächt sich hier die § 353 [9] bezeichnete Einseitigkeit seiner Auffassung der Delegation. Wenn der vermeintliche Gläubiger den vermeintlichen Schuldner z. B. zum Zweck der Bestellung einer Dos delegirt, so kann die Delegationsstipulation, wenn sie auf ein Schuldverhältniß Bezug nehmen soll, nur auf das nicht bestehende Schuldverhältniß Rücksicht nehmen, und s. l. 9 § 1 D. 12, 4, l. 78 § 5 D. 23, 3, l. 4 § 21 D. 44, 4. — Vgl. im Uebrigen Römer R. 25—40, v. Salpius S. 274 fg., Salkowski S. 382 fg.

[2] Indem er im Uebrigen unbestimmt läßt, ob er eine Aufhebung oder eine Bestärkung desselben beabsichtigt. Vgl. zum Folgenden: Liebe S. 282 fg., Gneist S. 150 fg., v. Salpius S. 163 fg., Salkowski S. 96 fg., Vangerow a. a. O. Anm. 1 Nr. 1.

[2a] Vgl. z. B. l. 26. 27. 32. 34 § 2 D. 46, 2, l. 75 § 6 D. 45, 1, l. 72 § 3 D. 46, 3, l. 18 § 1 D. 46, 4.

[2b] L. 8 § 4 D. 46, 2 („decem quae mihi Titius debet").

[2c] Für dieselbe hat sich die Bezeichnung titulirte Novation eingebürgert.

[3] In diesem Sinne wird es in l. 1 § 1 D. 46, 2 für gleichgültig erklärt „qualis processit obligatio", also nicht für gleichgültig, ob überhaupt eine vorhergegangen ist. Wenn sodann in l. 8 § 1 und l. 14 § 1 D. 46, 2 gelehrt wird, daß die Novation einer bedingten Obligation erst mit Eintritt der Bedingung Novationswirkung habe, so ist es zwar nicht vollkommen sicher, daß damit dem Novationsvertrag auch die begründende Kraft bis zu jener Zeit abgesprochen sein solle; daß er sie aber in der That vor Eintritt der Bedingung nicht hat, ist nach l. 21 D. 46, 4 nicht zu bezweifeln. S. auch Note [15]. Vgl. Römer S. 33—36, Salkowski S. 408—415, Enneccerus Rgeschäft, Bedingung und Anfangstermin S. 561 fg., Sf. XXXV. 113. — Für den zweiten der oben bezeichneten Fälle ist es nicht unbestritten, daß in demselben der Inhalt der aufzuhebenden Obligation maßgebend sei für den Inhalt der neu zu begründenden. S. Römer S. 37. 38, und vgl. auch Witte X S. 498—499; gegen dieselben Vangerow Anm. 1 Nr. 1; jetzt wieder Römer Abhandlungen I S. 4 fg., ferner Regelsberger kr. VJS. XXI S. 285, andererseits Karlowa Rgeschäft S. 230 fg. Hruza S. 97 fg. behauptet selbst für den ersten Fall, daß der Novationsvertrag ein Forderungsr. erzeuge. — Geht in dem zweiten der bezeichneten Fälle das Novationsversprechen von dem alten Schuldner aus, so befreit die darin liegende Anerkennung vom Beweise; doch ist auch dieß nicht unbestritten. Vgl. v. Salpius

Digitized by Google

bestehendes Forderungsrecht vor, ermangelt aber der aufhebenden Kraft[4], so erzeugt er zwar ein Forderungsrecht, aber wenn in dem Novationsvertrag die Aufhebungsabsicht erkennbar hervorgetreten ist (§ 354 Note 2), so kann dasselbe angegriffen werden nach dem Recht der Voraussetzung (I § 97 fg.)[5].

2. Nimmt der Novationsvertrag in der hier bezeichneten Weise auf das aufzuhebende Forderungsrecht keine Rücksicht[5a], so erzeugt er ein Forderungsrecht unter allen Umständen, und der Mangel der aufhebenden Wirkung kann gegen ihn nur nach dem Recht der Voraussetzung geltend gemacht werden[6]. Dabei erheben sich specielle Fragen. a) Kann, wenn ein neuer Gläubiger eintritt, der Schuldner auch diesem gegenüber die Voraussetzung seines Versprechens (Aufhebung der alten Schuld) geltend machen?[7]. Gewiß, wenn beim Versprechen des Schuldners in einer dem Gläubiger erkennbaren Weise hervorgetreten ist, daß er nur unter dieser Voraussetzung verspreche; wenn dieß nicht der Fall ist, nach allgemeinen Grundsätzen nicht[8], und nur nach der positiven Bestimmung des römischen Rechts

---

S. 283, Salkowski S. 387; gegen dieselben Witte VIII S. 199 fg. IX S. 498 fg. Danz (353 [3b]) S. 17 glaubt, mit dem Gesagten erkenne ich eine Sondernachfolge in die Obligation an! Eine Sondernachfolge in seinem, nicht in meinem Sinn.

[4] Z. B. wegen Handlungsunfähigkeit des novirenden Gläubigers. Vgl. l. 9 pr. l. 16 D. 46, 2, welche Stellen übrigens den hier behandelten Fall nicht voraussetzen.

[5] Die in der vorigen Note genannten Stellen nehmen offenbar an, daß der Novationsschuldner in Kenntniß der die aufhebende Kraft des Novationsvertrags ausschließenden Ursache versprochen habe.

[5a] In diesem Falle spricht man heutzutage von einer reinen Novation.

[6] Durch Rückforderung (condictio) und Einrede (exceptio doli oder in factum). L. 20 D. 14, 6; auch l. 14 D. 44, 1 und l. 25 D. 19, 1 sind wohl von einer Novationsstipulation zu verstehen. Eine Einrede ist das Hülfsmittel des Schuldners auch in dem unter 1 genannten Fall, wenn die alte Forderung nicht nichtig, sondern nur mit einer Einrede behaftet war ([15]); aber diese Einrede ist eben aus der alten Forderung übertragen, während die Einrede in dem hier betrachteten Fall durch die den Novationsvertrag begleitenden Umstände neu begründet ist. Vgl. Sf. X. 153.

[7] Vgl. über diese Frage: Hoffmann in Sell's Jahrb. III S. 396 fg., Fein a. a. O. S. 35—42, Erxleben condictiones sine causa I S. 155—182, Windscheid Voraussetzung S. 93—96, Schlesinger a. a. O. S. 122—129, Witte Bereicherungsklagen S. 75—84. kr. VJS. VIII S. 359 fg., Voigt condictiones ob causam § 50, Römer a. a. O. S. 50—62, Thöl Handelsr. I § 336, Brinz 2. Aufl. II S. 380. 387, Danz (§ 353 [3b]) S. 113 fg. Unger Schuldübernahme S. 9 und Noten dazu. [Windscheid die indirecte Vermögensleistung. Leipz. Festg. f. O. Müller 1892 S. 1 fg.]

Digitized by Google

ausnahmsweise dann, wenn durch die Leistung des Schuldners der Gläubiger erhalten würde, worauf er dem alten Gläubiger gegenüber keinen Anspruch hat[9]. b) Tritt ein neuer Schuldner ein[10], so kann ebenfalls möglicherweise die kundgegebene Voraussetzung seines Versprechens die Aufhebung der alten Schuld sein[11]. Ist dieß nicht der Fall, so kann sich der neue Schuldner auf das Nichtbestehen oder die Nichtaufhebung der zu novirenden Schuld dem Novationsgläubiger gegenüber nur dann[12] berufen, wenn gleichzeitig die Voraussetzung, unter welcher er dem alten Schuldner gegenüber dessen Schuld auf sich nimmt, ermangelt[13].

---

[8] L. 12. 13. 19 D. 46, 2, l. 4 § 20 D. 44, 4, l. 1 § 10 D. 44, 5; l. 9 § 1 D. 12, 4, l. 78 § 5 D. 23, 3, l. 4 § 21 D. 44, 4. Vgl. auch l. 33 D. 46, 2, l. 41 pr. D. 42, 1. L. 37 § 4 D. 38, 1 erklärt sich wohl nach Ziff. 1.

[9] Anerkannt für den Fall, wo der alte Gläubiger dem neuen seinen Schuldner in der Absicht zu schenken oder zum Zweck der Tilgung einer irrthümlich vorausgesetzten Schuld überwiesen hat. L. 2 § 3. 4 D. 39, 5, l. 7 pr. § 1 D. 44, 4. In den Stellen der vorigen Note ist von einer Ueberweisung zum Zweck der Tilgung einer wirklich bestehenden Schuld und zum Zweck einer Mitgiftbestellung die Rede, und da heißt es vom neuen Gläubiger: debitum persequitur, suum recepit, suum negotium gerit. — Die Art und Weise wie ich früher (in der Schrift über die Voraussetzung a. a. O.) die oben genannten Entscheidungen mit dem Princip in Einklang zu setzen versucht habe, halte ich jetzt nicht mehr für genügend. Es wird nichts übrig bleiben, als in diesen Entscheidungen eine Billigkeitsausnahme zu sehen. [So auch v. Blume S. 18 fg.] Voigt a. a. O. S. 366. 367 sieht in ihnen eine später verlassene Entwickelungsstufe; dawider mit Recht Römer S. 59. P. Gide (§ 353 Note *) p. 430 hält die Entscheidungen deßwegen für rationell, weil in den Fällen derselben gar keine „Delegation" vorliege, da jede Delegation erfordere „un délégant lié d'intérêts avec les deux autres". Ich verstehe das nicht. Das Interesse des Delegirenden wird dargethan durch die Delegation selbst. Gide geht aus von dem Fall, wo Jemand seinen vermeintlichen Schuldner seinem vermeintlichen Gläubiger überweist. Aber auch in diesem Fall liegt nichts vor als zwei Sine-causa-Leistungen der vermeintlichen Schuldner an die vermeintlichen Gläubiger, und warum auch die diese Leistungen perficirende Leistung des Ueberwiesenen sine causa sein sollte, leuchtet nicht ein. Ueberdieß ist in dem Fall, wo die Ueberweisung zum Zweck der Schenkung vorgenommen wird, nur die eine Leistung sine causa. S. übrigens auch Leonhard ZS. f. HR. XXVI S. 324.

[10] Vgl. über diesen Fall namentlich Voigt § 51, Römer § 5. [Windscheid (7).]

[11] Vgl. § 353 [2]. [v. Blume S. 6 fg. geht auf die Ansicht von Girtanner zurück, daß, wenn das neue Versprechen auf die alte Schuld Bezug nimmt, die neue Obligation bei Nichtexistenz der alten deßwegen nicht zu Stande komme, weil die Leistung unmöglich sei.]

[12] Der Regel nach also nicht. Dieß folgt nicht bloß aus allgemeinen Grundsätzen, sondern auch aus l. 1 § 11 D. 44, 5. (Ueber die impositio onerandae libertatis causa vgl. Leist Forts. von Glück, Serie der Bücher 37 und 38, V S. 281 fg.)

Digitized by Google

Mit Rücksicht auf die verschiedenen, im Vorstehenden erörterten Fälle ist noch Folgendes zu bemerken.

1. Kennt der Versprechende das Nichtbestehen des durch den Novationsvertrag aufzuhebenden Forderungsrechts, so ist im Zweifel als seine Willensmeinung anzusehen, daß ein Forderungsrecht schlechthin begründet werden solle[14].

2. Ob das aufzuhebende Forderungsrecht an und für sich nicht besteht, oder durch Einrede entkräftet ist, ist gleichgültig[15]. Dagegen ist es an und für sich nicht erforderlich, daß das aufzuhebende Forderungsrecht klagbar sei; von der anderen Seite reicht nicht jede klaglose Verbindlichkeit hin[16].

---

[13] Nämlich der wirkliche Bestimmungsgrund seines dem Novationsgläubiger gegebenen Versprechens ist lediglich aus seinem Verhältniß zum alten Schuldner hergenommen (§ 354 [2]). Auf die Ermangelung dieses Bestimmungsgrundes (Voraussetzung) darf er sich nun an und für sich dem Novationsgläubiger gegenüber nicht berufen, da der Bestimmungsgrund diesem gegenüber nicht hervorgetreten ist — darf es aber ausnahmsweise in unserem Falle, weil der Novationsgläubiger auch demjenigen gegenüber, welcher ihm das Forderungsr. verschafft hat, auf das zu Leistende keinen Anspruch hat. Es müssen hier ganz die bei dem vorigen Fall entwickelten Grundsätze entscheiden. In der That können, wenn A vermeintlicher Gläubiger des B ist, B vermeintlicher Gläubiger des C, und nun diese beiden vermeintlichen Forderungsre auf Eines zwischen A und C reducirt werden, nicht verschiedene Regeln gelten, je nachdem die Novationsabsicht auf die Aufhebung des Forderungsr. zwischen B und C (voriger Fall), oder auf die Aufhebung des Forderungsr. zwischen A und B (gegenwärtiger Fall), oder vielleicht auf die Aufhebung beider gerichtet ist. Ein directer Beweis für das hier Gesagte läßt sich aus l. 8 § 4 D. 16, 1, wie Römer S. 63 will, nicht entnehmen; denn abgesehen davon, daß es nicht nothwendig ist, diese Stelle anders als von dem Eintreten eines neuen Gläubigers zu verstehen (der non debitor kann sehr wohl ein vermeintlicher Schuldner sein), wird hier dem Versprechenden eine Einrede nur im Interesse der delegirenden Frau gegeben („quemadmodum mulieris fideiussor", vgl. l. 19 § 5 eod.: „ne in mulierem mandati actio competat").

[14] Vgl. l. 12 D. 46, 2. „Si quis delegaverit debitorem, qui doli mali exceptione tueri se posse sciebat, similis videbitur (sc. debitor) ei qui donat, quoniam remittere exceptionem videtur". [v. Blume S. 13 fg.] L. 25 D. 45, 1. Ueber l. 2 C. 4, 28 s. § 373 [17].

[15] Von Entkräftung durch Einrede ist die Rede in l. 32 D. 24, 3, l. 20 D. 14, 6, l. 25 D. 19, 1, l. 14 D. 44, 1 ([6]). L. 2 § 3. 4 D. 39, 5 und l. 7 pr. § 1 D. 44, 4 ([9]) sprechen im Allgemeinen von „pecunia quam me tibi debere existimabam", von demjenigen, „quem creditorem tuum putabas". Nachzuweisen, daß bei der titulirten Novation (oben Ziff. 1) die Einreden übergehen, ist die Hauptaufgabe, welche sich die § 353 [3] citirte Schrift von Danz gestellt hat. [v. Blume S. 11 fg. leugnet mit Girtanner die Gleichstellung des Falles der nicht existirenden und der mit Einrede behafteten alten Schuld. In letzterem Falle komme die neue Obligation zu Stande und sei nur nach den Grundsätzen der condictio indebiti und der exceptio doli anfechtbar.]

Digitized by Google

3. Ist die Novation unter einer Bedingung gemacht, so ist im Zweifel als die Absicht der Parteien anzusehen, daß es auf die Existenz des Forderungsrechts zur Zeit des Eintritts der Bedingung, nicht auf die Existenz zur Zeit des Novationsvertrags ankommen soll[17].

S. g. novatio necessaria.

§ 356.

Mit diesem Ausdruck bezeichnet man den Einfluß, welchen der Streitbeginn und das condemnatorische Urtheil auf das Forderungsrecht ausüben. Dieser Einfluß aber besteht, wie bereits oben (I § 124 Note 1. § 129 Note 5) gezeigt worden ist, nicht in der Aufhebung des bestehenden Forderungsrechts, sondern in einer Umwandlung desselben — darin, daß, während die Individualität des Forderungsrechts aufrecht erhalten bleibt, rechtliche Bestimmtheiten an dasselbe herantreten, welche es früher nicht hatte. Die Zusammenstellung dieser Umwandelung mit der Novation findet sich übrigens bereits in den Quellen[1].

---

[16] Vgl. darüber § 288 [4] und § 289.

[17] Für das Gegentheil beweist nicht l. 56 § 8 D. 45, 1, welche sich vollkommen daraus erklärt, daß die Nichtexistenz, und so auch der spätere Wegfall, des zu novirenden Forderungsr. dem Novationsgläubiger gegenüber nicht von dem neu eintretenden Schuldner geltend gemacht werden kann ([12]). Römer S. 231 fg. stellt auf Grund dieser Stelle den Satz auf, daß der spätere Wegfall des zu novirenden Forderungsr. für die bedingte Novationsstipulation an und für sich vollkommen gleichgültig sei, und auf dieselbe nur insofern wirke, als mit dem Wegfall eine Erfüllung verbunden sei.

[1] Vgl. namentlich die berühmte Stelle von Gajus III, 180. „Tollitur adhuc obligatio litis contestatione, si modo legitimo iudicio fuerit actum; nam tunc obligatio quidem principalis dissolvitur, incipit autem teneri reus litis contestatione; sed si condemnatus sit, sublata litis contestatione incipit ex causa iudicati teneri. Et hoc est, quod apud veteres scriptum est: ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere, post condemnationem iudicatum facere oportere". Ferner l. 29 D. 46, 2. „Aliam causam esse novationis voluntariae, aliam iudicii accepti, multa exempla ostendunt" . . ., und Vat. fr. § 263, wo es geradezu heißt: — „si . . interpositis delegationibus aut inchoatis litibus actiones novavit" (vgl. übrigens auch v. Salpius Novation und Delegation S. 37); ebenso l. 3 § 2 C. 7, 54: — „novatur iudicati actione prior contractus". Aber gerade l. 29 cit. lehrt, daß die litis contestatio die bestehende Obligation nicht aufhebt, indem sie fortfährt: „perit privilegium dotis et tutelae, si post divortium dos in stipulationem deducatur vel post pubertatem tutelae actio novetur, si id specialiter actum est; quod nemo dixit lite contestata: neque enim deteriorem causam nostram facimus actionem exercentes, sed meliorem, ut solet dici in his actionibus, § 356.

Digitized by Google

5. Erlaß*.

§ 357.

Erlaß ist Aufhebung des Forderungsrechts durch den Willen des Gläubigers schlechthin[1]. Der Gläubiger läßt den Schuldner frei; dadurch hört derselbe auf, Schuldner zu sein. Der Bestimmungsgrund, welcher den Gläubiger zum Erlaß bewegt, kann so verschieden sein, wie der Bestimmungsgrund einer Vermögenszuwendung überhaupt[2]; namentlich darf man beim Erlaß nicht bloß an schenkungsweisen Erlaß denken[3].

Der Erlaß bedarf, um wirksam zu sein, der Annahme von Seiten des Schuldners; er ist wirksam nur als Erlaßvertrag[4]. Im Uebrigen kann der Erlaßvertrag einen verschiedenen Inhalt haben. a) Er ist gerichtet auf directe Aufhebung des Forderungsrechts[5].

---

quae tempore vel morte finiri possunt", und was das Urtheil angeht, s. I § 129 [4]. Den Römern wurde die Vorstellung der Novation, namentlich für den Fall des Eintritts eines neuen Gläubigers oder Schuldners, noch näher gerückt durch den heutzutage nicht mehr geltenden Satz, daß die litis contestatio jede weitere gerichtliche Verfolgung des in den Streit eingeführten Anspruchs für alle Zeiten ausschloß. Vgl. außer den I § 124 [1] und § 129 [5] genannten Schriftstellern noch Unterholzner § 292—293 und die Lehrbücher von Seuffert § 295, Puchta § 292, Sintenis II § 105 Anm. 2 z. A., Brinz 1. Aufl. S. 556—560 (2. Aufl. II § 95), Keller § 278.

* Unterholzner I § 225—231, Sintenis II S. 470—483. [[Altmann der Erlaßvertrag und der E. e. BGB. f. d. deutsche Reich I. H. Geschichtl. Grundlagen Leipz. 1891 (Dogmengeschichte)] [bis einschl. 17. Jahrh.), dazu Biermann kr. VJS. XL S. 324 fg. — Meissels Grünh. ZS. XVIII S. 700 fg. XIX S. 1 fg.].

§ 357. [1] Durch den Willen des Gläubigers schlechthin — im Gegensatz zur Novation, wo der Wille des Gläubigers durch das Mittel eines neu begründeten Forderungsr. wirkt (§ 353).

[2] Vgl. z. B. l. 9 § 7 D. 4, 2, l. 4 D. 12, 4, l. 41 § 2 D. 23, 3, l. 81 § 5 D. 30. [Vgl. G. Hartmann die liberatorischen Verträge und ihr Rgrund insbesondere ACPra. LXXXV S. 1 fg.]

[3] S. namentlich Bähr Anerkennung § 29. 31.

[4] L. 91 D. 46, 3. Vgl. Sf. XXIII. 195. Abgesehen wird hier von dem letztwilligen Erlaß; derselbe gehört in das Erbr.

[5] Von dieser Art ist die römische acceptilatio (Dig. 46, 4, Cod. 8, 43 [44]). Die acceptilatio ist vertragsmäßiges Empfangsbekenntniß in Form von Frage und Antwort (acceptum habes? acceptum habeo, ἔχεις λαβών; ἔχω λαβών. § 1 I. 3, 29, vgl. l. 18 i. f. D. 46, 4.) — ein Vertrag, durch welchen der Gläubiger erklärt, daß dieselben Wirkungen eintreten sollen, wie wenn er empfangen hätte. Deßwegen heißt es von der acceptilatio, sie befreie den Schuldner „solutionis exemplo" (l. 5 D. 46, 4); ferner „solutioni comparatur" (l. 7 § 1 D. 34, 3), „velut solvisse videtur is, qui acceptilatione

Digitized by Google

b) Das Forderungsrecht soll an und für sich bestehen bleiben, es macht sich aber der Gläubiger anheischig, dasselbe nicht geltend zu machen, so daß, wenn er es dennoch thut, eine Einrede gegen ihn begründet ist[6]. Welchen Inhalt der Erlaßvertrag wirklich habe, ist

---

solutus est" (l. 16 pr. D. 46, 4), sie wird eine „imaginaria solutio" genannt (§ 1 I. 3, 29, Gai. III, 169), vgl. auch l. 18 § 4 D. 46, 4, l. 16 D. 46, 3. Aber immerhin hat der Gläubiger nicht wirklich empfangen; und auch daraus werden rliche Consequenzen gezogen, s. Gai. III, 171. 172, l. 5 § 1 D. 24, 1 (über l. 56 § 8 D. 45, 1 s. § 355 [17]). Vgl. über die Natur der acceptilatio Fitting Correalobl. § 8, Windscheid kr. VJS. III S. 170—171, Römer bedingte Novation S. 245—253, Baron Gesammtrverhältnisse S. 309—318, Erman zur Geschichte der römischen Quittungen und Solutionsacte (Berliner Diss. 1883.) (Vgl. über diese Schrift Hruza Grünh. ZS. XII S. 249 fg., Freund Sav.-ZS. V S. 269 fg.), Mitteis Grünh. ZS. XIV S. 451. Heutzutage haben wir keine acceptilatio mehr, aber in der Quittung ein ganz entsprechendes Rsinstitut; auch die Quittung ist (oder vielmehr kann sein, s. die zweite Hälfte dieses §) vertragsmäßiges Empfangsbekenntniß, nur nicht in Form von Frage und Antwort. A. M. Erman S. 67 fg.: bei der acceptilatio sei das Empfangsbekenntniß bloße Formel gewesen. Sf. XXIII. 195. — Eine andere Form des römischen directen Erlaßvertrages ist der s. g. contrarius consensus, d. h. die formlose Vereinbarung der Parteien, daß ein zwischen ihnen abgeschlossener bonae fidei contractus wiederaufgehoben sein solle, s. z. B. § 4 I. 3, 29, l. 7 § 6. l. 27 § 2. l. 58 D. 2, 14, l. 3 D. 18, 5. Der contrarius consensus geht im Ausdruck auf Aufhebung des Vertrages, deßwegen nicht weniger in der Sache auf Aufhebung des durch den Vertrag begründeten Forderungsr. (oder der durch den Vertrag begründeten Forderungsre.) Dieß betont Bechmann Kauf II S. 470 fg. (gegen Czyhlarz zur Lehre von der Resolutivbedingung S. 31 fg., Leist über die Wechselbeziehung zwischen dem Rbegründungs- und dem Rsaufhebungsacte, 1876, S. 17 fg.). Der contrarius consensus enthält eine directe Aufhebung „quia bonae fidei iudicio exceptiones pacti insunt" (l. 3 cit.); s. namentlich l. 27 § 2 D. 2, 14. [Merlin-Lemas du contrarius consensus. Th. de Paris 1898. — v. Lang ABR. X S. 287 fg.: Statt des contrarius consensus genügt es auch, wenn ein Theil die Gültigkeit des Vertrages bestimmt und unzweideutig bestreitet und der andere Theil sich hiermit einverstanden erklärt. Dieß wird anzuerkennen sein.]

[6] § 3 I. 4, 13. Ein solcher Vertrag heißt in den Quellen pactum de non petendo (Dig. 2, 14, Cod. 2, 3). Das pactum de non petendo unterscheidet sich von der acceptilatio nicht bloß durch seine Formlosigkeit, sondern auch durch seinen Inhalt. S. Büchel civilr. Erörterungen II S. 45—52, v. Völderndorff-Waradein zur Lehre vom Erlaß (1850 — welche Schrift sich übrigens ihrem Hauptinhalte nach mit der Geschichte des pactum de non petendo beschäftigt), v. Scheurl Beiträge II Nr. 14. Zu weit geht aber v. Völderndorff, wenn er behauptet (so auch Rudorff zu Puchta § 297 *), das pactum de non petendo beziehe sich gar nicht auf die Obligation, sondern nur auf die Klage; dawider Scheurl a. a. O. S. 17—19, Arndts kr. Uebersch. II S. 154, Kohler Grünh. ZS. XIV S. 19 fg. v. Völderndorff und Rudorff wollen außerdem das pactum de non petendo gar nicht Erlaßvertrag genannt wissen, und Scheurl bestreitet ihm wenigstens den Charakter

Digitized by Google

im einzelnen Fall durch Auslegung zu bestimmen; im Zweifel aber ist, wenn der Wille der Parteien auf eine Hemmung der Wirkung des Forderungsrechts in aller und jeder Beziehung gerichtet ist, anzunehmen, daß sie directe Aufhebung gewollt haben[7]. Seine eigentliche Anwendung findet der Erlaßvertrag der zweiten Art in dem Falle, wo der Wille der Parteien darauf geht, daß das Forderungsrecht nur in dieser oder jener Beziehung, etwa für eine gewisse Zeit oder für eine bestimmte Person[8], seine Wirksamkeit verlieren solle.

Der Erlaßvertrag steht unter den allgemeinen Regeln von der Gültigkeit der Verträge. Einer Form bedarf er zu seiner Gültigkeit nicht[9]; er kann daher auch stillschweigend abgeschlossen werden[9a]. Eine

---

eines wahren Erlaßvertrages; s. dagegen Arndts a. a. O. S. 154. 155 und vgl. l. 7 § 10 D. 2, 14, l. 5 C. 8, 25 [26]. Gegen Arndts wieder Fitting Correalobl. S. 95 [117], Baron Gesammtrverh. S. 297. [RG. XXXV S. 220 fg.: es bleibt nach einem pactum de non petendo keine naturalis obligatio übrig.]

[7] Für die Vorstellung der Parteien wird regelmäßig das Bestehen des Forderungsr. in seiner Wirksamkeit aufgehen, und man würde ihrem Willen schlecht entsprechen, wenn man, wo derselbe unzweifelhaft auf Ausschluß aller Wirksamkeit gerichtet ist, das Forderungsr. an und für sich fortbestehen lassen wollte. Vgl. Unger II § 96 [17], Arndts § 267 [1. d], Bruns in v. Holtz. Encycl. I § 66 Nr. 3a, Fitting ACPra. LII S. 574 fg., Wächter II S. 430. S. übrigens auch § 413 [12].

[8] Pactum de non petendo in personam, im Gegensatz zum pactum de non petendo in rem. L. 7 § 8. l. 17 § 3. l. 25 § 1 D. 2, 14.

[9] Nach r. R. bedurfte keiner Form das pactum de non petendo. Für den directen Erlaßvertrag galt dagegen die Regel: „prout quidque contractum est, ita et solvi debet" (l. 80 D. 46, 3, l. 35. 100. 153 D. 50, 17). Vgl. die Note [5 a. E.] citirte Schrift von Leist S. 6 fg. Daher war der contrarius consensus nur anwendbar bei Obligationen aus Consensualverträgen (und auch bei diesen nicht, wenn der Vertrag bereits theilweise erfüllt war; denn auf Rückgabe der gemachten Leistungen konnte der formlose Vertrag kein Forderungsr. begründen, und auseinandergerissen werden durfte er nicht, s. die in Note [5 a. E.] citirten Stellen, und vgl. Sf. XXI. 42). Alle anderen Obligationen mußten durch acceptilatio aufgehoben, und zu diesem Ende, wo nöthig, erst in verborum obligationes verwandelt werden (§ 353 [7]). Heutzutage entscheidet der allgemeine Grundsatz, daß die Vertragsberedung zu ihrer rlichen Wirksamkeit einer Form nicht bedarf (§ 312). Es ist nicht abzusehen, warum dieser Grundsatz nicht ebensowohl für aufhebende, als für begründende Verträge gelten sollte. So auch, wenigstens im Resultat, die herrschende Meinung, vgl. Fritz Erläuter. II S. 421, Unterholzner S. 481, Sintenis S. 480 [2], Scheurl a. a. O. S. 24—26, Arndts kr. Uebersch. II S. 155—156 und Pand. § 267. 1 d. (dieser mit einer künstlichen, dem Willen der Parteien Zwang anthuenden Rechtfertigung), Savigny Obl. I S. 178, Brinz 2. Aufl. II § 291. A. M. Vangerow III § 621 Anm., welcher für das heutige R. nur den contrarius consensus (mit erweiterter Wirksamkeit, da heutzutage die meisten Vertragsobligationen solo consensu entstünden) gelten lassen will; a. M.

Digitized by Google

heutzutage sehr gewöhnliche Form des directen Erlaßvertrags ist die Quittung, genauer gesprochen die Ausstellung und Einhändigung einer Quittung. Jedoch enthält die Quittung nicht nothwendig einen Erlaßvertrag, und nicht einmal zunächst. Die Quittung ist zunächst Beweismittel für die geschehene Erfüllung[10] und ist als solches rechtlich zu behandeln[11]. Erweist sie sich aber unfähig, die Thatsache der geschehenen Erfüllung processualisch festzustellen[12], so steht es dem Schuldner frei, nachzuweisen, daß sie unter Umständen ausgestellt worden sei, aus welchen auf die Absicht, durch sie den Erlaßwillen auszudrücken, geschlossen werden darf[13]. Wird eine Quittung wirklich in dieser Absicht ausgestellt, so enthält sie einen Erlaßvertrag, welcher vollkommen der römischen Acceptilation entspricht, und daher nach den Grundsätzen derselben zu beurtheilen ist[14].

[Das §§§. beschränkt sich auf die Bestimmung, daß das Schuldverhältniß durch Erlaßvertrag erlischt. Nach dem dem BGB. zu Grunde liegenden Begriff der Einrede (ob. I S. 180 fg.) läßt sich die Möglichkeit eines Vertrages, der das Forderungsrecht nicht aufheben, sondern dem Schuldner nur eine Einrede geben will (ein Recht, die Erfüllung zu verweigern), nicht leugnen. So auch Planck zu § 397, 2. Ob ein derartiger Vertrag jemals geschlossen wird, wenn es sich darum handelt, das Forderungsrecht materiell ganz zu beseitigen, ist äußerst fragwürdig

---

auch v. d. Pfordten Abhandl. S. 300, welcher behauptet, das heutige R. kenne einen directen Erlaßvertrag nur in der der römischen acceptilatio entsprechenden Quittung.

[9a] Vgl. l. 2 § 1 D. 2, 14, l. 17 § 1 D. 22, 1, l. 24 D. 22, 3. Sf. II. 282, XIII. 156, XIV. 221. Speciell über den Fall, wo bei einer Abrechnung eine Forderung nicht mit in Ansatz gebracht wird: Sf. IV. 220, IX. 57, XV. 194, Bähr Anerkennung § 56 zu [4 fg.], Jahrb. f. Dogm. II S. 406—407, Regelsberger ACPra. XLVII S. 175—177.

[10] Anerkennung der Erfüllung im Sinne eines Zeugnisses gegen sich selbst. S. § 412b [3]. [Dort auch die neuere Literatur.]

[11] D. h. sie braucht nicht erst durch Anfechtung beseitigt zu werden; sie unterliegt dem Gegenbeweis (und der exceptio non numeratae [non solutae] pecuniae, § 344 [3]).

[12] Weil ihre Beweiskraft (durch die exceptio non numeratae pecuniae gebrochen, oder) durch Gegenbeweis aufgehoben ist.

[13] Dieser Schluß setzt unter allen Umständen voraus, daß der Gläubiger bei Ausstellung der Quittung gewußt habe, daß noch nicht erfüllt sei. Wird aber der Schluß durch dieses Wissen allein gerechtfertigt? Nicht in dem Falle, wo in Erwartung nachfolgender Zahlung quittirt wird. Vgl. § 412b [4]. L. 6. 21. 23 C. 8, 42 [43]. Sf. XXI. 230.

[14] Sie ist, wie die acceptilatio, ein Vertrag, durch welchen der Gläubiger erklärt, daß dieselben Wirkungen eintreten sollen, welche eintreten würden, wenn wirklich erfüllt worden wäre. Vgl. § 357 [5]. Dafür auch Wächter II S. 430. — Das zu Note [10—14] Gesagte ist anerkannt in Entsch. d. RG. XIV S. 242.

Digitized by Google

(s. auch [7] und Planck a. a. O.). (Es müßte nach der Grundidee des BGB. von der Einrede ein Vertrag sein, bei welchem die Absicht wäre, daß der Schuldner den Schutz desselben vor Gericht nur genießen sollte, wenn er ihn besonders anriefe!) Wenn der Vertrag die Geltendmachung der Forderung hinausschiebt (nachfolgende Stundung, welche sich auch auf die Lebenszeit einer Person erstrecken kann), oder wenn der Gläubiger nur unter Bedingungen auf die Geltendmachung der Forderung verzichtet, mag eher an eine bloße Einrede zu denken sein (Planck a. a. O.). Aber zu beachten ist doch auch dann, daß ein bedingter Erlaß ipso iure wirken kann und daß ein solcher bedingter Erlaß eher anzunehmen sein wird, als die Constituirung einer bedingten Einrede. Und will man anerkennen, daß bei nachfolgender Stundung im Anhalt an BGB. 202 nur eine Einrede entsteht, auf welche sich der Beklagte besonders berufen muß (s. darüber I S. 183), so wird man doch die Möglichkeit nicht leugnen können, daß die Parteien auch nachträglich eine ipso iure wirkende Befristung der Obligation (271 Abs. 2) setzen können, und es wird immer noch eher dieses als die Begründung einer dilatorischen Einrede im Sinne der Verfasser des BGB. anzunehmen sein.

Die Ertheilung einer Quittung kann auch nach BGB. die Form für einen Erlaßvertrag sein, aber sie muß es nicht sein und ist es im Zweifel nicht. S. im Uebrigen zu § 412 b.]

Unfreiwilliger Erlaß. Qualificirter Erlaß.

§ 358.

Regelmäßig kann der Gläubiger zum Erlaß nicht genöthigt werden. Ausnahmsweise ist dieß zulässig im Fall der Ueberschuldung des Schuldners. Hierfür enthält

a) das Pandektenrecht folgende Grundsätze[1]. Im Fall der Ueberschuldung des Schuldners kann die Mehrheit der Gläubiger die Minderheit zu einem theilweisen Erlaß nöthigen, muß aber zu diesem Ende ein richterliches Decret erwirken[2]. Die Mehrheit wird, wie in

---

§ 358. [1] Heffter ACPra. X S. 337—355. Spangenberg ZS. f. CR. u. Pr. VI S. 226—235. Pfeiffer praktische Ausführungen III S. 1—52 und VIII S. 123—170. Bayer Concursproceß § 38. 39.

[2] In den Quellen ist der im Text genannte Satz nur für den Fall einer überschuldeten Erbschaft anerkannt, welche der berufene Erbe ohne Nachlaß nicht antreten will. L. 7 § 19 — l. 10 pr. D. 2, 14, l. 58 § 1 D. 17, 1, l. 23 D. 42, 8. Der Grund ist, damit der Verstorbene nicht den Schimpf der venditio bonorum erleide (l. 23 D. cit.). Die Ausdehnung des Satzes auf andere Fälle der Ueberschuldung beruht auf der Praxis. Sf. I. 150, V. 265, XI. 320, XVII. 195; dawider X. 249, Spangenberg a. a. O. S. 231. Vgl. Fuchs das Concursverfahren (1863) S. 83 fg. In dieser Ausdehnung liegt aber dem Satz offenbar ein ganz anderer Gedanke zu Grunde: es kann eine bloß theilweise Befriedigung mit Abwendung des Concurses im Interesse der Gläubiger selbst liegen (vgl. Sf. VII. 264): hierbei soll der Eigensinn oder auch nur die abweichende Ansicht der Minderheit nicht in Betracht kommen. Das Interesse

Digitized by Google

dem Fall des § 275 Ziff. 2, nicht nach der Zahl der Personen, sondern nach der Größe der Forderungen bestimmt[3]. Der Bürge, welcher sich bei einem nicht zustimmenden Gläubiger verbürgt hat, kann sich auf den Nachlaß nicht berufen[4]. Pfandgläubiger brauchen sich dem Beschluß der Mehrheit nicht zu unterwerfen[5].

b) Nach der Reichsconcursordnung steht nur der Mehrheit der Concursgläubiger (der in den Concurs eingetretenen Gläubiger) das Recht zu, die Minderheit zu einem theilweisen Erlaß zu nöthigen (Zwangsvergleich). Die Mehrheit bestimmt sich in der § 275 Note 3 bezeichneten Weise. Der Vertrag bedarf der Bestätigung des Concursgerichtes[5a]. Der Bürge bleibt verhaftet[5b]. —

[Schon nach bisherigem Rechte nahm man an, daß auch Pfandrechte von dem Zwangsvergleich unberührt bleiben. RG. XXII S. 119 fg. XXIII S. 330 fg., Sarwey-Bossert KO. zu § 178, 3 Abs. 2, Wilmowski KO. § 178, 2 Abs. 2. Nunmehr ist zur Verdeutlichung gegenüber sonst möglichen gegentheiligen Folgerungen aus BGB. 1137. 1211 in § 178 (jetzt 198) KO. der Satz hinzugefügt: daß die Rechte aus einem für die Forderung bestehenden Pfandrecht, aus einer für sie bestehenden Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld oder aus einer zu ihrer Sicherung eingetragenen Vormerkung durch den Zwangsvergleich nicht berührt werden. Dieß gilt auch dann, wenn die bezeichneten Rechte an einem zur

---

des Schuldners steht jedenfalls erst in zweiter Linie. So auch Pfeiffer III S. 10—12. VIII S. 126 (a. A. das OT. zu Stuttgart in dem bei Sf. 150 angeführten Erkenntniß). Deßwegen darf man auch nicht, wie es wohl geschieht (so namentlich von Heffter und Bayer, und in dem zuvor erwähnten Stuttgarter Erkenntniß), die Verpflichtung der Minderheit, sich zu unterwerfen, davon abhängig machen, daß der Schuldner ohne sein Verschulden in Vermögensverfall gerathen sei (nach Analogie der cessio bonorum). Sf. XVII. 195, XXII. 195, XXV. 88.

[3] Erst bei Gleichheit der Forderungen entscheidet die Mehrheit der Personen. Ist auch die Zahl der Personen gleich, so soll diejenige Seite vorgehen, auf welcher sich der Angesehenere unter den Gläubigern befindet (vgl. jedoch Bayer S. 104 unt.); in letzter Linie überwindet die Bejahung die Verneinung. L. 8 D. 2, 14.

[4] L. 58 § 1 D. 17, 1. Sf. V. 265. Vgl. Holzschuher III § 229, 3.

[5] L. 58 § 1 cit., l. 10 pr. D. 2, 14. Sf. XXXII. 201. Darüber, ob das Gleiche für Gläubiger mit einem Concursprivilegium gelte, finden sich entgegengesetzte Entscheidungen in den beiden zuvor genannten Stellen. Ob eine Ausgleichung des Widerspruchs möglich ist, bleibt zweifelhaft; jedenfalls kann die gelegentliche Aeußerung der ersten Stelle der ausdrücklichen und bestimmten (verneinenden) Entscheidung der zweiten gegenüber nicht in Betracht kommen. S. namentlich Bangerow III § 583 Anm. 2.

[5a] K.O. § 160 fg. [173 fg.] EG. z. KO. § 4. Vgl. KO. § 196 [gestrichen] 200 [211] 206. [230]. Oetker Konkursrliche Fragen, in der Rostocker Festschrift für B. Windscheid (1888) S. 35 fg.

[5b] KO. § 178 [193]. In Betreff der Pfandgläubiger s. § 272a [4].

Digitized by Google

Concursmasse gehörigen Gegenstande bestehen (vgl. KO. 47 fg. 4). S. Mot. zu dem Ges. betr. Abänder. d. KO. zu § 178. Von materieller Wichtigkeit ist namentlich noch die schon in der bisherigen KO. 168, jetzt 181) enthaltene Bestimmung, daß der Vergleich allen nicht bevorrechtigten Concursgläubigern gleiche Rechte gewähren muß, es sei denn, daß ein Gläubiger in seine Zurücksetzung ausdrücklich einwilligt.

Nach einer neuen Bestimmung der KO. (187) ist der Vergleich zu verwerfen, wenn er den Gläubigern nicht mindestens den fünften Theil ihrer Forderungen gewährt, und dieß Ergebniß auf ein unredliches Verhalten des Gemeinschuldners zurückzuführen ist, insbesondere darauf, daß er durch solches Verhalten die Eröffnung des Concurses verzögert hat. Wenn das gleiche Ergebniß auf leichtsinniges Verhalten des Gemeinschuldners zurückzuführen ist, so kann der Vergleich verworfen werden.]

Eine besondere Anwendung findet der Erlaßvertrag beim Vergleich, beim Schiedsrichter- und Schiedseidvertrag[6]. Die besonderen Grundsätze für diese Rechtsinstitute gehören nicht hierher, sondern in den speciellen Theil des Obligationenrechts[7].

6. Tod des Gläubigers oder Schuldners*[1].

§ 359.

Der Tod des Gläubigers oder des Schuldners ist regelmäßig für den Bestand des Forderungsrechts gleichgültig; an die Stelle des Gestorbenen treten seine Erben. Dieser Satz gilt aber nicht ausnahmslos. Eine Ausnahme von demselben kann zunächst begründet werden durch eine ausdrückliche oder stillschweigende Bestimmung des das Forderungsrecht begründenden Rechtsgeschäfts[2]. Sodann gibt

---

[6] S. jedoch § 415 [6], § 418 [1 d].

[7] In die Lehre von der Aufhebung der Obligation stellen die drei genannten Rsinstitute namentlich die Lehrbücher von Puchta, Arndts, Sintenis. Aber diese Rsinstitute sind nicht bloß oder nicht nothwendig auf Aufhebung eines Forderungsr. gerichtet, und was Besonderes von ihnen zu sagen ist, hat seinen Grund nicht darin, daß sie auf Aufhebung eines Forderungsr. gerichtet sind oder gerichtet sein können, sondern in dem übrigen Inhalt des Vertrages. S. auch Arndts § 269 zu [3] und unten § 413 [13].

* Unterholzner I § 251. 252, Sintenis II S. 461—463, Köppen Erbr. S. 173 fg.

§ 359. [1] Mit dieser Thatsache beginnt die Reihe der Thatsachen, welche das Forderungsr. ohne Befriedigung des Gläubigers aufheben. Unter diesen Thatsachen werden hier zuerst diejenigen betrachtet (§ 359), welche das Forderungssubject, dann (§ 360) diejenigen, welche das Forderungsobject betreffen. Die noch übrig bleibenden Thatsachen (§ 361) entziehen sich einer systematischen Anordnung.

[2] Ausdrückliche Beschränkung auf die Lebenszeit: l. 32 pr. D. 35, 2, l. 56 § 4 D. 45, 1. Vertrag auf Arbeit, bei welchem Fähigkeit und Tüchtigkeit

Digitized by Google

es auch gesetzliche Ausnahmen. Unter diesen sind von allgemeinerer Bedeutung folgende[3].

1. Auf den Erben des Gläubigers gehen nicht über[4] die Forderungsrechte, welche bestimmt sind, dem Gläubiger Genugthuung für eine ihm zugefügte persönliche Kränkung zu verschaffen[5]. Die einzelnen Forderungsrechte, welchen das römische Recht diese Eigenschaft beilegt, sind in der Note [6] angegeben; in wie weit dieselben

---

gerade dieses Versprechenden den Ausschlag gibt: vgl. l. 31 D. 46, 3, auch l. 13 C. 8, 37 [38]. (Besondere Anwendung: Dienstbotenvertrag.) Vertrag auf Bestellung eines Nießbrauches d. h. eines nach dem Leben gerade dieses Gläubigers zu bemessenden Nutzungsr., vgl. l. 38 § 10—12 D. 45, 1. Römische operae officiales des Freigelassenen: l. 6 D. 38, 1. Pactum de contrahendo?. S. § 335 [5a] und Citate das. Vgl. noch Sf. XXV. 18.

[3] Im Uebrigen bemerke man noch: nach älterem r. R. ging auf die Erben nicht über die Verbindlichkeit des sponsor und des fideipromissor (Gai. III, 120. vgl. gegen Savigny V S. 202 Girtanner Bürgschaft S. 8 fg., Bekker proc. Consumption S. 168. 187, Windscheid die Actio ꝛc. S. 29) und das Forderungsr. der Ehefrau auf Rückgabe ihrer Dos (Ulp. VI, 7). Noch nach Justinianischem R. geht nicht über die Forderung und Verbindlichkeit aus dem Schiedsrichtervertrag (l. 32 § 3. l. 49 § 2 D. 4, 8); die Verbindlichkeit des Vormundes aus seiner gewöhnlichen Nachlässigkeit (§ 438 [9]); endlich nicht die Forderung und Verbindlichkeit aus dem Auftrags- und aus dem Gesellschaftsvertrag, jedoch diese nur in dem Sinne, daß sie für die Zukunft nicht weiter wirken, während die von ihnen in der Vergangenheit bereits erzeugten Wirkungen für die Erben fortbestehen (§ 5 I. 3, 25, § 10 I. 3, 26, l. 65 § 9 D. 17, 2). S. noch § 475 [13], auch § 466, 3.

[4] Vgl. zum Folgenden: Marezoll Magazin f. RW. und Gesetzgeb. IV S. 363—366, Kierulff S. 227 Note *, Savigny System V S. 200—202 und II § 73, Mühlenbruch Forts. von Glück XLIII S. 9—14 und Cession S. 295—302, Puchta § 88 c, Arndts § 104 [1], Vangerow I § 145 Anm. Nr. I, Köppen a. a. O. S. 177—179.

[5] Die s. g. actiones vindictam spirantes, so genannt, weil sie „magis vindictae, quam pecuniae habe(n)t persecutionem", l. 2 § 4 D. 37, 6. Es wird mit ihnen zwar eine Vermögensleistung gefordert, aber diese nicht als solche, sondern in ihrer Eigenschaft als Genugthuung für die von dem Fordernden erlittene Kränkung, und Genugthuung kann nur dem Gekränkten geleistet werden. Ueberdieß darf es von der Entscheidung Niemandes, als eben des Gekränkten, abhängen, ob die Kränkung aufgenommen werden, oder ob sie auf sich beruhen bleiben soll. Deßwegen werden die actiones vindictam spirantes auch in anderen Beziehungen nicht als Vermögensbestandtheile behandelt, s. § 335 [1].

[6] a) Die actio iniuriarum, § 1 I. 4, 12, l. 13 pr. D. 47, 10, l. 32 D. 35, 2; l. 7 § 1 D. 47, 10, l. 5 § 1 D. 9, 2, l. 2 § 4 D. 37, 6; b) die actio wegen unerlaubter Belangung des Patrons und der Ascendenten, l. 24 D. 2, 4; c) die actio de calumnia, l. 4 D. 3, 6; d) die actio de sepulcro violato, l. 10. l. 3 § 8. l. 6 D. 47, 12; e) die actio wegen verhinderter Beerdigung eines Leichnams, l. 9 D. 11, 7; f) die actio de effusis et deiectis wegen Beschädigung eines freien Menschen, l. 5 § 5 D. 9, 3; g) die Vermögens-

Digitized by Google

noch praktisch sind, bleibt hier einstweilen dahingestellt[7]. Alle hierher gehörigen Forderungsrechte werden aber vererblich durch die Rechtshängigkeit[8. 8a].

2. Auf die Erben des Schuldners gehen nicht über[9] die Forderungsrechte aus Vergehen (Delicten), welche Strafe zum Gegenstand haben[10]. Die Forderungsrechte aus Vergehen, welche Schadensersatz zum Gegenstand haben, gehen auf die Erben des Schuldners nur bedingt über: nach römischem Recht soweit die Erbschaft durch das Vergehen bereichert ist[11], nach heutigem Recht, soweit die Erbschaft reicht[12]. Diese Beschränkung gilt aber auch nur für die

---

strafen des schuldigen Theils bei der Ehescheidung, s. unten § 510. — Auch die querela inofficiosi testamenti würde hierher gehören, wenn sie ein Forderungsr. wäre. Aber sie ist ein Anspruch nach Art des Wiedereinsetzungsanspruchs. Ebensowenig gehört hierher das Widerrufsr. des Schenkers wegen Undankbarkeit des Beschenkten; auch dieses R. ist kein Forderungsr., sondern erst durch den Widerruf wird ein Forderungsr. begründet, l. 10 C. 8, 55 [56]. S. § 367 [19].

[7] Vgl. § 472, § 514 [5], § 471 [5], § 456, § 468, § 457 [3. 4], § 510.

[8] S. I § 124 [11], § 126.

[8a] Auch der durch die neuere Reichsgesetzgebung eingeführte Anspruch auf Buße (§ 326 [11]) geht auf die Erben des Verletzten nicht über. StPO. § 443. 444.

[9] Vgl. zum Folgenden: Francke Beiträge zur Erläuterung einzelner Rmaterien I S. 1 fg. (1828), Kierulff S. 218—227, Savigny System V § 210. 211, Mühlenbruch Fortsetzung von Glück XLIII S. 16—38, Vangerow I § 145 Anm. Nr. II., Köppen a. a. O. S. 180—190.

[10] § 1 I. 4, 12, l. 20 D. 48, 19, l. 1 pr. D. 47, 1; vgl. l. 22 D. 39, 1 (— „in poenam heres non succedit"). Nach StGB. § 30 kann die von dem Strafrichter rkräftig erkannte Geldstrafe auch in den Nachlaß vollstreckt werden.

[11] L. 26. D. 4, 3: — „quatenus ad eum pervenerit, i. e. quatenus ex ea re locupletior ad eum hereditas venerit". L. 35 pr. D. 44, 7, l. 44 D. 50, 17, l. 1 § 6 D. 2, 10, l. 16 § 2. l. 19 D. 4, 2, l. 17 § 1. l. 26—29 D. 4, 3, l. 1 § 48. l. 2. 3 pr. D. 43, 16, l. un. C. 4, 17, u. a. m. Soweit die Entschädigung die Bereicherung des Verpflichteten überschreitet, wird sie für diesen in der That zur Strafe (vgl. l. 16 § 2 D. 4, 2, l. 22 D. 39, 1); die actio auf Entschädigung kann daher auch als actio poenalis bezeichnet werden (Savigny: einseitige Strafklage), l. 2 § 5. 8 D. 43, 4. Zu l. 26 D. 4, 3 cit. vgl. noch l. 127 D. 50, 17, l. 17. 18. 20 D. 4, 2 und überhaupt: W. Sell Versuche I S. 63—76, H. Witte Bereicherungsklagen S. 315—322, Jacobi Jahrb. f. Dogm. IV S. 210—212, Wendt Jahrb. f. Dogm. XXII S. 399 fg.

[12] Das c. R. läßt die Erben unbedingt haften, c. 3 C. 16 qu. 6, c. 5 X. 5, 17 („iuxta facultates suas condigne satisfaciant"), c. 9 X. 5, 19, c. 14 X. 3, 28, c. 28 X. 5, 39. Aber ein sehr alter und sehr constanter Gerichtsgebrauch hat die Vorschrift des c. R. in der im Text bezeichneten Weise modificirt. Francke S. 44 fg., Savigny S. 51 fg., Mühlenbruch S. 35 fg., Köppen S. 186—187. Vgl. noch Neuner Wesen und Arten der Privatverhältnisse S. 205—206.

Digitized by Google

Forderungsrechte, welche in dem Vergehen als solchem ihren Grund haben; Forderungsrechte auf Schadensersatz, welche auf einem andern Grunde beruhen, gehen deßwegen nicht weniger auf die Erben des Schuldners unbedingt über, weil die beschädigende Handlung den Thatbestand eines Delicts in sich trägt[13]. Auch unter den Forderungsrechten aus einem Vergehen als solchem machen eine Ausnahme die Forderungsrechte aus widerrechtlicher Aneignung beweglicher oder unbeweglicher Sachen; die Erben des Thäters haften aus ihnen wie der Thäter selbst[14]. Auch hier, mag das Forderungsrecht auf Strafe

[13] L. 10 pr. D. 10, 3. „Item quamvis legis Aquiliae actio in heredem non competat, tamen hoc iudicio (sc. communi dividundo) heres socii praestet, si quid defunctus in re communi admisit, quo nomine legis Aquiliae actio nascitur". L. 7 § 1 D. 16, 3, l. 12. 49 D. 44, 7. l. 121 § 3 D. 45, 1, l. 157 § 2 D. 50, 17. Zu l. 8 § 1 D. 27, 7 vgl. l. 4 C. 5, 53, zu § 1 I. 4, 12 vgl. Gai. IV, 113 und s. über beide Stellen die gründliche Erörterung von Francke S. 16 fg.; Vangerow S. 216.

[14] L. 7 § 2. l. 9 D. 13, 1; l. 10 eod. l. 1 § 1 D. 13, 3, l. 2 § 26. 27 D. 47, 8; l. 2 D. 13, 3, l. 25 § 1 D. 47, 2. Die Quellen bezeichnen das Klager., welches sie in diesen Fällen gewähren, als condictio. Damit soll gesagt sein, daß es seinen Grund habe in der durch das Vergehen bewirkten ungerechtfertigten Bereicherung des Beklagten (condictio sine causa), also nicht in dem Vergehen als solchem. Nichtsdestoweniger hat es seinen Grund in dieser Bereicherung nicht. Hätte es seinen Grund in dieser Bereicherung, so müßte es auch nur auf die Bereicherung gehen; aber es geht weiter. Denn die condictio ist eine condictio rei, nicht possessionis, während der Thäter nur um den Besitz reicher geworden ist, nicht aber um den Vermögenswerth der Sache selbst; dieser ist geblieben, wo er war, beim Eigenthümer. Vgl. Gai. IV, 4, § 14 I. 4, 6, l. 2 D. 13, 3 in Verbindung mit l. 6 D. 43, 16, l. 3 § 11 D. 43, 17. Die Römer bezeichnen also etwas als condictio sine causa, was condictio sine causa nicht ist, und sind sich des darin liegenden Widerspruchs wohl bewußt; das, sagen sie, sei eingeführt, „odio furum, quo magis pluribus actionibus teneantur" (s. die citirten Stellen aus Gajus und den Justinianischen Institutionen). Mit anderen Worten: sie wollten auf jene Delictsforderung zum Nachtheil des Thäters die Grundsätze von der condictio sine causa angewendet wissen, und namentlich, was wahrscheinlich der Ausgangspunkt gewesen ist, die für die condictio sine causa geltende Vererblichkeit. In anderen Beziehungen wird denn auch die Delictsnatur der condictio furtiva wieder zur Geltung gebracht, s. l. 4 D. 13, 1 (deren Erklärung durch Savigny Syst. V S. 562 offenbar nur Nothbehelf ist) und l. 1 C. 4, 8, vgl. § 425[4]. Von der actio rerum amotarum, welche die condictio furtiva vertritt, heißt es in l. 21 § 5 D. 25, 2 geradezu: ex delicto nascitur. Allerdings wird in Beziehung auf sie gerade die Vererblichkeit, welche in l. 6 § 4 D. eod. ausdrücklich anerkannt wird, in l. 3 C. 5, 21 geleugnet. — Die jetzt herrschende Meinung erklärt die condictio furtiva und die ihr gleichstehenden Klagere einfach für Klagere aus ungerechtfertigter Bereicherung, und leitet daraus ihre Vererblichkeit her. S. Kierulff S. 222, Mühlenbruch a. a. O. S. 19—25, namentlich aber Savigny Syst. V S. 551—564 und nach ihm Sintenis II

Digitized by Google

oder auf Schadensersatz gehen, hört die Unvererblichkeit mit der Rechtshängigkeit auf[15].

[Auch nach BGB. kann durch ausdrückliche oder stillschweigende rechtsgeschäftliche Bestimmung ein Schuldverhältniß auf die Lebenszeit der einen oder der anderen Partei beschränkt werden. Im Zweifel erlischt der Auftrag durch Tod des Beauftragten (673) ebenso ein Dienstvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat, durch Tod des Dienstverpflichteten (675), aber gemäß der Idee des § 613 S. 1 doch wohl im Zweifel auch jeder andere Dienstvertrag. Das Vorkaufsrecht geht im Zweifel nicht auf die Erben des Berechtigten über, es wäre denn auf bestimmte Zeit beschränkt (514). Die Verpflichtung aus Schenkung wiederkehrender Leistungen erlischt im Zweifel mit dem Tode des Schenkers (520), die Leibrente mit dem Tode des Gläubigers (759), die gesetzliche Unterhaltspflicht erlischt mit dem Tode jeder Partei (1615; s. auch 528). Das Erlöschen des Widerrufsrechts bei Schenkungen durch Tod des Beschenkten, und im Allgemeinen auch durch Tod des Schenkers (532 S. 2. 530 Abs. 2) ist nicht Erlöschen eines Schuldverhältnisses, sondern Erlöschen der Möglichkeit, ein solches zu begründen. In einzelnen Fällen schafft der Tod nur die Möglichkeit, ein Verhältniß durch Kündigung zu beendigen: (569 [s. ab. 596 Abs. 2]. 605 Ziff. 3).

Die Ansprüche auf Ersatz eines nicht das Vermögen betreffenden Schadens gemäß 847. 1300 gehen erst dann auf die Erben des Verletzten über, wenn sie rechtshängig geworden oder durch Vertrag anerkannt sind. Dieß erinnert an die Sätze des Textes unter 1. Nach der Vererblichkeit von Strafansprüchen kann nicht mehr gefragt werden, weil es solche nicht mehr gibt, und die Schadensersatzansprüche aus unerlaubten Handlungen gehen auf die Erben des Schuldners ebenso wie andere Verbindlichkeiten über, wobei aber zu beachten ist, daß der vorsichtige Erbe für alle Nachlaßverbindlichkeiten nur mit der Erbschaft haftet.]

7. Unmöglichkeit der Leistung.

§ 360.

Das Forderungsrecht geht auch dadurch unter, daß die Leistung dem Schuldner ohne seine Schuld unmöglich wird. Hierüber, wie über den Einfluß, welchen bei gegenseitigen Verträgen die unverschuldete Unmöglichkeit der Leistung auf das dem Schuldner aus dem Vertrage seinerseits zustehende Forderungsrecht ausübt, ist bereits früher gehandelt worden (§ 264 Note [5. 6], § 321 Note [16—19a]). Es ist aber hier zu dem Gesagten noch folgendes hinzuzufügen.

---

§ 109 [123], Vangerow I S. 216 und III § 679 Anm. 2. [Dernburg II § 139.] Für die Delictsnatur der condictio furtiva: Francke S. 28—40 und Witte Bereicherungsklagen S. 322—325. [Vgl. unt. § 425.] — Der in Note [12] bezeichnete Gerichtsgebrauch bezieht sich auf die condictio furtiva und die anderen hierher gehörigen Klagere nicht. Derselbe hat nur die neue Bestimmung des c. R. modificiren wollen. Francke S. 54; a. M. Mühlenbruch S. 37, Köppen S. 187.

[15] S. I § 124 [11] § 126.

Digitized by Google

1. Durch die unverschuldete Unmöglichkeit der Leistung wird das Forderungsrecht direct aufgehoben[1].

2. Hört die Unmöglichkeit der Leistung hinterher wieder auf, so wird dadurch das Forderungsrecht nur dann wieder hergestellt, wenn das Wiederaufhören in der Natur der Unmöglichkeit begründet, nicht, wenn es zufällig ist[2].

[Eine Unmöglichkeit, welche kraft ihrer eigenen Natur wieder gehoben wird, ist wohl überhaupt keine Unmöglichkeit, sondern ein vorübergehendes Hinderniß. Ein solches beseitigt nach dem Recht des BGB. die Forderung nicht, sondern kann nur den Verzug gemäß § 285 ausschließen. S. auch ob. S. 272 unter e.]

3. Eine unverschuldete Unmöglichkeit der Leistung liegt auch dann vor, wenn der Gläubiger die individuell bestimmte Leistung, auf welche das Forderungsrecht geht, anderweitig erhalten hat[3]. Jedoch ist der Gesichtspunkt, unter welchem die Quellen in diesem Falle Aufhebung des Forderungsrechts annehmen, nicht der der Unmöglichkeit, sondern der der Befriedigung des Gläubigers[4].

8. Andere Aufhebungsthatsachen.

§ 361.

Es gibt noch eine Reihe von anderen Gründen der Aufhebung von Forderungsrechten, von welchen bereits in anderen Zusammenhängen gehandelt worden ist: dahin gehören Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (I § 120 a. E.), aberkennendes Urtheil (I § 129 Ziff. 2), Verjährung (I § 112 Note [3–5]), Verwirkung (I § 123 Ziff. 1, II § 335 Ziff. 2. § 434 Note [18]), auflösende Bedingung und Befristung (I § 90. 96 a. E.). Hier ist noch hinzuzufügen[1], daß ein Forderungsrecht möglicherweise auch durch einseitige Erklärung (Aufkündigung)[1a] sein Ende erreichen kann, sei es in dem Sinn, daß

[1] Allerdings ist dieß in den Quellen nicht ausdrücklich gesagt. Aber vgl. § 360. namentlich l. 107 D. 46, 3, wo die Unmöglichkeit als naturalis resolutio neben die Erfüllung gestellt wird. Mommsen Beiträge I S. 304—308.

[2] L. 83 § 5 D. 45, 1, l. 98 § 8 D. 46, 3. Vgl. § 315 [11], und Mommsen a. a. O. S. 290 fg.

[3] § 14 I. 4, 6, l. 34 § 3. l. 108 § 4 D. 30.

[4] Vgl. § 343a.

[1] Natürlich können hier nur diejenigen Aufhebungsgründe genannt werden, § 361. welche eine allgemeinere Bedeutung haben. Zu denjenigen, welche von dieser Art nicht sind, zähle ich auch den Wegfall der Verbindlichkeit des Hauptschuldners als Grund der Aufhebung der Verbindlichkeit des Bürgen (§ 477, 1. b).

[[1a] Immerwahr die Kündigung historisch und systematisch dargestellt. Breslau 1898, E. Trappenberg die rliche Bedeutung der Kündigung. Erl. Diss. 1899, Thiele die Kündigung, (bes. bei Darlehn) ACPra. LXXXIX S. 85 fg.]

Digitized by Google

es schlechthin aufgehoben wird, sei es in dem Sinn, daß es nur für die Zukunft nicht mehr fortwirkt, während die von ihm bereits erzeugten Wirkungen bestehen bleiben. Ein solches Rücktrittsrecht kann auf Vertrag beruhen oder auf gesetzlicher Vorschrift[2]. — Wenn gewöhnlich gelehrt wird, daß das Forderungsrecht auch durch den Wegfall des Interesse des Gläubigers aufgehoben werde, so kann dieß als begründet nicht anerkannt werden[3].

[Dem BGB. ist Erlöschen von Schuldverhältnissen durch Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht bekannt. Das rechtskräftige Urtheil, welches dem angeblichen Gläubiger den Anspruch aberkennt, vernichtet nicht sowohl den Anspruch, als es vielmehr feststellt, daß derselbe nicht besteht. Ueber die Anspruchsverjährung s. I S. 501 fg.

---

[2] So ist z. B. ein unbedingtes gesetzliches Rücktrittsr. dem Schuldner beim Auftrags- oder Gesellschaftsvertrag, ein bedingtes beim Miethvertrag gegeben.

[3] Wenn der Gläubiger kein Interesse mehr an der Geltendmachung seines Forderungsr. hat, so wird er es eben nicht geltend machen; macht er es aber geltend, so beweist er gerade dadurch sein Interesse. Soll also der bezeichnete Satz überhaupt Sinn haben, so muß er nicht vom Interesse im Allgemeinen, sondern speciell vom Vermögensinteresse verstanden werden. Aber auch der Wegfall des Vermögensinteresse kann als Grund des Wegfalls des Forderungsr. nur auf Grund der Ansicht anerkannt werden, daß das Forderungsr. zur wesentlichen Voraussetzung ein Vermögensinteresse des Gläubigers habe, und dieser Ansicht ist bereits oben (§ 250 [3]) entgegengetreten worden. Nur wird im einzelnen Fall zu erwägen sein, ob nicht das Rgeschäft, auf welchem das Forderungsr. beruht, ein Forderungsr. bloß zur Befriedigung des Vermögensinteresse des Gläubigers und also nicht über die Dauer desselben hinaus habe begründen wollen. Und ferner kann natürlich die eintretende Unmöglichkeit der Leistung die Verwandelung des Forderungsr. in ein Forderungsr. auf das Vermögensinteresse nur dann herbeiführen, wenn der Gläubiger ein Vermögensinteresse noch hat. Im classischen r. R. trat die Verwandelung des Forderungsr. in ein Forderungsr. auf Leistung des Vermögensinteresse nicht bloß in Folge der Unmöglichkeit der Leistung, sondern bei jedem Urtheil ein, und so war für die Römer allerdings die Realisirbarkeit des Forderungsr. ganz allgemein an die Fortdauer des Vermögensinteresse des Gläubigers geknüpft. Im Einzelnen kommen hier folgende Stellen in Betracht. a) L. 14 pr. D. 13, 1: die condictio furtiva fällt weg mit Wegfall des Eigenthums des Klägers: nam nec petitoris iam interest, hominem recipere", d. h. er kann keinen Vermögensschaden mehr liquidiren. Der eigentliche und auch für das heutige R. vollkommen durchgreifende Grund der Entscheidung ist freilich der in der l. 14 cit. an zweiter Stelle genannte, daß „soli domino condictio competit" (l. 1 eod.). b) L. 32 D. 19, 2. „Qui fundum colendum in plures annos locaverat, decessit, et eum fundum legavit: Cassius negavit, posse cogi colonum, ut eum fundum coleret, quia nihil heredis interesset". Die Stelle hat offenbar nur den Fall im Auge, wo der Erbe mit dem Vermächtnißnehmer keine Vereinbarung des Inhalts getroffen hat, daß dieser für die noch übrige Pachtzeit die Sache im Besitz und Genuß des Pächters lassen solle. Wollte er in diesem Fall gegen den Pächter, welcher die Pacht aufgibt und das Grundstück verläßt, klagend auftreten, so würde ihm dieser mit Recht entgegnen,

Digitized by Google

Der Rücktritt hebt die noch unerfüllten Verpflichtungen auf und bringt zugleich die Verpflichtung zur Rückgewähr des bereits Geleisteten hervor (s. ob. zu § 323).

Bei der Kündigung sind verschiedene Functionen auseinanderzuhalten. Sie kann einen bestehenden Anspruch zur Fälligkeit bringen (s. z. B. 199. 284 Abs. 2. 296 S. 2. 609. 1141. 1193). Es ist möglich, daß sich ihre Wirkung hierauf beschränkt (so bei Kündigung eines unverzinslichen Darlehns); es ist aber auch möglich, daß sie zugleich die Beendigung eines anderen Anspruchs herbeiführt. So beendigt die Kündigung eines verzinslichen Darlehns mit Ablauf der Kündigungsfrist das Recht des Gläubigers auf Zinsenbezug (s. auch 247), vorausgesetzt natürlich, daß der Schuldner das Kapital nach Eintritt der Fälligkeit anbietet (301). Ein Angebot ohne Kündigung oder ohne Abwarten der Kündigungsfrist würde diese Wirkung nicht haben. Die Kündigung der Leihe (605) bringt den Anspruch des Verleihers auf Rückgabe der verliehenen Sache zur Fälligkeit (vgl. 604) und beendigt zugleich seine Verpflichtung, dem Entleiher den Gebrauch der Sache unentgeltlich zu gestatten (598). Diese beiden Wirkungen können hier logisch gesondert werden, während bei dem Darlehn eine Verpflichtung des Darlehnsgebers, dem Empfänger das Dargeliehene zu belassen, keinerlei selbständige Natur hat (sie ist nichts als die Verneinung der Fälligkeit

---

daß der Erbe nicht im Stande sein würde, ihn im Besitz des Grundstücks zu erhalten. Und deßwegen hat der Erbe in der That kein Interesse daran, daß der Pächter nicht ausziehe. Nun ist es allerdings richtig, daß die Stelle den Mangel des Interesse als Grund, und nicht als Folge des Ausschlusses des Forderungsrechts bezeichnet: aber wenn danach unsere Erklärung dem Verfasser der Stelle eine Ungenauigkeit in der Gedankenausbildung vorwirft, so bedenke man auf der anderen Seite, ob man geneigt sein möchte, dem Erben die Re aus dem Pachtvertrag des Erblassers auch dann abzusprechen, wenn er in Folge einer Uebereinkunft mit dem Vermächtnißnehmer dem Pächter das Grundstück ganz in der Weise, wie dieser es zu fordern berechtigt ist, zur Verfügung stellt. Wovon für den Kauf l. 25 § 1 D. 19, 2 das Gegentheil sagt. Vgl. über die genannte vielbesprochene Stelle Glück XVIII S. 26 fg., Cropp in Heise und Cropp Abhandlungen II S. 297 fg, Mühlenbruch Cession S. 313 fg., Mommsen Erörterungen I S. 135, Sintenis Civilr. II § 118 [117] (S.665—666), Schmid Cession II S. 321 fg., Ziebarth Realexecution S. 147, Schlesinger die rliche Unzulässigkeit der Beschlagnahme des noch nicht verdienten Lohnes, (Leipzig 1869) S. 53 fg., Hartmann die Obligation S. 53 fg. ACPra. LXXII S. 179, Scheurl kr. VJS. XVIII S. 509 fg., Bechmann Kauf I S. 433 [2], Wendt Faustr. S. 206 fg., Salkowski Fortf. von Glück XLIX S. 565 fg. Sf. IV. 238. [v. Seeler z. Lehre v. d. Conventionalstrafe S. 53 fg.] c) L. 97 § 1 D. 45, 1. Die Entscheidung der Stelle beruht auf der Annahme, daß auf einen Fall, für welchen der Gläubiger an der Leistung kein Interesse hat, auch der Contractswille nicht gerichtet gewesen sei. Vielleicht hat gleichen Sinn auch l. 95 eod. Vgl. auch die Stellen, in welchen die Richtung des Vermächtnißwillens aus dem Interesse, welches diese oder jene Person an der Leistung habe, bestimmt wird; l. 69 § 2. l. 49 § 4—7 D. 30, l. 32 § 1 D. 40, 5. S. III § 635, 3. — Die Richtigkeit der hier vertretenen Ansicht ist anerkannt in dem Erk. bei Sf. XXVI. 19.

Digitized by Google

des Rückleistungsanspruchs). In anderen Fällen der Kündigung tritt ihre Function, ein bestehendes Rechtsverhältniß zu beendigen, d. h. die Ansprüche, welche während seiner Dauer bestehen, zum Erlöschen zu bringen und das fernere Erwachsen solcher Ansprüche abzuschneiden, mehr in den Vordergrund, und es erscheint als das Secundäre, daß sie zugleich denjenigen Ansprüchen, welche auf Grund der Beendigung des Verhältnisses erhoben werden können, zur Existenz oder wenigstens zur Fälligkeit verhilft. Hierher ist zu stellen die Kündigung des Miethverhältnisses (542 fg. 549. 553 fg. 564 fg.), des Pachtverhältnisses (581 Abs. 2. 595 fg.), des Dienstverhältnisses (620 fg.) [s. auch 675. 671], des Werkvertrages (643. 649. 650 [s. auch 675. 671]), die Kündigung des Auftrags durch den Beauftragten (671), der Geschäftsführung durch den geschäftsführenden Gesellschafter (712 Abs. 2), der Gesellschaft (723 fg. [s. aber auch 736. 737]), die Kündigung des Amts des Testamentsvollstreckers (2226). — S. noch 1358. — Auch die Kündigung der Rentenschuld durch den Eigenthümer (1202) gehört hierher. Gleicher Art ist ferner das Verlangen der Aufhebung einer Gemeinschaft, insbesondere auch der Erbengemeinschaft (vgl. den Ausdruck Kündigungsfrist in §§ 749 Abs. 1. 751. 2044. Zu beachten ist aber bei all dem, daß manchmal wegen der Umstände der Kündigung die Ansprüche der Parteien gegen einander sich anders gestalten als bei sonstiger Beendigung des Verhältnisses (s. insbes. 592. 627 Abs. 2. 628. 645 in Verb. mit 643. 649. 650. 671 Abs. 2. 675. 712 Abs. 2. 723 Abs. 2).

Widerruf ist eine einseitige Erklärung, welche in manchen Fällen die Tendenz hat, Geschehenes thunlichst ungeschehen zu machen (109. 130 Abs. 1 S. 2. 178. 1397). Dahin gehört auch der Widerruf der Schenkung (530 fg. 1584). Er ist dem Rücktritt von einem Vertrage im Wesen gleich, nur ist bei dem Schenkungswiderruf die Rückleistungspflicht des Beschenkten immer in der Weise erleichtert (531 Abs. 2), wie dieß beim Rücktritt nur ausnahmsweise (327) der Fall ist. Andererseits gibt es Widerrufserklärungen, welche, da sie nur für die Folgezeit ein Verhältniß beendigen, ebensogut Kündigung heißen könnten (168. 171 Abs. 2). Dieß gilt auch von dem Widerruf des Auftraggebers 671 [vgl. 675] und des Anweisenden (790); denn beide ändern nichts an der Rechtmäßigkeit der zuvor geschehenen Ausführungshandlungen. Auch der Widerruf des Darlehnsversprechens nach § 610 gleicht der Kündigung.

Uebrigens gehört im BGB. hierher noch die Anfechtung eines anfechtbaren Anspruchs. Durch sie wird der Anspruch so beseitigt, wie wenn er nie bestanden hätte (142), und das etwa bereits Geleistete erscheint als indebite solutum.

In Betreff des Schlußsatzes des Textes dürfte zu bemerken sein, daß allerdings durch die Geltendmachung des Forderungsrechts das subjective Interesse des Gläubigers dargethan wird, aber nicht ein objectiv berechtigtes Interesse desselben. Ein solches muß er zwar nicht nachweisen, um das Forderungsrecht ausüben zu können; aber der Nachweis, daß es ihm daran fehlt, und vielmehr der Gläubiger keinen andern Zweck haben kann, als dem Schuldner Schaden zuzufügen, schließt die Ausübung des Forderungsrechtes aus. (226). Vgl. ob. S. 10 unter 2.]

Digitized by Google

Zweites Kapitel.

Die einzelnen Forderungsrechte.

Uebersicht.

§ 362.

Unter den einzelnen Forderungsrechten setzen sich auf den ersten Blick zwei große Klassen ab: die Forderungsrechte aus Verträgen und die Forderungsrechte aus Vergehen (Delicten). Die übrigen Forderungsrechte haben zum Theil eine unverkennbare Verwandtschaft mit Forderungsrechten, welche aus Verträgen, oder mit solchen, welche aus Vergehen entspringen, und sind daher im Anschluß an die Vertrags- und Vergehensobligationen darzustellen. Jedoch fügen sich nicht alle Forderungsrechte ohne Zwang in eine solche Anlehnung; von denjenigen, welche es nicht thun, ist in einer besonderen Abtheilung zu handeln. Endlich ist es angemessen, einer besonderen Betrachtung diejenigen Forderungsrechte zu unterwerfen, welche auf Grund einer in der Person eines Dritten begründeten Obligation zustehen. Ganz ausgeschlossen bleiben hier diejenigen Forderungsrechte, welche im Zusammenhang des Sachen-, Familien- oder Erbrechts eine passendere Stelle finden[1].

---

[1] Wenn man von einem „System" der einzelnen Forderungsre (des § 362. „speciellen Obligationenr.") spricht, so wird man nicht vergessen dürfen, daß es sich hier nicht um die Aufweisung des Zusammenhangs von Begriffen, sondern um die Darstellung einer Reihe von thatsächlich vorhandenen rlichen Erscheinungen handelt. Diese Erscheinungen haben ihren Grund in den Bedürfnissen und Interessen des menschlichen Lebens, und daher wird auch bei ihrer Anordnung für die Darstellung den obersten Gesichtspunkt das Verhältniß bilden müssen, in welchem sie zu den Bedürfnissen und Interessen des menschlichen Lebens stehen. Hiernach ergibt sich die Eintheilung in Forderungsre aus Verträgen (Nr. I) und Forderungsre aus Vergehen (Nr. III) von selbst. (An die Stelle der Rubrik „Verträge" würde die Rubrik „Rgeschäfte" zu setzen sein, wenn nicht die einseitigen Willenserklärungen, abgesehen von dem in das Erbr. gehörenden Vermächtniß, für die Erzeugung von Forderungsren nach r. R. nur eine verschwindende Bedeutung hätten, so daß von ihnen ausreichend schon im allgemeinen Theil des Obligationenr. gehandelt werden konnte [§ 304].) Man wird sich aber ferner auch der Betrachtung nicht verschließen dürfen, daß z. B. die Obligation aus ungerechtfertigtem Haben, abgesehen davon, daß sie nicht aus Vertrag entsteht, ganz dieselbe Natur hat, wie die Obligation aus dem Empfange eines Darlehns, die Obligation aus der freiwilligen Geschäftsführung dieselbe Natur, wie die Obligation aus der Uebernahme eines Auftrags; daß ferner z. B. die Verpflichtung auf Schadensersatz, welche aus der Nichtreparatur eines baufälligen Gebäudes

Digitized by Google

I. Forderungsrechte aus Verträgen.

Uebersicht.

§ 363.

Die einzelnen Verträge unterscheiden sich durch die Verschiedenheit ihres Inhalts. Es ist aber weder ausführbar noch nöthig, von jedem möglichen Vertragsinhalt besonders zu handeln; die einzelnen Verträge sind in Betreff der für sie geltenden Rechtsregeln in erster Linie zu verweisen auf die allgemeinen Grundsätze über die Verträge und die Obligationen überhaupt. Von der andern Seite gibt es allerdings Verträge, von denen Besonderes zu sagen ist; diese sind hier darzustellen. Die Anordnung, welche dabei zu Grunde gelegt wird, ist folgende. Zuerst wird gehandelt von dem reinen Vertrag, dem Vertrag, welcher sich unabhängig von seinem Bestimmungsgrund

---

entsteht, wenngleich Nichtreparatur eines Gebäudes nicht Delict ist, doch eine unverkennbare Verwandtschaft hat mit der Verpflichtung auf Schadensersatz z. B. aus Zwang und Betrug. Man wird sich daher dem Vorwurf, das natürlich Zusammengehörige auseinandergerissen zu haben, nicht entziehen können, wenn man die Darstellung der condictiones sine causa und der negotiorum gestio nicht mit den Vertragsobligationen, die Darstellung der Lehre vom damnum infectum nicht mit den Delictsobligationen in Zusammenhang bringt. Wie weit man in der Anerkennung einer solchen Verwandtschaft gehen will, darüber zu entscheiden, wird in letzter Linie Sache des Tactes sein müssen. Daß eine solche Verwandtschaft nicht in allen Fällen vorhanden ist, z. B. bei der Alimentationsverbindlichkeit, bei der Verbindlichkeit aus den gesetzlichen Eigenthumsbeschränkungen, liegt auf der Hand; hieraus rechtfertigt sich die hier gemachte vierte Abtheilung (Nr. IV). Auch darüber wird man dem individuellen Ermessen die Entscheidung überlassen müssen, ob die Obligationen aus vertrags- und delictsähnlichen Gründen neben ihre Vorbilder unter den Vertrags- und Delictsobligationen gestellt, oder ob aus ihnen besondere Rubriken gebildet werden sollen. Hier ist der erste Weg in Betreff der Obligationen aus delictsähnlichen Gründen, der zweite in Betreff der Obligationen aus vertragsähnlichen Gründen gewählt worden (Nr. II). Die fünfte hier gemachte Abtheilung (Nr. V) endlich bildet einen Gegensatz zu allen vorhergehenden Abtheilungen; sie handelt von der möglichen Hinüberwirkung der in einer Person begründeten Obligation auf eine andere Person. — Es braucht nicht erst bemerkt zu werden, daß die hier entwickelte Anordnung in ihren Grundzügen dieselbe ist, welche in den Justinianischen Institutionen befolgt ist (obligationes ex contractu, quasi ex contractu — ex maleficio, quasi ex maleficio [vgl. § 302 [1]]). Die Anordnung in den heutigen Systemen ist eine sehr verschiedene, obgleich der Gegensatz zwischen Vertrags- und Delictsobligationen den meisten zu Grunde liegt (verwischt ist er in dem System von Heise, welches als Eintheilungsgrund den Inhalt der Leistung durchführt). Vgl. den Aufsatz von v. d. Pfordten Abhandlungen Nr. 4 (welcher seinerseits innerhalb des Gegensatzes zwischen Verträgen und Delicten unterscheidet, ob die begründende Thatsache einseitig oder zweiseitig wirkt), ferner Sintenis II § 95 [1], Bruns in v. Holtz. Encycl. I § 70.

Digitized by Google

gemacht hat. Sodann folgen: a) der Schenkungsvertrag — der Vertrag, welcher seinen Grund darin hat, daß Jemandem eine Vermögenszuwendung schlechthin gemacht werden soll; b) die Verträge auf Rückgabe — die Verträge, welche dadurch abgeschlossen werden, daß etwas mit der Auflage der Rückgabe hingegeben wird; c) die Verträge auf Umsatz, oder die Tauschverträge im weiteren Sinne, — die Verträge, durch welche der Umtausch eines Vermögenswerthes (Gutes), Sache oder Arbeit, gegen einen andern vermittelt werden soll. An sie schließt sich an d) der Gesellschaftsvertrag, welcher zwar ebenfalls auf gegenseitige Leistung gerichtet ist, aber in dem Sinne, daß jede Leistung allen Vertragschließenden zu Gute kommen soll. Sodann machen noch eine besondere Betrachtung nöthig: e) der Auftragsvertrag — der Vertrag, welcher zum Gegenstand eine Dienstleistung hat, die nicht als Tauschgegenstand verwerthet wird; f) die auf Beseitigung einer rechtlichen Ungewißheit gerichteten Verträge und endlich g) die Glücksverträge — die Verträge, in welchen die Gefahr eines Verlustes gegen die Möglichkeit eines Gewinnes übernommen wird[1].

A. Der reine Vertrag.

§ 364.

Der reine Vertrag ist der Vertrag, welcher sich von seinem Bestimmungsgrund losgelöst hat (§ 318 Ziff. 2, § 319). In dem reinen Vertrag gibt der Versprechende die Erklärung schlechthin ab, daß er zu dieser oder jener Leistung verpflichtet sein wolle, und diese Erklärung wird als eine so gemachte von dem Empfänger des Versprechens angenommen. In Folge davon ist der Grund, welcher den Versprechenden zu dem Versprechen bestimmt hat, nicht maßgebend für den Inhalt der Leistung, auf welche durch das Versprechen eine Verbindlichkeit für ihn begründet worden ist; dieser Inhalt muß lediglich aus dem Wortlaut der schuldnerischen Erklärung entnommen werden[1], obgleich andererseits Auslegung dieser Erklärung, d. h. Dar-

[1] Auch bei der Anordnung der einzelnen Verträge ist möglichst Rücksicht genommen worden auf die Stellung, welche sie im Leben einnehmen. Diesem Gesichtspunkt gegenüber ist selbst die Scheidung der Verträge in einseitige und zweiseitige (gegenseitige) nicht aufrecht erhalten worden. Es scheint mir z. B. auf der Hand zu liegen, daß der Schiedseidvertrag mit dem Vergleich zusammengehört, obgleich jener ein einseitiger und dieser ein gegenseitiger Vertrag ist. Vgl. Bruns a. a. O. § 71. § 363.

[1] Aus dem reinen Vertrag wurde bei den Römern eine actio stricti iudicii (iuris) gegeben, d. h. der iudex wurde auf ein oportere schlechthin verwiesen, § 364.

Digitized by Google

legung des mit den gebrauchten Worten wirklich Gemeinten, nicht ausgeschlossen ist[2]. Ebensowenig ist der Bestimmungsgrund des Versprechens maßgebend für die Existenz der durch den Vertrag zu begründenden Verbindlichkeit; es kann nur bei Ermangelung des Bestimmungsgrundes, d. h. wenn die Vorstellung von demselben der Wirklichkeit nicht entspricht, das Versprechen nach den Grundsätzen der Lehre von der Voraussetzung (I § 97 fg.) angefochten werden. Daß eine bestimmte Form für die Gültigkeit des reinen Vertrages nicht erforderlich ist, und ebensowenig Namhaftmachung des Bestimmungsgrundes, ist bereits oben (§ 319[2], § 318[4]) bemerkt worden, so wie daselbst auch schon der Zweifel zurückgewiesen worden ist, ob der reine Vertrag für das heutige Recht überhaupt als rechtsverbindlich anerkannt werden dürfe (§ 318[3]). Einen Anwendungsfall des reinen Vertrages bildet auch das Schuldbekenntniß, wenn dasselbe zum Zwecke der Begründung einer Verpflichtung abgegeben wird[3]. Unter allen Anwendungsfällen des reinen Vertrages aber würden für das heutige Recht die ohne allen Vergleich wichtigsten die Geschäfte auf Begründung einer Inhaberpapier- und Ordrepapierforderung sein, wenn die Vertragsnatur dieser Geschäfte[4] unzweifelhaft feststünde.

[Das BGB. behandelt unter dem Namen „Schuldversprechen" den Vertrag, durch den eine Leistung in der Weise versprochen wird, daß das Versprechen die Verpflichtung selbständig begründen soll. Es ist schriftliche Ertheilung des Versprechens erforderlich (780). Die Annahme muß nicht schriftlich sein. § 780 behält stärkere Formen auf Grund besonderer Bestimmungen vor. Solche stärkere Formen können sich aus dem Gegenstande des Versprechens ergeben

---

während bei den individuell charakterisirten Verträgen der Nothwendigkeit, den eigentlichen Inhalt der schuldnerischen Verpflichtung mit Rücksicht auf den Bestimmungsgrund des Vertrages festzustellen, dadurch Rechnung getragen wurde, daß dem iudex durch Verweisung auf ein oportere ex fide bona eine größere Freiheit des Ermessens eingeräumt wurde.

[2] Auslegungen von Stipulationen finden sich in unseren Quellen zahlreich. Vgl. z. B. l. 8. l. 41 pr. l. 81 pr. l. 64. l. 118 § 1. l. 122 § 4. l. 126 § 2 l. 135 pr. D. 45, 1, l. 4 pr. D. 22, 1. Vgl. auch Bähr Anerkennung § 17. S. auch III § 647[4].

[3] Nicht zum Zwecke der Feststellung einer bestehenden Verpflichtung. Also wenn es abgegeben wird in Kenntniß davon, daß eine Verpflichtung nicht bestehe, oder daß die bezeugte verpflichtende Thatsache (z. B. Empfang eines Darlehns) nicht wahr sei. Vgl. § 412a[2] a. E., § 412b[1]. Auch § 354[2]. Bähr Anerkennung 2. [u. 3.] Aufl. § 62a. Sf. V. 127 (§ 370[11]), XIII. 17, XVI. 255, XVII. 236.

[4] S. § 304[11].

Digitized by Google

(313), aber auch aus seinem Rechtsgrunde. Das Schuldversprechen ist nämlich von seinem Rechtsgrunde keineswegs völlig unabhängig. Es unterliegt vielmehr denjenigen absoluten Schranken eines Rechtsgeschäftes, welche bei Obwalten einer bestimmten causa maßgebend sind, sobald ihm thatsächlich eine solche causa zu Grunde liegt (denn anderen Falls wären diese Vorschriften der Umgehung auf die leichteste Weise ausgesetzt). Dieß gilt von der Formvorschrift des § 518, wie von den materiellen Vorschriften der §§ 656 Abs. 2. 762—764. Ferner ist die Eingehung einer abstracten Verbindlichkeit eine Leistung, welche der Rückforderung aus § 812 fg. (Anspruch auf Aufhebung der Verbindlichkeit) unterliegt, wenn es ihr an einem rechtlichen Grunde fehlt. Unter der gleichen Voraussetzung ist die Einrede des § 821 begründet. Es muß aber der Schuldner beweisen, welche causa dem Versprechen zu Grunde liegt, wenn er aus Mängeln dieser causa oder aus jenen absoluten Vorschriften sich vertheidigen will. — Vgl. Collatz Jahrb. f. Dogm. XL S. 127 fg.]

B. Schenkung*.

1. Begriff.

§ 365.

Schenkung im weiteren Sinne ist jede nicht testamentarische[1] Vermögenszuwendung[2], durch welche a) das Vermögen des Empfängers

* Inst. 2, 7 Dig. 39, 5 Cod. 8, 53 [54] de donationibus. — v. Meyerfeld die Lehre von den Schenkungen nach r. R. 1. Band 1835, 2. Band 1. Abth. 1837, Savigny System IV § 142—176, Schilling Lehrbuch f. Institutionen und Geschichte des r. Privatr. III S. 741—977, Vangerow I § 121—125, Sintenis I § 23. II § 110, Böcking I § 106, Wächter II § 196, Unger II § 95—99, Dernburg II § 106—108, Bekker II § 102—104. Vgl. auch Unterholzner II S. 494 fg. Zur Geschichte der Schenkung: Jhering der Zweck im R. I S. 273 fg. (2. Aufl. S. 276 fg.). [Ascoli il concetto della donazione (Studi e documenti di storia e diritto XIV p. 242 s. 1893), Perozzi Arch. giur. LVIII p. 313 s. 527 s. Ascoli ib. LIX p. 42 s. Derselbe trattato delle donazioni. Firenze 1898 (ital. R. mit Berücksichtigung des r. R.)] [[Burckhard die Stellung der Schenkung im Rsystem. Würzb. Festg. f. Leist 1891]], [Derselbe über Schenkungsannahme. Würzb. Festg. f. Jhering 1892, Derselbe zum Begriff der Schenkung Würzb. Festgabe f. Bekker 1899. (Dogmengeschichte S. 76 fg.).]

[1] Im uneigentlichen Sinne wird auch das Vermächtniß eine Schenkung genannt. L. 36 D. 31, § 1 I. 2, 20. § 365.

[2] In uneigentlichem Sinne wird auch von einer Schenkung der Freiheit, der Civität gesprochen. Meyerfeld § 7[1]; Gai. I, 94, III, 20. Ebenso uneigentlich ist es, wenn in l. 14 D. 43, 26 das Precarium unter den Gesichtspunkt der Schenkung gestellt wird (vgl. auch l. 17 § 3 D. 13, 6), da in dem Gewähren des Gebrauchs einer Sache, wenn nicht dadurch dem Empfänger eine Ausgabe erspart wird, die er sonst gemacht haben würde ([14]), wenngleich eine Dienserweisung, doch keine Vermögenszuwendung liegt. Wie mit der Gewährung des Gebrauchs von Sachen, verhält es sich auch mit der Gewährung des Gebrauchs von Diensten oder mit der Leistung von Diensten, vorausgesetzt daß durch dieselben

Digitized by Google

vermehrt wird[3]; b) deren Bestimmungsgrund für den Zuwendenden die Absicht ist, das Vermögen des Empfängers zu vermehren[4]; und

---

nicht Eigenthum verschafft (Specification) oder vorhandenes Eigenthum im Werth gesteigert wird (l. 31 pr. § 1 D. 24, 1). Vgl. auch Voigt condictiones ob causam S. 426. 429. 430. Sf. XXIII. 130. [Vgl. Ascoli concetto p. 354 s., trattato p. 154 s., Burckhard Begriff S. 33 fg.]

[3] Eine Vermögenszuwendung enthält eine Vermehrung des Vermögens (Bereicherung) des Empfängers dann nicht, wenn sie mit einer entsprechenden Vermögensaufopferung für denselben verbunden ist. Von dieser Art ist das Leisten des Schuldners an den Gläubiger zum Zweck der Erfüllung seiner Verbindlichkeit (über den Fall der natürlichen Verbindlichkeit s. § 288[8], § 289[5. 10]); das Leisten gegen entsprechende Gegenleistung oder mit Auferlegung einer solchen (ist die Gegenleistung nicht ensprechend, so liegt theilweise Schenkung vor, l. 38 D. 18, 1, l. 5 § 5 D. 24, 1 vgl. Bekker S. 201[a] [Sf. XLVIII. 27; über das negotium mixtum donatione s. auch Lammfromm (§ 370*) S. 132 fg.]); das Leisten mit Auferlegung der Rückgabe des Empfangenen an den Geber (z. B. Darlehn), oder der Weitergabe an einen Dritten (s. darüber l. 5 § 9 D. 23, 3, l. 49 D. 24, 1, vgl. l. 34 eod.), oder einer sonstigen Wiederausscheidung aus dem Vermögen (z. B. Freilassung des geschenkten Sclaven, l. 18 § 1 D. 39, 5); das Leisten unter der Bedingung der Wiederausscheidung aus dem Vermögen des Empfängers, so daß das Gegebene erst in und mit der Wiederausscheidung in das Vermögen des Empfängers eintreten soll (in dieser Weise wird aufrechterhalten die an und für sich ungültige Schenkung zum Zweck der Wiederausscheidung, l. 5 § 8—12 D. 24, 1, l. 7 § 8. 9. l. 8. l. 9 pr. eod., l. 22 C. 5, 16, Ulp. VII, 1, Paul. sentent. II, 23 § 2). In den zuletzt genannten Fällen kann aber eine Bereicherung für den Empfänger durch den Genuß der Zwischenzeit oder die Ersparung einer Ausgabe bewirkt werden. S. l. 18 § 1 D. 39, 5, l. 49 D. 24, 1 und Note [14]. — Eine Bereicherung liegt ferner nicht darin, daß einem Gläubiger für das, was er zu fordern hat, Bürgschaft geleistet oder ein Pfand gegeben wird, selbst dann nicht, wenn der Schuldner insolvent ist (es würde ja auch keine Bereicherung des Gläubigers sein, wenn demselben für den insolventen Schuldner sogleich gezahlt würde). Ebensowenig liegt eine Bereicherung des Schuldners darin, daß der Gläubiger ihm das bestellte Pfand erläßt. L. 1 § 19 D. 38, 5; l. 1 § 1 D. 20, 6, l. 18 D. 42, 8, l. 11 C. 4, 29. Vgl. Dernburg Pfandr. I S. 169—174, Bekker II S. 179 B. c.

[4] Schenkung ist die Bereicherung um der Bereicherung willen. Dasjenige, was durch die Bereicherung erreicht werden soll, ist nicht etwas außer ihr Liegendes, sondern eben das Reicherwerden des Empfängers. In diesem Sinne enthält jede Schenkung eine „liberalitas". L. 1 pr. D. 39, 5. „Dat aliquis . . propter nullam aliam causam . . quam ut liberalitatem et munificentiam exerceat; haec proprie donatio appellatur". S. auch l. 1 § 1 eod. Es ist aber mit dem Bestimmungsgrund der Bereicherung, welcher dieselbe zur Schenkung macht, nicht zu verwechseln der Bestimmungsgrund der Schenkung selbst, d. h. der Grund, aus welchem die Absicht gefaßt wird, einen Andern zu bereichern, um ihn zu bereichern. Dieser Grund kann möglicherweise Wohlwollen gegen den Empfänger sein; aber auch die Erwartung, daß dadurch ein egoistischer Zweck werde gefördert werden, oder Eitelkeit, oder die Macht der öffentlichen Meinung, oder widerrechtlicher Zwang, oder irgend ein anderer — für den Begriff der Schenkung ist das gleichgültig. Das Gesagte läßt sich auch so ausdrücken: die

Digitized by Google

die c) von dem Empfänger als eine in dieser Absicht gemachte angenommen wird[5]. Im engeren Sinne[5a] ist Schenkung nur diejenige

---

Schenkung ist eine Bereicherung, deren erste Absicht das Reicherwerden des Empfängers ist [hiergegen Burckhard Begriff S. 43 fg.]; auf die hinter dieser Absicht stehenden ferneren Absichten kommt es nicht an (I § 98). Vgl. RG. XIV S. 193. [XXXVI S. 286.] — Beispiele von Fällen, in denen zwar eine Bereicherung vorliegt, aber keine Schenkung, weil die erste Absicht der Bereicherung nicht auf das Reicherwerden des Empfängers gerichtet ist, sind folgende: Leistung condicionis implendae gratia (Absicht: Erwerb der ausgesetzten testamentarischen Zuwendung); vergleichsweiser Erlaß eines Theils der Forderung (Absicht: sich die Leistung des übrigen Theils zu sichern); Verkauf einer Sache unter ihrem Werth aus Unkenntniß oder aus Noth; Accord im Concurse vgl. Bekker II S. 199; Garantievertrag (vgl. Stammler ACPra. LXIX S. 51. 80. 99). S. auch l. 19 § 6 D. 39, 5. Sf. XXIII. 129a, XXVI. 96. 129. Gehört auch das Geben einer Dos hierher? S. § 492 [4]. — E. Zimmermann Beiträge zur Theorie der condictio indebiti (Gießen 1868) S. 32 fg. ist der Ansicht, daß Schenkung ausgeschlossen sei auch in allen Fällen, wo Jemand in freiwilliger Anerkennung einer nicht (weder naturaliter noch civiliter) zu R. bestehenden Verbindlichkeit leiste. Ich halte das für eine gefährliche und unbewiesene Lehre. Soll in solchen Fällen etwa auch den Gläubigern actio Pauliana gegen den redlichen Erwerber versagt sein? Eine Leistung dieser Art hat in der That zur ersten Absicht die Bereicherung des Empfängers, und die Absicht der Pflichterfüllung ist nur Motiv der Schenkung, wie sonst Wohlwollen oder Ruhmredigkeit oder dgl. Ueber l. 34 § 1 D. 39, 5 und l. 5 § 15 D. 24, 1 s. § 289 [4. 5], § 369 [11]. — Die Quellen bezeichnen die zur Schenkung nöthige Absicht einfach als donandi animus. Vgl. Meyerfeld I S. 7. 8. Eine sehr ungenügende [Burckhard Begriff S. 125 fg.] Begriffsbestimmung gibt l. 29 pr. D. 39, 5. (l. 82 D. 50, 17): „Donari videtur, quod nullo iure cogente conceditur". Danach wäre z. B. auch das Geben eines Darlehns Schenkung. [Zum Begriff der Unentgeltlichkeit: RG. XXVII S. 337 fg., XXXIII S. 167 fg., XLI S. 170, Sf. XLVIII. 27, L. 16. 245, Unentgeltlichkeit und animus donandi: Ascoli concetto p. 301 s., trattato p. 78 s., Unentgeltlichkeit: Burckhard Begriff S. 24 fg. 126 fg., gegen animus don. als besonderes Erforderniß: Derselbe Begriff S. 131 fg.]

[5] Die Schenkung ist also ein Vertrag. L. 19 § 2 D. 39, 5. „Non potest liberalitas nolenti adquiri". L. 18 pr. D. 12, 1. „Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dedero, tu quasi mutuam accipias, Iulianus scribit, donationem non esse". A. M. Meyerfeld § 6, Savigny § 160, welche die Ansicht vertreten, daß die Schenkung Annahme von Seiten des Beschenkten nur insofern erfordere, als ohne Annahme die Vermögenszuwendung, durch welche die Schenkung vollzogen wird, nicht zu Stande kommen kann, also allerdings z. B. die Schenkung durch Eigenthumsübertragung (l. 10 D. 39, 5, l. 55 D. 44, 7), nicht aber z. B. die Schenkung durch Bezahlung einer fremden Schuld (l. 7 § 7. l. 50 pr. D. 24, 1 in Verbindung mit l. 23 D. 46, 3), durch Nichtunterbrechung einer Verjährung (l. 5 § 6 D. 24, 1), durch absichtlich schlechte Führung eines Processes (l. 5 § 7 eod.); vgl. auch Schilling § 349 Nr. 3, H. Pernice (§ 367 [1]) S. 16. 17, Sf. II. 45. [Lenel ACPra. LXXIX S. 67 fg.] Gegen diese Ansicht haben sich ausgesprochen: Puchta Instit. II § 205 [p], Böcking a. a. O. [12], Unger S. 195—197, Vangerow I § 121

Digitized by Google

Vermögenszuwendung der bezeichneten Art, durch welche zugleich das Vermögen des Zuwendenden in entsprechender Weise vermindert wird[6].

Anm. Nr. III, Brinz 1. Aufl. S. 1546, [[Hölder Pand. S. 289.]], Sf. XXVI. 129. Ich halte für entscheidend nicht die citirte l. 19 § 2 D. 39, 5, die allenfalls von dem gewiß gewöhnlichsten Fall der Schenkung, der Schenkung durch Eigenthumsübertragung, verstanden werden kann, auch nicht l. 44 D. 24, 1, wo die entscheidenden Worte („et hoc et mulier noverit") auf eine Eigenthumsübertragung (nach I § 172 [22]) hinweisen („interrumpetur possessio", im Gegensatz zu l. 5 § 6 eod., wo die Verjährung fortläuft, Savigny S. 576): wohl aber die citirte l. 18 pr. D. 12, 1, deren Erklärung durch Savigny (S. 157 *vv.* Ein zweiter Irrthum), wie mir scheint, offensichtlich ungenügend ist. Dieser Stelle gegenüber müssen sich l. 5 § 6. 7. l. 7 § 7. l. 50 pr. D. 24, 1 die Hineintragung gefallen lassen, daß die Annahme des Beschenkten in ihnen vorausgesetzt werde. Vgl. l. 46 pr. D. 23, 3. A. Pernice Sav.-Z. IX S. 215—217. Bekker II S. 182 fg. [Für Nothwendigkeit der Annahme RG. XXVI S. 18 fg., Ascoli concetto p. 249 s., trattato p. 39 s., Burckhard Schenkungsannahme, jedoch mit der Maßgabe (S. 138 fg.), daß an die nicht acceptirte Schenkungsabsicht sich gewisse Wirkungen knüpfen können (l. 18 D. 12, 1: keine Rückforderung, quia secundum voluntatem dantis nummi sunt consumti, Ausschluß der actio neg. gestor. contraria u. s. w.). S. auch denselben Begriff S. 122 fg. 128 fg. 145.]

[5a] Das juristische Interesse des Begriffs der Schenkung im engeren Sinn liegt darin, daß nur auf die letztere sich die positiven Beschränkungen der Schenkung (§ 367) beziehen. Sf. XXXIV. 206. [Gegen einen einheitlichen Begriff der Schenkung im engeren Sinne wendet sich (wie mir scheint, mit Recht) Burckhard Begriff S. 7 fg. (s. auch Annahme S. 2 fg.). Es ist nach Burckhard auszugehen von dem ökonomischen Schenkungsbegriff der unentgeltlichen Zuwendung (S. 29 fg.). Auszuscheiden ist davon als unter den rlichen Schenkungsbegriff nicht gehörig dasjenige, was keinen nennenswerthen Einfluß auf die Vermögensverhältnisse hat (S. 30 fg.). [Diesem Punkt möchte ich nicht beitreten. Ist die dem Bettler geschenkte Kupfermünze wirklich rechtlich gleichgültig geschenkt?] Im Uebrigen ist für den einzelnen Rsatz zu untersuchen, welchen Schenkungsbegriff er zu Grunde legt (S. 29 fg. 71 fg. 107 fg.). Dabei kann man von einem Minimum der Voraussetzungen ausgehen (unentgeltliche Verfügung [S. 113]), bei deren Vorliegen mindestens ein Schenkungssatz anwendbar ist, vorbehältlich der Untersuchung, welche Voraussetzungen für die Anwendung anderer hinzukommen müssen (S. 111 fg.), oder von einem Maximum der Voraussetzungen (unentgeltliche Eigenthumsübertragung [S. 114]), bei deren Vorliegen alle Schenkungssätze anwendbar sind, vorbehältlich der Untersuchung, welche unter ihnen sich mit weniger begnügen (S. 113 fg.). Die geschichtliche Entwickelung weist auf die letztere Betrachtungsweise (S. 114 fg.). Schlußergebniß S. 145.]

[6] Durch welche, wie der Empfänger „locupletior", so der Geber „pauperior" wird. L. 25 D. 24, 1: — „nam ius constitutum ad eas donationes pertinet, ex quibus et locupletior mulier et pauperior maritus in suis rebus fit". L. 5 § 8. 16 D. eod. Schenkung im engeren Sinn ist daher nicht die Ausschlagung oder sonstige Verhinderung eines Erwerbes, um den Gegenstand desselben einem Andern zuzuwenden oder nicht zu entziehen: l. 5 § 13. 14. l. 31 § 7 D. 24, 1. Vgl. l. 1 § 6 D. 38, 5, l. 6 pr. — § 5 D. 42, 8. [Sf. L. 26.] Wie aber, wenn Jemand auf die Nutzung eines Vermögensstückes zu Gunsten eines

Digitized by Google

Die Vermögenszuwendung, durch welche die Schenkung vollzogen wird, kann in der verschiedensten Weise erfolgen; im Einzelnen: durch Verschaffung des Eigenthumsrechts[7], Verschaffung eines Rechts an fremder Sache[8], Verschaffung des Besitzes[9], Verschaffung eines Forderungsrechts[10], Befreiung von einer Eigenthumsbeschränkung[11], Befreiung von einer Schuld[12]. Auch dadurch kann eine Schenkung

---

Andern verzichtet: liegt auch darin keine Vermögensverminderung? Das Verhältniß ist hier doch ein anderes: das Vermögen ist dazu da, Ertrag zu gewähren, und gewährt ihn mit einer derartigen Sicherheit, daß auch der künftige Ertrag gleichsam schon jetzt Vermögensbestandtheil ist. So wird denn auch der Verzicht auf die Nutzung als Schenkung im engeren Sinne behandelt in l. 9 § 1 (auch wohl im pr.) D. 39, 5, l. 20 C. 5, 12, l. 8 C. 5, 16, l. 49 D. 24, 1, l. 21 § 1. l. 54 D. eod.; abweichend freilich entscheiden in Betreff der Zinsen l. 23 pr. D. 39, 5. (vgl. übrigens auch Unger § 95 [17]), l. 31 § 6 D. 24, 1. Bekker II S. 181. Eine andere Frage ist es, ob auch dasjenige, was der Beschenkte von dem geschenkten Gegenstand an Nutzungen zieht, als Schenkung angesehen werden soll; die Frage ist deßwegen eine andere, weil auf diese Nutzungen der Schenkungswille wenigstens nicht unmittelbar gerichtet war. Diese Frage wird denn auch verneint in l. 9 § 1. l. 11 D. 39, 5., l. 7 § 3 i. f. l. 15 § 1. l. 16. l. 17 pr. D. 24, 1, l. 9 § 1 eod., l. 62 D. 24, 3; nur für die fructus industriales wird sie verneint in l. 45 D. 22, 1, bejaht für den Sclavenerwerb in l. 17 § 1 D. 24, 1 (l. un. C. 5, 19 handelt gar nicht von diesem Fall, sondern von der Schenkung der Nutzung als solcher). Vgl. Savigny S. 35 fg., Göppert organische Erzeugnisse S. 270 fg.

[7] Der häufigste und wichtigste Fall der Schenkung, weßwegen die Institutionen die Schenkung geradezu als Eigenthumserwerbart darstellen. [Burckhard Begriff S. 51 fg.; alles andere spätere Erweiterung: S. 57 fg.] (Verschaffung des Eigenthums durch Specification: l. 31 pr. D. 24, 1.)

[8] L. 17 D. 8, 4, l. 1 § 7 D. 43, 18, § 3 l. 3, 24.

[9] Daß auch in der Verschaffung des bloßen Besitzes eine Schenkung liegen könne, sagt l. 46 D. 24, 1. „Inter virum et uxorem nec possessionis ulla donatio est", d. h. der Ehegatte, welcher dem andern Ehegatten eine fremde Sache schenkt, kann den Besitz derselben zurückfordern (condicere, l. 6 eod., vgl. l. 1 § 4 D. 41, 2). Auch in anderen Beziehungen wird der bloße Besitz als Vermögensvermehrung, und auf Grund davon als Gegenstand der Rückforderung behandelt, s. § 421 [7]. Vgl. hierzu Brinz 1. Aufl. S. 654 [2. Aufl. I S. 446 fg.], Randa der Besitz nach österr. Recht § 3 [21]. — Zu der cit. l. 46 D. 24, 1 stimmen l. 25 eod. und l. 3 D. 41, 6 insofern nicht, als in diesen Stellen die Schenkung einer fremden Sache als mögliche Grundlage der Ersitzung deßwegen bezeichnet wird, weil eine solche Schenkung den Schenkenden nicht ärmer und den Empfänger nicht reicher mache, und daher zwischen Ehegatten gültig sei. S. darüber I §. 178 [7].

[10] Gegen den Schenker oder gegen einen Dritten. Ueber den zweiten Fall s. l. 2 pr. § 1. 2. l. 21 § 1. l. 33 § 3 D. 39, 5, l. 11 C. 8, 53 [54], l. 52 § 1 D. 24, 1; l. 34 pr. D. 39, 5, l. 11 D. 33, 4; l. 35 § 2 D. 39, 5 (vgl. § 313 [2. 6]); l. 33 i. f. D. 23, 3, l. un. § 13 C. 5, 13; l. 2. 3. 33 C. 8, 53 [54].

[11] L. 17 D. 8, 4.

Digitized by Google

vollzogen werden, daß die Sache eines Andern werthvoller gemacht oder gegen eine Werthminderung geschützt wird[13]; ferner dadurch, daß ihm eine Ausgabe erspart wird[14]. Ob die Vermögensvermehrung unmittelbar hervorgebracht wird oder durch Inbewegungsetzung von Mittelgliedern, ist gleichgültig[15]; von der letzteren Art ist im Besonderen der Fall, wo der Schenker dem zu Beschenkenden durch die Leistung eines Andern verschafft, was er ihm schenken will[16]. Ebenso ist es gleichgültig, ob die Vermögensvermehrung unmittelbar in der Person des Beschenkten hervorgebracht wird, oder in der Person eines Dritten[17].

---

[13] L. 17 D. 39, 5, l. 1 § 1 D. 20, 6; l. 7 § 7. l. 50 pr. D. 24, 1, l. 21 pr. D. 39, 5, l. 5 § 5 D. 44, 4, l. 33 D. 46, 2; l. 31 § 1. 4 D. 39, 6.

[14] L. 14 D. 39, 5, l. 2 i. f. C. 3, 32; l. 31 § 1 D. 24, 1 (erster Fall: in demselben ist Schenkung vorhanden, aber keine verbotene Schenkung zwischen Ehegatten, l. 28 § 2 eod.), l. 31 § 10 eod. ([14]).

[14] L. 9 pr. D. 39, 5. „In aedibus alienis habitare gratis, donatio videtur. Id enim ipsum capere videtur qui habitat, quod mercedem pro habitatione non solvit". Sf. XXIII. 130. — Eine strengere Auffassung wird jedoch in Betreff des Verbotes der Schenkung zwischen Ehegatten durchgeführt, l. 5 § 8 D. 24, 1: — „nec movit quemquam, quod emeret, nisi a marito accepisset; nam etsi pauperior ea fieret, nisi maritus dedisset, non tamen idcirco fit locupletior, quod non expendit", vgl. auch l. 5 § 17 eod. Bei der Bestimmtheit, mit welcher l. 5 § 8 cit. redet, darf aus l. 50 § 1 eod. vv. quod aliter emturus non fuit ein argumentum a contrario nicht gezogen werden. In Widerspruch steht auch nicht l. 31 § 10 D. eod., welche Stelle es für eine verbotene Schenkung erklärt, wenn der Mann die Ernährung der Sclaven der Frau aus seinem Vermögen besorgt. Die Bereicherung der Frau besteht hier nicht in der ihr ersparten Ausgabe, sondern darin, daß sie gegen den Verlust der Sclaven geschützt wird. — Savigny (§ 151 [5]) will die Ersparung einer Ausgabe überhaupt nur dann als Schenkung anerkennen, wenn die Ausgabe eine nothwendige sei. Er beruft sich auf l. 47 § 1 D. 46, 3, welche Stelle aber von nothwendigen Ausgaben nur in dem Sinne spricht, daß es bei ihnen sicher ist, daß sie ohne die Dazwischenkunft des Dritten aus eigenem Vermögen gemacht worden sein würden.

[15] Beispiele mittelbarer Hervorbringung der Vermögensvermehrung: Gewährung der Befugniß, die Früchte einer Sache oder die Zinsen eines Kapitals für sich zu ziehen (l. 9 § 1. l. 6 D. 39, 5, l. 9 pr. eod.); absichtliche Führung eines Processes in der Weise, daß ein ungünstiges Urtheil erfolgen muß (l. 5 § 7 D. 24, 1, l. 1 § 7 D. 38, 5); Nichtunterbrechung einer Verjährung (l. 5 § 6 D. 24, 1, vgl. l. 3 § 1 D. 42, 8; über l. 44 D. 24, 1 s. oben Note [5] und Savigny ZS. f. gesch. RW. I S. 270 fg. und System IV S. 570 fg., Bacher ACPra. XLVI S. 184 fg.; vgl. übrigens auch im Allgemeinen Savigny System IV Beil. IX).

[16] L. 34 § 7 D. 46, 3, l. 19 § 3 D. 39, 5, l. 21 § 1 D. eod., l. 2 § 2. l. 33 § 3 eod. Vgl. § 412 [9].

[17] L. 9 pr. D. 12, 4, l. 15 § 2 D. 18, 1, l. 21 pr. l. 2 § 2. l. 33 § 3 D. 39, 5. Vgl. § 412 [9].

Digitized by Google

Ueber die Gründe, welche die hier angenommene Stellung der Schenkung im Systeme rechtfertigen, s. die Note [18].

[Auch das BGB. behandelt die Schenkung unter den einzelnen Schuldverhältnissen (516 fg.). Nach ihm ist Schenkung eine Zuwendung, durch die Jemand aus seinem Vermögen einen Andern bereichert, wenn beide Theile darüber einig

[18] Die Institutionen stellen, wie bemerkt ([7]), die Schenkung in die Lehre vom Eigenthumserwerb. Dieß ist gewiß unrichtig, da die Schenkung, auch abgesehen davon, daß sie nicht bloß durch Eigenthumsübertragung vollzogen werden kann, eben nur durch Eigenthumsübertragung vollzogen werden kann, nicht aber Eigenthumserwerbart ist. Nach der jetzt herrschenden Meinung soll die Schenkung in den allgemeinen Theil des Systems (in die allgemeine Lehre von den Rgeschäften) gehören. Diese Ansicht ist zuerst von Puchta (System des gemeinen Civilr. [1832] § 35) aufgestellt und durch Savigny a. a. O. S. 2 fg. zur fast allgemeinen Anerkennung gebracht worden; ihr folgen Sintenis I S. 199 [1], Vangerow I § 121 Anm. a. E., Arndts § 80 Anm. 5, Keller S. 123, Brinz 1. Aufl. § 350 [vgl. 2. Aufl. IV S. 245 fg. 251], Unger S. 200, und als richtig erkennt sie auch Schilling S. 782 an. [[Hölder Pand. S. 288. Auch Burckhard Stellung (*) kommt zu dem Ergebniß, daß die Stellung der Schenkung im allg. Theil die besseren Gründe für sich habe.]] Trotz dieser Autoritäten kann ich mich von ihrer Richtigkeit nicht überzeugen. Sie stützt sich darauf, daß die Schenkung nicht „ein einzelnes Rgeschäft" sei, sondern ein „allgemeiner Charakter, welchen die verschiedensten Rgeschäfte annehmen können" (Savigny S. 3). Ich möchte zunächst fragen, ob man, wenn man nicht für die Lehre von der Dos einen auch meiner Ansicht nach durchaus passenden Platz im Familienre hätte, sie ebenfalls in den allgemeinen Theil zu stellen geneigt sein würde? Und doch gilt für die Bestellung einer Dos ganz das Gleiche, wie für die Schenkung; auch sie kann durch Acte der verschiedensten Art vollzogen werden. Aber man nehme auch nur den Kauf; kann man nicht verkaufen, so gut wie eine Sache, auch eine Dienstbarkeit, eine Forderung, eine Liberation? Man sage nicht, daß der Verkauf das Versprechen einer Vermögensleistung sei, nicht eine Vermögensleistung. Der Verkauf ist an und für sich nicht das Eine und nicht das Andere. Der Verkauf ist die Erklärung, daß man — gegen ein Aequivalent in Geld — ein Stück aus seinem Vermögen ausscheide und in das Vermögen des Käufers hineinsetze. Genügt diese Erklärung zur Bewirkung der gewollten Vermögensversetzung, so ist der Kauf wirkliche Vermögensleistung; genügt sie nicht, so begründet der Kauf die Verpflichtung, zu der abgegebenen Erklärung zu stehen und dasjenige hinzuzuthun, was zur Realisirung der in ihr bezeichneten Vermögensversetzung erforderlich ist (also z. B. wenn eine körperliche Sache verkauft worden ist, Tradition). Und nicht anders verhält es sich mit der Schenkung. Auch die Schenkung enthält die Erklärung einer Vermögensversetzung, nur nicht einer Vermögensversetzung gegen eine Gegenleistung, und die Schenkung ist wirkliche Bewirkung der Vermögensversetzung oder Sichanheischigmachen zur Bewirkung derselben unter den nämlichen Voraussetzungen, unter welchen der Kauf es ist. Die Schenkung ist gerade so sehr und gerade so wenig „ein allgemeiner Charakter" von Rgeschäften, wie der Kauf es ist; d. h. sie ist es nicht, wie der Kauf es nicht ist, sie ist ein „concretes", ein „einzelnes" Rgeschäft, wie dieser. Indem man die Schenkung einen allgemeinen Charakter nennt, welchen „die verschiedensten Rechtsgeschäfte" annehmen können, kehrt man, wie mir scheint, das wahre Verhältniß geradezu um.

Digitized by Google

sind, daß die Zuwendung unentgeltlich erfolgt (516 Abs. 1), eine Definition, durch welche freilich nicht alle bisherigen Streitfragen erledigt werden. Anerkannt ist damit die Vertragsnatur der Schenkung (s. [5]); sie findet ihre Bestätigung in der Vorschrift des § 516 Abs. 2, aus welcher ebenso wie aus dem Einigsein des Abs. 1 deutlich hervorgeht, daß grundsätzlich Annahme der Schenkung erforderlich ist. Wenn nämlich Jemand einem Andern eine Zuwendung hinter dessen Rücken gemacht hat (z. B. durch Schuldzahlung [267]), so kann er ihn unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Erklärung über die Annahme auffordern. Wird nicht innerhalb der Frist die Ablehnung erklärt, so gilt die Schenkung als ange-

---

Diese verschiedensten „Rgeschäfte" sind nichts real Existirendes; es wird nie eine Eigenthumsübertragung, eine Forderungsbegründung, eine Liberation als solche gemacht; in der Wirklichkeit gibt es nur Eigenthumsübertragungen ꝛc. aus diesem oder jenem Bestimmungsgrund, mit diesem oder jenem „Charakter". Der „Charakter" ist es, welcher den Act aus der Abstraction in die Realität hinüber zieht, und einer dieser möglichen Realität schaffenden „Charaktere" ist die Schenkung. Vgl. hierzu auch v. Salpius Novation und Delegation S. 215 fg., Fitting ACPra. LII S. 389 fg., Brinz 1. Aufl. S. 1542 [IV S. 245], Hofmann die Lehre vom titulus und modus adquirendi etc. S. 81 fg., Lotmar über causa im r. R., § 21 fg. 45 fg., Karlowa Rgeschäft S. 175, v. Bothmer ACPra. LXI S. 368. — Aus diesen Gründen bin ich zu derjenigen Stellung der Schenkung im System zurückgekehrt, welche vor Puchta und Savigny die gewöhnliche war, und stellte sie unter dem Gesichtspunkt eines Obligationen erzeugenden Rgeschäfts dar. Man darf dabei nur nicht vergessen, was soeben hervorgehoben wurde, daß die Schenkung nicht bloß dann eine Verbindlichkeit zu erzeugen im Stande ist, wenn sie äußerlich als Versprechen auftritt. Auch jede andere Schenkung erzeugt möglicherweise eine Verbindlichkeit — sobald nämlich der Effect der Schenkungserklärung dem Inhalt der Erklärung nicht entspricht. Möglicherweise, wenn ein solches Entsprechen vorliegt, erzeugt sie eine Verbindlichkeit nicht; aber möglicherweise, in demselben Fall, erzeugt auch der Kauf eine Verbindlichkeit nicht. Nun kommt allerdings hinzu, daß dasjenige, was von der Schenkung, abgesehen von der durch sie erzeugten Verbindlichkeit, rechtlich auszusagen ist, an Umfang und Wichtigkeit das über die Schenkungsverbindlichkeit zu Sagende übertrifft; aber diese Inconcinnität ist eben nicht zu vermeiden. Würde man, wenn es in Betreff des Darlehns außer dem SC. Macedonianum noch drei oder vier andere beschränkende Vorschriften gäbe, die Lehre vom Darlehn deßwegen weniger in das Obligationenr. stellen wollen? Die vollkommen richtige Stellung der Schenkung wäre in einem Rtheile, welcher die concreten Thatsachen, auf denen die Vermögensbewegung beruht, als solche, abgesehen davon, ob sie eine Verbindlichkeit erzeugen oder nicht, darstellte. Einen solchen Rtheil zu bilden, schlägt Meyerfeld S. 89—92 vor. Ich halte diesen Vorschlag deßwegen nicht für zweckmäßig, weil in diesem Rtheil doch in weit überwiegendem Maße nur von Obligationen die Rede sein würde. Vgl. auch Neuner Wesen und Arten der Privatrverhältnisse S. 103 fg., Fitting ACPra. LII S. 393 fg., Hofmann a. a. O. S. 89. 90. — Vgl. auch noch § 418 [13]. — Gegen das in dieser Note Gesagte Bekker II S. 176 fg. Seine Ausführungen haben mich nicht bestimmen können, (abgesehen von einer kleinen Verbesserung des Ausdrucks) etwas zu ändern. Bekker stellt auch die Anerkennung und den Vergleich in den allgemeinen Theil (§ 109 [c]).

Digitized by Google

nommen. Wird sie abgelehnt, so kann das Zugewandte als ungerechtfertigte Bereicherung zurückgefordert werden. Vor dem im Gesetz vorgesehenen Versuch, die Annahme zu erzielen, findet die Rückforderung also nicht statt.

Eine Einschränkung des Schenkungsbegriffes gibt § 517. Eine Schenkung liegt nicht vor, wenn Jemand zum Vortheil eines Andern einen Vermögenserwerb unterläßt, oder auf ein angefallenes noch nicht endgültig erworbenes Recht verzichtet, oder eine Erbschaft oder ein Vermächtniß ausschlägt (s. ob. [6]). Die beiden letzteren Fälle ließen sich wohl (trotzdem die Verbindung alternativ ist) als Fälle des Verzichts auf ein angefallenes noch nicht endgültig erworbenes Recht auffassen. Ein anderer Fall dieser Art ist der des § 976. Auch der Erbverzicht im Sinne des § 2346 fg. ist keine Schenkung; wohl dagegen der Erlaß des erworbenen (2317) Pflichttheilsanspruchs (Mot. II. S. 291). Keine Schenkung sind auch Leihe (598 fg.), unverzinsliches Darlehen (607 fg.), Uebernahme eines Auftrags (662 fg.), Geschäftsführung ohne Auftrag (677 fg.), trotz der bei ihnen obwaltenden Unentgeltlichkeit (vgl. ob. [2]).]

2. Verbindlichkeiten.

§ 366.

Die Schenkung erzeugt eine Verbindlichkeit nicht in jedem Fall. Sie erzeugt eine Verbindlichkeit: 1) dann, wenn die Absicht der Schenkung lediglich auf die Erzeugung einer Verbindlichkeit gerichtet ist, wenn der Schenker dadurch schenken will, daß er sich zum Schuldner macht. 2) Jede andere Schenkung erzeugt eine Verbindlichkeit dann, wenn die rechtliche Wirkung, welche durch die Schenkungserklärung nach Inhalt derselben hervorgebracht werden soll, nicht sofort auch durch dieselbe hervorgebracht ist; sie erzeugt in diesem Falle die Verbindlichkeit, dasjenige, was zur Hervorbringung der gewollten rechtlichen Wirkung nöthig ist, hinzuzuthun, namentlich also erzeugt die Schenkung von körperlichen Sachen die Verbindlichkeit zur Tradition[1].

---

[1] Vgl. § 365 [18]. Gerade diesen Fall hatte Justinian im Auge, als er in § 366.
l. 35 § 5 C. 8, 53 [54] vorschrieb, daß die Schenkung auch ohne Stipulation rbeständig sein solle. S. auch § 2 I. 2, 7, Nov. 162 c. 1. — v. Bothmer ACPra. LXI S. 335 legt auch in dem Falle, wo durch die Schenkungserklärung die gewollte rliche Wirkung sofort hervorgebracht ist, die Schenkungserklärung in eine Erklärung des Willens, daß geschenkt sein solle, und in eine Schenkungsvollzugshandlung auseinander. Auch da, „wo eine der Vollziehung vorhergehende Acceptation der Schenkerklärung nicht vorliegt", sei doch die Handlung, durch welche die Schenkung vollzogen werde, „Erfüllung" der Erklärung des Schenkungswillens (nicht Erfüllung einer durch die Schenkungserklärung erzeugten Verpflichtung, aber immerhin Erfüllung). Ich halte das für keine gesunde Auffassung. Die Erklärung des Schenkungswillens geht in den hier fraglichen Fällen der Schenkungsvollzugshandlung weder zeitlich vorher, noch begrifflich. Es wird

Digitized by Google

Die Verbindlichkeit aus der Schenkung hat folgende Eigenthümlichkeiten.

1. Der Schenker haftet nur wegen Arglist und wegen der der Arglist gleichstehenden Nachlässigkeit[2].

[Ebenso SGB. 521.]

2. Den von der Sache gezogenen Gewinn braucht er nicht mit herauszugeben[3]; für denjenigen, welchen der Beschenkte hätte ziehen können, haftet er nicht einmal im Falle des Verzuges[4].

[SGB. vgl. ob. S. 330 unter 2. Im Verzuge genießt der Schenker andere Privilegien, als daß er keine Verzugszinsen zahlt (522), nicht. Im Falle der Rechtshängigkeit hat er Zinsen gemäß 291 zu zahlen (vgl. [4]).]

3. Er hat die Rechtswohlthat des Nothbedarfs, und zwar in der Weise, daß er dabei seine übrigen Schulden in Abzug bringen kann[5].

[Hiezu s. ob. S. 100 fg.]

4. [6] Er haftet nicht, wenn die geschenkte Sache sich als fremde ausweist, und nicht einmal im Fall der Entwehrung (Eviction)[7]. Dabei wird jedoch vorausgesetzt: a) daß die geschenkte Sache nicht als fremde, und b) daß nicht eine generisch bestimmte Sache geschenkt worden sei. In dem einen und dem anderen Fall liegt in

---

z. B. Eigenthum übertragen nicht, weil geschenkt worden ist, sondern um zu schenken. Mit demselben Recht, mit welchem v. Bothmer hier in der Schenkungsvollzugshandlung eine Erfüllung der Schenkungserklärung sieht, könnte man sagen, daß in der Zahlung Eigenthum übertragen werde zum Zweck der Erfüllung der Zahlungserklärung. v. Bothmer benutzt seine Auffassung für die Construction des Rverhältnisses bei dem Widerruf der Schenkung: s. darüber § 367 [17].

[2] S. § 265, namentlich Note [12].

[3] S. § 327 [6].

[4] L. 22 D. 39, 5 (vgl. § 280 [9]). Sf. I. 55, V. 19. 284. Proceßzinsen sind keine Verzugszinsen, und daher zahlt sie auch der Schenker. Sf. XVII. 220, XXIX. 131.

[5] S. § 267 [9], § 268 [2].

[6] Vgl. zum Folgenden, worüber die Meinungen sehr auseinandergehen, Thibaut civil. Abhandlungen Nr. 4, Glück XX S. 237 fg., Vangerow III § 610 [2], Bekker Jahrb. d. gem. R. VI S. 245 fg., Hartmann die Obligation S. 199 fg. [Karlowa r. Rgesch. II S. 589 fg., Ascoli trattato p. 404 s., Metz Haftung für Eviction bei Schenkung und Vermächtniß. Erl. Diss. 1895, Fabian die Gewährleistungspflicht des Schenkers nach r. u. gem. R. sowie dem R. des BGB. Erl. Diss. 1899.]

[7] Der Schenker schenkt das Geschenkte, wie er es hat. L. 18 § 3 D. 39, 5, l. 2 C. 8, 44 [45] (vgl. Paul. sentent. V, 11 § 5), s. auch l. 48 D. 6, 1, l. 131 § 1 D. 45, 1. Schenkt er wissentlich eine fremde Sache als eigene, so haftet er aus seiner Arglist auf Schadensersatz. L. 18 § 3 cit. — Ebensowenig haftet der Schenker, wenn ein anfängliches factisches Hinderniß der Erfüllung der Schenkung entgegensteht. Hartmann a. a. O. S. 208.

Digitized by Google

der Schenkung die Uebernahme der Verpflichtung zur Verschaffung des Eigenthums an der Sache[8].

[Nach §§§. haftet der Schenker zunächst in jedem Falle der Schenkung auf das negative Interesse, wenn er einen Mangel im Rechte arglistig verschweigt (523 Abs. 1). Darüber hinaus kann seine Haftung natürlich durch vertragsmäßige Uebernahme erstreckt werden. Gesetzlich haftet er nur dann in weiterem Umfange, wenn er die Leistung eines Gegenstandes schenkweise verspricht, den er (nach Absicht des Vertrages) erst erwerben sollte. Dieser Fall kann sowohl bei der Schenkung eines individuellen Gegenstandes, wie bei der generischen Schenkung vorkommen, während andererseits auch bei generischer Schenkung eine Beschränkung auf die Bestände des Schenkers an Gegenständen der fraglichen Art gemeint sein kann. Bei der generischen Schenkung kann dem Schenker an und für sich zugemuthet werden, einen Gegenstand der fraglichen Art bei jemand zu suchen, der ihn zu vollem Rechte zu vergeben hat; aber auch bei der Schenkung eines individuellen Gegenstandes wird von ihm an und für sich verlangt, daß er an denjenigen behufs Erwerbes des Gegenstandes sich wendet, der in der Lage ist, den Gegenstand rechtlich mangelfrei zu vergeben. In beiden Fällen aber wird ihm nachgesehen, wenn er ohne grobe Fahrlässigkeit an einen nicht oder mangelhaft Berechtigten geräth. War er dagegen bei dem Erwerben des Gegenstandes in grober Fahrlässigkeit oder war ihm gar bei dem Erwerbe der Rechtsmangel bekannt, so haftet

---

[8] Der Schenker muß in beiden Fällen: a) den Beschenkten zum Eigenthümer machen. Die beschränkte Verpflichtung des Verkäufers, welcher nur wegen Entwehrung haftet (§ 389 [3. 5]), auf den Schenker zu übertragen, ist kein Grund vorhanden. b) Er muß aber den Beschenkten nicht bloß überhaupt zum Eigenthümer machen, sondern er muß ihm auch gemäß der Regel unbeschränktes und unwiderrufliches Eigenthum verschaffen, ein solches Eigenthum, welches ihm das habere licere gewährt. S. § 342 [1a—6]. — Die jetzt vorherrschende Meinung nimmt Verhaftung wegen Eviction an bei der donatio generis, nicht bei der donatio speciei. Bekker a. a. O. dagegen ist zu der Meinung der Glosse zurückgekehrt, wonach unterschieden werden soll zwischen Schenken durch Geben (Tradition) und Schenkungsversprechen; aus dem letzteren werde wegen Eviction gehaftet, nicht aus dem ersteren. Jedoch gibt Bekker zu, daß auch das Schenkungsversprechen möglicherweise nur auf das dem Schenker an der geschenkten Sache zustehende Maß von R. gerichtet sein könne, ja daß das Gegentheil in jedem einzelnen Fall besonders gerechtfertigt werden müsse; und was die Schenkuug durch Geben angeht, so liegt auch in dieser, wie in jeder Schenkung, die Uebernahme einer Verbindlichkeit (§ 365 [18]), so daß es also auch bei ihr lediglich auf die Willensmeinung des Schenkers ankommt. — Bekker Pand. II S. 196 fg. — Bei der donatio generis fragt sich aber ferner, worauf der Schenker im Falle der Eviction bez. der mangelnden Eigenthumsverschaffung hafte, ob auf Geben einer anderen Sache oder auf Leistung des Interesse, welches der Beschenkte an dem Behalten der hingegebenen Sache hat? Für das Erstere Glück und Vangerow a. a. OO.; für das Letztere Bekker. Nach dem § 342 [6a] Gesagten haftet der Schenker nach Wahl des Beschenkten auf das Eine oder das Andere. — Dernburg II § 107 [6]: der Schenker hafte auch bei der donatio generis nur wegen dolus und lata culpa.

Digitized by Google

er und zwar auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach Analogie der entsprechenden Sätze vom Kaufvertrage (523 Abs. 2; vgl. unt. zu §§ 391. 392.)]

5. Der Schenker haftet nicht wegen Fehlerhaftigkeit der geschenkten Sache[9]. Doch gilt bei der Schenkung generisch bestimmter Sachen der Satz, daß nicht das Schlechteste aus der Gattung gegeben werden darf[10].

[Nach BGB. haftet auch in Betreff thatsächlicher Mängel der Schenker zunächst wegen arglistigen Verschweigens auf das negative Interesse (524 Abs. 1). Eine weitere gesetzliche Haftung findet hier bei Schenkung einer individuellen Sache auch dann nicht statt, wenn der Schenker dieselbe erst erwerben sollte. Kann man in Betreff der Rechtsmängel sagen, daß der Schenker auch beim Versprechen individueller Sache zu ihrem Erwerb den richtigen Berechtigten suchen muß, so ist doch die individuelle Sache in thatsächlicher Beziehung nur so verschenkt wie sie ist, auch wenn sie erst erworben werden soll (9). Hat dagegen der Schenker generisch eine Sache versprochen, die er erst erwerben sollte, so ist von ihm an sich zu verlangen, daß er eine solche von mittlerer Art und Güte erwirbt und liefert (243 Abs. 1). Ihm wird aber nachgesehen, wenn er eine fehlerhafte Sache erwirbt, während er den Mangel ohne grobe Fahrlässigkeit nicht kennt. Hat er dagegen denselben bei dem Erwerbe gekannt oder in Folge grober Fahrlässigkeit nicht gekannt, so kann der Beschenkte an Stelle der fehlerhaften eine fehlerfreie Sache verlangen.. Kommt zu den obigen Voraussetzungen noch hinzu, daß der Schenker den Fehler arglistig verschweigt, so kann der Beschenkte statt der Lieferung einer fehlerfreien Sache auch Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Beide Ansprüche stehen unter der Analogie der Vorschriften über die Gewährleistung wegen Mängel beim Kauf (524 Abs. 2; vgl. unt. zu §§ 393—395).]

6. Nach der Reichsconcursordnung[11] kann die Schenkungsforderung im Concurse nicht geltend gemacht werden.

3. Besondere Vorschriften für die Schenkung.

§ 367.

Für die Schenkung im engeren Sinne gelten eine Reihe besonderer Vorschriften*.

1. Die Schenkung zwischen Ehegatten ist ungültig. Davon näher im Familienrechte (§ 509).

[Dem BGB. nicht bekannt.]

---

[9] L. 62 D. 21, 1. Das gilt auch von dem Fall der Schenkung einer fremden Sache als fremden; der Schenker hat sie versprochen, wie sie ist (vgl. l. 45 § 2 D. 30). [Fabian (6) S. 65 fg.]

[10] L. 35 pr. § 1. 2 C. 8, 53 [54]. Vgl. l. 110. l. 37 pr. D. 30 und Schliemann Haftung des Cedenten S. 37 fg.

[11] KO. § 56, 4 [63, 4].

* Vgl. zum Folgenden noch das Reichsgesetz vom 31/3 1873 § 15 (Reichsbeamte dürfen Geschenke von anderen Regenten oder Regierungen oder in Bezug auf ihr Amt nur mit Genehmigung des Kaisers annehmen).

Digitized by Google

2. [1] Schenkungen im Werth von mehr als 500 Ducaten[2] bedürfen zu ihrer Gültigkeit der Erklärung zu gerichtlichem Protokoll (Insinuation)[3]. Bei der Berechnung des Werthes werden die von dem Schenkungsgegenstand gezogenen Nutzungen nicht mitgerechnet[4]. Ebensowenig werden mehrere zu verschiedenen Zeiten gemachte Schenkungen zusammengerechnet[5]. Sind terminliche Leistungen ge-

[1] Marezoll ZS. f. CR. u. Pr. I S. 1 fg. (1828). J. Bremer Jahrb. f. Dogm. XIII S. 89 fg. 165 fg. (1874). H. Pernice (der Jüngere) Zur Lehre von der Insinuation der Schenkungen. Greifsw. Diss. 1882. Savigny S. 209 fg. Schilling S. 908 fg. [Bricout des formes des donations entre vifs. Th. de Paris 1892. Ascoli trattato p. 318 s. Eversheim Bedeutung der die Schenkung beschränkenden Formvorschriften nach gem. R. u. BGB. Erl. Diss. 1899.] § 367.

[2] Die römische Vorschrift nennt 500 solidi. Ueber den Werth des solidus s. Friedländer und Pinder ZS. f. gesch. RW. XII S. 9, Mommsen Geschichte des röm. Münzwesens S. 900. Die Substituirung des Ducaten beruht auf der Praxis. Und zwar sind unter Ducaten Reichsducaten ($67^{67}/_{71}$ auf die feine Mark Goldes) zu verstehen, deren Werth durch die Praxis und reichsgesetzlich auf 4 fl. im 18-Guldenfuß (nicht wie Savigny S. 210 und nach ihm das Rostocker Erkenntniß bei Buchka und Budde Entscheidungen IV S. 74 und das Oldenburger bei Sf. XVIII. 39 annehmen, im 20-Guldenfuß) bestimmt ist. Hiernach sind 500 solidi = $1555^5/_9$ Thaler im 14-Thalerfuß oder $2722^2/_9$ Gulden im $24^1/_2$-Guldenfuß (= $4666^2/_3$ Mark). Francke ACPra. XLVII S. 337 fg. Sf. XXVII. 229, XXXIV. 119. [Sf. L. 162.] RG. I S. 313 vgl. V S. 146. Anders Sf. XXXI. 137 (Curswerth der Ducaten zur Zeit der Schenkung). Widersprechend auch, ohne die Gründe Francke's zu würdigen, Bähr Urtheile des Reichsgerichts S. 187.

[3] Die Erklärung kann vor jedem Richter geschehen, l. 30 C. 8, 53 [54], Nov. 127 c. 2 (die hier und in l. 32 C. 8, 53 [54] für die Hauptstadt gemachte Ausnahme, wonach nur der magister census competent sein soll, ist natürlich heutzutage unanwendbar). Marezoll S. 9, Savigny S. 217. Vgl. hierüber und über die Insinuation überhaupt die gründliche Ausführung bei Buchka und Budde a. a. O. (2) S. 74—86. Sf. XXVI. 28, XXVII. 228. RG. V S. 131, VI S. 181. Dazu Bähr Urtheile des Reichsgerichts S. 180 fg. RG. XVIII S. 182. S. 251, XXII S. 191. — Das Erforderniß der Insinuation galt ursprünglich (seit Constantinus Chlorus, l. 1 C. Th. 3, 5) für alle Schenkungen; später ist es beschränkt worden (l. 8 C. Th. tit. cit., l. 34 pr. § 1 C. 8, 53 [54], zuletzt von Justinian auf Schenkungen über 500 solidi (l. 36 § 3 C. 8, 53 [54], § 2 I. 2, 7). — Die in den Pandekten enthaltenen Stellen, welche von dem Maße der Schenkungen reden, bezogen sich in ihrem ursprünglichen Sinn auf die lex Cincia, welche später außer Gebrauch gekommen ist. Vgl. über dieselbe und über das R. der Zwischenzeit Savigny S. 194 fg. und die daselbst und bei Bangerow § 122 Anm. 1 Citirten, Karlowa Legisactionenproceß S. 347—353. [r. Rgesch. II S. 585 fg.] S. auch Note [7]. [Ascoli Bull. dell' Istituto di Dir. Rom. VI p. 173 s., dazu Schneider kr. VJS. XXXVI S. 496 fg., Ascoli trattato p. 318 s.]

[4] L. 9 § 1. l. 11 D. 39, 5. Vgl. 365 [6]. [Werthberechnung bei Schenkung einer Lebensversicherungspolize: RG. XXVIII S. 182 fg.]

Digitized by Google

schenkt, so ist gerichtliche Vollziehung erforderlich, wenn die Leistungen auf die Erben beider Parteien übergehen sollen, nicht erforderlich, wenn die Schenkung auch nur von einer Seite auf die Lebensdauer beschränkt ist[6]; ist die Schenkung auf eine bestimmte Zeit gemacht,

---

[5] L. 34 § 3 C. 8, 53 [54]. Ebensowenig mehrere an verschiedene Personen, wenn auch zu gleicher Zeit, gemachte Schenkungen. [Sf. [[XLVI. 94 (RG.)]] LII. 80.] Anders, wenn an mehrere Personen Eine Schenkung gemacht wird, d. h. wenn Mehreren Etwas geschenkt wird, was der Schenker als Ungetheiltes hat. Vgl. über diese Frage Marezoll S. 17[3], Bremer S. 110 fg., Pernice S. 37 fg. Sf. I. 342, VIII. 131. 133, XXXII. 320, XXXVIII. 23.

[6] L. 34 § 4 C. 8, 53 [54]. Was die Worte „vel adiciatur tempus vitae vel donatoris vel eius qui donationem accepit" anlangt, so wird von allen Versuchen, welche gemacht worden sind, um denselben einen erträglichen Sinn abzugewinnen, keiner auf allgemeine Anerkennung rechnen dürfen. Am empfehlenswerthesten erscheint mir immer noch die unter den Neueren namentlich von Schilling (§ 360 [p]) vertheidigte, durch das Zeugniß des Scholiasten zu den Basiliken unterstützte Annahme, daß hinter dem ersten „vel" ein „non" ausgefallen sei; der Sinn der Worte wäre danach der, daß Insinuation nicht nur dann erforderlich sei, wenn die Schenkung ausdrücklich, sondern auch dann, wenn sie stillschweigend, durch Nichtbeschränkung auf die Lebenszeit der Parteien, auf die Erben erstreckt worden sei. Die viel bedeutendere Emendation Savigny's (S. 214), welcher hinter „vitae" das Wort „heredum" einschiebt, so daß der Sinn sein würde: Insinuation sei nicht nur erforderlich, wenn die Schenkung auf die Erben schlechthin, sondern auch dann, wenn sie bloß auf die ersten Erben der Parteien erstreckt sei, erscheint durch die Eine Handschrift, auf welche sich Savigny beruft, nicht gehörig gerechtfertigt — mit Sintenis aber (I § 23[48]) hinter „vitae" das Wort „heredum" nicht sowohl einzuschieben, als aus dem vorhergehenden zu ergänzen, ist äußerst gewaltsam. Briegleb (ACPra. XXXVIII S. 142 fg.) will das Wort „vitae" als Dativ gefaßt wissen, und bringt dadurch den Sinn heraus, daß Insinuation auch dann erforderlich sei, wenn die Schenkung von der einen Seite auf die Erben, von der anderen Seite nur über die Lebenszeit der Partei hinaus, gleichgültig auf wie lange, erstreckt worden sei — und mit dieser Erklärung stimmt überein Arndts § 81[4]. Dernburg II § 108[9] und im Wesentlichen Vangerow I § 122 Anm. 2. Mir erscheint das Resultat unerträglich, daß Justinian Insinuation für einen Fall vorgeschrieben haben sollte, in welchem die Schenkung möglicherweise mit zwei Leistungen, ja mit Einer Leistung (wenn die Leistung nicht im Voraus gemacht werden soll) zu Ende gehen kann; darf man in diesem Fall sagen, daß die Schenkung „quasi perpetuata" sei, und daß ihre „continuatio" sie zu einer großen Schenkung mache? Auch Bremer a. a. O. S. 163 fg. faßt „vitae" als Dativ, aber in dem Sinn, daß dadurch „der Uebergang auf die Erben sich von selbst ergibt". Eine fernere Meinung, nach welcher die fraglichen Worte auf den Fall gehen sollen, wo die Schenkung auf eine bestimmte Zeit gemacht worden sei, und nach welcher für diesen Fall Zusammenrechnung der einzelnen Leistungen vorgeschrieben sein soll, steht mit den Worten der Stelle zu sehr in Widerspruch, um ernstlich in Betracht kommen zu können. Neuestens will Zoll Jahrb. f. Dogm. XIV S. 374 fg. unter Betonung des Wortes personarum das „vel vel" im Sinne von et et fassen, so daß Insinuation nur dann nicht erforderlich sein soll, wenn die

Digitized by Google

so werden die einzelnen Leistungen zusammengerechnet[6a]. — Nichtbeachtung der gerichtlichen Vollziehung, wo sie erforderlich ist, macht die Schenkung für den Mehrbetrag ungültig, und zwar regelmäßig nichtig[7]; unter Umständen aber tritt die durch die Schenkung gewollte Vermögensveränderung wirklich ein, und der Beschenkte ist nur zur Rückgabe der ihm dadurch zugegangenen Bereicherung verpflichtet[8].

Schenkung auf die Lebenszeit beider Contrahenten beschränkt ist. Ebenso Pernice S. 47 fg., Engler Bl. f. RAnw. LII S. 337 fg. Das oben gegen Briegleb Bemerkte spricht auch gegen diese Auslegung. Bekker II S. 193 unt. Aus der Praxis: Sf. XI. 241 (S. 372), XVIII. 40, XXXVIII. 312 (RG. VIII S. 144). — Anwendbarkeit der Vorschrift der l. 34 § 4 cit. auf das Erbzinsr.? Verneint bei Sf. VIII. 285 (es soll die jährliche Leistung capitalisirt werden); bejaht das. XI. 241.

[6a] Dieser Fall, als sich von selbst erledigend, ist in der l. 34 § 4 cit. nicht erwähnt. Vgl. übrigens die vorige Note gegen das Ende.

[7] L. 34 pr. C. 8, 53 [54]. Ist daher eine Sache im Werth von mehr als 500 Ducaten geschenkt worden, so werden der Schenker und der Beschenkte Miteigenthümer. Nähere Regeln über die Behandlung dieses Falles in l. 34 § 2 C. 8, 53 [54]. Sf. XXXI. 138. — Die lex Cincia erklärte Schenkungen über ein gewisses Maß hinaus zwar für unerlaubt, aber nicht für nichtig (Ulp. § 1). Daraus entwickelte die Jurisprudenz die Theorie, daß die von dem Schenker gewollte rliche Wirkung wirklich eintrete, der Beschenkte sie aber weder durch actio noch durch exceptio geltend machen könne (gegen die actio wurde dem Schenker nöthigenfalls exceptio, gegen die exceptio replicatio legis Cinciae gegeben). Doch ist dieses Letztere nur Vermuthung; über den wirklichen Inhalt der lex Cincia sind sehr verschiedene Meinungen aufgestellt worden (über die Literatur s. [3] a. E.).

[8] Dieß ist der Fall: a) wenn die durch die Schenkung gewollte Vermögensveränderung in der Herbeiführung einer Thatsache besteht, z. B. in der Verschaffung des Besitzes, Pernice S. 74 fg. (vgl. übrigens auch Esmarch vacuae possessionis traditio S. 63 fg.); b) wenn die durch die Schenkung gewollte Rveränderung nicht durch den Schenkungswillen unmittelbar, sondern z. B. durch Ablauf einer Verjährungszeit, richterliches Urtheil, hervorgerufen worden ist (arg. l. 5 § 6. 7 D. 24, 1, Savigny IV S. 564. 584. 586 [vgl. RG. XXX S. 106 fg.]; c) wenn die Schenkung durch Leistung eines Anderen oder durch Leistung an einen Anderen vollzogen worden ist. Jedoch tritt, wenn im ersten der hier unter c erwähnten Fälle die Schenkung durch Delegation eines Schuldners des Schenkers vollzogen worden ist, keine Befreiung desselben gegenüber dem Schenker und keine Verpflichtung gegenüber dem Beschenkten ein; im zweiten Fall (Schenkung durch Leistung an einen Anderen als den Beschenkten) kann sich der Schenker dann allerdings auch dem Dritten gegenüber auf die unterlassene Insinuation berufen, wenn der Dritte sonst etwas erhalten würde, worauf er dem zu Beschenkenden gegenüber keinen Anspruch hat (z. B. dieser will seinerseits dem Dritten schenken, oder er hält ihn irrthümlicherweise für seinen Gläubiger). Die zu c aufgestellten Sätze gehen hervor aus l. 21 § 1 D. 39, 5 und l. 5 § 5 D. 44, 4 in Verbindung mit l. 7 pr. § 1 eod., l. 2 § 3. 4 D. 39, 5 (§ 355 [9]). A. M. Savigny (IV S. 599. 600), welcher die Anwendbarkeit der genannten Stellen, als ursprünglich nur von der lex Cincia und nur von der

Digitized by Google

Hat der Beschenkte das Geschenkte nicht mehr, so ist er nicht zum Ersatz, sondern nur zur Herausgabe Dessen verpflichtet, wenn durch das Verlorene indirect sein Vermögen noch jetzt vermehrt ist[9]. — Ausnahmsweise ist gerichtliche Vollziehung nicht erforderlich[10]: bei Schenkungen des Landesherrn und an denselben[11], bei Schenkungen zum Wiederaufbau eines zerstörten Gebäudes[12] und zum Loskauf von Gefangenen[13], endlich bei der Schenkung, welche in der Bestellung einer Dos für die Frau liegt[14], sowie bei einer derselben gemachten Eheschenkung[14a. 14b].

[Nach BGB. bedarf das Schenkungsversprechen ohne Rücksicht auf den Betrag der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung. (Die Annahme kann formlos erfolgen). Die Leistung heilt jedoch den Mangel der Form. Die gleichen Sätze gelten auch von einem Versprechen oder Schuldanerkenntniß, welches schenkungshalber erfolgt, aber von dieser causa schweigt (518).]

exceptio handelnd und nur aus Versehen aufgenommen, bestreitet, und dafür das entgegengesetzte R. der Schenkung zwischen Ehegatten (l. 3 § 12. 13. l. 4. l. 5 § 3. 4 D. 24, 1) zur Anwendung bringen will. Mir scheint das zu gewagt. Gegen Savigny auch Schilling § 360 [88], Bremer S. 153 fg., Pernice S. 92 fg., Bekker II S. 194, Sf. XXI. 235. [Windscheid die indirecte Vermögensleistung S. 14 fg.]

[9] Auf Ersatz haftet derselbe gewiß dann nicht, wenn der Verlust ohne seine Schuld eingetreten ist. Aber selbst wenn er den Verlust wissentlich und willentlich herbeigeführt hat, haftet er deßwegen nicht, weil er gemäß des Willens des Schenkers gehandelt hat. Arg. l. 5 § 18. l. 6. l. 7 pr. D. 24, 1, l. 18 pr. D. 12, 1. Savigny S. 75. 219—221.

[10] Vgl. Marezoll S. 23 fg., Savigny S. 221 fg., Schilling § 360 [a—aa], Bremer S. 96. 118 fg., Pernice S. 13 fg. Bloß historische Bedeutung hat die Ausnahme der l. 36 § 1 C. 8, 53 [54] Schenkung beweglicher Sachen durch den magister militum an verdiente Soldaten. Gegen die angebliche Ausnahme der Schenkung ad pias causas s. namentlich v. Buchholz ZS. f. CR. u. Pr. N. F. XI S. 188 fg. Negotium mixtum donatione? Budde und Schmidt Entscheid. des OAG. zu Rostock VI § 154 fg. Sf. XXVIII. 223. Bremer S. 118—136, Pernice S. 48 fg. Schenkung durch Unterlassung und s. g. thatsächliche Schenkung? Pernice S. 13—24. Schenkung durch Schulderlaß? Pernice S. 24, Bekker II S. 193. Vgl. noch § 368 [18 a. E.]. [Das Formerforderniß gilt auch nicht für eine Schenkung, welche (was ausnahmsweise möglich) Handelsgeschäft ist. RG. XXVI S. 19 fg., Sf. L. 103.]

[11] L. 34 pr. C. 8, 53 [54], Nov. 52 c. 2 und daraus Auth. *Item et a privatis* zu gedachter Codexstelle. Vgl Osenbrüggen zur Interpretation des Corpus iuris civilis S. 33 fg.

[12] L. 36 § 2 C. 8, 53 [54].

[13] L. 36 pr. C. 8, 53 [54].

[14] L. 31 pr. C. 5, 12. Sf. XLII. 216.

[14a] Nov. 119 c. 1, Nov. 127 c. 2. Marezoll S. 27. Vgl. § 508 [14].

[14b] Unterliegt dem Erforderniß der Insinuation auch die Errichtung einer Stiftung? Die Frage ist bejahend entschieden vom RG. 27/6 81, Entscheid. V

Digitized by Google

3. Die Schenkung kann wegen Undankbarkeit des Beschenkten widerrufen werden[15]; als Undankbarkeit gilt aber nur ein Benehmen, wie die Gesetze es speciell bezeichnen[16]. Der Widerruf[16a] macht die Schenkung nicht nichtig, sondern begründet bloß eine obligatorische Verpflichtung des Beschenkten zur Erstattung des Empfangenen[17]; hat er dasselbe nicht mehr, so haftet er nur auf die Bereicherung[18].

S. 138, mit dem bedenklichen Argument, daß die zu errichtende Stiftung „gewissermaßen im Zustande eines nasciturus" sei, mit einem besseren aus l. 36 pr. C. 8, 53 [54] in Verbindung mit der restituirten l. 16 C. 8, 53 [54] 1, 2 zu entnehmenden. Daselbst ist auch Literatur citirt.

[15] L. 10 C. 8, 55 [56]. Ueber das frühere Recht s. l. 1 C. eod. in Verbindung mit Vat. fr. § 272 — l. 31 § 1 D. 39, 5, l. 7. l. 9 C. 8, 55 [56], Savigny S. 228—230, Schilling S. 957. 959, v. Bothmer, die rliche Construction des Widerrufs gültiger Schenkungen, ACPra. LXI S. 335 fg., Pollack der Schenkungswiderruf, insbesondere seine Vererblichkeit (1886) S. 40—65, s. über diese Schrift Zoll Grünh. ZS. XIV S. 240 fg. [Ascoli trattato p. 412 s.]

[16] a) Schwere (wörtliche) Beleidigungen; b) Thätlichkeiten; c) absichtliche Herbeiführung eines nicht unbedeutenden Vermögensverlustes (vgl. Sf. V. 166) oder d) einer Lebensgefahr; e) Nichterfüllung einer bei der Schenkung gemachten Auflage. L. 10 C. cit. Sf. XXIX. 132.

[16a] Ist Erklärung an den Beschenkten erforderlich? Ja: Sf. XLIV. 18.

[17] L. 7 C. 8, 55 [56]. — „Actionem vero matris ita personalem esse volumus, ut vindicationis tantum habeat effectum." Schloßmann Jahrb. f. Dogm. XXV S. 389 meint: vindicatio = Bestrafung, Ahndung. — Die durch die Schenkung hervorgebrachte Vermögensvermehrung ist nach dem Widerruf bei dem Beschenkten ohne rechtfertigenden Grund (sine causa). Dieser Gesichtspunkt wird mit Lebhaftigkeit betont von v. Bothmer a. a. O., und an anderer Stelle (§ 423, 2) habe ich selbst ihn geltend gemacht. In den von dem Widerruf der Schenkung handelnden Quellenstellen tritt er nicht hervor. — Auch wenn durch die Schenkung nur eine Verpflichtung erzeugt worden ist, wird man nicht sagen dürfen, daß dieselbe durch den Widerruf ipso iure hinfällig werde; es wird durch den Widerruf nur eine Einrede für den Verpflichteten begründet. A. M. v. Bothmer a. a. O. S. 340, mit Berufung auf das „Wesen der Obligationen, welche von dem Verpflichtungsgrunde (Willenseinigung, Beschädigung 2c.) nicht nur erzeugt, sondern auch während ihres ganzen Bestehens getragen werden". Ich halte das für irrig. Die Obligation, nachdem sie einmal erzeugt ist, ist von der erzeugenden Thatsache nicht weniger abgelöst, als jedes andere erzeugte Rverhältniß von der erzeugenden Thatsache abgelöst ist. — Auch in dem Fall, wo durch die Schenkungserklärung die gewollte rliche Wirkung sogleich hervorgebracht wird, will v. Bothmer zwischen der Erklärung des Schenkungswillens und der Schenkungsvollzugshandlung unterschieden wissen. Den Gegenstand des Widerrufs bilde auch in diesem Falle nur die Erklärung des Schenkungswillens; diese werde durch den Widerruf hinfällig, und dadurch werde der Schenkungsvollzugshandlung ihre causa entzogen. Gegen diese Scheidung der Schenkungserklärung und der Schenkungsvollzugshandlung habe ich mich schon oben (§ 366 [1]) ausgesprochen.

[18] Savigny S. 76. 237 und Schilling S. 691 nehmen an, daß der Beschenkte von der Zeit der Undankbarkeit an, ja schon von der Zeit an, wo er

Digitized by Google

Das Widerrufsrecht geht nicht auf die Erben des Schenkers über; ebensowenig sind die Erben des Beschenkten demselben ausgesetzt[19]. Es fällt weg für die Mutter, welche ihre Kinder beschenkt hat, wenn dieselbe einen unsittlichen Lebenswandel führt[20]; schreitet die Mutter zur zweiten Ehe, so behält sie das Widerrufsrecht nur beschränkt[21].

[Das BGB. kennt ebenfalls den Widerruf wegen Undankbarkeit, codificirt aber die Fälle der Undankbarkeit nicht. Es genügt jede schwere Verfehlung gegen den Schenker oder einen nahen Angehörigen des Schenkers (530 Abs. 1). Der Widerruf begründet auch im BGB. eine Bereicherungsklage (531 Abs. 2); die strengere Haftung des § 819 wird erst mit Erklärung des Widerrufs (531 Abs. 1) eintreten. Es gelten die Sätze zu [19]; jedoch können die Erben des Schenkers widerrufen, wenn der Beschenkte den Schenker vorsätzlich und widerrechtlich getödtet oder am Widerruf gehindert hat (530 Abs. 2. 532 S. 2). Der Anspruch auf Grund des erklärten Widerrufs ist vererblich. Auch übertragbar ist nicht das Widerrufsrecht, wohl aber die durch den Widerruf begründete Forderung. Der Widerruf wird ausgeschlossen durch Verzeihung und durch Ablauf eines Jahres seit Kenntniß des Schenkers von den Voraussetzungen des Widerrufsrechts (532 S. 1). Verzicht auf das Widerrufsrecht setzt Kenntniß von dem begangenen Undank voraus (533).]

4. Die Schenkung kann wegen Verletzung des Pflichttheils angefochten werden; das Nähere darüber im Erbrechte. Das Anfechtungsrecht der Gläubiger (§ 463) bezieht sich nicht auf die Schenkung ausschließlich. —

[S. BGB. 2325 fg.]

---

den Entschluß zur Undankbarkeit gefaßt habe, als unredlicher Besitzer hafte. Es wäre möglich, daß die Quellen die Sache in dieser Art aufgefaßt hätten; von der anderen Seite ist aber auch die Auffassung denkbar, daß der Beschenkte trotz seiner Undankbarkeit nicht anzunehmen brauche, daß der Schenker von seinem Widerrufsre Gebrauch machen werde, daß also erst der wirklich geschehene Widerruf ihn zum unredlichen Besitzer mache. Welches die Auffassung der Quellen wirklich sei, scheint mir nach l. 7 C. 8, 55 [56] nicht bezweifelt werden zu können. Hier heißt es, daß die Revocation nicht dasjenige ergreife, was rgültig veräußert worden sei, „matre pacifica". Mit welchem Recht Savigny diese Worte durch „vor der Undankbarkeit" wiedergibt, leuchtet nicht ein. S. auch v. Bothmer S. 345 fg.

[19] L. 10 C. 8, 55 [56], l. 1. l. 7 eod. Ist der Widerruf aber inter „primas personas" (l. 10 C. cit.) geschehen, so geht das dadurch begründete Forderungsr. auf die Erben allerdings über. Zweifeln könnte man daran auf Grund von l. 7 C. cit.: allein „die unbestimmten Ausdrücke (derselben) müssen aus den bestimmteren der l. 10 cit. (und l. 1 eod.) erklärt werden", Savigny § 169 *. S. auch Windscheid die Actio 2c. 2c. S. 29, v. Bothmer S. 348 fg., Pollack a. a. O. [Odendahl über Cessibilität und Vererblichkeit des Widerrufsr. in Bezug auf Schenkungen. Erl. Diss. 1897.] A. M. Arndts § 104 [1].

[20] L. 7 C. tit. cit.

[21] Nov. 32 c. 35 und daraus Auth. *Quod mater filio* zu l. 7 C. tit. cit.

Digitized by Google

Nach einer sehr verbreiteten Meinung soll die Schenkung auch widerrufen werden können, wenn dem zur Zeit der Schenkung kinderlosen Schenker hinterher Kinder geboren werden[22].

[Einen besonderen Fall des Widerrufs hat das BGB. in § 1584; eine Condiction ohne Widerruf in § 1301. Dasselbe kennt auch eine Rückforderung des Geschenks wegen Armuth des Schenkers nach Maßgabe der §§ 528. 529.]

4. Besondere Arten der Schenkung.

§ 368.

Schenkung des Vermögens[1]. Durch eine solche Schenkung wird keine Gesammtnachfolge begründet; das Recht erkennt als Gegenstand der Schenkung nicht das Vermögen als solches, sondern nur die unter einer Gesammtbezeichnung zusammengefaßten einzelnen Vermögensbestandtheile an. Daher muß für jeden einzelnen Vermögensbestandtheil Dasjenige beschafft werden, wodurch gerade bei ihm der Uebergang bedingt ist, namentlich also bei Eigenthums-

[22] Die l. 8 C. 8, 55 [56] gibt das bezeichnete R. dem Patron, welcher seinem Freigelassenen geschenkt hat. Früher stritt man darüber, ob es nicht zufällig sei, daß die l. 8 cit. nur den Patron nenne, und ob dieselbe nicht eigentlich den ihr ausgesprochenen Satz für allgemein wahr erklären wolle. Müller promptuarium iuris s. v. donationis revocatio n° 9. Pufendorff Observ. III. 147. Die bejahende Meinung erklärt Lauterbach (ad tit. Dig. de donat. n° 53) für „verior et in praxi recepta". Das Erste (daß die bejahende Meinung die richtigere sei) wird jetzt Niemand mehr behaupten wollen (Vat. fr. § 272), und ein eigentliches Gewohnheitsr. nachzuweisen möchte schwer sein. [Dagegen auch Sf. LII. 80.] Uebrigens wollen die Anhänger der hier verworfenen Meinung nicht die Anfechtung einer jeden Schenkung gestatten, sondern nur einer solchen, von welcher es nicht wahrscheinlich sei, daß der Schenker sie gemacht haben würde, wenn er an die Kinder gedacht hätte, worüber im einzelnen Fall der Richter entscheiden soll. Lauterbach l. c. n° 55, Stryck Usus mod. ad h. t. n° 17. Die hier verworfene Meinung halten fest Puchta § 70 [d], Arndts § 82 [3], Dernburg II § 108, 3, h, vgl. auch Pollack ([15]) S. 66 fg.; dawider Savigny S. 228, Seuffert § 365 [8], Sintenis § 23 [56], Harburger die remuneratorische Schenkung S. 102 fg. S. übrigens auch III § 586 [15]. [Ascoli trattato p. 427 s.]

[1] Meyerfeld II § 21, Savigny § 159, Schilling § 362 [bb] fg. § 368. [Ascoli trattato p. 221 s.] — Die Schenkung kann auf das ganze Vermögen des Schenkers gehen, oder auf einen Bruchtheil desselben (Cod. Hermog. VII. 1, l. 11 C. 8, 53 [54]); sie kann auch auf ein von einem Dritten erworbenes Vermögen gehen (l. 28 D. 39, 5). Sie kann schlechthin gemacht werden, oder mit Vorbehalt gewisser Vermögensstücke (l. 37 § 3 D. 32), oder des Nießbrauchs (l. 42 pr. D. 39, 6), oder einer jährlich zu machenden Leistung. Ueber die citirte l. 42 pr. D. 39, 6 vgl. Keller ZS. f. gesch. RW. XII S. 400 fg., Vangerow II § 561 Anm. Nr. I. 3.

Digitized by Google

gegenständen die Tradition[2], während Forderungen gemäß des für sie geltenden Rechts sofort übergehen, so daß unmittelbar auf Grund der Schenkung die Anzeige an den Schuldner erfolgen, und dadurch der Schenker ausgeschlossen werden kann (§ 331)[3]. Was die Schulden angeht, so haftet der Beschenkte den Gläubigern nur dann, wenn er bei der Schenkung die Schulden ausdrücklich übernommen hat, und zwar in dem Sinne, um sich dadurch auch den Gläubigern gegenüber verbindlich zu machen[4]. Hat er die Uebernahmeerklärung in diesem Sinne nicht abgegeben, so wird er durch dieselbe nur dem Schenker verpflichtet[5]. Dem Schenker gegenüber ist er aber auch ohne ausdrückliche Erklärung verpflichtet; in der Annahme der Schenkung des Vermögens liegt eine stillschweigende Uebernahme der Verpflichtung zur Bezahlung der Schulden[6]. Ist ausdrücklich ausgemacht, daß die

---

[2] L. 35 § 4. 5 C. 8, 53 [54]. (vgl. Vat. fr. § 263, Cod. Hermog. VII, 1. 2).

[3] Die actio utilis bei der Uebertragung einer Forderung durch Schenkung ist erst durch Justinian anerkannt worden, l. 33 C. 8, 53 [54]. Auf dem früheren Standpunkt stehen noch l. 11 C. 8, 53 [54], Vat. fr. § 263, ebenso l. 3 pr. D. 17, 2. Auf Grund dieser letzteren Stelle behauptet Schilling § 362 mm (nach Hasse ACPra. V S. 31), daß jede einzelne Forderung besonders cedirt werden müsse. Die gleiche Behauptung findet sich bei Savigny S. 136. [Wie hier Sf. L. 162.]

[4] Durch den Beitritt des Gläubigers, welcher auch in der Belangung selbst liegt, kommt dann der Schuldübergang wirklich zu Stande. So nach heutigem R., gemäß des in § 338 Ausgeführten, während nach r. R. der Beschenkte den Gläubigern nur in Folge einer mit ihnen direct verhandelten Novation haftete. L. 28 D. 39, 5, l. 72 pr. D. 23, 3. Sf. XXXVI. 36, XLII. 292, XLIII. 104 (RG.).

[5] Und zwar hat der Schenker gegen ihn einen doppelten Anspruch: a) auf Bezahlung der Schulden (actio praescriptis verbis); b) auf Rückgabe des Geschenkten wegen Nichtzahlung (condictio ob causam datorum). L. 28 D. 39, 5, l. 22 C. 8, 53 [54], l. 2 C. 4, 6. Der Schenker kann sich auch dadurch sichern, daß er bei Herausgabe des Vermögens den Betrag der Schulden sogleich abzieht, l. 72 pr. D. 23, 3. Die Ansprüche des Schenkers können auch die Gläubiger desselben auf dem Cessions- und Executionswege geltend machen. Sf. XXXVI. 36.

[6] Denn „bona intelleguntur cuiusque, quae deducto aere alieno supersunt", l. 39 § 1 D. 50, 16 (s. auch l. 69 D. 35, 2, l. 11 D. 49, 14, l. 8 § 4 C. 6, 61). Direct beweist den im Text genannten Satz l. 28 D. 39, 5, in welcher Stelle von einer ausdrücklichen Vereinbarung über die Uebernahme der Schulden keine Rede ist. L. 17 § 1 D. 42, 8 handelt nicht von einer Uebertragung des Vermögens. — Schilling § 362 ii und Unger § 97 13 halten die Annahme eines stillschweigenden Vertrages für bedenklich, und wollen dem Schenker durch eine condictio indebiti oder sine causa helfen. Die condictio indebiti ist gewiß begründet, wenn der Schenker in Unkenntniß der Schulden das ganze Vermögen herausgegeben hat, während er den Betrag der Schulden hätte abziehen können ([5]); aber wie, wenn er die Schulden gekannt, und stillschweigend

Digitized by Google

Schulden nicht übergehen sollen, so können die Gläubiger die Schenkung nach dem Recht der Veräußerung zur Beeinträchtigung der Gläubiger (§ 463) anfechten[7]. — Die Vermögensschenkung ergreift nicht ohne Weiteres auch das zukünftige Vermögen; die ausdrückliche Erstreckung aber der Schenkung auf das zukünftige Vermögen ist nicht bloß nach heutigem Recht zulässig[8], sondern war es auch schon nach römischem Recht[9].

[Im BGB. ist die Schenkung des zukünftigen Vermögens nichtig (310). Bei dem Versprechen der Schenkung des gegenwärtigen Vermögens bedarf der ganze obligatorische Vertrag, also auch die Annahme, der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung (311). Es bedarf auch nach BGB. der Uebertragung der einzelnen Gegenstände des Vermögens. Ueber die Schuldenhaftung s. 419 und dazu oben S. 377 unter 8.]

Schenkung zur Vergeltung, s. g. remuneratorische Schenkung[10]. Das Wesen der Schenkung ist von ihrem Motiv unabhängig[10a], und so auch von dem Vergeltungsmotiv; daher unterliegt die Vergeltungsschenkung den gewöhnlichen Regeln, und namentlich auch den rechtlichen Beschränkungen der Schenkung. Eine Ausnahme gilt nur in Betreff der zur Vergeltung einer Lebensrettung

---

angenommen hat, der Beschenkte werde sie bezahlen? Gegen den stillschweigenden Vertrag auch Birkmeyer über den juristischen Begriff des Vermögens S. 229 fg., welcher in l. 28 cit. eine Interpretation des Wortes hereditas findet. Dawider Pernice kr. VJS. XXII S. 254 fg. S. noch Meyerfeld II S. 31 fg. — Umgekehrt lassen Andere den Schenknehmer aus der Vermögensschenkung als solcher auch den Gläubigern haften, indem sie dafür ein gemeines deutsches Gewohnheitsr. annehmen. S. darüber Delbrück Schuldübernahme S. 82 fg., Gürgens Jahrb. f. Dogm. VIII S. 257. Vgl. III § 621 [4].

[7] Vgl. l. 17 § 1 D. 42, 8. Sf. XI. 106.

[8] Nach Analogie des Erbvertrages. Vgl. Sf. XXIV. 115. RG. XVIII S. 180.

[9] Eine alte Streitfrage, Meyerfeld II S. 13 fg. Für die Zulässigkeit: Meyerfeld a. a. O. S. 16. 17, Puchta Vorles. I S. 162. 163, Böcking a. a. O. Note [23], Hartmann Erbverträge S. 14 fg., Bechmann Dotalr. II S. 30 fg., Köppen Erbr. S. 196; gegen dieselbe: Savigny S. 142 fg., Schilling § 354 [xx].

[10] Meyerfeld I § 19, Savigny § 153, Schilling S. 921—961, Marezoll ZS. f. CR. u. Pr. I S. 30—40, Vangerow § 125 Anm., Harburger die remuneratorische Schenkung, Nördlingen 1875. Ueber diese Schrift Löwenfeld kr. VJS. XXI S. 110 fg. Bekker II § 104 Beil I. [Ascoli trattato p. 121 s. 303. Hilgers die rliche Natur der remuneratorischen Schenkung. Erl. Diss. 1897. Brode über das Verhältniß der reinen Schenkung zur Schenkung von Todeswegen und zur s. g. remuneratorischen Schenkung. Greifsw. Diss. (1897/8). Sf. LI. 272.]

[10a] S. § 365 [4].

Digitized by Google

gemachten Schenkung; dieselbe ist von den rechtlichen Beschränkungen der Schenkung frei[11].

[Das BGB. räumt der remuneratorischen Schenkung keine Sonderstellung ein, wofern sie nicht eine solche ist, die einer sittlichen Pflicht oder einer auf den

---

[11] L. 34 § 1 D. 39, 5. Es heißt hier von der Schenkung zur Vergeltung einer Lebensrettung: „haec donatio irrevocabilis est", also unwiderruflich, aus welchem Grunde es immer sein mag. Savigny § 153 [a]: — „auch die Nichtigkeit zeigt sich praktisch nur durch Revocation". In der ursprünglichen Gestalt der Stelle, welche in den sententiae des Paulus (V, 11 § 6) erhalten ist, ging sie auf Ausschluß der Beschränkung der lex Cincia („in infinitum donare non prohibemur"). S. auch Schilling S. 928 [q]. Andere (Marezoll, Vangerow, Harburger) beschränken die Unwiderruflichkeit auf den Fall der Undankbarkeit. — Von der andern Seite wollen Viele die l. 34 § 1 cit. auf andere Fälle der Vergeltungsschenkung ausdehnen: auf jede Vergeltungsschenkung (Harburger); auf die Vergeltungsschenkung unter der Voraussetzung, daß dieselbe nicht außer allem Verhältniß zu dem geleisteten Dienste stehe (Vangerow, Schilling, der Letztere in Betreff der Revocation wegen Undankbarkeit); auf die Vergeltungsschenkung für in Geld nicht schätzbare Dienste (Schilling in Betreff der Insinuationsvorschrift); auf die Vergeltungsschenkung mit Ausnahme der Fälle, wo das zu Vergeltende eine Schenkung oder eine Gefälligkeit sei (Meyerfeld); auf jeden Fall, wo der Gabe die Absicht der „Belohnung" zu Grunde liege, wo sie dann aber auch gar nicht Schenkung oder nicht „wahre" Schenkung sei (Puchta § 71, Arndts § 83, s. auch Dernburg II § 108 [18]. [[Hölder Pand. S. 291: Belohnung schließt den animus donandi aus.]] — Savigny S. 94 (übereinstimmend Sintenis § 23 [11]) stellt den Satz, daß, wenn die Gabe nach der Absicht des Gebers „die bloße Bezahlung einer Schuld" sei, der „Begriff der Schenkung mit allen Folgen ausgeschlossen" sei, als selbständigen Satz neben den von ihm aus l. 34 § 1 cit. entwickelten Satz, mit Berufung auf l. 27 D. 39, 5. Ich halte diesen Satz für äußerst sowohl unbestimmt als gefährlich, und eigentlich für eine Wiedereinführung der von Savigny selbst bestrittenen Behauptung, daß die remuneratorische Schenkung den positiven Bestimmungen der Schenkung entzogen sei; in l. 27 cit. aber sehe ich nichts, als den Ausspruch, daß in dem bezeichneten Fall in der That die Verleihung eines R., und nicht eines bloßen precarium (wovon ich l. 32 D. 39, 5 verstehe — in Betreff des „quamdiu volueris" s. l. 12 pr. D. 43, 26) vorliege. So wird ja auch in l. 10 § 13. l. 12 pr. D. 17, 1 aus der Belohnungsabsicht nichts Anderes hergeleitet, als eben das, daß der Geber wirklich habe schenken wollen. Harburger S. 15 nimmt in dem Fall der l. 27 cit. eine Verpflichtung zur Leistung nach l. 1 pr. D. 50, 13 an, was nicht ohne Bedenken ist. Wenn derselbe Schriftsteller für Savigny's Aufstellung eintritt, so vergißt er, daß Savigny von dem Fall spricht, wo der Leistende sich als verpflichtet betrachtet, Harburger von dem Fall, wo er verpflichtet ist. — Aus der Praxis: für Gleichstellung der remuneratorischen Schenkung mit der Schenkung überhaupt: Sf. I. 55, IV. 118, V. 18, XVIII. 37. 38, XXII. 196, XXV. 230, Kierulff Entscheid. des OAG. zu Lübeck 1865 S. 1121, RG. IV S. 121, V S. 153; dawider Sf. I. 340, III. 265, VIII. 132. 260; unterscheidend (zwischen Forderung der Erfüllung und Rückforderung) XIII. 26, s. auch IV. 118. — G. Blume remuneratorische Schenkungen nach gem. bürgerl. R. Freib. Diss. 1890.

Digitized by Google

Anstand zu nehmenden Rücksicht entspricht. Eine Schenkung der letzteren Art unterliegt nicht der Rückforderung wegen Armuth des Schenkers und nicht dem Widerruf wegen Undankbarkeit (534). S. ferner 1446. 1641. 1686. 1804. 2123. 2205. 2330.]

Schenkung mit einer Auflage[12]. Der Schenker kann die Erfüllung der Auflage verlangen auf Grund des von dem Beschenkten durch die Annahme der Schenkung abgegebenen Versprechens[13]; er kann aber auch, wenn die Auflage nicht erfüllt wird, das Geschenkte zurückfordern, entweder nach dem Rechte der Voraussetzung[14], oder unter dem Gesichtspunkt der Undankbarkeit des Beschenkten[15]. Hat die Auflage zum Gegenstand Leistung des Lebensunterhaltes an den Schenker, so kann derselbe, wenn die Leistung ausbleibt, das Geschenkte, so weit es bei dem Beschenkten noch vorhanden ist, sofort wieder als sein Eigenthum in Anspruch nehmen[16]. Ist die Auflage zu Gunsten eines Dritten gemacht, so steht die Forderung auf Erfüllung der Auflage Diesem zu[17]. — Den Beschränkungen der Schenkung unterliegt die Auflageschenkung, soweit sie wirklich Schenkung ist[18].

[Im BGB. kann der Schenker die Vollziehung der Auflage verlangen, aber erst, wenn er seinerseits geleistet hat. Er ist also vorleistungspflichtig (525 Abs. 1). Nach seinem Tode kann natürlich sein Erbe, aber, wenn ein öffentliches Interesse obwaltet, auch die zuständige Behörde die Vollziehung verlangen (525 Abs. 2). Wenn in Folge eines Mangels im Rechte oder eines thatsächlichen Mangels der Werth der Zuwendung die Kosten der Auflage nicht deckt, so kann der Beschenkte, auch wenn er wegen dieses Mangels keine Ansprüche hat, doch im Einredewege

[12] Donatio sub modo. Cod. 8, 54 [55] de donationibus quae sub modo . . conficiuntur. — Meyerfeld I S. 412—425, Savigny IV § 175, Schilling S. 807 fg. 945 fg., Windscheid Lehre von der Voraussetzung Nr. 68. 69. 79. 101. 107, Erxleben condictiones sine causa II § 14, Voigt condictiones ob causam § 79. [Sf. L. 245. Lammfromm (§ 370*) S. 78 fg. Feigel die Auflage nach dem BGB. Erl. Diss. 1898. Ascoli trattato p. 293 s.]

[13] Es steht ihm die actio praescriptis verbis zu. L. 9. 22 C. 8, 53 [54], l. 8 C. 4, 64, l. 3 C. 4, 38.

[14] Es steht ihm eine condictio (ob causam datorum) zu. L. 8. l. 3. l. 2 C. 4, 6, l. 3 C. 8, 54 [55]. Vgl. I § 98, 2. Sf. V. 167.

[15] S. § 367 [16].

[16] Es steht ihm eine rei vindicatio utilis zu. L. 1 C. 8, 54 [55]. Vgl. I § 174 [9].

[17] L. 3 C. 8, 54 [55]. Vgl. § 316 [5].

[18] Vgl. § 365 [3]. Savigny S. 286. 287, Bremer Jahrb. für Dogm. XIII S. 105 fg. Sf. V. 168, VI. 38, XVIII. 136, XXVI. 131, XXVII. 128. RG. XVIII S. 108. Daß die Schenkung sub modo der Insinuation nicht bedürfe, nimmt an das Urtheil bei Sf. I. 341. [Vgl. auch Sf. L. 162.]

Digitized by Google

die Erfüllung der Auflage verweigern, bis der Fehlbetrag ausgeglichen wird; er kann auch, wenn er ohne Kenntniß des Mangels die Auflage vollzogen hat, Ersatz der Kosten vom Schenker insoweit verlangen, als sie in Folge des Mangels den Werth der Zuwendung übersteigen. Wenn aus einem anderen Grunde die unter den Parteien s. g. Auflage den Werth der Zuwendung übersteigt, so ist dem s. g. Beschenkten nicht zu helfen. Er hat nun in Wahrheit einen entgeltlichen Vertrag geschlossen. (Anders ist es, wenn nach gemeinschaftlicher Parteiabsicht die Auflage für den unerwarteten Fall eines solchen Mißverhältnisses zwischen Zuwendung und Auflage nicht gesetzt sein sollte.) Unterbleibt die Vollziehung der Auflage, so kann der Schenker unter denjenigen Voraussetzungen, unter denen von einem gegenseitigen Vertrage wegen Nichtleistung zurückgetreten werden kann (325. 326) das Geschenk nach den Grundsätzen von der ungerechtfertigten Bereicherung zurückfordern, jedoch (anders als im gem. Recht) nur soweit, als es zur Vollziehung der Auflage hätte verwandt werden müssen (527). — Vgl. Feigel (12).]

§ 369.

Schenkung von Todeswegen*. Die Schenkung von Todeswegen ist eine letztwillige Verfügung in der Form des Vertrages. Sie verfolgt, wie die testamentarische Verfügung, den Zweck, Etwas zu vergeben für die Zeit, wo der Vergebende es selbst nicht mehr haben kann, für die Zeit nach seinem Tode. Deßwegen wird, wie auch im Uebrigen der Inhalt der Schenkung bestimmt sein mag, das Geschenkte definitiv erst erworben mit dem Tode des Schenkers; daraus ergibt sich die charakteristische Eigenthümlichkeit der Schenkung von Todeswegen, daß sie auf die Erben des Beschenkten nicht übergeht, wenn der Schenker den Beschenkten überlebt[1]. Im Uebrigen

* Dig. 39, 6 de mortis causa donationibus. Cod. 8, 56 [57] de donationibus causa mortis. — W. Müller über die Natur der Schenkung auf Todesfall (1827). Hasse Rhein. Mus. II S. 300 fg. III S. 1 fg. (1828. 1829). v. Schröter ZS. f. CR. u. Pr. II S. 57 fg. (1829). Hasse Rhein. Mus. III S. 371 fg. (1829; Bemerkungen zu vorstehendem Aufsatz). Wiederhold ZS. f. CR. u. Pr. XV S. 96 fg. (1841). Savigny IV § 170—174 (1841). Erxleben die condictiones sine causa II § 9 (1853). Voigt die condictiones ob causam S. 724—731 (1864). Unger österr. Erbr. § 77 (1864, 2. Aufl. 1871). A. Cohen die Lehre des r. R. von der Schenkung von Todeswegen (Münch. Dissertation 1875). Böcking § 109, Vangerow II § 561—563, Sintenis III § 216. Vgl. auch Sehling die Schenkung auf den Todesfall nach dem sächsischen bürg. Gesetzbuch (1886). [Brode (§ 368 10). Abgrenzung gegen die Schenkung unter Lebenden: Sf. LVIII. 41.]

§ 369. [1] Daher die sprüchwörtliche Redeweise: eine mortis causa donatio liegt dann vor, „cum magis se quis velit habere, quam eum, cui donatur, magisque eum, cui donat, quam heredem suum", § 1 I. 2, 7; ebenso l. 1 pr. l. 35 § 2 D. 39, 6. — Es ist nicht genau, zu sagen, daß die Schenkung auf die Erben des Beschenkten nicht übergehe, wenn derselbe vor dem Schenker sterbe;

Digitized by Google

kann die Schenkung einen sehr verschiedenen Inhalt haben. a) Das Nichtüberleben des Schenkers wird der Schenkung als aufschiebende Bedingung hinzugefügt, so daß einstweilen in das Vermögen des Beschenkten noch gar nichts übergehen soll; womit übrigens wohl verträglich ist, daß er sogleich in den factischen Genuß gesetzt wird[2]. b) Die Schenkung wird so gemacht, daß das Geschenkte sofort in das Vermögen des Beschenkten übergehen, aber im Fall des Ueberlebens des Schenkers an denselben zurückfallen soll[3]. c) In dem einen und dem andern Fall hat der Schenker, wenn nichts ausgemacht ist, ein freies Widerrufsrecht[4]; er kann aber auch unbeschadet des Wesens der Schenkung von Todeswegen auf dieses Recht verzichten[5]. d) Eine besondere Art der Schenkung von Todeswegen ist die, wo geschenkt wird mit Rücksicht auf eine Lebensgefahr, in welcher der Schenker sich befindet oder welcher er entgegengeht; hier verliert die Schenkung ihren Bestand nicht bloß, wenn der Schenker den Beschenkten, sondern auch, wenn er die Lebensgefahr überlebt[6]. —

---

denn sterben Schenker und Beschenkter zu gleicher Zeit, so besteht die Schenkung, l. 26 D. 39, 6. — Vgl. übrigens in Betreff der charakteristischen Eigenthümlichkeit der Schenkung von Todeswegen auch Sf. XII. 31, XVIII. 37, XX. 34. Bl. f. RAnw. zun. in Bayern, Ergänzungsb. zu B. XXXI. XXXII S. 393.

[2] L. 2 i. f. l. 29 D. 39, 6, l. 15 i. f. D. 40, 1.

[3] L. 2. l. 29. l. 35 D. 39, 6. Dieß ist im Zweifel als die Absicht der Schenkung anzusehen, wenn das Geschenkte sogleich ausgeantwortet wird. Hasse II S. 328 fg., Savigny S. 246 fg. — Die Rückforderung kann der Schenker gründen: a) auf das von dem Beschenkten durch Annahme der Schenkung stillschweigend abgegebene Versprechen (actio praescriptis verbis, l. 18 § 1 D. 39, 6), a. M. Voigt a. a. O. S. 726; b) auf die Ermangelung der Voraussetzung der Schenkung (condictio ob causam datorum, l. 18 § 1 cit., l. 35 § 3 D. 39, 6 und viele andere Stellen). Er kann aber auch c) den Gesichtspunkt der auflösenden Bedingung anlegen und geltend machen, daß durch Eintritt derselben der frühere Rechtszustand ohne Weiteres wiederhergestellt worden sei, l. 29 D. 39, 6 (I § 90 [4]). — Hat der Beschenkte sich des Geschenkten entäußert, so muß er nach Wahl des Klägers den Werth ersetzen, oder das als Gegenleistung Erhaltene herausgeben, l. 37 § 1 D. 39, 6. Hat er das Geschenkte durch seine Nachlässigkeit verloren, so haftet er nach den Grundsätzen der actio praescriptis verbis. Savigny S. 257.

[4] § 1 I. 2, 7, l. 16. 30 D. 39, 6. Der Widerruf begründet condictio, aber auch utilis rei vindicatio, l. 30 D. 39, 6. Vgl. I § 174 [9]. Sf. V. 131.

[5] L. 13 § 1. l. 35 § 4 D. 39, 6, Nov. 87 pr. c. 1. Vgl. Savigny § 170 [f].

[6] Dieß ist der in den Quellen als der gewöhnliche vorausgesetzte Fall. Hasse II S. 317. Der entgegengesetzte Fall wird erwähnt in l. 2. l. 31 § 2 i. f. l. 35 § 4. l. 43 D. 39, 6, l. ult. C. 8, 56 [57].

Digitized by Google

Was die rechtlichen Beschränkungen der Schenkung angeht, so unterliegt die Schenkung von Todeswegen, wenn nicht ohnehin schon freies Widerrufsrecht gilt, dem Widerruf wegen Undankbarkeit wie jede andere Schenkung. Dagegen findet das Verbot der Schenkung zwischen Ehegatten auf sie keine Anwendung[7], und statt der gerichtlichen Vollziehung ist auch die Errichtung vor fünf Zeugen, wie bei einem Vermächtnisse, zulässig[8]. Ueberhaupt ist die Schenkung von Todeswegen im Laufe der Zeit fast vollständig den Vermächtnissen gleichgestellt worden, worüber das Nähere im Erbrecht vorzutragen ist[9].

[Vgl. BGB. 2301.]

C. Verträge auf Rückgabe.

1. Das Darlehn*.

a. Begriff und Voraussetzungen.

§ 370.

Ein Darlehn geben heißt: Jemandem eine Quantität vertretbarer Sachen zum Eigenthum geben mit der Auflage, eine gleiche Quantität gleicher Sachen zurückzugeben[1]. Indem der Empfänger

---

[7] L. 9 § 2. l. 10. l. 11 pr. D. 24, 1.

[8] L. ult. C. 8, 56 [57]. Vgl. Savigny S. 261—265, Vangerow § 563, Sf. XXXIII. 48 und Citate das., XXXIV. 317, XXXVIII. 317, XXXIX. 319. Das Urtheil XVIII. 37 nimmt ohne Angabe von Gründen bei Vernachlässigung der Form Ungültigkeit für den ganzen Betrag, nicht bloß für den Ueberschuß über 500 Ducaten an.

[9] S. einstweilen § 1 I. 2, 7, l. 4 C. 8, 56 [57], Nov. 87 pr. S. III § 675. 676.

* Dig. 12, 1 de rebus creditis si certum petetur et de condictione. Cod. 4, 1 de rebus creditis et de iureiurando. — G. E. Heimbach die Lehre vom Creditum nach den in Deutschland geltenden Rcn (1849) S. 131 fg. (vgl. Rudorff zu Puchta § 304 a). Huschke die römische Lehre vom Darlehn und die dazu gehörigen Materien. 1882. (Dazu Brinz kr. VJS. XXV S. 184 fg.) Cohn in Endemann's Handb. des Handelsr. III S. 833 fg. 1885. Glück XI S. 464—475. XII S. 1—177. Unterholzner II § 308—310, Sintenis II § 108, Vangerow III § 623, Brinz 2. Aufl. II § 296. Dernburg II § 85—89. Vgl. Rösler ZS. f. HR. XII S. 365 fg. v. Schey die Obligationsverhältnisse des österr. allgemeinen Privatr. I. 1. Einleitung. — Das Darlehn. Wien 1890. [Dazu Ofner Grünh. ZS. XVIII S. 366 fg. Krasnopolski ZS. f. HR. XL S. 278 fg.). Lammfromm Theilung, Darlehen, Auflage u. Umsatzvertrag. Leipzig 1897 (dazu Oertmann ABR. XIII S. 129 fg.). Ueber den röm. Verkehr s. Mitteis Trapezitica Sav.-ZS. XIX S. 198 fg.]

§ 370. [1] L. 2 pr. D. 12, 1. „Mutuum damus recepturi non eandem speciem, quam dedimus (alioquin commodatum erit aut depositum), sed idem genus;

Digitized by Google

das Gegebene mit dieser Auflage annimmt, verspricht er auch ohne ausdrückliche Erklärung die Erfüllung derselben, und bringt dadurch den Darlehnsvertrag zum Abschluß[2]. Der Hauptfall des Darlehns ist das Gelddarlehn; aber er ist nicht der einzige[3].

Der Darlehnsvertrag setzt voraus:

1. Eigenthumsverschaffung[4]. Wird an dem Gegebenen Eigenthum nicht verschafft, sei es daß der Hingebende selbst nicht Eigenthümer[5], sei es daß er nicht veräußerungsfähig ist[6], so kommt ein Darlehnsvertrag nicht zu Stande[7]. Jedoch wird die mangelnde Eigenthumsverschaffung dadurch ersetzt, daß der Empfänger das Hingegebene in redlicher Weise verbraucht[8]; und auch ohne Verbrauch haftet er wenigstens auf Rückgabe des Besitzes nach dem Rechte der Voraussetzung[9]. Ob das Eigenthum direct oder indirect verschafft

---

nam si aliud genus, veluti ut pro tritico vinum recipiamus, non erit mutuum. § 1 eod. „Mutui datio consistit in his rebus, quae pondere numero mensura consistunt, . . nam in ceteris rebus ideo in creditum ire non possumus, quia aliud pro alio invito creditore solvi non potest". Pr. I. 3, 14. Im engern Sinne bezeichnet mutuum nur das zinslose Darlehn (im Gegensatz von fenus). Plaut. Asin. I, 3, 95, Non. p. 439, l. 6 C. Th. 2, 4. [Zur Abgrenzung des Darlehns gegen die Einlage des stillen Gesellschafters RG. XXXI S. 33 fg. Sf. XLVII. 133.]

[2] Der Darlehnsvertrag ist ein Realvertrag. Pr. I. cit. „Re contrahitur obligatio veluti mutui datione". Vgl. l. 3 § 1 D. 44, 7. S. übrigens auch § 371 [6].

[3] Beispiele von Darlehen in Sachen anderer Art in pr. I cit., l. 7 § 3 D. 14, 6, l. 12. 16. 23 C. 4, 32. Darlehn in generisch bestimmten, aber nicht vertretbaren Sachen? Vgl. Goldschmidt Handelsr. I § 61 [31].

[4] Daher die etymologische Spielerei in l. 2 § 2 D. 12, 1. „Appellata est autem mutui datio ab eo, quod de meo tuum fit".

[5] L. 2 § 4 D. 12, 1. Miteigenthum: l. 13 § 2. l. 16 D. 12, 1, l. 94 § 1 D. 46, 3. Heimbach S. 80.

[6] § 2 I. 2, 8.

[7] L. 2 § 2 D. 12, 1: — „si non fiat tuum, non nascitur obligatio". Vgl. l. 1 § 1. 2 D. 45, 3.

[8] L. 11 § 2. l. 12 i. f. l. 13 pr. § 1. l. 19 § 1 i. f. D. 12, 1, l. 24 § 2 D. 44, 7, l. 56 § 2 D. 46, 1; § 2 I. 2, 8, l. 12. l. 19 § 1 D. 12, 1, l. 9 § 2 D. 42, 5, l. 24 pr. D. 44, 7. S. g. condictio de bene depensis. Sf. XXXII. 228. Vgl. Heimbach S. 192 fg. 206 fg., Voigt cond. ob causam Note [704], Huschke S. 45 fg., Brinz kr. VJS. a. a. O. S. 194 fg. Verbraucht der Empfänger das Hingegebene unredlicherweise, d. h. wissend, daß er nicht Eigenthümer ist, so haftet er dem Eigenthümer auf Ersatz des Werthes (rei vindicatio, actio ad exhibendum, condictio sine causa und furtiva), s. I § 193 [8], II § 474 [15]. Vgl. auch § 342 [8].

[9] Condictio possessionis, vgl. l. 15 § 1 D. 12, 6 und I § 161 [2], II § 421 [7]. Die Voraussetzung des Hingebens war die Begründung eines Forderungsr., vgl. l. 32 D. 12, 1 (§ 427 [6] und unten in diesem § Note [13]).

Digitized by Google

worden ist, ist gleichgültig[10]. Ja auch dadurch kann ein Darlehn gegeben werden, daß einem Schuldner gestattet wird, dasjenige, was er schuldig ist, als Darlehn zu behalten[11]. Ebenso ist es gleichgültig, ob das Eigenthum gerade dem Schuldner verschafft worden ist, oder mit seinem Willen einem Andern[12].

---

[10] Fälle indirecter Eigenthumsverschaffung: a) der Empfänger hat das empfangene Fremde ersessen (arg. l. 15 § 1 D. 12, 6, l. 60 D. 46, 3), oder das empfangene fremde Geld mit dem seinigen vermischt (l. 78 D. 46, 3); b) Jemand gibt einem Andern eine Sache, um sie zu verkaufen und das dafür erhaltene Geld als Darlehn zu behalten, l. 11 pr. D. 12, 1, l. 4 eod., l. 34 pr. D. 17, 1, l. 8 C. 4, 2; c) Jemand weist einen Dritten, etwa seinen Schuldner, an, demjenigen zu zahlen, welchem er ein Darlehn geben will, l. 15 D. 12, 1, l. 32. l. 9 § 8 i. f. eod. Vgl. § 412 [9]. Sf. XXII. 36. — In Betreff der beiden letzten Fälle hat sich jedoch, wie l. 15 D. 12, 1, l. 34 pr. D. 17, 1 zeigen, das r. R. erst allmälig zu einer freieren Auffassung erhoben; im Anfang hielt man daran fest, daß es gerade das Eigenthum des Darlehnsgebers sein müsse, welches an den Empfänger gelange. — Von dem Fall bei b ist der Fall zu unterscheiden, wo etwas unter Werthveranschlagung mit der Bestimmung hingegeben wird, daß die Anschlagssumme Darlehn sein solle. Von diesem Fall handelt l. 8 C. 4, 2. Vgl. § 494 [11]. Besondere Anwendung: Darlehn in Werthpapieren. Sf. XIV. 133. Kuntze Inhaberpapiere S. 697 fg. — Nicht hierher gehört der Fall, wo Jemand, in dessen Namen ein Anderer etwas besitzt, diesem gestattet, das Besessene als Darlehn zu behalten; hier liegt directe Eigenthumsverschaffung mit Abkürzung der Tradition vor (I § 154 [2]). L. 9 § 9 D. 12, 1, l. 34. pr. cit. — Zu b) ist noch zu bemerken, daß Huschke S. 51 fg. der Ansicht ist, ein Darlehn könne auch durch Anweisung zum Versprechen gegeben werden, hauptsächlich wegen l. 32 D. 12, 1 cit. in Verfolgung des Gedankens, daß das mutuum ein „Vermögensgeschäft", kein „Sachgeschäft" sei. Dagegen Brinz kr. VJS. a. a. O. S. 185 fg. 197 fg.

[11] Auch dieß ist erst allmälig anerkannt worden. Vgl. auf der einen Seite l. 34 pr. D. 17, 1, auf der anderen l. 15 D. 12, 1, l. 3 § 3 D. 14, 6, l. 5 § 18 D. 14, 4. Eine Vereinigung dieser Stellen versucht Huschke S. 57 fg.; gegen denselben mit Recht Brinz kr. VJS. a. a. O. S. 198 fg. Ueber l. 6 C. 4, 2 s. § 354 [2] zweite Hälfte, aber auch Huschke S. 66, Brinz kr. VJS. a. a. O. S. 201 oben (vgl. Pand. 2. Aufl. II § 296 [21]). Daß auch nach neuestem r. Re das Gesagte nicht unbedingt gelte, sondern nur für den Fall, wo Jemandem gestattet werde, als Darlehn zu behalten, was er aus dem Vermögen des Gestattenden in Händen habe, behaupten Brinz 1. Aufl. S. 390. 391, Römer bedingte Novation S. 6 fg. Dawider auch Salkowski Novation S. 60 fg., Vangerow a. a. O. Anm. 1 Nr. II. 2 a. E. in der 7. Aufl., und s. auch Brinz Pand. 2. Aufl. II § 296 [14]. Eine noch engere Auffassung bei Unterholzner § 308 [5] und Huschke S. 66. Vgl. noch Sintenis § 108 [10], v. Salpius Novation und Delegation S. 324 fg. [Wendt Anweisungsr. S. 30.] Sf. I. 335, IV. 149, V. 127 (wo aber die Entscheidung gewiß richtiger auf das § 364 [3] Gesagte gegründet worden wäre), XIII. 17, XIV. 92, XXIV. 113. [XLIX. 158.]

[12] L. 9. § 8 D. 12, 1: — „cum cottidie crediturí pecuniam mutuam ab alio poscamus, ut nostro nomine creditor numeret futuro debitori

Digitized by Google

2. Der Darlehnsvertrag setzt ferner Alles voraus, was überhaupt zur Gültigkeit eines Vertrags erforderlich ist, namentlich Consens der Parteien[13] und Handlungsfähigkeit des Schuldners[14]. Jedoch haftet, wenn der Vertrag nicht zu Stande kommt, der Empfänger immerhin nach dem Rechte der Voraussetzung[15]. — Was den Abschluß des Darlehnsvertrags durch Stellvertreter angeht, so gelten folgende besondere Vorschriften. a) Stadtgemeinden, Kirchen und fromme Anstalten haften aus den von ihren Vorstehern und Verwaltern für sie abgeschlossenen Darlehnsverträgen nur dann, wenn das Geld auch wirklich in ihren Nutzen verwendet worden ist — sonst nur der Contrahent selbst[16]. b) Wird ein Darlehn auf den Namen eines Dritten gegeben, so wird diesem das Forderungsrecht aus dem Vertrage auch ohne seinen Consens erworben[17].

nostro". „Ut": mit der näheren Bestimmung, daß —. Ueber die Lesart s. noch Glück XII S. 19, Jhering Jahrb. f. Dogm. II S. 101 [42], Mommsen ad h. l., Huschke S. 31. S. auch l. 19 § 3 D. 14, 3, l. 19 § 5 D. 16, 1. Vgl. § 412 [9].

[13] L. 32 D. 12, 1. „Si et me et Titium mutuam pecuniam rogaveris, et ego meum debitorem tibi promittere iusserim, tu stipulatus sis, cum putares, eum Titii debitorem esse, an mihi obligaris? Subsisto, si quidem nullum negotium mecum contraxisti. Sed propius est, ut obligari te existimem; non quia pecuniam tibi credidi — hoc enim nisi inter consentientes fieri non potest — sed quia pecunia mea, quae ad te pervenit, eam mihi a te reddi, bonum et aequum est." L. 18 pr. eod. Sf. V. 271.

[14] L. 59 D. 44, 7, l. 13 § 1 D. 12, 6, Gai. III, 91. — Zu StGB. § 301. 302 vgl. Mandry S. 16 fg.

[15] Der Hingebende hat gegeben in der Voraussetzung, daß er durch das Hingeben Gläubiger werden werde; in dieser Erwartung ist er getäuscht worden. Von dem in dieser Weise begründeten Rückforderungsr. spricht l. 32 D. 12, 1 ([13]). Es ist eine condictio sine causa, näher: ob causam datorum (§ 427 [6]). Man hat über die Natur des in l. 32 cit. anerkannten Rückforderungsr. gestritten, und in der Annahme, daß dasselbe etwas Besonderes sei, ihm den besonderen Namen condictio Iuventiana (die Stelle rührt von P. Iuventius Celsus her) gegeben. Vgl. Heimbach S. 224 fg., Voigt ACPra. LIV S. 73 fg. Sf. X. 253. Vgl. XXIX. 121.

[16] L. 27 D. 12, 1, Nov. 120 c. 6 § 3. Heimbach S. 254 fg., Kleinschrod über l. 27 Dig. de rebus creditis (Habilitationsschrift, 1851). Man hat es vielfach versucht, diese Bestimmung aus der Natur der juristischen Personen zu erklären, so namentlich Heimbach und Kleinschrod: die juristischen Personen seien unfähig, durch Tradition Eigenthum zu erwerben (!). S. noch Savigny Syst. II S. 204, H. Witte Bereicherungsklagen S. 278—280, Mandry Familiengüterr. II S. 333, Huschke S. 78, Gierke Genossenschaftsr. III S. 164 [128], Hölder Pand. I S. 133. Ueber c. 4 X. 3, 22 s. Heimbach S. 262 fg. Vgl. noch Sf. XXVIII. 213.

[17] S. § 313 [3] und [6].

Digitized by Google

Dem Darlehnsvertrag kann ein Vertrag über Geben oder Nehmen des Darlehns vorhergehen; für denselben gelten die gewöhnlichen Grundsätze[18].

[Das BGB. gibt vom Darlehn keine weitere Begriffsbestimmung als diejenige, welche in dem Satz liegt: „Wer Geld oder andere vertretbare Sachen als Darlehn empfangen hat, ist verpflichtet" u. s. w. (607). In dem I. Entw. (453 Abs. 2) war der Bestand des Vertrages von der Eigenthumsverschaffung abhängig gemacht. Daß durch gutgläubige Consumtion der Vertrag convalescire, wollte man nicht gelten lassen (Mot. II S. 308). Die II. Comm. strich jene Bestimmung (Prot. S. 1690), weil sie, soweit richtig, selbstverständlich sei. Die Möglichkeit eines Darlehns ohne Eigenthumsverschaffung dachte sich aber die II. Comm nur in Fällen, wie dem der Umschreibung durch den Bankier auf den Conten des Darlehnsgebers und des Darlehnsnehmers. Im Uebrigen ging sie davon aus, daß der Empfänger, wenn er (ausnahmsweise) durch den Empfang nicht Eigenthümer werde, dem wahren Eigenthümer wegen unerlaubter Handlung oder ungerechtfertigter Bereicherung, und demzufolge nicht dem Darlehnsgeber hafte. Das Gesetz gibt keinen Grund, gegen diese Auffassung zu streiten. Es muß aber behauptet werden, daß der gutgläubige Empfänger, wenn er an den Darleiher gutgläubig zurückgeleistet hat, von dem Anspruch des Eigenthümers befreit wird, da seine Bereicherung als weggefallen anzusehen ist (818 Abs. 3).

---

[18] Pactum de mutuo dando. L. 20 D. 12, 1. Gegen dasselbe Storch der heutige insbes. landrliche Darlehnsvertrag und die Bedeutung der l. 20 D. XII, 1 (1878). Gegen diesen Degenkolb ACPra. LXXI S. 54 fg. Vgl. § 310 [2]. Nach dem daselbst Gesagten in Zusammenhalt mit dem I § 173 zu [5] Bemerkten muß behauptet werden, daß das Urtheil auf Auszahlung des versprochenen Darlehns lauten und auf dem gewöhnlichen Wege vollstreckt werden könne. Sf. IV. 32, X. 37, auch XIII. 138. Kohler Annalen der Großh. Badischen Gerichte 1875 S. 247 fg. (Ges. Abhandlungen I. S. 51 fg.). Doch wollen Andere nur Verurtheilung auf das Interesse gestatten. Suffrian das pactum de mutuo dando nach den Grundsätzen des heutigen R. (1866) S. 5, Regelsberger civilr. Erörterungen I S. 131 und in Endemann's Handb. des Handelsr. II S. 419 [15]. Sf. XIX. 35. Kann die Erfüllung des Darlehnsversprechens verweigert werden, wenn Umstände eintreten oder bekannt werden, unter welchen die seinerzeitige Rückzahlung gefährdet erscheint? So E. A. Seuffert in Seuffert Pand. II § 320 [1] [Sf. LII. 3]; dawider Suffrian a. a. O. S. 5 fg., Göppert kr. VJS. XIV S. 426 fg., Sf. XXX. 111, vgl. VI. 137, XXVI. 212. [Schlegel die Zurücknahme einer Creditzusage wegen Gefährdung des Gegenanspruchs. Erl. Diss. 1898. Ueber den s. g. Baugeldervertrag und über Rücktritt von demselben wegen veränderter Umstände s. Sf. LII. 79.] Ein Fall des Vertrages über Nehmen des Darlehns das. II. 165, s. auch X. 37. Vgl. auch Seuffert a. a. O. [2]. Es ist übrigens wohl zuzusehen, ob im gegebenen Fall auch wirklich ein Vertrag vorliegt, und nicht bloß eine ohne bindende Absicht gemachte Beredung, l. 30 D. 12, 1. Vgl. noch Endemann ZS. f. HR. IV. S. 196 fg. [Anspruch aus pactum de mutuo dando nicht übertragbar: RG. XXXII S. 365 fg. Sf. LIII. 99. — S. noch Fourman das pactum de mutuo dando. Erl. Diss. 1896. Kellerhoff idem. Erl. Diss. 1896.]

Digitized by Google

Den Satz zu [11] gibt BGB. 607 Abs. 2. In Betreff des Satzes zu [15] s. BGB. 812 Abs. 1 a. E. Den Satz zu [16] kennt das BGB. nicht. In Betreff der Vertretung und des Vertrages zu Gunsten Dritter nimmt das Darlehn keine Sonderstellung ein (vgl. [17]). Das Versprechen der Hingabe eines Darlehns ist widerruflich, wenn in den Vermögensverhältnissen des andern Theils eine wesentliche Verschlechterung eintritt, durch die der Anspruch auf die Rückerstattung gefährdet wird (vgl. [18]).]

b. Verpflichtungen.

§ 371.

Die Verpflichtung, welche aus dem Darlehn entsteht, geht auf Rückgabe einer gleichen Quantität gleicher Sachen, wie empfangen worden ist[1]. Die Verpflichtung geht nur hierauf; das Darlehn ist kein Geschäft, bei dem es erst nothwendig wäre, im einzelnen Fall mit Rücksicht auf die besonderen Umstände dieses Falles zu bestimmen, was dem Sinn und der Absicht des Geschäfts gemäß ist: dem Sinn und der Absicht des Darlehnsgeschäftes ist unabänderlich das Eine gemäß, daß so viel zurückgegeben werde, als empfangen worden ist[2].

[S. BGB. 607 Abs. 1: Rückerstattung in gleicher Art, Güte und Menge. Vgl. aber auch I § 46 [5].]

Ueber die Zeit der Rückgabe entscheidet der Vertrag[3]. Ist in demselben über die Zeit der Rückgabe nichts ausgemacht, so ist zuzusehen, ob nicht aus den Umständen eine stillschweigende Bestimmung

---

[1] Da der Empfänger Eigenthümer geworden ist, so ist es natürlich für seine Verpflichtung ganz gleichgültig, daß ihm das Empfangene abhanden gekommen ist, ehe er es zu seinem Nutzen hat verwenden können. L. 9 § 9 D. 12, 1, l. 1 § 4 D. 44, 7, § 2 I. 3, 14. § 371.

[2] Römisch ausgedrückt: aus dem Darlehn entsteht keine actio bonae fidei, sondern eine actio stricti iudicii, eine condictio (I § 46 [4]), die intentio der formula ging nicht auf dare oportere ex fide bona, sondern auf dare oportere schlechthin. Die nicht beabsichtigte Folge hiervon war nun freilich die, daß dem Judex auch die Möglichkeit genommen war, auf solche, von außen kommende, Umstände Rücksicht zu nehmen, welche den Darlehnsanspruch zu modificiren an und für sich allerdings geeignet waren (I § 46 [6]), wie z. B. auf Verzug (l. 24 D. 19, 5, l. 3 C. 4, 32; übrigens gestattete bei anderen Darlehn als Gelddarlehen die durch die Nothwendigkeit der Geldcondemnation bedingte Anweisung des Judex auf quanti ea res est eine freiere Bewegung, l. 12. 23 C. eod.). Das gilt natürlich für uns nicht mehr; während der Gegensatz selbst zwischen der Darlehnsobligation und der Obligation z. B. aus Kauf, Miethe ꝛc. für uns noch besteht, wie er für die Römer bestand. — Auch ein Gegenanspruch des Schuldners kann beim Darlehn vorkommen, z. B. wegen des durch das hergegebene verdorbene Getreide ꝛc. angerichteten Schadens. Bruns in v. Holtz. Encycl. I. § 71 Abs. 4, Dernburg II § 87 a. E. Vgl. Brinz 2. Aufl. II S. 480. [Vgl. ob. S. 295.]

[3] Was bedeutet die Bestimmung, daß die Rückgabe erfolgen soll: „wenn der Gläubiger das Geld vonnöthen hat"? Sf. II. 33. Rückgabe „sobald der

Digitized by Google

hergeleitet werden kann[4]. Ist auch dieß nicht der Fall, so darf zu jeder Zeit zurückgefordert werden[5].

[BGB. gibt gesetzliche Kündigungsfristen, bei mehr als 300 M. drei Monate, bei geringerem Betrage (Werthe) einen Monat (609). Vgl. Thiele (8).]

Die Verbindlichkeit, Zinsen zu zahlen, versteht sich beim Darlehn nicht von selbst; sie muß durch besondere Verabredung begründet werden[6].

[Davon geht auch BGB. 608 aus; vgl. auch 609 Abs. 3.]

Ein besonderer Fall des zinsbaren Darlehns ist der[7], wo der Gläubiger für irgend einen künftigen ungewissen Fall auf die Rück-

---

Schuldner dazu im Stande sein wird", das. XV. 118. Vgl. auch die Citate bei § 273 [2]. [Thiele die Kündigung insbes. bei Darlehen nach dem BGB. ACPra. LXXXIX S. 85 fg.]

[4] Die Bewilligung einer gewissen Frist liegt in jeder Darlehnsgabe, sonst würde die Darlehnsgabe keinen Sinn haben. Seuffert Pand. § 310 [3]. S. außerdem l. 57 pr. D. 2, 14. „Qui in futurum usuras a debitore acceperat, tacite pactus videtur, ne intra id tempus sortem petat". S. übrigens auch Huschke S. 13. [Rückzahlbar bei Sicht des Schuldscheins = jederzeit auf Verlangen sofort. Sf. XLIX. 154.]

[5] Sf. V. 273.

[6] Ueber die Wirksamkeit, welche dabei schon das r. R. dem nudum pactum zuschrieb, s. l. 11 § 3 D. 13, 7, l. 5 § 2 D. 46, 3, l. 3. 4 C. 4, 32, l. 12 eod. l. 5 § 1. l. 7 D. 22, 2. — Ist nicht das zinsbare Darlehn Consensualvertrag? So Demelius Jahrb. f. Dogm. III S. 408, Unger das. VIII S. 15 („Kapitalmiethe"), Suffrian (§ 370 [18]) S. 8 fg., Budde und Schmidt Entscheidungen des OAG. zu Rostock VI S. 295—299 (= Sf. XXII. 121). Ich meine: gewiß dann nicht, wenn dem wirklichen Geben des Darlehns keine Verpflichtung dazu vorhergeht. Aber auch dann nicht, wenn eine solche Verpflichtung vorhergeht ohne eine entsprechende Verpflichtung, das Darlehn zu nehmen. Aber selbst dann nicht nothwendig, wenn auch diese letztere Verpflichtung vorhanden ist; es ist sehr wohl möglich, daß die Parteien auch in diesem Falle nichts gewollt haben, als ein pactum de mutuo dando und mutuo accipiendo. Sondern von einem dem Miethvertrage entsprechenden Consensualvertrage darf nur dann geredet werden, wenn die Absicht der Parteien darauf gerichtet ist, daß jetzt sofort ein Darlehnsgeschäft abgeschlossen sein solle, durch welches der eine Contrahent verpflichtet werde, eine gewisse Summe Geldes zum Gebrauch hinzugeben, der andere, dafür eine Zinsvergütung zu zahlen. Und selbst in diesem Fall ist es nicht gerechtfertigt, ohne Weiteres alle dem Miethvertrag eigenthümlichen Rsätze zur Anwendung zu bringen, wie dieß Dankwardt Nationalökonomie und Jurisprudenz II S. 36—42 thut. Vgl. § 312 [5]. S. auch Kohler Annalen der Großh. Badischen Gerichte 1875 S. 242 fg. (Ges. Abhandlungen I S. 44 fg.), Bähr kr. VJS. XVIII S. 335 fg., Eisele ZS. f. Schweiz. R. III S. 22 fg., Huschke S. 26, Cohn a. a. O. S. 840. 843. Kohler ABR. II S. 211 fg. — Vgl. über das zinsbare Darlehn auch noch Endemann ZS. f. HR. IV S. 47—58. [„Zu verzinsen nach Uebereinkunft": Sf. LIII. 220.]

[7] Dig. 22, 2, Cod. 4, 33 de nautico foenore. Glück XXI S. 151—222. Huschke S. 221 fg. Kleinschmidt das foenus nauticum. 1878. Matthiaß

Digitized by Google

forderung verzichtet, und sich als Prämie für die übernommene Gefahr einen höheren als den gewöhnlichen Zins ausbedingt[8]. In diesem Falle kam im römischen und früheren gemeinen deutschen Recht die nach diesen Rechten geltende Beschränkung des Zinsmaßes nicht zur Anwendung[9. 10].

[ROH. behandelt diesen Gegenstand nicht. Soweit nicht das HGB. eingreift (§§ 679 fg.), entscheiden die allgemeinen Grundsätze über bedingte Verträge.]

---

das foenus nauticum und die geschichtliche Entwickelung der Bodmerei. 1881. Brinz 2. Aufl. II § 298. [Sieveking das Seedarlehn des Alterthums Leipz. 1893, Spitta die geschichtl. Entwickelung des foenus nauticum. Erl. Diss. 1896.]

[8] Der Fall, von welchem das r. R. ausgegangen, und welcher auch später immer der Hauptfall geblieben ist, ist der, wo das Geld auf ein Schiff, welches eine Reise anzutreten im Begriff ist, mit der Bedingung gegeben wird, daß der Gläubiger nur dann ein Rückforderungsr. haben solle, wenn das Schiff an seinem Bestimmungsort ankomme; daher der Ausdruck nauticum foenus oder traiecticia pecunia. Die spätere Ausdehnung geht aus l. 5 pr D. 22, 2 hervor. Nach dieser Stelle kann der Vertrag sogar auf ein solches Ereigniß gestellt werden, dessen Herbeiführung oder Nichtherbeiführung von der Willkür des Schuldners abhängt, z. B. Freilassung oder Nichtfreilassung eines Sclaven. Andere Beispiele, welche die Stelle nennt, sind folgende: Jemand gibt einem Fischer Geld auf einen Fischfang, und verzichtet auf die Rückgabe für den Fall, daß der Fischer nichts fangen sollte; Jemand gibt einem Athleten Geld zu seiner Ausbildung und verzichtet auf die Rückgabe für den Fall, daß derselbe im Wettkampf den Preis nicht gewinnen sollte; ein Kranker gibt ein Darlehn und verzichtet auf die Rückgabe für den Fall seiner Genesung (oder Nichtgenesung). Nur die eine Grenze setzt die l. 5 pr. cit., daß der Vertrag nicht ein versteckter Spielvertrag sein darf; d. h. es muß wenigstens von einer der Parteien ein anderes Interesse verfolgt werden, als das des bloßen Gewinnes. Uebrigens ist die Lesart der l. 5 pr. cit. in mehrfacher Beziehung sehr bestritten. S. Glück XXI S. 153 fg., Huschke zur Pandektenkritik S. 88. — Ein dem römischen foenus nauticum ähnliches, aber selbständig entwickeltes deutsches Rsinstitut ist der Bodmereivertrag. Matthiaß a. a. O. S. 55 fg. Schröder in Endemann's Handb. des Handelsr. IV Abth. 1 S. 235 fg.

[9] Nach ursprünglichem r. R. war das Zinsmaß ganz freigegeben. Paul. sentent. II, 14 § 3, l. 26 § 2 C. 4, 32. Justinian setzte in der zuletzt genannten Stelle das Zinsmaximum auf 12% fest (a. M. Ihering Jahrb. f. Dogm. XIX S. 2 fg., gegen denselben Brinz a. a. O. [36], Büchel das gesetzliche Zinsmaximum beim foenus nauticum nach l. 26 C. de usur. Erlangen 1883). In Nov. 106 aber bestätigte er ein Gewohnheitsr. folgenden Inhalts: der Gläubiger dürfe sich ausbedingen — und zwar für die Zeit der Seereise, nicht für das Jahr — entweder den achten Theil des Kapitals, oder den zehnten Theil und außerdem Zollfreiheit für einen modius Getreide auf je einen hingegebenen solidus. Die Nov. 106 wurde nun zwar sogleich darauf durch die Nov. 110 wieder aufgehoben; aber diese letztere ist nicht glossirt. Danach also würde vor der neuen Reichsgesetzgebung der Inhalt der Nov. 106 gemeines R. gewesen sein, wenn nicht in Rücksicht darauf, daß das foenus nauticum nur eine Form des Versicherungsvertrages ist, und daß nach feststehenden Grundsätzen bei diesem

Digitized by Google

c. Beweis*.

§ 372.

Was den Beweis des Darlehns angeht, so stellt das römische Recht für den Beweis durch schriftliches Empfangsbekenntniß folgende besondere Grundsätze auf[1].

Vertrag die Bestimmung der Prämie dem Belieben der Parteien anheimgegeben ist, auch schon früher hätte behauptet werden müssen, daß beim foenus nauticum das Zinsmaß einer Beschränkung nicht unterliege. Vgl. Eichhorn Einl. in das deutsche Privatr. § 107 a. E. § 114, Seuffert § 313 [4], Arndts § 283 Anm., Huschke S. 228 [1]. Ueber die neue Reichsgesetzgebung s. § 260 [4] [— 4b].

[10] Eine Stelle von der Lehre vom nauticum foenus, die l. 122 § 1 D. 45, 1, bietet — ohne besondere Grundsätze zu enthalten — der Auslegung Schwierigkeit dar. S. über dieselbe den Aufsatz von Huschke ZS. f. CR. und Pr. N. F. X S. 1 fg. (1853) und die Schrift von Goldschmidt: Untersuchungen zu l. 122 § 1 D. de V. O. (1855). Schirmer Sav.-ZS. XI S. 102 fg.

* Cod. 4, 30 de non numerata pecunia. — Aus der Literatur ist vor Allem hervorzuheben die gründliche und erschöpfende Bearbeitung von Gneist die formellen Verträge S. 1—110. 265—318. 388—405 (1845). S. außerdem, aus der Zeit vor dieser Schrift: Pfeiffer vermischte Aufsätze S. 126—187 (1803) und praktische Ausführungen II S. 146—177 (1828), Unterholzner ACPra. VII S. 1 fg. (1827), Sintenis in Sell's Jahrb. I S. 254 fg. (1841); aus der Zeit nachher: Heimbach Lehre vom Creditum S. 693—692 (1849) Bähr Anerkennung § 27. 62 und Anhang (1855. 1867. 1894), ders. Jahrb. f. Dogm. II S. 333—349 (1858), Schlesinger zur Lehre von den Formalcontracten 2. Abth. S. 180 fg. (1858), H. Witte Bereicherungsklagen S. 193—253 (1859), v. Salpius Novation und Delegation S. 314—336 (1864), Bekker Aktionen I S. 382—401 (1871), Huschke S. 91—148, Ludw. Goldschmidt Jahrb. f. Dogm. XXIV S. 33 fg. (1886). Ausführliche Literaturangaben bei Gneist und Schlesinger. — Unterholzner II S. 70—78, Sintenis II S. 264—272 und III § 133 [26], Brinz 1. Aufl. S. 426—429 (2. Aufl. II § 311). C. Facelli l'exceptio non numeratae pecuniae in relazione col contratto letterale del diritto romano. Firenze 1886. Darüber Fadda Rivista italiana II p. 459 s. und Schneider kr. VJS. XXX S. 57 fg.

§ 372. [1] Auf Grund der nahe liegenden Betrachtung, daß das Empfangsbekenntniß häufig aus der Hand gegeben wird, bevor das Darlehn wirklich gezahlt ist. Vgl. l. 3 C. 5, 15. S. übrigens auch Goldschmidt (bez. Jhering) a. a. O. S. 119 unt. — Diese Schmälerung der Beweiskraft schriftlicher Empfangsbekenntnisse wird in den Pandekten nicht erwähnt, im Jahre 198 galt sie, wie aus der interpolirten („asseris", vgl. l. 1 C. 8, 32 [33]) l. 1 C. 4, 30 hervorgeht, noch nicht. Dagegen wird sie in Constitutionen von Caracalla als geltend vorausgesetzt, s. namentlich l. 4 C. 4, 30. Mit vollkommener Sicherheit freilich läßt sie sich erst in einer Constitution von Alexander Severus, l. 8 C. 4, 30, nachweisen. Ihre Quelle sind ohne Zweifel kaiserliche Rescripte, durch welche sie jedoch weniger eingeführt als anerkannt und normirt wurde. Vgl. Gneist S. 265—285, Witte S. 197—201. 225—228, andererseits Huschke S. 102

Digitized by Google

Ein schriftliches Bekenntniß über den Empfang eines Darlehns beweist gegen den Aussteller nur dann, wenn dieser zwei Jahre[2] hat verstreichen lassen, ohne gegen das Bekenntniß mit der Behauptung aufzutreten, daß dasselbe unwahr sei, und er das Darlehn in Wirklichkeit nicht empfangen habe[3]. Während dieser Zeit muß der Gläubiger, wenn er das Darlehn zurückfordert, und der Aussteller der Urkunde den Empfang leugnet[4], zu anderen Beweismitteln greifen[5]. Ebenso muß er zu anderen Beweismitteln greifen, wenn der Aussteller auf Grund der Behauptung, daß er das Darlehn nicht empfangen habe, die Urkunde zurückfordert[6]. Der Aussteller kann sich aber auch auf einen schriftlichen Protest gegen die Urkunde beschränken; dadurch schließt er die Beweiskraft derselben für alle Zeit aus[7]. Mißbraucht jedoch der Aussteller sein Bestreitungsrecht gegen

fg. — Gilt die gleiche Beschränkung der Beweiskraft auch für öffentliche Urkunden, in denen ein mündliches Bekenntniß des Empfangs eines Darlehns bezeugt ist? Dafür Sf. II. 34; dawider das. IV. 31. Bl. f. Rechtspflege in Thüringen XIV S. 365. Vgl. Heimbach Creditum S. 689.

[2] Zwei Jahre gemäß der Vorschrift Justinian's; vor ihm waren es fünf Jahre. L. 14 C. 4, 30; vgl. tit. I. 3, 21, § 2 I. 4, 13. Ursprünglich (bis Diocletian) war die Frist eine einjährige. Cod. Hermog. tit. I (ed. Haenel p. 65). Gneist S. 15; s. jedoch auch Bähr Anh. zu [36] fg.; dazu Schlesinger S. 235. — Während der Minderjährigkeit des Ausstellers läuft die Frist nicht. L. 5 C. 2, 40 [41]; vgl. l. 14 pr. i. f. C. 4, 30.

[3] Diese Behauptung heißt querela non numeratae pecuniae; der Aussteller, indem er sie aufstellt, queritur de non numerata pecunia. Vgl. Gneist S. 63—89.

[4] Durch die exceptio non numeratae pecuniae, welche die eine mögliche Form der querela non numeratae pecuniae ist (vgl. l. 9. l. 14 pr. § 4 C. 4, 30, tit. I. 3, 21). Wie aber erklärt sich der Ausdruck exceptio, da ja der Beklagte in dem Leugnen des Empfanges den Klagegrund bestreitet? Das r. R. denkt sich die exceptio non numeratae pecuniae ursprünglich ausschließlich, und auch später vorzugsweise, als gerichtet gegen eine Urkunde, in welcher nicht bloß der Empfang des Darlehns, sondern auch eine Stipulation auf Rückgabe desselben bezeugt war; es lag nahe, den Namen auf den Fall zu übertragen, wo aus einer Urkunde mit Empfangsbekenntniß, aber ohne Stipulationsclausel, geklagt wurde (s. namentlich tit. I. 3, 21, l. 14 C. 4, 30). Gneist S. 266 ob. 398 fg., Schlesinger S. 250 fg., Witte S. 217 fg. Für diejenigen, welche einen neueren römischen Literalvertrag annehmen, wie namentlich Cropp, Bähr, Huschke, Brinz (§ 312 [2 a. E.]), besteht die hier berührte Schwierigkeit nicht. Spaltenstein das specifisch juristische Geschäft S. 124 fg. findet „das Vertragsmoment in der durch die Urkunde ausgedrückten confessio". Dagegen Eisele kr. VJS. XX S. 11 fg.

[5] L. 1. l. 3. l. 10. l. 14 C. 4, 30, Nov. 18 c. 8. Vgl. auch Nov. 100.

[6] L. 8 C. 4, 30, l. 3 C. 2, 6, l. 4 C. 4, 9. Gneist S. 57—60.

[7] L. 14 § 4 C. 4, 30. „In omni vero tempore, quod memoratae exceptioni taxatum est, ei licebit, cui talis exceptio competit, vel (= auch)

Digitized by Google

besseres Wissen, und es gelingt dem Gläubiger, durch andere Beweismittel darzuthun, daß das Darlehn wirklich gegeben worden sei, so trifft den Aussteller die Strafe des Doppelten[8]. Macht der Aussteller von seinem Recht während der gesetzlichen Frist keinen Gebrauch, so beweist nun die Urkunde nicht bloß vollständig gegen ihn, sondern er wird auch nicht mehr zum Gegenbeweise gegen dieselbe zugelassen[9].

Außer dem Gesagten ist noch folgendes zu bemerken.

1. Nur solche Urkunden unterliegen der Bestreitung, in denen der Empfang im Allgemeinen, nicht solche, in denen er als in einer bestimmten näher bezeichneten Vergangenheit geschehen bezeugt ist[10].

2. Das Bestreitungsrecht fällt dadurch weg, daß der Aussteller hinterher die Zahlung als erfolgt anerkennt, was auch stillschweigend durch theilweise Rückzahlung geschehen kann[11].

---

denuntiationibus scripto missis querelam non numeratae pecuniae manifestare ei, qui numerasse eam vel alias res dedisse instrumento scriptus est . . . eoque modo perpetuam sibi exceptionem efficere". L. 8 C. 4, 30, l. 5 C. 4, 2, l. 4 C. 4, 9. Der Protest muß an den Gegner gerichtet werden; bei Abwesenheit desselben kann er gerichtlich geschehen, muß aber jedenfalls zur Kunde des Gegners gelangen. L. 14 § 4 cit., und dazu Auth. *Hanc autem* aus Nov. 100 c. 1. Vgl. v. Löhr im Magaz. f. RW. u. Gesetzgeb. IV S. 386 fg.

[8] Nov. 18 c. 8 und daraus Auth. *Contra* zu l. 4 C. 4, 30. Es ist aber Streit darüber, ob nicht diese Strafe durch die deutsche Praxis beseitigt worden sei; s. darüber § 263 [4]. Vgl. noch Schlesinger S. 267, Wetzell Civilproc. § 22 [36] (Beide für die Bejahung der aufgeworfenen Frage), Gneist S. 20 (welcher bemerkt, daß die Praxis an Stelle der Privatstrafe meistens arbiträre Strafen eintreten lasse).

[9] L. 8 C. 4, 30, l. 4 C. 4, 9, tit. I. 3, 21. Vgl. auch l. 14 § 2 C. 4, 30, Nov. 100 c. 1 (*vv.* ubi enim licet in prolixo sic tempore). Gneist S. 89 fg. 388 fg., Huschke S. 145 fg. A. M. Viele, entweder schon für das r. R., oder mit Berufung auf eine entgegenstehende Praxis. S. den Bericht bei Gneist S. 97 fg. Die Praxis ist jedenfalls keine ganz allgemeine. Cropp S. 385, Gneist S. 108, Bähr § 62 zu [3 fs.], Schlesinger S. 328, Goldschmidt S. 124. Vgl. auch noch Sintenis II § 96 [45], Wetzell Civilproc. § 22 [35] (von denen der Erste nach dem R. der Praxis, der Letzte schon nach r. R. den Gegenbeweis zuläßt). Für die Zulässigkeit des Gegenbeweises: Sf. VI. 179, VIII. 250, XVI. 107, XVII. 180, XX. 125, XXV. 125, XXVI. 127, XXVII. 200; dawider V. 152 (275). Für die Zulässigkeit des Gegenbeweises hat sich auch das RG. erklärt. Fenner und Mecke Arch. I S. 205.

[10] Nur bei Urkunden der ersten Art ist die in Note [1] bezeichnete Gefahr für den Aussteller vorhanden. Urkunden der zweiten Art unterliegen der Bestreitung ebensowenig, wie diejenigen, in denen irgend eine andere antecedens causa debendi bezeichnet ist. L. 13 vgl. l. 5 C. 4, 30. Gneist S. 286 fg. 304 fg.; a. M. Huschke S. 139. Sf. X. 254, XXXI. 135.

Digitized by Google

3. Der Bestreitung gegenüber kann der Beweis auch darauf gerichtet werden, daß nach Uebereinkunft der Parteien die Urkunde ausgestellt worden sei, obgleich die Zahlung weder erfolgt war, noch auch erwartet wurde. Die Urkunde erhält in diesem Falle einen reinen Vertrag[12].

4. Die im Vorstehenden entwickelten Grundsätze gelten auch für Empfangsbekenntnisse bei darlehnartigen Geschäften, d. h. bei Geschäften, welche wie das Darlehn auf generische Rückgabe einer hingegebenen Quantität fungibler Sachen gerichtet sind[13], mit Ausnahme jedoch der (uneigentlichen) Hinterlegung[14]. —

Das dargestellte Rechtsinstitut verdient vom legislatorischen Standpunkt keine Billigung[15]. Durch die Gesetzgebung des neuen

---

[11] L. 4 C. 4, 30. Vgl. Gneist S. 52 fg., Sintenis Lehrb. a. a. O. [42]. Sf. VI. 26, X. 254, XXV. 125, XXVI. 127.

[12] Ein abstractes Leistungsversprechen. Der Aussteller der Urkunde verspricht dadurch 100, daß er sich anheischig macht, sich behandeln zu lassen, als habe er 100 zum Darlehn empfangen: der Bestimmungsgrund zu diesem Versprechen kann jeder beliebige sein (vgl. § 364 [3]). [Bähr § 62a.] Sf. XXIII. 118, XXV. 20, XXIX. 117. 218, XLV. 10, vgl. XXXIV. 198. Vgl. auch Stahl ACPra. LXI S. 141 fg. — Hierher gehört auch der Fall, wo der Aussteller der Urkunde in derselben auf die exc. non numeratae pecuniae verzichtet. Er verspricht dadurch, sich als Darlehnsschuldner behandeln zu lassen, auch wenn er kein Darlehn erhalten haben sollte. Die Behauptung, daß der Verzicht nur als eidlicher wirksam sei (s. z. B. Sintenis Lehrb. a. a. O. [44]), hat keinen Grund, am wenigsten in l. 16 C. 4, 30. Vgl. Gneist S. 56. 57. Gegen die Wirksamkeit des Verzichtes: Seuffert Pand. § 311 [12]; ferner Sf. V. 276, X. 38, XII. 262, XXXIV. 199; Buchka und Budde Entscheidungen des OAG. zu Rostock V S. 277—278 (Sf. XIX. 225).

[13] Also z. B. beim uneigentlichen Nießbrauch, der locatio conductio irregularis. So verstehe ich l. 14 pr. C. 4, 30: „In contractibus in quibus pecuniae vel aliae res numeratae vel datae esse conscribuntur“, in Verbindung mit l. 5 C. 4, 30, wo die exc. non numeratae pecuniae auf „credita pecunia“ beschränkt wird. S. über die verschiedenen Meinungen Gneist S. 294—304 (welcher selbst nicht über das Darlehn hinausgehen will), Bähr Anh. unter XI, Schlesinger S. 257. 258, Witte S. 212, Huschke S. 133 (ebenfalls für die Beschränkung auf das Darlehn).

[14] Nach der ausdrücklichen Bestimmung in l. 14 § 1 C. 4, 30.

[15] Es schützt den Schuldner gegen eine mögliche Ungerechtigkeit dadurch, daß es den Gläubiger der Gefahr einer gleichen Ungerechtigkeit aussetzt. Damit nicht ein gewissenloser Gläubiger den Schuldner zur Rückzahlung eines nicht empfangenen Darlehns nöthigen könne, wird eine Einrichtung getroffen, welche es dem gewissenlosen Schuldner möglich macht, dem Gläubiger ein wirklich empfangenes Darlehn vorzuenthalten. Ist aber nach Lage der Umstände die Gefahr einer Ungerechtigkeit nicht zu vermeiden, so ist es doch gewiß billiger, daß diese Gefahr den treffe, für welchen kein Beweismittel spricht, als den, welcher mit einem solchen versehen ist. A. M., nicht überzeugend, Huschke S. 146 Note (S. 115 fg.).

Digitized by Google

deutschen Reiches ist ihm seine Geltung für Deutschland entzogen worden[16].

[S. jedoch PGB. 1139.]

---

[16] HGB. Art. 295 [gestrichen]. EG. z. CPO. § 17. Die Particulargesetzgebung hatte es schon früher sehr eingeengt. Vgl. Stobbe III § 190 [10] [§ 236 [10] fg.]. Durch den cit. § 17 ist auch aufgehoben der Ausschluß des Gegenbeweises nach Ablauf der Bestreitungsfrist, welcher Ausschluß nichts ist, als eine Gegengabe an den Gläubiger für die dem Schuldner gewährte Bestreitungsmöglichkeit. Dem Beweis für diesen Satz ist die bei * genannte Abhandlung von Goldschmidt gewidmet, die sich aber hauptsächlich mit der Geschichte des Instituts beschäftigt; der Zusammenhang leuchtet nicht ein. — Es sind auch Versuche gemacht worden, nachzuweisen, daß das Institut auch im r. R. nicht gegolten habe, von Bähr und Schlesinger an den bei * genannten Orten. Bähr und Schlesinger behaupten übereinstimmend, das Besondere der querela non numeratae pecuniae bestehe nicht darin, daß die Beweiskraft der Empfangsurkunde während einer gewissen Zeit gemindert sei, sondern darin, daß diese Beweiskraft nach Ablauf einer gewissen Zeit sich steigere. Im Einzelnen weichen sie von einander ab. Bähr lehrt: durch die Vorschützung der querela non numeratae pecuniae werde allerdings der Gläubiger zum Beweis genöthigt, aber diesen Beweis führe er eben durch die Urkunde selbst, und dem Schuldner sei nur Gegenbeweis gestattet — aber nicht mehr gestattet, wenn der Schuldner sich der Urkunde gegenüber zwei Jahre lang ruhig verhalten habe. Nach der Ansicht Schlesinger's geht die querela non numeratae pecuniae nicht sowohl darauf, daß der Antragsteller damals bei Ausstellung der Urkunde noch nicht empfangen gehabt, als vielmehr darauf, daß er später nicht empfangen habe; der Aussteller müsse also, um sie geltend machen zu können, vorher nachweisen, daß die Urkunde wirklich in Erwartung künftiger Zahlung ausgestellt worden sei; das R. zu behaupten, daß dieß geschehen, verliere er aber durch den Ablauf von zwei Jahren, hiermit jedoch nicht auch zugleich das R. des Gegenbeweises. Meiner Ansicht nach scheitert die eine und die andere Auffassung an dem Inhalt unserer Quellen. Wenn auch eine Reihe von Quellenzeugnissen in ihrem Sinn ausgelegt werden können, so ist dieß doch bei anderen willkürlich oder geradezu unmöglich. S., was die Bähr'sche Auffassung angeht, namentlich (wenn man auch von der vielgedeuteten l. 13 C. 4, 30 absehen will) Nov. 18 c. 8, Nov. 100; gegen Schlesinger außer diesen Stellen l. 1. l. 10 und besonders l. 5 C. 4, 30. Gegen diese neuen Auffassungen haben sich erklärt Gneist Comm. de causae probatione stipulatoris p. 7, Windscheid kr. BJS. III. S. 109—114, Brinz 1. Aufl. S. 426—429 [vgl. 2. Aufl. II § 311, 2], Witte S. 288 fg. (hauptsächlich gegen Bähr), Sintenis III § 133 [36] (gegen Schlesinger), Huschke S. 146 [1 a. E.]; für Bähr (Schlesinger?) Wetzell Civilproc. § 22 [26], Spaltenstein das specifisch juristische Geschäft S. 130 fg. — Eine besondere Auffassung der exc. non numeratae pecuniae für die ältere Zeit (vor Einführung ihrer zeitlichen Beschränkung) vertritt v. Salpius a. a. O. Die Erwähnung der numerata pecunia sei bei der Stipulation inhaltlose Form, deßwegen die exc. non numeratae pecuniae nichts als exc. doli im weitesten Sinn gewesen, zu deren Begründung der Schuldner vorerst die der Stipulation wirklich zu Grunde liegende causa habe beweisen müssen. Dieß ist auch der Grundgedanke der Abhandlung von Goldschmidt. — Wendt Jahrb. f. Dogm. XXVIII S. 1 fg. (1889) bezieht die gesetzliche Frist auf die Zulässigkeit der Vertheidigung wegen Nichtempfanges gegenüber einer abgeschlossenen Stipulation; von dem Fall

Digitized by Google

d. Verbot des Darlehns an Hauskinder*.

§ 373.

Hauskindern soll kein Gelddarlehn gegeben werden; wer es dennoch thut, hat kein Rückforderungsrecht[1].

1. Unter Hauskindern sind zu verstehen Personen unter väterlicher Gewalt[2], ohne Rücksicht auf Geschlecht[3] und Alter[4]. Auch

---

eines Empfangsbekenntnisses ohne Stipulation redet er nicht. [Gegen Wendt s. Pernice Sav.-ZS. XIV S. 264 fg.; hiergegen Wendt Jahrb. f. Dogm. XXXII S. 138 fg.]

* Dig. 14, 6 de Senatusconsulto Macedoniano. Cod. 4, 28 ad Senatusconsultum Macedonianum. — Dietzel das Senatusconsultum Macedonianum (1856). Schwanert die Natural-Obligation S. 341—363 (1861). Dueckers de Senatusconsulto Macedoniano (Inauguralabhandlung 1866, gut). Ryk ACPra. LIII S. 85 fg. (1870). Mandry das gemeine Familiengüterr. I S. 431—524 (1871). Huschke S. 149—195, Glück XIV S. 302—354; Unterholzner I S. 147—153, Sintenis II S. 512—516, Brinz 2. Aufl. II § 297, Dernburg II § 88. [Auteroche le Sénatusconsulte Macédonien. Th. de Paris 1889. Desbats idem. Th. de Bordeaux 1894.]

[1] Dieser Satz ist durch einen Senatsbeschluß aus der Regierung K. Vespasian's (Sueton. Vesp. c. 11, vgl. Mandry S. 431—436, Huschke S. 149—155) eingeführt worden. Das Verhältniß, welches der Senat im Auge hatte, ist ein zu allen Zeiten wiederkehrendes; junge Leute, welche einen leichtsinnigen Lebenswandel führen, machen Schulden auf die väterliche Erbschaft („in mortem parentum", Tacit. Ann. XI, 13, vgl. die Worte des Senatsbeschlusses „etiam post mortem patris eius" und „exspectata patris morte"), und es finden sich Personen, welche ihnen auf dieselbe („incertis nominibus", Worte des Senatsbeschlusses), natürlich gegen harte Bedingungen, Geld leihen und dadurch ihrem tadelnswerthen Wandel Vorschub leisten. Auf diesem Wege war ein gewisser Macedo bis zum Vatermorde gekommen (Teoph. ad § 7 I. 4, 7, vgl. auch l. 3 § 3 D. 14, 6), und dieß veranlaßte den Senat zu der Bestimmung: — „placere, ne cui, qui filiofamilias mutuam pecuniam dedisset, etiam post mortem parentis eius, cuius in potestate fuisset, actio petitio ue daretur, ut scirent, qui pessimo exemplo foenerarent, nullius posse filii familias bonum nomen exspectata patris morte fieri". L. 1 pr. D. 14, 6, s. auch § 7 I. cit. — Der Grundgedanke des Dietzel'schen Buches ist, daß der Senatsvorschrift nicht der hier bezeichnete „polizeiliche" oder „criminalpolitische" Gesichtspunkt zu Grunde liege, sondern ein „rein rechtlicher", nämlich die Vermögensunfähigkeit der Kinder, und daß jene Vorschrift nicht sowohl den Zweck habe, die Gläubiger vom Darlehngeben abzuhalten, als vielmehr den, die Hauskinder (und ihre Väter) zu schützen. Ich halte sowohl diesen Grundgedanken, als dessen Ausführung im Einzelnen für verfehlt. Allerdings ist die Vermögensunfähigkeit des Hauskindes Voraussetzung der Senatsvorschrift (s. [6]); aber nur deßwegen, weil gerade dadurch das in mortem patris cedere in seiner vollen Nacktheit hervortritt. § 373.

[2] Den Ausdruck im weiteren Sinn gefaßt, so daß er auch auf die Gewalt des Großvaters ꝛc. ꝛc. geht. L. 14 D. 14, 6, l. 6 § 1 C. 4, 28, § 7 I. 4, 7. Adoptivkinder: l. 1 § 2 D. 14, 6. — Der Vater unter Curatel wegen Verschwendung: Sf. XXIV. 321. [Keine Ausdehnung auf Fälle, in denen nach

Digitized by Google

auf die Lebensstellung des Hauskindes kommt an und für sich nichts an[5]; insofern jedoch das Hauskind kraft der Lebensstellung, welche es zur Zeit der Darlehnsaufnahme einnimmt, das Recht der freien Verfügung über seinen Erwerb hat, wird dem Darlehnsgläubiger bis zum Belange des mit diesem Recht der freien Verfügung Erworbenen ein Rückforderungsrecht nicht versagt[6].

Particularr. nach dem Tode des Vaters die Mutter eine der väterlichen ähnliche Gewalt hat. Sf. LII. 141.]

[3] L. 9 § 2 D. 14, 6.

[4] Die Vorschrift gilt nicht bloß für Minderjährige, sondern auch für Großjährige, vgl. l. 11 § 7 D. 4, 4. Ja sie ist vorzugsweise auf Großjährige berechnet, da von Darlehen an Minderjährige schon die Furcht vor der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand abhalten wird. — Vgl. StGB. Art. 301. 302.

[5] L. 1 § 3 D. 14, 6 „In filiofamilias nihil dignitas facit, quominus SC^um^ Macedonianum locum habeat. Nam etsi consul sit, vel cuiusvis dignitatis, SC^o^ locus est."

[6] Die in der vorigen Note citirte Stelle fährt fort: — „nisi forte castrense peculium habeat, tunc enim SC^um^ cessabit", und l. 2 eod. fügt hinzu: „usque ad quantitatem castrensis peculii, cum filiifamilias in castrensi peculio vice patrumfamilias fungantur". Dazu l. 7 § 1 C. 4, 28, wo Justinian vorschreibt, daß jedes von einem Soldaten aufgenommene Darlehn gültig sei. Jedoch gehen die Meinungen über die richtige Auffassung dieser Stellen und das aus ihnen Herzuleitende sehr auseinander, vgl. Dietzel S. 23 fg., Dueckers p. 116 sqq., Ryk S. 100 fg. 112 fg., Fitting peculium castrense S. 165 fg. und Citate das., Huschke S. 169 fg., Brinz 2. Aufl. II § 297 [6] fg. 1) Eine sehr verbreitete Ansicht (dafür auch Sf. XXXV. 281, anders XXXIX. 295) versteht die l. 7 § 1 C. cit. ihrem Wortlaute nach dahin, daß das von einem Soldaten aufgenommene Darlehn unbedingt gültig sei, so daß also sowohl er selbst unabhängig vom Bestande und vom Dasein eines castrensischen Peculiums, als auch der Vater mit der actio de peculio ([15]) hafte. Der Grund, weßwegen ich meinerseits bei dem Wortlaute der Stelle nicht stehen bleiben zu dürfen glaube, liegt in dem Schluß derselben. „In plurimis enim iuris articulis filiifamilias milites non absimiles videntur hominibus, qui sui iuris sunt" — das ist wahr nur für den castrensischen Erwerb, und erinnert auffallend an l. 2 D. cit. — „et ex praesumtione omnis miles non creditur in aliud quidquam pecunias accipere et expendere, nisi in causas castrenses" — wozu dieß, wenn Justinian sich die Darlehnsfähigkeit des Soldaten ohne alle Verbindung mit seiner castrensischen Erwerbfähigkeit gedacht hätte? Ich sehe in diesen Worten einen sehr deutlichen Hinweis auf den wirklichen Gedanken Justinian's. Soweit der Haussohn erwerbfähig ist, will er aussprechen, ist derselbe auch darlehnsfähig. Aber muß man nicht, wirft Justinian sich ein, seine Darlehnsfähigkeit auf den Fall beschränken, wo er ein Darlehn gerade für den ihm möglichen Erwerb aufnimmt? Diese Frage verneint Justinian. 2) Von Manchen wird aus l. 1 § 3 D. cit. der Satz hergeleitet, daß der Haussohn bis zum Betrage des castrensischen Peculiums, welches er zur Zeit der Belangung habe, auch dann hafte, wenn er zur Zeit der Darlehnsaufnahme noch nicht Soldat gewesen sei. Ich glaube, daß die Worte „nisi habeat castrense

Digitized by Google

2. Verboten sind nur Gelddarlehen, nicht Darlehen von anderen vertretbaren Sachen[7], und nur solche Darlehen, bei welchen das Hauskind wirklich Geld erhält; das Verbot bezieht sich nicht auf solche Fälle, wo dem Hauskind gestattet wird, das, was es schuldig ist, als Darlehn zu behalten[8].

3. Das Verbot gilt nicht für Darlehen, welche mit Zustimmung des Vaters gegeben werden, mag dieselbe ausdrücklich oder still-

peculium", wenn man ihren Zusammenhang mit dem Vorhergehenden (namentlich auch § 2) berücksichtigt, die Beziehung auf eine andere Zeit, als die der Darlehnsaufnahme, nicht zulassen. Von der andern Seite darf man aus denselben nicht, wie Viele thun, den Satz herleiten, daß der Haussohn zur Zeit der Darlehnsaufnahme nicht bloß Soldat gewesen sein, sondern auch ein castrensisches Peculium schon wirklich gehabt haben müsse. Entweder bleiben die genannten Worte bei dem gewöhnlichen Fall stehen — ohne allen castrensischen Erwerb wird der Soldat kaum jemals sein — oder es ist zu sagen, daß in dieser Beziehung Justinian eine weiter gehende Bestimmung getroffen habe. 3) Das in Betreff des castrensischen Erwerbes Geltende wird von der herrschenden Meinung auch auf das peculium quasi castrense, von Manchen auch auf das peculium adventicium irregulare ausgedehnt. Meine Auffassung ist diese. Ich finde keine Schwierigkeit darin, das in den Quellen für den filiusfamilias miles Anerkannte auf solche Haussöhne auszudehnen, welche wie dieser eine sie zum Erwerbe befähigende Lebensstellung einnehmen, also auf den Staats-, Hof- und Kirchendiener und den Advocaten; wer einer solchen Person leiht, leiht ebensowenig wie derjenige, welcher einem Soldaten leiht, bloß in mortem patris. Aber dadurch wird das in mortem patris Leihen nicht ausgeschlossen, daß der Haussohn möglicherweise von dem Landesherrn oder seiner Gemahlin etwas geschenkt erhalten, oder daß möglicherweise einer der außerordentlichen Fälle des pec. adventicium irregulare eintreten kann. Nur soweit das Hauskind zur Zeit der Darlehnsaufnahme einen Erwerb der bezeichneten Art bereits hat, muß allerdings das Darlehn im Sinne der Senatsvorschrift für gültig erklärt werden. Vgl. Bl. f. RAnw. XXXIII S. 155 fg. 4) Dietzel, welcher mit dem zu 1 und 2 Gesagten übereinstimmt, will die Senatsvorschrift nicht bloß in allen Fällen des pec. quasi castrense und nicht bloß beim pec. adventicium irregulare, sondern auch beim pec. adventicium regulare ausgeschlossen wissen, und kommt so zu dem Resultate, daß sie heutzutage gar nicht mehr anwendbar sei (S. 151. 152 fg.). Aber es liegt auf der Hand, daß die Aussicht auf Befriedigung für den Darlehnsgeber eine gleich unsichere ist, mag der Empfänger erwerbunfähig, oder mag er dispositionsunfähig sein. 5) In dem Urtheil des OAG. zu Wolfenbüttel bei Sf. XXV. 20 wird angenommen, daß, wie der Soldat, so auch der Sachwalter unbedingt darlehnsfähig sei. — Für das heutige Recht kommt übrigens in Betracht, daß mit einer Lebensstellung, welche die Möglichkeit eigenen Erwerbes gewährt, von welcher Art sie auch sonst sein mag, regelmäßig die Begründung eines eigenen Haushaltes, und damit die Auflösung der väterlichen Gewalt, verbunden sein wird (§ 525 [20]).

[7] L. 7 § 3 D. 14, 6. Sf. XXXIII. 121. Viel weniger andere Contracte, l. 3 § 3 eod. L. 7 pr. § 2. l. 13 eod. Vgl. auch l. 3 § 4 — l. 6 eod. Ob das Darlehn verzinslich ist oder nicht, ist gleichgültig, l. 7 § 9 eod.

[8] L. 3 § 3 D. 14, 6, l. 3 C. 4, 28.

Digitized by Google

schweigend[9], gleichzeitig, vorhergehend oder nachfolgend, sein[10]. Das Verbot gilt aber ferner auch nicht für solche Darlehen, welche der Vater, obgleich er ihnen nicht zugestimmt hat, als in seinem Interesse gegeben anerkennen muß[11].

---

[9] Ausdrückliche Zustimmung: l. 2. l. 4. l. 5 i. f. l. 7 pr. C. 4, 28. Vgl. l. 12. l. 14 D. 14, 6. Eine stillschweigende Zustimmung liegt unter Anderem in dem Nichtwiderspruch des Vaters, welcher von dem Darlehn weiß, l. 7 § 11. 12 (*vv.* si pater ignoravit), l. 12. 16 D. 14, 6. — vorausgesetzt, daß der Sohn das Darlehn nicht etwa für fremde Rechnung nimmt, z. B. als institor eines Andern, l. 7 § 11 cit. Vgl. Dueckers p. 46, Mandry S. 454. 457. — Der Satz, daß die Zustimmung des Vaters das Darlehn gültig mache, wird gewöhnlich als „Ausnahme" von der Senatsvorschrift dargestellt. Es scheint mir aber auf der Hand zu liegen, daß er sich unmittelbar aus dem Sinn der Senatsvorschrift als Beschränkung ihres zu allgemein gefaßten Wortlautes ergibt. Der Senat wollte verhüten, daß nicht junge Leute durch Darlehen die Mittel zu einem tadelnswerthen Lebenswandel gewönnen; durch die Zustimmung des Vaters ist diese Besorgniß ausgeschlossen. S. auch Mandry S. 456, Huschke S. 159. — Das über die Natur dieses Satzes Gesagte gilt in gleicher Weise von den Sätzen zu Note [11. 12].

[10] L. 7 pr. C. 4, 28, l. 7 § 15. l. 16 D. 14, 6.

[11] In denen eine in rem patris versio liegt. L. 7 § 12—14. l. 17 D. 14, 6, l. 2. l. 5 C. 4, 28, l. 47 i. f. D. 46, 3, Nov. 115 c. 3 § 13. Dietzel § 9. 10, Mandry S. 462 fg., Huschke S. 165 fg. 175 fg. Im Einzelnen entscheiden die Grundsätze der actio de in rem verso. Hiernach greift die Senatsvorschrift namentlich auch dann nicht Platz, wenn das Kind Geld aufnimmt, um eigene Bedürfnisse zu befriedigen, welchen der Vater, wenn das Darlehn nicht aufgenommen worden wäre, aus seinen Mitteln abgeholfen haben würde, l. 7 § 14 D. 14, 6, l. 2. l. 5 C. 4, 28, l. 47 i. f. D. 46, 3. Vgl. § 483. — Ich stelle hierher auch l. 7 § 14 D. 14, 6 „Si filius accepit mutuam pecuniam, ut eum liberaret, qui, si peteret, exceptione non summoveretur, SC^t cessabit exceptio". Ich beziehe diese Stelle auf eine Schuld des Vaters, welche der Sohn für denselben bezahlt. Andere verstehen die Stelle von einer eigenen Schuld des Sohnes, und gründen auf dieselbe entweder eine Ausnahme folgenden Inhalts: wenn das Hauskind ein Darlehn aufnimmt, um einen Gläubiger zu befriedigen (Vangerow I § 245 Anm. Nr. 2. d, Sintenis S. 516, Dueckers p. 163 sqq. [dieser theilweise, in Betreff der Verhaftung des Hauskindes selbst], Dietzel), oder erweitern die Ausnahme in Verbindung mit l. 47 § 1 D. 46, 3 zu dem Satze, daß die Senatsvorschrift auch dann nicht Platz greife, wenn das Darlehn durch das Bedürfniß, oder durch ein unabweisliches Bedürfniß, des Hauskindes gerechtfertigt sei. Es ist an und für sich ein sehr anmuthender Gedanke, daß der Darlehnsgläubiger sich gegen die Senatsvorschrift auch durch den Nachweis solle schützen dürfen, daß es nicht Zwecke des Leichtsinns und der Ausschweifung seien, zu welchen das Hauskind das Darlehn genommen habe. Aber ich glaube nicht, daß die römische Jurisprudenz in der Beschränkung des Wortlauts der Senatsvorschrift so weit gegangen ist. Es scheint mir, sie hat sich zum Bewußtsein gebracht, wie gefährlich und abschüssig der Boden sei, welchen sie damit betrete, und sie ist einfach bei dem Satze stehen geblieben: dem Hauskinde als solchem soll kein Darlehn gegeben

Digitized by Google

4. Die nachtheilige Folge der Uebertretung des Verbotes trifft nicht den Gläubiger, welcher kraft eines entschuldbaren Irrthums das Hauskind für einen selbständigen Menschen gehalten hat[12].

5. Die nachtheilige Folge der Uebertretung des Verbots besteht darin, daß der Gläubiger kein Rückforderungsrecht hat; näher: daß seinem an und für sich begründeten Rückforderungsrecht eine Einrede entgegengesetzt werden kann[13]. Diese Einrede steht dem Hauskinde nicht bloß während der Dauer der väterlichen Gewalt, sondern auch nach Auflösung derselben zu[14]; sie steht ferner nicht bloß dem Hauskinde selbst zu, sondern auch dem Vater, wenn dieser wegen des dem Kinde überlassenen Sondergutes in Anspruch genommen wird[15].

---

werden; erlaubt wird das Darlehn nur dadurch, daß es mit Zustimmung oder zu Zwecken des Vaters gegeben wird. Was aber l. 7 § 14 cit. speciell angeht, so ist darauf aufmerksam zu machen, daß in § 11 der l. 7 von der voluntas des Vaters die Rede ist, in § 12 und 13 von der in rem patris versio, in § 15 von der Ratihabition des Vaters: ist es da nicht wahrscheinlich, daß auch der § 14 auf den Vater zu beziehen ist? Uebereinstimmend Schwanert S. 343, Mandry S. 454 fg., Huschke S. 166 fg. (unter Einschiebung der Worte ab eo hinter liberaret); ebenso das OAG. zu Dresden bei Sf. XI. 229.

[12] L. 3 pr. § 1. 2. l. 19 D. 14, 6, l. 1. 2 C. 4, 28, vgl. l. 10 D. 42, 1. Wie ist zu entscheiden, wenn das Darlehn von Mehreren als Corealgläubigern oder an Mehrere als Correalschuldner gegeben wird, und der Irrthum ist nur bei Einem, oder nur in Beziehung auf Einen vorhanden? Darüber l. 7 § 7. 8 D. 14, 6. Vgl. überhaupt Dietzel S. 26 fg. 90. 99, Vangerow I § 245 Anm. Nr. 2. a, Dueckers p. 142 sqq., Ryk S. 117 fg., Mandry S. 443 fg. Sf. XXII. 37. Dietzel steht auch hier unter dem Einfluß seiner unrichtigen Auffassung des Princips der Senatsvorschrift.

[13] Die exceptio SC[1] Macedoniani. Vgl. Dietzel S. 102 fg., Schwanert S. 356, Dueckers p. 36—45, Mandry S. 466 fg. 475 fg., Huschke S. 172 fg. Vgl. auch Eisele die materielle Grundlage der exceptio S. 96 fg. Diese Einrede konnte nach röm. und früherem gem. R. auch noch in der Executionsinstanz vorgebracht werden (l. 11 D. 14, 6, Bayer Vorträge S. 360, Wetzell Civilproc. § 47 [128]); durch CPO. § 251 [278], vgl. 686 [767], ist das jetzt ausgeschlossen. Mandry der civilr. Inhalt der Reichsgesetze S. 311 [4. Aufl. (Geib) S. 320 fg.]. — Genügt der Beweis, daß zur Zeit der Darlehnsaufnahme der Vater noch gelebt habe, oder muß der Beweis auf das Bestehen der väterlichen Gewalt zur Zeit der Darlehnsaufnahme gerichtet werden? Sf. XXII. 339 (vgl. XV. 36).

[14] „Etiam post mortem parentis", l. 1 pr. D. 14, 6; Paul. sentent. II, 10 § 1. Gerade auf diese Zeit ist die Einrede berechnet, da vorher dem Gläubiger die Möglichkeit der Befriedigung schon durch die Vermögenslosigkeit des Hauskindes abgeschnitten ist. — Auch durch eine noch fortdauernde Bereicherung des Hauskindes wird die Einrede nicht ausgeschlossen, l. 9 § 2 D. 14, 6.

[15] L. 6 pr. C. 4, 28, l. 7 § 10 D. 14, 6, s. auch l. 9 § 3 eod. Den actiones quod iussu, institoria, de in rem verso haftet der Vater, weil in den Fällen derselben das Verbot der Senatsvorschrift gar nicht Platz greift

Digitized by Google

Jedoch schließt die Einrede eine natürliche Verbindlichkeit des Hauskindes nicht aus; über das Maß, in welchem dieselbe rechtliche Anerkennung gefunden hat, s. § 289 Ziff. 5[16].

(Ziff. 3). — Mit den genannten Stellen steht es nicht in Widerspruch, wenn in l. 18 D. 14, 6 in Verbindung mit l. 11. 12 D. 46, 1 die Möglichkeit einer actio de peculio aus einem gegen den Senatsschluß gegebenen Darlehn dennoch anerkannt wird. Denn diese actio de peculio geht nur auf die Bereicherung. Es ist bekannt, daß die actio de peculio und die actio de in rem verso una actio sind mit doppelter Condemnation; ihr vollständiger Name ist: actio de peculio deque eo quod in rem domini etc. versum est. Uebrigens konnte auch mit der actio de peculio als solcher das in rem versum eingefordert werden, vgl. z. B. l. 19 D. 15, 3. — Die in l. 12 § 13 D. 17, 1 gewährte actio de peculio ist ausdrücklich an die Voraussetzung gebunden, daß das Darlehn nicht „contra Senatusconsultum" (z. B. mit Wissen des Vaters oder bei iusta ignorantia des Gläubigers) gegeben worden sei; bei l. 3 § 4 i. f. D. 4, 4 ist eine Auslegung in diesem Sinne wenigstens möglich; l. 1 C. pro patre 4, 13 gibt nach der richtigen Lesart (neque contra statt neque si contra) eine actio de peculio bei Verletzung des Senatsbeschlusses nicht. — Vgl. über die verschiedenen Ansichten Dietzel S. 59 fg., Dueckers p. 72 sqq., Mandry S. 488 fg., Huschke S. 163 fg.

[16] Im Einzelnen bemerke man: die natürliche Verbindlichkeit des Hauskindes zeigt sich namentlich auch darin wirksam, daß es das Gezahlte nicht zurückfordern kann (§ 289 [18]). Zahlt es aber, während es noch Hauskind ist, so zahlt es fremdes Geld, Geld, welches im Eigenthum des Vaters steht: hat nicht wenigstens der Vater ein Rückforderungsr.? Gewiß eine Vindication, wenn die Geldstücke noch vorhanden sind; aber auch ein obligatorisches Rückforderungsr., wenn der Gläubiger dieselben verbraucht hat? Hätten wir diese Frage aus allgemeinen Grundsätzen zu beantworten, so würden wir über die zu gebende Antwort keinen Augenblick zweifelhaft sein: wir würden sagen, dem Vater stehe ein Rückforderungsr. nicht zu, wenn der Gläubiger das Geld redlicherweise verbraucht habe, denn dann sei der Gläubiger zwar um den Werth des Geldes reicher geworden, zugleich aber auch um sein Forderungsr. ärmer (§ 342 [8]); dagegen hafte der Gläubiger dem Vater allerdings, wenn er das Geld unredlicherweise verbraucht habe, mit rei vindicatio und actio ad exhibendum (als fictus possessor), condictio sine causa und furtiva. Wenn wir nun finden, daß von zwei Quellenstellen, beide von demselben Verfasser, die eine dem Vater eine condictio zuspricht (l. 9 § 1 D. 14, 6), die andere sie ihm abspricht (l. 14 D. 12, 1), so ist doch gewiß das Natürlichste, dieß aus der soeben entwickelten Unterscheidung zu erklären. Dem stehen auch die Worte „ex omni eventu" in der ersten Stelle nicht entgegen; dieselben wollen nicht sagen, daß der Vater die Condiction unter allen Umständen habe, sondern daß der Vater, wenn nicht die Vindication, „jedenfalls" die Condiction habe. Diese Vereinigung der beiden Stellen ist denn auch schon vielfach geltend gemacht worden (Glück XIV S. 318, Unterholzner I S. 149 [n], Witte Bereicherungsklagen S. 299). Andere glauben, daß in der l. 14 cit. nur die condictio ex mutuo, oder nur die condictio indebiti (Mandry S. 508 fg., Sintenis II § 108 [46]), nicht die condictio sine causa abgesprochen werde: noch Andere halten den Widerspruch für unlösbar (Dietzel S. 122 fg., Brinz 1. Aufl. S. 394 (vgl. 2. Aufl. II § 297 [40]), Voigt cond. ob causam S. 752—754, Dueckers

Digitized by Google

6. Die Einrede wird verloren durch Verzicht des Hauskindes, nachdem es selbständig geworden ist, d. h. durch einen mit dem Gläubiger abgeschlossenen Vertrag, durch welchen das gewesene Hauskind sich verpflichtet, von der Einrede keinen Gebrauch zu machen. Eine nicht vertragsmäßige Anerkennung genügt nicht[17]. Verzicht während der Dauer der väterlichen Gewalt ist unverbindlich[18]. —

---

p. 89 sqq.). Puchta Vorles. zu § 306 ist in der Sache der hier vertretenen Meinung, will aber in l. 9 § 1 cit. „condictionem" in „vindicationem" abändern; ebenso Huschke S. 184 fg. Auch Schwanert Naturalobl. S. 192 fg. sieht in dieser Aenderung das einzige Hülfsmittel, lehrt aber in der Sache, daß der Vater unter keinen Umständen ein obligatorisches Rückforderungsr. habe. [Naumann über die Bedeutung und Wirkung der naturalis obligatio des Haussohnes aus einem Darlehen. Erl. Diss. 1899.]

[17] Uebereinstimmend Dueckers p. 122 sqq.; anders die herrschende Meinung. Es kommt hier auf folgende Stellen an, a) L. 9 pr. D. 14, 6. In dieser Stelle wird mit deutlichen Worten gesagt, daß Verpfändung für die Schuld die exc. SC[i] nur soweit ausschließe, wie das Pfand reiche. (S. übrigens auch Dernburg Pfandrecht I S. 548.) b) Es ist nicht abzusehen, weßwegen theilweise Zahlung eine weiter gehende Wirkung haben sollte, als theilweise Verpfändung; daher ist l. 7 § ult. D. 14, 6 („Si paterfamilias factus solverit partem debiti, cessabit SC[um], nec solutum repetere potest") davon zu verstehen, daß das SC[um] eben für das Gezahlte wegfalle, und in l. 9 pr. cit. statt „sed" zu lesen „sed et". Diese Erklärung wird theilweise auch von Solchen vertreten, welche sonst die Anerkennung schlechthin als Grund des Ausschlusses der Einrede zulassen, vgl. den Bericht bei Dietzel S. 132, Bangerow S. 455. c) L. 2 C. 4, 28 „Zenodorus si . . . suae potestatis constitutus novatione facta fidem suam obligavit vel alias agnovit debitum, non esse locum decreto amplissimi ordinis rationis est." Es ist nicht nothwendig, unter der hier genannten Anerkennung eine andere Anerkennung zu verstehen, als eine solche, wie sie auch in der Novation liegt, d. h. Abschluß eines Rgeschäftes, durch welches die Schuld als gültig behandelt wird, also Verpfändung, Erfüllungsversprechen, Bürgschaftsbestellung. Diese Rgeschäfte, soll gesagt werden, sind gültig (wegen der zu Grunde liegenden natürlichen Verbindlichkeit); es soll nicht gesagt werden, daß sie auch über sich selbst hinaus wirken und auch denjenigen Theil der Schuld einforderbar machen, welcher durch sie nicht gedeckt wird. Vgl. für diesen Sinn von agnoscere l. 64 D. 12, 6. — Mandry S. 490 fg. will auch vertragsmäßigen Verzicht nicht anerkennen, sondern glaubt, daß die Einrede nur durch ein auf Grund der vorhandenen Obligation abgeschlossenes anderweitiges Rgeschäft, wie in den zuvor genannten Stellen, verloren werde. S. auch Huschke S. 192 fg. — Buchka und Budde Entscheidungen des OAG. zu Rostock V S. 275—277.

[18] So wird allgemein gelehrt, und unbezweifelbar richtig für den Fall, wo der Verzicht sogleich bei der Darlehnsaufnahme ausgesprochen wird. Wollte man einen solchen Verzicht zulassen, so würde man damit gegen die Absicht des Senatsbeschlusses verstoßen; Schuldner von der Art, wie der Senat sie im Sinne hat, werden, um ein Darlehn zu erlangen, sofort zu einem Verzichte bereit sein. Dagegen ist nicht unzweifelhaft die Unverbindlichkeit des Verzichtes, welcher nach der Darlehnsaufnahme ausgesprochen wird. Wenn das Hauskind dem Gläubiger

Digitized by Google

Die Einrede gilt ferner nicht gegenüber dem Recht auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand[19].

[Dem BGB. ist das ganze Institut unbekannt.]

2. Die Leihe*.

a. Das Leihen im engeren Sinn**.

α. Begriff.

§ 374.

Eine Sache leihen heißt: Jemandem eine Sache hingeben mit Einräumung der Befugniß, sie in gewisser Weise, und zwar unentgeltlich, zu gebrauchen[1], und mit Auferlegung der Verpflichtung, sie nach gemachtem Gebrauch zurückzugeben. Durch die Annahme der geliehenen Sache kommt ein Vertrag zu Stande[2], der Leihvertrag.

[In dem I. E. BGB. war als Entleiher nur derjenige bezeichnet, welcher eine Sache zum unentgeltlichen Gebrauch bereits empfangen, als Verleiher nur derjenige, welcher die Sache bereits gegeben hat (549); derjenige, der die Verleihung einer Sache zugesagt hat, wurde vom Verleiher unterschieden (550. 551). Die II. Commission dagegen (Prot. S. 2127) war der Meinung, daß die Frage, ob der Leihvertrag als ein Realvertrag aufzufassen sei, im Gesetzbuch nicht entschieden wer-

---

schenkungsweise direct 100 versprechen wollte, so wäre das Versprechen unbedingt gültig: warum sollte es ungültig sein, wenn das Hauskind dem Gläubiger verspricht, gegen seine Darlehnsforderung von 100 eine ihm zustehende Einrede nicht geltend machen zu wollen? Dennoch wird man auch in Beziehung auf diesen Verzicht bei der herrschenden Meinung stehen bleiben müssen wegen l. 2 C. 4, 28. Das argumentum a contrario (aus „suae potestatis factus") ist in dieser Stelle bei der Vollständigkeit, womit dieselbe offenbar die Fälle des Wegfalls der exc. SC[1] aufzuzählen sich bemüht, kaum abzulehnen. Ist aber selbst das erneute Versprechen des Verschuldeten für das Hauskind unverbindlich, so ist es gewiß der einfache Verzicht auf seine Einrede.

[19] L. 11 § 7 D. 4, 4.

* G. E. Schmidt das commodatum und precarium (1841). Kritz Pandektenr. Th. I Bd. 1 S. 385—460 (1837). [Ferrini storia e teoria del contratto del commodato nel dir. Rom. Arch. giur. LII p. 469 s. LIII p. 41 s. 257 s. (dazu Schneider kr. VJS. XXXIX S. 382). Pouret du contrat de commodat. Th. de Paris 1895.]

** Dig. 13, 6 commodati vel contra. Cod. 4, 23 de commodato. — Glück XIII S. 246—474; Unterholzner II S. 552—560, Sintenis II S. 547—551, Brinz 2. Aufl. II § 316, Dernburg II § 90.

§ 374. [1] Der Hingebende bleibt Eigenthümer; ja er behält den juristischen Besitz, da der Empfänger in seinem Namen besitzt (I § 155 [3]). L. 8. 9 D. 14, 6, l. 3 § 20 D. 41, 2.

[2] Der Leihvertrag ist ein Realvertrag. § 2 I. 3, 14. „Item is, cui res aliqua utenda datur i. e. commodatur, re obligatur". L. 1 § 3 D. 44, 7. [Aus der fiducia entwickelt? dafür Oertmann Fiducia Berl. 1890 S. 61. 137 fg. Dagegen Karlowa r. Rgesch. II S. 569 fg.]

Digitized by Google

den könne, sondern der Wissenschaft zu überlassen sei, daß aber vom Standpunkte des Gesetzgebers aus es richtiger sei, die Scheidung zwischen dem Verleiher und demjenigen, der die Verleihung einer Sache zugesagt hat, zu vermeiden und den Leihvertrag einheitlich zu behandeln. Wenn danach das Gesetz im § 598 sagt: durch den Leihvertrag wird der Verleiher einer Sache verpflichtet, dem Entleiher den Gebrauch der Sache unentgeltlich zu gestatten, so ist nach der Absicht der II. Commission unter dem Verleiher auch derjenige zu verstehen, der die Hergabe der Sache erst zugesichert hat, unter dem Entleiher auch derjenige, dem diese Zusicherung ertheilt ist (obwohl das Wort „gestatten" eigentlich nur für den Fall paßt, daß die Hingabe der Sache bereits erfolgt ist). Hiermit ist aber m. E. die Entscheidung, ob der Leihvertrag Real- oder Consensualvertrag sei, von dem Gesetz (entgegen der Meinung der II. Comm.) gegeben, und zwar in dem Sinne, daß er Consensualvertrag ist. Denn ein Realvertrag ist nur derjenige, zu dessen Existenzbedingungen es gehört, daß eine Partei bereits etwas geleistet hat, und eben dieß ist nach dem BGB. für den Leihvertrag nicht der Fall.]

1. Geliehen werden kann Alles, was durch den Gebrauch, zu welchem es hingegeben wird, nicht aufgebraucht wird, wenngleich es im Verkehr gewöhnlich nur als Verbrauchssache in Betracht kommt[3]. Geliehen werden kann ferner das Unbewegliche sowohl, wie das Bewegliche[4]. Auch das thut der Gültigkeit des Vertrags keinen Eintrag, daß die geliehene Sache nicht im Eigenthum des Leihenden steht[5]; steht sie dagegen im Eigenthum des Empfängers selbst, so ist der Leihvertrag nur dann gültig, wenn sie als Sache des Empfängers geliehen worden ist[6], nicht wenn dieser über sein Eigenthum im Irrthum war[7]. Ebenso hört die Verbindlichkeit des Empfängers auf, wenn derselbe hinterher das Eigenthum der geliehenen Sache erwirbt[8].

[Auch nach BGB. sind alle körperlichen Sachen verleihbar, in demselben Umfange wie der obige Text zu [2—5] ergibt. Dieß folgt einfach daraus, daß die

[3] L. 3 § 6. l. 4 D. 13, 6. „Non potest commodari id, quod usu consumitur, nisi forte ad pompam vel ostentationem quis accipiat. Saepe etiam ad hoc commodantur pecuniae, ut dicis gratia numerationis loco intercedant". L. 18 § 1 D. 12, 1.

[4] Ob es mit dem Sprachgebrauch des Lebens vereinbar ist, von „Leihen" eines Grundstückes zu reden, kann bei uns ebenso bezweifelt werden, wie es bei den Römern in Betreff des Ausdrucks „commodare" bezweifelt wurde. Jedenfalls aber gelten für die Einräumung des Gebrauchs eines Grundstücks dieselben rlichen Grundsätze, wie für die Einräumung des Gebrauchs einer beweglichen Sache. L. 1 § 1 D. 13, 6, l. 17 pr. D. 19, 5. Sf. XXXVII. 305. — Leihen unkörperlicher Sachen? Schmidt a. a. O. S. 117 fg., Sintenis II § 111 [1].

[5] L. 15. 16 D. 13, 6.

[6] Arg. l. 28 D. 41, 2.

[7] L. 15 D. 16, 3. Vgl. l. 45 pr. D. 50, 17.

[8] Vgl. l. 20 § 3. l. 29 D. 13, 7, l. 9 § 6 D. 19, 2.

Digitized by Google

Leihe nach § 598 schrankenlos eine Sache (90) zum Gegenstande haben kann. Die Nichtigkeit eines Leihvertrages, welcher über eine dem Entleiher gehörige Sache geschlossen wird, läßt sich vom Standpunkte des BGB. aus auch für den Fall nicht vertheidigen, daß der Empfänger sein Eigenthum nicht gekannt hat. (Allenfalls kann man zur Anfechtbarkeit des Vertrages unter entsprechender Benutzung des § 119 Abs. 2 gelangen; vgl. auch Mot. II S. 371.) Immer aber kann der Entleiher seiner aus dem Leihvertrage entspringenden Verpflichtung zur Rückgabe der Sache einredeweise sein Eigenthum entgegensetzen (der Satz unt. § 375 zu [3a] ist dem BGB. fremd); denn er kann geltend machen, daß der Verleiher die zurückempfangene Sache ihm als dem Eigenthümer sofort wiederum zurückgeben müßte (vgl. Mot. II S. 402. 449). Wie mir scheint, ist dieß selbst dann nicht anders, wenn der Entleiher sein Eigenthum gekannt hat; anders aber ist es, wenn der Verleiher dem Eigenthümer gegenüber ein Besitzrecht hat, z. B. wenn der Nießbraucher dem Eigenthümer die Sache geliehen hat.

Unkörperliche Sachen (vgl. [4]) können nach BGB. nicht verliehen werden. Mit Recht sagen Mot. II S. 444, daß Verträge dieser Art von sehr verschiedener Natur sein können, daß dabei möglicher Weise Verleihung einer Sache vorliegt (der Nießbraucher oder der Miether verleiht die Sache), daß in anderen Fällen möglicher Weise auch eine analoge Anwendung der Vorschriften über die Leihe sich als berechtigt ergeben könne.]

2. Der Gebrauch, zu welchem die Sache hingegeben wird, kann ein mehr oder minder umfassender sein; er kann im Vertrage ausdrücklich bezeichnet sein oder sich aus den Umständen als gewollt ergeben[9].

[Auf dem gleichen Standpunkt steht das BGB. vgl. 598. 602. 603 S. 1 604 Abs. 2. 605 Ziff. 2. Der vertragsmäßig gestattete Gebrauch kann auch in einer Fruchtziehung bestehen. Dann vgl. 956. 957.]

3. Unentgeltlichkeit des Gebrauchs ist dem Leihvertrage wesentlich. Ist eine Gegenleistung bedungen, so liegt ein Miethvertrag, oder, wenn die Gegenleistung nicht in Geld besteht, ein unbenannter Vertrag vor[10].

[Ebenso BGB. 598. Miethvertrag liegt bei Entgelt beliebiger Art vor. S. 535 u. unt. zu § 399.]

β. Verpflichtungen.

§ 375.

Die Verpflichtungen aus dem Leihvertrag stehen unter keiner Rechtsregel, welche die Entscheidung für jeden einzelnen Fall un-

[9] Vgl. l. 3 § 6. l. 5 § 7. 8. 12. l. 10 pr. D. 13, 6, l. 77 [76] pr. D. 47, 2, § 7 I. 4, 1. Kritz Samml. von Rfällen I S. 189 fg. Pandektenr. Th. I Bd. 3 S. 387 fg. Dagegen Schmidt a. a. O. S. 157—181, welcher auszuführen sucht, daß ausdrückliche Bestimmung des Gebrauchs zum Wesen des Commodats gehöre. S. darüber Vangerow III § 691 Anm. Nr. VI, Sintenis II S. 547 fg. Anm. 1 a. E. [Sf. XLVII. 182.]

[10] § 2 i. f. I. 3, 14, l. 5 § 12 D. 13, 6, l. 17 § 3 D. 19, 5.

Digitized by Google

mittelbar an die Hand gäbe. Vielmehr hat der Richter den Inhalt der Verpflichtungen der Parteien in jedem einzelnen Fall mit Rücksicht auf die allgemeine und besondere Intention des Geschäfts nach seinem Ermessen zu bestimmen[1]. Die Hauptpunkte sind folgende.

[S. 665. 242].

1. Die Hauptverpflichtung[2] aus dem Leihvertrage ist die des Empfängers auf Rückgabe der geliehenen Sache[3]. Dieser Verpflichtung kann sich der Empfänger auch durch Berufung auf sein Eigenthumsrecht nicht entziehen, wenn der Leihende dasselbe bestreitet; der Empfänger muß die Sache herausgeben und sein Eigenthumsrecht in einem besondern Processe geltend machen[3a]. Mit der Sache selbst muß alle Zubehörung zurückgegeben werden, mit welcher sie geliehen worden ist[4]; ebenso was der Empfänger von derselben an Gewinn gezogen hat[5]. Kann der Empfänger die geliehene Sache nicht zurückgeben, oder kann er sie nicht in unbeschädigtem Zustand zurückgeben[6], so haftet er auf Schadensersatz nicht bloß wenn diese Unmöglichkeit in seiner Arglist, sondern auch wenn sie in seiner Nachlässigkeit[7] ihren Grund hat[8], es müßte denn ausnahmsweise der Vertrag nicht

---

[1] Der römische Ausdruck dieses Satzes ist, daß die actio commodati eine actio bonae fidei ist, § 28 I. 4, 6. Vgl. I. § 46 [4]. § 375.

[2] Actio commodati directa.

[3] L. 2 pr. D. 12, 1. „Mutuum damus recepturi non eandem speciem, quam dedimus; alioquin commodatum erit aut depositum". — Im Zweifel wird als Wille der Parteien anzunehmen sein, daß der Empfänger die Sache zurückbringen müsse. S. § 282 [4].

[3a] Arg. l. 25 C. 4, 65 (vgl. § 400 [18]). Gilt der bezeichnete Satz für den Miethvertrag, so muß er um so mehr für den Leihvertrag gelten.

[4] L. 5 § 9. 13 D. 13, 6, l. 14 § 15 D. 47, 2. [Vgl. auch § 378 [3].]

[5] L. 38 § 10 D. 22, 1, l. 14 § 15 D. 47, 2. Ueber l. 22 pr. — § 3 C. 6, 2 (vgl. § 327 [12]) s. Jhering Abhandl. S. 48—50, Mommsen Erörter. I S. 93. 94.

[6] L. 3 § 1 D. 13, 6 „Si reddita quidem sit res commodata, sed deterior reddita, non videtur reddita, quae deterior facta redditur, nisi quod interest praestetur; proprie enim dicitur res non reddita quae deterior redditur."

[7] Gewöhnliche, unqualificirte Nachlässigkeit, levis culpa (§ 265 [8]).

[8] L. 5 § 2. 15. l. 10 pr. l. 18 pr. D. 13, 6, l. 1 § 4 D. 44 7, § 2 I. 3, 14. Vgl. l. 5 § 4—7. 9. 13. 14. l. 12 § 1. l. 19 l. 20. l. 23 D. 13, 6. — Baron ACPra. LII S. 65 fg. ist der Ansicht, der Empfänger sei verpflichtet zu gesteigerter Obhut (custodia im technischen Sinne, § 264 [9] lit. f.). Diese Ansicht ist aber nicht genügend begründet. Was die Gleichstellung des Commodatars mit dem fullo und sarcinator in § 16 I. 4, 1 angeht, s. § 401 [2], l. 10. 11 D. 13, 6 (in l. 10 will Baron am Schluß „culpam" in „custodiam" emendiren, ohne l. 11, welche diese Emendation unmöglich macht, zu be-

Digitized by Google

in seinem, sondern in des Leihenden Interesse abgeschlossen worden sein[9]. Wegen Zufalls haftet der Empfänger nur, wenn es ausgemacht worden ist[10], oder im Falle der Unterschlagung[10a]. — Was die Zeit der Rückgabe angeht, so ist der Empfänger weder verpflichtet, die Sache vor der im Vertrage festgesetzten Zeit, noch wenn eine Zeit nicht festgesetzt worden ist, vor gemachtem Gebrauch zurückzugeben[11]. Anders nur: a) wenn er die Sache mißbraucht[12]; b) wenn

---

achten) und l. 20 D. 13, 6 (wo Baron damnum fatale annimmt, während doch der Commodatar die Sache aus der Hand gelassen hat — vgl. auch Goldschmidt ZS. f. HR. XVI S. 316). Darüber, daß die exactissima diligentia der l. 1 § 4 D. 44, 7 und der diligentissimus paterfamilias der l. 18 pr. D. 13, 6, so wie das damnum fatale und ähnliche Ausdrücke dieser Stellen und der l. 5 § 4 D. 13, 6 nicht für Baron's Ansicht beweisen, s. § 264 [9 lit. f.] L. 5 § 13 D. 13, 6 ist, wie das folgende zeigt, nicht von einer culpa servi, sondern von einer culpa des Commodatars zu verstehen. Für das ältere r. R. theilt die Ansicht Baron's Pernice Labeo II S. 353 fg.

[9] L. 5 § 10 D. 13, 6: „si sua duntaxat causa commodavit, sponsae forte suae vel uxori, quo honestius culta ad se deduceretur. vel si quis ludos edens praetor scenicis commodavit . .". L. 10 § 1. l. 12 pr. eod. Ueber l. 18 pr. i. f. D. 13, 6 s. Hasse Culpa § 47, Sintenis II § 111[16], Dernburg Pfandr. I S. 151.

[10] L. 1 C. 4, 23, l. 21 § 1 D. 13, 6. Dahin gehört auch der Fall, wenn die Sache gegen eine Taxe in dem Sinne hingegeben worden ist, daß entweder die Sache oder die Taxe zurückgegeben werden müsse. L. 5 § 3 D. 13, 6, vgl. l. 7 § 5 i. f. D. 24, 1. Chambon Beitr. S. 15 fg., Jhering Jahrb. f. Dogm. XV S. 389 fg. — Daß der Empfänger bei zufälligem Verlust oder zufälliger Beschädigung auch dann Ersatz geben muß, wenn der Zufall die Folge eines Gebrauches gewesen ist, welchen er von der Sache unbefugter Weise und wissend, daß er dazu nicht befugt sei, gemacht hat (l. 5 § 7 D. 13, 6, l. 1 § 4 D. 44, 7, § 2 I. 3, 14), ist keine Ausnahme von dem Satz, daß der Empfänger nur wegen Schuld haftet. Es ist in der That seine Schuld, aus welcher er hier in Anspruch genommen wird, nämlich der wissentlich unrechtmäßige Gebrauch der Sache; nur wird nicht eine directe, sondern eine indirecte Folge dieser Verschuldung gegen ihn geltend gemacht; die Sache würde ohne den unrechtmäßigen Gebrauch von dem Zufall nicht betroffen worden sein. Uebrigens fällt ein wissentlich unrechtmäßiger Gebrauch der Sache auch unter den Begriff der Entwendung (furtum). L. 5 § 8 D. 13, 6, l. 16 D. 13, 1, § 6. 7 I. 4, 1.

[10a] Furtum rei. Der Empfänger haftet in diesem Fall nach den Regeln der condictio furtiva (§ 425) auch für denjenigen Zufall, welcher mit dem furtum in keinem Causalzusammenhang steht. Arg. l. 1 § 25 D. 16, 3 (§ 378 [8a]).

[11] L. 5 pr. l. 17 § 3 D. 13, 6, c. un. X. 3, 15. L. 17 § 3 cit. „Sicut autem voluntatis et officii magis quam necessitatis est commodare: ita modum commodati finemque praescribere eius est, qui beneficium tribuit. Cum autem id fecit, i. e. postquam commodavit, tunc finem praescribere et retro agere atque intempestive usum commodatae rei auferre, non officium tantum impedit, sed et suscepta obligatio inter dandum accipiendumque, geritur enim negotium invicem; et ideo invicem propositae sunt

Digitized by Google

der Leihende die Sache selbst dringend bedarf, und für den Empfänger kein unverhältnißmäßiger Nachtheil mit der sofortigen Rückgabe verbunden ist[13].

[Nach BGB. besteht der Satz zu [2a] nicht (vgl. ob. zu § 374, 1). Die Verpflichtung, alles mitgeliehene Zubehör zurückzugeben, ist selbstverständlich; die Verpflichtung zur Herausgabe des von der Sache gezogenen Gewinnes kann sich natürlich nicht auf die Nutzungen beziehen, welche vertragsmäßig der Entleiher für sich von der Sache ziehen sollte. Die Haftung des Entleihers für jede Fahrlässigkeit folgt aus § 276. Gegensätzlich vgl. BGB. 602. Eine Ausnahme im Sinne des Satzes zu [9] kennt das BGB. nicht (vgl. übrigens Mot. II S. 449 fg.). Die Haftung für Zufall kann der Entleiher auch nach BGB. übernehmen. Welchen Einfluß die Setzung einer Taxe bei der Verleihung hat (vgl. [10]), ist durch Auslegung zu bestimmen. Aus allgemeinen Grundsätzen folgt auch für das BGB., daß der Entleiher, wenn er wissentlich oder in fahrlässigem Irrthum einen vertragswidrigen Gebrauch von der Sache macht (vgl. 603 S. 1), auch für diejenigen Folgen dieses Verschuldens einsteht, bei denen ihm ein weiteres Verschulden nicht zur Last fällt (vgl. [10]). Hat er die Sache unterschlagen, so folgt die bei und in Note [10a] statuirte strengere Haftung für das BGB. aus dessen § 848. Besonders hebt BGB. 603 S. 2 hervor, daß der Entleiher ohne Erlaubniß des Verleihers nicht berechtigt ist, die Sache einem Dritten zu überlassen. Handelt er dem zuwider und zwar wissend oder fahrlässig nicht wissend, daß er keine Erlaubniß hat, so haftet er gemäß dem Obigen für jeden Zufall, der die Sache in der Hand des Dritten trifft, und der sie nicht getroffen haben würde, wenn sie nicht an ihn gelangt wäre. Nimmt der Entleiher in entschuldbarem Irrthum das Vorliegen einer Erlaubniß an, so hat es bei der Haftung für Verschulden des Dritten nach § 278 und der Haftung für ein besonderes bei der Ueberlassung vom Entleiher begangenes Verschulden (z. B. mangelhafte Anweisung über die Behandlung der Sache) sein Bewenden. Diese letzteren Haftungen treffen den Entleiher auch dann, wenn er Erlaubniß zur Ueberlassung der Sache an den Dritten wirklich hat; denn da sogar der Miether, der Erlaubniß zur Ueberlassung der Sache an einen Dritten hat, für dessen Verschulden haftet (549 Abs. 2), so muß dasselbe auch bei der unentgeltlichen Leihe Anwendung finden. Uebrigens kann, wenn der Entleiher den Gebrauch der Sache einem Dritten überlassen hat, der Verleiher nach dem Ende der Leihe, welches er bei unbefugter Ueberlassung eben aus diesem Grunde durch Kündigung herbeiführen kann (605 Ziff. 2), die

---

actiones, ut appareat, quod principio beneficii ac nudae voluntatis fuerat, converti in mutuas praestationes actionesque civiles". Beispiele im Verfolg der Stelle. Schmidt a. a. O. S. 184 fg.

[13] Arg. l. 3 C. 4, 65.

[13] S. Unterholzner S. 555, welcher in Note [6] bemerkt: „Wegen dieser Billigkeitsausnahme dürfte nicht so fast auf l. 3 C. 4, 65 Bezug zu nehmen sein (denn es ist schwerlich anzunehmen, daß dort gemeint ist, man dürfe den Miether ohne allen Ersatz austreiben, wenn man die Wohnung selbst gebraucht), als auf das, was die bona fides, wie man diese beim commodatum zu denken hat, mit sich bringt". S. auch Sintenis § 111 [7]; aber auch Schmidt S. 185.

Digitized by Google

Sache auch von dem Dritten zurückfordern (604 Abs. 4), ohne einen andern Grund dafür haben zu müssen, als daß er der Verleiher ist, und ohne Rücksicht darauf, ob der Entleiher dem Dritten gegenüber bereits zur Rückforderung berechtigt ist oder nicht.

Die Zeit der Rückgabe bestimmt sich nach BGB. ähnlich wie im gem. Recht, jedoch nicht ohne Abweichungen. Zunächst kommt es, wie im gem. Recht, auf die Zeitbestimmung des Vertrages an (604 Abs. 1). Fehlt eine solche, so ist die Sache zurückzugeben, nachdem der Entleiher den aus dem Zweck der Leihe sich ergebenden Gebrauch gemacht hat, oder nachdem soviel Zeit verstrichen ist, daß er ihn hätte machen können (604 Abs. 2). Der letztere Zusatz ist auch für das gemeine Recht zutreffend. Fehlt es sowohl an einer unmittelbaren wie einer aus dem Zweck zu entnehmenden Bestimmung über die Dauer der Leihe, so kann der Verleiher die Sache jeder Zeit zurückfordern (604 Abs. 3). Vor der Zeit kündigen kann der Verleiher die Leihe, wenn er in Folge eines nicht vorhergesehenen Umstandes der Sache bedarf (die weiteren Voraussetzungen des Textes bei [13] sind nicht aufgestellt); ferner, wenn der Entleiher einen vertragswidrigen Gebrauch von der Sache macht, insbesondere wenn er unbefugt den Gebrauch einem Dritten überläßt, oder durch Vernachlässigung der ihm obliegenden Sorgfalt die Sache erheblich gefährdet (605 Ziff. 2); endlich wenn der Entleiher stirbt (605 Ziff. 3); bis zur Kündigung dürfen also die Erben den Gebrauch fortsetzen.

Verjährung: s. 606.]

2. Möglicherweise kann aus dem Leihvertrag auch ein Anspruch zu Gunsten des Empfängers gegen den Leihenden begründet sein, namentlich[14] wegen nothwendiger außergewöhnlicher Verwendungen[15], ferner wegen des durch die geliehene Sache angerichteten Schadens, wobei der Leihende, wenn nicht ausnahmsweise der Vertrag in seinem Interesse abgeschlossen worden ist, nur wegen Arglist haftet[16]. Der Empfänger kann seine Gegenansprüche durch Retention der Rückforderung des Leihenden gegenüber (§ 351) oder auch durch besondere Klage geltend machen[17].

[Nach BGB., wie nach gem. Recht, trägt der Entleiher den laufenden Unterhalt der Sache (601 Abs. 1). Andere Verwendungen kann er nur nach den

---

[14] S. außerdem l. 17 § 3 D. 13, 6, l. 17 § 5 eod. (vgl. l. 2 D. 12, 7), l. 21 pr. eod.

[15] L. 18 § 2 D. 13, 6. „Possunt iustae causae intervenire, ex quibus cum eo, qui commodasset, agi deberet, velut de impensis in valetudinem servi factis, quaeve post fugam requirendi reducendive eius causa factae essent; nam cibariorum impensae naturali scilicet ratione ad eum pertinet, qui utendum accepisset. Sed et id quod de impensis valetudinis aut fugae diximus, ad maiores impensas pertinere debet; modica enim impendia verius est ut sicut cibariorum ad eundem pertineant". L. 15 § 2. l. 60 [59] D. de furt. 47, 2, Paul. sentent. II, 4 § 1.

[16] L. 17 § 3. l. 18 § 3. l. 22 D. 13, 6, l. 62 [61] § 6 D. 47, 2.

[17] Actio commodati contraria. L. 18 § 4 D. 13, 6, l. 15 § 2. l. 60 [59] D. 47, 2.

Digitized by Google

Grundsätzen von der Geschäftsführung ohne Auftrag geltend machen (601 Abs. 2. 683. 684). Eine Einrichtung, mit der er die Sache versehen hat, kann er wegnehmen (601 Abs. 2 S. 2. 258). Der Verleiher haftet nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit (599); dieß gilt auch dann, wenn ein im Interesse des s. g. Verleihers abgeschlossener Vertrag wirklich eine Leihe sein sollte. Es fragt sich aber, worauf § 599 sich bezieht. Wegen eines Mangels im Rechte oder eines Fehlers der Sache haftet der Verleiher nur bei arglistigem Verschweigen auf das negative Interesse, den durch das Verschweigen entstandenen Schaden (600). Es ist in der II. Comm. der Gedanke angeregt, daß der Verleiher für einen durch einen Fehler der Sache angerichteten Schaden auch dann haften müsse, wenn ihn nur der Vorwurf grober Fahrlässigkeit treffe. Der entsprechende Antrag wurde aber zurückgezogen; es wurde ihm gegenüber darauf verwiesen, daß dem hervorgehobenen praktischen Bedürfnisse durch die Normen über unerlaubte Handlungen genügt werde (Prot. S. 2128). Danach hat man durch den § 599 eine Haftung des grobfahrlässigen Verleihers für Schaden, der durch die Beschaffenheit der verliehenen Sache entsteht, nicht aufstellen wollen; der Paragraph bezieht sich vielmehr nur auf den Fall, daß dem Verleiher (s. ob. S. 551) die Herleihung der Sache unmöglich wird und auf ähnliche Fragen. Dieß wird auch deutlich durch den § 550 des I. E., dem gegenüber § 599 in seiner jetzigen Fassung nur redactionell abweichen wollte (Prot. d. II. Comm. S. 2127). Will man aber den Verleiher, dessen Sache in Folge ihrer Beschaffenheit bei dem Entleiher Schaden anrichtet, mit dem Rechte der unerlaubten Handlungen messen, so geräth man in die Gefahr, ihn gemäß § 823 wegen jeder Fahrlässigkeit haften zu lassen. M. E. indessen ist grundsätzlich zu behaupten, daß für Handlungen, welche in Erfüllung eines bestehenden Rechtsverhältnisses erfolgen, sofern innerhalb dieses Rechtsverhältnisses nur für grobe Fahrlässigkeit gehaftet wird, auch aus den Sätzen über unerlaubte Handlungen eine strengere Haftung nicht abgeleitet werden darf, weil sonst jene besonderen Sätze ganz bei Seite geschoben werden könnten. Unter diesem Gesichtspunkt kommt man doch darauf zurück, daß der Verleiher wegen des Schadens, den die Sache anrichtet, nur im Falle grober Fahrlässigkeit in Anspruch genommen werden kann.

Verjährung: s. 606. Zurückbehaltungsrecht: 273. 274.]

b. Das Precarium*.

§ 376.

Vom eigentlichen Leihen sind solche Fälle zu unterscheiden, in denen eine Sache zum Gebrauch hingegeben wird, ohne daß der

* Dig. 43, 26 de precario. Cod. 8, 9 de precario et Salviano interdicto. — Vom Precarium handelt außer der zu § 374 bezeichneten Schrift von G. E. Schmidt: Bulling das Precarium (1846). Ferner die Aufsätze von Dankwardt Jahrb. für Dogm. XIV S. 284 fg. (1875) und von Ubbelohde ACPra. Pr. LIX S. 221 fg. (1876). Scialoja Sopra il precarium nel diritto romano. Roma 1878. Unterholzner II S. 564—568, Sintenis II S. 551—556, Vangerow III § 691 Anm., Dernburg II § 91. S. auch Randa der Besitz nach österr. R. § 25 hinter Note 8a (vgl. I § 154 [4]), Degenkolb Platzr. und Miethe S. 170 fg., Lenel Jahrb. für Dogm. XIX S. 207 fg.,

Digitized by Google

Leihende sich irgendwie binden will, aber auch ohne daß er gemeint ist, seinerseits dem Empfänger eine weiter gehende Verpflichtung aufzuerlegen, als diejenige, welche sich von selbst versteht, nämlich die Verpflichtung zur Rückgabe des Empfangenen. Unter Gebrauch ist hier Gebrauch im weiteren Sinne zu verstehen; der Fruchtgenuß ist nicht ausgeschlossen. Es liegt in einer solchen Hingabe eine Diensterweisung, von welcher die Parteien nicht wollen, daß an sie der strenge juristische Maßstab angelegt werde. An einer Bezeichnung, durch welche ihre Eigenthümlichkeit, und namentlich ihr Gegensatz zum eigentlichen Leihvertrag, hervorgehoben würde, fehlt es der deutschen Sprache[1]; die Römer haben dafür den in der Ueberschrift genannten Ausdruck[2].

Jhering Besitzwille S. 389 fg. [Mollet du précaire. Th. de Paris 1892. Eccard le précaire dans le droit classique. Th. de Paris 1893. Abgrenzung gegen widerrufliche superficies Sf. LIII. 216. — S. noch Sf. LII. 228.]

§ 376. [1] Bittvertrag? Bittleihe? Bittbesitz? Vergünstigung?

[2] Die Römer haben das Precarium ursprünglich gar nicht als Vertrag behandelt. Der Empfänger haftete ursprünglich bei verweigerter Zurückgabe lediglich, weil er die Sache precario hatte (interdictum de precario, I § 160, 2), nicht weil er ihre Rückgabe versprochen hatte. Jene Seite des Schutzes des Hingebenden tritt in unseren Quellen sehr entschieden in den Vordergrund; nur in sehr wenigen Stellen wird die Vertragsnatur des Verhältnisses betont. S. Note [3] und vgl. l. 14 D. 43, 26, l. 14 § 11 D. 47, 2. Nach einer anderen Meinung ist das r. R. nie dazu fortgeschritten, das precarium als Vertrag anzuerkennen. Savigny Besitz § 42, Brinz 2. Aufl. I S. 754, Dankwardt a. a. O. § 4. 22, Ubbelohde a. a. O. S. 225 fg. 241 fg. Vgl. Note [3]. — Das Precarium wird in den Quellen dargestellt als eigentlich berechnet auf unbewegliche Sachen, und als nur später auf bewegliche Sachen ausgedehnt. L. 4 pr. D. 43, 26. „In rebus etiam mobilibus precarii rogatio constitit". Vgl. Isidori orig. V, 25. „Precarium est, dum creditor rogatus permittit debitorem in possessione fundi sibi obligati demorari et ex eo fructus capere". Dieß unterstützt wesentlich die von Niebuhr aufgestellte Vermuthung, daß das Precarium ursprünglich die Form des Lehnsverhältnisses zwischen dem Patron und dem Clienten in Betreff des auf dem ager publicus verliehenen Bauerngutes gewesen sei. Vgl. Savigny Besitz S. 562 fg. (463 fg.). Praktische Anwendungen, in denen das Precarium in unseren Quellen erscheint, sind folgende: der Faustpfandgläubiger (ursprünglich der creditor fiduciarius, Gai II, 60, Isidor. l. c.) gibt einstweilen dem Verpfänder den Besitz und Genuß der verpfändeten Sache zurück, l. 6 § 4. l. 11 D. 43, 26 (vgl. Dernburg Pfandr. II S. 77—79. 81—85, auch Degenkolb a. a. O. S. 177 fg.); der Verkäufer überläßt vorläufig, bis zur Bezahlung des Kaufpreises, oder bis es sich entscheidet, ob der Kauf definitiven Bestand hat, dem Käufer den Besitz und Genuß der Kaufsache, l. 20 D. 43, 26, l. 13 § 21 D. 19, 1, l. 11 § 12 D. 43, 24. — Es ist behauptet worden, daß die römische Unterscheidung zwischen precarium und commodatum lediglich auf historischen Gründen beruhe, und daß ihr daher für das heutige R. keinerlei Bedeutung mehr zukomme; so namentlich

Digitized by Google

Nach dem Gesagten geht die Verpflichtung des Empfängers[3] lediglich auf Rückgabe der Sache; Verweigerung der Rückgabe bis zum Urtheil zieht Verurtheilung auf das Doppelte nach sich[4]. Hat der Empfänger die Sache nicht mehr, so haftet er wegen Arglist, weil wegen Arglist Jedermann, auch abgesehen von allem contractlichen Verhältniß, haftet; aber zur Vermeidung von Nachlässigkeit ist er nicht verpflichtet[5]. Von der anderen Seite muß er die Sache

von Kritz Sammlung von Rfällen I Nr. 14 und Pandektenr. I Bd. 2 S. 429 fg. Hauptsächlich gegen diese Ausführungen ist das Buch von G. E. Schmidt (§ 374*) gerichtet; s. ferner Vangerow a. a. O. Nr. VI und neuestens Randa a. a. O. § 25 [10], Wächter II S. 443. Ist das im Texte Gesagte (was Bähr Jahrb. f. Dogm. XXVI S. 295 [60] nicht gelesen hat) richtig, so besteht ein Unterschied im Gedanken zwischen precarium und commodatum, welcher für uns gerade so lebendig ist, wie er für die Römer war, obgleich es unter Umständen schwer genug sein mag, in einem gegebenen Fall zu bestimmen, ob die Parteien das eine oder das andere Rverhältniß gemeint haben. Uebertreibung aber ist es, wenn Schmidt a. a. O. S. 100 das Precarium für ein „rein factisches Verhältniß" erklärt, welches erst durch die gerichtliche Belangung des Empfängers zum Rverhältniß werde. Sf. XXXIII. 219. — Dankwardt und Ubbelohde a. a. OO. sehen das Wesen des precarium darin, daß nach der Meinung der Parteien das Hingegebene dauernd beim Empfänger bleiben solle; die Rückforderung erscheine als „etwas Zufälliges" (Ubbelohde S. 247). Dagegen beweist, daß ein precarium auch auf Zeit gegeben werden kann (l. 4 § 4. l. 5. 6 pr. D. 43, 26); wie sich die genannten Schriftsteller gegen dieses Argument vertheidigen, wird man bei ihnen selbst nachlesen müssen (Dankwardt S. 300, Ubbelohde S. 248). — Erfüllung einer Verpflichtung kann nie precarium sein: Sf. XXV. 524.

[3] Actio praescriptis verbis. L. 2 § 2 D. 43, 26, l. 23 D. 50, 17, Paul. sentent. V, 6 § 10. Brinz I S. 754, Dankwardt § 22, Ubbelohde S. 241 erklären diese actio praescriptis verbis für eine condictio sine causa. Aber es heißt von ihr in l. 2 § 2 D. 43, 26: „ex bona fide oritur", was doch kaum anders verstanden werden kann, als daß sie eine bonae fidei actio sei, und Paulus in der citirten Stelle seiner sententiae sagt: civilis actio huius rei sicut commodati competit". Allerdings heißt es andererseits in l. 19 § 2 D. 43, 26 geradezu: „incerti condictione, id est praescriptis verbis"; aber dieser Zusatz klingt außerordentlich verdächtig. Lenel Edictum perp. S. 123. Gradenwitz S. 128 fg. Dernburg II § 91 [11]. Die beiden zuletzt genannten Schriftsteller glauben, daß die actio praescriptis verbis in die Pandekten nur durch Interpolation gekommen sei. Auf die Stelle des Paulus nehmen sie keine Rücksicht.

[4] L. 10 C. 8, 4, l. 33 C. 4, 65 (§ 263 [10. 15]).

[5] Daß dieß nicht bloß für das interdictum de precario gilt (l. 2 D. 43, 26), sondern auch für die Vertragsklage, zeigt l. 23 D. 50, 17. „Contractus quidam dolum malum tantum recipiunt, quidam et dolum et culpam. Dolum tantum depositum et precarium . . . ." Culpa lata steht aber dem dolus gleich, schon beim interdictum de precario (l. 8 § 3. 5 D. 43, 26), um so mehr hier. A. M. Wächter II S. 441 und für das heutige R. Dernburg II § 91 a. E.

Digitized by Google

zurückgeben, sobald der Hingebende es verlangt; selbst wenn über die Zeit der Rückgabe eine Bestimmung getroffen worden ist, darf dieß nicht so ausgelegt werden, als habe dadurch dem Empfänger ein irgendwelches Recht zum Behalten eingeräumt werden sollen[6]. Ebensowenig hat der Empfänger einen Anspruch auf Ersatz von Verwendungen, oder auf Ersatz von Schaden, der ihm etwa durch die hingegebene Sache verursacht worden ist[7].

Für das Precarium von Sachen, die nicht im Eigenthum des Gebers oder die im Eigenthum des Empfängers stehen, gilt das Gleiche, wie beim Leihvertrag (§ 374 Ziff. 1 a. E., § 375 [3a])[8].

[Der I. E. §65. hatte noch vom Precarium gesprochen, aber nur, um dasselbe den Vorschriften von der Leihe zu unterstellen (558). Die II. Comm. strich diese Bestimmung als selbstverständlich, indem sie davon ausging, daß zwischen einer Leihe mit jederzeitigem Rückforderungsrecht (vgl. 604 Abs. 3) und einem Precarium kein Unterschied zu finden sei.]

3. Die Hinterlegung*.

a. Regelmäßiger Fall.

α. Begriff.

§ 377.

Eine Sache hinterlegen (deponiren) heißt: sie einem Andern in Verwahrung geben[1], ohne daß demselben für den Raum, welchen er

---

[6] L. 1 pr. § 2. l. 2 § 2. l. 15 pr. D. 43, 26; l. 12 pr. eod. Sf. XXXV. 20.

[7] Es ist nirgends in unseren Quellen von solchen Gegenansprüchen die Rede.

[8] L. 4 § 3. l. 6 § 4 D. 43, 26, l. 1 § 11 D. 43, 19, l. 23 D. 50, 17.

* Dig. 16, 3, Cod. 4, 34 depositi vel contra. — Glück XV S. 137—238; Unterholzner II S. 659—673, Sintenis II § 112, Brinz 2. Aufl. II § 369, Dernburg II § 92. Der Aufsatz von Asher ZS. f. CR. u. Pr. R. F. XXII S. 266 fg. ist rgeschichtlichen Inhalts; vgl. im Uebrigen Arndts in Haimerl's BJS. XVII Nr. 8.

§ 377. [1] L. 1 pr. D. 16, 3. „Depositum est, quod custodiendum alicui datum est". Das ist aber nicht so zu verstehen, als wenn der Empfänger die Verpflichtung zur Bewahrung der Sache, zu einer besonderen Bewahrungsthätigkeit, übernähme; er verpflichtet sich bloß seinen Raum zu dem Ende zu gewähren, damit die Sache in demselben bewahrt sei. L. 1 § 12 D. 16, 3. „Quodsi rem tibi dedi, ut . . . tu custodires . . videndum est, utrum depositi tantum, an et mandati actio sit. Et Pomponius dubitat. Puto tamen, mandati esse actionem: quia plenius fuit mandatum, habens et custodiae legem". [In dieser Stelle ist nicht die custodiae lex dasjenige, was dem depositum fremdartig ist und die Sache zum Mandat macht, sondern es wird Auftrag deßwegen angenommen, weil der Empfänger nicht nur verpflichtet sein soll, die Sache aufzubewahren, sondern zunächst, sie einem Dritten anzubieten. Vgl. § 13 eod. (dort soll er die Sache zunächst von einem Dritten holen).] Sf. XLV. 14.

Digitized by Google

zur Verfügung stellt, eine Vergeltung gewährt wird. Ist dieses Letztere der Fall, so liegt ein anderes Geschäft vor[2]. Durch die Annahme der hinterlegten Sache kommt der Hinterlegungsvertrag zu Stande[3].

[Auch nach BGB. ist der „Verwahrungsvertrag" Realvertrag geblieben (688). Der Vertrag kann aber auch entgeltlich sein (689).]

Die Hinterlegung setzt eine bewegliche Sache voraus[4]; im Uebrigen ist es gleichgültig, von welcher Art die hinterlegte Sache ist. Für den Fall, wo nicht eine eigene Sache des Hinterlegenden oder eine eigene Sache des Empfängers hinterlegt wird, gilt das Gleiche, wie beim Leihvertrag (§ 374 Ziff. 1 a. E.)[5].

[Auch das BGB. kennt einen Verwahrungsvertrag nur in Bezug auf bewegliche Sachen (688). Im Eigenthum des Hinterlegers muß die Sache auch nach BGB. nicht stehen. Ueber den Fall der Hinterlegung einer eigenen Sache des Verwahrers ist dasselbe zu behaupten, wie über den der Verleihung einer eigenen Sache des Entleihers. S. ob. zu § 374, 1.]

β. Verpflichtungen.

§ 378.

Der Hinterlegungsvertrag steht so wenig, wie der Leihvertrag, unter einer alles Einzelne genau normirenden Rechtsregel; in letzter Linie entscheidet auch hier, auf Grundlage der Intention des Geschäftes, das Ermessen des Richters[1]. Die Hauptpunkte sind folgende.

[Vgl. BGB. 242.]

---

[2] L. 1 § 8—10 D. 46, 3.

[3] Der Hinterlegungsvertrag ist ein Realvertrag. L. 1 § 5 D. 44, 7, § 3 I. 3, 14. — Dieß leugnet für das heutige R. Unger Jahrb. f. Dogm. XIII S. 16 fg.; nach heutigem R. sei der Hinterlegungsvertrag Consensualvertrag. Unger übersieht, daß in der unendlichen Mehrzahl der Fälle die Parteien eine Verpflichtung des Empfängers nicht vor dem wirklichen Empfange wollen. Einen auf Inverwahrungnehmen gerichteten Vertrag halte auch ich für einen Consensualvertrag, nicht bloß was die Verpflichtung zum Inverwahrungnehmen, sondern auch was die Verpflichtung zur Rückgabe angeht. — Derjenige, bei welchem hinterlegt wird, heißt in den Quellen depositarius (während der Ausdruck commodatarius nicht quellenmäßig ist). Der Ausdruck depositarius wird aber auch zur Bezeichnung des Hinterlegenden gebraucht, l. 7 § 2. 3 D. 16, 3.

[4] Dieß folgt aus dem Begriff der Hinterlegung. Man kann eine unbewegliche Sache bewachen; aber man kann ihr nicht zum Zwecke des Bewahrtseins seinen Raum gewähren. Vgl. Sintenis a. a. O. [8].

[5] L. 1 § 39. l. 31 § 1 D. 16, 3. (vgl. Nov. 88 c. 1); l. 15 eod., l. 45 pr. D. 50, 17.

[1] Die actio depositi ist actio bonae fidei, § 28 I. 4, 6, l. 1 § 23 D. 16, 3. § 378.

Digitized by Google

1. Die Hauptverpflichtung aus dem Hinterlegungsvertrag[2] ist die des Empfängers auf Rückgabe der hinterlegten Sache. Dieser Verpflichtung kann der Empfänger auch durch Berufung auf sein Eigenthumsrecht an der Sache, wenn dasselbe vom Gegner bestritten wird, nicht entgehen; er muß die Sache herausgeben und sein Eigenthumsrecht in einem besonderen Processe geltend machen[3]. Kann er die hinterlegte Sache nicht zurückgeben, oder kann er sie nicht in unbeschädigtem Zustande zurückgeben[4], so haftet er nur wegen Arglist[4a], nicht wegen Nachlässigkeit[5]; es müßte denn ausnahmsweise die Hinterlegung in seinem Interesse geschehen sein[6], oder er müßte sich zur Hinterlegung zugedrängt[7], oder die Verhaftung für Nachlässigkeit

---

[2] Actio depositi directa.

[3] L. 11 C. 4, 34 (*vv.* actiones personales vel in rem. A. M. Dernburg II § 92 [23]. Das RG. Entsch. XV S. 208 erkennt den im Text aufgestellten Satz ausdrücklich an, und macht nur eine sehr berechtigte Ausnahme für den Fall, daß der Empfänger behauptet, die hinterlegte Sache nach der Hinterlegung von dem Hinterlegenden erworben zu haben, weil darin eine vertragsmäßige Aufhebung des Hinterlegungsvertrages liege. [Gegen diese Ausnahme (mit unzulänglichen Gründen) Ueberschaer Kann der Depositar die von dem Deponenten verlangte Zurückgabe der . . . Sache aus dem Grunde verweigern, weil er nach der Deposition das Eigenthum der deponirten Sache erworben habe? Greifsw. Diss. 1896. v. Schlippenbach Kann derjenige, welcher als Miether oder Depositar auf Rückgabe der Sache belangt ist, der Klage die Einrede seines Eigenthums entgegensetzen? Erl. Diss. 1896. Verf. führt beachtenswerth aus, daß l. 11 C. cit. (wie l. 25 C. 4, 65) nur den Fall im Auge habe, daß jemand, der einen Eigenthumsanspruch an einer Sache zu haben behaupte, dolos einen Depositalr- oder Miethvertrag in Bezug auf dieselbe schließe, um die Besitzerrolle zu gewinnen.]

[4] L. 1 § 16 D. 16, 3. „Si res deposita deterior reddatur, quasi non reddita agi depositi potest."

[4a] Sf. XLV. 11 (RG.) [[= RG. XXV S. 182]]: der Empfänger läßt die hinterlegte Sache wegen einer ihm gegen den Deponenten zustehenden Forderung pfänden.

[5] L. 1 § 10. l. 32 D. 16, 3 und öfter das., l. 1 C. 4, 34; Coll. X, 2 § 1. 4. 7 § 6. Unterholzner S. 666: „Dieß ist natürlich, da in dem Verhältniß nichts liegt, woraus die Verbindlichkeit zu einer eigentlichen Sorgfalt abgeleitet werden könnte, und auch die Billigkeit nicht verlangt, daß Jemand, der aus einem Geschäft keinen Vortheil zieht, weiter als wegen Gewissenlosigkeit hafte". L. 5 § 2 D. 13, 6, l. 17 § 2 D. 19, 5, l. 1 § 5 D. 44, 7. Vgl. auch Ihering das Schuldmoment im r. Privatr. S. 30 fg. Kierulff Entscheidungen des OAG. zu Lübeck 1867 S. 1017 fg.

[6] Vgl. l. 4 pr. D. 12, 1. In dem von dieser Stelle behandelten Fall (Hinterlegung einer Geldsumme, damit der Empfänger sie im Fall des Bedürfnisses als Darlehn benützen könne) soll der Empfänger sogar wegen Zufalls haften.

[7] L. 1 § 35 D. 16, 3. Vgl. auch Sf. V. 135.

Digitized by Google

vertragsmäßig übernommen[8], oder sich einer Unterschlagung schuldig gemacht haben[8a]. Mit der hinterlegten Sache muß natürlich alle Zubehörung, mit welcher sie hinterlegt worden ist, zurückgegeben werden[9]; ebenso was sie etwa bei dem Empfänger an Frucht getragen hat[10]. Die Rückgabe muß erfolgen, sobald der Hinterlegende sie verlangt; eine bei dem Vertrage hinzugefügte Zeitbestimmung hat nicht den Sinn, daß der Empfänger die Sache bis zu der bezeichneten Zeit behalten dürfe[11]. Ist die Hinterlegung zur Zeit eines Nothstandes erfolgt[12], so geht die Verurtheilung auf das Doppelte[13. 14].

[Nach BGB. haftet der Verwahrer, wenn er die Aufbewahrung entgeltlich übernommen hat, wegen jeder Fahrlässigkeit (276), wenn er sie dagegen unentgeltlich übernommen hat, nur für diejenige Sorgfalt, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt (690). (Dieß ist auch maßgebend, wenn im folgenden Absatz von Verschulden oder Fahrlässigkeit die Rede ist.) Hat der Verwahrer die Sache unterschlagen, so haftet er gemäß § 848 sogar wegen Zufalls. Die obigen Sätze zu [9. 10] sind auch für das BGB. selbstverständlich.

Besonders bestimmt das BGB., daß der Verwahrer im Zweifel nicht berechtigt ist, die hinterlegte Sache bei einem Dritten zu hinterlegen (691 S. 1).

---

[8] L. 1 § 6. 35 D. 16, 3, l. 1 C. 4, 34. Sogar Verhaftung wegen Zufalls kann ohne Verletzung des Wesens des Vertrages vertragsmäßig übernommen werden, l. 7 § 15 D. 2, 14. Verhaftung wegen Zufalls, wenn derselbe erst in Folge arglistigen Verhaltens die Sache betroffen hat, versteht sich nach allgemeinen Grundsätzen von selbst (§ 375 [10]).

[8a] L. 1 § 25 D. 16, 3. „Si rem depositam vendidisti, eamque postea redemisti in causam depositi, etiamsi sine dolo malo postea perierit, teneri te depositi, quia semel dolo fecisti, cum venderes". Vgl. § 375 [10a]: auch Ihering a. a. O. S. 31 [62].

[9] Ueber l. 1 § 5 D. 16, 3 s. Unterholzner § 661. a, Sintenis [18], Ihering Jahrb. f. Dogm. I S. 35. S. auch l. 1 § 41 D. 16, 3.

[10] L. 38 § 10 D. 22, 1, l. 1 § 24. l. 28 D. 16, 3. Auch den Nutzen, welchen der Empfänger durch eigene Benützung der hinterlegten Sache zieht, muß er herausgeben. L. 28 D. 16, 3 l. 3. 4 C. 4, 34.

[11] L. 11 pr. C. 4, 34, l. 1 § 22. 45. 46 D. 16, 3.

[12] S. g. depositum miserabile.

[13] L. 1 § 1—4. l. 18 D. 16, 3. § 17 I. 4, 6. Vgl. § 263 [9. 15]. Vgl. noch Paul. sentent. II, 12 § 11. „Ex causa depositi lege XII tabb. in duplum actio datur, edicto praetoris in simplum". Vgl. Arndts (cit. bei § 377*) S. 191 fg., Ihering a. a. O. S. 32, Pernice Labeo I S. 433 fg., Ubbelohde zur Geschichte der benannten Realcontracte S. 34 fg., Eisele die materielle Grundlage der Exceptio S. 141 fg. Oertmann die Fiducia im röm. Privatr. S. 141 fg. [137 fg. 61: actio depositi aus actio fiduciae entwickelt.] [[Dagegen Niemeyer-Sav.-ZS. XII S. 397 fg. (die actio depos. habe sich nicht aus der fiducia, sondern aus der Strafklage der XII Tafeln entwickelt.]] [S. auch Karlowa r. Rgesch. II S. 568.]

[14] Inwiefern haftet aus gerichtlicher Hinterlegung der Staat? Vgl. § 347 [2d]. Seuffert Pand. § 416 [4a].

Digitized by Google

Wenn er dieß thut, wissend oder fahrlässig nicht wissend, daß er keine Erlaubniß dazu hat, so haftet er, auch wenn ihn ein weiteres Verschulden nicht trifft, nicht nur für jedes Verschulden des Dritten gemäß § 278, sondern auch für jeden Zufall, der die Sache in der Hand des Dritten trifft, und der sie an anderem Orte nicht getroffen haben würde. Nimmt der Verwahrer das Vorliegen einer Erlaubniß zur Hinterlegung bei einem Dritten in entschuldbarem Irrthum an, so hat es dabei sein Bewenden, daß er für jedes Verschulden des Dritten gemäß § 278 und ferner für ein ihm bei der Hinterlegung zur Last fallendes Verschulden haftet, letzteres auch dann, wenn ein Verschulden des Dritten nicht mit im Spiele ist. Wenn dagegen der Verwahrer zur Hinterlegung bei einem Dritten wirklich Erlaubniß hat, so ist er von der Haftung für Verschulden des Dritten entbunden und haftet nur für ein ihm bei der Hinterlegung zur Last fallendes Verschulden (in Auswahl der Person des Dritten, oder in mangelhafter Instruction desselben u. s. w.) (691 S. 2). Für das Verschulden eines Gehülfen haftet der Verwahrer immer gemäß § 278 (691 S. 3), auch wenn, worüber die Umstände entscheiden, die Zuziehung desselben gestattet ist. Außerdem haftet er, auch wenn kein Verschulden des Gehülfen vorliegt, für die Folgen eines ihm bei der Zuziehung zur Last fallenden Verschuldens, z. B. wegen mangelhafter Instruction des Gehülfen; endlich aber haftet er, wenn die Zuziehung eines Gehülfen nach dem Sinn des Vertrages unzulässig ist und der Verwahrer dieß weiß oder in Folge von Fahrlässigkeit nicht weiß, auch für die im Uebrigen zufälligen Folgen einer solchen Zuziehung. Daß der Hinterleger, wenn der Verwahrer die Sache bei einem Dritten hinterlegt, dieselbe von dem Dritten unmittelbar zurückfordern kann (wie es den Bestimmungen der §§ 556 Abs. 3, 604 Abs. 4 entsprechen würde), ist nicht verordnet. Es liegt aber nahe, daß der Verwahrer den Vertrag zu Gunsten des Hinterlegers schließt (328).

Ist eine besondere Art der Aufbewahrung vereinbart, so ist doch der Verwahrer berechtigt, dieselbe zu ändern, wenn er den Umständen nach annehmen darf, daß der Hinterleger bei Kenntniß der Sachlage die Aenderung billigen würde. Er muß aber vor der Aenderung dem Hinterleger Anzeige machen und dessen Entschließung abwarten, wenn nicht Gefahr im Verzuge ist (692).

Ueber die Zeit, zu welcher die Rückgabe verlangt werden kann, entscheidet BGB. 695 ebenso wie der Satz zu [11]. Der Verwahrer kann die Rücknahme jeder Zeit verlangen, wenn keine Zeit bestimmt ist. Ist dieß geschehen, so kann er doch aus wichtigem Grunde vorzeitige Zurücknahme verlangen (696).

Die Verpflichtung zur Rückgabe der Sache ist Holschuld, die Rückgabe hat an dem Orte zu erfolgen, wo die Sache aufzubewahren war (697).

Von dem hier fraglichen depositum regulare ist auch zu verstehen die Vorschrift des § 698, derzufolge der Verwahrer, wenn er hinterlegtes Geld für sich verwendet, verpflichtet ist, dasselbe von der Verwendung an zu verzinsen. Dabei ist aber seine strengere Haftung für den Fall, daß in der Verwendung eine unerlaubte Handlung liegt, vorbehalten.

Den Satz zu [12. 13] kennt das BGB. nicht.]

2. Möglicherweise kann auch ein Gegenanspruch des Empfängers gegen den Hinterlegenden begründet sein, namentlich wegen noth-

Digitized by Google

wendiger oder sonst dem Hinterlegenden zur Last fallender Verwendungen[15], ferner wegen des durch die hinterlegte Sache verursachten Schadens, wobei der Hinterlegende nicht bloß wegen Arglist, sondern auch wegen Nachlässigkeit haftet[16]. Der Gegenanspruch kann aber nur durch Klage[17], nicht durch Retention geltend gemacht werden[18].

[Nach BGB. hat der Verwahrer Anspruch auf Ersatz von Verwendungen wie ein Beauftragter (693, vgl. 670), nur hat er keinen Anspruch auf Vorschuß (vgl. 669). Für den durch die Beschaffenheit der Sache entstehenden Schaden haftet der Hinterleger, wenn er nicht den Entlastungsbeweis führt, daß er die gefahrdrohende Beschaffenheit der Sache bei der Hinterlegung weder gekannt hat, noch seine Unkenntniß auf Fahrlässigkeit beruhte, oder, daß er sie dem Verwahrer angezeigt hat, oder, daß dieser sie ohne Anzeige gekannt hat; nicht genügt, daß er sie hätte kennen müssen (694).

Für das BGB. kommt außerdem der Vergütungsanspruch in Frage, wenn eine Vergütung vereinbart ist oder gemäß § 689 als vereinbart gilt. Die Vergütung ist postnumerando zu entrichten (699 Abs. 1). Endigt die Aufbewahrung vor dem Ablauf der für sie bestimmten Zeit, so kann der Verwahrer einen seinen bisherigen Leistungen entsprechenden Theil der Vergütung verlangen, sofern nicht aus der Vereinbarung über die Vergütung sich ein Anderes ergibt, was auch ohne ausdrückliche Bestimmung der Fall sein kann (699 Abs. 2). Steht nicht der Sinn der Vereinbarung entgegen, so ist es gleichgültig, aus welchem Grunde die Aufbewahrung vor der Zeit endigt. Also kann nicht etwa der Verwahrer die Vergütung ganz verlangen, wenn der Hinterleger die Sache vor der Zeit zurückverlangt; andererseits geht der Verwahrer des Theilanspruchs nicht verlustig, wenn er gemäß § 696 S. 2 die vorzeitige Zurücknahme verlangt. Im Besonderen über den Fall der Vereinbarung einer Vergütung in Gestalt eines Antheils an dem Aufzubewahrenden s. Crome die partiarischen Rechtsgeschäfte (1897) S. 455 fg.

Das Zurückbehaltungsrecht des § 273 ist dem Verwahrer im BGB. nicht versagt.]

b. Besondere Fälle.

α. S. g. depositum irregulare*.

§ 379.

Bei der Hinterlegung vertretbarer Sachen kann ausgemacht werden, daß der Empfänger Eigenthümer derselben werden und nur

[15] L. 23. l. 12 pr. D. 16, 3.

[16] L. 62 [61] § 5 D. 47, 2, vgl. l. 31 D. 13, 7. Mommsen Erörterungen II S. 58 fg. ist wegen l. 62 [61] § 5 cit. der Meinung, daß der Deponent auch ohne Nachlässigkeit hafte. Die Auslegung der genannten Stelle ist streitig und nicht zweifellos; doch glaube ich nicht, daß es nothwendig ist, sie in dem von Mommsen (und Jhering Jahrb. f. Dogm. IV S. 37 [Unger Jahrb. f. Dogm. XXXIII S. 318 fg.]), vertretenen Sinn zu verstehen. [Dagegen Sf. L. 242.] Vgl. auch § 410 [18].

Digitized by Google

verpflichtet sein solle, eine gleiche Quantität gleicher Sachen zurückzugeben[1]. In diesem Fall trägt der Empfänger die Gefahr des Hinterlegten, hat aber dafür auch den Vortheil des Gebrauchs, ohne daß jedoch Ausbedingung einer Zinsvergütung für diesen Vortheil ausgeschlossen ist[2]. Von dem Darlehn unterscheidet sich[3] ein solches Geschäft durch die Verschiedenheit seiner Intention[4], und es steht

[17] Actio depositi contraria.

[18] L. 11 C. 4, 34. Vgl. Coll. X, 2 § 5 und Unterholzner § 660 °, Sintenis [26], Seuffert Pand. § 316 [16].

* Neustetel in Neustetel und Zimmern r-rliche Untersuchungen S. 1 fg. (1821). Schaffrath praktische Abhandlungen S. 97 fg. (1841). A. C. J. Schmid ACPra. XXX S. 77 fg. (1847). Heimbach Lehre vom Creditum S. 431 fg. (1849). Endemann ZS. f. HR. IV S. 58 fg. (1861). Mühlhäuser Ueber Umfang und Geltung der dep. irregulare. (1879. Darüber Löwenfeld kr. VJS. XXII S. 311 fg.). Vangerow III § 630 Anm. (7. Aufl. 1869). Th. Niemeyer Depositum irregulare. 1889. (Anzeige von Ludw. Goldschmidt ABR. III S. 112 fg. [[Bruckner kr. VJS. XXXIV S. 56 fg. gegen N.]]. [Witzig z. Lehre vom dep. irreg. Zür. Diss. 1888. Best Darlehn und depositum irregulare. Erl. Diss. 1896. Löwenstein depos. irreg. u. Darlehn. Erl. Diss. 1896 Brandau der unregelmäßige Verwahrungsvertrag. Erl. Diss. 1899. Fränkel d. Darlehen u. d. irregul. Hinterleg. Erl. Diss. 1899.]

§ 379. [1] Die Neueren sprechen in diesem Fall von einem depositum irregulare. — Der bezeichnete Vertrag kann auch stillschweigend abgeschlossen werden. L. 31 D. 19, 2: — „si quis pecuniam numeratam ita deposuisset, ut neque clausam neque obsignatam traderet, sed adnumeraret, nihil aliud eum debere, apud quem deposita esset, nisi tantundem pecuniae solvere". Vgl. l. 25 § 1 D. 16, 3. Ueber l. 24 D. 16, 3. s. Vangerow Nr. II. 6, Brinz II § 317 [11], Niemeyer S. 30 fg., Dernburg 2. [u. fg.] Aufl. II § 93 [2]. [[Schirmer ACPra. LXXVIII S. 40 fg]] [Sf. L. 191, LII. 11. 231.]

[2] L. 24. l. 26 § 1. l. 28 D. 16, 3. Vgl. l. 24 § 2 D. 42, 5, l. 7 § 2 D. 16, 3. Sf. XVI. 211. — Die Behauptung (Neustetel S. 11, Vangerow Nr. II, Endemann S. 59), daß der Empfänger auch ohne Versprechen Zinsen zahlen müsse, sobald er das empfangene Geld zu seinem Nutzen verwende, steht in Widerspruch mit l. 24 i. f. und l. 25 § 1 D. 16, 3, und wird weder durch das Wesen des Geschäfts gerechtfertigt, eben weil der Empfänger hier die Gefahr übernimmt, noch durch l. 29 § 1 D. 16, 3, in welcher Stelle mit Rücksicht auf l. 24 und l. 25 § 1 citt. kein anderer Sinn gefunden werden darf, als der, daß in dem in der Stelle bezeichneten Fall immer noch die actio depositi begründet, und daher eine Verurtheilung auf Zinsen an und für sich zulässig sei. Vgl. [5. 6], und s. auch Schmid S. 85 fg. Sf. XXXI. 28.

[3] Daß zwischen dem depositum irregulare und dem Darlehn ein Unterschied bestehe, ist nicht unbestritten. S. Vangerow a. a. O. z. A. Endemann S. 61 erklärt es sogar — freilich sehr mit Unrecht — für die gemeine Meinung, „daß beide Geschäfte in allen wesentlichen Punkten der rlichen Beurtheilung identisch sind". Principiell gegen die Unterscheidung Niemeyer a. a. O. (röm. R.: S. 1 fg., heutiges R.: S. 79 fg.). Dagegen Dernburg 2. [u. fg.] Aufl. II § 93 [2]. RG. XII S. 85. [Best, Löwenstein, Brandau, Fränkel (*), vermittelnd Mitteis Sav.-ZS. XIX S. 208 fg.]

Digitized by Google

daher auch im Einzelnen unter dem Recht nicht des Darlehns-, sondern des Hinterlegungsvertrages[5]. Wenn ausgemacht wird, daß der Empfänger nach seinem Belieben entweder das Hinterlegte oder eine gleiche Quantität gleicher Sachen zurückgeben könne, so liegt zunächst eine gewöhnliche Hinterlegung vor, die aber dadurch, daß der Empfänger das Hinterlegte als das Seinige zu behandeln anfängt, zu dem hier beschriebenen Geschäft wird[6. 7].

---

[4] Das Darlehn wird gegeben im Interesse des Empfängers, oder — beim verzinslichen Darlehn — im Interesse der Parteien; hinterlegt wird im Interesse des Hingebenden. Sf. XVI. 211.

[5] Für die Römer war von besonderer Wichtigkeit, daß die actio depositi als actio bonae fidei Verurtheilung auf Zinsen aus formlosem Vertrag und aus Verzug zuließ. L. 4 C. 4, 34, l. 25 § 1. l. 26 § 1. l. 28. l. 29 § 1 D. 16, 3. Sodann infamirte die actio depositi, l. 1 D. 3, 2, sie genoß im Falle der Unverzinslichkeit ein Concursprivilegium (§ 271 [11]), und es galt gegen dieselbe nicht die querela non numeratae pecuniae (§ 372 [14]). Auch für das heutige R. noch kommen in Betracht der Ausschluß der Compensation (§ 350 [24]) und der exceptio SC[i] Macedoniani (§ 373, 2; a. M. Mandry das gemeine Familiengüterr. I S. 452).

[6] Vorher also trägt der Empfänger nicht die Gefahr des Empfangenen. Brinz a. a. O. 2. Aufl. II S. 603 (s. auch kr. VJS. XXV S. 190 und vgl. 1. Aufl. S. 440) nimmt auch in diesem Fall trotz des Nichtüberganges der Gefahr von Anfang an depositum irregulare an. — Wohl von dem genannten Fall ist zu verstehen l. 24 § 2 D. 42, 5; vielleicht auch l. 29 § 1 D. 16, 3. („Si ex permissu meo deposita pecunia is, penes quem deposita est, utatur, ut in ceteris bonae fidei iudiciis usuras eius nomine praestare mihi cogitur"), obgleich es doch näher liegt, die Erlaubniß, von welcher diese letztere Stelle redet, als später gegebene Erlaubniß aufzufassen. Uebrigens wird diese Stelle sehr verschieden erklärt; s. darüber Huschke ZS. f. CR. u. Pr. N. F. II S. 151 (vgl. auch die Schrift über das Darlehn S. 58 [3]), Vangerow Nr. II. 5, Emmerich ZS. f. CR. u. Pr. N. F. XVIII S. 117—119, Niemeyer S. 52 fg. — Die Erlaubniß, von dem deponirten Gelde Gebrauch zu machen, kann auch in der Absicht ertheilt werden, um dem Empfänger ein Darlehn zu verschaffen, sowohl sogleich bei der Deponirung (l. 4 pr. l. 10 D. 12, 1, l. 1 § 34 D. 16, 3), als hinterher (l. 9 § 9 D. 12, 1, Paul. sentent. II, 12 § 9). Im ersten dieser Fälle trägt der Empfänger nach l. 4 pr. cit. sogleich die Gefahr. [Sf. LII. 231.]

[7] Zu dem im Vorstehenden Gesagten vgl. noch Thöl Handelsr. I § 296 6. Aufl. „Der Kaufmann gibt weit seltener Darlehen, als daß er sie nimmt und also Schuldner wird. Das Capital heißt dann Depositengeld, die Rechnung conto a deposito; der Name ändert aber das gewollte Darlehn nicht." Dazu in Note 16: „Mit einem Kaufmanne, namentlich Banquier, kann aber auch ein irreguläres Depositum abgeschlossen werden. Im Zweifel, ob das Geschäft ein solches oder ein Darlehn sei, ist das letztere anzunehmen". Dagegen Endemann S. 64. „Das handelsrliche Irregulardepositum ist einfach ein Darlehn, aber ein Darlehn ohne den sonst darin enthaltenen Creditverkauf." Dagegen Cohn in Endemann's Handb. des Handelsr. III S. 925 fg. Niemeyer S. 147 fg.

Digitized by Google

[Das BGB. hält daran fest, daß zwischen dem s. g. depositum irregulare und dem Darlehn ein Unterschied ist, wendet aber auf das erstere im allgemeinen die Vorschriften über das Darlehn an (700 Abs. 1 S. 1). Also tritt auch Verzinsung nur auf Grund von Vereinbarung ein (608; vgl. [2]); § 698 ist hierher nicht zu beziehen. Nur Zeit und Ort der Rückgabe bestimmen sich im Zweifel nach den Vorschriften über den Verwahrungsvertrag (700 Abs. 1 S. 3). Gestattet der Hinterleger dem Verwahrer, hinterlegte vertretbare Sachen zu verbrauchen, so wird das Verhältniß zum depositum irregulare, sobald der Verwahrer sich das Hinterlegte aneignet (700 Abs. 1 S. 2. 3).

Bei der Hinterlegung von Werthpapieren ist die Vereinbarung, daß das Eigenthum sofort auf den Verwahrer übergehen oder daß er befugt sein soll, sich die Papiere anzueignen, nur gültig, wenn sie ausdrücklich, nicht, wenn sie stillschweigend getroffen wird (700 Abs. 2). Das Ges. v. 5. Juli 1896 betr. die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Werthpapiere verlangt in seinem Gebiete nicht nur Ausdrücklichkeit, sondern auch Schriftlichkeit und Specialität der entsprechenden Erklärung des Hinterlegers (§ 2 das.).]

β. Sequestration *.

§ 380.

Eine besondere Anwendung der Hinterlegung ist ferner die, wo die Hinterlegung von Mehreren zu dem Ende gemacht wird, um die hinterlegte Sache einstweilen der Verfügung Aller zu entziehen[1]; man nennt das Sequestration[2]. Darüber, wann und an wen die Sache zurückzugeben sei, entscheidet die Bestimmung des Vertrages[3]. Im Uebrigen gelten für diesen Fall der Hinterlegung besondere Bestim-

* Vgl. Muther Sequestration und Arrest im r. R. S. 35 fg. (1856). (Dieses Werk, welches als Vorarbeit zur Darstellung des gemeinrlichen Arrestprocesses dienen soll, faßt die Sequestration vorzugsweise in ihrer processualischen Bedeutung ins Auge.) J. Voigt der Besitz des Sequester nach röm. R. zur
v Zeit der klass. Jurisprudenz. 1885. [v. Nikonoff d. Lehre v. d. Sequestration nach r. R. Berl. 1894.]

§ 380. [1] Der Hauptfall ist, wenn Jeder auf die Sache Anspruch erhebt, l. 17 D. 16, 3, l. 110 D. 50, 16, l. 11 § 2 D. 4, 8. Aber dieser Fall ist nicht der einzige, z. B. es handelt sich um eine Erbschaftsurkunde bei Mehrheit der Erben, l. 5 D. 10, 2, l. 5 C. 3, 38. S. auch l. 5. 6 C. 4, 34, l. 22 § 8 D. 24, 3. Muther S. 195—222. Sf. V. 277, IX. 275. Die nöthige Allgemeinheit hat die Definition in l. 6 D. 16, 3. „Proprie autem in sequestre est depositum, quod a pluribus in solidum certa condicione custodiendum reddendumque traditur.“ A. M. Voigt S. 19 fg.

[2] Sequester kommt her von secus, wie equester von equus, silvester von silva etc. (vgl. sequius — secius), und bedeutet Jemanden, der zur Seite, nicht auf der einen oder der andern Seite, steht, daher den Unparteiischen (und in weiterer Entwickelung den Mittler, Vermittler, Versöhner, Zwischenhändler, Kuppler). Vgl. Muther S. 3 fg.

[3] L. 6 D. 16, 3 ([1]): — „certa condicione“. L. 5. 6. C. 4, 34.

Digitized by Google

mungen nicht[4]. Es kann aber sehr wohl sein, daß der Vertrag, durch welchen die Sache dem Dritten übergeben wird, kein Hinterlegungsvertrag ist, sondern ein Auftrags- oder Miethvertrag[5]; die Bezeichnung Sequestration wird auch in diesem Falle gebraucht.

Die Sequestration kann freiwillig oder auf Befehl des Richters geschehen. Sie kann auch durch den Richter selbst geschehen[6].

[Nach BGB. tritt, wenn Mehrere eine Sache hinterlegen, mangels abweichender Bestimmung das Verhältniß des § 432 ein. Die mehreren Hinterleger können aber auch Gesammtgläubiger sein, und ferner ist möglich, daß die Sache gemäß der Vereinbarung je nach dem Ausfall einer Bedingung dem einen oder dem andern herauszugeben ist; dieß der echte Fall der Sequestration.

In den Fällen, in denen ein Schuldner den Schuldgegenstand für alle Gläubiger zu hinterlegen, oder für alle an einen gerichtlich zu bestellenden Verwahrer abzuliefern hat (432. 660 Abs. 2 1011. 2039; ähnlich 1077 Abs. 1. 1281), hat er nicht so zu hinterlegen, daß je nach dem Ausfall einer Bedingung dem einen oder dem andern Gläubiger das Hinterlegte herauszugeben ist, sondern so, daß nur Alle zusammen von dem Verwahrer die Herausgabe fordern können. So ist es ausdrücklich vorgeschrieben im Falle des § 1082; ähnlich 1392. 2116. Es bleibt dann dem Einzelnen unter ihnen überlassen, die Zustimmung der Uebrigen zur Herausgabe an ihn allein zu erwirken, oder auf Grund eines etwa ihm zustehenden Rechtes darauf zu erstreiten.

Bei der Hinterlegung zum Zwecke der Sicherheitsleistung spricht das Gesetz aus, daß derjenige, zu dessen Gunsten sie erfolgt, ein Pfandrecht an dem hinterlegten Gelde oder den hinterlegten Werthpapieren erwirbt, wenn aber nach Landesrecht (vgl. EG. 145 Abs. 1) die hinterlegten Sachen in das Eigenthum des Fiscus oder der Hinterlegungsanstalt übergehen, so soll er ein Pfandrecht an der Forderung auf Rückerstattung erwerben (233). Für den letzteren Fall ist das Verhältniß klar. Es gilt zunächst § 1281, nach Eintritt der Verkaufsberechtigung des Gläubigers dagegen § 1282; ist durch Erlöschen der Forderung, für welche Sicherheit geleistet wurde, das Pfandrecht erloschen (1252), so ist der Hinterleger zur freien Geltendmachung des Rückerstattungsanspruchs berechtigt. Verlangen (was nahe liegt) die Vorschriften für die Hinterlegungsstelle (EG. 145 Abs. 1) die Beibringung der Zustimmung des Gläubigers, so ist derselbe arg. § 1223 Abs. 1 zu deren Ertheilung verpflichtet. Für den Fall dagegen, daß die hinterlegten Sachen nicht in das Eigenthum des Fiscus oder der Hinterlegungsanstalt übergehen, also bei dem depositum regulare, ist dem Gläubiger nur Pfandrecht an den Sachen, nicht auch an der Forderung des Hinterlegers auf Herausgabe beigelegt. Man wird aber auch hier nach der Natur der Hinterlegung zur Sicherheitsleistung zu sagen haben, daß einstweilen keine Partei ohne Zustimmung der andern die Herausgabe fordern kann (vgl. 1281). Nach Eintritt der Verkaufsberechtigung kann der Gläubiger in entsprechender Anwendung des § 1231 (1257)

[4] Vgl. l. 5 § 1. 2. l. 12 § 2 D. 16, 3.
[5] Vgl. l. 9 § 3 D. 4, 3.
[6] Vgl. z. B. l. 5 C. 7, 65. [CPO. 817 [938].]

Digitized by Google

die Herausgabe der Werthpapiere zum Zwecke des Verkaufes fordern; auf Verlangen des Hinterlegers aber müssen sie in Händen der Hinterlegungsanstalt verbleiben, die sie zum Zwecke des Verkaufs bereitzustellen hat. Ist das Hinterlegte Geld, so wird der Gläubiger nach Eintritt der Verkaufsberechtigung dessen Herausgabe zum Zwecke der Aneignung fordern können (vgl. I S. 1022 ob.). Ist das Pfandrecht erloschen, so muß dasselbe gelten wie beim depositum irregulare. Uebrigens wird auch sonst das Nähere von den landesrechtlichen Vorschriften (EG. 145) abhängen.

Zu entsprechenden Ergebnissen wird man auch in den Fällen der §§ 1217. 1219 kommen müssen. S. auch I S. 1062 unter 7. Der „gemeinschaftliche" Verwahrer des § 1231 hat sich zunächst zu verpflichten, das Pfand zum Verkaufe bereitzustellen. Ist das Pfandrecht erloschen, so wird der Verpfänder hier zweifellos die Zustimmung des Pfandgläubigers zur Herausgabe an den Verpfänder beizubringen haben; zu dieser Zustimmung ist aber der Pfandgläubiger gemäß § 1223 Abs. 1 verpflichtet.

Einstweilige Verfügungen: s. CPO. 938 Abs. 2. BGB. 489. 1716.]

4. Die Verpfändung*.

a. Begriff.

§ 381.

Unter Verpfändung ist hier zunächst zu verstehen Hingabe einer Sache zum Faustpfand. Durch die Annahme der Sache von Seiten des Gläubigers kommt zwischen ihm und dem Hingebenden ein Vertrag zu Stande[1], welcher, wie der Leih- und Hinterlegungsvertrag, beiden Parteien Verbindlichkeiten auferlegt. Dabei ist es gleichgültig, ob durch die Hingabe der Sache ein gültiges Pfandrecht begründet worden ist, oder nicht[2]. Für den Fall, wo eine eigene Sache des Empfängers zu Pfand gegeben worden ist, gilt das Gleiche, wie bei Leihe und Hinterlegung (§ 374 Ziff. 1 a. E., § 377 a. E.)[3]. — In seiner späteren Entwickelung hat das römische Recht der Hingabe der Sache zum Faustpfand die Verpfändung durch bloße Beredung gleichgestellt; es läßt aus ihr, so weit die Verhältnisse die

* Dig. 13, 7 de pigneraticia actione vel contra. Cod. 4, 24 de pigneraticia actione. — Dernburg das Pfandr. I § 16—19 (1860). Stölzel ACPra. XLV S. 254 fg. 364 fg. (1862). A. Schmid die Grundlehren der Cession I § 12 (1863). Glück XIV S. 1—77; Unterholzner II S. 849 fg., Sintenis I S. 621—624. O. Geib die Person des pigneraticisch Berechtigten und pigneraticisch Verpflichteten (1884).

§ 381. [1] Der Pfandvertrag ist ein Realvertrag. L. 1 § 6 D. 44, 7, § 4 I. 3, 14.

[2] Vgl. z. B. l. 9 § 4. l. 11 § 2 D. 13, 7, l. 9 pr. l. 32 D. 13, 7.

[3] L. 45 pr. D. 50, 17, l. 20 § 3. l. 29 D. 13, 7.

Digitized by Google

gleichen sind, die nämlichen Verpflichtungen entstehen, wie aus dem Faustpfandvertrag[4]. — Ja auch auf den Fall, wo ein Pfandverhältniß gar nicht durch Vertrag, sondern durch Gesetz oder richterliche Verfügung begründet worden ist, sind die Grundsätze vom Faustpfandvertrag analogisch angewendet worden[5].[6]

b. Verpflichtungen.

§ 382.

Die Verpflichtungen aus der Verpfändung sind nach der Absicht des Geschäfts durch das Ermessen des Richters für jeden einzelnen Fall zu bestimmen[1]. Die Hauptpunkte[1a] sind folgende.

1. Die Hauptverbindlichkeit aus der Verpfändung ist die des Empfängers[2]. Dieselbe geht vor allem auf Rückgabe der Pfand-

---

[4] Vgl. z. B. l. 7 pr. D. 20, 5, l. 4. 7 C. 4, 24. Dernburg S. 140. Scheurl kr. VJS. IV S. 44 sucht die Vermittelung dieser Ausdehnung darin, daß auch in der Verpfändung durch bloße Beredung eine Leistung an den Schuldner liege, die Verschaffung des dinglichen Pfandrechts, weßwegen auch sie Realvertrag sei. Diese Auffassung würde zu der Consequenz führen, daß die Verpfändung ohne Besitzübergabe zwischen den Parteien nur dann obligatorische Verpflichtungen erzeuge, wenn sie wirklich ein dingliches Pfandr. begründet. Stölzel a. a. O. nimmt, wie es scheint, keine spätere Entwickelung an, sondern hält es für das ursprüngliche R., daß die Verpfändung als solche die actiones pigneraticiae begründe. Aber woher hätte das ältere r. R. eine actio nehmen sollen, da weder Real- noch Consensualvertrag, weder Verbal- noch Literalvertrag vorlag? Gegen die spätere Entwickelung auch Brinz Pand. 2. Aufl. II § 318 [2]. Schmid a. a. O. (namentlich S. 74. 81 fg.) leugnet es ganz, daß der Pfandvertrag jemals für die Römer aufgehört habe, Realvertrag zu sein. Geib a. a. O. S. 6. Ders. Sav.-ZS. VIII S. 151 fg.

[5] L. 11 § 5 D. 13, 7, l. 34 D. 39, 2, l. 5 § 21 D. 36, 4. In der letzten Stelle ist von einer utilis actio exemplo pigneraticiae actionis die Rede, in den beiden ersten von pigneraticia actio schlechthin. Dieß Letztere erklärt sich daraus, daß in dem Fall, von welchem diese Stellen handeln (Pfandr. des Vermiethers an dem Eingebrachten), die Vorstellung der tacita pignoris conventio über die Schwierigkeit hinweghalf.

[6] Das im Text bezeichnete Verhältniß macht es schwierig, der Lehre von den obligatorischen Verpflichtungen aus der Verpfändung ihren Platz im System anzuweisen. Will man sie nicht, wie das Dernburg (vgl. auch Pand. I § 286) und Sintenis thun, in die Lehre vom dinglichen R. stellen, was doch auch sein Mißliches hat, so scheint es mir immer noch am zweckmäßigsten, dieser Lehre ihren hergebrachten Platz unter den Realverträgen zu lassen.

[1] Die actio pigneraticia ist bonae fidei actio, § 28 I. 4, 6, l. 6 C. 4, 24, l. 36 D. 15, 1. § 382.

[1a] S. außerdem z. B. l. 6 D. 13, 7. (Vorzeigung der Pfandsache, wenn der Eigenthümer will). Dernburg II S. 7. 8. Ueber l. 43 pr. D. 13, 7 s. Unterholzner S. 864 [a], Dernburg S. 152, Schmidt S. 86.

Digitized by Google

sache[3], nach Tilgung der Schuld[4] oder sonstiger Beendigung des Pfandrechts[5]. Ist die Verpfändung unter einer Bedingung oder Voraussetzung geschehen, so kann die Pfandsache zurückgefordert werden, sobald der Ausfall der Bedingung oder Voraussetzung feststeht[6]. Ist die Verpfändung irrigerweise für eine Nichtschuld gemacht worden oder ist sie aus einem andern Grunde für den Verpfänder nicht bindend, so kann dieser sofort zurückfordern[7]. Durch Berufung auf sein Eigenthumsrecht kann sich der Empfänger der Rückgabeverpflichtung nur dann entziehen, wenn dasselbe von dem Verpfändenden nicht bestritten worden ist[7a]. — Kann der Gläubiger die Pfandsache nicht zurückgeben, so haftet er wegen Arglist und Nachlässigkeit — wegen Zufalls nur dann, wenn es ausgemacht worden ist[8], oder im Fall der Unterschlagung[8a]. Hat der Pfandgläubiger, von seinem

[2] Auf sie geht die actio pigneraticia directa. — Haftung des Dritten, dem der Empfänger weiter verpfändet hat, l. 2 C. 8, 28 [24], c. 6 X 3, 21. Geib S. 44 fg. Haftung des Cessionars, dem das Pfand übergeben worden ist. Geib S. 48. Vgl. § 316 [7].

[3] Mag die Pfandsache ihm sofort bei der Verpfändung übergeben worden, oder mag sie später in seinen Besitz gekommen sein.

[4] L. 9 § 3. l. 40 § 2 D. 13, 7, l. 11 C. 4, 24. Nicht gegen Anbieten der Tilgung. Sf. XVII. 119, XXVII. 212, XXXVII. 191, XXXVIII. 304, vgl. 308. Bähr kr. VJS. XXVIII S. 415: Zug um Zug. — Nimmt der Gläubiger die angebotene Erfüllung nicht an, so muß der Schuldner deponiren, l. 10. 12 C. 4, 24, l. 12 C. 4, 31, l. 20 C. 8, 13 [14], l. 3 C 8, 30 [31]. Im früheren r. R. war Deposition nicht erforderlich, l. 20 § 2. l. 9 § 5 D. 13, 7, l. 6 § 1 D. 20, 6, l. 1 pr. § 4 D. 43, 32. Sf. XXXIV. 185 und Citat. das. Vgl. auch das. XXXV. 18.

[5] L. 9 § 3. 5. l. 10 D. 13, 7 (vgl. l. 6 § 1 D. 20, 6), l. 11 pr. — § 2 D. 13, 7. — Ueber das Retentionsr., welches dem Gläubiger für den Fall zusteht, wo er noch andere Forderungen gegen den verpfändenden Schuldner hat, s. I § 234 [1]. — Geltendmachung des Anspruchs auf Rückgabe des Pfandes durch Retention gegenüber der Forderung aus der Hauptschuld? Sf. XXVII. 212.

[6] L. 11 § 2 D. 13, 7.

[7] L. 25 D. 20, 1; vgl. l. 32 § 1 D. 16, 1. S. auf der anderen Seite l. 9 § 4. l. 22 § 2 D. 13, 7.

[7a] Auch hier, wie beim Leihvertrag (§ 375 [3a]) muß die Analogie der l. 25 C. 4, 65 entscheiden.

[8] § 4 I. 3, 14, l. 13 § 1. l. 14 D. 13, 7, l. 5—9 C. 4, 24, l. 9 § 5 D. 42, 5, l. 23 D. 50, 17, l. 19 C. 8, 13 [14]. In Betreff von l. 18 pr. i. f. D. 13, 6 s. § 375 [9]. S. noch l. 15. l. 24 § 3. l. 30. l. 43 § 1 D. 13, 7, l. 34 D. 39, 2, l. 14 § 16 D. 47, 2. Jedenfalls muß der Gläubiger herausgeben, was er statt der Pfandsache in Händen hat, § 264 [6]. So auch, wenn er die Pfandsache nie besessen hat, l. 21 § 3 D. 20, 1. — Baron ACPra. LII S. 76 fg. nimmt Verhaftung für custodia im technischen Sinn des Wortes an. Vgl. § 264 [9 lit. f.] und Pernice Labeo II S. 356.

[8a] Vgl. 357 [10a].

Digitized by Google

Pfandrechte Gebrauch machend, die Pfandsache verkauft, so haftet er nur auf Herausgabe des Ueberschusses[9]; aber auch auf Entschädigung, wenn er durch seine Schuld nicht den höchsten Preis erzielt hat[10]. — Mit der Pfandsache muß der Pfandgläubiger den von der Sache gezogenen Gewinn herausgeben[11]; hat er durch seine Schuld von der Pfandsache nicht denjenigen Gewinn gezogen, welchen sie ihrer Natur nach zu bringen im Stande war, so haftet er auf Ersatz[12].

2. Möglicherweise kann aus der Verpfändung auch eine Verpflichtung des Verpfänders zu Gunsten des Pfandgläubigers hervorgehen, welche dieser durch besondere Klage[13] oder auch, so weit die Sachlage es gestattet, retentionsweise (§ 351 Ziff. 3) geltend machen kann. So ist der Verpfänder namentlich verpflichtet zum Ersatz von Verwendungen, welche der Pfandgläubiger auf die Pfandsache gemacht hat, vorausgesetzt daß dieselben nothwendig waren oder sonst im Interesse des Verpfänders lagen[14]; zur Abnahme der Verpflichtungen, welche der Pfandgläubiger im Interesse der Erzielung eines angemessenen Pfandverkaufes übernommen hat[15]; zum Ersatz des Schadens, welchen die Pfandsache in Folge seiner Arglist oder seiner Nachlässigkeit dem Pfandgläubiger verursacht hat[16]; zur Rückgabe der

---

[9] L. 42. l. 6 § 1. l. 7. l. 24 § 2 D. 13, 7, l. 20 C. 8, 27 [28].

[10] S. I § 237 [12].

[11] L. 22 § 2 D. 13, 7 (über die Worte „proderit igitur ei quod creditor bona fide possessor fuit" Geib S. 15 fg.), l. 6 § 1 eod., l. 1 C. 4, 24. Er kann sich jedoch diesen Gewinn vorher auf seine Forderung anrechnen, und gemäß der Regel (§ 327 [7]) braucht er überhaupt nur denjenigen Gewinn herauszugeben, welchen die zu leistende Sache selbst gewährt, nicht denjenigen, zu welchem sie bloß Veranlassung gegeben hat. So behält er namentlich die Finderhälfte von dem auf dem verpfändeten Grundstück gefundenen Schatz, l. 63 § 4 D. 41, 1. L. 21 § 2 D. 20, 1 erklärt sich aus dem § 327 zu [5] bezeichneten Gesichtspunkt. S. noch l. 22 pr. i. f. § 1 D. 13, 7, l. 74 D. 46, 3, l. 80 [79] D. 47, 2 (l. 46 D. 50, 17). Vgl. Dernburg S. 143 fg. — Gegen die Regel des § 327 [12] muß der Pfandgläubiger den Ertrag der actio furti selbst dann herausgeben oder berechnen, wenn er für das furtum einzustehen hat, l. 22 pr. D. 13, 7, l. 15 pr. D. 47, 2. S. darüber Jhering Abhandl. S. 79. 74, Mommsen Erörter. I S. 95, Dernburg S. 147 fg.

[12] L. 3 C. 4, 24, l. 2 C. 8, 24 [25]. S. aber auch l. 6 § 1 D. 13, 7.

[13] Actio pigneraticia contraria.

[14] L. 8 pr. D. 13, 7, l. 7 C. 4, 24, l. 6 C. 8, 13 [14], l. 29 i. f. D. 10, 2; l. 25 D. 13, 7.

[15] L. 22 § 4 D. 13, 7.

[16] Die Verhaftung wegen Nachlässigkeit folgt aus dem Principe, da man nicht sagen kann, daß „nulla utilitas versatur eius qui pignori dedit" (l. 5 § 2 D. 13, 6). S. § 265 [12]. Ueber l. 62 [61] § 3 D. 47, 2 s. Dernburg

Digitized by Google

ihm einstweilen zum Besitze überlassenen Pfandsache, oder zur Herausgabe derselben, wenn der Pfandgläubiger nicht von vorn herein in den Besitz gesetzt worden ist[17]; zum Ersatz des Schadens, welchen die in seinem Besitz gebliebene Pfandsache durch seine Arglist oder seine Nachlässigkeit erlitten hat[17a]; zur Hingabe einer anderen Pfandsache, wenn die hingegebene sich untauglich erweist oder nicht die zugesagten Eigenschaften hat[18].

[§ 68. s. I S. 1073, 2. S. 1060 fg. 1068 fg. bes. unter 5. 6, b. S. 1081 fg.]

5. Der Trödelvertrag*.

§ 383.

Wenn Jemand einem Andern etwas zum Verkaufe übergibt[1], so kann das Geschäft, welches er mit ihm abschließt, ein Auftrag sein[2], oder ein Miethvertrag[3], oder ein miethähnlicher Vertrag[3a],

---

S. 162 und die das. Citirten. Ist derjenige, dem eine Lebensversicherungspolize zum Faustpfand gegeben worden ist, zur rechtzeitigen Zahlung der Prämie verpflichtet? Nein: Sf. XLIII. 8.

[17] L. 3. l. 22 § 3 D. 13, 7. Dernburg S. 168.

[17a] Sf. XXXVII. 99.

[18] L. 9 pr. l. 16 § 1. l. 32 D. 13, 7, l. 6 C. 8, 15 [16], l. 1 § 2 D. 13, 7, l. 54 D. 46, 1.

* Dig. 19, 3 de aestimatoria. — Chambon Beiträge zum Obligationenr. I S. 1—110 (1851). Brinz kr. Bl. Nr. 1 (1852). Lipp Beitrag zur Lehre vom Trödelcontract (1880). Wendt Jahrb. f. Dogm. XXII S. 377 fg. (1884). Bechmann Kauf II S. 409 fg. (1884). Glück XVIII S. 61—65; Unterholzner II § 488, Sintenis II § 117. Friedrichs Trödelvertrag und Conditionsvertrag. Bresl. Inaug.-Diss. 1890. [Wohlfarth der Trödelvertrag. Gött. Diss. 1890. Cohn der Trödelvertrag nach gem. R. Berl. Diss. 1890. Liebert Beiträge zur Lehre vom contractus aestimatorius. Berl. Diss. 1890. Koch die rliche Natur des Trödelvertrages. Straßb. Diss. 1892. Arnold über den Trödelvertrag und insbes. sein Verhältniß zur Verkaufscommission. Erl. Diss. 1895/6. Schneemann zur Lehre von der Entwickelung und der Natur des contractus aestimatorius. Erl. Diss. 1897. Hirschberg der contractus aestimatorius und seine Beziehungen zum buchhändlerischen Conditionsgeschäft und zur Verkaufscommission. Gött. Diss. 1897.]

§ 383. [1] — „cum vendenda res . . datur“ l. 1 pr. D. 19, 3.

[2] Wenn der Verkauf im Interesse des Hingebenden geschehen soll, und der Empfänger für seine Bemühung nicht bezahlt wird. L. 1 pr. D. 19, 3: — „an mandati“?

[3] Wenn eine Bezahlung für die Dienstleistung des Empfängers verabredet wird. Dabei ist noch der Unterschied möglich, daß als dasjenige, wofür der Empfänger die Bezahlung empfangen soll, entweder die Dienstleistung als solche gedacht wird (locatio conductio operarum), oder der zu Stande gebrachte Verkauf (locatio conductio operis). L. 1 pr. D. 19, 3: — „an ex locato, quasi rem vendendam locasse videor? an ex conducto, quasi operas con-

Digitized by Google

oder ein Gesellschaftsvertrag[4]; es kann aber auch sein, daß das Geschäft in keinem dieser Verträge aufgeht. Dieß ist namentlich[5] dann der Fall, wenn die Sache unter Festsetzung des Preises mit der Bestimmung hingegeben wird, daß der Empfänger unter allen Umständen frei sein solle, wenn er diesen Preis zurückgebe[6]. In diesem Falle spricht man von einem Trödelvertrag[7]. Die Verpflichtungen aus dem Trödelvertrag stehen unter freiem richterlichen Ermessen[8]. Vor Allem ist der Empfänger verpflichtet, entweder die Sache zurückzugeben oder den bedungenen Preis[9]; jedoch ist er in dem Falle, wo das Geschäft nicht in seinem Interesse abgeschlossen worden ist, von aller Verpflichtung frei, wenn ihm die Rückgabe der Sache ohne seine Schuld unmöglich geworden ist, während er wegen

---

duxissem"? — Ein Miethvertrag ist deßwegen nicht weniger vorhanden, weil die Höhe der Bezahlung von dem Betrage des zu erzielenden Kaufpreises abhängig gemacht wird; nicht einmal das schadet, daß von der Höhe des zu erzielenden Kaufpreises abhängig gemacht wird, ob überhaupt eine Bezahlung erfolgen soll (§ 399 a. E.). Deßwegen wird auch dadurch ein Miethvertrag nicht ausgeschlossen, daß ausgemacht wird, daß der Empfänger behalten dürfe, was er über einen bezeichneten Betrag hinaus für die Sache erzielen werde.

[3a] Wenn die Gegenleistung des Hingebenden nicht in Geld besteht.

[4] Der Eine schießt die Sache ein, der andere seine Bemühung. L. 44 D. 17, 2. „Si margarita tibi vendenda dedero, ut, si ea decem vendidisses, redderes mihi decem, si pluris, quod excedit, tu haberes, mihi videtur, *si animo contrahendae societatis id actum sit*, pro socio esse actionem, si minus, praescriptis verbis". Vgl. l. 13 D. 19, 5.

[5] S. außerdem l. 11 pr. D. 12, 1. Es gibt Jemand einem Andern eine Sache, um sie zu verkaufen, und den Kaufpreis als Darlehn zu behalten. Der Vertrag ist nicht Auftrag, weil der Empfänger nur das R. zum Verkauf erhalten, nicht zum Verkauf verpflichtet werden soll.

[6] In diesem Falle braucht der Empfänger gar nicht zu verkaufen; er kann die Sache sogleich für sich behalten. Dieß hat l. 1 pr. D. 19, 3 im Auge, wenn sie fragt: „utrum ex vendito sit actio propter aestimationem"?

[7] S. g. contractus aestimatorius. Die Quellen sprechen nur von actio aestimatoria. Sie ist actio praescriptis verbis. Ueber den Gegensatz dieses Vertrages zu anderen Verträgen vgl. zu dem im Vorhergehenden Gesagten: Chambon S. 9 fg. 92 fg., Brinz S. 1 fg., Sintenis [2], Grünhut Verkaufscommission S. 50, Bechmann S. 413, Friedrichs S. 21 fg. Ob Real- oder Consensualvertrag? Brinz S. 18 fg., Chambon S. 42 fg., Unger Jahrb. f. Dogm. VIII S. 18 fg., Bechmann S. 412. Sf. XXIX. 124, XXXIV. 36. — Ueber den Text in l. 1 pr. D. 19, 3 vgl. die Citate in § 384a [2].

[8] Die actio aestimatoria ist actio bonae fidei. L. 1 pr. D. 19, 3, § 28 I. 4, 6.

[9] Ist eine Frist bestimmt, binnen welcher die Sache zurückgegeben werden soll, so darf der Empfänger nach Ablauf derselben nur noch den Preis leisten. Sf. XI. 144.

Digitized by Google

Nachlässigkeit immer haftet[10]. Ob der Empfänger verpflichtet ist, sich um einen günstigen Verkauf zu bemühen und Schadensersatz zu leisten, wenn er in dieser Beziehung etwas versieht, hängt von dem Sinn des Geschäfts ab; im Zweifel wird allerdings anzunehmen sein, daß die Parteien diese Verpflichtung gewollt haben, es müßte denn die Hingabe zum Verkauf lediglich im Interesse des Empfängers geschehen sein[11]. Sofortiger Eigenthumsübergang auf den Empfänger darf im Zweifel nicht als gewollt angenommen werden[12]. Daß neben dem Vortheil, welchen der Empfänger durch Verkauf um höheren Preis zu erzielen hofft, noch ein besonderer Lohn festgesetzt ist, welchen er jedenfalls erhalten soll, ändert an der Natur des Geschäfts nichts[13.14].

[Das BGB. hat den Trödelvertrag nicht geregelt. Seine Motive (II S. 517) verweisen auf die Rechtsnormen über Auftrag, Kauf, Verkaufscommission, Dienst- und Werkvertrag und Gesellschaftsvertrag, verbunden mit dem im Einzelfalle zu ermittelnden Parteiwillen.]

---

[10] L. 1 § 1 D. 19, 3 sagt schlechthin: „Aestimatio autem periculum facit eius, qui suscepit; aut igitur ipsam rem debebit incorruptam reddere, aut aestimationem, de qua convenit". Dagegen l. 17 § 1 D. 19, 5: „si quidem ego te venditor (vgl. Huschke ZS. f. CR. u. Pr. N. F. IV. S. 285) rogavi, meum esse periculum; si tu me, tuum; si neuter nostrum, sed duntaxat consensimus, teneri te hactenus, ut dolum et culpam mihi praestes". Uebereinstimmend Paul. sentent. II, 4 § 4; vgl. auch l. 11 pr. l. 4 pr. D. 12, 1. Ueber die verschiedenen Meinungen s. Chambon S. 57 fg., Brinz S. 37 fg., Mommsen Beiträge I S. 280. 281, Sintenis S. 643, Emmerich ACPra. LXI S. 277 fg., Lipp S. 23 (welcher l. 17 § 1 D. 19, 5 und die Stelle des Paulus von dem Fall versteht, wo der ganze gelöste Kaufpreis herausgegeben werden soll), Wendt S. 385 fg., Dernburg II § 120 [8], Ryk Schuldverhältnisse S. 399. [Glum über die Gefahr beim Trödelvertrage nach r. Re. Berl. Diss. 1893.]

[11] Vgl. Brinz S. 9. A. M. Friedrichs S. 11 fg. und die daselbst Citirten, Dernburg II § 120 [5].

[12] Vgl. l. 5 § 18 D. 14, 4. Chambon S. 68 fg., Brinz S. 34 fg., Leist Mancipation und Eigenthumstradition S. 239—254, Bekker kr. VJS. IX S. 254 fg. Vgl. auch Wolff APraktRW. N. F. II S. 335 fg. A. M. Wendt S. 393 fg. wegen l. 26 pr. D. 19, 5 nach der Ergänzung der Mommsen'schen Ausgabe.

[13] L. 2 D. 19, 3. „Haec actio utilis est et si merces intervenit". Vgl. Brinz S. 6 fg.

[14] Ueber das buchhändlerische Conditionsgeschäft vgl. O. Wächter ZS. f. HR. II S. 479 fg., Buhl das. XXV. S. 142 fg., Weidling das buchhändlerische Conditionsgeschäft, Berlin 1885 (darüber Centralbl. f. RW. IV S. 373 fg.), Friedrichs a. a. O. [Dernburg II § 120 [10].]

Digitized by Google

6. Uebernahme von Sachen durch Schiffer, Gast- und Stallwirthe*.

§ 384.

Schiffer[1], Gast- und Stallwirthe[2] haften für die Sachen, welche sie in Ausübung ihres Gewerbes[3] bei sich aufnehmen[4], mit beson-

---

* S. g. receptum nautae cauponis stabularii. Dig. 4, 9 nautae caupones stabularii ut recepta restituant. — C. F. Müller über die de recepto actio und deren analoge Ausdehnung auf die Postanstalten S. 1—38 (2. Aufl. 1857). Goldschmidt ZS. f. HR. III S. 58 fg. 331 fg. (1860). Harder ZS. f. CR. u. Pr. N. F. XVIII S. 221 fg. (1861). v. Wyß Haftung für fremde Culpa S. 79—83 (1867). Weis APraktRW. N. F. V S. 280 fg. 337 fg. (1868). Glück VI S. 106—144. Unterholzner II § 694. 695. Sintenis II § 120. Holzschuher III § 302. [[Sturm die Haftpflicht der Gastwirthe nach r. R., nach dem E. d. BGB. und nach dem ALR. 1892.]] [Eschenburg die Rstellung der Wirthe nach dem heutigen Privatre. Gött. Diss. 1899. S. 20 fg.]

[1] Unter „Schiffer" wird hier derjenige verstanden, welcher für eigene Rechnung mit einem Schiffe Frachtschifffahrt betreibt. L. 1 § 2 D. 4, 9. „Nautam accipere debemus eum qui navem exercet". L. 1 § 15 D. 14, 1. „Exercitorem autem eum dicimus, ad quem obventiones et reditus omnes perveniunt, sive is dominus navis sit, sive a domino navem per aversionem conduxit vel ad tempus vel in perpetuum". Auch Floßschiffer gehören hierher, l. 1 § 4 D. 4, 9. (Ueber die lintrarii dieser Stelle s. Brissonius s. v. lyntrarii.) § 384.

[2] L. 1 § 5. l. 5 pr. D. 4, 9. Vgl. Harder S. 227, Weis S. 229 fg. Begriff der „Beherbergung": Sf. XXXI. 233.

[3] L. 3 § 2 D. 4, 9. Weis S. 306 fg. Sf. XVII. 42, vgl. II. 293. Vgl. übrigens Kuntze zu Holzschuher a. a. O. Nr. 1a.

[4] L. 1 pr. D. 4, 9. „NAUTAE CAUPONES STABULARII QUOD CUIUSQUE SALVUM FORE RECEPERINT NISI RESTITUENT IN EOS IUDICIUM DABO". Das „salvum fore recipere" hat vielleicht ursprünglich eine ausdrückliche Garantieübernahme bezeichnet, ist aber jedenfalls später von einfacher factischer Uebernahme verstanden worden. L. 1 § 6. 8 D. 4, 9. Goldschmidt S. 97 fg., Bekker Sav.-ZS. III S. 7. [[Dagegen Ude Sav.-ZS. XII S. 66 fg.: „das receptum nautarum ein pactum praetorium". Der nauta haftet aus einem von ihm gegebenen Versprechen salvum fore Ebenso Sturm. Gegen jede Annahme eines Vertrages Baron ACPra. LXXVIII S. 237 fg. Recipere habe immer nur den Sinn des Aufnehmens gehabt. Ebenso Dernburg II § 39 [8].]] [Lenel Sav.-ZS. XIII S. 403 [1]: vielleicht Uebernahme der Haftung durch Aufschrift außen an dem Gasthof.] Specielle Ueberweisung an den Schiffer u. s. w. ist nicht erforderlich; es genügt, daß die Sachen mit Wissen des Schiffers 2c. oder der zu seiner Vertretung Befugten in das Schiff 2c. gebracht worden seien. L. 1 § 8. l. 3 pr. D. 4, 9. Weis S. 314 fg. 347 fg. 353 fg. 357 fg. Sf. XXII. 145 Nr. 1, XXIV. 32, XXXV. 205. 206. Vgl. übrigens auch das. VII. 40, XXXII. 46, ferner Sintenis Anm. [8] und Text dazu. Von der andern Seite ist, wenn eine specielle Ueberweisung stattgefunden hat, nicht erforderlich, daß die Sachen in den betreffenden Raum eingebracht worden seien, l. 3 pr. D.

Digitized by Google

derer Strenge[5]. Sie stehen nämlich nicht bloß für Nachlässigkeit ein, sondern außerdem für jeden Verlust und jede Beschädigung, welche durch eine specielle persönliche Beaufsichtigung der Sachen hätte vermieden werden können; unterlassen sie eine solche Beaufsichtigung, so thun sie das auf eigene Gefahr[6]. Im Uebrigen kann der mit ihnen

---

4, 9. Weis S. 313 fg. Sf. I. 67. — Mehrfach wird behauptet, daß die strengere Haftung des Schiffers sich bloß auf die von einem mitreisenden Fahrgast eingebrachten Sachen beziehe, nicht aber auf Waaren, welche allein verschickt werden, so noch zuletzt Harder S. 222 fg., Sf. XIII. 251; dagegen Müller S. 10, Goldschmidt S. 62, Weis S. 338 fg. Weder die Fassung des prätorischen Edicts (s. ob.), noch die demselben von der römischen Jurisprudenz gegebene Auslegung schließt den letzteren Fall aus.

[5] Nach einer Vorschrift des prätorischen Edicts, l. 1 pr. D. 4, 9. (4). L. 1 § 1 eod. „Maxima utilitas est huius edicti, quia necesse est plerumque eorum fidem sequi et res custodiae eorum committere. Ne (neve) quisquam putet, graviter hoc adversus eos constitutum; nam est in ipsorum arbitrio, ne quem recipiant, et nisi hoc esset statutum, materia daretur cum furibus adversus eos, quos recipiunt, coeundi, cum ne nunc quidem abstineant huiusmodi fraudibus.“ L. 3 § 1 D. eod.: — „ut innotesceret praetor curam agere reprimendae improbitatis hoc genus hominum“. Aus l. 1 § 1 cit. zu schließen, wie Harder S. 229 thut, daß die prätorische Vorschrift keine Anwendung finde, wo die Aufnahme obligatorisch sei, ist nicht gerechtfertigt. Man hat auch wohl die römische Vorschrift für heutzutage überhaupt unanwendbar erklären wollen, weil der in den vorstehenden Stellen den genannten Personen gemachte Vorwurf der Schlechtigkeit (vgl. Goldschmidt S. 355 [135], Weis S. 386 fg.) heutzutage nicht mehr zutreffend sei. S. darüber Goldschmidt S. 340 fg. — Ueber den scheinbaren oder wirklichen, jedenfalls das Civilr. nicht berührenden, Widerspruch zwischen l. 1 § 1 cit. und l. 1 § 6 D. 47, 5 s. namentlich Vangerow III § 648 Anm. 1, wo auch die Literatur angegeben ist. Vangerow's Erklärung scheint Emmerich ZS. f. CR. u. Pr. N. F. XVIII S. 120 fg. unbekannt geblieben zu sein. [Hemmer die rliche Stellung des Gastwirths zum Publicum. Erl. Diss. 1895. S. 13 fg.]

[6] Das Edict (4) sprach unbedingte Haftverbindlichkeit des Aufnehmenden aus; jede Beschränkung derselben muß also auf dem Wege der exceptio geltend gemacht werden, l. 3 § 1 i. f. D. 4, 9. Die Beschränkung der unbedingten Haftverbindlichkeit des Uebernehmenden wird nun in unseren Quellen näher dahin bestimmt, daß derselbe nicht für „damnum fatale“, „vis maior“, hafte, l. 3 § 1 cit. Wie unterscheidet sich aber hiernach seine Verhaftung von einer Verhaftung, welche über culpa nicht hinausgeht, während es doch ausdrücklich heißt (l. 3 § 1 cit.): „omnimodo qui recepit tenetur, etiamsi sine culpa eius res periit vel damnum datum est“? Auf die Lösung des „Räthsels“ (Goldschmidt S. 93) führt die Erwägung, daß von dem Uebernehmenden in den Quellen abwechselnd gesagt wird, er trage das periculum rei, und er hafte für custodia oder trage das periculum custodiae (l. 1 § 8. l. 4 pr. l. 5 pr. D. 4, 9, l. 14 § 17 D. 47, 2, l. 1 § 4 D. 47, 5). Custodia aber bezeichnet nicht bloß diligentia in custodiendo (§ 265 [2]), sondern auch eine an und für sich über die Pflichten eines ordentlichen Mannes hinausgehende, specielle Beaufsichtigung und Bewachung (§ 264 [9 lit. f]). Der Uebernehmende wird also behandelt, wie Jemand,

Digitized by Google

abgeschlossene Vertrag einen sehr verschiedenen Inhalt haben; namentlich ist es nicht nothwendig, daß dem Uebernehmenden ein

---

der specielle custodia ausdrücklich versprochen hat, und diese Gleichstellung findet sich auch wirklich in l. 14 § 17 i. f. D. 47, 2. Der Uebernehmende haftet daher namentlich unbedingt wegen Entwendung und Beschädigung nicht bloß seiner Dienstleute und der Passagiere (l. 1 § 8. l. 2. l. 3 pr. D. 4, 9), sondern auch dritter Personen (vgl. l. 5 § 1 D. 4, 9), vorausgesetzt daß die Entwendung oder Beschädigung nicht mit einer Gewalt ausgeführt worden ist, welche sich auch durch eine specielle Beaufsichtigung nicht würde haben abwenden lassen (l. 31 pr. D. 19, 1: — „custodia adversus vim parum proficit", l. 41 D. 19, 2: „sive custodiri potuit, ne damnum daretur"). — Ueber den Begriff der „vis maior", der „höheren Gewalt" wird lebhaft gestritten. Die beiden bedeutendsten Arbeiten sind die von Goldschmidt a. a. O. S. 93 fg. 112 fg. 369 und von Exner Grünh. ZS. X S. 497 fg. (auch besonders erschienen u. d. T.: der Begriff der höheren Gewalt im röm. und heutigen Verkehrsr. Wien 1883). Dazu die Anzeige von Hölder kr. VJS. XXVI S. 531 fg. S. außerdem: Weis a. a. O. S. 361 fg. Baron ACPra. LII S. 50 fg. 92 fg. [[LXXVIII S. 287 fg. 306]], Pernice Labeo II S. 347 fg., Dernburg Preuß. Privatr. II § 69 und in Grünh. ZS. XI S. 335 fg., Pand. II § 39, Brinz 2. Aufl. II S. 272. 275. 276, Eger Frachtr. II S. 238, Thöl Handelsr. III § 27, Schott in Endemann's Handb. des Handelsr III S. 44 fg., Attenhofer Rgutachten i. S. der Gotthardbahn. Luzern 1884, Huber zum Begriff der höheren Gewalt. Berner Diss. 1885. Nachzutragen: Häbler die Haftpflicht ex recepto nach k. Sächsischem und Reichsr. (1884). Seit der 6. Auflage sind ferner erschienen: Hafner über den Begriff der höheren Gewalt im deutschen Transportr. (1886), Bähr kr. VJS. XXVIII S. 405 fg. (1886) [= Ges. Aufs. I S. 297 fg.], Scholten Overmacht Groninger Diss. (1886), v. d. Leyen ZS. f. HR. XXXIII S. 428 fg., Engelmann die custodiae praestatio nach r. R. S. 141 fg. (1887), Stucki über den Begriff der höheren Gewalt. Berner Diss. (1888), Bruckner die custodia nebst ihrer Beziehung zur vis maior nach r. R. S 253 fg. (1889). Es handelt sich um folgende Gegensätze. 1) Nach der herrschenden (von den Einzelnen noch in verschiedener Weise formulirten) Ansicht ist höhere Gewalt jedes Ereigniß, welches der Uebernehmer auch mit der äußersten, peinlichsten Sorgfalt nicht hätte abwenden können Dabei wird entweder gelehrt, daß der Uebernehmer zur Anwendung dieser Sorgfalt verpflichtet sei, oder aber, daß er, obgleich zur Anwendung dieser Sorgfalt nicht verpflichtet, ihre Anwendung auf seine Gefahr unterlasse. Doch tritt dieser Gegensatz nicht bei allen Schriftstellern in voller Schärfe hervor. 2) Die hier vertretene Auffassung steht, unter Leugnung der Verpflichtung zur Anwendung einer über die diligentia boni patrisfamilias hinausgehenden Sorgfalt, auf dem Boden der bei 1 bezeichneten Auffassung; sie versucht nur dasjenige, was der Uebernehmer auf seine Gefahr unterläßt, im Anschluß an die Quellen näher zu bestimmen. 3) Nach Exner, dem Attenhofer, Hafner, Scholten zustimmen, gehört zum Begriff der höheren Gewalt ein Zweifaches: a) daß das schädigende Ereigniß die im ordentlichen Laufe des Lebens zu gewärtigenden Zufälle augenscheinlich übersteige, und b) daß es nicht „im Betriebskreise" des Uebernehmers eingetreten sei. Der Grundgedanke, von dem aus Exner zu diesem Resultat gelangt, ist: höhere Gewalt ist dasjenige Ereigniß, welches den Verdacht der Schuld des Uebernehmers prima facie ausschließt („Liquidität des Sachverhaltes zu Gunsten des Ueber-

Digitized by Google

Entgelt versprochen worden sei[7]. Die strenge Verhaftung des Uebernehmenden kann durch Vertrag der Parteien ausgeschlossen werden[8].

---

nehmers, S. 55; „Klarheit des Sachverhaltes bei überwiegender Wahrscheinlichkeit der Unschuld", S. 83). Die Aufstellung Exner's führt zu einer außerordentlichen Steigerung der Verhaftung des Uebernehmers, wie denn Exner den Uebernehmer z. B. auch dann haften läßt, wenn der von ihm angestellte Locomotivführer vom Schlage getroffen wird oder das von ihm befrachtete Schiff durch eine s. g. Thomasuhr zu Grunde geht. Exner hat nicht bewiesen, daß seine Auffassung die der Quellen sei; de lege ferenda ist sie äußerlich bedenklich. — Aus der Praxis: Sf. II. 49. 180, IV. 113. 114, VIII. 48, XIII. 54 (225), XVIII. 43, XXII. 145 Nr. 2. 3, XXIV. 266, XXV. 109, XXVIII. 56. 57, XXXV. 182, XXXVI. 180. Gerth (§ 264 [9]) S. 75—104. (Es gibt keinen technischen Begriff von vis maior; vis maior ist = casus, aber aus besonderen Gründen wird in besonderen Fällen die Haftung des Schuldners in besonders bestimmter Weise gesteigert; der nauta u. s. w. haftet ohne Schuld nur für Diebstahl und Beschädigung seiner Leute und der Passagiere. Dieß ist auch der allein richtige gesetzgeberische Standpunkt. [[Sturm: Verpflichtung zur persönlichen Bewachung. Ueber Bruckner und Gerth: Biermann Sav.-ZS. XII S. 33 fg. Biermanns eigene Ansicht: alles was sich durch Bewachung nicht abwenden läßt, S. 48. 60, also wie hier. Hölder Gött. gel. Anz. 1892 S. 145 fg. 1) Receptum: Haftung für die Personen und Sachen, durch welche und mit welchen der nauta u. s. w. sein Geschäft betreibt, für Mitreisende, 2) Haftpflichtges.: Haftung wegen der Schäden, die in der besonderen Beschaffenheit des Betriebes ihren Grund haben. — XXII. Juristentag, Gutachten v. Gelpcke I S. 348 fg.: der Begriff der höheren Gewalt für die Gesetzgebung unbrauchbar, Gutachten von v. Schey II S. 41 fg.: im Princip ebenso.]] [Ebenso der Juristentag selbst B. IV S. 104 fg. 416. S. auch weitere Nachträge § 264 [9]; ferner: M. Rümelin der Zufall im R. Freib. und Leipzig 1896. S. 25 fg., Bigenwald über die Begriffe casus und vis maior. Erl. Diss. 1897, Weinand die höhere Gewalt im neueren Reichsr. Erl. Diss. 1897, Berding Gesetzliche Haftung für technische custodia nach den Theorien von Baron und Bruckner. Hall. Diss. 1898.]

[7] L. 3 § 1. l. 6 pr. D. 4, 9. Der mit dem Uebernehmenden abgeschlossene Vertrag kann nach seinem sonstigen Inhalt sein: Miethvertrag (l. 3 § 1 cit.), unbenannter Vertrag (wenn die Gegenleistung des Einbringenden nicht in Geld besteht), Hinterlegung (l. 3 § 1 cit.), Auftrag. Daraus ergibt sich eine Schwierigkeit für die Einordnung der Lehre vom receptum in's System. Es bietet sich eine doppelte Möglichkeit der Auffassung dar. Man kann sagen, der Inhalt der Lehre vom receptum sei nichts als eine gesetzliche Modification der in den vorgedachten Verträgen übernommenen Vertragspflicht. Hiernach wäre diese Lehre bei einem dieser Verträge (am Passendsten bei dem hier ohne Zweifel am häufigsten Platz greifenden Miethvertrag) vorzutragen, und bei den übrigen Verträgen auf sie zu verweisen. Man kann aber auch sagen, der Uebernehmende begründe durch die Uebernahme für sich eine Verbindlichkeit mit gewissem gesetzlich normirten Inhalt; im Uebrigen komme es auf die näheren Bestimmungen des Vertrages an, wozu er verpflichtet sei. Nach dieser Auffassung läßt sich das receptum, wie hier geschehen, unter die Realverträge stellen. Vgl. Müller S. 14, Goldschmidt S. 63 fg. S. 103 [79], Sintenis Anm. [1].

Digitized by Google

Durch die Gesetzgebung des neuen deutschen Reiches sind die vorstehenden Bestimmungen auf den gewerbmäßigen Landtransport ausgedehnt worden[9].

[Das BGB. hat die in Rede stehende strenge Haftung nur für die Gastwirthe (die gewerbsmäßig Fremde zur Beherbergung aufnehmen) beibehalten (701 fg.), nicht auch für bloße Stallwirthe. Auch die Haftung im Transportgeschäft zu Lande und zu Wasser ist von der neuesten Reichsgesetzgebung auf diejenige für Verschulden wiederum herabgesetzt. (Ges. betr. die privatrechtl. Verhältnisse der Binnenschifffahrt v. 15/6 1895 § 58, neues HGB. § 429, 606). Nur die Eisenbahnen haften noch bis zur höheren Gewalt (ausschließlich derselben) (HGB. § 456).

1. Die Haftung des Gastwirths gemäß §§ 701 fg. setzt voraus, daß ein Gast im Betriebe des Gewerbes aufgenommen, und daß eine Sache von ihm eingebracht ist (701 Abs. 1). Als eingebracht gelten nach § 701 Abs. 2 die Sachen, welche der Gast dem Gastwirth oder Leuten des Gastwirths, 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 hierzu bestimmten Ort gebracht hat. Alles

---

[8] Ein solcher Vertrag ist auch dann vorhanden, wenn der Uebernehmende im Voraus eine allgemeine öffentliche Erklärung über das Maß der Verhaftung, welche er auf sich zu nehmen gewillt sei, abgegeben hat, und der Einbringende seine Sachen in Kenntniß dieser Erklärung eingebracht, oder die eingebrachten nach erlangter Kenntniß nicht zurückgenommen hat. Vgl. l. 7 pr. D. 4, 9, welche Stelle allerdings unmittelbar nur von dem Strafanspruch gegen den Schiffer ꝛc. aus den Delicten seiner Leute handelt (Dig. 47, 5 furti adversus nautas caupones stabularios, s. § 454, 5). Vgl. Goldschmidt S. 331—339, Holzschuher a. a. O. Nr. 11, Weis S. 372—388. Sf. X. 162. — Hört die strenge Verhaftung des Gastwirths mit der Abreise des Reisenden auf? Gimmerthal APraktRW. N. F. II S. 116 fg., Weis S. 344 fg. vgl. S. 342 fg.

[9] Das HGB. stellt (Art. 390) den Wasser- und Landtransport (mit Einschluß der Eisenbahnen und Posten, Art. 421) gleich, und bestimmt für denselben (Art. 395. 607), daß der Frachtführer für jeden Verlust und jede Beschädigung hafte, sofern er nicht beweise, „daß der Verlust oder die Beschädigung durch höhere Gewalt (vis maior) oder durch die natürliche Beschaffenheit des Gutes, namentlich durch inneren Verderb, Schwinden, gewöhnliche Leckage u. dgl, oder durch äußerlich nicht erkennbare Mängel der Verpackung entstanden ist". Art. 400: „Der Frachtführer haftet für seine Leute, und für andere Personen, deren er sich bei der Ausführung des von ihm übernommenen Transportes bedient." Diese Bestimmungen können, was Eisenbahnen betrifft, durch Vertrag nicht abgeändert werden (Art. 423). S. auch das Gesetz über das Postwesen des deutschen Reichs vom 28/10 1871 § 6. — Auch vor der Reichsgesetzgebung wurde Ausdehnung der römischen Bestimmung auf den Landtransport für das heutige R. von Vielen behauptet. S. über diese Frage Goldschmidt S. 352 fg., Müller S. 39 fg., Kompe ZS. f. HR. XI S. 42—48, Stobbe III S. 395. [3. Aufl. (Lehmann) S. 355 fg.] und vgl. § 401 [9], Lehmann Sav.-ZS. IX S. 118 fg., welcher eine Ausdehnung auf den Landtransport in l. 25 § 7 D. 19, 2 anerkannt findet.

Digitized by Google

Weitere muß der Erwägung der Umstände des Einzelfalles überlassen bleiben. Es wird nicht zu bezweifeln sein, daß (trotz des Wortes „eingebracht") der Vorgang nicht nothwendig innerhalb der Räume des Gasthofes sich abspielen muß (vgl. [4]). Z. B. wird Uebergabe an den Hausdiener auf dem Bahnhof oder an den Führer des Hotelomnibus genügen (s. auch Mot. II S. 585 fg.). Sachen, welche man bei sich zu tragen pflegt, wie die Börse, die Taschenuhr, befinden sich „an dem hierzu bestimmten Ort", wenn der Gast sie an sich hat, und es wird nicht anzunehmen sein, daß der Gast bei Sachen dieser Art einer abweichenden Anweisung des Wirths zu folgen hat (vorbehaltlich der Bestimmung des § 702). Was der Gast nach der Abreise mit Einwilligung des Wirths zurückläßt (vgl. [8]), soll nach der Auffassung der Mot. II S. 586 den Schutz der §§ 701 fg. nicht mehr genießen. Die Mot. verweisen darauf, daß in Bezug auf solche Sachen der Gast mit dem Wirthe einen Verwahrungsvertrag oder einen Auftrag bzw. Speditionsvertrag abschließe, und dann die Regeln dieses Verhältnisses entscheiden. Dieß ist richtig, trifft aber nicht die vom Gaste vergessenen Sachen. In Ansehung ihrer dürfte zu sagen sein, daß die gesetzliche Haftung des Gastwirths fortdauert. (Nur liegt nahe, dem Gastwirth gemäß § 701 Abs. 1 S. 2. § 254 zu Hülfe zu kommen, da der Gast die vergessene Sache durch sein Verschulden einer höheren Verlustgefahr aussetzt.) Auch in Betreff solcher Sachen, welche der Gast während seines Aufenthalts im Gasthofe dem Gastwirth übergab und nur bei der Abreise zurückzufordern unterließ, bleibt m. E. die Haftung im früheren Umfange bestehen.

Die Haftung kann durch Vertrag ausgeschlossen werden, aber nicht durch einen Anschlag, mittels dessen der Gastwirth die Haftung ablehnt (vgl. [8]). Ein solcher Anschlag ist wirkungslos, auch wenn der Gast ihn kennt (701 Abs. 3).

2. Der Gastwirth haftet für Verlust und Beschädigung der eingebrachten Sachen (701 Abs. 1 S. 1), wenn nicht ein gesetzlicher Grund des Ausschlusses der Haftung besteht. Als solche Gründe nennt das Gesetz (701 Abs. 1 S. 2): Höhere Gewalt, ohne Definition; ferner: daß der Schaden von dem Gaste, einem Begleiter des Gastes oder einer Person, die er bei sich aufgenommen hat, verursacht ist. Es kommt nicht darauf an, ob er oder die fragliche Person ihn verschuldet hat. Hat aber der Gast oder eine jener Personen den Schaden nicht allein verursacht, sondern nur zu demselben mitgewirkt, so kann man nicht auf Grund des § 701 die Haftung des Gastwirths für ausgeschlossen halten, sondern nur in Anwendung der §§ 254. 278 zu dem Ergebnisse kommen, daß im Falle des Verschuldens des Gastes oder jener Dritten möglicher Weise die Ersatzpflicht ganz oder theilweise zu verneinen ist. Ferner ist die Haftung des Gastwirths ausgeschlossen, wenn der Schaden durch die Beschaffenheit der Sachen entstanden ist; dieß gilt nicht nur, wenn eine Sache sich selbst beschädigt, sondern auch wenn durch die eine die andere beschädigt wird, z. B. durch den mitgebrachten Hund die Garderobe des Gastes.

In Betreff der Beweislast wird zu sagen sein: Der Gast muß die Thatsache der Einbringung beweisen. Hat Uebergabe an den Gastwirth oder seine Leute stattgefunden, so folgt schon aus § 282, daß der Gastwirth darlegen muß, aus welchem entlastenden Grunde er seiner Pflicht zur Rückgabe der Sache in unbeschädigtem Zustande nicht genügen kann. Hat keine Uebergabe stattgefunden, so muß der Gast den Verlust oder die Beschädigung beweisen; der Gastwirth da-

Digitized by Google

gegen muß den Beweis führen, wenn er behauptet, daß Verlust oder Beschädigung eine ihn entlastende Ursache hatten. Ist die Sache nicht dem Gastwirth (oder einem befugten Vertreter desselben) zur Aufbewahrung übergeben, so muß der Gast Verlust oder Beschädigung unverzüglich nach erlangter Kenntniß dem Gastwirth anzeigen, widrigenfalls sein Anspruch erlischt (703).

Eine besondere Schranke der Haftung stellt § 702 auf in Ansehung von Geld, Werthpapieren und Kostbarkeiten. Der Gastwirth haftet in Ansehung dieser Sachen nur bis zum Betrage von 1000 Mark, es sei denn, daß er sie in Kenntniß ihrer Eigenschaft als Werthsachen (nicht nothwendig in Kenntniß des 1000 Mark übersteigenden Werths) zur Aufbewahrung übernimmt oder die Aufbewahrung ablehnt oder daß (erweislich) der Schaden von ihm oder seinen Leuten verschuldet wird. In der II. Commission (Prot. S. 2399) wurde ohne Widerspruch constatirt, daß, wenn eine Familie in einem Gasthofe einkehre, der Gastwirth (mangels der Voraussetzungen unbeschränkter Haftung) für die Werthsachen sämmtlicher Familienglieder nur bis zum Gesammtbetrage von 1000 Mark hafte. Dieß kann aber auch nur dann gelten, wenn ein Familienhaupt mit unselbständigen Familiengliedern einkehrt, die dem Wirth nicht als selbständige Gäste gegenübertreten. Bei zusammenreisenden Brüdern z. B., oder bei einem selbständigen Sohn, der mit dem Vater reist, dürfte es nicht anzuerkennen sein.

3. Im Anschluß an die Regulirung der Haftung des Gastwirths behandelt das Gesetz das Pfandrecht desselben an den eingebrachten Sachen des Gastes (704).]

7. Andere Verträge auf Rückgabe.

§ 384a.

Die im Vorstehenden erwähnten Verträge auf Rückgabe sind nicht die einzig möglichen. Es kann noch zu allerlei anderen Zwecken Etwas hingegeben werden, mit der Auflage, es zurückzugeben[1]. Alle diese Verträge stehen unter freiem richterlichen Ermessen, welches die Verpflichtungen der Parteien für den einzelnen Fall aus den getroffenen Verabredungen und aus der Intention des Geschäfts zu bestimmen hat[2]. Was insbesondere die Frage nach der Verhaftung

[1] Beispiele in l. 1 § 2. l. 17 § 2. 4. 5. l. 20. l. 23 D. 19, 5; l. 8. l. 26 eod. S. auch § 368 [13], § 369 [8]. Sf. XXI. 15. § 384a.

[2] Die Römer lassen aus diesen Verträgen eine actio praescriptis verbis entstehen, und die actio praescriptis verbis ist bonae fidei actio. Vgl. l. 2 § 2 D. 43, 26, l. 1 pr. D. 19, 3. Zwar ist dieß nicht unbestritten (wegen § 28 I. 4, 6, Puchta Inst. II § 165 [kkk], Rudorff r. RGesch. II S. 151 [23]); aber s. Savigny System V S. 485 [f], Keller r. Civilproc. § 42 [480], Bethmann-Hollweg r. Civilproc. II § 96 [97]. S. auch Gai. IV, 62 in der Ausgabe von Krüger und Studemund 1884 [1891 nicht mehr so]. — Ueber den Text in l. 1 pr. cit. in dem mit quotiens beginnenden Satz s. Brinz kr. Bl. Nr. 1 S. 42, Ihering Jahrb. f. Dogm. XV S. 384 fg., Karlowa Rgeschäft S. 250 fg., Lipp Beitrag zur Lehre vom Trödelvertrag S. 13 fg., Lenel Edictum perpetuum § 110, Pernice Sitzungsberichte der Akademie der Wissenschaften

Digitized by Google

wegen Nachlässigkeit angeht, so ist die Regel auch hier, daß nur derjenige wegen Nachlässigkeit nicht zu haften hat, welcher bei dem Geschäft ohne alles eigene Interesse ist[3].

[Auch das BGB. läßt selbstverständlich Raum für Verträge der hier fraglichen Art, die es im Einzelnen nicht behandelt. Sie stehen unter den allgemeinen Grundsätzen von den Schuldverhältnissen, insbesondere denen aus Verträgen. Vgl. namentlich § 242. Gehaftet wird gemäß § 276 für jede Fahrlässigkeit. Die zu Note [3] aufgestellte Regel hat das BGB. nicht. S. ob. S. 92 fg. unter 2.]

D. Verträge auf Umsatz.

1. Der Kauf*.

a. Begriff.

§ 385.

Der Kauf ist ein gegenseitiger Vertrag (§ 321). Er ist gerichtet auf Umsatz einer Sache gegen Geld. Verkaufen heißt: erklären, daß

---

zu Berlin 1885 XXV S. 451. — Gradenwitz Interpolationen in den Pandekten S. 123 fg. sucht nachzuweisen, daß der Ausdruck actio praescriptis verbis auf Interpolation beruhe. Vgl. Lenel Sav.-ZS. IX S. 181.

[3] L. 17 § 2 D. 19, 5: — „si cui inspiciendum dedi sive ipsius causa sive utriusque, et dolum et culpam mihi praestandam esse dico propter utilitatem, periculum non; si vero mei duntaxat causa datum est, dolum solum, quia prope depositum hoc accedit".

* Inst. 3, 23 de emtione et venditione. Aus den Pandekten sind die Haupttitel: 18, 1 de contrahenda emtione et de pactis inter emtorem et venditorem compositis et quae res venire non possunt — 19, 1 de actionibus emti et venditi; aus dem Codex: 4, 38 de contrahenda emtione et venditione — 4, 49 de actionibus emti et venditi; ferner die bei § 391 und 393 citirten Titel. — Treitschke der Kaufcontract in besonderer Beziehung auf den Waarenhandel nach r. R. und den wichtigsten neueren Gesetzgebungen (1838, 2. Aufl. 1866). Kritz Pandektenr. Th. I Bd. 3 (1844). Glück XVI. XVII S. 1—240. Unterholzner II S. 217—298. Sintenis II S. 593—640. Brinz 2. Aufl. II § 325—329. Neuestens: Bechmann der Kauf nach gemeinem Recht. Erster Theil: Geschichte des Kaufs im r. R. Erlangen 1876. Zweiter Theil: System des Kaufs nach gem. Recht. Erste Abth. 1884. Einen ausführlichen Bericht über den Inhalt des ersten Theils gibt Bremer in Grünh. ZS. IV S. 739 fg. Vgl. ferner über denselben Degenkolb kr. VJS. XX S. 481 fg. Ueber den zweiten Theil Degenkolb kr. VJS. XXVII S. 455 fg. (Der Grundgedanke des ersten Theils ist folgender. Die älteste Form des Kaufs im r. R. ist die Mancipation. Die Mancipation war ursprünglich wirklicher Kauf mit Zuwägung des Kaufpreises. Auch die [allein bezeugte] Mancipation als imaginaria venditio ist Kauf; imaginär ist nur die Zahlung des Kaufpreises. Insofern als die Kaufberedung durch Mancipation vollzogen wird, ist der Vollzug des Kaufs selbst wieder Kauf [Naturalkauf]. Dieß ist auf den Vollzug des Kaufs durch Tradition übertragen worden. Daher hat die Leistung des Verkäufers „mit nichten den abstracten Charakter der Zahlung";

Digitized by Google

ein Anderer eine Sache haben[1] und dafür Geld zahlen solle; kaufen heißt: erklären, daß man Geld zahlen und dafür eine Sache erhalten wolle. Der uns geläufige Ausdruck bezeichnet das Geschäft nur von der einen Seite; die Römer pflegen sich genauer auszudrücken[1].

Verkauft werden können[1b] alle Sachen, welche dem Verkehr nicht entzogen sind[2], bewegliche und unbewegliche[3], körperliche und unkörperliche[4],[5] nicht bloß eigene, sondern auch fremde[6]. Auch ein

---

es ist vielmehr zu sagen, daß „in ihr . . der Kauf, der sich zunächst im Contracte vollzieht, gewissermaßen sich fortsetzt, oder, wie man vielleicht auch sagen könnte, wieder auflebt" [S. 562].) — Ueber das Verhältniß des Civilr. zum Handelsr., namentlich nach dem HGB., vgl. den Aufsatz von Hoffmann APraktRW. N. F. III S. 135 fg.; über den handelsrlichen Kauf Thöl Handelsr. II § 250 fg., Gareis in Endemann's Handb. des Handelsr. II S. 546—738. [Krückmann zur Reform des Kaufr. Berl. 1896, dazu v. Blume kr. VJS. XL S. 31 fg. 57 fg. Lammfromm (§ 370 *) S. 45—55. Schreier die Lehre des BGB. von den gegenseitigen Verträgen und ihre Anwendung auf Kauf und Miethe. Erl. Diss. 1898.]

[1] „Haben", nicht „bekommen" sollen. Wer verkauft, sagt: ich gebe weg. § 385. Vgl. Puntschart die fundamentalen Verhältnisse des röm. Privatr. S. 16 fg.

[1a] Sie pflegen den Kauf als emtio et venditio zu bezeichnen. Doch ist auch bei ihnen dieser Sprachgebrauch kein ausschließlicher; sie wenden ohne besondere Schwierigkeit auch jeden einzelnen dieser beiden Ausdrücke zur Bezeichnung des ganzen Geschäfts an, vgl. z. B. l. 2 D. 18, 1, und s. auch l. 19 D. 19, 1. Bechmann I S. 29 fg. — Die Franzosen bezeichnen das Geschäft nicht, wie wir, von der Kaufs-, sondern von der Verkaufsseite (vente).

[1b] Bechmann II S. 116 fg.

[2] L. 34 § 1 D. 18, 1. „Omnium rerum, quas quis habere vel possidere vel persequi potest, venditio recte fit. Quas vero natura vel gentium ius vel mores civitatis commercio exuerunt, earum nulla venditio est". S. aber auch § 315 [5].

[3] Die bewegliche Sache als Gegenstand des Kaufvertrages heißt merx. L. 66 D. 50, 16. Der entsprechende deutsche Ausdruck „Waare" wird heutzutage mit vorzugsweiser Beziehung auf den kaufmännischen Kauf (Waarenhandel) gebraucht. Treitschke § 1, Goldschmidt Handelsr. I § 60. — Kann auch baares Geld den Gegenstand eines Kaufgeschäfts bilden? Ich zweifle nicht. Geld kommt im Verkehr nicht bloß als Werthmesser und Werthrepräsentant, sondern auch als Waare in Betracht. Uebereinstimmend Heyer ZS. f. CR. u. Pr. N. F. XV S. 42—45, Goldschmidt Handelsr. I § 103 [11], Hartmann Begriff des Geldes S. 41, Karlowa kr. VJS. XI S. 539. 540, Pfaff pignus irregulare S. 16 [33], Flesch Jahrb. f. Dogm. XIX S. 334 fg., Rießer das. XX S. 201 fg., Bechmann II S. 153 fg.; a. M. Anthes das. XVIII S. 216—220, Vangerow III S. 442 (abweichend 7. Aufl. S. 425). Anthes geht, was ganz gewiß unrichtig ist, so weit, selbst in Betreff individuell bestimmter Geldstücke die Möglichkeit eines Kaufs zu leugnen. Rießer und Bechmann versuchen auch die Beantwortung der Frage, was dazu erforderlich sei, damit Kauf, nicht Tausch, von Geld vorliege.

Digitized by Google

Vermögen kann verkauft werden[7]; ferner kann der bloße Besitz Gegenstand des Kaufes sein[8]. Auch Sachen, welche noch nicht vorhanden sind, können den Gegenstand eines Kaufvertrages bilden[8a], entweder so, daß der Kaufpreis nur dann gezahlt werden soll, wenn das Verkaufte existent wird[8b], oder so, daß der Kaufpreis unter allen Umständen geleistet werden soll[8c].

[Im BGB. ist der Kreis der möglichen Gegenstände des Kaufs ebenso zu bestimmen, wie im bisherigen Recht. Es ist unzweifelhaft, daß außer Sachen und Rechten, von deren Verkauf § 433 spricht, auch der Besitz, die Befreiung von einer Last ([5]), ferner ein Geschäft, ein Geheimniß u. s. w. verkauft werden können (vgl. Prot. d. II. Comm. S. 1706 fg.). Ueber den Hoffnungskauf gibt das BGB. keine Vorschriften. Vgl. darüber Mot. II S. 320.]

---

[4] Namentlich Dienstbarkeiten und andere dingliche Re, ferner Forderungen. S. g. Immaterialgüter: Bechmann II S. 132 fg. [Verkauf einer Zeitung: RG. XXXVII S. 176 fg.]

[5] Auch die Befreiung von einer dinglichen oder persönlichen Last kann den Gegenstand eines Kaufvertrages bilden. A. M. Bechmann II S. 144 fg.

[6] L. 28 D. 18, 1. „Rem alienam distrahere quem posse, nulla dubitatio est; nam emtio est et venditio; sed res emtori auferri potest". Nur darf die Sache nicht eine eigene des Käufers sein; in diesem Falle liegt für den Verkäufer Unmöglichkeit der Leistung vor, und damit ist der ganze Vertrag nichtig (§ 321 [21]). L. 16 pr. l. 18 pr. D. 18, 1, l. 4. 10 C. 4, 38, l. 45 pr. D. 50, 17. S. aber auch [8]. Ueber den Fall, wo die verkaufte Sache gestohlen ist, s. l. 34 § 3 D. 18, 1 vgl. § 321 [22]). — Vgl. Code civ. art. 1599. „La vente de la chose d'autrui est nulle", und darüber die bemerkenswerthe Ausführung von Kohler ZS. f. franz. Civilr. VIII S. 496 fg. (ges. Abhandlungen I S. 224 fg.). Bechmann II S. 77 fg. 110.

[7] S. § 397 a. E.

[8] Auch der Besitz einer im Eigenthum des Käufers stehenden Sache. L. 34 § 4 D. 18, 1. Bechmann II S. 74 fg.

[8a] Vangerow III § 632 Anm. Nr. I. 1. Bechmann II S. 142 fg. 252 fg. Fr. Endemann Grünh. ZS. XII S. 345 fg. (auch besonders erschienen, Wien 1885).

[8b] L. 8 pr. D. 18, 1. S. g. emtio rei speratae. Ungeerntete Früchte sollen nach der Bestimmung der RPO. von 1577 Tit. 19 § 3 nicht anders verkauft werden dürfen, als um ihren jetzigen Marktpreis oder den Marktpreis, welchen sie 14 Tage nach der Ernte haben werden. Vgl. Sf. XIV. 24. Stobbe III § 184 [3]. [3. Aufl. (Lehmann) § 231 [4].] — Kauf einer erst anzufertigenden Sache: § 401 a. E.

[8c] L. 8 § 1 D. 18, 1, l. 11 § 18. l. 12 D. 19, 1, l. 7 10. 11 D. 18, 4, l. 73 § 1 D. 35, 2. S. g. emtio spei. [Castelbolognesi Arch. giur. XL p. 152 s. (1888). Braun Finden die Grundsätze des Kaufs auf die emtio spei Anwendung? Erl. Diss. 1896. Dazu v. Blume kr. VJS. XL S. 31 fg.] Daß die „spes" (die „alea") den Gegenstand des Kaufvertrags bilde, sagen die Quellen selbst; aber damit ist nur der wirthschaftliche Gesichtspunkt bezeichnet. Das rliche Verhältniß ist, daß die Leistung des Verkäufers nicht in der Verschaffung der Sache, sondern in der von ihm abgegebenen Willenserklärung besteht, und der

Digitized by Google

Daß die Gegenleistung des Käufers in Geld bestehe, ist dem Begriff des Kaufes wesentlich; besteht sie in etwas Anderem, so spricht man nicht von Kauf[9]. Jedoch thut es dem Begriff des Kaufes keinen Eintrag, daß der Geldleistung eine Leistung anderen Inhalts hinzugefügt wird[10], und wenn die Parteien ein Geschäft, bei welchem die Gegenleistung keine Geldleistung ist, ausdrücklich als Kauf bezeichnen, so finden immerhin die Grundsätze vom Kaufvertrag Anwendung[11].

[Der I. E. BGB. hatte die Bestimmung (§ 460), daß der Kaufpreis im Gelde bestehen müsse, daß aber daneben Leistungen anderer Art bedungen werden können, auch vereinbart werden könne, daß solche Leistungen zu einem bestimmten Geldanschlage an die Stelle des Geldpreises treten sollen. Die II. Comm. hat diese Bestimmungen gestrichen und zwar als selbstverständlich und zugleich, weil es kein Interesse habe, ob man, wenn neben dem in Geld festgesetzten Kaufpreise Leistungen anderer Art bedungen seien, das Geschäft als Kauf gelten lasse oder nicht, weil es gleichgültig sei, ob man in einem solchen Falle einen Kauf oder einen Tausch annehme (Prot. S. 1716). Diese letztere Erwägung, welche, wenn überhaupt richtig, auch zutreffen würde für den Fall, daß überhaupt kein Geldpreis, sondern nur Leistungen anderer Art bedungen werden, ist freilich nicht ganz zutreffend. Denn einmal gilt es nicht nur, den Kauf gegen den Tausch abzugrenzen, sondern es kommt auch das Verhältniß des Kaufes zu Verträgen in Betracht, in denen als Entgelt für den von der einen Seite zu liefernden Gegenstand der Gebrauch von Sachen oder Dienste oder ein Werk ausbedungen wird, Fälle, in denen man vom Tausch nicht sprechen kann, und sodann: wenn auch auf den Tausch die Normen über den Kauf entsprechende Anwendung finden (515), so bleibt doch die Aeußerung der Mot. II S. 321 richtig, daß die Unterscheidung zwischen Kauf und anderen Umsatzgeschäften von Bedeutung bleibt für die Anwendbarkeit gewisser Rechtsnormen, die einen Kauf voraussetzen, z. B. derjenigen über den Vorkauf. Daß trotz der Streichung des § 461 I. E. das BGB. einen

---

Käufer damit zufrieden ist. F. Hofmann über das Periculum beim Kauf (1870) S. 107 fg. will die emtio spei gar nicht als Kaufvertrag gelten lassen; mit Unrecht. — In den früheren Ausgaben [bis zur 5.] war auf die emtio rei speratae und emtio spei die Kategorie der Bedingung angewendet worden. Dagegen Endemann a. a. O. Note [111. 121]. In der That liegt hier zwar eine Ungewißheit vor, aber eine durch den Inhalt der Willenserklärung von selbst gegebene, also nur eine uneigentliche Bedingung, eine s. g. condicio iuris (I § 87 [7]). [Sf. XLVIII. 255, LII. 151.]

[9] § 2 I. 3, 23, l. 1 § 1 D. 18, 1, l. 6 § 1 D. 19, 1, l. 7 C. 4, 64.

[10] L. 6 § 1. 2. l. 21 § 4 D. 19, 1, l. 79 D. 18, 1.

[11] L. 1 C. 4, 64, vgl. Gai. III, 141 i. f. Vgl. über diese Frage Marezoll ZS. f. CR. u. Pr. L S. 462 fg., Leist ZS. f. CR. u. Pr. XVII S. 361—366, Vangerow III § 632 Anm. Nr. I. 2 a. A., Thöl I § 251 [5], Goldschmidt Handelsr. I § 99 [11], Hartmann Begriff des Geldes S. 40 fg., Rießer Jahrb. f. Dogm. XX S. 223, Bechmann II S. 148. 170 fg.

Digitized by Google

Geldpreis (neben welchem andere Leistungen stehen können) für den Kauf als wesentlich ansieht, ergeben 433 Abs. 2 (Wort „Zahlen") 473. 507.

Daß, wenn der Vertrag nach der gesetzlichen Anschauung kein Kauf ist, derselbe gleichwohl den Regeln des Kaufs untersteht, wenn ihn die Parteien als Kauf bezeichnen (Text zu [14]), scheint mir auch für das gemeine Recht nicht richtig; denn die bloße irrige Bezeichnung des Geschäfts kann nicht maßgebend sein. Daß andere Gründe zu der Annahme führen können, die Parteien wollten die Regeln des Kaufes angewandt wissen, ist richtig, und daß diesem Willen zu folgen ist (sofern nicht absolute Vorschriften desjenigen Geschäfts entgegenstehen, als welches der geschlossene Vertrag sich rechtlich qualifizirt), ist unzweifelhaft; die Sache ist aber im BGB. ohne wesentliche Bedeutung, weil ohnehin das Recht des Kaufes weithin auf andere Umsatzgeschäfte anwendbar ist (515. 445. 493).]

b. Abschluß.

§ 386.

Der Kauf wird geschlossen[1] durch die erklärte Willenseinigung der Parteien; einer Form bedarf die Erklärung dieser Willenseinigung nicht[2]. Daß das Wort Kaufen oder Verkaufen beim Geschäft gebraucht worden sei, ist nicht nothwendig. Die Willenseinigung muß sich auf die wesentlichen Punkte des Geschäfts beziehen, also darauf, daß der Eine eine Sache und dafür der Andere Geld erhalten solle[3]; ist aber über Nebenpunkte verhandelt worden und darüber Dissens geblieben, oder ist die Vereinbarung über Nebenpunkte vorbehalten worden, so darf im Zweifel nicht angenommen werden, daß die Parteien trotzdem einen Vertrag haben schließen wollen[4]. In der Art und Weise der Bestimmung der Kaufsache

§ 386. [1] Auf den Abschluß des Kaufvertrages bezieht sich der Ausdruck: perfecta est emtio et venditio. Dieser Ausdruck bezeichnet jedoch nicht, wenigstens wo er im eigentlichen Sinne gebraucht wird, denjenigen Zustand, wo beide Parteien gebunden sind, sondern denjenigen, wo der Kauf in aller und jeder Beziehung vollendet ist, so daß der Käufer die Gefahr trägt. S. darüber § 390 und Kuntze Zeitschr. f. Rpfl. und Verw. in Sachsen N. F. XI S. 224 fg., Stintzing Jahrb f. Dogm. X S. 192 fg. Ueber die besondere Ansicht Puntscharts in der Schrift: die fundamentalen Rverhältnisse des r. Privatr. s. § 321 [18] a. E. Sf. XXII. 131.

[2] L. 1 § 2. l. 9 pr. D. 18, 1, pr. I. 3, 23 (§ 312 [12]). Stillschweigender Abschluß des Kaufvertrages durch Behalten unbestellt zugesandter Waaren: Sf. VIII. 36, XIII. 218, XX. 164, XXIV. 60, XXV. 264. Vgl. auch das. XV. 219. Vgl. 308 [2]. [Ferner Schlotter die unbestellte Waare. Erl. Diss. 1899.]

[3] Wenn § 3 I. 2, 23 und l. 2 pr. D. 19, 2 den Abschluß des Kaufvertrages von der Einigung über den Kaufpreis abhängig machen, so setzen sie natürlich Einigung über die Kaufsache voraus.

[4] L. 9 pr. D. 18, 1. „In venditionibus et emtionibus consensum debere intercedere palam est. Ceterum sive in ipsa emtione dissentiant,

Digitized by Google

und des Kaufpreises haben die Parteien freie Hand. Im Besonderen kann die Kaufsache bloß generisch bestimmt sein[5]. Der Kaufpreis[5a] kann nicht bloß ziffermäßig, sondern auch durch Verweisung auf eine Quelle, aus welcher eine bestimmte Geldsumme zu entnehmen ist, ausgedrückt werden[5b]. Kann die bezeichnete Quelle möglicherweise versagen, so ist der Kaufvertrag ein bedingter; dieß gilt im Besonderen von dem Fall, wo der Kaufpreis durch einen Dritten bestimmt werden soll[5c]. Auch durch Verweisung auf das, was billig, angemessen ist, kann der Kaufpreis ausgedrückt werden[5d]. Hierher gehört auch der Fall, wo über den Kaufpreis gar nichts gesagt ist; die Meinung der Vertragschließenden ist, daß der Verkäufer solle

---

sive in pretio, sive in quo alio, emtio imperfecta est". Vgl. Regelsberger civil. Erörterungen I S. 134—135. Sf. XIII. 139. XXV. 100. 126, XXXIV. 25. 187. [[XLVI. 177.]] [Ueber Irrthumsfragen s. auch Affolter ABR. VI S. 280 fg.]

[5] S. g. Genuskauf. Ob der reine Genuskauf (im Gegensatz einer aus einem individuellen Ganzen auszuwählenden Sache oder Quantität) in den Quellen erwähnt wird, ist nicht unzweifelhaft. Vgl. Goldschmidt Handelsr. 2. Aufl. II § 61 [21a], Brinz 2. Aufl. II S. 696, Bechmann II S. 335 [1]. Der letztgenannte Schriftsteller behauptet (a. a. O. S. 320 fg.), der reine Genuskauf sei seinem juristischen Wesen nach nicht Kauf, sondern ein selbständiges Geschäft (Lieferungsgeschäft). Dernburg II § 94 [18]. [Schmitz Beiträge z. Lehre v. Genuskauf. Gött. Diss. 1894. Müsch Wie unterscheidet sich der Genuskauf vom Specieskauf? Erl. Diss. 1898. Wilde die rliche Natur des beschränkt generellen Kaufs. Erl. Diss. 1899. Kahn der Lieferungsvertrag nach gem. R. Erl. Diss. 1899.] — Alternative Bestimmung des Kaufgegenstandes: l. 25 pr. l. 34 § 6 D. 18, 1.

[5a] Vgl. zum Folgenden im Besonderen: Ude ACPra. LII S. 96 fg. (1869). G. Fels das pretium certum des r. R. Kieler Diss. 1878. Darüber Eck Jen. Literaturzeit. 1879 S. 410. Mandry ACPra. LVIII S. 147. S. auch Goldschmidt Handelsr. 2. Aufl. II S. 119 fg.

[5b] „Quanti tu eum emisti, quantum pretium in arca habeo", l. 7 § 1 D. 18, 1. L. 37 eod. Marktpreis, Fabrikpreis, Ladenpreis. Fels S. 73, Goldschmidt S. 121. 124. Eine historische Entwickelung im r. R. nimmt an Dernburg II § 94 [21].

[5c] L. 15 C. 4, 38, § 2 [1] I. 3, 23. Vgl. Gai. III, 140. Ude S. 101 fg. Fels S. 6 fg. 42 fg. 77. Goldschmidt S. 122. 126. 127. Bechmann S. 344 fg. 354.

[5d] L. 16 § 9 D. 20, 1, s. aber auch l. 25 pr. D. 19, 2. Vgl. Ude S. 98 fg., Fels S. 9 fg., 46 fg., 73 fg. Goldschmidt § 64b [19. 22. 31. 36], Bechmann S. 348 fg., 352, Dernburg II § 15 [6]. Sf. L. 5. [Stölzel Schulung f. die civilist. Praxis I S. 86 fg. 117 fg. (2. Aufl.). v. Knieriem Behauptungspflicht und Beweislast bei der Klage auf Zahlung eines angemessenen Kaufpreises mit besonderer Berücksichtigung von „Schulung für die civ. Prax." v. Ad. Stölzel. Berlin 1896, dazu Stölzel ZS. f. CPr. XXII S. 553 fg., v. Blume kr. VJS. XL S. 31 fg. 38 fg. Sf. XLVIII. 256. vgl. auch 257.]

Digitized by Google

fordern dürfen, aber daß er nichts Unbilliges solle fordern dürfen[5a]. Ist die Bestimmung des Kaufpreises dem Käufer oder dem Verkäufer überlassen, so ist im Zweifel als der Wille der Vertragschließenden anzunehmen, daß das billige Ermessen, nicht daß die Willkür der bezeichneten Person entscheiden solle[6]. Aber auch wenn es feststeht, daß die Vertragschließenden das Letztere gewollt haben, ist das Geschäft nicht ungültig[7]; nur ist in dem Fall, wo der Käufer von seiner Willkür einen derartigen Gebrauch macht, daß seine Leistung als Aequivalent der Gegenleistung nicht mehr angesehen werden kann, nicht Kauf sondern Schenkung vorhanden[7a]. Ebenso ist Schenkung und nicht Kauf vorhanden, wenn die Erklärung, daß der Käufer eine Sache, oder die Erklärung, daß der

[5a] Den einmal geforderten Preis kann der Verkäufer hinterher nicht mehr erhöhen; durch die Stellung des Preises bringt er das Geschäft zum Abschluß. Die Römer gewährten übrigens in diesem Fall nur actio praescriptis verbis auf Grund geschehener Lieferung. Vgl. l. 22 D. 19, 5, § 1 I. 3, 24, und über die verschiedenen Ansichten: Thon ZS. f. CR. u. Pr. X S. 202 fg., Ude S. 130 fg., Fels S. 13 fg. 78 fg., Goldschmidt § 64b [25. 31], Bechmann S. 356 fg. Sf. II. 177. 284, IX. 339, XI. 233, XII. 19, XVI. 41, XXII. 132. 133, XXIX. 127, XXXIII. 17.

[6] L. 22 § 1 D. 50, 17. Vgl. l. 7 pr. D. 18, 1, l. 6. 77. 79 D. 17, 2, l. 24 pr. D. 19, 2, l. 3 C. 5, 11. Thon ZS. f. CR. u. Pr. X S. 207 fg., Ude S. 114 fg. Bis die betreffende Bestimmung getroffen ist, ist das Geschäft negotium imperfectum (l. 35 § 1 D. 18, 1), aber deßwegen nicht ungültig. L. 13 C. 4, 38 spricht nicht von billigem Ermessen, und würde nichts beweisen, wenn sie es thäte, vgl. [7]. A. M. Unterholzner S. 230 [1], Thöl I § 252 [9], Fels S. 55, Goldschmidt S. 119, Bechmann S. 348, Rümelin Selbstcontrahiren des Stellvertreters S. 51, Dernburg II § 15 [6. 7]; jedoch Fels (S. 75), Goldschmidt (S. 126) und Dernburg ([7]) nicht für das heutige R. Sf. XXIX. 20, vgl. XXX. 237. Vgl. Holzschuher III S. 20. 21. [S. auch ob. § 254 [5].]

[7] Wer sich anheischig machen kann, für ein Garnichts zu leisten, kann sich auch anheischig machen, für ein vom Gegner zu bestimmendes x zu leisten. Nicht entgegensteht l. 13 C. 4, 38. „In vendentis vel ementis voluntatem collata condicione comparandi, quia non adstringit necessitate contrahentes, obligatio nulla est". Diese Stelle braucht nicht davon verstanden zu werden, daß keiner der Contrahenten gebunden sei; der Plural „contrahentes" will sagen: Verkäufer bez. Käufer. Ebenso Puntschart die fundamentalen Rverhältnisse des röm. Privatr. S. 192. Die Meisten freilich nehmen an, daß die Stelle das ganze Geschäft für nichtig erkläre (Bechmann S. 224). Goldschmidt ZS. f. HR. I S. 278 versteht die Stelle von einem bloßen Vertragsanbieten; dawider Arndts § 300 [3]. S. noch § 309 [11] (Versteigerung mit sofortiger Gebundenheit des Versteigerers); vgl. dazu aber auch Goldschmidt Note [16 a. E.].

[7a] Ein Beispiel eines wirklich die Gültigkeit des Kaufvertrages ausschließenden pretium incertum s. bei Sf. XXI. 191, vgl. l. 44 D. 18, 1. Vgl. Kolligs Magaz. für d. R. der Gegenwart VIII S. 241 fg.

Digitized by Google

Verkäufer für die Sache einen Preis erhalten solle, nicht ernstlich gemeint ist[8].

[Auch nach BGB. bedarf der Kaufvertrag einer Form nur ausnahmsweise (311. 313. 2371). Zu dem bei Note [4] Gesagten s. 154. 155 u. dazu ob. S. 254 fg. und I S. 341 unter 7. Der Genuskauf ist natürlich auch dem BGB. bekannt (s. 480). Daß der Kaufpreis indirect bestimmt werden kann, ist auch für das BGB. unzweifelhaft. Ist als Kaufpreis der Marktpreis bestimmt, so wird dieß auf den für den Erfüllungsort zur Erfüllungszeit maßgebenden Marktpreis bezogen (453). S. im Uebrigen 315—319 u. dazu ob. S. 19 fg.]

§ 387.

Der Kauf kann unter einer Bedingung abgeschlossen werden, einer aufschiebenden oder einer auflösenden. Es kann auch bloß die Verpflichtung des Verkäufers, oder bloß die Verpflichtung des Käufers[1] von einer Bedingung, es kann auch jede dieser Verpflichtungen von einer verschiedenen Bedingung abhängig gemacht werden[2]. Für den bedingten Kauf gelten die gleichen Regeln, wie für bedingte Rechtsgeschäfte überhaupt, namentlich auch was den Fall angeht, wo die Bedingung auf das nackte Wollen, die Willkür, einer der Parteien gestellt ist. Ist in diesem Fall die Bedingung a) eine aufschiebende, so ist derjenige Contrahent, auf dessen Willkür die Bedingung gestellt ist, einstweilen gar nicht, sein Gegner bedingt verpflichtet; durch die Erfüllung der Bedingung aber, unter welcher sein Gegner verpflichtet ist, wird auch für ihn eine Verpflichtung erzeugt[3]. Ist die Bedingung b) eine auflösende, so wird durch die Erfüllung derselben der Vertrag aufgelöst nach dem gemeinen Recht der auf-

[8] L. 36. 38 D. 18, 1, l. 3. 9 C. 4, 38. Hierher gehört auch der Fall, wo das, was der Eine erhalten soll, als Aequivalent für die von ihm zu machende Leistung gar nicht angesehen werden kann (venditio nummo uno). Anders, wenn es nur dem Werthe seiner Leistung nicht gleichkommt; in diesem Falle ist das Geschäft Kauf, trägt aber zugleich eine Schenkung in sich (§ 365 [3]) Vgl. Bechmann I S. 212 fg. II S. 150 fg.

[1] Vgl. die Analogie der emtio spei und dazu § 385 [3 c]. Bloß die Verpflichtung des Verkäufers ist bedingt bei dem modernen Ausspielgeschäft, welches aber nach particularrlicher Bestimmung gewöhnlich einer polizeilichen Concession bedarf. Vgl. über dieses Geschäft Krügelstein Spiel und Wette (Leipzig 1869) S. 4—7, Stobbe III S. 345 fg. [3. Aufl. (Lehmann) § 247, II], Waag Jahrb. f. Dogm. XXI S. 393 fg. § 387.

[2] Dieß folgt unmittelbar aus dem Vorhergehenden.

[3] S. § 321, 5. a, I § 93 [1]. In l. 7 pr. D. 18, 1 heißt es nur: „venditio nulla est", obgleich freilich Fitting ACPra. XLVI S. 267 meint, es sei „nichts gewisser", als daß die Stelle „beiderlei Geschäfte" für ungültig erkläre. Ueber l. 13 C. 4, 38 s. § 386 [7].

Digitized by Google

lösenden Bedingung, so also, daß, wenn der Käufer es ist, auf dessen Willkür die Bedingung gestellt ist, die von demselben in der Zwischenzeit auf die Kaufsache gelegten dinglichen Lasten aufrecht erhalten bleiben[4].

[In Betreff des BGB. ist hier lediglich auf dessen allgemeine Vorschriften über bedingte Rechtsgeschäfte zu verweisen.]

Ein besonderer Fall des Kaufes unter einer auf nacktes Wollen gestellten Bedingung ist der s. g. Kauf auf Besicht oder auf Probe[5]. Der Sinn eines solchen Kaufes ist im Zweifel, daß der Käufer sich nach seinem freien Belieben solle entscheiden dürfen, ob er gekauft haben wolle, oder nicht, ohne, wenn er sich für das Letztere entscheidet, darüber Rechenschaft geben zu müssen, daß ihm die Sache wirklich nicht gefalle[6]. Die Parteien können dabei eine aufschiebende

---

[4] S. § 323 [6]; l. 3 D. 20, 6. Der Verkäufer kann aber die Rücknahme der Sache verweigern, wenn der Käufer diese Lasten nicht ablöst oder ihn für dieselben entschädigt Vgl. l. 21 § 1. l. 43 § 8 D. 21, 1.

[5] Vgl. über dieses Geschäft: Cropp in Heise und Cropp Juristische Abhandlungen I Nr. 12 (1827). Goldschmidt ZS. f. HR. I S. 66 fg. 262 fg. 386 fg. (1858). Fitting das. II S. 203 fg. (1859). Unger das. III S. 386 fg. (1860). Fitting das. V S. 79 fg. (1862). (Eine dankenswerthe Zusammenstellung des Inhalts der vier zuletzt genannten Aufsätze gibt Fitting ACPra. XLVI S. 237 fg. [1863]). Oijens koop en verkoop op de proef. Leiden 1872. Bechmann II S. 226—252. S. ferner Arndts § 301 [5], Vangerow III § 635 Anm. Nr. II, Thöl Handelsr. I § 259, Brackenhöft ZS. f. CR. u. Pr. R. F. XVII S. 305 fg. (vgl. Bechmann S. 226 [1 a. E.]), F. Hofmann über das Periculum beim Kauf (1870) S. 92 fg., G. Caro die Theorie der emtio ad gustum. Greifsw. Diss. 1871. Dazu Bekker kr. VJS. XV S. 546 und Pand. II S. 216. — Für das Geschäft sind außer den im Text genannten Bezeichnungen verschiedene andere vorgeschlagen worden: „Handel nach Belieben", „Handel nach Gefallen", „Handel auf Gefallen" (s. Fitting Arch. S. 242), „Handel auf Lanne" (Thöl). S. auch Thöl § 259 im Anf. [Unger Jahrb. f. Dogm. XXV S. 322 fg. (1887). Stein die Natur des Kaufes auf Probe und die praktische Bedeutung der verschiedenen Ansichten. Erl. Diss. 1896. S. auch I § 93[1. 4].]

[6] So die herrschende Meinung. Sf. X. 40, XVIII. 239. Das Gegentheil hat Unger a. a. O. S. 407 fg. auszuführen versucht; s. gegen denselben namentlich Fitting in dem zweiten Aufsatz S. 90—115. Oijens p. 3 sq., Bechmann S. 226 fg. S. auch HGB. Art. 339 [gestrichen wegen BGB. 495 fg.]. Wie Unger auch Brinz 1. Aufl. S. 1469. [2. Aufl. (Lotmar) IV S. 136 fg. Unger selbst hat sich aber später (Jahrb. f. Dogm. a. a. O.) zur herrschenden Ansicht bekannt. Dabei betont er freilich (vgl. I § 93 [1]), daß der Käufer von dem Kauf nicht loskommt durch die Erklärung, er wolle ihn nicht, sondern nur durch die (wenn auch unwahre) Erklärung, die Waare gefalle ihm nicht (vgl. I § 93 [1]).] — Beim Weinkauf hat nach Goldschmidt (S. 73) im römischen Verkehrsleben der Vorbehalt der degustatio (l. 1 pr. l. 4 pr. § 1. l. 16 [15] D. 18, 6, l. 34 § 5 D. 18, 1, Cato de re rustica c. 148) nicht die Bedeutung

Digitized by Google

oder eine auflösende Bedingung gewollt haben[7]; ob sie das Eine oder das Andere gewollt haben, ist, wenn die gebrauchten Ausdrücke keinen Anhalt geben, nach den Umständen des besonderen Falles zu entscheiden[8]. Haben sie eine aufschiebende Bedingung gewollt, so kommt ein Vertrag erst zu Stande durch die Billigung des Käufers, und diese Billigung kann natürlich auch dann verweigert werden, wenn die Sache inzwischen untergegangen oder verschlechtert worden ist; jedoch muß der Käufer Ersatz geben, wenn dieß durch seine Schuld geschehen ist[9]. Haben sie eine auflösende Bedingung gewollt, so bleibt der zu Stande gekommene Verkauf bestehen bis zur Mißbilligung des Käufers; durch die Mißbilligung aber wird er deßwegen nicht

gehabt, dem Käufer ein unbedingtes Rücktrittsr. zu gewähren, sondern nur ein Rücktrittsr. für den Fall, daß bei der Probe sich der Wein als verdorben ausweisen sollte. Uebereinstimmend Fitting a. a. O., Vangerow III § 635 Anm. Nr. II. A., Kohler Jahrb. f. Dogm. XVII S. 355 fg., Wendt Reur. und Gebundenheit Heft 2 S. 35, Bechmann II S. 537 fg.; zweifelnd Arndts § 301 [2] (a. M. bis zur 5. Aufl.). — Es kann ausgemacht werden, daß der Käufer für das ihm eingeräumte Wahlr. eine Vergütung solle zu zahlen haben. Hierher gehört das kaufmännische Prämiengeschäft. Thöl Handelsr. I § 91. § 286 fg.

[7] Aufschiebende Bedingung: § 4 I. 3, 23, l. 20 pr. § 1 D. 19, 5. Auflösende Bedingung: l. 20 pr. § 1 cit., l. 6 D. 18, 5, l. 3 D. 20, 6. — Die Parteien können möglicherweise auch weder aufschiebende, noch auflösende Bedingungen gewollt haben, sondern Entstehen einer obligatorischen Verbindlichkeit zur Rückgängigmachung der eingetretenen Wirkungen des Geschäfts (I § 90 [2. 3]). Dabei ist es, wenn der Rücktritt dem Käufer vorbehalten ist, noch speciell möglich, daß die Parteien die Anwendung der Grundsätze des aedilicischen Edicts über die Redhibition gewollt haben, wo dann der Rücktritt binnen 60 Tagen erklärt werden muß, l. 31 § 22 D. 21, 1. Bei den Römern wurde auf diesen letzteren Willen aus dem Gebrauch gewisser Ausdrücke geschlossen, namentlich aus dem Gebrauch des Ausdrucks redhibere (l. 31 § 22—24 D. 21, 1), vielleicht auch des Ausdrucks inemtum esse (l. 4 C. 4, 58, Vat. fr. § 14; l. 3 D. 18, 1, l. 2 § 5 D. 41, 4, l. 11 § 13 D. 43, 24). Vgl. § 328 [14] und die Citate daselbst.

[8] Ist es dabei ein relevanter Umstand, daß die Kaufsache übergeben oder noch nicht übergeben worden ist? Cropp S. 193. 194, Thöl § 259 [43. 44], Goldschmidt S. 115. — Was ist, wenn die Umstände eine Entscheidung nicht an die Hand geben, im Zweifel anzunehmen? Vgl. über diese Frage Cropp S. 191—196, Goldschmidt S. 116 (über den Fall des Weinkaufs ad gustum ders. S. 76 fg.), Thöl 259 [43], Puchta § 360 [i. k], Fitting II S. 277; Sf. XVIII. 236. M. E. wird nichts Anderes übrig bleiben, als im einzelnen Fall gegen denjenigen zu entscheiden, welcher darauf, daß die Bedingung eine aufschiebende oder auflösende sei, einen Anspruch gründet (I § 84 [7a]). — HGB. Art. 339 Satz 1. „Diese Bedingung ist im Zweifel eine aufschiebende" [gestrichen].

[9] L. 17 § 2. 4. l. 20 § 1. 2 D. 19, 5. Ebenso muß der Käufer den von der Sache gezogenen Gewinn herausgeben, l. 13 § 1 D. 13, 6, l. 10 pr. D. 19, 5. Vgl. Sf. XXVIII. 208.

Digitized by Google

weniger rückgängig gemacht, weil dieselbe erfolgt, nachdem die Kaufsache untergegangen oder schlechter geworden ist[10], vorbehaltlich natürlich auch hier der Entschädigungsverbindlichkeit des Käufers. Billigung und Mißbilligung müssen rechtzeitig erfolgen[11]; sonst gelten sie als nicht geschehen[12]. Rechtzeitig sind sie, wenn sie innerhalb der im Vertrage vorgeschriebenen Zeit erfolgen; wenn keine Zeit vorgeschrieben ist, sind sie rechtzeitig, wenn sie erfolgen binnen ortsüblicher Frist, oder, wo eine solche nicht besteht, so bald als möglich[13]. Billigung und Mißbilligung können nicht bloß ausdrücklich, sondern auch stillschweigend erklärt werden[14].

---

[10] Der Verkäufer trägt also die Gefahr nicht bloß der Verschlechterung, sondern auch des Unterganges. Das Letztere ist jedoch bestritten; anerkannt wird es von Schweppe R. Privatr. III § 333 [3], Brinz 1. Aufl. S. 482 [vgl. 2. Aufl. (Lotmar) IV S. 178 fg. (bei Resolutivbedingung trägt der Käufer die Gefahr, es wäre denn eine Erklärungsfrist bestimmt.] Czyhlarz a. a. O. (7) S. 48, Wendt Reur. und Gebundenheit Heft 2 S. 109 fg., geleugnet von Goldschmidt S. 120, Fitting II S. 270, Thöl Note [38], Hofmann S. 94, Vangerow 7. Aufl. S. 437, Puntschart (§ 390 *) S. 353 fg., Dernburg II § 95 [11]. Bleibt man bei dem reinen Rechte der auflösenden Bedingung stehen, so wird man nicht anders entscheiden können, als im Texte geschehen (§ 390 [10]), und die Frage wird nur die sein können, ob man nicht aus den von den Parteien gebrauchten Worten oder aus anderen Umständen auf eine entgegengesetzte Willensmeinung schließen dürfe. Z. B. es wäre gesagt: es solle bei Nichtgefallen der Sache gegen Rückgabe der Sache das Kaufgeld zurückgefordert werden können. So im Resultat auch Bechmann II S. 548 fg. Vgl. l. 20 § 1 D. 19, 5.

[11] Eine nicht rechtzeitige Billigung bringt den Kaufvertrag nicht zu Stande; eine nicht rechtzeitige Mißbilligung löst ihn nicht auf. Will der Verkäufer die nicht rechtzeitige Billigung oder Mißbilligung dennoch annehmen, so wird nun ein neuer Vertrag abgeschlossen. — Ueber die jetzt aufgegebene Ansicht, daß der Käufer durch Unterlassung der Erklärung binnen der rechten Zeit in Verzug komme, s. Vangerow S. 453 (7. Aufl. S. 436. 437), Goldschmidt S. 128 fg., Thöl Note [34. 35], Bechmann S. 249. Vgl. übrigens auch Note [14].

[12] Ist der Verkäufer schuld daran, daß der Käufer sich nicht rechtzeitig erklären kann, so schadet das natürlich dem Letzteren nicht. L. 4 pr. D. 18, 6.

[13] Dieß muß als die Willensmeinung der Parteien angesehen werden. Die herrschende Meinung gestattet bei der auflösenden Bedingung eine Frist von 60 Tagen auf Grund von l. 31 § 22 D. 21, 1; s. darüber Note [7] und § 323 [14]. In Betreff der aufschiebenden Bedingung gehen die Meinungen auseinander; s. Cropp S. 198. 199, Goldschmidt S. 125—127, Thöl Note [33], Vangerow S. 453 der 6. S. 437 der 7. Aufl. Wendt Reur. und Gebundenheit Heft 2 S. 83 fg., Bechmann S. 246 fg. Ueber l. 4 § 1 D. 18, 6 s. Goldschmidt S. 95—98, Bechmann II S. 539. — HBG. Art. 339 Absatz 3. „In Ermangelung einer verabredeten oder ortsgebräuchlichen Frist kann der Verkäufer nach Ablauf einer den Umständen angemessenen Zeit den Käufer zur Erklärung

Digitized by Google

[Nach BGB. steht ebenfalls die Billigung des auf Probe oder Besicht gekauften Gegenstandes im Belieben des Käufers. Das Geschäft ist im Zweifel aufschiebend bedingt (495 Abs. 1). Der Verkäufer ist verpflichtet, dem Käufer die Untersuchung des Gegenstandes zu gestatten (495 Abs. 2). Daß der Käufer die Billigung, durch welche der Kauf zu Stande kommen würde, auch dann verweigern kann, wenn die Sache nach Abschluß des Kaufes auf Probe untergegangen oder verschlechtert ist, ist selbstverständlich, ebenso wie andererseits, daß er ersatzpflichtig ist, wenn er den Untergang oder die Verschlechterung verschuldet hat (Text zu [9]). Wenn aber der Käufer mit der Sache so gehandelt hat, wie er mit ihr nach Treu und Glauben nur handeln konnte, wenn er sie billigen wollte, so muß die Billigung als erklärt gelten, kann also nicht mehr verweigert werden. Die Billigung des Gegenstandes kann nur innerhalb der vereinbarten Frist erfolgen. Ist eine Frist nicht vereinbart, so kann der Verkäufer dem Käufer eine angemessene Frist bestimmen, und es kann nur innerhalb dieser die Billigung erfolgen (496 S. 1). Wird die Billigung nicht rechtzeitig erklärt, so ist die Bedingung des Vertrages ausgefallen. Schweigen innerhalb der Frist gilt als Billigung, wenn die Sache dem Käufer zum Zwecke der Probe oder der Besichtigung übergeben war (496 S. 2). Ist der Kauf auf Probe in dem Sinne geschlossen, daß er zunächst bestehen, durch die Mißbilligungserklärung aber aufgelöst werden soll, so muß diese auflösende Mißbilligungserklärung ebenso im Belieben des Käufers stehen, wie im Falle der Suspensivbedingung die Billigungserklärung (495 S. 1). Es liegt also der Sache nach ein im Belieben des Käufers stehendes Rücktrittsrecht vor. Kommen somit die §§ 346 fg. zur Anwendung, so führt auch § 355 zu dem gleichen Ergebniß wie § 496 S. 1. Das Unterlassen der Mißbilligungs- oder Rücktrittserklärung innerhalb der vereinbarten oder der vom Verkäufer bestimmten angemessenen Frist bringt aber das Rücktrittsrecht auch dann zum Erlöschen, wenn die Sache dem Käufer nicht übergeben war. Ob das Rücktrittsrecht durch den Untergang oder eine Verschlechterung des Gegenstandes ausgeschlossen wird, bemißt sich nach §§ 351 fg. S. ob. S. 320 fg. unter 4 fg.]

Von dem Kauf auf Probe ist zu unterscheiden der Kauf nach Probe: Kauf einer Quantität von Sachen, welche einer vorgelegten Probe entsprechen sollen[15].

[S. BGB. 494.]

---

auffordern; er hört auf, gebunden zu sein, wenn der Käufer sich auf die Aufforderung nicht sofort erklärt" [gestrichen].

[14] Liegt eine stillschweigende Billigung auch in dem Verstreichenlassen der festgesetzten oder durch Auffordern des Käufers bestimmten Frist bei übergebener Sache? S. Goldschmidt S. 454 [10], Fitting V S. 113 [38]; Bangerow 7. Aufl. S. 437, Bechmann S. 250. Die Frage ist bejaht im HGB. Art. 339 Satz 4 [gestrichen]. Vgl. Wendt Reur. und Gebundenheit Heft 2 S. 81. Sf. XXXIV. 200.

[15] Cropp in Heise und Cropp Juristische Abhandlungen I Nr. 13 (1827), Hesse ZS. f. CR. u. Pr. N. F. III S. 145 fg. (1827), Thöl Handelsr. I § 260), HGB. Art. 340 [gestrichen], Sf. XXXI. 325. 326, XXXII. 97. [XLVII. 135, XLVIII. 108, LI. 123, LII. 250.] RG. XI S. 36. — [XXVII

Digitized by Google

Es kann auch eine auf das nackte Wollen gestellte Bedingung mit einer anderen Bedingung verbunden werden. Hierher gehört es, wenn dem Verkäufer der Rücktritt für den Fall besseren Gebotes oder für den Fall nicht rechtzeitiger Entrichtung des Kaufgeldes vorbehalten wird[16]. Vgl. darüber die allgemeine Darstellung in § 323.

[RGB. s. ob. S. 320 unter 1, c und S. 319 unter 1, a. In Kraft bleiben die Bestimmungen des Reichsges. betr. die Abzahlungsgeschäfte v. 16/5 1894. Vgl. dazu Lazarus das R. des Abzahlungsgeschäftes nach geltendem R. und nach dem BGB. Berlin 1898 (Literatur S. XIII fg.). Wenn bei einem Kaufvertrage über eine dem Käufer übergebene bewegliche Sache, deren Kaufpreis in Theilzahlungen berichtigt werden soll, der Verkäufer sich das Recht vorbehalten hat, wegen Nichterfüllung der dem Käufer obliegenden Verpflichtungen vom Vertrage zurückzutreten, so ist im Falle dieses Rücktritts jeder Theil verpflichtet, dem anderen Theil die empfangenen Leistungen zurückzugewähren. Eine entgegenstehende Vereinbarung ist nichtig (§ 1 Abs. 1; vgl. ob. § 323 [12]). Dem Vorbehalt des Rücktritts steht es gleich, wenn der Verkäufer wegen Nichterfüllung der dem Käufer obliegenden Verpflichtungen kraft Gesetzes die Auflösung des Vertrages verlangen kann (§ 1 Abs. 2). Unter der Herrschaft des BGB. wird demzufolge, auch für den Fall, daß der Verkäufer auf Grund der §§ 325. 326. 455 zurücktritt, die Rückgewähr des vom Käufer etwa bereits Geleisteten durch Vertrag nicht ausgeschlossen werden können. Die beiderseitige Rückgewähr hat zu erfolgen nach den Bestimmungen des BGB. (346 fg.), soweit nicht das Reichsges. v. 16/5 1894 Sonderbestimmungen enthält. Dieses Gesetz verordnet im § 2 Abs. 1 S. 1 zunächst, daß der Käufer im Falle des Rücktritts dem Verkäufer für die infolge des Vertrages gemachten Aufwendungen Ersatz zu leisten hat. Hiermit geht das Gesetz über das BGB. hinaus; denn nicht jede Aufwen-

---

S. 19 fg. (der Verkäufer haftet trotz Probemäßigkeit des Gelieferten auch für ferner bedungene Eigenschaften). XXIX S. 86 fg.] Verkauf zur Probe: HGB. Art. 341 [gestrichen]. Thöl § 260 a. E.

[16] In diem addictio und lex commissoria. Möglicherweise kann die in diem addictio auch so gemeint sein, daß für den Fall besseren Gebotes der Käufer solle zurücktreten dürfen, l. 9 D. 18, 2. Was in dieser Beziehung die lex commissoria angeht, so ist nicht anzunehmen, daß es in der Absicht der Parteien gelegen habe, dem Käufer für seine vertragswidrige Säumniß einen Vortheil zuzuwenden. L. 2. 3 D. 18, 3. [Gerber L. 41 pr. D. d. R. V. Ein Beitrag zur Lehre von der in diem addictio. Gött. Diss. 1893. Jeanneney du pacte commissoire dans la vente. Th. de Paris 1889. Hot (§ 389 [17]) p. LV s. Sacchi sul patto commissorio in diritto Romano Arch. giur. LV p. 189 s. 445 s. (1895). Hasenkamp die gemeinrl. Grundsätze über den Verkauf mit lex commissoria und ihre Modificirung durch das Reichsges. betr. die Abzahlungsgeschäfte v. 16/5 94. Erl. Diss. 1896. Heuser das ausbedungene Rücktrittsrecht beim Kaufvertrage (lex commissoria) im gem. R. und BGB. Erl. Diss. 1899. Weber der Verkauf mit lex comm. und das Reichsges. über die Abzahlungsgeschäfte v. 16/5 94. Erl. Diss. 99.]

Digitized by Google

dung, welche der Verkäufer in Folge des Vertrages gemacht hat, stellt eine vom Käufer empfangene und zurückzugewährende Leistung dar (BGB. 346). Dagegen stimmt es mit dem BGB. überein, daß der Käufer Ersatz zu leisten hat für Beschädigungen der Sache, welche durch ein Verschulden des Käufers oder einen sonstigen von ihm zu vertretenden Umstand verursacht sind (Ges. § 2 Abs. 1 S. 1, vgl. BGB. 347. 989. 276. 278). Für die Ueberlassung des Gebrauchs oder der Benutzung ist deren Werth zu vergüten (Ges. § 2 Abs. 1 S. 2), ebenso wie nach BGB. 346 S. 2). Das Gesetz macht den Zusatz, daß bei Ansatz dieser Vergütung auf die inzwischen eingetretene Werthminderung der Sache Rücksicht zu nehmen ist; es ist also bei der für die Benutzung zu entrichtenden Vergütung auch zu berücksichtigen, um wieviel die Sache abgenutzt ist oder schon dadurch an Werth verloren hat, daß sie nicht mehr als neu verkauft werden kann. Diese Berechnungsweise dürfte aber auch für die allgemeine Vorschrift des BGB. richtig sein. Nach BGB. tritt indessen an Stelle der Vergütung des Werths die etwa im Vertrage bestimmte Vergütung in Gelde, gleichviel, ob sie höher oder niedriger ist als der objective Werth der Benutzung. Dahingegen ist nach dem Gesetz betr. die Abzahlungsgeschäfte eine vor Ausübung des Rücktrittsrechts erfolgte vertragsmäßige Festsetzung einer höheren Vergütung nichtig. Ebenso sind nichtig alle anderen dem Inhalt des § 2 des Gesetzes widersprechenden Vereinbarungen (§ 2 Abs. 1 S. 3). Damit sind aber nur solche gemeint, welche den Käufer schlechter stellen als das Gesetz; denn man sieht gegensätzlich aus dem vom Gesetz besonders hervorgehobenen Falle, daß die Vereinbarung einer Vergütung, welche hinter dem wahren Werth der Benutzung zurückbleibt, gültig ist; also müssen auch andere den Käufer begünstigende Vereinbarungen gültig sein. Wenn ferner die Vereinbarung einer höheren Vergütung nur dann nichtig ist, wenn sie vor Ausübung des Rücktrittsrechtes erfolgt, so wird dieselbe Voraussetzung auch für die Nichtigkeit anderer dem Inhalt des § 2 zuwiderlaufender Vereinbarungen zu machen sein. (Vgl. Mot. in den Drucks. des Reichst. 1893/4 S. 724 Sp. 2 Abs. 2.)

Auf die Festsetzung der Höhe der dem Käufer gebührenden Vergütung (d. h. aller aus § 2 Abs. 1 entspringenden Ansprüche) ist gemäß Abs. 2 das. der § 260 Abs. 1 (jetzt 287 Abs. 1) der CPO. entsprechend anzuwenden. Der § 3 des Gesetzes entspricht dem BGB. § 348 S. 1, § 4 Abs. 1 des Gesetzes geht auf in § 343 Abs. 1 BGB. Eine Sonderbestimmung dagegen bietet wieder § 4 Abs. 2: die Abrede, daß die Nichterfüllung der dem Käufer obliegenden Verpflichtungen die Fälligkeit der Restschuld zur Folge haben soll, kann rechtsgültig nur für den Fall getroffen werden, daß der Käufer mit mindestens zwei auf einander folgenden Theilzahlungen ganz oder theilweise im Verzug ist und der Betrag, mit dessen Zahlung er im Verzuge ist, mindestens dem zehnten Theil des Kaufpreises der übergebenen Sache gleichkommt.

§ 5 bestimmt: Hat der Verkäufer auf Grund des ihm vorbehaltenen Eigenthums die verkaufte Sache wieder an sich genommen, so gilt dieß als Ausübung des Rücktrittsrechts. Wenn also ein Rücktrittsrecht bedungen oder gesetzlich gegeben und außerdem dem Verkäufer das Eigenthum vorbehalten ist, so liegt in der Zurücknahme der Sache nothwendig die Ausübung des Rücktrittsrechts. Der Verkäufer kann nicht etwa zur Umgehung der Bestimmungen in §§ 1. 2 des

Digitized by Google

Gesetzes die Sache zurücknehmen und doch den Kaufvertrag als solchen für aufrecht erhalten erklären wollen. Es ist aber ferner die Meinung des Gesetzes (vgl. Mot. S. 724 fg), daß auch dann, wenn nur der Eigenthumsvorbehalt gemacht, ein Rücktrittsrecht dagegen nicht bedungen und auch nicht gesetzlich gegeben ist, die Rücknahme der Sache auf Grund des Eigenthumsvorbehalts im Sinne des Gesetzes als Rücktritt wirken, also die Rückgewährpflichten nach §§ 1. 2 des Gesetzes zur Existenz bringen soll. Im Uebrigen ist es gleichgültig, ob das Ansichnehmen der Sache auf Grund des vorbehaltenen Eigenthums darin besteht, daß dem Verkäufer die Sache vom Käufer wieder ausgeliefert wird, oder darin, daß der Verkäufer die Sache einseitig wieder an sich nimmt, und letzteren Falls ist gleichgültig, ob der Verkäufer zu diesem einseitigen Vorgehen kraft des Vertrages befugt war oder nicht. Nach dem § 455 BGB. ist bei dem Eigenthumsvorbehalt im Zweifel anzunehmen, daß die Uebertragung des Eigenthums unter der aufschiebenden Bedingung vollständiger Zahlung des Kaufpreises erfolgt, und daß der Verkäufer zum Rücktritt von dem Vertrage berechtigt ist, wenn der Käufer mit der Zahlung in Verzug kommt. Auch außerhalb des Gebietes des Gesetzes betr. die Abzahlungsgeschäfte wird man danach geneigt sein, anzunehmen, daß das Wiederansichnehmen der Sache seitens des Verkäufers im Zweifel die Ausübung des Rücktrittsrechtes darstellt. Das Besondere für das Gebiet jenes Gesetzes liegt darin, daß diese Annahme unausweichlich ist, und während nach BGB. die Möglichkeit eines Eigenthumsvorbehalts ohne Rücktrittsrecht offen bleibt, muß im Gebiete des Gesetzes betr. die Abzahlungsgeschäfte die Rücknahme der Sache als Rücktritt wirken.

Nach dem § 6 des Gesetzes finden dessen §§ 1—5 entsprechende Anwendung auf Verträge, welche darauf abzielen, die Zwecke eines Abzahlungsgeschäfts in einer anderen Rechtsform, insbesondere durch miethweise Ueberlassung der Sache, zu erreichen, gleichviel, ob dem Empfänger der Sache ein Recht, später deren Eigenthum zu erwerben, eingeräumt ist, oder nicht. Der wirthschaftliche Zweck eines Abzahlungsgeschäftes ist, dem Empfänger der Sache deren Benutzung alsbald zu verschaffen und ihm den definitiven Erwerb der Sache gegen ratenweise Abtragung eines Preises zu ermöglichen. (Vgl. Mot. S. 725). Es ist nach ausdrücklicher Bestimmung des Gesetzes nicht nöthig, daß derjenige, dem die Sache überlassen, insbesondere vermiethet wird, ein Recht auf den Eigenthumserwerb erworben hat, sondern es genügt, wenn z. B. die Ablösung des Miethverhältnisses durch Kauf in Aussicht genommen und etwa vereinbart ist, daß, wenn die Sache gekauft werde, die gezahlten Miethzinsen (oder ein Theil derselben) auf den Kaufpreis angerechnet werden sollen. Damit die §§ 1. 2. 3. 5 des Gesetzes in solchen Fällen einen Boden der Anwendung finden, ist weiter erforderlich, daß demjenigen, der die Sache gewährt, ein Rücktrittsrecht oder ein Recht zusteht, dem Empfänger die Sache wieder zu entziehen. Die Mot. des Gesetze S. 725 stellen diese Voraussetzung jedoch allgemein auf, so daß auch die entsprechende Anwendung des § 4 des Gesetzes von ihr abhängen würde. In Betreff des § 4 Abs. 1 ist es nunmehr gleichgültig, ob diese Auffassung die richtige ist, da diese Bestimmung, wie bemerkt, nichts Anderes enthält, als was kraft BGB. 343 in Zukunft allgemeines bürgerliches Recht sein wird. Der § 4 Abs. 2 fordert in sich jene Voraussetzung nicht und es erscheint unberechtigt, sie lediglich auf die Autorität der Motive hin in das Gesetz hineinzutragen.

Digitized by Google

§ 7 des Gesetzes ist eine Strafbestimmung. § 8 schließt von den Wohlthaten des Gesetzes die eingetragenen Kaufleute aus. § 9 verneint ausdrücklich die rückwirkende Kraft des Gesetzes.]

§ 388.

Ob Jemand einen Kaufvertrag abschließen will, oder nicht, hängt regelmäßig von seinem freien Willen ab[1]; ausnahmsweise kann eine Nöthigung zum Abschluß eines Kaufvertrages begründet sein, entweder durch Gesetz[2], oder durch richterliche Verfügung, oder durch Rechtsgeschäft. Im Besonderen gehört hierher:

1) der Vertrag auf Wiederverkauf[3] oder auf Wiederkauf[4]. Ist über den Preis, zu welchem der Kaufvertrag abgeschlossen werden soll, im Vertrage nichts bestimmt, so ist im Zweifel der Kaufpreis des früheren Kaufes als gewollt anzunehmen[5]; ist über die Zeit, binnen welcher das Recht auf Wiederverkauf oder auf Wiederkauf geltend gemacht werden soll, nichts bestimmt, so gilt die gewöhnliche Zeit der Anspruchsverjährung[6]. Beide Verträge wirken nur obligatorisch, und sind daher wohl zu unterscheiden von der Vereinbarung, daß der Kauf durch Rückgabe der Kaufsache oder des Kaufpreises solle rückgängig gemacht werden können[7].

---

[1] L. 11. 13 C. 4, 38. § 388.

[2] Außer den unten zu nennenden Fällen des gesetzlichen Vorkaufsr. gehören hierher l. 12 pr. D. 11, 7 und l. 14 § 1 D. 8, 6 (I § 169 [4]); ferner l. 2. l. 5 § 1 D. 20, 5 (I § 248 [27]), l. 3 § 4 C. 8, 33 [34] (I § 238 [5 a. E.]), und die antiquirten Bestimmungen der l. 2 D. 1, 6, l. 1 C. 7, 7, l. 2 (vgl. l. 3. 4) C. 7, 13; l. 9 C. 8, 11 [12] (= l. 30 C. Th. 15, 1, vgl. l. 50. 53 eod.), l. 1. 2 C. 10, 27, Nov. 7 c. 2 § 1. S. übrigens auch Bechmann II S. 263 fg. HGB. Art. 522 [§ 552]. — Gehört auch die heutige Expropriation hierher? Dafür eine weitverbreitete Meinung, und im Besonderen Gerber § 174b (seit der 6. Aufl.). [A. M. Cosack das. (17. Aufl.) § 87 [1].] Sf. XIV. 226, XXXIV. 305. Dawider Laband ACPra. LII S. 169 fg., Dernburg preuß. Privatr. I § 34, 6, Grünhut und v. Rohland in den sogleich zu citirenden Schriften, Stobbe II § 92, [3. Aufl. (Lehmann) II § 121], Beseler § 90 (seit der 4. Aufl.), welche Schriftsteller ihrerseits verschiedene Ansichten vertreten. Sf. XXV. 29. Neueste Literatur: Grünhut das Enteignungsr. Wien 1873. [Derselbe Handwörterb. der Staatswiss. u. d. W. Enteignung.] v. Rohland zur Theorie und Praxis des deutschen Enteignungsr. Leipzig 1875. Randa Grünh. ZS. X S. 613 fg. XI S. 1 fg. (1883. 1884). [Koppen über die rliche Natur der Enteignung. Gött. Diss. 1899.]

[3] S. g. pactum de retrovendendo. L. 12 D. 19, 5, l. 2 C. 4, 54. S. übrigens auch Note [7].

[4] S. g. pactum de retroemendo. — Ueber beide Verträge s. Sintenis II S. 637—639.

[5] Streitig. Andere nehmen den Taxwerth an.

[6] S. I § 107 [5. 9], Sintenis S. 639 [233].

Digitized by Google

[Das BGB. hat den Vertrag, kraft dessen der Verkäufer verpflichtet ist, die Sache wieder zu kaufen, nicht behandelt, weil das Geschäft zu selten sei, um besondere Hervorhebung zu verdienen, und weil zudem, wenn ein solcher Vertrag vorkomme, er meistens als Kauf unter Vorbehalt des Reurechts (Rücktrittsrechts) aufzufassen sei (Mot. II S. 342). Wohl dagegen ist unter dem Titel Wiederkauf der Verkauf mit Vorbehalt des Wiederkaufsrechts zu Gunsten des Verkäufers eingehend geordnet.

1. Wiederkaufsrecht im gesetzlichen Sinne liegt nach § 497 Abs. 1 S. 1 vor, wenn in dem Kaufvertrage das Recht des Wiederkaufs vorbehalten ist; dennoch zeigt § 503 („nach der Vereinbarung des Vorbehalts"), daß die Zeit der Vereinbarung des Vorbehalts nicht nothwendig die Zeit des Abschlusses des Kaufvertrages sein muß. Es kann vielmehr auch in einem Vertrage, der nach der Intention der Parteien ein Nachtrag zu dem Kaufvertrage ist, das Wiederkaufsrecht mit den Wirkungen der § 497 fg. vereinbart werden. Wenn dagegen die spätere Vereinbarung, daß der ehemalige Käufer verpflichtet sein solle, die Sache dem ehemaligen Verkäufer wiederzuverkaufen, nicht einen Nachtrag zu dem alten Kaufvertrage darstellt, so entsteht ein gewöhnlicher Vorvertrag; es bedarf dann zum Zustandekommen des zweiten Verkaufs des wirklichen Vertragsschlusses, und nicht etwa kommt derselbe wie der echte Wiederkauf durch die einseitige Erklärung des Käufers zustande. Auch unterliegt in dem genannten Falle der zu Stande gekommene zweite Kauf den gewöhnlichen Grundsätzen des Kaufes, nicht den besonderen des Wiederkaufes.

2. Der echte Wiederkauf kommt zustande mit der einseitigen Erklärung des Verkäufers (Wiederkäufers) gegenüber dem Käufer (Wiederverkäufer), daß er das Wiederkaufsrecht ausübe (497 Abs. 1 S. 1); diese einseitig wirksame Erklärung schafft, indem sie ihre Kraft dem vereinbarten Vorbehalt entnimmt, ein Verpflichtungsverhältniß der Parteien, welches nach Analogie des Kaufverhältnisses zu beurtheilen ist, soweit nicht besondere Sätze des Wiederkaufs bestehen oder Erwägungen der eigenthümlichen Natur des Verhältnisses andere Folgerungen begründen. Die Erklärung bedarf nicht der für den Kaufvertrag (etwa) bestimmten Form (497 Abs. 1 S. 2). Es findet also z. B. § 313 hier keine Anwendung. Das Wiederkaufsrecht ist kein Anspruch gegen den Gegner; Ansprüche entstehen erst durch Ausübung des Wiederkaufsrechts. Das Wiederkaufsrecht unterliegt daher auch keiner Verjährung, sondern nur der Befristung kraft Vertrages oder kraft

---

[7] L. 7 C. 4, 54. — Möglich ist auch, daß die Parteien nicht sowohl einen Vertrag auf Abschluß eines Kaufvertrages gewollt haben, als einen bedingten Kaufvertrag; d. h. es wird jetzt sogleich rückverkauft bez. rückgekauft unter der Bedingung, daß der Verkäufer bez. Käufer im ersten Kaufvertrag es wollen sollten. Ein solcher Vertrag ist in seinem praktischen Ergebniß von dem Vertrag auf Rückverkauf oder Rückkauf nicht verschieden. Es muß dahingestellt bleiben; ob nicht die in Note [3] genannten Stellen eher in diesem Sinne zu verstehen sind, als in dem Sinne eines pactum de retrovendendo. Zu weit wohl geht Degenkolb Begriff des Vorvertrages S. 22. 23, und jedenfalls Göppert kr. VJS. XIV S. 407, welcher Letztere das pactum de retrovendendo einfach mit dem pactum displicentiae identificirt, als wenn dieses nicht dingliche Wirkung hätte oder haben könnte.

Digitized by Google

Gesetzes (30 Jahre bei Grundstücken, sonst drei Jahre, beides von der Vereinbarung des Vorbehalts an [503]). Die Erklärung des Wiederkaufs wirkt nur obligatorisch, nicht dinglich; es ist auch bei Grundstücken nicht möglich, ein dingliches Wiederkaufsrecht (wie ein dingliches Vorkaufsrecht [1094 fg.]) zu begründen. Möglich dagegen ist die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des durch die Wiederkaufserklärung zu begründenden Rechts auf Uebertragung des Eigenthums an dem den Gegenstand des Wiederkaufsrechts bildenden Grundstück (883 Abs. 1 S. 2).

3. Das Wiederkaufsrecht ist im Zweifel vererblich und übertragbar (s. gegensätzlich 514). Es ist untheilbar. Sind mehrere gemeinschaftlich Wiederkaufsberechtigte vorhanden, so können sie das Recht nur im Ganzen, d. h. in Bezug auf die ganze Sache, ausüben. Ist es für einen der Berechtigten erloschen oder übt einer von ihnen sein Recht nicht aus, so sind die Uebrigen berechtigt, das Recht im Ganzen auszuüben (502). Ein Rücktrittsrecht und ein Recht auf Wandelung erlöschen für Alle, wenn sie für Einen erlöschen (356. 467); mit Recht; denn es ist nicht möglich, daß die Uebrigen den Rücktritt im Ganzen ausüben, während einer nicht zurücktreten kann. Bei dem Wiederkauf dagegen besteht die Möglichkeit, daß Einer das ganze Object für sich wiederkauft, wenn die Andern ausgeschlossen sind oder sich ausschließen, und der Wiederverkäufer hat kein wesentliches Interesse daran, dieses zu verhindern. (Ganz gleichgültig ist es für ihn freilich nicht, ob ein oder mehrere Wiederkäufer auftreten; denn die Mehreren haften ihm nach § 427 solidarisch für den Wiederkaufspreis, und einen Ausschluß dieser solidarischen Haftung bei Ausübung des Wiederkaufs braucht er sich nicht gefallen zu lassen.)

4. Ist der Wiederkauf zustande gekommen, so ist das Rechtsverhältniß folgendes:

a) Der Wiederverkäufer hat den Gegenstand dem Wiederkäufer herauszugeben, so wie er jetzt ist, nebst Zubehör, so wie es jetzt vorhanden ist (498 Abs. 1). Allein er kann Einrichtungen, mit denen er die Sache versehen hat, wegnehmen (500 S. 2), also wohl auch Zubehörstücke, welche er hinzugefügt hat. Wegen Verwendungen, die er vor dem Wiederkauf machte, kann er insoweit Ersatz verlangen, als der Werth des Gegenstandes (zur Zeit des Wiederkaufs) durch sie erhöht ist. Sonstige Werthsteigerung kommt dem Wiederkäufer zu Gute. Verwendungen, welche nach Ausübung des Wiederkaufs gemacht wurden, müssen nach § 450 beurtheilt werden.

b) Für Sachmängel, welche schon zur Zeit des Verkaufs vorhanden waren, wird natürlich beim Wiederkauf nicht gehaftet. Ist vor der Ausübung des Wiederkaufsrechtes (aber nach Vereinbarung des Vorbehalts) der Gegenstand durch Verschulden des Wiederverkäufers verschlechtert, untergegangen oder sonst dessen Herausgabe unmöglich geworden, oder hat der Wiederverkäufer den Gegenstand wesentlich verändert (auch wenn darin kein Verschulden zu finden ist), so haftet er nach Erklärung des Wiederkaufs auf Schadensersatz (498 Abs. 2 S. 1); denn er mußte mit der Möglichkeit des Wiederkaufs rechnen. Ist der Gegenstand ohne Verschulden des Wiederverkäufers verschlechtert oder nur unwesentlich verändert, so kann der Wiederkäufer danach Schadensersatz nicht fordern; er kann aber dann nach § 498 Abs. 2 S. 2 auch keine Minderung des Kaufpreises verlangen; noch

Digitized by Google

weniger kann er Wandelung verlangen. E. I § 478 S. 3 billigte dem Wiederverkäufer für solche Fälle den vollen Wiederkaufspreis zu; hiermit war die II. Comm. (Prot. S. 1771 fg.) sachlich einverstanden. Der Wiederkäufer kann nur, wenn er in Unkenntniß der zufälligen Verschlechterung den Wiederkauf erklärte, möglicher Weise die Wiederkaufserklärung unter Benutzung des § 119 Abs. 2 anfechten. Wird der Wiederkauf erklärt, nachdem die Sache ohne Verschulden des Käufers untergegangen ist, so muß die Erklärung wirkungslos sein. Zweifelhaft kann sein, ob, wenn der Wiederverkäufer einen Mangel schuldhaft herbeigeführt hat, ein Recht auf Wandelung oder Minderung neben dem Recht auf Schadensersatz steht. Es ist aber wohl die Absicht des Gesetzes, dem Wiederkäufer für diese wie für die sonst unter § 498 Abs. 2 S. 1 gehörigen Fälle nur den Anspruch auf vollen Schadensersatz zu geben. Die Aufrechnung mit dem Schadensersatzanspruch kann dann aber den Wiederkaufspreis mindern oder tilgen. Das Recht des § 498 steht auf einem wesentlich andern Boden als das allgemeine Mängelrecht bei dem Kaufe; denn es handelt sich in Wahrheit nicht um ein Kaufgeschäft, sondern um ein Recht, die Sache auf Grund einseitiger Willenserklärung zurückzuverlangen. Daher spricht schon Abs. 1 von Herausgabe, wovon bei dem Kauf keine Rede ist (vgl. 433 Abs. 1). Daher wird für die Zeit vor der Wiederkaufserklärung zwischen verschuldeten und nicht verschuldeten Mängeln unterschieden, ein Unterschied, der sich beim Kauf in Ansehung der Mängel, welche vor dem Abschluß desselben entstanden sind, nicht geltend machen kann. Aus demselben Grunde hat der Wiederkäufer das Recht auf Schadensersatz gemäß § 498 Abs. 2 S. 1 auch dann, wenn er den Wiederkauf in Kenntniß des Geschehenen erklärt, während bei dem echten Kauf ein ihm bekannter und im Allgemeinen auch ein ihm in Folge grober Fahrlässigkeit unbekannter Mangel außer Betracht bleibt (460). Für das Recht der Wandelung oder Minderung beim Kauf ist die Frage, ob der Mangel vom Verkäufer verschuldet wurde oder nicht, gleichgültig, und es paßt nicht in den Rahmen des Wiederkaufsverhältnisses, ein solches Wandelungs- oder Minderungsrecht, hier abhängig vom Verschulden des Wiederverkäufers, zu behaupten.

Ist der Wiederkauf erklärt, so finden auf Verschlechterungen oder Veränderungen der Sache die allgemeinen Grundsätze der gegenseitigen Verträge Anwendung (323—325), aber auch die Bestimmungen des Kaufrechts über den Uebergang der Gefahr (446 fg.).

c) In Betreff von Rechtsmängeln wird zunächst wiederum zu behaupten sein, daß der Käufer als Wiederverkäufer für solche Mängel nicht haftet, welche der Sache bereits zur Zeit des ersten Verkaufes anklebten. Hat der Wiederverkäufer vor Ausübung des Wiederverkaufsrechts (nach Ausbedingung des Vorbehalts) über den Gegenstand verfügt, oder ist eine solche Verfügung im Wege der Zwangsvollstreckung, Arrestvollziehung oder durch seinen Concursverwalter erfolgt, so muß er die dadurch begründeten Rechte Dritter beseitigen (499), und haftet zweifellos auf Schadensersatz, wenn ihm dieß nicht gelingt. Hierbei ist es gleichgültig, ob man davon ausgeht, daß die Herausgabeverpflichtung erst mit der Wiederkaufserklärung entsteht (dann liegt anfängliche subjective Unmöglichkeit der Erfüllung vor), oder ob man darauf sieht, daß die eigentliche Wurzel der Herausgabepflicht in der Vereinbarung des Vorbehalts liegt. Von dieser letzteren Anschauung aus liegt eine nachträgliche subjective Unmöglichkeit der Erfüllung

Digitized by Google

vor; aber von einer Befreiung des Schuldners auf Grund des § 275 kann nicht die Rede sein, da das Gesetz eben in § 499 dem Wiederverkäufer offenbar die Vertretung der fraglichen Ereignisse auferlegt, auch soweit sie auf seinem Verschulden nicht beruhen. Aus dieser Erwägung folgt auch, daß derselbe Satz maßgebend bleibt für die Zeit nach Ausübung des Wiederkaufsrechts. Wenn der Käufer die Sache aus der Hand gegeben und hierdurch die Entstehung des Rechts eines gutgläubigen Erwerbers schuldhaft ermöglicht hat, so haftet er gemäß § 498 Abs. 2 S. 1. Entsteht vor Ausübung des Wiederkaufsrechts das Recht eines Dritten ohne Verschulden des Wiederverkäufers, z. B. durch Enteignung, so haftet derselbe nicht. Kann in Folge dieses Rechts der Käufer den Gegenstand überhaupt nicht mehr herausgeben, so ist das Wiederkaufsrecht gegenstandslos geworden; wird es dennoch ausgeübt, so kann eine Verpflichtung des Wiederkäufers zur Zahlung des Wiederkaufspreises ebensowenig entstehen, wie eine Verpflichtung des Wiederverkäufers zur Herausgabe des Gegenstandes. Ist nur eine Belastung des Gegenstandes zufällig eingetreten, so kann, wie bei der zufälligen Verschlechterung, der Wiederkäufer nur den belasteten Gegenstand gegen den vollen Wiederkaufspreis verlangen, und wenn er den Wiederkauf in Unkenntniß der Belastung erklärt hat, nur möglicher Weise die Erklärung in entsprechender Anwendung des § 119 Abs. 2 anfechten.

d) Der Wiederkäufer hat den Wiederkaufspreis zu entrichten, wie einen sonstigen Kaufpreis. Im Zweifel ist der Preis, zu welchem verkauft wurde, auch der Wiederkaufspreis (497 Abs. 2). Der Wiederkäufer hat die wiedergekaufte Sache dem Wiederverkäufer abzunehmen (433 Abs. 2).

e) Wenn als Wiederkaufspreis der Schätzungswerth vereinbart ist, den der Gegenstand zur Zeit der Erklärung des Wiederkaufes hat, so ergibt sich, daß der Wiederkäufer eine Werthsteigerung des Gegenstandes mit einer entsprechenden Erhöhung des Wiederkaufspreises zu entgelten hat; dafür fällt der Anspruch des Wiederverkäufers auf Ersatz von Verwendungen fort (501). Dieß kann sich aber nur auf Verwendungen beziehen, welche bis zur Erklärung des Wiederkaufs erfolgt sind; denn mit diesem Augenblick ist der Wiederkaufspreis fixirt. Andererseits nimmt das Gesetz an, daß nicht nur zufällige Verschlechterungen des Gegenstandes von selbst den Wiederkaufspreis entsprechend herabsetzen, eine zufällige Unmöglichkeit der Herausgabe ihn von selbst auf ein Nichts reducirt, sondern das Gesetz läßt es hierbei auch im Falle des Verschuldens des Wiederverkäufers bewenden. Eine Haftung desselben für Verschlechterung u. s. w. findet überhaupt nicht statt (501). Auch dieß aber kann nur für die Zeit bis zum erklärten Wiederkauf gelten.]

2. Das Vorkaufsrecht[8]. Jemand muß, wenn er verkaufen will, einer bestimmten Person die Vorhand lassen, vorausgesetzt, daß dieselbe gleiche Bedingungen bietet, wie ein dritter Kauflustiger geboten hat[9]. Auch das Vorkaufsrecht wirkt nur obligatorisch[10], und ist da-

[8] Sintenis S. 639. 640. Sf. XXX. 29. 247. [Jaeger das Verkaufsr. nach gem. R. Tüb. Diss. 1893.]

[9] L. 3 C. 4, 66. Sf. XXXII. 140.

Digitized by Google

her nicht zu verwechseln mit dem dinglich wirkenden deutschen Näher- oder Retractrecht[11]. Das Vorkaufsrecht kann nicht bloß vertragsmäßig begründet werden[12]; es gibt auch gesetzliche Vorkaufsrechte[13]. —

[Auch das BGB. kennt ein Vorkaufsrecht, sowohl kraft Vertrages wie kraft Gesetzes (vgl. das [besonders gestaltete] Vorkaufsrecht unter Miterben 2034 fg.). Das Vorkaufsrecht wirkt im allgemeinen nur obligatorisch. Es kann aber das Vorkaufsrecht der Miterben auch dem Käufer gegenüber ausgeübt werden (2035), und bei einem Grundstück ist nicht nur wie beim Wiederkauf die Eintragung einer Vormerkung gemäß § 883 möglich, sondern auch die dingliche Belastung des Grundstücks mit dem Vorkaufsrecht gemäß § 1094 fg. Hiervon wird im Folgendem nicht weiter gehandelt. Vgl. Immerwahr Jahrb. f. Dogm. XL S. 279 fg.

1. Die Ausübung des Vorkaufsrechts setzt voraus, daß der Verpflichtete über den Gegenstand einen Kaufvertrag mit einem Dritten schließt (504). Ein sonstiger, wenn auch entgeltlicher, Veräußerungsvertrag genügt nicht. Der Verkauf muß ein freiwilliger sein. Erfolgt er im Wege der Zwangsvollstreckung oder durch den Concursverwalter, so wirkt das Vorkaufsrecht nicht (512). Auch bei einem Verkauf mit Rücksicht auf ein künftiges gesetzliches Erbrecht des Käufers ist es ausgeschlossen (511).

2. Das Vorkaufsrecht ist (im Gegensatz zum Wiederkaufsrecht) im Zweifel nicht übertragbar und geht im Zweifel nicht auf die Erben über; vererblich ist es jedoch im Zweifel, wenn es auf eine bestimmte Zeit beschränkt ist (514). In diesem Falle ersetzt die Zeitgrenze die Beschränkung auf die Lebensdauer des Berechtigten.

3. Steht das Recht mehreren gemeinschaftlich zu, so gelten dieselben Sätze wie beim Wiederkauf (513; vgl. 502 u. ob. zu 1 des Textes unter 3).

4. Die Beschränkung des Vorkaufsrechts auf eine bestimmte Zeit (514 S. 2) bedeutet, daß der Verkauf, welcher zur Ausübung des Vorkaufsrechts Anlaß geben soll, innerhalb einer bestimmten Zeit von Vereinbarung des Vorkaufsrechts an geschlossen sein muß. Hiervon ist zu unterscheiden die Frist zur Ausübung des durch einen Verkauf veranlaßten Vorkaufsrechts. Eine solche Frist besteht immer. Ist sie nicht vereinbart, so ist sie gesetzlich bei Grundstücken zwei Monate, bei andern Gegenständen eine Woche. Sie beginnt mit dem Empfang einer von dem Vorkaufsverpflichteten oder dem dritten Käufer an den Berechtigten erstatteten

---

[10] Sf. VII. 37. Kann ihm durch Vertrag dingliche Wirkung beigelegt werden? Sf. XXXII. 43.

[11] Gerber § 175—177 [17. Aufl. (Cosack) § 178—181], Beseler § 124. 125 (4. Aufl. § 93. 94), Stobbe II § 87—91 [3. Aufl. (Lehmann) § 117—119], Laband ACPra. LII S. 151 fg.

[12] Durch Rgeschäft kann auch bestimmt werden, daß der Eigenthümer Niemandem als einer bestimmten Person überhaupt solle verkaufen dürfen. L. 75 D. 18, 1, l. 21 § 5 D. 19, 1, l. 122 § 3 D. 45, 1.

[13] Vor Allem das Vorkaufsr. des Eigenthümers der Emphyteuse, l. 3 C. 4, 66. S. ferner l. 16 D. 42, 5 und l. 60 D. 2, 14, l. 1 C. 11, 7 [6], und vgl. l. 14 C. 4, 38. Sf. XXII. 230.

Digitized by Google

Mittheilung von dem Inhalt des abgeschlossenen Kaufvertrages (510 Abs. 2). Zu solcher unverzüglichen Mittheilung ist der Verpflichtete verbunden (510 Abs. 1 S. 1). Unterläßt er sie, so tritt nicht nur die Ausübungsfrist nicht in Lauf, sondern er haftet bei Verschulden auch auf Schadensersatz. Die Mittheilung des Dritten ersetzt jedoch die Mittheilung des Verpflichteten nach beiden Richtungen (510 Abs. 1 S. 2).

5. Die Ausübung des Vorkaufsrechts erfolgt, wie die des Wiederkaufsrechts, durch formlose einseitige Erklärung des Berechtigten an den Verpflichteten (505 Abs. 1; vgl. 497 Abs. 1).

6. Durch diese Erklärung kommt der Kauf zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten unter denselben Bestimmungen zustande, welche der Verpflichtete mit dem Dritten vereinbart hat (505 Abs. 2).

a) Das so entstandene Kaufverhältniß steht vollkommen unter den Grundsätzen des Kaufs. Die Besonderheiten des Wiederkaufs sind hier nicht am Platze, weil ein freiwillig geschlossener Kauf vorliegt, wenn auch der Verkäufer freiwillig nur an den Dritten, nicht an den Vorkaufsberechtigten verkauft.

b) Nachträgliche Veränderungen der Bestimmungen des einmal geschlossenen Kaufvertrages zwischen dem Verpflichteten und dem Dritten braucht der Vorkaufsberechtigte nicht anzuerkennen. Er kann den Kaufvertrag zwischen sich und dem Verpflichteten kraft seines Rechts so zu Stande bringen, wie er ursprünglich zwischen dem Verpflichteten und dem Dritten geschlossen wurde.

c) Es könnte versucht werden, das Vorkaufsrecht zu umgehen durch die Bestimmung des Kaufvertrages, daß derselbe nur gelten solle, wenn das Vorkaufsrecht nicht ausgeübt werde, oder dadurch, daß dem Verkäufer für den Fall der Ausübung des Vorkaufsrechts der Rücktritt vorbehalten wird. In beiden Fällen würde der Berechtigte durch die Erklärung des Vorkaufs seinem Recht den Boden entziehen. Um dieß zu verhindern, erklärt § 506 derartige Bestimmungen für dem Vorkaufsberechtigten gegenüber wirkungslos.

d) Es ist möglich, daß in dem Kaufvertrage Nebenleistungen des Dritten bedungen sind, welche nicht in Gelde bestehen. Diese hat der Verkäufer im Allgemeinen zu bewirken wie der Dritte (505 Abs. 2). Ist er hierzu außer Stande, so hat er den Werth der Nebenleistung in Gelde zu entrichten. Ist sie in Gelde nicht schätzbar, so ist die Ausübung des Vorkaufsrechts ausgeschlossen. Wenn jedoch der Kaufvertrag auch ohne sie geschlossen sein würde, so kommt die Nebenleistung nicht in Betracht, d. h. der Vorkaufsberechtigte ist in Ansehung ihrer zu nichts verpflichtet (507). Hiermit ist es unmöglich gemacht, den Vorkaufsberechtigten von der Ausübung seines Rechts durch Vereinbarung von Nebenleistungen auszuschließen, die dem Verkäufer kein anderes Interesse bieten, als eben diesen Ausschluß.

e) Hat der Dritte den Gegenstand des Vorkaufsrechts mit anderen Gegenständen zusammen für einen Gesammtpreis gekauft, so hat der Vorkaufsberechtigte einen verhältnißmäßigen Theil des Gesammtpreises zu entrichten. Der Verpflichtete kann aber die Ausdehnung des Vorkaufs auf alle Sachen (wohl richtiger: Gegenstände) verlangen, die nicht ohne Nachtheil für ihn getrennt werden können (508). Ein solcher Nachtheil wird insbesondere dann vorliegen, wenn der Dritte die übrigen Gegenstände für den Rest des Kaufpreises nicht zu nehmen braucht und nicht nehmen will.

Digitized by Google

f) Stundung des Kaufpreises in dem Vertrage mit dem Dritten ist ein Akt des persönlichen Vertrauens des Verkäufers zu dem Dritten. Der Vorkaufsberechtigte kann die Stundung nur gegen Sicherheitsleistung in Anspruch nehmen (509 Abs. 1). Ist jedoch ein Grundstück Gegenstand des Vorkaufs und ist in dem Kaufvertrage vereinbart, daß für den gestundeten Kaufpreis eine Hypothek an dem Grundstück eingetragen werden soll, so gewährt diese Vereinbarung (an welche kraft § 505 Abs. 2 der Vorkäufer gebunden ist) nach Ansicht des Gesetzes dem Verkäufer eine ausreichende Sicherung (509 Abs. 2), auch wenn die Hypothek die Grenzen der Mündelsicherheit überschreitet (vgl. 288). Dasselbe gilt auch dann, wenn in Anrechnung auf den Kaufpreis eine Schuld, für die eine Hypothek an dem Grundstück besteht, übernommen worden ist (509 Abs. 2). Wenn eine solche Uebernahme durch den Vorkäufer von dem Gläubiger genehmigt ist, so ist der Verkäufer befreit (415 Abs. 1. 414), somit für den entsprechenden Theil des Kaufpreises befriedigt und von Stundung nicht weiter zu sprechen. Steht die Genehmigung noch aus, so ist der Vorkäufer nur verpflichtet, den Verkäufer von der Schuld zu befreien (415 Abs. 3). Die II. Comm. sah aber auch für diesen Fall eine ausreichende Sicherheit des Verkäufers als gegeben an (Prot. S. 1811); mit Recht, weil die Wahrscheinlichkeit besteht, daß der Gläubiger sich an den neuen Eigenthümer des Grundstücks halten wird. Wenn dagegen die Genehmigung verweigert ist, so kann dasselbe nicht mehr gelten; denn nunmehr besteht die Wahrscheinlichkeit, daß der Gläubiger sich an den Verkäufer als persönlichen Schuldner halten wird. Die Schuldübernahme als solche, auf welche es nach § 509 Abs. 2 ankommt, gilt als nicht geschehen (415 Abs. 2), und demnach ist trotz der fortdauernden Befreiungspflicht des Vorkäufers (415 Abs. 3) anzunehmen, daß er die Stundung nur gegen Sicherheitsleistung in Anspruch nehmen kann.

7. Der Verkauf an den Dritten wird durch die Ausübung des Vorkaufsrechts nicht aufgelöst. Liefert der Verkäufer dem Dritten, so haftet er dem Vorkäufer auf Schadensersatz, wenn er in Folge dessen diesem nicht liefern kann. Umgekehrt haftet er dem Käufer, wenn er dem Vorkäufer liefert. Der Verkäufer kann sich aber gegen diese Haftung durch eine der Vereinbarungen des § 506 dem Käufer gegenüber sichern.

Vgl. Katz z. Lehre vom Vorkaufsr. nach dem BGB. f. d. deutsche Reich. Erl. Diss. 1898.]

Der Kaufvertrag ist nicht immer erlaubt. Personen, die fremdes Vermögen kraft Amtes verkaufen oder verwalten, ist es verboten, an sich selbst zu verkaufen[14]. Ein gleiches Verbot gilt für den Pfandgläubiger[15].

[Aus dem BGB. gehören hierher die Bestimmungen der §§ 456—458. Ueber den Pfandgläubiger s. ob. I S. 1084 unter 9. Zu der allgemeinen Frage

---

[14] L. 34 § 7 D. 18, 1, l. 5 § 2—4 D. 26, 8, l. 46 D. 18, 1. Regelsberger civilr. Erörterungen I S. 188, Römer ZS. f. HR. XIX S. 77 fg. 84 fg. Sf. XVIII. 222. Ausnahme bei der Versteigerung l. 2 § 8. 9 D. 41, 4, l. 5 C. 4, 38. Rümelin in der unten citirten Schrift S. 180 fg. Abgesehen von positiven Verboten dieser Art kann Jemand einen Kaufvertrag,

Digitized by Google

des s. g. Selbstcontrahirens des Stellvertreters ([14]) nimmt das BGB. in § 181 Stellung und zwar dahin: Ein Vertreter kann, soweit nicht besonders (durch Vollmacht oder Rechtssatz) ihm ein anderes gestattet ist, mit sich in eigenem Namen oder als Vertreter eines Dritten ein Rechtsgeschäft nur dann vornehmen, wenn dasselbe ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht. Hierbei ist gleichgültig, ob der Vertreter der Gläubiger oder der Schuldner ist, und natürlich auch, wer von den beiden Vertretenen Gläubiger oder Schuldner ist.]

c. Verpflichtungen.

α. Ueberhaupt.

§ 389.

Die Verpflichtungen aus dem Kaufvertrage stehen unter freiem richterlichen Ermessen, dessen Grundlage auch hier neben den Verabredungen der Parteien die allgemeine und besondere Absicht des Geschäfts bildet[1]. Die Hauptpunkte sind folgende[1a].

[S. BGB. 242.]

---

wie Verträge überhaupt, als Vertreter eines Andern mit sich selbst, oder mit sich als Vertreter eines Andern, abschließen. Römer a. a. O. S. 67 fg. So hat auch das RG. 23/11 81, Entsch. VI S. 11 und 18/10 82, Entsch. VII S. 119 entschieden. [[RG. XXIV S. 87 fg.]] [Wechselaccept durch Aussteller in Vollmacht des Bezogenen nicht ausgeschlossen.] [[Sf. XLVII. 39.]] [Principiell für Zulässigkeit von Verträgen des Vertreters mit sich selbst.] Anders das ROHG. Entsch. VIII S. 393. A. M. auch Bechmann II S. 286 fg., Muskat ZS. f. HR. XXXIII S. 507 fg., Lepa die Lehre vom Selbsteintritt des Kommissionärs in Einkaufs- und Verkaufsaufträge S. 226 fg., Ruhstrat Jahrb. f. Dogm. XXVII S. 146 fg. Die neueste Schrift über diesen Gegenstand ist die von Rümelin das Selbstcontrahiren des Stellvertreters, 1888. Dieser Schriftsteller verwirft das Selbstcontrahiren nicht principiell, läßt es aber auch nicht principiell zu. [[Ueber diese Schrift Meissels Grünh. ZS. XVIII S. 520 fg. Eck ZS. f. HR. XXXIX S. 265 fg.]] [Biehaus das Selbstcontrahiren des Stellvertreters nach gem. R. Erl. Diss. 1895. Arnò Arch. giur. LVI p. 19 s. 256 s. 473 s. 578 s. LVII p. 251 s. 408 s. (1896). Siebert Kann nach gem. R. der Stellvertreter mit sich selbst contrahiren? Erl. Diss. 1896. Böckelmann Ueber die Stellung des BGB. f. d. deutsche Reich zu der Frage des Selbstcontrahirens des Stellvertreters in Vergleich zum r. u. gem. R. Erl. Diss. 1898. Sraffa Arch. giur. LXI p. 345 s.]

[15] L. 10 C. 8, 27 [28]. — Das r. R. verbot außerdem Provinzialbeamten, während ihrer Amtsführung in ihrer Provinz etwas Anderes zu kaufen, als Sachen des täglichen Bedürfnisses (l. 62 pr. D. 18, 1, l. 6 § ult. D. 1, 16, l. un. § 2. 3 C. 1, 53). Ferner sollten Soldaten in der Provinz, in welcher sie dienten, keine Grundstücke kaufen (l. 9 pr. D. 49, 16). Diese Sätze des römischen Verwaltungsr. sind heutzutage unanwendbar. L. 3 D. 50, 13 enthält kein Verbot des Kaufes zwischen Aerzten und Patienten, sondern erklärt den Kauf für ungültig, zu welchem der Arzt den Patienten durch Mißbrauch seiner ärztlichen Gewalt bestimmt habe (vgl. § 404 [9]). Bechmann II S. 290 fg.

Digitized by Google

1. Der Verkäufer ist verpflichtet, dafür zu sorgen, daß der Käufer die Kaufsache habe[2]; das heißt näher: in seinem Vermögen habe. Zur Erfüllung dieser Verpflichtung ist nicht erforderlich die Verschaffung des Rechts am Kaufgegenstand[3]; aber es ist erforderlich

---

§ 389. [1] Die actiones aus dem Kaufe sind actiones bonae fidei, § 28 I. 4, 6, l. 11 § 1 D. 19, 1. L. 11 § 1 cit. „Et imprimis sciendum est, in hoc iudicio id demum deduci, quod praestari convenit; cum enim sit bonae fidei iudicium, nihil magis bonae fidei congruit, quam id praestari, quod inter contrahentes actum est. Quodsi nihil convenit, tunc ea praestabuntur, quae naturaliter insunt huius iudicii potestate".

[1a] S. außerdem noch z. B. l. 29. 30 D. 18, 1, l. 2 C. 4, 49, und darüber Fitting ACPra. XLVII S. 287 fg. XLVIII S. 308 fg. und die an letzterem Orte citirte Dissertation von Thilo.

[2] Es ist schon öfter bemerkt worden (I § 177 [1], § 321 zu [19], § 365 [18]), daß die Verkaufserklärung nicht gedacht werden darf als in erster Linie auf die Erzeugung einer Verbindlichkeit gerichtet. Ihr nächster Inhalt ist eben der, daß der Käufer die Sache haben solle, und eine Verbindlichkeit ergibt sich aus der Vertragserklärung nur dadurch, daß der wirkliche Zustand ihr nicht entspricht. Entspricht ihr der wirkliche Zustand sofort, so ist der Verkäufer zu nichts oder nur noch zu Nebenleistungen verpflichtet. So z. B. bei dem Verkaufe einer Dienstbarkeit (I § 212 [1]) oder einer Forderung (II § 330 [6]), wenn der Verkäufer berechtigt und übertragungsfähig ist. Für diese Auffassung des Inhalts der Verkaufserklärung spricht auch die Unbefangenheit, mit welcher unsere Quellen, gerade wie das noch heutzutage im Leben geschieht, die Begriffe venditio und alienatio identificiren, s. z. B. l. 47 § 6 D. 15, 1, l. 55 D. 18, 1, l. 6 C. 6, 2, l. 29 § 1 D. 40, 7, l. 77 § 27 D. 31, vgl. l. 55 D. 44, 7 l. 109 D. 50, 16. Vgl. auch Voigt condictiones ob causam S. 426—429, ius naturale IV S. 519 fg., Goldschmidt Handelsr. I § 81 z. A. und die § 321 [19] Citirten; jetzt noch Dernburg II § 94 [6] (gegen die hier vertheidigte Auffassung).

[3] Es ist nicht erforderlich die Verschaffung des R. Aber die Verschaffung des R. widerspricht dem Wesen des Kaufvertrags nicht. Umgekehrt, der Kaufvertrag ist auf Verschaffung des R. gerichtet. Der in dem Kaufvertrage erklärte Wille des Verkäufers geht darauf, daß der Käufer die Sache dem Rechte nach, nicht, daß er sie bloß thatsächlich haben solle. Der Wille des Verkäufers geht auf thatsächliches Haben überhaupt nicht, oder doch nur insofern, als das thatsächliche Haben die Consequenz des rlichen Habens ist. Wäre der Wille des Verkäufers auf thatsächliches Haben gerichtet, so würde der Käufer durch einseitige Inbesitznahme der Kaufsache Eigenthümer werden, und davon ist das Gegentheil wahr. Der Käufer wird Eigenthümer durch Inbesitznahme nur dann, wenn dieselbe erfolgt auf Grund eines neuen Willensactes des Verkäufers. L. 33 D. 41, 2, s. auch l. 1 § 5 D. 21, 3. Sf. XXIV. 188. [Vgl. jedoch [6].] (Zu weit gehend, jedenfalls unvorsichtig im Ausdrucke, Bernhöft Jahrb. f. Dogm. XIV S. 81 fg.) Ist aber der Wille des Verkäufers nicht gerichtet auf thatsächliches Haben, so muß er gerichtet sein auf rechtliches Haben. Deßwegen heißt es auch in l. 80 § 3 D. 18, 1: „Nemo potest videri eam rem vendidisse, de cuius dominio id agitur, ne ad emtorem transeat". Von der andern Seite ist es ebenso wahr, daß das r. R. dem Käufer auf Grund bloß davon, daß ihm nicht das R. verschafft worden ist, einen Anspruch nicht gewährt, s. Note [5]. Die Ver-

Digitized by Google

die Verschaffung des Genusses des Rechts[4]. Im Besonderen ist im Fall des Kaufs einer körperlichen Sache der Verkäufer nicht verpflichtet, den Käufer zum Eigenthümer der Kaufsache zu machen[5]; aber er ist verpflichtet, ihm die Kaufsache als eigene zu übergeben[6] und dafür einzustehen, daß er dieselbe wie eine eigene haben und genießen kann[7]. Eine besonders wichtige Seite dieser Verpflichtung des Verkäufers ist seine Verhaftung wegen Entwehrung (Eviction), d. h. seine Verhaftung in dem Falle, wo dem Käufer wegen der rechtlichen Mangelhaftigkeit der ihm gewährten Stellung der Besitz der Sache entzogen wird[8], und von dieser Seite der Verpflichtung des Verkäufers muß unten noch besonders gehandelt werden (§ 391). Aber die Verhaftung wegen Entwehrung ist eben auch nur eine besondere Seite der Verpflichtung des Verkäufers; sie erschöpft diese Verpflichtung nicht [8a]. Ohne Besitz kann der Käufer die Kaufsache

---

mittelung dieses Gegensatzes strebt der im Text gewählte Ausdruck an: der Verkäufer muß dafür sorgen, daß der Käufer die Kaufsache in seinem Vermögen habe. Vgl. l. 52 D. 41, 1, l. 49 D. 50, 16. Ferner l. 188 pr. eod. „'Habere' duobus modis dicitur, altero iure dominii, altero obtinere sine interpellatione id quod quis emerit". Legislatorisches: Kohler kr. VJS. XVIII S. 574 fg. ZS. f. franz. Civilr. VIII S. 526 fg. (Ges. Abh. I S. 252 fg.).

[4] Ohne Verschaffung des Genusses des R. genügt auch nicht Verschaffung des R. S. Note [6].

[5] L. 25 § 1 D. 18, 1. „Qui vendidit necesse non habet fundum emtoris facere, ut cogitur qui fundum stipulanti spopondit". L. 11 § 2. l. 30 § 1 D. 19, 1, l. 1 pr. D. 19, 4, l. 3 C. 8, 44 [45]. Einen scharfen (zu scharfen?) Ausdruck hat dieser Satz gefunden in l. 16 D. 12, 4. Bechmann II S. 71 fg.

[6] Er ist verpflichtet zum tradere. L. 11 § 2 D. 19, 1: „Et imprimis ipsam rem praestare venditorem opertet, i. e. tradere . .". Dieser Verpflichtung kann sich der Verkäufer auch durch Verschaffung des Eigenthums nicht entziehen. Sf. VIII. 37, XIX. 147; vgl. VI. 187. [[Bechmann ACPr. LXXVII S. 1 fg.: Erlangung des Besitzes sine vitio ersetzt die Tradition (begründet gegen die rei vind. eine Einrede nach Analogie der exc. rei vend. et traditae.]] [das. S. 10 fg. über error in corpore bei der Tradition. — Daumiller die Tradition zur Erfüllung eines Kaufgeschäftes nach r. R. und die Tradition nach heutigem Handelsr. Erl. Diss. 1897.]

[7] Er muß praestare emtori rem habere licere. L. 30 § 1 D. 19, 1, l. 11 § 18 eod., l. 80 § 1 D. 18, 1, l. 24 D. 21, 2.

[8] Die l. 11 § 2 D. 19, 1 fährt nach den in Note [6] mitgetheilten Worten fort: „Quae res, si quidem dominus fuit venditor, facit et emtorem dominum; si non fuit, tantum evictionis nomine venditorem obligat . .". S. ferner die übrigen in Note [5] citirten Stellen.

[8a] Anders die herrschende Ansicht, und mit ihr die ersten Auflagen dieses Lehrbuchs [bis zur 3.]. Die herrschende Ansicht geht dahin, daß der Verkäufer nur zur Abwehr der Eviction verpflichtet sei. Es ist das Verdienst Eck's, in

Digitized by Google

nicht genießen wie ein Eigenthümer; aber es kann sehr wohl sein, daß er sie nicht genießt wie ein Eigenthümer, obgleich er sie besitzt. Dann kann er vom Verkäufer Verschaffung des Fehlenden verlangen[8b], und überhaupt hat er, wenn ihm das volle Recht an der Sache nicht verschafft worden ist, einen Anspruch gegen den Ver-

---

✓ seiner kleinen Schrift: Die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährung des Eigenthums nach r. und gem. R., Halle 1874, das Irrige dieser Ansicht nachgewiesen zu haben. Die Aussprüche der Quellen, welche die Verpflichtung des Verkäufers auf die Verhaftung wegen Entwehrung beschränken, sind zu einseitig. In der Verhaftung wegen Entwehrung findet die Verpflichtung des Verkäufers ihre augenfälligste Erscheinung, und es ist kaum zu verwundern, daß diese ihre Erscheinung anfänglich für ihr Wesen gehalten worden ist. Erst allmälig ist die römische Jurisprudenz zu einer tieferen Erkenntniß vorgedrungen. S. die Noten 8[c], 8[d], 8[e]. Spuren dieses Gegensatzes in der Auffassung liegen in den Quellen vor. S. l. 43. l. 45 § 2 D. 19, 1 und l. 25. 26 D. 21, 2, l. 30 § 1 D. 19, 1. Ueber die zuerst genannten Stellen s. Note 8[c]. In der zuletzt genannten Stelle gibt African dem Käufer einen Anspruch auf „quanti mea intersit (rem) meam esse factum“ nur gegen den arglistigen Verkäufer. Die herrschende Meinung macht auf Grund dieser Stelle eine Ausnahme von der Regel der Verhaftung bloß wegen Entwehrung für den Fall der Arglist des Verkäufers. — Gegen Eck hat sich ausgesprochen, ohne ihn zu widerlegen Bernhöft Jahrb. f. Dogm. XIV S. 165 fg. Dieser Schriftsteller stellt die Formel auf: der Verkäufer müsse dafür einstehen, daß er zur Zeit des Verkaufes unentziehbaren Besitz habe. Aber unentziehbarer Besitz ist nur derjenige, welchem das Recht zu besitzen zur Seite steht. Ferner hat sich gegen Eck ausgesprochen Kohler ZS. f. franz. Civilr. VIII S. 518 fg. (Ges. Abh. I S. 244 fg.), dessen Widerlegungsversuch ich aber nicht für gelungen halte, und vergl. auch Ihering Jahrb. f. Dogm. XVI S. 294 und darüber § 422[8]. Die gleiche Auffassung wie bei Eck findet sich dagegen bei Bechmann Kauf I S. 546 fg. und bei Dernburg II § 99[31]. — Andere bleiben zwar in Betreff des r. R. bei der herrschenden Ansicht stehen, nehmen aber in Betreff des heutigen eine Aenderung nach der Seite der Verpflichtung zur Eigenthumsverschaffung an, so Keller § 330, Ziebarth Realexecution S. 194. — Vgl. noch Emilie Kempin die Haftung des Verkäufers einer fremden Sache. Züricher Inaug.-Diss. 1887. [A. Porta die Haftung des Verkäufers einer fremden Sache nach gem. R. verglichen mit dem schweiz. Obligationenr. und dem E. e. BGB. f. d. deutsche Reich. Zür. Diss. 1890. Casper der Verkauf einer fremden Sache nach r. u. gem. R. Berl. Diss. 1895. Vgl. auch § 391*.]

[8b] So kann der Käufer namentlich verlangen, daß der Verkäufer mitwirke zur Beschaffung der Formen, von welchen nach Particularren bei Grundstücken der Eigenthumserwerb oder die Legitimation des Eigenthümers, und damit die Möglichkeit, über die Sache rlich zu verfügen, abhängt. Vgl. l. 30 § 1 D. 19, 1 ([8a]): — „maxime si manumissuro vel pignori daturo vendiderit“. Eck S. 37. 43. Sf. XXXII. 224, XXXIX. 98 (RG.). (Verpflichtung des Verkäufers zur Vornahme der Mancipation: Eck S. 25, Bechmann I S. 547 fg.) Der Käufer kann ferner verlangen, daß der Verkäufer die Sache von Dispositionsbeschränkungen befreie, welche auf ihr liegen. Vgl. Bl. f. RAnw. XXXIII S. 310 fg. [Löschung von Hypotheken. Sf. XLVIII 17. 252, L. 9.]

Digitized by Google

käufer in allen Fällen, wo ihm Etwas entgeht, was er gehabt haben würde, wenn ihm das volle Recht an der Sache wäre verschafft worden[8c]; ja er hat einen Anspruch schon dann, wenn ihm Etwas entgeht, was er gehabt haben würde, wenn der Verkäufer in der Lage gewesen wäre, ihm das volle Recht an der Sache zu verschaffen[8d]. Der Käufer hat einen Anspruch gegen den Verkäufer ferner dann, wenn er selbst der Eigenthümer ist[8e], und zur Rückbehaltung des noch nicht gezahlten Kaufpreises ist er schon in dem Fall befugt, wo Entwehrung nur droht[8f]. — Ist dem Verkäufer die

---

[8c] Hierher gehören folgende Quellenentscheidungen. Der Käufer eines Sclaven, auf welchem die Auflage der Freilassung ruht, läßt denselben frei; der Verkäufer haftet, weil der Käufer keinen Freigelassenen hat. L. 43. l. 45 § 2 D. 19, 1. Anders entscheidet (zunächst für den Fall des Verkaufs eines fremden Sclaven) l. 25. 26 D. 21, 2 (s. [8a]). Die Käuferin einer fremden Sache gibt dieselbe dem Eigenthümer zur Dos; sie hat einen Anspruch, weil sie „indotata" ist. L. 24 D. 21, 2. Vgl. Eck S. 30. 35. Bernhöft ([8a]) S. 180 bringt diese Entscheidungen mit dem Satze, daß der Verkäufer für „unentziehbaren Besitz" einstehen müsse, mit einem einfachen „daher" in Verbindung, ohne dieses „daher" zu begründen. [Haftung des Verkäufers, dafür, daß der Käufer nicht durch Patentr. eines Dritten am Gebrauch der Sache gehindert wird: Sf. LII. 232.]

[8d] L. 35 § 4 D. 18, 1. Die Stelle sagt, daß wenn die verkaufte Sache dem Verkäufer ohne seine Schuld durch furtum abhanden gekommen sei, er seine vindicatio und condictio dem Käufer abtreten müsse, — und fährt dann fort: „Unde videbimus in personam eius, qui alienam rem vendiderit, cum is nullam vindicationem aut condictionem habere possit. Ob id ipsum damnandus est, quia, si suam rem vendidisset, potuisset eas actiones ad emtorem transferre". Bernhöft ([8a]) hat diese Stelle gar nicht beachtet. — Vgl. zu dieser und der vorhergehenden Note l. 8 D. 21, 2. „Venditor hominis emtori praestare debet, quanti eius interest, hominem venditoris fuisse".

[8e] Ist er Eigenthümer schon zur Zeit des Kaufes, so ist der Kauf ungültig (§ 385[6]); doch hat er auf Rückgabe des Kaufpreises (auch) actionem emti. L. 29 D. 19, 1, l. 84 § 5 D. 30. Aber auch wenn er später Eigenthümer wird, kann er den gezahlten Kaufpreis zurückfordern, und braucht ihn nicht zu zahlen, wenn dieß noch nicht geschehen ist. Paul. sent. II, 17 § 8, l. 9. l. 41 § 1 D. 21, 2. Vgl. § 343a[6], Eck S. 31 fg. 35 fg. Auch dieser Satz erklärt sich nur aus der Auffassung, daß der Verkäufer verpflichtet ist, dem Käufer das Eigenthum der Kaufsache zu verschaffen. Der Käufer, dem kein Eigenthum verschafft worden ist, kann sich nicht darüber beklagen, daß das Eigenthumsr. bei einem Andern sei, so lange ihm dieses Eigenthumsr. nichts entzieht; aber wenn er selbst der Eigenthümer ist, kann er geltend machen, daß er nicht zu bezahlen brauche, was er zwar habe, aber nicht durch den Verkäufer habe. — Dem Fall, wo der Käufer Eigenthümer wird, steht der Fall gleich, wo der Eigenthümer (durch Beerbung) Käufer wird. L. 49 D. 17, 1.

[8f] L. 19 [18] § 1 D. 18, 6, l. 24 C. 8, 44 [45]. Sf. I. 49. 50, VII. 164, IX. 142, XI. 34, XIII. 15. 88. 137, XIV. 128, XVIII. 228 vgl. 229, XXI. 35, XXII. 201, XXIV. 206 vgl. 207. Bekker, Jahrb. f. Dogm. VI S. 323 fg. 332 fg. Dieser Schriftsteller bestreitet, daß eine jede drohende Ent-

Digitized by Google

Erfüllung seiner Verpflichtung unmöglich, so sind die allgemeinen Grundsätze maßgebend, so daß bei ursprünglicher Unmöglichkeit zwischen objectiver und subjectiver[9], bei nachfolgender zwischen verschuldeter und unverschuldeter Unmöglichkeit unterschieden werden muß (§ 264. 315) [9a]. Schuld ist für den Verkäufer jede Nachlässigkeit[10]. Ist die Unmöglichkeit ohne Schuld des Verkäufers eingetreten, so ist er nicht nur selbst frei von eigener Leistung[11], sondern bekommt auch, trotzdem daß er selbst Nichts leistet, das Kaufgeld. Man sagt: der Käufer trage die Gefahr der Sache[12]. Auch hiervon muß näher gehandelt werden (§ 390). — Die Sache muß dem

---

wehrung zur Rückbehaltung des Kaufpreises berechtige; nur Beginn des Processes gebe diese Befugniß. Dawider l. 24 cit.: — „denuntiatum ab aliquo". Dernburg II § 97 [13].

[9] Im Einzelnen s. l. 15 pr. l. 34 § 1. l. 57 pr. § 1 D. 18, 1, l. 28 eod. Mommsen Unmöglichkeit § 2. 3. 14.

[[9a] RG. XXXI S. 184 fg.: Hat der Verkäufer das Kaufobject an einen Dritten veräußert, so ist der Käufer ohne Weiteres auf Schadensersatz zu klagen befugt, wenn nicht der Verkäufer darthut, daß er trotz der Veräußerung (wegen Wiederverkaufsbereitschaft des Dritten) zur Lieferung im Stande ist.]

[10] L. 23 D. 50, 17, l. 5 § 2 D. 13, 6, l. 35 § 4 D. 18, 1, l. 3 D. 18, 6.

[11] Doch kann natürlich das Gegentheil ausgemacht werden. Hierher gehört auch der Fall, wo der Verkäufer custodia im technischen Sinn des Wortes (§ 264 [9 lit. f.]) versprochen hat. L. 35 § 4 D. 18, 1, § 3 I. 3, 23, l. 31 pr. D. 19, 1. Baron ACPra. LII S. 58 fg. ist der Ansicht, daß der Verkäufer nach Maß, Zahl oder Gewicht für custodia in diesem Sinne hafte, auch ohne daß er sie übernommen habe; seine Gründe sind nicht überzeugend. S. auch Pernice Labeo II S. 356 fg. — Jedenfalls muß der Käufer der Regel gemäß leisten, was er in Folge der eingetretenen Unmöglichkeit statt der Kaufsache in Händen hat. Dahin gehört auch die Versicherungssumme. S. § 264 [6]. [Grevel Hat der Käufer einer Sache das R., die Cession des Anspruchs auf die Versicherungssumme zu fordern, falls die Sache vor der Tradition zu Grunde geht? Greifsw. Diss. 1895 (verneint, weil vielmehr der Anspruch des Versicherten gegen den Versicherer mit der Vollendung des Kaufvertrages erlösche). Giese Die Ansprüche des Verkäufers aus dem Versicherungs- und Kaufvertrage nach dem Uebergang der Gefahr auf den Käufer. Berl. Diss. 1898 (verneint ebenfalls einen Anspruch des Käufers auf die Versicherungssumme, weil vielmehr der Versicherer Anspruch auf Cession des R. des Verkäufers gegen den Käufer habe). J. Gierke die Versicherungsforderung bei Veräußerung der versicherten Sache. Berl. 1898. (Anspruch des Erwerbers auf Cession der Versicherungsforderung, zum Theil sogar Uebergang dieser Forderung ohne Cession).] Was er in Folge einer Thatsache, die ihn nicht befreit, statt der Kaufsache in Händen hat, behält er auch, wenn später eine ihn befreiende Unmöglichkeit eintritt, so das durch abermaligen Verkauf der Sache erzielte Kaufgeld, wenn die Sache später ohne seine Schuld untergeht, l. 21 D. 18, 4. Dieß gemäß der Regel § 327 [12].

[12] S. über diesen Ausdruck die § 321 [18] z. A. angeführten Schriftsteller.

Digitized by Google

Käufer so verschafft werden, wie sie nach der Zusicherung des Verkäufers sein soll[13]. Was aber ist Rechtens, wenn sie die zugesagten Eigenschaften nicht hat, was ferner, wenn sie mangelhaft ist, ohne daß die Abwesenheit von Mängeln ausdrücklich versprochen worden ist? Auch diese Fragen sollen besonders beantwortet werden (§ 393. 394). — Mit der Kaufsache muß der Verkäufer alle Zubehörungen derselben[14], so wie Alles, was dieselbe nach Vollendung des Kaufvertrages an Ertrag oder sonstigem Gewinn gebracht hat[15], herausgeben. — Ueber Ort und Zeit der Uebergabe entscheiden die allgemeinen Grundsätze[16. 16a].

[Nach BGB. ist der Verkäufer wie im gemeinen Recht zur Uebergabe der Kaufsache verpflichtet, aber auch, entgegen der von Windscheid vertretenen Auffassung des gemeinen Rechts, zur Eigenthums- und sonstigen vollen Rechtsverschaffung (433 Abs. 1. 434 fg.; s. unt. zu § 391). Den Satz, daß

[13] L. 6 § 4. l. 13 § 3. 4. D. 19, 1, l. 16 [15] D. 18, 6. Zusicherung in Betreff des Maßes eines verkauften Grundstücks: l. 2 pr. l. 4 § 1, l. 13 § 14. l. 22. l. 42 D. 19, 1, l. 69 § 6 D. 21, 2, l. 45 D. eod., l. 10 C. 8, 44 [45]. Sf. XXIX. 15, XXXI. 24, vgl. V. 278, XXIV. 114, XXV. 233, XXXVII. 301. Zusicherung in Betreff von Accessionen: l. 33 pr. D. 21, 1. l. 5 D. 21, 2; speciell von Servituten des verkauften Grundstücks: l. 6 § 6 D. 19, 1, l. 75 D. 21, 2. Zusicherung der Freiheit von Servituten: l. 75 cit. (l. 90. 169 D. 50, 16), l. 59. 66 pr. D. 18, 1.

[14] S. I § 143. Um so mehr, was Bestandtheil der Kaufsache ist, wie z. B. die noch nicht getrennten Früchte, l. 13 § 10 D. 19, 1. Bechmann II S. 368 fg. [S. noch Bauer die Dareingabe beim Kauf nach r. Re. Münch. Diss. 1887.]

[15] L. 3 § 1. l. 13 § 13. 18 D. 19, 1 (zu § 18 cit. vgl. l. 38 § 5 l. 39 D. 28, 5), l. 13. 16 C. 4, 49, l. 4 § 1 D. 22, 1, l. 7 pr. D. 18, 6. Natürlich kann etwas Anderes ausdrücklich oder stillschweigend ausgemacht werden, l. 13 § 18 D. 19, 1. Ueber l. 13 § 11 D. 19, 1. s. Jhering Abhandlungen S. 64 fg., Mommsen Erörterungen I S. 61. 124 fg., Dernburg II § 98[5]. Der Verkäufer haftet auch wegen des durch seine Schuld versäumten Gewinnes, l. 21 D. 18, 4 (*vv.* quemadmodum fundi venditor). Das Gesagte bezieht sich gemäß der Regel (§ 327[7]) nur auf den Gewinn, welchen die Sache selbst gebracht, nicht auf denjenigen, zu welchem sie nur Veranlassung gegeben hat.

[16] Demnach kommt es, was den Ort der Leistung angeht (§ 282): a) in erster Linie auf die Natur der Sache (bei unbeweglichen Sachen) und die ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung der Parteien an. b) Individuell bestimmte Sachen sind da zu übergeben, wo sie sich ohne Unredlichkeit des Verkäufers befinden, jedoch auf Verlangen des Käufers auf seine Gefahr und Kosten an den bei c genannten Ort zu schaffen. c) Generisch bestimmte Sachen können an jedem Orte verlangt werden, wo ein Gerichtsstand des Verkäufers begründet ist. Jedenfalls aber sind sie beim Verkäufer abzunehmen; der Käufer hat sie zu holen, nicht der Verkäufer sie zu bringen. Beauftragt der Käufer den Verkäufer, ihm das Gekaufte zu schicken, d. h. dasselbe, statt ihm selbst, einer vom

Digitized by Google

der Verkäufer schon von Vollendung des Kaufvertrages an die Gefahr trägt, hat das BGB. beseitigt (446 fg.; s. unt. zu § 390). Ueber die Haftung wegen thatsächlicher Mängel s. unt. zu § 393. 394. Zubehörungen gelten im Zweifel als mitverkauft (314). Die Nutzungen der verkauften Sache wie deren Lasten gehen mit der Uebergabe auf den Käufer über; erfolgt beim Verkauf eines Grundstücks die Eintragung des Käufers als Eigenthümers schon vor der Uebergabe, so tritt das Gleiche schon mit der Eintragung ein (446). S. im Uebrigen ob. zu § 327 unter 2. — Kostenfragen s. BGB. 448. 449.]

2. Der Käufer ist verpflichtet, das Kaufgeld zu zahlen, und zwar näher: an demselben dem Verkäufer Eigenthum zu verschaffen[17]. Von der Zeit der Uebergabe der Kaufsache an muß er, wenn nichts Anderes ausgemacht ist, das Kaufgeld verzinsen[18]. Verwendungen, welche der Verkäufer nach Abschluß des Kaufvertrages gemacht hat, muß der Käufer ersetzen, wenn sie nothwendig oder in seinem Interesse waren[19].

Käufer bezeichneten oder vom Verkäufer auszuwählenden Mittelsperson zu übergeben, so ist mit der Uebergabe an diese Mittelsperson die Leistung des Verkäufers vollständig beschafft. Verpflichtet zum Schicken ist der Verkäufer ohne besonderen ausdrücklichen oder stillschweigenden Vertrag nicht. Vgl. über das Gesagte Ihering Jahrb. für Dogm. IV S. 421 fg., Reatz Erfüllungsort S. 94 fg. (dieser a. M. in Betreff der Verpflichtung zum Schicken, vgl. § 282 [5]). Sf. II. 168. — HGB. Art. 342 (§ 282 [4a E.]); Art. 344. „Soll die Waare dem Käufer von einem andern Ort übersendet werden, und hat der Käufer über die Art der Uebersendung nichts bestimmt, so gilt der Verkäufer für beauftragt, mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes die Bestimmung statt des Käufers zu treffen, insbesondere auch die Person zu bestimmen, durch welche der Transport der Waare ausgeführt oder besorgt werden soll" [gestrichen]. Sf. XXXII. 317.

[16a] Ueber Vereinbarung von Nebenleistungen vgl. Bechmann II S. 375 fg.

[17] L. 13 § 20. l. 11 § 2 D. 19, 1, l. 1 pr. D. 19, 4. Jedoch gilt auch hier die Regel des § 342 [7. 8]. Vgl. Unterholzner S. 294. [Ueber die gesetzliche Suspension des Eigenthumsüberganges bis zur Zahlung oder Stundung des Kaufpreises s. I § 172 zu [19 fg.], über das pactum reservati dominii das. zu [18]; vgl. ferner Hot des droits du vendeur non payé. Th. de Paris 1893, Nebe die Sicherung des Verkäufers gegen die Nichterfüllung des Kaufvertrages durch den Käufer u. s. w. Erl. Diss. 1897. — Ueber den Eigenthumsvorbehalt: Cohen Günh. ZS. XXI S. 689 fg., Krückmann S. 111 fg., Bumke das pactum reservati dominii beim Kaufvertrage im gem. R. Greifsw. Diss. 1898.]

[18] L. 13 § 20. 21 D. 19, 1, l. 5 C. 4, 49, l. 18 § 1 D. 22, 1, l. 2 C. 4, 32. Sf. II. 283, IV. 117, VI. 182, VII. 305, XII. 21. 118. 263 (148), XIII. 10. 213, XXXIII. 122, XXXIV. 32. 296, XXXVII. 21 [[XLV. 245]]. Vgl. auch Seuffert § 323 [5], Holzschuher III S. 59—61, Stobbe III S. 240 fg. [3. Aufl. (Lehmann) S. 300 fg., Breunung Ist die dem Käufer nach l. 13 § 20 D. de A. E. V. obliegende Verpflichtung zur Verzinsung des rückständigen Kaufpreises durch den angegebenen Grund gerechtfertigt? u. s. w. Erl. Diss. 1897.]

Digitized by Google

[Das BGB. verpflichtet den Käufer zur Abnahme der gekauften Sache und zur Zahlung des Kaufpreises (433 Abs. 2). Wenn nicht eine Sache, sondern ein Recht an einer Sache oder ein anderer Gegenstand verkauft ist, so ist es Auslegungsfrage, ob eine Abnahmepflicht des Käufers begründet werden sollte. Allgemein kann diese Frage nicht bejaht werden. Z. B. beim Verkauf eines Nießbrauchs kommt in Betracht, daß der Nießbraucher einseitig auf sein Recht verzichten kann (1064. 875); er wird also auch die Mitwirkung zur Begründung des Nießbrauchs und die Abnahme der Sache im Allgemeinen verweigern dürfen.

Der Kaufpreis ist zu verzinsen von dem Zeitpunkt an, von welchem dem Käufer die Nutzungen gebühren, sei es nach der gesetzlichen Regel (446), sei es nach Bestimmung des Vertrages (452). Die Verzinsung ist ausgeschlossen, wenn der Kaufpreis gestundet (und nicht für die Zeit der Stundung Zinsen besonders bedungen sind) (452). Im Falle der Nichtzahlung des Kaufpreises hat der Verkäufer im Allgemeinen diejenige Stellung, welche überhaupt in einem gegenseitigen Vertrage der Partei zukommt, deren Gegner mit seiner Leistung im Rückstande ist. Wenn jedoch der Verkäufer den Vertrag seinerseits erfüllt und den Kaufpreis gestundet hat, so steht ihm das im § 325 Abs. 2 (wegen Fristversäumniß nach rechtskräftigem Urtheil) und § 326 (wegen Verzuges unter näheren Voraussetzungen) bestimmte Rücktrittsrecht nicht zu (454). Es wurde von der II. Comm. (Prot. S. 1742) angenommen, daß durch die Stundung der innere Zusammenhang zwischen der Lieferung der Waare und der Zahlung des Preises gelöst werde; es liege nahe, in der Stundung einen Verzicht des Verkäufers auf das Rücktrittsrecht zu erblicken. Unter Erfüllung des Verkäufers wird hier auch eine mangelhafte Erfüllung zu verstehen sein; die Lieferung der Waare mit thatsächlichen oder rechtlichen Mängeln wird ausreichen, um in Verbindung mit der Stundung das Rücktrittsrecht auszuschließen. Stundung liegt nicht von selbst in der Vorleistung des Verkäufers, sondern es bedarf einer besonderen Stundungsabrede in oder nach dem Kaufvertrage. Von dem Rücktrittsrechte auf Grund des § 325 Abs. 2 ist zu unterscheiden das dem Verkäufer unter den gleichen Voraussetzungen zustehende Recht, sich auf das Erlöschen seiner Leistungspflicht gemäß § 323 zu berufen. Dieses Recht ist aber, obwohl im § 454 nicht genannt, der Idee des Gesetzes nach ebenfalls für ausgeschlossen zu halten. Uebrigens kann der Rücktritt durch Abrede trotz der Voraussetzungen des § 454 vorbehalten werden. Das BGB. kennt zwar nicht den gemeinrechtlichen Satz (I § 172 zu [19 fg.]), daß der Eigenthumsübergang bei Tradition auf Grund Kaufes von Zahlung oder Creditirung des Kaufpreises von selbst abhängig ist. Es ist aber beim Verkauf einer beweglichen Sache möglich, daß der Verkäufer bei der Uebergabe sich das Eigenthum bis zur Zahlung des Kaufpreises vorbehält (vgl. I § 172 zu [18]).

---

[19] L. 13 § 22. I. 38 § 1 D. 19, 1, l. 13. 16 C. 4, 49. Verwendungen durch Dritte? Sf. XVIII. 133. [[Verpflichtung zur Abnahme: Sf. XLVII. 104]] [s. auch ob. § 345 [10], § 347 [1]; ferner Rautmann Re des Verkäufers bei mora accipiendi des Käufers nach gem. und Handelsr. Gött. Diss. 1889. Schmidt-Scharff Wirkungen der mora accipiendi des Käufers. Nach gem. u. nach Handelsr. Gött. Diss. 1891. Michelsen die Klage des Verkäufers gegen den Käufer auf Abnahme der Waare nach gem. Civilr. u. Handelsr. Erl. Diss. 1897.]

Digitized by Google

Hierin sieht das Gesetz im Zweifel, daß das Eigenthum unter der aufschiebenden Bedingung vollständiger Zahlung des Kaufpreises übertragen ist, und daß der Verkäufer zum Rücktritt vom Vertrage berechtigt ist, wenn der Käufer mit der Zahlung in Verzug kommt (455). Es wird dabei gleichgültig sein, ob der Verzug in Betreff des ganzen Kaufpreises oder eines Theils desselben eintritt. Ein Eigenthumsvorbehalt mit diesen Wirkungen ist auch trotz Stundung des Kaufpreises (s. ob.) möglich. Bei einem Grundstück ist der Vorbehalt des Eigenthums bei der Auflassung nicht möglich (925); wohl aber kann der Rücktritt für den Fall der Nichtzahlung des Kaufpreises mit der Wirkung vorbehalten werden, daß auf Grund des Rücktritts die Rückauflassung des Grundstücks verlangt werden kann (346). Der Anspruch hierauf kann durch Vormerkung gesichert werden (883).]

β. Insbesondere.

aa. Der Käufer trägt die Gefahr*.

§ 390.

Der Käufer trägt die Gefahr; das will sagen: wenn die verkaufte Sache ohne Schuld des Verkäufers untergegangen oder ihm abhanden gekommen ist, so muß der Käufer dennoch das Kaufgeld zahlen[1]; wenn die Kaufsache ohne Schuld des Verkäufers schlechter geworden ist, so muß der Käufer dennoch das volle Kaufgeld zahlen[2]. Der Grund dieses Satzes[2a] ist die Entäußerungsnatur des Kaufs,

---

* Dig. 18, 6 Cod. 4, 48 de periculo et commodo rei venditae. — Hofmann über das Periculum beim Kaufe. Wien 1870. Regelsberger über die Tragung der Gefahr beim Kaufvertrag, kr. VJS. XIII S. 90—118 (1871). Puntschart die fundamentalen Verhältnisse des r. Privatr. Inductive Grundlegungen mit besonderer Beziehung auf die Fragen der Gefahrnormirung bei den Austauschobligationen (1885). Thöl Handelsr. I § 262—266. Unterholzner II S. 250—256. Vangerow III § 635. S. ferner die übrige bei § 321 [13] citirte Literatur. [Wendt Jahrb. f. Dogm. XXIX S. 47 fg. Gentinetta über das Tragen der Gefahr beim Kaufe. Bern. Diss. 1888. v. Praun zur Lehre v. d. Gefahr beim Kauf. Erl. Diss. 1891. Jolles het periculum bij den koop. Amsterd. diss. 1892 (regulam periculum est emtoris esse delendam [S. 210]). Krückmann (§ 385*) S. 13 fg. (ebenfalls gegen den Satz pericul. est emtoris de lege ferenda, vgl. das. Beil. II über den Ursprung des Satzes.) Wirsel der Zufall beim Kauf nach gem. u. preuß. R. unter Berücksichtigung der Bestimmungen des BGB. Erl. Diss. 1898. Heiliger die Tragung der Gefahr bei gegenseitigen Verträgen nach gem. R. und nach BGB. Erl. Diss. 1899 bes. S. 15 fg. 42 fg.]

§ 390. [1] S. die Citate in § 321 [18]. — Deutsches R.: vgl. Stobbe III § 184, 5 [3. Aufl. (Lehmann) § 231, 6] und Citate das.

[2] § 3 I. 3, 23, l. 1 pr. init. l. 4 § 1. l. 7 pr. D. 18, 6, l. 2 C. 4, 48. S. g. periculum deteriorationis.

[2a] Ueber die Bestreitung desselben durch Puntschart a. a. O. s. § 321 [18]. [Für das classische r. R. bestreitet den Satz Arnò Giurisprudenza Italiana XLIX, 3 col. 209 s. (1897).]

Digitized by Google

welche zu der Auffassung geführt hat, daß die Kaufsache, was das Verhältniß zwischen den Parteien angeht, auch ohne Tradition als aus dem Vermögen des Verkäufers ausgeschieden und in das Vermögen des Käufers übergegangen angesehen wird[3]. Die Verallgemeinerung des Satzes dahin, daß er für jeden andern Fall unverschuldeter Unmöglichkeit der Leistung des Verkäufers wahr sei, ist abzulehnen[3a].

Damit die Gefahr den Käufer wirklich treffe, ist nothwendig:

1) Vollendung des Kaufvertrages[4]. Zur Vollendung des Kaufvertrages in dem hierher gehörigen Sinn ist erforderlich[5] außer dem Consense der Parteien über die wesentlichen Punkte des Kaufes:

---

[3] S. darüber und über die verschiedenen, sehr auseinandergehenden Meinungen § 321 [19a] und Text zu derselben. Vgl. noch l. 13 § 17 D. 19, 1: — „aequum est enim, eandem esse condicionem emtoris, quae futura esset, si cum ipso actum esset communi dividundo". Goose in dem a. a. O. citirten Aufsatz (Jahrb. f. Dogm. IX S. 197 fg.) ist zu derjenigen Fassung des im Text bezeichneten Gedankens zurückgekehrt, welche auch ich früher in den Heid. kr. Jahrb. II S. 136—137 aufgestellt, aber dann als ungenau verworfen habe. Er sagt: nach dem Abschluß des Kaufvertrages ist die Kaufsache in das Vermögen des Käufers übergegangen; sie wird nicht bloß so angesehen. Dieß ist aber nur insofern richtig, als man zum Vermögen eines Menschen auch dasjenige rechnet, was er zu fordern hat, und den Begriff des Vermögens so aufgefaßt, gelangt Goose zu dem gewiß unrichtigen Satze, daß der Gläubiger im zweiseitigen Vertrage auch dann die Gefahr trage, wenn er nicht aus einer Entäußerungserklärung Gläubiger geworden ist. Uebrigens nimmt Goose seinen Satz selbst wieder zurück, indem er hinzufügt: was das Verhältniß zwischen den Parteien angeht.

[3a] Ein Quellenbeweis für diese Verallgemeinerung ist nicht zu erbringen, und für eine analogische Ausdehnung liegen keine zwingenden Gründe vor. Umgekehrt spricht gegen dieselbe l. 33 D. 19, 2, welche vielumstrittene Stelle nur in dieser Weise Frieden findet. Es ist das Verdienst Hartmann's, Jahrb. f. Dogm. XXII S. 417 fg., diesen Punkt mit Energie hervorgehoben zu haben. Hartmann stellt die Formel auf, daß der Verkäufer die Gefahr, nur bei „thatsächlichem Casus", nicht bei „juristischem Casus" (Verlust des Rechtes) trage. Im Besonderen von dem Fall der Expropriation S. 469 fg. (Hindernisse in der Person des Verkäufers zählt H. gar nicht zur Unmöglichkeit, s. § 264 [1]). Noch weiter geht Merkel kr. VJS. XXVII S. 200 fg., der den Käufer nur im Fall „außergewöhnlichen Casus" (vis maior) will haften lassen. Vgl. auch Oesterlen der mehrfache Verkauf derselben Sache, Tüb. Diss. 1883 S. 19 fg. Gegen Hartmann C. Manenti Studi Senesi IV p. 225 s. V p. 30 s. Resultat V p. 44. Eine Annäherung an Hartmann bei Dernburg II § 96 [2 a. E.] [Arnò col. 225 s.]

[4] L. 8 pr. D. 18, 6. „Necessario sciendum est, quando perfecta sit emtio; tunc enim sciemus, cuius periculum sit. Nam perfecta emtione periculum ad emtorem respiciet . . ".

[5] § 3 I. 3, 23, l. 8 pr. D. 18, 6. L. 8 pr. cit. ([4]). „Et si id quod venierit appareat *quid quale quantum* sit, sit et *pretium*, et *pure* venit,

Digitized by Google

a) daß die Kaufsache entweder individuell bestimmt sei[6], oder, wenn eine generisch bestimmte Sache oder eine Quantität solcher Sachen verkauft worden ist[7], daß der Kauf sich auf ein bestimmtes Sachindividuum oder bestimmte Sachindividuen durch wirkliche Leistung oder Uebereinkunft der Parteien concentrirt habe[8]. Bis diese Con-

---

perfecta est emtio". Stintzing Jahrb. f. Dogm. X S. 177 fg. (1869). Sf. XXII. 131.

[6] Dieß ist auch möglich bei ihrer Natur nach vertretbaren Sachen; es wird z. B. dieses Faß Wein, diese Schiffsladung Weizen gekauft. L. 35 § 5 D. 18, 1, l. 2 C. 4, 48, l. 1 § 1 D. 18, 6.

[7] Man denke nicht bloß an vertretbare Sachen, s. § 255 [17].

[8] Vgl. § 255, 2, und eine Uebersicht der Literatur bei Hofmann a. a. O. S. 118 fg., Regelsberger a. a. O. S. 109 fg., Puntschart a. a. O. S. 264 fg. Die Quellen sprechen nur von dem Fall der wirklichen Leistung; der Fall des Vertrages versteht sich von selbst. L. 35 § 7 D. 18, 1, l. 1 § 1. l. 5 D. 18, 6, l. 2 C. 4, 48 (in den drei ersten Stellen ist von admetiri, in der letzten von tradere die Rede). Einen Unterschied zwischen admetiri und tradere macht Karlowa Grünh. ZS. XVI S. 437 fg. — Daß auch einseitige Ausscheidung durch den Verkäufer die Gefahr auf den Käufer übergehen mache, hat Heyer (ZS. f. CR. u. Pr. N. F. XV S. 23 fg.) auszuführen gesucht. Thöl (Handelsr. I § 264), dessen Meinung früher die herrschende war (vgl. Vangerow III § 634 S. 433 der 7. Aufl.), erklärt zwar einseitige Ausscheidung an sich für ungenügend, hält aber für genügend eine Anzeige des Verkäufers an den Käufer, durch welche der Käufer in den Stand gesetzt werde, seine Gedanken auf die ausgeschiedene species zu richten; denn der Käufer dürfe auch die einseitig ausgeschiedene species, wenn sie nur contractmäßig und ohne Fehler sei, nicht zurückweisen. Gegen Thöl haben sich erklärt Ihering und Bekker, jener Jahrb. f. Dogm. IV S. 366 fg. (1861), dieser Jahrb. d. gem. R. V S. 374 fg. (1862). Ihering verlangt für den Uebergang der Gefahr auf den Käufer, daß demselben wirklich geliefert worden sei, und nennt demnach seine Theorie der „Ausscheidungstheorie" gegenüber „Lieferungstheorie". Im Gegensatz zu dieser „Lieferungstheorie" bezeichnet Bekker die seinige als „Individualisirungstheorie". Die Punkte, welche er im Einzelnen gegen Ihering geltend macht, sind folgende. a) Es könne die „Specialisirung" des Kaufgegenstandes auch durch Vertrag der Parteien erfolgen, vorhergehenden (z. B. ein Dritter soll aussuchen), oder nachfolgenden. Ihering wird nicht gemeint sein, dieß zu bestreiten. b) Ihering hält die Lieferung in dem Fall, wo der Kauf auf Schicken gestellt sei, wie ich, für vollendet mit dem Abschicken (§ 389 [16]); Bekker (vgl. Goldschmidt Handelsr. § 66 [43], Regelsberger a. a. O. S. 118) hält sie für vollendet erst mit der Annahme, ist aber geneigt, dennoch den Moment des Abschickens für entscheidend zu halten, auf Grund eines anzunehmenden stillschweigenden Vertrags der Parteien. An die Stelle des stillschweigenden Vertrags setzt ein gemeines Gewohnheitsr. Dernburg Preuß. Privatr. II § 138 [3]. Pand. II § 96 [10] nennt D. das Gewohnheitsr. nicht mehr. Dagegen ist Karlowa Grünh. ZS. XVI S. 442 geneigt, ein solches anzunehmen. Wie Ihering Goose ([3]) S. 211 fg., Stintzing a. a. O., Kohler Jahrb. f. Dogm. XVII S. 264. 265. 333. 395. Dagegen ist Regelsberger ACPra. XLIX S. 183 fg. (1866) wieder zur Ausscheidungstheorie zurückgekehrt; nur verlangt er außer der Ausscheidung

Digitized by Google

centration eingetreten ist, trägt der Käufer nicht nur nicht die Gefahr des Unterganges, sondern auch nicht die Gefahr der Verschlechterung[9].

b) Unvollendet ist ferner der unter einer aufschiebenden Bedingung abgeschlossene Kaufvertrag bis zum Eintritt der Bedingung. Ist jedoch zur Zeit des Eintrittes der Bedingung die Kaufsache noch vorhanden und nur verschlechtert, so muß der Käufer sie nehmen, wie sie ist, so daß er also auch vor Eintritt der Bedingung die Gefahr der Verschlechterung allerdings trägt[10].

Absendung der Anzeige an den Käufer (nicht, wie Thöl, Wissenschaft des Käufers von der Ausscheidung). Für den Fall des Kaufvertrages über einen aus einem concreten Vorrath auszuscheidenden Theil vertheidigt auch Brinz 2. Aufl. II S. 107. 110 die Ausscheidungstheorie, der im Uebrigen für die Lieferungstheorie ist. Für den Uebergang der Gefahr mit dem Abschicken auch Puntschart a. a. O. S. 286 fg. auf Grund der § 321 [18] bezeichneten Auffassung. Nach Hanausek Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Waare S. 101 fg. soll die Gefahr auf den Käufer erst mit der Uebergabe der Sache (bez. des Frachtbriefes) übergehen. (Dagegen Regelsberger Grünh. ZS. XI S. 435.) Gar keine Entscheidung gibt Hofmann a. a. O.; er verweist einfach auf die Grundsätze über Ausübung und Consumtion des Wahlr. — Mit dem Abschicken läßt auch das HGB. Art. 345 [gestrichen wegen BGB. 447] die Gefahr übergehen. [Unger Jahrb. f. Dogm. XXXIII S. 340 fg. Sf. XLVIII. 108.] Ebenso Sf. II. 168. Andere Ansichten das. XI. 143, XXII. 202. — Dadurch, daß aus dem Genus, aus welchem die Kaufsache zu entnehmen ist, so viel untergeht, daß nur noch das zu Leistende vorhanden ist, geht die Gefahr auf den Käufer nicht über (§ 255 [21]). A. M. Bechmann II S. 330 für den Fall des Kaufvertrages über einen aus einem concreten Vorrath auszuscheidenden Theil, wenn dieser Vorrath kein körperliches Ganze bildet. Vgl. § 255 [21]. [Bruck die Vertheilung des periculum bei partiellem Untergang einer Quantität, von der ein nach Maß, Zahl oder Gewicht bestimmter Theil verkauft, aber noch nicht ausgeschieden war. Erl. Diss. 1895.]

[9] Untergang und Verschlechterung sind vor der Concentration nur dann möglich, wenn wenigstens der Kreis der Sachen, aus welchem das zu Leistende zu entnehmen ist, individuell, nicht aber, wenn auch er nur generisch bestimmt ist, also wohl, wenn z. B. ein Ohm Wein aus diesem Stückfaß, nicht aber, wenn ein Ohm Wein von dieser Qualität verkauft worden ist. Daß nun der Verkäufer vor der Concentration auch die Gefahr der Verschlechterung trage, sagt ausdrücklich l. 2 C. 4, 48. Nichtsdestoweniger hat man es bestritten (so z. B. Mommsen Beiträge I S. 342), auf Grund des für den bedingten Kauf Geltenden ([10]). Aber der Kauf, von welchem hier die Rede ist, unterscheidet sich wesentlich von dem bedingten Kauf; der bedingte Kauf hat deßwegen, weil er bedingt ist, nicht weniger einen individuell bestimmten Gegenstand, und dieser Gegenstand ist es eben, welcher hier fehlt. S. Vangerow III S. 451 (7. Aufl. S. 432), Arndts § 302 [3], Goldschmidt ZS. f. HR. I S. 80. III S. 303, Bekker Jahrb. des gem. R. V S. 369. 398; vgl. auch Thöl § 263 [7].

[10] L. 8 pr. l. 10 pr. D. 18, 6, l. 10 § 5 D. 23, 3. — Wie ist es bei der auflösenden Bedingung? Dieselbe hemmt die Vollendung des Kaufvertrages

Digitized by Google

c) Als bedingter Kauf ist auch der Kauf einer individuell bestimmten Quantität von Sachen anzusehen, wenn der Kaufpreis nicht in Bausch und Bogen[11], sondern auf So und So viel für eine bezeichnete Einheit bestimmt ist; die Bedingung des Kaufes ist hier die Feststellung des Kaufpreises durch Messen, Zählen, Wägen[12]. Auch hier also trägt der Käufer bis zur Feststellung des Kaufpreises zwar

nicht, und daher trägt der Käufer die Gefahr sofort. Wie aber, wenn die Bedingung eintritt, muß dann nicht auch in dieser Beziehung derjenige Zustand wieder hergestellt werden, welcher vorhanden gewesen sein würde, wenn der Kauf nie abgeschlossen worden wäre (I § 91), so daß also der Käufer sein Kaufgeld jetzt zurückerhält bez. nicht zu leisten braucht? Die Meinungen gehen auseinander, vgl. § 387 [10] (was die das. citirte Schrift von Czyhlarz angeht s. auch S. 42, und füge hinzu Wendt Reur. und Gebundenheit H. 2 S. 103). Ich glaube nicht, daß man nach l. 2 D. 18, 3 (vgl. auch l. 2 § 1. l. 3 D. 18, 2) die bejahende Antwort wird ablehnen können. Die l. 2 cit. sagt: es ist als Sinn der lex commissoria nicht anzunehmen, daß auch der Käufer sich auf dieselbe solle berufen dürfen; denn dürfte er es, so stünde es in seiner Gewalt, nach Untergang der Kaufsache sich durch Auflösung des Vertrages das Kaufgeld zu retten. S. auch Puntschart S. 340 fg. Wendt a. a. O. S. 103 fg. vgl. Pand. S. 612 ist der Ansicht, daß in den citirten Stellen nicht von einer auflösenden Bedingung die Rede sei, sondern von einem „Reuvertrage" (vgl. § 323 [5]), will aber bei diesem, wenn er zu Gunsten des Verkäufers abgeschlossen sei (über den entgegengesetzten Fall vgl. § 387 [10]), unterscheiden, ob der Kaufvertrag sofort vollzogen bez. sein sofortiger Vollzug von den Parteien gewollt sei oder nicht; in jenem Fall soll der Käufer die Gefahr tragen, in diesem nicht. — Die aufschiebende Befristung hindert im Zweifel den Uebergang der Gefahr auf den Käufer nicht, weil sie im Zweifel im Sinne der Parteien gedacht werden muß als hinausschiebend nicht die Verkaufswirkung, sondern die Pflicht zur Ueberlieferung. (Nicht: ich verkaufe von dem und dem Tage an; sondern: ich verkaufe, will aber erst an dem und dem Tage überliefern.)

[11] Die Quellen sprechen in diesem Fall von einem Kaufe aversione, in aversione, per aversionem, universaliter uno pretio. L. 4 § 1. 2 D. 18, 6, l. 62 § 2 D. 18, 1, l. 35 § 5. 6 eod. Vgl. Gruchot vom Kauf in Bausch und Bogen, ZS. f. HR. III S. 479 fg.

[12] In diesem Falle ist der Kaufpreis nicht bloß ein nicht gewußter, wie in den Fällen der l. 7 § 1 D. 18, 1 („quanti tu emisti", „quantum pretium in arca habeo"), sondern es ist auch noch durchaus ungewiß, ob er ein wißbarer sein wird; er wird es eben dann nicht sein, wenn der Untergang der betreffenden Quantität die Bestimmung ihrer Maßeinheiten unmöglich macht. Dieser Kauf steht daher ganz gleich dem Kauf, bei welchem der Kaufpreis durch einen Dritten bestimmt werden soll (§ 386 [5]), und ist also in der That ein bedingter, wie dieß auch l. 35 § 5 D. 18, 1 ausdrücklich anerkennt. Doch wird diese Auffassung des Vertrages von Andern bestritten. Für dieselbe sind die in Note [14] im ersten Satz genannten Schriftsteller mit Ausnahme von Hofmann, gegen dieselbe Hofmann und die daselbst im zweiten Satz Genannten (Regelsberger S. 105 fg.), ferner Jhering Jahrb. f. Dogm. IV S. 396 fg., Stintzing a. a. O. S. 189 fg., Goldschmidt Handelsr. 2. Aufl. II S. 122 [21], Puntschart S. 289 fg., Bechmann II S. 341.

Digitized by Google

nicht die Gefahr des Unterganges[13], wohl aber die der Verschlechterung[14].

d) Ueber den Fall, wo mehrere Gegenstände alternativ verkauft worden sind, s. § 255 von Note 6 an[14a].

2) Daß die verkaufte Sache nicht im Eigenthum des Verkäufers steht, macht keinen Unterschied[15]; nur dann trägt der Käufer die Gefahr nicht, wenn dem Verkäufer Arglist zur Last fällt[16].

---

[13] L. 35 § 5. 6 D. 18, 1.

[14] Uebereinstimmend Mommsen Beiträge I S. 339, Thöl § 265 [5], Hofmann S. 135, A. M. Vangerow III S. 451 (7. Aufl. S. 432. 433), Arndts § 302 [3], Goldschmidt ZS. f. HR. I S. 80, Bekker Jahrb. des gem. R. V S. 368. 391 fg. 398, Regelsberger S. 108 fg.

[14a] Im Besonderen Puntschart S. 299 fg.

[15] Die Verkaufserklärung lautet deßwegen, weil sie auf eine fremde Sache gerichtet ist, nicht weniger: du sollst haben; sie lautet nicht: ich verpflichte mich, dir durch eine künftige Willenserklärung zu verschaffen. Zu unterscheiden daher die Fälle: a) es wird verkauft unter der Bedingung des künftigen Erwerbes; b) der Sinn des Geschäftes ist: ich verpflichte mich, zu erwerben und dir dann zu geben; das ist nicht Kauf, sondern pactum de vendendo. — A. M. Ihering Jahrb. f. Dogm. III S. 449 fg. und Goose das. IX S. 208, bestimmt durch ihre Ansichten über den Grund der von dem Käufer getragenen Gefahr. Ihering sieht diesen Grund (vgl. § 321 [19]) in der den Käufer treffenden oder ihm zugeschriebenen Schuld an dem Aufschub der Erfüllung des Kaufvertrages; der Käufer zahle also nach Untergang der Sache dem Verkäufer das Kaufgeld als Schadensersatz, und brauche daher nichts zu zahlen, wenn denselben kein Schaden getroffen habe; dieß sei aber namentlich dann der Fall, wenn die verkaufte Sache eine dem Verkäufer fremde gewesen sei. Ich kann weder die bezeichnete Grundauffassung Ihering's als richtig anerkennen, noch die daraus für die vorliegende Frage gezogene Consequenz. Ueber das Erste s. § 321 [18] a. E.; was das Zweite angeht: die Schuld des Käufers an der Nichtabnahme der Kaufsache kann doch nur zur Folge haben, daß Alles so gehalten werden müsse, als hätte er abgenommen; hätte er aber abgenommen, so hätte der Verkäufer das Kaufgeld nicht minder bekommen (§ 391 [4]). Goose läßt den Käufer die Gefahr tragen, weil die Sache sofort mit dem Abschluß des Kaufvertrages in sein Vermögen übergegangen sei; also trage er die Gefahr nicht, wo diesem Uebergange ein Hinderniß entgegenstehe. Aber es ist eben nicht richtig, daß die Sache in das Vermögen des Käufers übergegangen sei, sie wird nur im Verhältniß der Parteien zu einander als übergegangen angesehen, d. h. die Parteien werden gegen einander rlich so behandelt, als wenn sie übergegangen wäre — und es leuchtet nicht ein, weßwegen, wenn das R. einmal als wirklich annimmt, was nicht wirklich ist, es sich nicht auch über das im Mangel des Eigenthumsr. des Verkäufers liegende Hinderniß sollte hinwegsetzen können. Ich halte jedoch die hier verhandelte Frage nicht für unzweifelhaft. — Uebrigens beschränkt Ihering den von ihm aufgestellten Satz in einer Weise, daß die praktische Differenz zwischen seiner Ansicht und der hier vertretenen sich verringert. Ihering nimmt nämlich die Fälle aus, wo der Verkäufer an der verkauften fremden Sache bonae fidei possessio oder auf dieselbe ein Forderungsr. habe; in diesen

Digitized by Google

3) Verkauft der Verkäufer die verkaufte Sache abermals einem Andern, so trägt die Gefahr der zweite Käufer, nicht der erste; es müßte denn dem ersten tradirt worden sein[17]. Ist der Verkäufer

Fällen trage der Käufer die Gefahr allerdings. Da nun andererseits auch nach der hier vertretenen Ansicht der Käufer die Gefahr nicht trägt bei dolus des Verkäufers ([16]), so bleiben als wirkliche Differenzfälle nur solche Fälle übrig, in welchen der Verkäufer einerseits weiß, daß er eine fremde Sache verkauft, andererseits aber so guten Grund hat, auf die Lieferbarkeit der Sache zu rechnen, daß Nichtanzeige der Fremdheit der Sache keine Unredlichkeit ist, oder in denen er die Sache geradezu als fremde verkauft, ohne daß das Geschäft deßwegen unter eine der oben bei a und b bezeichneten Kategorien fällt. Vgl. Jhering a. a. O. S. 466. 467. Wenn sich nun Jhering in Betreff derartiger Fälle auf das Verletzende beruft, welches darin liege, daß der Verkäufer aus fremdem Vermögen einen Gewinn machen solle: so theile ich vollkommen seine Ansicht über das Verletzende eines solchen Resultates, glaube aber, daß der richtige Weg, um demselben zu entgehen, nicht der ist, dem Verkäufer den Anspruch auf das Kaufgeld zu versagen, sondern der, ihm die Verpflichtung aufzuerlegen, das erlangte Kaufgeld dem Eigenthümer herauszugeben. Und diese Verpflichtung ergibt sich zwar nicht, wie Jhering S. 467 mit Recht bemerkt, aus den Grundsätzen über das Commodum, wohl aber aus den Grundsätzen über die ungerechtfertigte Bereicherung, s. § 422[4]. Uebereinstimmend mit dem hier Gesagten Vangerow III § 635 Anm. Nr. III in der 7. Aufl. A. M. Puntschart S. 355 fg: weil der Verkäufer keinen Nachtheil erlitten habe. Vgl. noch Loewy die Unmöglichkeit der Leistung bei zweiseitigen Schuldverhältnissen (1888) S. 38 fg.

[16] L. 21 pr. D. 21, 2, l. 30 § 1 D. 19, 1. Nach diesen Stellen wird durch den dolus des wissentlich eine fremde Sache verkaufenden Verkäufers ein Anspruch gegen ihn begründet, welcher nach l. 21 pr. cit. auch durch späteren Untergang der Sache nicht ausgeschlossen werden soll. Zwar nimmt die bezeichnete Stelle Untergang der Sache nach erfolgter Tradition an; aber der Sinn des Satzes, daß der Käufer die Gefahr trägt, ist ja eben der, daß die bloße Verkaufserklärung zwischen den Parteien dieselbe Wirkung hervorbringen solle, welche an und für sich nur der Tradition zugeschrieben werden dürfte (l. 5 § 2 D. 18, 5: — „perinde habenda est venditio ac si traditus fuisset", l. 15 D. 23, 3: — „perinde pretium aufert, ac si tradidisset").

[17] Mit dem Fall des mehrmaligen Verkaufs beschäftigt sich vorzugsweise der in der Note [15] genannte Aufsatz von Jhering. Vor allen Dingen ist nun Jhering darin beizustimmen, daß der Verkäufer nicht von beiden Käufern das Kaufgeld fordern dürfe. Daß er es dürfe, sagt nicht l. 21 D. 18, 4 (Jhering S. 453 fg.), und dawider spricht die den Kaufvertrag beherrschende bona fides, welche es verbietet, daß Jemand für dieselbe Sache zweimal ein Aequivalent erhalte, wie das auch ausdrücklich anerkannt ist in l. 19 § 9 D. 19, 2. (Jhering's Grund ist, gemäß seiner allgemeinen Auffassung: daß der Verkäufer, nachdem er einmal das Kaufgeld erhalten, keinen Schaden mehr habe.) Dernburg II § 96[5] findet den doppelten Anspruch des Verkäufers (bona fides vorausgesetzt) „unbedenklich". Eine fernere Frage ist aber, welcher der mehreren Käufer das Kaufgeld zahlen müsse. Jhering gibt dem Verkäufer die Wahl, obgleich er zugesteht, daß dieses Wahlrecht „etwas Mißliches" habe. Die im Text gegebene Entscheidung rechtfertigt sich so. Der Verkäufer kann sich nach dem zweiten Ver-

Digitized by Google

dem zweiten Käufer gegenüber in Arglist, so trägt auch dieser die Gefahr nicht[18].

[1. Nach ßGß. geht entgegen dem gemeinen Recht die Gefahr des zufälligen Untergangs oder der zufälligen Verschlechterung der gekauften Sache im Allgemeinen erst mit der Uebergabe auf den Käufer über (446 Abs. 1 S. 1). Ist ein Grundstück verkauft, und wird der Käufer vor dessen Uebergabe als Eigenthümer in das Grundbuch eingetragen, so geht die Gefahr schon mit der Eintragung auf den Käufer über (446 Abs. 2). Versendet der Verkäufer auf Verlangen des Käufers die Sache an einen Ort, der von dem Erfüllungsorte verschieden ist, so geht die Gefahr auf den Käufer schon über, sobald der Verkäufer die Sache dem Spediteur, dem Frachtführer, oder der sonst zur Ausführung der Versendung bestimmten Person oder Anstalt ausgeliefert hat; hat jedoch der Käufer eine besondere Anweisung über die Art der Versendung ertheilt und weicht der Verkäufer ohne dringenden Grund von der Anweisung ab, so ist er dem Käufer für den aus der Abweichung entstehenden Schaden verantwortlich, auch wenn ihn der Vorwurf eines sonstigen Verschuldens nicht trifft (447; vgl. das bisherige HGB. Art. 345 [ob. [8]]).

---

kauf dem ersten Käufer gegenüber auf den mit ihm abgeschlossenen Kaufvertrag gewiß dann nicht berufen, wenn in dem zweiten Verkauf eine Arglist gegen den ersten Käufer lag. Er kann es aber auch dann nicht, wenn er ohne Arglist zum zweiten Mal verkauft hat, etwa in der berechtigten Erwartung, der erste Käufer werde ihn loslassen, oder in der irrigen Annahme, der erste Kaufvertrag sei nichtig, oder in Vergessenheit des ersten Kaufes; es wäre gegen die bona fides, wenn er sich auf den Abschluß eines Kaufvertrages berufen wollte, den er selbst als nicht abgeschlossen behandelt hat. Nach dem gleichen Argument kann er sich aber auch dem zweiten Käufer gegenüber auf den mit ihm abgeschlossenen Kaufvertrag nicht mehr berufen, wenn er dem ersten Käufer tradirt hat. — In der ersten Auflage hatte ich umgekehrt dem ersten Käufer die Gefahr auferlegt, nicht gehörig würdigend, daß die Annahme des Uebergangs der Kaufsache in das Vermögen des Käufers nur relative Bedeutung, für das Verhältniß der Parteien unter sich, hat. — Auch Goose Jahrb. f. Dogm. IX S. 208 (vgl. [3]) entscheidet im Principe zu Lasten des ersten Käufers, während er im Resultate, mit sehr schwachen Gründen, im Wesentlichen die Ansicht Ihering's vertritt. Im Resultate stimmt mit Ihering überein auch Bangerow III § 365 Nr. IV in der 7. Auflage. Dagegen legt wieder dem ersten Käufer die Gefahr auf Hofmann a. a. O. S. 137 fg. Eine ganz neue Meinung hat Martinius, in einer gut geschriebenen Inauguraldissertation: der mehrfache Verkauf derselben Sache, Halle 1873, S. 26 fg. aufgestellt: vor der Tradition soll keiner der mehreren Käufer haften. Der Verf. stützt seine Behauptung auf die gleiche Auffassung von dem Grunde der Tragung der Gefahr durch den Käufer, welche auch hier vertreten ist. Puntschart S. 360 fg. läßt keinen der Käufer haften, bis der Verkäufer Einem gegenüber seine „effective Traditionsbereitschaft" an den Tag gelegt habe (vgl. § 321 [18]); daß der Haftende durch die Tradition an den Andern frei werde, erkennt auch er an. Umgekehrt soll nach R. Oesterlen (§ 321 [19 a. E.]) sofort jeder Käufer haften; das sei zwar legislatorisch nicht zu billigen, aber sei die nothwendige Folge der Irrationalität des ganzen Grundsatzes. Vgl. noch Loewy ([15 a. E.]) S. 44 fg.

[18] S. [16].

Digitized by Google

2. Der Uebergang der Gefahr hat auch im BGB. (vgl. zu [1]) die Bedeutung, daß der Käufer sich bei zufälligem Untergang oder zufälliger Verschlechterung der gekauften Sache, wenn diese Ereignisse nach dem Gefahrübergang eintreten, nicht auf die Vorschriften des § 323 berufen kann, sondern den vollen Kaufpreis zu entrichten hat.

3. Lehnt der Käufer die Annahme der Sache ab, so geht die Gefahr auf ihn wegen seines Annahmeverzuges über, und zwar auch beim Genuskauf, und so, daß er zur Entrichtung des vollen Kaufpreises selbst dann verpflichtet bleibt, wenn durch leichte (ohne grobe) Fahrlässigkeit des Verkäufers Untergang oder Verschlechterung eintritt (300. 324 Abs. 2).

4. Auch im Uebrigen ist der Genuskauf nach BGB. nicht anders zu behandeln als der Kauf einer individuell bestimmten Sache. Die Uebergabe wie die Auflassung können sich nur an individuellen Objecten ereignen, auch wenn sie auf Grund eines generischen Kaufs erfolgen. Das Gleiche gilt im Allgemeinen von der Versendung. Freilich ist hier die Möglichkeit gegeben, daß die von mehreren gekauften Mengen einer Waare ungesondert zur Versendung gelangen (Ihering Jahrb. f. Dogm. IV S. 366 fg.). Indessen wird der Uebergang der Gefahr durch Absendung gemäß § 447 an und für sich nur dann eintreten, wenn für jeden Käufer das ihm Gebührende gesondert versandt wird. Nur derjenige Käufer, welcher sich mit der ungesonderten Versendung einverstanden erklärt, wird damit die Gefahr von der Absendung an übernehmen.

Auch für den Fall des s. g. beschränkt generischen Kaufs ([9]) und für den des Kaufs einer individuellen Sachmenge mit Bestimmung des Kaufpreises nach Maß- oder Gewichtseinheit oder für das Stück (Text 1, c) bedarf das BGB. besonderer Grundsätze nicht. Sind mehrere Sachen für einen Gesammtpreis gekauft, so geht mit der Uebergabe (Versendung, Auflassung) jeder einzelnen die Gefahr an ihr auf den Käufer über. Geht eine Sache unter (oder wird sie verschlechtert), an welcher die Gefahr auf den Käufer noch nicht übergegangen ist, so erfolgt Minderung des Gesammtpreises gemäß §§ 323. 472. 473. Tritt das Gleiche in Bezug auf eine Sache ein, an der die Gefahr bereits auf den Käufer übergegangen ist, so ist das Ereigniß ohne Einfluß auf den Kaufpreis.

5. Für den Fall des alternativen Kaufs (Text 1, d) ergibt sich aus § 265 in Verbindung mit §§ 446 fg. m. E. Folgendes: Der Gefahrübergang erfolgt dem Grundsatz gemäß mit der Uebergabe (Auflassung, Versendung) der von dem wahlberechtigten Theil zur Erfüllung ausgewählten Sache. a) Wenn vorher die eine Sache zufällig untergeht, so kann der Käufer nur die Lieferung der andern verlangen gegen Zahlung des Kaufpreises und muß sie nehmen, weil gemäß § 265 das Verhältniß sich auf diese Sache concentrirt hat. Wird die eine Sache vor dem Gefahrübergang zufällig verschlechtert, so ist eine solche Concentration nicht eingetreten, vielmehr kann der wahlberechtigte Käufer die andere Sache gegen den vollen Kaufpreis oder die verschlechterte Sache gegen einen nach § 323 geminderten Kaufpreis verlangen; ist im sonst gleichen Falle der Verkäufer wahlberechtigt, so kann er die verschlechterte Sache dem Käufer ebenfalls nur gegen einen so geminderten Preis aufdrängen. b) Wenn der wahlberechtigte Verkäufer an dem Untergange schuld ist, so tritt gemäß § 265 die Concentration

Digitized by Google

ein, und der Verkäufer hat die noch vorhandene Sache gegen den vollen Kaufpreis zu leisten; ist er an der Verschlechterung der einen Sache schuld, so tritt keine Concentration ein; der Verkäufer kann die unverschlechterte Sache gegen den vollen Kaufpreis leisten, aber auch die verschlechterte Sache (mit der Folge des § 263 Abs. 2) wählen. In diesem Falle unterwirft er sich aber der Haftung wegen der verschuldeten Mängel, und es kommen gegen ihn die Vorschriften des § 325 zur Anwendung. c) Wenn der nicht wahlberechtigte Verkäufer an dem Untergange der einen Sache schuld ist, so ist die Concentration gemäß § 265 ausgeschlossen; der Käufer kann also wählen, ob er die andere Sache fordern, oder in Ansehung der untergegangenen seine Rechte unter Anwendung des § 325 wahrnehmen will. Das Entsprechende gilt, wenn der nicht wahlberechtigte Verkäufer eine Verschlechterung verschuldet. d) Wenn der wahlberechtigte Käufer an dem Untergange der einen Sache schuld ist, so hat er zwar gemäß § 265 die andere Sache gegen den vollen Kaufpreis zu fordern, haftet aber dem Verkäufer in Ansehung der zerstörten Sache auf vollen Schadensersatz (823). Ist der wahlberechtigte Käufer an einer Verschlechterung schuld, so kann er die verschlechterte oder die unverschlechterte Sache wählen, beides aber nur gegen den vollen Kaufpreis (324), und wählt er die unverschlechterte Sache, so hat er in Ansehung der Verschlechterung dem Verkäufer vollen Schadensersatz zu leisten. e) Ist der nicht wahlberechtigte Käufer an dem Untergang der einen Sache schuld, so kann der Verkäufer den Kaufpreis verlangen, ohne die andere Sache liefern zu müssen (265. 324). Ist der nicht wahlberechtigte Käufer an einer Verschlechterung der einen Sache schuld, so muß er, wenn der Verkäufer diese Sache wählt, sie gegen den vollen Kaufpreis nehmen (324); der Verkäufer kann aber auch die unverschlechterte Sache gegen den vollen Kaufpreis liefern und Schadensersatz wegen der Verschlechterung der andern Sache fordern.

6. Für den Fall des bedingten Kaufes (Text 1, b) gibt das BGB. keine besondere Vorschriften. Man hat die Frage, wie zu entscheiden ist, wenn die Uebergabe (Auflassung, Versendung) bei schwebender Bedingung eintritt, nicht entscheiden wollen (Mot. II S. 324). Es wird hierbei zu unterscheiden sein: wenn trotz schwebender Bedingung die Uebergabe im Sinne unbedingter Eigenthumsübertragung oder die Versendung zum Zwecke einer solchen oder eine (nothwendig unbedingte [925]) Auflassung stattfinden sollte, so würde auch die Gefahr auf den Käufer übergehen; wenn aber die Uebergabe oder Versendung der Sache in dem Sinne erfolgt, daß das Eigenthum erst mit der Erfüllung der Bedingung des Kaufvertrages übergehen soll, so wird im Zweifel der Uebergang der Gefahr erst mit Erfüllung der Bedingung eintreten. Es kann freilich in der Absicht der Parteien liegen, durch eine solche Uebergabe die Gefahr auf den Käufer zu wälzen; aber im Zweifel wird sich diese Absicht nicht annehmen lassen. Etwas anderes ist es, wenn der Verkäufer bei der Uebergabe sich das Eigenthum bis zur Zahlung des Kaufpreises vorbehält. Die darin nach § 455 liegende Bedingung wird den Uebergang der Gefahr nicht hemmen, weil hier lediglich zur Sicherung des Käufers bei unbedingtem Kauf der Eigenthumsübergang suspendirt wird.

7. Der Satz des Textes unter 2 besteht im BGB. in dieser Gestalt nicht. Es ist vielmehr zu sagen, daß der zufällige Untergang oder die Verschlechterung der Sache nach dem Gefahrübergange die Ansprüche des Käufers wegen mangeln-

Digitized by Google

der Rechtsverschaffung oder wegen der zur Zeit des Gefahrüberganges bestehenden Mängel (459) nicht aufhebt oder behindert. Man sieht dieß deutlich daraus, daß der Untergang der Sache vielmehr umgekehrt als einer derjenigen Gründe genannt ist, durch deren Eintreten der Schadensersatzanspruch wegen des Besitzrechts eines Dritten an der verkauften und übergebenen beweglichen Sache erst zur Existenz kommt (440 Abs. 2), und daß die Wandelung durch den zufälligen Untergang der gelieferten Kaufsache nicht ausgeschlossen wird (467. 350).

8. Der Fall des Doppelverkaufs (Text 3) bietet für das BGB. keine Besonderheiten. Die Gefahr trägt derjenige Käufer, an welchen die Sache übergeben (dem das Grundstück aufgelassen, für den die Sache versandt) ist.

9. Bei dem Erbschaftskauf trägt der Käufer die Gefahr von Abschluß des Kaufvertrages an (2380).]

bb. Haftung des Verkäufers wegen Entwehrung*.

§ 391.

Der Verkäufer[a] haftet wegen Entwehrung[1]; das will sagen: er haftet, wenn die rechtliche Mangelhaftigkeit der Lage, in welche er

---

* Dig. 21, 2 de evictionibus et duplae stipulatione. Cod. 8, 44 [45] de evictionibus. — K. O. Müller die Lehre des r. Res von der Eviction, 1. Th. (1851, unvollendet). Fuchs die Lehre von der Litisdenuntiation S. 12—52 (1855. Diese Schrift ist auch abgedruckt im APraktRW. II S. 337 fg. und III S. 1 fg.). Bekker zur Lehre von der Evictionsleistung, Jahrb. d. gem. R. VI S. 229—336 (1863). Glück XX S. 169—433; Unterholzner I S. 288—302. Sintenis II S. 622—634. Vangerow § 610 Anm. 1—5. Brinz 2. Aufl. II § 280. 328. Rechtshistorisch: P. F. Girard Études historiques sur la formation du système d'éviction en droit romain. 1884. Darüber Baron kr. VJS. XXIX S. 174 fg. [Lenel Edictum Perpetuum S. 423 fg. 441 fg. 445 fg. Zu S. 446[18] das. vgl. aber Lenel Palingen. II col. 898[6], Karlowa, Rgesch. II S. 619 fg. — Énault des conséquences de l'éviction dans la vente. Th. de Paris 1891. Bachelez de la garantie en cas d'éviction, en droit romain. Th. de Paris 1893. Farnié de la garantie pour éviction en matière de vente en droit romain. Th. de Paris 1893. Boggio della evizione negli atti traslativi di diritti e specialmente nella vendita. 2. ed. Torino 1894. Schwamborn die Lehre des BGB. von der Eviction beim Kauf verglichen mit dem gem. R. und den modernen Privatrcodificationen. Erl. Diss. 1897. Ortloff die Voraussetzungen des Evictionsanspruchs. Erl. Diss. 1898. Nasse die Bedeutung der Eviction einer verkauften und übergebenen beweglichen Sache nach gem. R. und nach dem BGB. Erl. Diss. 1899. S. auch § 389[8a].]

[[a] Verkauf durch den Pfandgläubiger: s. I § 237 zu [19] fg., vgl. auch Waubke über die Haftung des verkaufenden Pfandgläubigers für rliche und thatsächliche Mängel. Erl. Diss. 1898.]

§ 391. [1] Der lateinische Ausdruck ist evictio. Derselbe ist bezeichnender, als der deutsche; der deutsche Ausdruck drückt nur aus, daß dem Käufer der Besitz entzogen worden sei, der lateinische auch, daß ihm der Besitz entzogen worden sei durch das (processualisch festgestellte) bessere R. eines Andern. Den deutschen Ausdruck schreiben die Meisten „Entwährung". Sehr mit Unrecht; s. das

Digitized by Google

den Käufer versetzt hat, dahin führt, daß diesem der Besitz der Sache entzogen wird[2.3].

1. Dem Käufer muß der Besitz der Sache entzogen worden sein wegen Rechtsmangels. Hat er den Besitz der Sache verloren aus einem andern Grund, so haftet der Verkäufer nicht, wenn auch der Rechtsmangel bestand; so z. B. wenn die Sache untergegangen[4], oder dem Käufer durch eine Verfügung der Staatsgewalt[4a] oder von einem Andern mit Gewalt genommen[5], oder von dem Käufer auf-

---

Grimm'sche Wörterbuch u. d. WW. Entwehrung und Entwährung. Das Wort „entwehren" kommt von demselben Stamm, von welchem „Gewere" kommt (ahd. werian, mhd. wern, in den Besitz setzen); „entwähren" erklärt das genannte Wörterbuch = „irritum facere, nicht leisten, Gegensatz von wären, ratum habere, praestare". „Genug schon ist gesagt, daß man wern und wern, folglich auch entwern und entwern von einander halten müsse". „Der juristische Sprachgebrauch verwechselt entwehren (aus dem Besitz setzen) und entwähren (nicht leisten) allenthalben". — Wenn man sagt, wie Viele thun, der Verkäufer sei verpflichtet zur Gewährleistung, so ist damit nicht ausgedrückt, wofür er Gewähr leisten muß.

[2] Der Verkäufer muß dem Käufer nicht bloß das augenblickliche Haben der Sache verschaffen, sondern er muß auch „praestare emtori rem habere licere", vgl. z. B. l. 8 D. 21, 2, l. 30 § 1 D. 19, 1. Es heißt aber auch evictionem praestare, einstehen dafür, daß Eviction nicht eintrete (z. B. l. 10 D. 19, 1, l. 1 C. 8, 44 [45]), so wie es heißt diligentiam praestare und culpam praestare (§ 265 [2]).

[3] Bei den Römern war es gebräuchlich, daß bei werthvolleren Gegenständen der Verkäufer dem Käufer für den Fall der Entwehrung das Doppelte des zu Ersetzenden (vgl. Lenel Ed. perpetuum S. 424. 446) durch eine besondere Stipulation versprach; ja dieses Versprechen war so gewöhnlich, daß man es ohne Weiteres als in der Intention des Kaufvertrages liegend ansah, und daher dem Käufer das R. zuerkannte, es noch nachträglich zu fordern, wenn es bei dem Kaufvertrage selbst nicht geleistet worden war, l. 37 pr. § 1. l. 2 D. 21, 2, l. 11 § 8. 9 D. 19, 1, vgl. l. 31 § 20 D. 21, 1. Die Lehre von der Entwehrung wird in unseren Quellen mit vorzugsweiser Beziehung auf diese duplae stipulatio vorgetragen. Vgl. über diese letztere Müller § 8—13; auch v. Salpius Novation und Delegation S. 225—231. Neuestens Eck (§ 389 [8a]) S. 13 fg., Bechmann I S. 367 fg. 374 fg. 674 fg., Lenel Ed. perpetuum S. 423 fg.

[4] L. 21 pr. § 1. l. 64 § 2. D. 21, 2, l. 26 C. 8, 44 [45]; vgl. l. 21 § 3 D. 21, 2.

[4a] L. 11 pr. D. 21, 2. Anders wenn die Verfügung der Staatsgewalt erfolgt eben auf Grund der Mangelhaftigkeit des dem Käufer verschafften R. Bekker S. 279 fg. (zu Sf. X. 244). Zu l. 11 pr. cit. vgl. noch Meyer Expropriation S. 61. [Ausfuhrverbot: Sf. XLVIII. 197.]

[5] L. 17 C. 4, 49. — Wie, wenn der Verkäufer selbst dem Käufer die Sache eigenmächtig wieder wegnimmt? Daß auch in diesem Falle die actio emti nicht begründet sei, erkannte das OAG. zu Rostock bei Sf. XI. 27.

Digitized by Google

gegeben worden ist[6]. Daß Rechtsmangel der Grund des Besitzverlustes ist, steht bis auf Weiteres fest, wenn ein richterliches Urtheil den Rechtsmangel anerkannt und in Folge davon dem Gegner den Besitz zugesprochen hat[7]; jedoch ist es dem Verkäufer unbenommen, den Gegenbeweis zu führen, daß das richterliche Urtheil ungerecht[8], oder in Folge nachlässiger Proceßführung des Käufers gefällt worden sei[9]. Von der andern Seite ist es nicht nothwendig, daß der Rechtsmangel gerade durch ein richterliches Urtheil constatirt worden sei; auch wenn der Käufer die Sache freiwillig herausgegeben hat, kann er sich seinen Entschädigungsanspruch durch den Nachweis sichern, daß bei der Unbezweifelbarkeit des Rechts des Dritten der Rechtsstreit überflüssig gewesen sein würde[10]. — Zur Sorgfalt der Proceßführung, welche den Entschädigungsanspruch des Käufers bedingt, gehört namentlich auch Anzeige an den Verkäufer, damit dieser den Käufer bei dem Rechtsstreite unterstützen könne[11]; jedoch beraubt Unterlassung

---

[6] L. 76 D. 21, 2. Vgl. l. 25. 26 (Mommsen Beiträge II S. 151 [11]), l. 51 § 2 eod.

[7] Auf diesen Fall ist der Ausdruck evictio berechnet. Es macht keinen Unterschied, ob der Käufer den Proceß als Kläger oder Beklagter verloren hat. S. unten bei Ziff. 3.

[8] L. 51 pr. D. 21, 2, l. 8 i. f. l. 15 C. 8, 44 [45], l. 1 C. 4, 64; Vat. fr. § 8. 10. Fällt weg, wenn der Verkäufer als Nebenintervenient in den Proceß eingetreten ist. CPO. § 65. [68. S. auch 71 [74], vgl [12].]

[9] L. 55 pr. l. 63 § 1. 2 D. 21, 2, l. 8 i. f. C. 8, 44 [45], l. 29 § 1. l. 66 pr. D. 21, 2, l. 19 C. 8, 44 [45]. Vgl. Sf. I. 51. Ueber den Fall der Nebenintervention CPO. § 65. [68; s. auch 71 [74], vgl. [12].]

[10] Dieß wird nicht allgemein anerkannt, indem man sich beruft auf l. 56 § 1 D. 21, 2, l. 17 C. 8, 44 [45]. S. aber l. 29 pr. D. 21, 2, l. 11 § 12 D. 19, 1. l. 13 § 15 eod. Bekker a. a. O. S. 288 fg., Fuchs a. a. O. S. 29 fg., Liebe RVex. IV S. 813, Sintenis S. 632 [17], Keller S. 623, Sf. XVI. 37. (Gegen die von einigen der genannten Schriftsteller gemachte Unterscheidung zwischen dem Anspruch aus der duplae stipulatio und der actio emti s. l. 11 § 12 cit.) Der dem Käufer obliegende Beweis muß aber dem Verkäufer gegenüber geführt werden; es genügt nicht Berufung auf einen im Streite mit dem Dritten gefällten Schiedsspruch, wodurch dem Käufer die Sache aberkannt worden ist, l. 56 § 1 D. 21, 2. — Ob auch die stipulatio duplae in diesem Fall verfiel, muß dahingestellt bleiben. Die stipulatio in l. 11 § 12 cit. braucht von der stipulatio duplae nicht verstanden zu werden, und vgl. l. 18 [19] § 3 D. 3, 5.

[11] Der Käufer muß dem Verkäufer „litem denuntiare". (In gleicher Bedeutung kommt „auctorem laudare" vor, l. 62 § 1 D. 21, 2.) L. 53 § 1 D. 21, 2, l. 8. 20 C. 8, 44 [45], l. 49. l. 62 § 1 D. 21, 2, l. 7. 9. 17. 23. 29 C. 8, 44 [45]. Die Form der Anzeige ist nach r. R. gleichgültig. Vgl. Wetzell Civilproc. S. 42 (3. Aufl. S. 53), Bayer Vorträge S. 146. 148.

Digitized by Google

dieser Anzeige den Käufer des Entschädigungsanspruches nur dann, wenn der Verkäufer nachweisen kann, daß er in der Lage gewesen sein würde, dem Processe eine andere Wendung zu geben[12].

[Kipp Litisdenuntiation S. 79 fg. 89.] CPO. § 70 [73]. „Die Streitverkündigung erfolgt durch Zustellung eines Schriftsatzes". Die Anzeige muß so zeitig geschehen, daß der Verkäufer die Möglichkeit hat, alle ihm zu Gebote stehenden Rbehelfe zu Gunsten des Käufers zu verwenden. L. 29 § 2 D. 21, 2, l. 29 § 3 D. 32. Wetzell § 7 [28]. Unschädlich ist die Unterlassung der Anzeige, wenn der Verkäufer auf dieselbe verzichtet hat, oder sie wegen eines Hindernisses in seiner Person unmöglich ist, l. 63 pr. l. 55 § 1. l. 56 § 5. 6 D. 21, 2, l. 29 C. 8, 44 [45]. — Die bei * citirte Schrift von Fuchs behandelt die Litisdenuntiation hauptsächlich von der processualischen Seite.

[12] Gegen die absolute Nothwendigkeit der Denuntiation spricht außer der l. 53 § 1 D. 21, 2 („idemque victus fuisset, quoniam parum instructus esset") namentlich, daß der Käufer nicht einmal unbedingt verpflichtet ist, überhaupt Proceß zu führen ([10]). S. Dernburg (d. ä.) ZS. f. CR. u. Pr. N. F. II S. 24 fg., Fuchs S. 31 fg., Bekker S. 292 fg., und die von diesen Schriftstellern Citirten; Sf. XVI. 37. Die herrschende Meinung verlangt aber im Falle unterlassener Anzeige vom Käufer wenigstens den Beweis, daß der Verkäufer den Verlust des Processes nicht würde haben abwenden können Ich halte auch das nicht für gerechtfertigt. Durch die Unterlassung der Anzeige ist nichts constatirt, als die Nachlässigkeit der Proceßführung von Seiten des Käufers; daß zwischen dieser Nachlässigkeit und dem Verlust des Processes ein Causalzusammenhang bestehe, muß derjenige beweisen, der sich auf diesen Causalzusammenhang beruft, der Verkäufer. Wach Civilproz. I S. 620 sieht die Bedeutung der Unterlassung der Anzeige darin, daß sie den Käufer mit dem Beweise der Rmäßigkeit der Eviction belaste. Dernburg II § 99 [14]. [Nach CPO. 71 [74] wird, wenn Streitverkündung erfolgt ist, der Verkäufer im Verhältniß zum Käufer mit der Behauptung nicht gehört, daß der Rstreit, wie derselbe dem Richter vorgelegen habe, unrichtig entschieden sei; mit der Behauptung, daß der Käufer den Rstreit mangelhaft geführt habe, wird der Verkäufer nur insoweit gehört, als er durch die Lage des Rstreits zu der Zeit, zu welcher er in Folge der Streitverkündung dem Käufer in dem Streit hätte beitreten können, (auch wenn er es erst später oder gar nicht gethan hat) oder durch Erklärungen oder Handlungen des Käufers verhindert worden ist, Angriffs- oder Vertheidigungsmittel geltend zu machen (CPO. 64 [67]), oder als Angriffs- oder Vertheidigungsmittel, welche dem Verkäufer unbekannt waren, von dem Käufer absichtlich oder durch grobes Verschulden nicht geltend gemacht sind. Diese Voraussetzungen hat der Verkäufer zu beweisen. Erfolgt keine Streitverkündung, so treten die gleichen Wirkungen, wenn der Verkäufer dem Käufer auf andere Kunde hin als Nebenintervenient beigetreten ist, mit der Maßgabe ein, daß es auf den Zeitpunkt seines Beitritts ankommt (CPO. 65 [68]); anderenfalls treten sie überhaupt nicht ein, und der Verkäufer kann die Richtigkeit des Urtheils und die sachgemäße Führung des Rstreits durch den Käufer unbeschränkt bestreiten; auch ist dann gleichgültig, ob die mangelhafte Führung des Rstreits dem Käufer zum Verschulden gereicht oder nicht; die Beweislastfrage bleibt dabei in der CPO. offen, es wird aber mit der herrschenden Meinung und Wach zu sagen sein, daß der Käufer die Richtigkeit des Urtheils darthun muß.]

Digitized by Google

2. Der Rechtsmangel muß seinen Grund haben in der mangelhaften Verschaffung des Verkäufers[13]. Deßwegen haftet der Verkäufer nicht, wenn dem Käufer die Kaufsache auf Grund einer nach dem Verkaufe durch einen Dritten vollendeten Ersitzung, oder kraft einer Einrede aus der Person des Käufers entzogen wird[14]. Aber auch wenn der Rechtsmangel seinen Grund in der mangelhaften Verschaffung des Verkäufers wirklich hat, haftet dieser dennoch in dem Falle nicht, wo der Käufer schuld daran ist, daß der Rechtsmangel nicht gehoben worden ist[15].

3. In Folge des Rechtsmangels muß dem Käufer der Besitz der Sache entzogen worden sein[16]. Ob dieß in der Weise geschehen ist, daß ihm der Besitz der Sache genommen, oder in der Weise, daß ihm das Wiedererlangen des Besitzes unmöglich gemacht worden ist, ist gleichgültig[17]. Der Entziehung des Besitzes der Sache steht es gleich, wenn der Käufer, um den Besitz der Sache sich zu erhalten oder wiederzuerlangen, eine Aufopferung hat machen müssen[18]. Darauf, von welcher Art das Recht ist, kraft dessen dem Käufer der Besitz der Sache entzogen worden ist, kommt nichts an; dieses Recht kann sein[19]: Eigenthum[20], Dienstbarkeit[21], Emphyteuse[22], Superficies[22], Pfandrecht[23], ja auch ein persönlicher Anspruch, wie z. B. ein Theilungsanspruch[24], Noxalanspruch[25], Anspruch auf Wiedereinsetzung

[13] L. 1 C. 4, 48, l. 11 pr. D. 21, 2.

[14] L. 27. 28 D. 21, 2.

[15] L. 56 § 3 D. 21, 2. „Si, cum possit usucapere emtor, non cepit, culpa sua hoc fecisse videtur; unde si evictus est servus, non tenetur venditor".

[16] L. 21 § 1. l. 35 D. 21, 2, l. 57 pr. eod. (der Verkäufer haftet nicht, wenn der Käufer zwar verurtheilt worden ist, aber der Sieger ohne Rechtsnachfolger stirbt, so daß das Urtheil nicht zur Vollstreckung gelangt).

[17] L. 16 § 1 D. 21, 2. „Duplae stipulatio committi dicitur tunc, cum res restituta est petitori, vel damnatus est litis aestimatione, vel possessor ab emtore conventus absolutus est". Vgl. l. 29 § 1 D. 21, 2.

[18] L. 16 § 1 cit.: — „vel damnatus est litis aestimatione". L. 21 § 2 eod.: — „neque enim habere licet eum, cuius si pretium quis non dedisset, ab adversario auferretur. Prope enim hunc ex secunda emtione, i. e. litis aestimatione, emtori habere licet, non ex pristina". L. 29 pr. eod. ([10]). Müller S. 96 fg.

[19] Vgl. zum Folgenden Müller § 17—21.

[20] S. z. B. l. 34 § 2 D. 21, 2, vgl. l. 102 D. 45, 1. Dem Eigenthum steht die bonae fidei possessio, sofern sie durchdringt, gleich.

[21] L. 66 pr. D. 18, 1, l. 49. l. 61 § 2 D. 21, 2.

[22] Diese beiden Re werden in den Quellen zufälligerweise nicht genannt.

[23] L. 34 § 2. l. 35. l. 63 § 1 D. 21, 2.

[24] L. 34 § 1 D. 21, 2.

[25] L. 11 § 12 D. 19, 1; vgl. l. 45 § 1 D. 30. Bechmann S. 394.

Digitized by Google

in den vorigen Stand[26], namentlich auch ein Besitzanspruch[27]. Durchsetzung einer Dienstbarkeit von der Art, daß durch dieselbe dem Käufer der Besitz der Sache nicht entzogen wird, begründet für den Käufer einen Anspruch nicht[28]. Auf der anderen Seite ist Entwehrung in gleicher Weise vorhanden, mag dem Käufer der Besitz der ganzen Sache oder eines Theiles derselben[29] oder auch nur einer Accession entzogen worden sein[30].

---

[26] L. 39 pr. l. 66 § 1 D. 21, 2.

[27] Jedoch war die Klage aus der duplae stipulatio in diesem Falle nicht begründet. L. 11 § 13. l. 35 D. 19, 1. L. 38 § 3 D. 45, 1 gehört nicht hierher (vgl. l. 66 pr. D. 21, 2). Müller § 21, Bekker S. 266—268. A. M. Bechmann I S. 379.

[28] Weder einen Evictionsanspruch, noch auch einen Anspruch wegen Mangelhaftigkeit der Sache (abgesehen natürlich von den Fällen der Arglist und der ausdrücklichen Zusicherung der Freiheit des Grundstücks, l. 59 D. 18, 1, l. 75 D. 21, 2 [vgl. dazu l. 90. l. 169 D. 50, 16], l. 1 § 1 D. 19, 1, l. 69 § 5 D. 21, 2). Doch herrscht über das Letztere ein alter Streit, indem Andere auch ohne Arglist und ohne Zusicherung des Verkäufers die actio quanti minoris für begründet halten (s. namentlich Neustetel in seinen und Zimmern's röm.-rlichen Untersuchungen S. 216 fg., Gesterding Ausbeute VI S. 174 fg.), obgleich in der neueren Zeit die im Text vorgetragene Ansicht die herrschende werden zu wollen scheint; s. für dieselbe namentlich Müller S. 196 fg., H. Keller in Sell's Jahrb. III S. 97 fg., Bangerow § 610 Anm. 3; auch Bekker S. 265. 278. 279 bekennt sich zu ihr. Ebenso Dernburg II § 99 [20]. Die Beweise für diese Meinung sind enthalten in l. 59 D. 18, 1 und l. 75 D. 21, 2 (zweifelhaft bleibt, ob auch l. 66 pr. D. (18, 1) hierher gehört), Stellen, denen gegenüber l. 61 D. 21, 1 und l. 15 § 1 D. 21, 2, welche nur von dem Inhalt, nicht von den Voraussetzungen des Anspruchs wegen einer dem Käufer abgestrittenen Servitut handeln (die letztere überdieß erst nach einer, allerdings nahe liegenden, Emendation), nicht in Betracht kommen können. Das r. R. geht davon aus, daß die Belastung eines Grundstückes mit Dienstbarkeiten etwas so Gewöhnliches sei, daß der Käufer auf dieselbe gefaßt sein, und wenn er wegen derselben einen Entschädigungsanspruch haben wolle, dieserhalb einen besonderen Vorbehalt machen müsse. Auch in Betreff obligatorischer Lasten wird unterschieden, ob der Käufer dieselbe voraussehen konnte, oder nicht, l. 21 § 1. l. 41 D. 19, 1, vgl. l. 13 § 6 eod., l. 9 C. 4, 49. Bekker S. 276—279. Die Praxis schwankt. Sf. III. 314, VII. 163, XI. 28. 221 Nr. I., XI. 222, XII. 258, XIV. 127. 217, XVII. 230, XXV. 206, XXXVII. 201. Das RG. (IV S. 194, VII S. 174, Sf. XXXVII. 14, XXXVIII. 115) hat sich für die hier vertretene Ansicht ausgesprochen.

[29] Bruchtheil: l. 1. l. 39 § 2 D. 21, 2. Körperlicher Theil: l. 1. l. 64 § 3 D. 21, 2. Bestandtheil: l. 23 § 1 D. 41, 3. Doch war in diesem letzten Falle die Klage aus der duplae stipulatio nicht begründet; ob auch in dem ersten der genannten Fälle nicht, bleibt zweifelhaft. L. 56 § 2. l. 64 pr. — § 2 D. 21, 2. Bekker S. 268, Brinz 2. Aufl. II S. 738 [29].

[30] Einer Sache, welche ihm nicht entwehrt worden sein würde, wenn ihm das volle R. an der Sache wäre verschafft worden. L. 8 D. 21, 2. Aber die duplae stipulatio verfiel auch in diesem Falle nicht, l. 42. 43 D. 21, 2.

Digitized by Google

4. Wird der Besitz der Sache nicht dem Käufer selbst entzogen, sondern demjenigen, an den dieser seinerseits weiter veräußert hat, so liegt darin eine Entwehrung auch für den Käufer dann, wenn dieser an dem Behalten des Dritten ein Interesse hat[31].

5. Der Inhalt des Entwehrungsanspruchs[32] ist die Leistung des Interesse, welches der Käufer daran hat, daß die Entwehrung nicht geschehen sei[33]. Das Interesse wird bestimmt mit Rücksicht auf die Zeit der Entwehrung[34]; abgezogen wird, was der Käufer

---

[31] Z. B. der Käufer hat weiter verkauft, l. 39 § 1. l. 61 D. 21, 2 (über l. 33 D. 21, 2 vgl. mit Müller S. 115 fg. Bekker S. 234); er hat als Ehefrau oder Vater der Ehefrau die Sache zur Dos gegeben, l. 22 § 1 D. 21, 2, l. 75 D. 23, 3, l. 71 D. 21, 2. Vgl. zu l. 71 cit. § 251 [3], und über den Fall der Dotalbestellung überhaupt Müller S. 137 fg., Bechmann röm. Dotalr. I S. 134 fg., Czyhlarz r. Dotalr. S. 188 fg. Anders entscheidet für den Fall der Stipulation, wenn der Gläubiger die Sache verschenkt hat, l. 131 § 1 D. 45, 1. Nach dem § 389 zu 8[c] Gesagten wird es nicht gerechtfertigt sein, diese Entscheidung auf den Fall des Kaufs zu übertragen.

[32] Bekker a. a. O. S. 231 fg. 301 fg. streitet mit großer Lebhaftigkeit für den unzweifelhaft richtigen Satz, daß der Entwehrungsanspruch nichts sei, als ein Anspruch auf Erfüllung bez. Leistung des Interesse wegen Nichterfüllung; durch die Entwehrung werde nicht sowohl ein neuer Anspruch begründet, als vielmehr herausgestellt, daß der dem Käufer aus dem Kaufe erwachsene Anspruch unerfüllt sei. Wenn aber Bekker diesen Gedanken dahin ausbildet, daß durch die Entwehrung das von dem Verkäufer beschaffte tradere als eine „Scheinleistung" aufgewiesen werde, so scheint mir das keine glückliche Auffassung zu sein. Gewiß hat der Verkäufer, welcher durch sein tradere das habere licere nicht bewirkt hat, seine Verbindlichkeit nicht erfüllt. Daß aber deßwegen sein tradere gar nicht als wirkliches tradere anerkannt werden dürfe, scheint mir durch die gelegentliche Aeußerung der l. 3 pr. D. 19, 1 (ob auch l. 33 D. 21, 2 hierher gehört, muß doch dahin gestellt bleiben) keineswegs bewiesen zu werden. Vgl. auch Eck (§ 389 [8a]) S. 16 [1], Bechmann I S. 380, Dernburg II § 99 [2].

[33] L. 8 D. 21, 2, l. 23. 25. 29 C. 8, 44 [45]. Sf. V. 122. Daß nicht Rückgabe des Kaufpreises als solche den Gegenstand des Anspruchs bilde, sagen ausdrücklich l. 60. l. 66 § 3. l. 70 D. 21, 2, l. 23 C. 8, 44 [45]. Vgl. übrigens Sf. V. 122. 268; dazu Bekker S. 321. Ebensowenig thut der Verkäufer durch Wiederverschaffung der Sache genug, wenn das Interesse des Käufers weiter geht, l. 67 D. 21, 2. Ersatz von Verwendungen: l. 9. l. 16 C. 8, 44 [45], l. 43. 44. 45 pr. § 1 D. 19, 1. Ersatz von Schäden: l. 17 C. 8, 44 [45] (im Besonderen Ersatz der Kosten des Evictionsprocesses: Bekker S. 309). Beschränkung der Interesseforderung auf das Doppelte des Werthes der Sache nach der allgemeinen Regel der l. un. C. 7, 47 (§ 258 [9]) und nach l. 44 D. 19, 1. Besonderes R. des Verkaufs in Folge richterlicher Pfändung: l. 74 § 1 D. 21, 2 (vgl. I § 233 [3.4.5a]). — Sf. V. 122. 267. 268. 269, XXI. 219. 220, s. auch XXII. 126.

[34] L. 45 pr. D. 19, 1, l. 66 § 2. l. 70 D. 21, 2. Vgl. Bekker S. 308, Sintenis [168]. [[A. M. Dernburg II § 99 [26].]] Dagegen kam es bei der duplae stipulatio auf spätere Verbesserung oder Verschlechterung der Kaufsache

Digitized by Google

seinerseits von der Sache gewonnen hat[35]. Wird ein Theil entwehrt, so ist das Interesse mit Rücksicht auf den besonderen Werth gerade dieses Theils zu bestimmen[36]. Wird von mehreren zusammen verkauften Sachen Eine entwehrt, so ist für diese Ersatz zu geben, ohne daß sich der Verkäufer auf den Mehrwerth der nicht entwehrten berufen könnte[37]. Für den Kauf generisch bestimmter Sachen gilt nichts Anderes, als für den Kauf individuell bestimmter[37a].

6. Ein Entwehrungsanspruch ist nicht begründet, wenn der Käufer auf denselben verzichtet[38] oder wenn er das mangelhafte

---

nicht an, l. 64 pr. l. 13 D. 21, 2. Freilich passen dazu nicht oder scheinen doch nicht zu passen l. 64 § 1. 2. l. 15 D. eod. Vgl. Bekker S. 273 fg. 309, Vangerow III § 610 Anm. 1, Brinz 2. Aufl. II S. 738 [27], Scialoja Arch. giur. XXX p. 156 s. Ist dieser römische Grundsatz auch heutzutage noch anwendbar, wenn etwa für den Fall der Entwehrung eine bestimmte Schadensersatzsumme versprochen sein sollte? Bejahend beantwortet von Arndts § 303 zu [9], Sintenis S. 625. 626. Ueber l. 64 § 1. 2 citt. s. noch Bekker S. 274—276, Vangerow § 610 Anm. 1 und die das. Citirten, Brinz 2. Aufl. II S. 738 [27].

[35] Vgl. l. 74 § 1 D. 21, 2. Daß im Fall dieser Stelle der Käufer auf die Rückforderung des Kaufpreises beschränkt ist, thut ihrer Beweiskraft keinen Eintrag.

[36] L. 1. l. 45 D. 21, 2. Auch bei der duplae stipulatio wurde der zu leistende Theil der dupla mit Rücksicht auf den besonderen Werth des entwehrten Theils berechnet (l. 64 § 3 D. 21, 2), mit Ausnahme jedoch des Falles, wenn der Preis nicht im Ganzen, sondern auf So und So viel für eine Maßeinheit bestimmt war (l. 53 pr. eod.).

[37] L. 47. l. 72 D. 21, 2. L. 42 D. 19, 1 darf nicht hierher bezogen werden; diese Stelle sagt nur, daß, wenn sich bei der einen verkauften Sache ein Mangel an der zugesagten Quantität finde, auf dasjenige, worum die andere die zugesagte Quantität überschreite, billige Rücksicht genommen werden müsse.

[37a] In der fünften Auflage war gesagt, daß beim Genuskauf der Käufer nach seiner Wahl entweder sein Interesse (nach heutigem R.) oder Lieferung einer anderen Sache verlangen könne. Die Grundlage dieser Ansicht war, daß das Gelieferte nicht verkauft, sondern erfüllungsweise gegeben sei. Das ist richtig; aber es ist doch gegeben zum Zweck der Erfüllung einer Kaufobligation. Die Kaufobligation aber geht nicht auf Eigenthumsverschaffung, weder die durch die Beredung noch die durch die Tradition begründete. Von dem bezeichneten Ausgangspunkt aus gelangt Bechmann II S. 332 zu dem Resultat, daß der Käufer nicht sein Interesse, sondern nur Lieferung einer anderen Sache verlangen könne.

[38] S. g. pactum de non praestanda evictione. L. 21 C. 8, 44 [45], l. 69 pr. D. 21, 2. Dasselbe hilft aber nicht dem arglistigen Verkäufer. L. 6 § 9. l. 11 § 15. 18 D. 19, 1, l. 69 § 5 D. 21, 2. Vgl. Sf. XVII. 24. Sodann: ist nicht ein solcher Vertrag im Zweifel dahin zu verstehen, daß der Verkäufer zwar nicht gehalten sein solle, dem Käufer sein Interesse zu leisten, aber immerhin gehalten sein solle, den Kaufpreis zurückzugeben? Von dieser Frage handelt

Digitized by Google

Recht des Verkäufers beim Verkaufe gekannt hat[39]; ferner nicht bei Verkäufen, die Jemand während des Spiels macht, um weiter spielen zu können[40].

[1. Nach BGB. ist der Verkäufer verpflichtet, dem Käufer das Eigenthum der verkauften Sache zu verschaffen, beim Verkauf eines Rechts, ihm dieses Recht zu verschaffen (433 Abs. 1). Damit geht das BGB. über die in § 389, 1 und § 397 zu [1] für das gemeine Recht vertretene Anschauung hinaus. Dem entsprechend haftet auch der Verkäufer einer Forderung oder eines sonstigen Rechtes für den rechtlichen Bestand der Forderung oder des Rechtes (437 Abs. 1). Ferner ist der Verkäufer verpflichtet, dem Käufer den verkauften Gegenstand frei von Rechten zu verschaffen, die gegen den Käufer geltend gemacht werden können (434). Ob diese Rechte dingliche oder persönliche sind, ist gleichgültig (vgl. zu [19 fg.]). Insbesondere gehören hierher auch Rechte aus Vormerkungen (883), Mieth- und Pachtrechte (571 fg.). Im Falle der Veräußerung einer beweglichen Sache durch Cession des Herausgabeanspruchs (931) hat der Verkäufer den Anspruch frei von Einreden zu verschaffen, welche nach § 986 Abs. 2 gegen den Käufer wirken. Entgegen dem gemeinen Recht (zu [28]) muß der Verkäufer die Sache auch frei von allen Dienstbarkeiten verschaffen. Auch für Freiheit der Sache von dem Besitzanspruch eines Dritten (zu [27]) hat der Verkäufer einzustehen. Ein solcher Anspruch kann zwar gegen den Käufer nur geltend gemacht werden, wenn er bei seinem Besitzerwerb die Fehlerhaftigkeit des Besitzes des Verkäufers kennt (858 Abs. 2. 861 Abs. 1), und wenn diese Kenntniß bereits bei Abschluß des Kaufes obwaltete, so haftet der Verkäufer nicht (439 Abs. 1). Er haftet aber, wenn der Käufer erst nach Abschluß des Kaufes vor oder bei der Tradition jene Kenntniß erlangte. Ist ein Grundstück oder ein Recht an einem solchen verkauft, so ist der Verkäufer verpflichtet, im Grundbuch eingetragene Rechte, auch wenn sie nicht wirklich bestehen, auf seine Kosten zur Löschung zu bringen, wenn sie im Falle ihres Bestehens das dem Käufer zu verschaffende Recht beeinträchtigen würden (435 Abs. 1). Denn der grundbuchmäßige Anschein solcher Rechte ist eine Belästigung und Gefährdung des Rechts des Käufers (891. 892). Das Gleiche gilt in Betreff der im Schiffsregister eingetragenen Rechte (435 Abs. 2). Nur für Freiheit des verkauften Grundstücks von öffentlichen Abgaben und anderen öffentlichen Lasten, die zur Eintragung in das Grundbuch nicht geeignet sind, haftet der Verkäufer nicht (436).

---

l. 11 § 18 cit. Die jetzt herrschende Auffassung dieser Stelle ist die, daß sie die aufgeworfene Frage verneint. Vgl. namentlich Vangerow § 610 Anm. 4; andererseits Puchta Vorles. zu § 362. Scharff die Lehre vom Gewährerlaß (pactum de non praestanda evictione) nach r. R. 1888. Darüber Eck deutsche Litteraturzeit. 1889 S. 687 fg., M. Rümelin kr. VJS. XXXI S. 452 fg. [Heimann über Gültigkeit und Wirkung eines einem Kaufvertrage beigefügten pactum de non praestanda evictione nach gem. R. Greifsw. Diss. 1893.]

[39] L. 18. 27 C. 8, 44 [45], l. 7 C. 3, 38. Singuläre Bestimmungen in l. 3 § 4 C. 6, 43 und Nov. 7. c. 5. Vangerow § 610 Anm. 5. Sf. VII. 297, IX. 278, XVII. 29, s. aber auch XXIX. 123. Vgl. noch XXXI. 218.

[40] L. 2 § 1 D. 44, 5.

Digitized by Google

2. Keine Vertretung des Rechtsmangels liegt dem Verkäufer ob, wenn der Käufer bei Abschluß des Kaufes den Mangel kennt (vgl. zu [39]); Kennenmüssen steht dem nicht gleich; insbesondere entlastet es den Verkäufer nicht, daß der Käufer die Rechtslage aus dem Grundbuch hätte ersehen können. Es ist Sache des Verkäufers, über die rechtlichen Verhältnisse Auskunft zu ertheilen (444), nicht Sache des Käufers, sich anderweitig danach umzuthun. Eine Hypothek, Grundschuld, Rentenschuld oder ein Pfandrecht hat der Verkäufer selbst dann zu beseitigen, wenn der Käufer die Belastung kennt. Dasselbe gilt von Vormerkungen zur Sicherung des Anspruchs auf Bestellung eines solchen Rechts (439 Abs. 2). Dieß ist als der heutigen Verkehrssitte entsprechend bestimmt worden (Mot. II S. 216).

3. In jedem Falle ist in Ansehung des Rechtsmangels der Käufer beweispflichtig (442). Es bleiben aber in Geltung die Wirkungen der Streitverkündung und der Nebenintervention des Verkäufers, wie sie bisher bestanden (s. ob. [12]).

4. Die Haftung für Rechtsmängel kann dem Verkäufer zwar durch Vereinbarung erlassen werden (vgl. [38]); diese Vereinbarung ist aber nichtig, wenn der Verkäufer den Rechtsmangel arglistig verschweigt (443). In diesem Falle kann aber nicht in Anwendung des § 139 der ganze Kaufvertrag im Zweifel für nichtig gehalten werden, sondern derselbe ist gültig, und der Verkäufer haftet so, wie wenn jene Vereinbarung nicht getroffen wäre.

4. Wenn der Verkäufer seine Rechtsverschaffungspflicht nicht erfüllt, so treten diejenigen Folgen ein, welche überhaupt bei Nichterfüllung oder mangelhafter Erfüllung (theilweiser Nichterfüllung) eines gegenseitigen Vertrages eintreten (440 Abs. 1). Nichterfüllt hat der Verkäufer, wenn er die Sache noch nicht übergeben, oder das Grundstück nicht übergeben und nicht aufgelassen hat; theilweise erfüllt hat er zunächst dann, wenn er das Grundstück zwar übergeben, aber nicht aufgelassen hat. Diese Fälle bedürfen keiner weiteren Erörterung. Theilerfüllung im Sinne der Bestimmungen über die gegenseitigen Verträge (s. ob. S. 17. 307) liegt aber auch dann vor, wenn durch die Uebergabe bezw. die Auflassung kein Eigenthum oder nur belastetes oder beschränktes Eigenthum verschafft ist. In diesem Falle hat der Käufer die Einrede aus § 320, möglicher Weise beschränkt gemäß § 320 Abs. 2, und die Klage auf Abstellung des Mangels, da ja der Verkäufer zur mangelfreien Rechtsverschaffung verpflichtet ist. Ist der Verkäufer wegen Mangels eigenen Rechtes zur Erfüllung dieser Verpflichtung nicht im Stande, so haftet er bei solcher subjectiven Unfähigkeit zur Erfüllung auf Schadensersatz. Wird dem Verkäufer nach Abschluß des Vertrages die mangelfreie Rechtsverschaffung unmöglich, so entscheiden die Grundsätze der §§ 323—325 über theilweises Unmöglichwerden der geschuldeten Leistung. Der Käufer kann sich also auf die Minderung des Kaufpreises nach § 323 berufen; er kann bei Verschulden des Verkäufers Schadensersatz wegen des Rechtsmangels verlangen und, wenn die mangelhafte Erfüllung des Vertrages für ihn kein Interesse hat, Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit fordern oder vom Kaufvertrage zurücktreten. Der vom Verkäufer verschuldeten Unmöglichkeit steht es gleich, wenn er die mangelfreie Rechtsverschaffung nicht innerhalb der auf Grund rechtskräftigen Urtheils (oder in demselben) gesetzten angemessenen Frist bewirkt (325 Abs. 2. 283. CPO. 255). Ist der Verkäufer mit der mangelfreien Rechtsverschaffung im Verzuge, so kommen die Sätze zur

Digitized by Google

Anwendung, welche § 326 für den Fall der theilweisen Nichterfüllung gibt. Auch hier kann es danach nicht bloß zum Anspruch auf Schadensersatz wegen der Verzögerung, sondern auch zum Anspuch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit des Verkäufers, oder zum Rücktritt des Käufers kommen (s. ob. S. 307 fg.).

Soweit jedoch nach diesen Bestimmungen Schadensersatz wegen Nichterfüllung gefordert werden könnte, schränkt § 440 Abs. 2—4 den Anspruch darauf in Ansehung einer dem Käufer übergebenen beweglichen Sache für den Fall, daß das Recht des Dritten zum Besitz berechtigt, in der Tendenz ein, daß der Käufer nicht die Sache und zugleich Schadensersatz in Händen haben soll (Prot. d. II. Comm. S. 1329 fg. 8438 fg.). Wenn dem Käufer die verkaufte bewegliche Sache übergeben ist, so wird freilich vielfach die Haftung des Verkäufers schon deßwegen ausgeschlossen sein, weil der Käufer in gutem Glauben und deßhalb rechtlich mangelfrei (932 fg.) erworben hat; hat er aber in Kenntniß des Rechtsmangels erworben, so haftet ihm der Verkäufer gemäß § 439 Abs. 1. nicht. Indessen sind doch Fälle der Haftung denkbar: wenn der Käufer trotz guten Glaubens nicht (unbelastetes) Eigenthum erwirbt, weil die Sache gestohlen oder verloren war (935); wenn der Käufer zwar bei dem Kaufabschluß in gutem Glauben war, aber nicht mehr bei dem Besitzerwerb; wenn der Käufer in bösem Glauben ist wegen grobfahrlässiger Unkenntniß des Rechtes des Dritten (932 Abs. 2), denn diese Unkenntniß entlastet den Verkäufer nicht (439 Abs. 1). Ist nun eine Haftung des Verkäufers begründet, und wäre nach den allgemeinen Vorschriften Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu beanspruchen, so hat der Käufer diesen Anspruch doch nur dann, wenn er entweder die Sache dem Dritten mit Rücksicht auf dessen Recht herausgegeben (gleichviel ob auf Klage oder ohne Proceß), oder die Sache dem Verkäufer zurückgewährt hat, oder die Sache untergegangen ist (440 Abs. 2). Statt der Rückgewähr genügt, falls der Käufer die Sache nicht besitzt, aber einen Herausgabeanspruch gegen einen Andern hat (er hat sie vermiethet, verliehen, ihm ist der Besitz entzogen), die Abtretung dieses Anspruchs (440 Abs. 4). Der Käufer hat den Schadensersatzanspruch aber auch dann, wenn er den Drittberechtigten beerbt hat (er kann dann sagen, daß er die Sache nicht auf Grund des Kaufes, sondern auf Grund des ererbten Rechts hat), oder wenn der Dritte den Käufer beerbt (aus entsprechendem Grunde), oder wenn der Käufer anders als durch Erbgang das Recht des Dritten erwirbt (gleichviel ob entgeltlich oder unentgeltlich) (440 Abs. 3). Folgerichtig muß der Schadensersatzanspruch auch dann bestehen, wenn das Recht aus dem Kaufe von dem Käufer an den Drittberechtigten abgetreten ist; dieser Fall ist aber im Gesetz nicht genannt. Dagegen nennt das Gesetz als einen weitern Fall, in welchem der Schadensersatzanspruch anerkannt wird, den, daß der Käufer den Dritten abfindet (440 Abs. 3). Dieß kann ein Fall entgeltlichen Erwerbs des Rechtes des Dritten durch den Käufer, also bereits durch das Vorige gedeckt sein; die Abfindung kann aber auch so vor sich gehen, daß der Berechtigte gegen ein Entgelt sein Recht (z. B. Nießbrauch) durch Verzicht zum Untergang bringt. Da nun aber der Erwerb des Rechts durch den Käufer den Schadensersatzanspruch auch dann ermöglicht, wenn der Erwerb unentgeltlich geschieht, so sollte auch bei unentgeltlichem Verzicht des Berechtigten derselbe Erfolg eintreten.

Digitized by Google

Es erscheint zweifellos, daß der § 440, insoweit er den Schadensersatzanspruch beim Mangel der besonderen Voraussetzungen der Abs. 2—4 verneint, sowohl den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung der Rechtsverschaffungspflicht, wie auch denjenigen wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit des Verkäufers treffen will. Zu fragen aber ist, welches derjenige Schadensersatzanspruch ist, den § 440 zuläßt. Dieß muß zunächst den allgemeinen Vorschriften entnommen werden; denn § 440 will nur den nach diesen begründeten Schadensersatzanspruch unter fernere Voraussetzungen stellen. Insbesondere ist klar, daß, wenn die Rückgewähr der Sache erfolgt ist auf Grund des vom Käufer gemäß § 325 oder 326 erklärten Rücktritts, ein Schadensersatzanspruch nach § 440 überhaupt nicht erwächst. Andererseits kann der Käufer auf Grund des § 325 oder 326 Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit wählen, und daß er in diesem Falle die Sache zurückzugewähren hat, ergibt sich schon aus §§ 325. 326. 280 Abs. 2. 346 fg. Der § 440 hat aber doch wohl insoweit eine selbständige Bedeutung, daß dem Käufer freigestellt wird, unabhängig von den Voraussetzungen der §§ 325. 326 dem Verkäufer die Sache zurückzugewähren und nunmehr wegen anfänglicher subjectiver Unfähigkeit des Verkäufers zur kaufmäßigen Verschaffung der Sache Schadensersatz, d. h. Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit des Verkäufers zu fordern. Den gleichen Standpunkt aber wird der Käufer auch dann einnehmen können, wenn er dem Drittberechtigten die Sache herausgegeben hat, sowie in den sonst gleichgestellten Fällen.

Dieselben Vorschriften gelten auch, wenn ein Recht an einer Sache verkauft ist, das zum Besitz derselben berechtigt (441).

In Bezug auf den für Berechnung des Schadensersatzes maßgebenden Zeitpunkt stand E. I § 377 Abs. 2 S. 1 auf dem Standpunkte Windscheid's ([34]). Das Gesetzbuch aber hat jene Vorschrift nicht aufgenommen, und es wird die allgemeine Regel gelten müssen, daß alles bis zur Zeit des Urtheils aufgelaufene Interesse zu berücksichtigen ist.

5. Da das BGB. für den Genuskauf (vgl. [37]) in Betreff der Rechtsmängel keine besondere Vorschriften gibt, so müssen die dargestellten Sätze auch auf diesen Fall des Verkaufes bezogen werden. Der Käufer wird, wenn ihm eine Sache zum Zwecke der Erfüllung eines generischen Kaufs übergeben ist, trotz Obwaltens von Rechtsmängeln unter Berufung auf § 243 Abs. 2 dieselbe Rechtsstellung in Anspruch nehmen können, als wäre diese Sache individuell verkauft. Er wird aber auch sich auf den Standpunkt stellen können, daß der Verkäufer verpflichtet ist, ihm eine Sache der fraglichen Art zu Eigenthum zu verschaffen (433); er wird also das Angebot einer Sache, an welcher ihm der Verkäufer nicht sofort auch freies Eigenthum verschaffen kann, als einen unzulänglichen Erfüllungsversuch ablehnen können. Hat er sie aber angenommen, so hat er kein selbständiges Recht auf Lieferung einer andern Sache (wie bei thatsächlichen Mängeln gemäß § 480), sondern die Lieferung einer andern Sache ist nur gemäß § 249 eine mögliche, und die nächstliegende, Art des Schadensersatzes, welcher nur unter den Voraussetzungen des § 440 gefordert werden kann.]

Digitized by Google

§ 392.

Eine Verpflichtung wegen Entwehrung kommt nicht bloß beim Kaufvertrag vor; sie findet ferner in allen Fällen statt, wo Jemand verpflichtet ist, Eigenthum oder ein anderes Recht an einer Sache, welches Anspruch auf das Haben der Sache gibt, zu verschaffen[1]. Nur beschränkt sich hier die Verpflichtung des Schuldners nicht auf den Fall der Entwehrung, sondern der Schuldner haftet sofort, sobald es feststeht, daß er das zu verschaffende Recht nicht, oder nicht so verschafft hat, daß kraft desselben das Haben und Behalten der Sache möglich ist[2]. Daß Jemand aus der bloßen Thatsache des nicht verschafften Rechts nicht haftet, kommt nur beim Kauf vor[3]; dadurch rechtfertigt sich die hier festgehaltene Stellung der Entwehrungslehre[4].

[Nach BGB. finden die für den Kauf geltenden Grundsätze über die Rechtsverschaffungspflicht und die Folgen ihrer Nichterfüllung auf Tausch (515) und alle anderen Verträge entsprechende Anwendung, welche auf Veräußerung oder Belastung eines Gegenstandes gegen Entgelt gerichtet sind (445).]

---

§ 392. [1] S. z. B. l. 58 D. 21, 2, l. 29 § 3 D. 32.

[2] S. § 342 [4—6]. — Bekker S. 258. 265 ist der Meinung, daß die Verpflichtung zur Eigenthumsverschaffung nicht immer, oder doch nicht in jeder Beziehung, den Inhalt habe, daß dem Gläubiger ein Eigenthum verschafft werden müsse, welches ihm auch das habere licere gewähre. Er beruft sich auf l. 2 D. 19, 4. Aus dieser Stelle kann aber nur das „furtis noxisque solutum" in Betracht kommen, und durch l. 72 § 5 D. 46, 3 wird bewiesen, daß, wer zum dare eines Sclaven verpflichtet ist, seiner Verpflichtung durch die Leistung eines servus nondum noxa solutus nicht genügt.

[3] Nicht auch bei kaufähnlichen Geschäften (l. 15 D. 42, 4, l. 4 § 31 D. 44, 4)? Daß beim Tausch für Eigenthumsverschaffung gehaftet werde, ist in den Quellen ausdrücklich anerkannt (§ 398 [4]). Was die Leistung an Zahlungsstatt angeht, s. § 342 [14]. Wie ist es bei der Theilung? Von der Verhaftung wegen Eviction reden l. 66 § 3 D. 21, 2, l. 14 C. 3, 36, l. 7 C. 3, 38. Doch wird es nicht unerlaubt sein, die Grundsätze vom Tausch in den Fällen in Anwendung zu bringen, wo bei der Theilung für die fragliche Sache nicht Geld, sondern eine andere Sache gegeben worden ist, vgl. l. 20 § 3 i. f. D. 10, 2, l. 77 § 18 D. 31. — Wird nicht auch aus dem Miethvertrag wegen Entwehrung gehaftet? Dafür Bekker S. 243 fg.; dawider Müller S. 128 fg. Es unterliegt keinem Zweifel, daß der Vermiether bloß zur Gewährung des Gebrauchs der Sache verpflichtet ist; aber kann man sagen, daß der Miether „evictionem patitur", wenn ihm das Haben der Sache von einem Dritten entzogen wird? L. 9 pr. D. 19, 2 beweist dafür nicht; die evictio, von welcher diese Stelle redet, kann füglich von einer Eviction des Vermiethers verstanden werden.

[4] Andere stellen sie in den, ohnehin schon hinlänglich beschwerten, allgemeinen Theil des Obligationenr.; s. z. B. Unterholzner, Seuffert, Vangerow. Brinz handelt von ihr an doppelter Stelle (2. Aufl. II § 280. 328).

Digitized by Google

cc. Haftung des Verkäufers wegen der Beschaffenheit der Kaufsache.

αα. Sie hat Mängel*.

§ 393.

Wegen der Mängel der Kaufsache haftet der Verkäufer[1. 1a]:

* Dig. 21, 1 de aedilicio edicto et redhibitione et quanti minoris. Cod. 4, 58 de aediliciis actionibus. — Neustetel in seinen und Zimmern's römisch-rechtl. Untersuchungen Nr. 9 (1821). Unterholzner ACPra. VI S. 60 fg. (1823). Gesterding Ausbeute von Nachforschungen VI. 2 Nr. 1 (1838); mit unbedeutenden Aenderungen wieder abgedruckt ZS. f. CR. u. Pr. VI S. 1 fg. H. Keller in Sell's Jahrb. III S. 86 fg. (1844). Hoffmann APraktRW. IV S. 177—199 (namentlich über die Bestimmungen der deutschen Particularre). Hanausek die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Waare nach röm. und gem. R. mit besonderer Berücksichtigung des Handelsr. Erste Abth. 1883. Zweite Abth. 1. Hälfte 1884. 2. Hälfte 1887. Darüber Regelsberger Grünh. ZS. XI S. 429 fg., Glück XX S. 1—168, Unterholzner II S. 263—279, Sintenis II S. 606—622, Vangerow III § 609 Anm. 1. 2, Brinz 2. Aufl. II § 327—327b. Thöl Handelsr. I § 273—280. Stobbe III S. 244 fg. [3. Aufl. (Lehmann S. 304 fg.), Crome die Gewährleistung wegen Abwesenheit vorausgesetzter Vorzüge der veräußerten Sache nebst einem Anhang über dicta et promissa im Hinblick auf den E. e. BGB. ACPra. LXXVIII S. 122 fg. (1892), Kricheldorff Haftung des Verkäufers bei behebbaren Mängeln der Kaufsache. Gött. Diss. 1893, Charlin de la garantie à raison des vices cachés en matière de vente. Th. de Paris 1895, F. Leonhard die Haftung des Verkäufers für sein Verschulden beim Vertragsschlusse. Gött. 1896, Haßlacher die Haftung des Verkäufers für Fehler und Mängel nach gem. R. und dem R. des BGB. Erl. Diss. 1897, Schütz die Haftung des Verkäufers bei physischen Fehlern der veräußerten Sache nach gem. R. und BGB. Rost. Diss. 1897, Epping die Gewährleistung wegen Mängel der Kaufsache nach BGB. Erl. Diss. 1897, Rossi die Haftung für heimliche Mängel der Kaufsache (gem. R. u. BGB.) Erl. Diss. 1898, Kemmerich die Gewährleistungspflicht des Verkäufers wegen Mängel der Sache nach gem. R. und dem BGB. Erl. Diss. 1899, Eccius die Gewährleistung wegen Mängel der Sache nach dem BGB. Gruch. Beitr. XLIII S. 305 fg. (1899). — Fall der Mitwirkung eines Vertreters s. ob. I § 73 [18. 21]; vgl. noch Mosler Hindert die Kenntniß des Stellvertreters des Käufers von den Mängeln der Kaufsache die Durchführung der ädilicischen Klagen. Greifsw. Diss. 1892, Meineke Kauf einer mangelhaften Sache durch eine Mittelsperson. Berl. 1893.]

[1] Die Verhaftung des Verkäufers wegen der Mängel der Kaufsache beruht § 393.
für das r. R.: a) auf den Vorschriften des Civilr., b) auf den weiter gehenden Sätzen des Edicts der curulischen Aedilen. Nach Civilr. haftete der Verkäufer nicht, wenn er nicht die Mängel arglistig verschwiegen oder ihre Abwesenheit versprochen hatte; das Edict der Aedilen kehrte die Regel um und sagte, der Verkäufer hafte wegen der Mängel immer, wenn er ihre Anwesenheit dem Käufer nicht angezeigt habe (l. 1 § 1. l. 38 pr. D. 21, 1). Das Edict der Aedilen bezog sich zwar nur auf den Verkauf von Sclaven und Vieh (pecus); aber es ist durch die Jurisprudenz auf alle anderen Arten körperlicher Sachen ausgedehnt worden (l. 1 pr. l. 48 § 6. l. 49. l. 63 D. 21, 1, l. 4 C. 4, 58). Ueber und gegen die abweichende Ansicht, welche in dieser Beziehung Gans im ACPra. II

Digitized by Google

1) wenn er ihre Abwesenheit versprochen hat[2]; 2) wenn er sie gekannt und arglistigerweise verschwiegen hat[3]; 3) wenn keiner dieser

S. 112 fg. aufgestellt hat, welche aber ohne alle Nachfolge geblieben ist, s. Thibaut das. V S. 350 fg., Unterholzner Arch. S. 76 fg. 97—101, Keller S. 121—123, Vangerow S. 327; über eine andere abweichende Ansicht von Busch s. unten [4]. Wenn in l. 13 pr. § 1 D. 19, 1 (über l. 6 § 4 eod. s. [2 a. E.]) bloß auf Grund des Vorhandenseins nicht angezeigter Mängel auch die actio emti gegeben wird, so soll damit nur gesagt sein, daß mit der actio emti (auf Grund der Formelconception 'quidquid paret N^m N^m A° A° dare facere oportere ex fide bona') auch der Inhalt des aedilicischen R. geltend gemacht werden könne. Unterholzner Arch. S. 109 fg., Keller S. 93 fg. 140 fg., Windscheid Voraussetzung S. 112 fg., Vangerow S. 324 (7. Aufl. S. 305), Sintenis [79.99], Schliemann Haftung des Cedenten S. 132—136, Wlassak negotiorum gestio S. 170 fg., Hanausek S. 55 fg. Zweifelnd Regelsberger a. a. O. S. 437. A. M. Neustetel S. 160 fg., Pfersche zur Lehre vom s. g. error in substantia S. 33 fg. 60 fg. [Karlowa r. Rgesch. II S. 626], welche die Haftung für nicht angezeigte Mängel bereits dem Civilr. zuschreiben; dawider Hanausek S. 33 fg. Vgl. übrigens auch Brinz II § 327a. Zur geschichtlichen Entwickelung ferner: Bechmann I S. 391 fg., Hanausek I S. 17 fg. [Ueber den römischen Verkehr Pernice Sav.-ZS. XIX S. 106 fg.]

[[1a] Verkauf durch den Pfandgläubiger: s. I § 237 [22], vgl. auch Waubke (§ 391 [a]).]

[2] Natürlich schon nach Civilr. l. 6 § 4. l. 13 § 3 D. 19, 1. Aber auch nach dem aedilicischen Edict, l. 1 § 1. l. 17 § 20. l. 18 pr. l. 38 § 10. l. 52 D. 21, 1. — In einer Anpreisung der Sache zum Zwecke ihrer Empfehlung liegt noch nicht die Uebernahme der Garantie für ihre Fehlerlosigkeit. L. 19 § 3 D. 21, 1. „Ea autem sola dicta sive promissa admittenda sunt, quae sic dicuntur, ut praestentur, non ut iactentur". L. 19 § 1. 2 eod. Es kann aber der Verkäufer, welcher durch eine solche Anpreisung den Käufer verleitet hat, möglicherweise wegen Betrugs in Anspruch genommen werden, l. 37 D. 4, 3. Vgl. Hesse ACPra. LXI S. 240 fg. Sf. XVIII. 237, XXIX. 16, XXX. 226, XLI. 95 265. [XLVIII. 198.] Dernburg II § 100 [7.8]. — Das Versprechen der Abwesenheit des Mangels kann auch stillschweigend gegeben werden. L. 6 § 4 D. 19, 1, vgl. l. 19 § 1 D. 19, 2. Hanausek I S. 49. Sf. VII. 31 S. 42; vgl. aber auch XVI. 181.

[3] Natürlich schon nach Civilr., vgl. l. 11 § 5. l. 13 pr. § 1 D. 19, 1, l. 35 § 8 D. 18, 1. Aber auch diese Bestimmung haben die Aedilen wiederholt, l. 1 § 1 i. f. D. 21, 1. Dem Arglistigen hilft nicht einmal der Vertrag, daß er für Fehlerhaftigkeit der Sache nicht solle einzustehen haben, l. 14 § 9 D. 21, 1. Näheres: Mommsen Erört. II S. 143 fg. Sf. XXVIII. 21, XXX. 130, XXXVIII. 246. [RG. XXXI S. 162 fg. Eck Jahrb. f. Dogm. XXXV S. 304, Sf. LIII. 76]. Gegen die Gleichstellung der lata culpa Hanausek II S. 191 fg. [Es kann sein, daß nach Lage des Falles der Verkäufer sogar für volle Sorgfalt in Bezug auf Ertheilung von Rath und Empfehlung in Betreff des Kaufobjects haftet. So RG. XLII S. 128 fg. beim Verkauf von Werthpapieren durch einen Bankier an Private. S. aber auch Sf. XLIX. 84. F. Leonhard (*) nimmt allgemein Haftung des Verkäufers auf das Interesse bei jedem schuldhaften Verschweigen des Mangels an.]

Digitized by Google

Fälle vorliegt dann[4], wenn die Mängel so erheblich sind, daß sie den Gebrauch der Sache beeinträchtigen[5], und nicht so offenkundig, daß sie dem Käufer in die Augen fallen mußten[6]. In dem ersten und zweiten Falle haftet der Verkäufer auf das Interesse des Käufers[7], im ersten Fall kann der Käufer außerdem, wenn er sein Interesse nicht geltend machen will[7a], nach seiner Wahl[7b] entweder verhältnißmäßige Preisminderung[8] oder Rücknahme der Sache[8a] ver-

---

[4] Dieß ist die aedilicische Neuerung. L. 1 § 1. l. 38 pr. § 5 D. 21, 1. L. 1 § 2 eod.: — „dummodo sciamus, venditorem, etiamsi ignoravit ea, quae aediles praestari iubent, tamen teneri debere". Auch ob die Unwissenheit des Verkäufers entschuldbar ist oder nicht, ist gleichgültig. Busch ACPra. XXVI S. 225 fg. hat die Behauptung aufgestellt, daß Entschuldbarkeit der Unwissenheit den Verkäufer in allen nicht durch den Wortlaut des Edicts vorgesehenen Fällen (Sclaven- und Viehhandel) von der Verhaftung entbinde; s. dagegen Keller in Sell's Jahrb. III S. 345 fg., Vangerow S. 328 (7. Aufl. S. 308), Pernice Labeo II S. 249.

[5] L. 1 § 8. l. 10 pr. D. 21, 1. Nähere Ausführung in Betreff von Sclaven in l. 4 § 6 — l. 15 D. 21, 1, in Betreff von Thieren in l. 38 § 3. 7—9 eod. Animi vitia kamen bei Sclaven überhaupt nur dann in Betracht, wenn sie zu den im Edict aufgezählten gehörten, l. 1 § 9 — l. 4 § 4. l. 65 D. 21, 1. Bei Thieren gelten animi vitia als physische Mängel, l. 38 § 8. 9. l. 43 pr. D. 21, 1, vgl. l. 4 § 3 eod. Unterholzner Arch. S. 70 [27], Keller S. 127 fg. (gegen Neustetel S. 233 fg.). Sf. V. 155, X. 29, XII. 137, XV. 115, XXIV. 24, XXV. 205.

[6] L. 14 § 10 D. 21, 1: — „ad eos enim morbos vitiaque pertinere edictum aedilium probandum est, quae quis ignoravit vel ignorare potuit". L. 1 § 6. l. 48 § 4 eod. L. 55 eod.: dissoluta ignorantia. Der Maßstab, mit welchem gemessen wird, ist der Maßstab des gewöhnlichen Mannes, nicht der Maßstab des Kenners. Gesterding ACPra. IV S. 18—22, Thöl § 273 a. E., Hanausek I S. 84 fg. Sf. V. 155, VII. 295, X. 29. Vgl. XXVII. 114. [XLVIII. 251.]

[7] Actio emti. L. 6 § 4. l. 13 pr. § 1—3 D. 19, 1. Auch im zweiten Fall kann nicht bloß das s. g. negative Vertragsinteresse, sondern auch das Erfüllungsinteresse verlangt werden, so daß Arglist gleich Zusicherung ist. Vgl. l. 30 § 1 D. 19, 1, l. 57 § 1 D. 18, 1, und v. Ziegler über Betrug beim Vertragsschlusse (München 1870) S. 57 fg., Mommsen Erört. II S. 166 fg., Hanausek I S. 50 fg. 158 fg.

[7a] Vgl. Hanausek I S. 172.

[[7b] RG. XXXIX S. 174 fg.: Das R. der Wahl zwischen act. redh. und qu. min. geht erst durch Annahme der Erklärung von Seiten des Verkäufers, aber auch durch Klageerhebung verloren.]

[8] Actio aestimatoria oder quanti minoris. L. 18 pr. D. 21, 1.

[8a] Actio redhibitoria. L. 1 § 1. l. 18 pr. l. 38 § 10 D. 21, 1. Sf. XI. 222. Vgl. l. 21 pr. D. 21, 1. „Redhibere est facere, ut rursus habeat venditor, quod habuerit, et quia reddendo id fiebat, idcirco redhibitio est

Digitized by Google

langen[9]. Im dritten Fall hat der Käufer nur die Ansprüche auf Preisminderung oder Rücknahme[10], Anspruch auf weiteres Interesse steht ihm nicht zu[11]. Der Anspruch auf Preisminderung verjährt in einem Jahre, der auf Rücknahme in sechs Monaten, beides

---

appellata, quasi redditio". Vgl. übrigens auch Bechmann I S. 403 [2]. — Die actio quanti minoris und die actio redhibitoria sind die von den Aedilen neu aufgestellten Klagen, und daher auf den dritten Fall berechnet. Aber daß die Aedilen sie auf den ersten Fall erstreckt haben, zeigen die citirten Stellen. Auch der Fall des dolus war im aedilicischen Edict vorgesehen, aber nur mit den Worten: „Hoc amplius, si quis adversus ea sciens dolo malo vendidisse dicetur, iudicium dabimus (l. 1 § 1 i. f. D. 21, 1), und wenn auch kaum zu bezweifeln ist, daß dieses iudicium das gleiche ist, wie das im Vorhergehenden versprochene, also die actio redhibitoria, so wird doch ebensowenig bezweifelt werden dürfen, daß es in gleicher Weise nur wegen der im Vorhergehenden genannten Mängel versprochen wird, so daß dieser Zusatz eigentlich überflüssig ist. Wlassak neg. gestio S. 174, Hanausek S. 22, A. M. Neustetel S. 184. 199, Sintenis S. 612 in der Note. Ueber l. 37 D. 4, 3 s. Hanausek a. a. O. — Zusicherung der Abwesenheit von rlichen Mängeln begründet die ädilicischen Ansprüche nicht. Vgl. § 391 [28] und Sf. XXXV. 109.

[9] Auch mit der actio emti kann Auflösung des Vertrages verlangt werden; aber dann muß der Käufer beweisen, daß gerade hierauf sein Interesse gehe, während er bei der actio redhibitoria von diesem Beweise frei ist. L. 11 § 3. 5 D. 19, 1, vgl. l. 43 § 6 D. 21, 1, l. 25 § 1 D. 44, 2. Keller S. 154 fg. — Auch Rückgabe eines verhältnißmäßigen Theils des gezahlten Kaufpreises kann mit der actio emti verlangt werden, denn jedenfalls hat der Käufer ein Interesse daran, eine nicht durch den Fehler in ihrem Werthe geminderte Sache zu haben. Aber dieser Anspruch geht eben auch nur auf den Betrag, um welchen die Sache wegen des Fehlers weniger werth ist, nicht auf verhältnißmäßige Preisminderung. — Die letzte Bemerkung verdanke ich meinem Freunde E. A. Seuffert in München. Der Widerspruch, welchen Pernice Labeo II S. 323 [23] gegen dieselbe erhoben hat, beruht wohl auf der Annahme, daß es meine Meinung sei, es könne mit der actio emti die bezeichnete Preisminderung wegen aller Mängel verlangt werden. Zu dieser Annahme habe ich keine Veranlassung gegeben. Wenn ich von dem Inhalte der actio emti rede, so versteht es sich von selbst, daß ich ihre Begründung nach dem zu Note [2.3] Gesagten voraussetze. [Sf. XLVIII. 8. 82 nehmen (m. E. mit Recht) an, daß es nicht sowohl auf den objectiven Werth des Kaufgegenstandes, als vielmehr darauf ankommt, welchen Preis der Käufer bei Kenntniß der wahren Sachlage bewilligt haben würde.]

[10] Er hat actio aestimatoria oder redhibitoria nach seiner Wahl. L. 38 pr. l. 43 § 6 D. 21, 1, l. 25 § 1 D. 44, 2. Die früher herrschende Meinung, daß die actio rehibitoria nur wegen Hauptmängel, nicht wegen Nebenmängel, begründet sei, ist jetzt aufgehoben. Gegen dieselbe Feuerbach civilistische Versuche Nr. 2, Neustetel S. 245 fg., Unterholzner Arch. S. 88. — Kann der Verkäufer der Auflösung des Vertrages dadurch entgehen, daß er den Mangel nachträglich verbessert? Verneint für die Zeit nach der Litiscontestation bei Sf. XV. 116.

[11] Vgl. Sf. IV. 25, X. 32.

Digitized by Google

tauglicher Zeit[12]; der Anspruch auf Leistung des Interesse verjährt in der gewöhnlichen Frist[13].

§ 394.

Zu dem Gesagten ist folgendes Nähere zu bemerken.

1. Der Anspruch auf Preisminderung geht eben auf Minderung des Kaufpreises, d. h. der gerade bei diesem Kaufe vereinbarten Kaufsumme. Er geht nicht auf Ersatz des Minderwerthes, welchen die Sache wegen des Mangels nach objectiver Schätzung hat[1].

---

[12] L. 38 pr. l. 19 § 6. l. 48 § 2. l. 55 D. 21, 1, l. 2 C. 4, 58, l. 25 § 1 D. 44, 2. Daß taugliche Zeit gerechnet wird: l. 19 § 6. l. 55 cit. Sf. X. 31. Beginn der Verjährung: RG. XXI S. 162. [Sf. XLIX 146.] Diese kurze Verjährung bezieht sich aber nur auf die actio quanti minoris und redhibitoria, nicht auf die actio emti, wenn mit dieser Rückgabe eines Theils des Kaufpreises oder Rücknahme der Sache als Gegenstand des Interesse gefordert wird (9). Dagegen bezieht sie sich allerdings auch auf die actio emti, wenn durch diese nur das aedilicische R. selbst geltend gemacht wird. S. Note [1] a. E. und Unterholzner Arch. S. 103. 104, Keller S. 163, Bangerow S. 325 (7. Aufl. S. 305), Schäffer ZS. f. CR. u. Pr. N. F. VIII S. 259 fg., Sf. X. 30, XXXV. 108. Für das r. R. ist in dieser Beziehung nicht ohne Zweifel Sintenis S. 613 in der Anmerkung, s. auch Regelsberger a. a. O. S. 437.

[13] Das HGB. Art. 349 Abs. 2, 350 unterwirft alle Klagen wegen der Mängel der Kaufsache, nur nicht die Klage aus dem Betruge, einer sechsmonatlichen Verjährung. Ueber die einredeweise Geltendmachung der Mängel s. Art. 349 Abs. 3. [Die besonderen Bestimmungen des HGB. über das Mängelr. Art. 347—350, (vgl. auch 346) sind größtentheils gestrichen, weil neben den allgemeinen Bestimmungen des BGB. und CPO. 488 entbehrlich; nur über Untersuchung der Waare, Mängelanzeige, einstweilige Aufbewahrung der beanstandeten Waare, Verkauf wegen drohenden Verderbs und Gefahr im Verzuge geben HGB. 377—379 noch Sondervorschriften.]

[1] Wer eine Sache, die ohne den Mangel 10 werth gewesen wäre, um 20 gekauft hat, bekommt, wenn die Sache in Folge des Mangels nur 5 werth ist, 10 zurück (die Hälfte des Kaufpreises), nicht 5. Wer eine Sache, die ohne den Mangel 20 werth gewesen sein würde, um 10 gekauft hat, bekommt, wenn sie in Folge des Mangels nur 10 werth ist, 5 zurück (die Hälfte des Kaufpreises), nicht 10. Die Quellen gehen auf diesen Gegensatz nicht ein; sie setzen Uebereinstimmung des Kaufpreises mit dem wahren Werthe der Sache voraus. In Folge davon sagen sie sowohl, daß der Käufer zurückbekomme, quanti minoris res fuerit l. 38 pr. § 13 D. 21, 1, l. 25 § 1 D. 44, 2), als daß er zurückbekomme, quanto minoris emturus fuerit (l. 13 pr. § 1 D. 19, 1, l. 32 § 1 D. 21, 2). — Noch unrichtiger wäre es, wenn man sagen wollte, daß der Anspruch des Käufers auf die Differenz zwischen dem wirklichen Werth und dem Kaufpreise gehe, wonach in dem ersten der oben bezeichneten Fälle der Käufer 15 erhalten würde, im zweiten gar nichts. Es hieße das den Parteien gestatten, bei Gelegenheit des Anspruchs auf Preisminderung sich zugleich für den Schaden zu erholen, welchen sie durch zu theueren Kauf oder durch zu wohlfeilen Kauf erlitten haben. — Vgl. über die verschiedenen Meinungen Hoffmann APraktRW. IV S. 181 fg., Bähr das. § 394.

Digitized by Google

Sind mehrere Sachen um Einen Preis verkauft worden, so ist der Preis nicht auf alle gleich zu vertheilen, sondern der auf jede fallende Theil des Preises nach Verhältniß ihres Werthes zu bestimmen[1a].

2. Gibt der Käufer die Sache zurück, so müssen beide Parteien in denselben Zustand zurückversetzt werden, in welchem sie sein würden, wenn der Kaufvertrag nicht abgeschlossen worden wäre[2]. Demnach muß der Käufer die Kaufsache zurückgeben: a) mit Allem, was ihm mit der Kaufsache übergeben worden oder beim Käufer zu ihr hinzugetreten ist[3]; b) mit allen Früchten, welche der Käufer

---

VII S. 67 fg., Brinz 2. Aufl. II. S. 718, Sintenis S. 618 Text und Anm. [illegible], auch die Zitate bei Seuffert § 266 [illegible], neuerdings Hellweg AcPra. LIX S. 35 fg. 1876, Hanauer I S. 128 fg. Sf. XVIII. 124, XXX. 289, XXXVII. 202. [XLVIII. 14.], Buchka und Budde Entscheidungen des OAG. zu Rostock V S. 250 fg. 258 fg. Hellweg macht (S. 46) mit Recht darauf aufmerksam, daß trotz der grundsätzlichen Richtigkeit der hier verteidigten Ansicht, doch, wenn der Kaufpreis den wirklichen Werth der Sache in fehlerhaftem Zustande übersteigt, darauf Rücksicht genommen werden müsse, ob nicht der Mehrpreis für die Abwesenheit eines in der That nicht vorhandenen Fehlers gegeben worden sei, während ein anderer Fehler, wegen dessen jetzt Minderung begehrt wird, sich zeigt. A. M. in dieser Beziehung Hanauer S. 130. [v. Dewitz über die Berechnung des Minderwerths bei der act. qu. min. Arch. Dig. 1881. Jobe über die Methode der Berechnung des Minderwerths bei der act. qu. min. Greifsw. Diss. 1885] — Wird der Anspruch auf Preisminderung ausgeschlossen durch Weiterverkauf der Sache um höheren Preis? Vgl. Hanauer I S. 132 und Zitate bei. RG. XVII S. 65. [XXXIX S. 174: Gebrauch der Sache durch den Käufer hindert nicht den Minderungsanspruch. — Ob neben der Preisminderung Schadensersatz? Nicht entscheidend RG. XLI S. 163 fg.]

[1b] L. 36. l. 64 D. 21. 2. Vgl. Sintenis Anm. [illegible]. Sf. XXVII. 113. Es ist aber auch darauf Rücksicht zu nehmen, ob nicht durch die Fehlerhaftigkeit der einen Sache zugleich der Werth der anderen gemindert wird. L. 38 § 13 D. 21. 2.

[2] L. 22 § 1 D. 21. 1. — „ut uterque resoluta emtione nihil amplius consequatur, quam non haberet, si venditio facta non esset“ vgl. zu dieser Stelle Mommsen in seiner Ausg. L. 23 § 7 D. 21. 1. „Iulianus ait, iudicium redhibitoriae actionis utrumque, i. e. venditorem et emtorem, quodammodo in integrum restituere debere“. L. 60 D. 21. 1. L. 13 § 2 D. 41, 2. Aber: „cum . . servus, quem emi traditusque mihi est, a me redhibeatur, non est in ea causa, ut perinde habeatur, atque si meus nunquam fuisset, sed et fuit et desiit“. l. 17 § 2 D. 47. 2. Unterholzner Arch. S. 91 fg., Gebeding Ansbeute S. 33 fg. Zeitschr. S. 21 fg., Mommsen Beiträge II S. 34—36, Jhering Jahrb. für Dogm. IV S. 17, Hanauer I S. 133 fg. [Petersen die Rückgabe der verkauften Sache gemäß der act. redh. nach gem. Civr. Diss. Dig. 1889; Bellerstein die Rückgabe der verkauften Sache im Falle der actio redhibitoria. Erl. Diss. 1896.]

[3] L. 1 § 1. l. 23 § 1. l. 31 § 3. 4. l. 33 § 1 D. 21. 1.

Digitized by Google

von der Sache gezogen hat, oder bei gehöriger Sorgfalt hätte ziehen können, ebenso mit allem sonst von der Sache gemachten Erwerb[4]; c) in demselben Zustand, in welchem der Käufer die Sache erhalten hat, oder mit Ersatz für die durch seine Schuld eingetretenen Verschlechterungen[5]. Andererseits ist der Verkäufer verpflichtet: a) zur Rückgabe des Kaufpreises[6] mit Zinsen[7]; b) zur Erstattung der Auslagen, welche der Käufer wegen des Kaufes gemacht hat, vorausgesetzt daß auch der Verkäufer sie gemacht haben würde[8]; c) zum Ersatz des dem Käufer durch die mangelhafte Beschaffenheit der Sache verursachten Schadens[9]. So jedoch, daß der Verkäufer sich von jeder weiteren Leistung als der des Kaufpreises und der Zinsen dadurch befreien kann, daß er dem Käufer die Sache läßt[10]. Erfüllt der Verkäufer seine Verbindlichkeiten bis zum Urtheil nicht, obgleich der Käufer zur Leistung des ihm Obliegenden bereit ist, so wird er

---

[4] L. 1 § 1. l. 23 § 9. l. 24. l. 31 § 2 D. 21, 1.

[5] Die Verschlechterung kann eine factische sein; davon l. 1 § 1. l. 23 pr. l. 25 pr. — § 8. l. 31 § 9 D. 21, 1. Sie kann auch eine juristische sein, wenn nämlich der Käufer dingliche Lasten auf die Sache gelegt hat; der Käufer muß dieselben ablösen oder Ersatz dafür geben (sie hören nicht etwa von selbst auf). L. 21 § 1. l. 43 § 8 D. 21, 1, l. 4 pr. D. 20, 6. Vgl. noch v. Wyß Haftung für fremde Culpa S. 84—86.

[6] L. 25 § 10. l. 26 D. 21, 1.

[7] L. 27. l. 29 § 2 D. 21, 1.

[8] L. 27. l. 29 § 3. l. 30 D. 21, 1. Kein Ersatz für die Ernährung eines Sclaven (Thieres), weil der Käufer auch keinen Ersatz für den Gebrauch desselben gibt, l. 30 § 1 D. 21, 1, Sf. V. 120, XXVI. 118, XXVIII. 119, XXX. 121, vgl. XXXII. 311 [XLIX. 244], Hanausek I S. 137 fg. Dernburg II § 101 [7].

[9] L. 23 § 8. l. 29 § 3. l. 31 pr. l. 58 pr. D. 21, 1. Abgesehen von der Redhibition hat der Käufer einen Anspruch auf Ersatz des ihm durch die mangelhafte Beschaffenheit der Sache erwachsenen Schadens nur dann, wenn der Verkäufer die mangelhafte Beschaffenheit gekannt hat. L. 13 pr. § 1 D. 19, 1. Der aufgestellte Satz ist jedoch nicht unbestritten. Hanausek I S. 139 fg. Dernburg II § 100 zu [13.14]. Sf. VII. 25. 170, XVI. 181. [RG. XXXIX S. 170 fg. bes. 173 fg.: mit der act. redh. kann vielleicht der Schaden gefordert werden, der durch die Sache verursacht ist, nicht aber der Schaden, den der Käufer in seinen contractlichen Verhältnissen zu Dritten erlitten hat. Starker Inwiefern umfaßt die actio redhibitoria auch Ersatz von Schaden? Erl. Diss. 1895, Primavesi idem. Erl. Diss. (1896), Frings Wandlung und Schadensersatz. Gött. Diss. (1895/6), Dehn die act. redhib. in ihrer Function als Schadensersatzklage nach gem. R. Erl. Diss. 1896.]

[10] L. 23 § 8. l. 29 § 3. l. 58 pr. § 2 D. 21, 1. [Greift nicht durch gegenüber der actio emti: Sf. XLVIII. 258.]

Digitized by Google

auf das Geschäft verzichtet[11]. Ist die Kaufsache zum Schaden des Käufers untergegangen oder beschädigt geworden, so muß der Verkäufer die ihm zustehenden Ansprüche abtreten, oder wenigstens zu erhalten; im Falle der Schuld des Käufers kann er von demselben Ersatz verlangen[12]. Dagegen hat der Käufer einen Anspruch gegen den Verkäufer nicht, wenn der Grund, weswegen er die Kaufsache nicht zurückgeben kann, eine freiwillige Veräußerung ist[13]. — Ist von mehreren gleichzeitig verkauften Sachen Eine fehlerhaft, so erstreckt sich die Pflicht der Rücknahme und Rückgabe auf alle, wenn sie als ein Ganzes verkauft worden sind, oder

---

[11] L. 45 D. 21. 1. Vgl. § 253 [11-13]. Über die l. 45 cit. vgl. Ed. Beimann zur Lehre von den redhibitorischen Klagen, in „Juristische Abhandlungen, Festgabe für G. Beseler" S. 29 fg. und die Lehrbücher Dernburg II § 100 [6]. — Hat der Verkäufer die Sache einmal zurückgenommen, so muß er Alles leisten, was mit der actio redhibitoria von ihm verlangt werden kann, ohne daß er noch darüber streiten dürfte, ob auch wirklich ein redhibitorischer Fall vorliege. L. 31 § 17 D. 21. 1.

[12] L. 31 § 6 11—15. l. 38 § 3. l. 44 § 2. l. 47 § 1. l. 48 pr. D. 21. 1. Gesterding Ausführ. S. 48 fg. Zeitschr. S. 34 fg., Hanausek I S. 143, Regelsberger S. 438 mit. Sf. XXI. 34.

[12a] L. 43 § 8 D. 21. 1. — „non recte redhiberet nisi redemptum". S. andererseits l. 47 pr. D. 21. 1 (der freigelassene Sclave kann nicht zurückerworben werden). Wird die Veräußerung in Kenntniß der Fehlerhaftigkeit vorgenommen, so kann darin möglicherweise ein Verzicht auf die Geltendmachung derselben liegen, so daß auch Rückerwerb die actio redhibitoria nicht zurückgibt. Umgekehrt ist Ed. [11] S. 1 fg. der Meinung, daß die actio redhibitoria auch ohne Rückerwerb zurückbleibe, wenn die Veräußerung weder in Verzichtabsicht noch in zweckwidriger Weise vorgenommen worden sei; in l. 47 cit. sieht er eine Besonderheit des Sclavenr. Ebenso Dernburg II § 101 [11]. Für die hier vertheidigte Meinung Gesterding Zeitschr. S. 40 fg., Hanausek I S. 146 fg., II. S. 265 fg., Sf. II. 24. 170, VII. 286, X. 149, XVI. 106, XXXII. 122, XXXVII. 302. [RG. XXVI S. 185 fg.; vgl. Sf. XLVI. 180.] Die sonstigen Ansprüche aus der Fehlerhaftigkeit der Sache schließt die Veräußerung, wenn nicht ein Verzicht in derselben enthalten ist, nicht aus. Sf. III. 27. 28, V. 269, VII. 296, X. 255. — Vgl. auch XVIII. 127, XLIV. 92. 93. [Kemvkes Wird durch Verfügung des Käufers über die mangelhafte Sache die actio redhib. ausgeschlossen? Erl. Diss. (1897). RG. XXXIX S. 170 fg.: Wenn der Käufer nach der Dispositionsstellung in einer Weise über die Waare verfügt, wie sie bei unterstellter Redlichkeit nur dem Willen der Aufrechterhaltung des Vertrages entsprechen kann, so verzichtet er damit auf das Redhibitionsr., insbesondere ein mit Werthverminderung der Waare verbundenes Ingebrauchnehmen oder Fortgebrauchen enthält diesen Verzichtswillen, ausgenommen bei Darlegung besonderer, den Fortgebrauch entschuldigender Umstände. S. auch Sf. XLVIII. 16. Möglicher Weise tritt Ausschluß der act. redhib. auch durch Verwendungen des Käufers auf die Sache in Kenntniß des Mangels ein. Sf. XLVIII. 15 (RG.).]

Digitized by Google

wenn ihre Trennung nicht füglich geschehen kann[13]. Wird nur Eine zurückgegeben, und alle sind um Einen Preis verkauft, so ist der auf sie fallende Theil des Preises in der zuvor bezeichneten Weise (Ziff. 1 a. E.) zu bestimmen[14].

3. Die Ansprüche auf Preisminderung und auf Rücknahme wegen nicht angezeigter Mängel fallen weg bei fiscalischen Verkäufen[15]. Daß der Anspruch auf Rücknahme auch bei Verkäufen unbedeutender Sachen wegfalle, ist herrschende aber unbegründete Lehre[16].

4. Neben dem Anspruch auf Preisminderung und Rücknahme hat der Käufer noch das Recht, von dem Verkäufer zu verlangen, daß derselbe durch ein besonderes Versprechen die Abwesenheit der Mängel, durch welche jene Ansprüche begründet werden, versichere. Leistet der Verkäufer dieses Versprechen nicht, so kann der Käufer, auch wenn sich noch keine Mängel gezeigt haben, binnen zwei Mo-

---

[13] L. 38 pr. § 12. 14. l. 39. 40. l. 34. 35. l. 59 § 1 D. 21, 1. L. 35 cit.: — „si separari non possint sine magno incommodo vel ad pietatis rationem offensa(m). Quid enim, si filio retento parentes redhiberi maluerim vel contra? Quod et in fratribus et in personas contubernio sibi coniunctas observari oportet". Vgl. über diese Frage Gesterding Ausbeute S. 58 fg. Zeitschr. S. 42 fg.; Sintenis [118]; ferner den Aufsatz von Fick im Arch. für deutsch. Wechselr. und HR. VIII Nr. 2 und 4, namentlich S. 129 fg. und dazu Goldschmidt ZS. f. HR. III S. 305; Göppert über einheitliche, zusammengesetzte und Gesammtsachen S. 68 fg.; Hanausek I S. 180 fg. Dernburg II § 101 [15]; Sf. XXXVI. 270 und Citate das. [Behelm-Schwarzbach die Redhibitionsgrundsätze bei Mangelhaftigkeit einer unter mehreren zugleich verkauften Sachen. Greifsw. Diss. 1894. RG. XXXIV S. 322 fg.: bloße Vereinbarung eines Gesammtpreises gibt kein R. zur Anfechtung des Kaufs über alle Gegenstände, wenn nur einer Anlaß dazu gibt.] — Ueber den Fall, wo auf der Kauf- oder Verkaufseite eine Mehrheit von Personen steht, s. l. 31 § 5—10. l. 44 § 1 D. 21, 1 und vgl. Hanausek I S. 149 fg. [Cohen l. 44 § 1 de aedilicio edicto 21, 1. Berlin 1892; dazu Kipp ZS. f. HR. XLII S. 339.]

[14] S. Note [1a] und die daselbst citirten Stellen.

[15] L. 1 § 3 D. 21, 1. Vgl. l. 1 § 4. 5 eod.

[16] Sie wird gestützt auf l. 48 § 8 D. 21, 1. „Simplariarum venditionum causa ne sit redhibitio, in usu est". Aber die simplaria venditio ist die ἁπλῆ πρᾶσις der Basiliken, die ἁπλῆ ὠνή des Syrisch-Römischen Rbuchs (§ 39), und das Letztere definirt die ἁπλῆ ὠνή als Kauf mit der Verabredung, daß die Sache genommen werden müsse wie sie ist, „ob gut oder schlecht". S. den Commentar von Bruns zu dem genannten Rbuch S. 207 fg. Ueber den Ausdruck s. Glück XX S. 45. 46.

Digitized by Google

naten tauglicher Zeit Rücknahme, binnen sechs Monaten sein Interesse verlangen[17].

5. [18]Die Ansprüche auf Preisminderung und Rücknahme greifen nicht Platz beim Kauf generisch bestimmter Sachen[19]. Bei

[17] L. 28 D. 21, 1, l. 31 i. f. l. 32 pr. l. 37 § 1 i. f. D. 21, 2. l. 14 C. 4, 49, Theophil. ad § 2 I. 3, 18. Diese Stellen reden zwar nur von Sclaven und Thieren, aber es ist kein Grund vorhanden, weßwegen gerade die in ihnen enthaltene Bestimmung des aedilicischen Edicts von der allgemeinen Erstreckung desselben auf andere Sachen ausgeschlossen sein sollte. Dagegen finde ich für die gewöhnliche Annahme, daß das aedilicische Edict von dem Verkäufer ein Versprechen des Doppelten verlangt habe, keinen genügenden Beweis in der citirten Stelle, auch in l. 37 § 1 D. 21, 2 nicht. Umgekehrt nennt Theophilus das Doppelte bloß beispielsweise, und l. 31 § 20 D. 21, 1 bezeichnet die stipulatio duplae als „assidua". So jetzt auch Lenel Edictum perpetuum S. 441, Eck ([11]) S. 33 fg. Immerhin ist das Versprechen für den Käufer nicht ohne Werth, da er durch dasselbe einen Anspruch auf Leistung des vollen Interesse erlangt. Vielfach wird zwar behauptet, daß die Vorschrift antiquirt sei, so z. B. von Sintenis S. 607 in der Anm., Arndts § 304[6], Schweppe röm. Privatr. III § 431 a. E., neuestens von Bechmann I S. 399 fg. und von Hanausek I S. 79 fg., Dernburg II § 100[6]; aber die Rechtfertigung dieser Behauptung würde m. E. den Beweis eines aufhebenden Gewohnheitsr. voraussetzen. Ohne weitere Bemerkung wird die Vorschrift vorgetragen in den Lehrbüchern von Thibaut § 494, Wening-Ingenheim II § 363, Mühlenbruch II § 402, Vangerow S. 330. 331 (7. Aufl. S. 309. 310 (der aber ihre Erstreckung auf andere Sachen als Vieh bestreitet). Uebergangen ist sie in dem Lehrbuch von Seuffert. Ueber den Anspruch auf das Interesse (quanti emtoris intersit, l. 28 cit.), vgl. Bechmann I S. 405 fg., Lenel Edict. perpetuum S. 442[2], Brinz 2. Aufl. II S. 727[54]. — Wirklich unanwendbar, als auf römischer Volkssitte beruhend, ist die l. 31 § 20 D. 21, 1. (vgl. § 391[3]).

[18] Vgl. zu dem Folgenden, worüber viel Streit ist: Thöl Handelsr. I § 275; sodann Fick ([13]), dazu Goldschmidt a. a. O. S. 301 fg., und wieder Fick a. a. O. IX S. 371 fg.; Bekker Jahrb. d. gem. R. V S. 401 fg.; Seuffert 4. Ausg. § 266 a. E.; Vangerow III § 609 Anm. 1 in der 7. Auflage; Goldschmidt ZS. f. HR. XIX S. 98 fg.; ders. Handelsr. 2. Aufl. II S. 42 fg.; Brinz 2. Aufl. II S. 731 fg.; Hanausek 1 S. 113 fg.; Regelsberger S. 438; Bechmann Kauf II S. 333. Bemerkenswerth ist auch ein Erkenntniß des OAG. zu Oldenburg, Arch. f. d. Prax. des Oldenb. R. VII S. 181—202 (auf welches Seuffert aufmerksam gemacht hat, vgl. jetzt auch Sf. XIX. 131). HGB. 346—348 [s. ob. § 393[13]].

[19] So Thöl und der ihm folgende Seuffert; a. M. Bekker, Goldschmidt, das Oldenburger Erkenntniß, Vangerow, Fick (dieser mit einer Unterscheidung), Brinz, Dernburg (die beiden Letzten mit Unterscheidung zwischen Kaufvertrag und Erfüllungsleistung), Hanausek (der in allem Wesentlichen Goldschmidt folgt). Fernere Citate bei Goldschmidt XIX S. 99 fg. Für die principielle Zulässigkeit der aedilicischen Ansprüche hat sich auch ein Plenarbeschluß des ROHG. vom 16/6 1873 ausgesprochen (Goldschmidt XIX S. 98), ebenso das RG. VI S. 190, XII S. 84 [XXXVI S. 232]. Vgl. Sf. XXVI. 231, XXVII. 15; ferner das. XXVII. 219. [Sf. XLIX. 243,

Digitized by Google

einem solchen Kaufe muß als stillschweigend vereinbart angesehen werden, daß das zu Liefernde fehlerlos geliefert werden soll[20]; ist also etwas Fehlerhaftes geliefert worden, so ist trotz der Annahme des Käufers, vorausgesetzt daß sie nicht in Kenntniß der Fehlerhaftigkeit erfolgt ist, der Vertrag nicht erfüllt[21], und der Käufer kann anderweitige Lieferung[22], daneben sein Interesse verlangen[23].

Schmitz (§ 386 [5] S. 28 fg., Müsch (§ 386 [5] S. 37 fg.), Kahn (§ 386 [5]) S. 27 fg., Bötzow sind nach gem. R. die aedilicischen Rmittel auch bei einem Genuskauf zulässig? Greifsw. Diss. 1891, Eschenburg Anwendung der aedilicischen Rmittel auf den Gattungskauf nach gem. R. Erl. Diss. 1897.]

[20] Diese Annahme ist nicht zu gewagt. — Die Quellen stehen nicht entgegen; sie sprechen von unserem Falle nicht. L. 45 § 1. l. 46 D. 30 handeln nicht von einer Kaufobligation, sondern von Legats- und Stipulations-, also stricti-iuris-Obligationen. Ohne Zweifel von einer Stipulationsobligation handelt auch l. 72 § 5 D. 46, 3, jedenfalls will diese Stelle nur den abstracten Inhalt des dare darlegen. Und wie wenig die Römer hier die Willensinterpretation selbst bei stricti-iuris-Obligationen auszuschließen gemeint waren, zeigen l. 110 D. 30 und l. 33 § 1 D. 46, 3. Die Bestimmungen aber, welche die Quellen über den Kauf individuell bestimmter Sachen enthalten, auf den Kauf generisch bestimmter Sachen zu übertragen, erscheint nicht gerechtfertigt. Ohne allen Zweifel gilt beim Kauf individuell bestimmter Sachen die Fehlerhaftigkeit der Sache nach r. R. nicht ohne Weiteres als stillschweigend bedungen; aber hier wird eben auch diese bestimmte Sache verkauft. Die Auslegung: diese bestimmte Sache, und zwar als fehlerlose, ist eine viel ferner liegende, als bei dem Kaufe gegnerisch bestimmter Sachen die Auslegung: eine Sache von diesen Merkmalen, und zwar eine fehlerlose Sache von diesen Merkmalen. Gegen die hier vertretene Auffassung: Bekker S. 402, Römer Leistung an Zahlungsstatt S. 119 fg. 130 [15]. Festschrift zur vierten Säcularfeier der Universität Tübingen S. 20 fg. 35 fg., Goldschmidt XIX S. 109, Brinz 2. Aufl. II S. 731. 732, Hanausek S. 114 [Sf. XLIX. 243]; für dieselbe Sf. XXXIII. 117.

[21] Ist die Annahme in Kenntniß der Fehlerhaftigkeit erfolgt, so liegt eine vom Käufer acceptirte in solutum datio vor. Dagegen bewirkt irrige Annahme nicht, daß Erfüllung sei, was Erfüllung nicht ist. In einer solchen Annahme liegt nichts, als die Erklärung des Käufers, daß er Eigenthümer der dargebotenen Sache zu dem Ende werden wolle, daß dadurch die Schuld des Verkäufers getilgt werde. Wirklich getilgt wird aber die Obligation nicht durch die Annahmeerklärung des Gläubigers, sondern dadurch, daß dieser hat, was er haben soll (oder statt Dessen mit seinem Willen ein Anderes). A. M. Goldschmidt früher XIX S. 116 (für den Fall, wo Fehlerlosigkeit ausdrücklich bedungen ist); gegen denselben Römer Festschrift rc. S. 21 fg. und jetzt Goldschmidt selbst Handelsr. S. 44 in der Note oben. Bechmann a. a. O. nimmt Nichterfüllung durch Lieferung einer fehlerhaften Sache wegen Mangels einer gesetzlichen Eigenschaft an.

[22] So Thöl, Seuffert, Fick, Vangerow; a M. Bekker, Goldschmidt, Hanausek, und das Oldenburger Erkenntniß, welches jedoch noch zwischen Annahme und Genehmigung (bez. Disposition über das Gelieferte) unterscheidet. A. M. auch Dernburg II § 101 [24]. Es gibt zwei Wege, um zu

Digitized by Google

Dieses Interesse kann ihn möglicherweise auch berechtigen, eine anderweitige Lieferung nicht mehr anzunehmen[24]; abgesehen hiervon ist anderweitige Lieferung statt der zurückgewiesenen nicht bloß Pflicht, sondern auch Recht des Verkäufers. Das Gelieferte unter Kürzung des Kaufpreises behalten[25] darf der Käufer nur dann[26], wenn er

---

dem Satz zu gelangen, daß der Käufer anderweitig Lieferung nicht verlangen könne, und demgemäß auf die aedilicischen Ansprüche beschränkt sei. a) Man leugnet, daß die Fehlerlosigkeit der zu liefernden Sache als stillschweigend vereinbart anzusehen sei. So die in Note [20] Genannten. Diese Schriftsteller geben dem Käufer das R., anderweitige Lieferung zu verlangen, nur dann, wenn Fehlerlosigkeit des zu Liefernden ausdrücklich bedungen ist. b) Man behauptet, daß die Parteien durch Geben und Nehmen einen neuen Vertrag des Inhalts abschließen, daß fortan nur dieser bestimmte geleistete Gegenstand als Obligationsobject in Betracht kommen solle. Einen solchen Vertrag nehmen in verschiedener Formulirung das Oldenburger Erkenntniß und Treitschke kr. Jahrb. f. deutsche RW. XIV S. 711 an; dagegen Thöl § 83 [18] (§ 275 [30]). M. E. liegt in dem Geben und Nehmen einer bestimmten Sache allerdings ein Vertrag; der Verkäufer erklärt im Geben, daß der Käufer diese bestimmte Sache zum Zweck der Erfüllung des Kaufvertrages haben solle, und diese Erklärung wird vom Käufer durch das Nehmen acceptirt. Aber dieser Vertrag bindet nur den Verkäufer nicht den Käufer ([21]).

[23] a) Möglicherweise ist dem Käufer durch die gelieferte fehlerhafte Sache ein Schaden zugefügt worden; sie hat z. B. Sachen des Käufers verdorben. Er kann Ersatz dieses Schadens verlangen, vorausgesetzt natürlich, daß den Verkäufer in Betreff der Fehlerhaftigkeit der Lieferung eine Schuld trifft. b) Die anderweitige Lieferung kann nicht mehr rechtzeitig beschafft werden; der Käufer kann das Verzugsinteresse fordern. Goldschmidt XIX S. 100 läßt mich dem Käufer „Preiskürzung oder sonstige Interesseforderung" gestatten. Goldschmidt glaubt also, daß in der Gestattung der Interesseforderung die Gestattung der Preiskürzung enthalten sei. Allein diese Annahme ist nicht gerechtfertigt. Allerdings kann der Käufer einer fehlerhaften individuell bestimmten Sache, wenn der Verkäufer Abwesenheit der Fehler zugesagt hat, mit der actio emti auf das Interesse auch Preisminderung verlangen; aber hier liegt Unmöglichkeit der Erfüllung vor. Eine solche Unmöglichkeit ist beim Genuskauf nicht vorhanden, und der Käufer eines Genus kann daher bei fehlerhafter Lieferung nicht sein Interesse wegen Nichterfüllung, sondern nur sein Interesse wegen verspäteter Erfüllung und wegen der nachtheiligen Folgen, welche die zum Zweck der Erfüllung vorgenommene Handlung für ihn gehabt hat, verlangen. Ueberdieß ist die actio emti auf Preisminderung ihrem Inhalte nach nicht identisch mit der aedilicischen actio quanti minoris. S. § 393 [9], § 394, 1. — Seinerseits ist der Käufer zur Sorge für die angenommene oder ihm von auswärts zugeschickte Waare verpflichtet. Thöl (§ 277 Nr. II. 2). Sf. XIX. 27. HGB. Art. 348 Abs. 1. [§ 379].

[24] S. § 280 [1]. In diesem Falle ist er in derselben Lage, als wenn die actio redhibitoria für ihn begründet wäre, nur daß es ihm unbenommen bleibt, auch noch sein anderweitiges Interesse geltend zu machen.

[25] Was in gewissem Sinne der actio quanti minoris entspricht; aber auch nur in gewissem Sinne. S. § 393 [9], § 394, 1.

Digitized by Google

nachweisen kann, daß das Behalten im Interesse des Verkäufers liege[27]. Durch die Billigung des Gelieferten verliert der Käufer nicht seine Rechte wegen der ihm verborgen gebliebenen Fehler[28]; es müßte denn seine Schuld sein, daß sie ihm verborgen geblieben sind[29]. Ebensowenig verliert er seine Rechte durch Annahme ohne Untersuchung[30] oder durch Unterlassung sofortiger Anzeige nach entdecktem Mangel[31].

---

[26] Ein unbedingtes R. zum Behalten mit Preiskürzung geben dem Käufer nicht nur diejenigen Schriftsteller, welche ihm die aedilicischen Klagen gewähren (nur diese, wie Bekker, Goldschmidt, Hanausek und das Oldenburger Erkenntniß, oder auch diese, wie Fick und Vangerow), sondern auch Thöl und Seuffert. Thöl (S. 916) macht geltend: „der Verkäufer, welcher die gehörige Lieferung durch eine andere surrogirt, darf nicht selbst sein Factum anfechten". Aber er „surrogirt" für den vereinbarten Kaufpreis, nicht für einen niedrigeren. — Das doppelte R. des Käufers nach seiner Wahl entweder neue Lieferung verlangen, oder die aedilicischen Ansprüche erheben oder auch nur gegen Preisminderung behalten zu dürfen, läßt sich bloß in der Weise rechtfertigen, daß die Berufung auf die stillschweigende Verabredung der Fehlerlosigkeit zwar dem Käufer gestattet wird, nicht aber dem Verkäufer, und das halte ich nicht für zulässig. — Es findet sich auch die Meinung, daß dem Käufer das R. auf Preisminderung selbst dann zustehe, wenn er das Gelieferte in Kenntniß seiner Fehlerhaftigkeit angenommen habe. So die bei Goldschmidt XIX S. 102 Genannten. Sf. XXIV. 303. Daß ich meinerseits bei dem von mir dem Käufer im Folgenden zugestandenen R. nur einen irrenden Käufer im Sinne habe, würde ich nach dem in Note [21] Gesagten nicht ausdrücklich bemerken, wenn ich nicht mißverstanden worden wäre (Goldschmidt XIX S. 100. 115).

[27] Im Einzelnen: a) er weist nach, daß, wenn er nicht behalten hätte, der Verkäufer einen Schaden erlitten haben würde, gegen welchen er ihn durch das Behalten geschützt hat, „so wenn es sich um Victualien handelt, die dem raschen Verderben ausgesetzt sind (auch nach den örtlichen Verhältnissen nicht auf Rechnung des Verkäufers verkauft werden können)", E. A. Seuffert in Seuffert Pand. § 276 [6]. b) Er weist nach, daß, wenn er nicht behalten hätte, er selbst einen Schaden erlitten haben würde, welchen der Verkäufer ihm hätte ersetzen müssen. Es kann nicht von ihm verlangt werden, daß er den Schaden wirklich erleide, und erst dann Ersatz für denselben suche (vgl. § 346 zu [6]). — Aus dem Gesagten ergibt sich übrigens, daß auch das Maß der dem Käufer gestatteten Preisminderung durch das Interesse des Verkäufers bedingt ist.

[28] Thöl § 280. Billigung (vorausgesetzt natürlich, daß sie in Unkenntniß der Fehlerhaftigkeit erfolgt) ist nichts, als die Abgabe des Urtheils, daß die Leistung fehlerlos und somit vertragsmäßig sei. Dieses Urtheil ist von Einfluß auf die Beweislast (§ 321 [6]); aber zur Erfüllung zu machen, was nicht in Erfüllung ist, vermag es nicht. A. M. Sf. VII. 303.

[29] Wobei ihm auch levis culpa zur Last fällt, Thöl a. a. O. ([7]). Sf. II. 92.

[30] Nur kann, wenn die Unterlassung der Untersuchung vor der Annahme schuldvolle Nachlässigkeit war (was sie keineswegs ohne Weiteres ist), der Verkäufer verlangen, daß nicht ein Anspruch gegen ihn erhoben werde, welchem er

Digitized by Google

ββ. Sie entbehrt Vorzüge.

§ 395.

Der Verkäufer muß die Kaufsache in derjenigen Güte liefern, welche er ausdrücklich versprochen hat[1], oder welche der Käufer nach den Umständen erwarten durfte, so daß sie als stillschweigend vereinbart angesehen werden muß[2]. Hat die Kaufsache diese

---

nicht ausgesetzt gewesen sein würde, wenn der Käufer untersucht hätte. Sf. II. 22. 274, V. 119, VII. 295, IX. 88, X. 148, XIV. 130, vgl. V. 131. Eine besondere Auffassung das. IX. 277. Vgl. auch IV. 78, VIII. 39.

[31] Thöl § 278. II. Seuffert § 267 [4]. Sf. VII. 295; anders das. II. 169, IV. 23, VI. 27, XIV. 126. XVII. 23 (dieses letztere Urtheil jedoch mit ausdrücklicher Beschränkung auf den Bereich des Handelsr.). — Zu dieser und der vorhergehenden Note: HGB. Art. 347. Von auswärts übersendete Waaren soll der Käufer ohne Verzug („so weit dieß nach dem ordnungsmäßigen Geschäftsgang thunlich ist") untersuchen, und er soll von entdeckten Mängeln dem Verkäufer sofort Anzeige machen. „Versäumt er dieß, so gilt die Waare als genehmigt, soweit es sich nicht um Mängel handelt, welche bei der sofortigen Untersuchung nach ordnungsmäßigem Geschäftsgang nicht erkennbar waren". [HGB. § 377. 378.] Sf. XXXII. 339.

§ 395. [1] S. die in § 389 [13] citirten Stellen, welche sich aber theilweise auf die Versicherung der Abwesenheit von Mängeln beziehen; ferner l. 1 § 1. l. 17 § 20. l. 18. l. 19 § 1. l. 38 § 10 D. 21, 1. Vgl. § 393 [2]; auch Sf. I. 38, II. 23, XVII. 129, vgl. XVIII. 235, XXVII. 216. Buchka und Budde Entscheidungen des OAG. zu Rostock V S. 248—249. Kierulff Entscheidungen des OAG. zu Lübeck 1866 S. 352 fg. Fein Beiträge zu der Lehre von der Novation und Delegation S. 10 fg. [Zusicherung in Betreff der Miethertrage des verkauften Hauses: Sf. XLVIII. 82, L. 238.]

[2] Hierher gehört namentlich der Fall, wo die äußere Erscheinung der Sache den Käufer zu der Annahme berechtigte, daß sie eine gewisse werthsteigernde Eigenschaft habe: — „veluti si mensas quasi citreas emat, quae non sunt" (l. 21 § 2 D. 19, 1). Diese Worte von einer ausdrücklichen Zusage der betreffenden Eigenschaft des Tisches zu verstehen, erlaubt der übrige Inhalt der Stelle nicht. Zweifelhafter ist es, ob nicht in l. 45 D. 18, 1 (es werden alte aufgeputzte Kleider statt neuer verkauft) eine ausdrückliche Zusage des Verkäufers anzunehmen ist. Doch werden durch diese Annahme die Schwierigkeiten der Stelle nicht vermindert. Vgl. über diese Stellen Savigny System III S. 285—290, Vangerow III S. 282—286 (7. Aufl. S. 265—268), Windscheid Voraussetzung S. 116—119 und Heidelberger kr. ZS. II S. 122—125, Mommsen Beitr. I S. 203 fg. II S. 280 fg. III S. 411 fg. Erörterungen II S. 33, Cohnfeld Lehre vom Interesse S. 179 fg. 185 fg., Pernice Labeo II S. 324, Leonhard Irrthum S. 464 fg., Punschart, die fundamentalen Verhältnisse des röm. Privatr. S. 175 fg. — HGB. Art. 335. „Ist im Vertrage über die Beschaffenheit und Güte der Waare nichts Näheres bestimmt, so hat der Verpflichtete Handelsgut mittlerer Art und Güte zu gewähren" [HGB. § 360]. Goldschmidt Handelsr. 2. Aufl. II S. 36 fg., Hanausek I S. 68 fg. Vgl. auch Sf. III. 26, V. 153, XVI. 104. [[Crome ACPra. LXXVIII S. 122 fg. gegen die mir zugeschriebene Auffassung, daß auch subjective Vorstellungen des

Digitized by Google

Güte nicht, so kann der Käufer sein Interesse verlangen[3]; beim Mangel ausdrücklich zugesagter Eigenschaften hat er auch die aedilicischen Ansprüche[4]. Kaufverträge über generisch bestimmte Sachen sind nicht erfüllt, wenn das Gelieferte nicht die ausdrücklich oder stillschweigend zugesagte Güte hat; es gelten hier die gleichen Grundsätze, wie wenn das Gelieferte fehlerhaft ist (§ 394 Ziff. 5).

Eine besondere in diesen Zusammenhang gehörige Bestimmung ist, daß, wenn ein Thier zum Zweck des Verkaufs durch Zierrathen aufgeputzt worden ist, diese mit herausgegeben werden müssen; geschieht es nicht, so kann der Käufer nach seiner Wahl entweder Herausgabe der Zierrathen oder Rücknahme des Thieres verlangen, muß jedoch den einen oder den andern Anspruch binnen zwei Monaten geltend machen[5].

[**365**. I. Kauf einer individuell bestimmten Sache.

1. Der für die Mängelhaftung des Verkäufers maßgebende Zeitpunkt ist der des Gefahrüberganges (446. 447). Der Verkäufer haftet dafür, daß zu dieser Zeit

a) keine Fehler vorhanden sind, die den Werth oder die Tauglichkeit der Sache zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern; eine unerhebliche Minderung kommt aber nicht in Betracht (459 Abs. 1; vgl. § 393 zu [5]). (Eccius Gruch. Beitr. XLII S. 308.)

b) daß zu derselben Zeit die Sache die zugesicherten Eigenschaften hat (459 Abs. 2). (Eccius S. 309 fg.)

c) Keine Haftung tritt ein, wenn der Käufer den Mangel (den Fehler im Sinne des § 459 Abs. 1 oder das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft) beim Abschluß des Kaufes kennt. Kennenmüssen steht dem im Allgemeinen nicht gleich; wenn aber der Käufer den Mangel in Folge grober Fahrlässigkeit bei Abschluß des Kaufes nicht kennt, so haftet der Verkäufer nur auf Grund entgegengesetzter Zusicherung oder arglistigen Verschweigens (460; vgl. § 393 zu [6]).

d) Bei Pfandverkauf in öffentlicher Versteigerung hat der Verkäufer Mängel überhaupt nicht zu vertreten (es wäre denn die Haftung besonders übernommen). Sonstiger Pfandverkauf genießt keine Ausnahmestellung (461; vgl. § 393 [1a]). (Eccius S. 313 fg.)

Käufers von den Eigenschaften der Sache, welche zwar geäußert, aber nicht zum Inhalt des Vertrages erhoben sind, zur Anfechtung des Vertrages berechtigen.]]

[3] S. die in § 389 [13] citirten Stellen; ferner l. 45 D. 18, 1, l. 21 § 2 D. 19, 1. Sf. XVI. 105.

[4] L. 1 § 1. l. 18 pr. l. 33 § 10 D. 21, 1. Nicht auch bei zugesicherter Servitutenfreiheit. Sf. XXV. 206, XXXI. 25.

[5] L. 38 pr. § 11 D. 21, 1. Abweichende Auffassungen bei Neustetel S. 201 fg. und bei Keller S. 132 fg. 152 in der Note; dagegen Vangerow S. 329 (7. Aufl. S. 308). Dernburg II § 100 [6].

Digitized by Google

Sind mehrere Sachen um Einen Preis verkauft worden, so ist der Preis nicht auf alle gleich zu vertheilen, sondern der auf jede fallende Theil des Preises nach Verhältniß ihres Werthes zu bestimmen[1a].

2. Gibt der Käufer die Sache zurück, so müssen beide Parteien in denselben Zustand zurückversetzt werden, in welchem sie sein würden, wenn der Kaufvertrag nicht abgeschlossen worden wäre[2]. Demnach muß der Käufer die Kaufsache zurückgeben: a) mit Allem, was ihm mit der Kaufsache übergeben worden oder beim Käufer zu ihr hinzugetreten ist[3]; b) mit allen Früchten, welche der Käufer

---

VII S. 67 fg., Brinz 2. Aufl. II. S. 728, Sintenis S. 618 Text und Anm. [120-122], auch die Citate bei Seuffert § 266 [2a], neuestens Hellweg ACPra. LIX S. 35 fg. (1876), Hanausek I S. 128 fg. Sf. XVIII. 124, XXX. 239, XXXVII. 202. [XLVIII. 14.], Buchka und Budde Entscheidungen des OAG. zu Rostock V S. 250 fg. 258 fg. Hellweg macht (S. 46) mit Recht darauf aufmerksam, daß trotz der principiellen Richtigkeit der hier vertheidigten Ansicht, doch, wenn der Kaufpreis den wirklichen Werth der Sache in fehlerlosem Zustande übersteigt, darauf Rücksicht genommen werden müsse, ob nicht der Mehrpreis für die Abwesenheit eines in der That nicht vorhandenen Fehlers gegeben worden sei, während ein anderer Fehler, wegen dessen jetzt Minderung begehrt wird, sich zeigt. A. M. in dieser Beziehung Hanausek S. 130. [v. Dewitz über die Berechnung des Minderwerths bei der act. qu. min. Marb. Diss. 1890. Coste über die Methode der Berechnung des Minderwerths bei der act. qu. min. Greifsw. Diss. 1895] — Wird der Anspruch auf Preisminderung ausgeschlossen durch Weiterverkauf der Sache um höheren Preis? Vgl. Hanausek I S. 132 und Citate das. RG. XVII S. 65. [XXXIX S. 174: Gebrauch der Sache durch den Käufer hindert nicht den Minderungsanspruch. — Ob neben der Preisminderung Schadensersatz? Nicht entscheidend RG. XLI S. 163 fg.]

[1a] L. 36. l. 64 D. 21, 2. Vgl. Sintenis Anm. [22]. Sf. XXVII. 113. Es ist aber auch darauf Rücksicht zu nehmen, ob nicht durch die Fehlerhaftigkeit der einen Sache zugleich der Werth der anderen gemindert wird. L. 38 § 13 D. 21, 2.

[2] L. 22 § 1 D. 21, 1. — „ut uterque resoluta emtione nihil amplius consequatur, quam non haberet, si venditio facta non esset“ (vgl. zu dieser Stelle Mommsen in seiner Ausg.). L. 23 § 7 D. 21, 1. „Iulianus ait, iudicium redhibitoriae actionis utrumque, i. e. venditorem et emtorem, quodammodo in integrum restituere debere“. L. 60 D. 21, 1, l. 13 § 2 D. 41, 2. Aber: „cum . . servus, quem emi traditusque mihi est, a me redhibeatur, non est in ea causa, ut perinde habeatur, atque si meus nunquam fuisset, sed et fuit et desiit“, l. 17 § 2 D. 47, 2. Unterholzner Arch. S. 91 fg., Gesterding Ausbeute S. 33 fg. Zeitschr. S. 21 fg., Mommsen Beiträge II S. 34—36, Jhering Jahrb. für Dogm. IV S. 17, Hanausek I S. 133 fg. [Lepenau die Rückgabe der verkauften Sache gemäß der act. redh. nach gem. Civilr. Gött. Diss. 1890; Bellerstein die Rückgabe der verkauften Sache in Fällen der actio redhibitoria. Erl. Diss. 1896.]

[3] L. 1 § 1. l. 23 § 1. l. 31 § 3. 4. l. 33 § 1 D. 21, 1.

Digitized by Google

von der Sache gezogen hat, oder bei gehöriger Sorgfalt hätte ziehen können, ebenso mit allem sonst von der Sache gemachten Erwerb[4]; c) in demselben Zustand, in welchem der Käufer die Sache erhalten hat, oder mit Ersatz für die durch seine Schuld eingetretenen Verschlechterungen[5]. Andererseits ist der Verkäufer verpflichtet: a) zur Rückgabe des Kaufpreises[6] mit Zinsen[7]; b) zur Erstattung der Auslagen, welche der Käufer wegen des Kaufes gemacht hat, vorausgesetzt daß auch der Verkäufer sie gemacht haben würde[8]; c) zum Ersatz des dem Käufer durch die mangelhafte Beschaffenheit der Sache verursachten Schadens[9]. So jedoch, daß der Verkäufer sich von jeder weiteren Leistung als der des Kaufpreises und der Zinsen dadurch befreien kann, daß er dem Käufer die Sache läßt[10]. Erfüllt der Verkäufer seine Verbindlichkeiten bis zum Urtheil nicht, obgleich der Käufer zur Leistung des ihm Obliegenden bereit ist, so wird er

---

[4] L. 1 § 1. l. 23 § 9. l. 24. l. 31 § 2 D. 21, 1.

[5] Die Verschlechterung kann eine factische sein; davon l. 1 § 1. l. 23 pr. l. 25 pr. — § 8. l. 31 § 9 D. 21, 1. Sie kann auch eine juristische sein, wenn nämlich der Käufer dingliche Lasten auf die Sache gelegt hat; der Käufer muß dieselben ablösen oder Ersatz dafür geben (sie hören nicht etwa von selbst auf). L. 21 § 1. l. 43 § 8 D. 21, 1, l. 4 pr. D. 20, 6. Vgl. noch v. Wyß Haftung für fremde Culpa S. 84—86.

[6] L. 25 § 10. l. 26 D. 21, 1.

[7] L. 27. l. 29 § 2 D. 21, 1.

[8] L. 27. l. 29 § 3. l. 30 D. 21, 1. Kein Ersatz für die Ernährung eines Sclaven (Thieres), weil der Käufer auch keinen Ersatz für den Gebrauch desselben gibt, l. 30 § 1 D. 21, 1, Sf. V. 120, XXVI. 118, XXVIII. 119, XXX. 121, vgl. XXXII. 311 [XLIX. 244], Hanausek I S. 137 fg. Dernburg II § 101 [7].

[9] L. 23 § 8. l. 29 § 3. l. 31 pr. l. 58 pr. D. 21, 1. Abgesehen von der Redhibition hat der Käufer einen Anspruch auf Ersatz des ihm durch die mangelhafte Beschaffenheit der Sache erwachsenen Schadens nur dann, wenn der Verkäufer die mangelhafte Beschaffenheit gekannt hat. L. 13 pr. § 1 D. 19, 1. Der aufgestellte Satz ist jedoch nicht unbestritten. Hanausek I S. 139 fg. Dernburg II § 100 zu [13.14]. Sf. VII. 25. 170, XVI. 181. [RG. XXXIX S. 170 fg. bes. 173 fg.: mit der act. redh. kann vielleicht der Schaden gefordert werden, der durch die Sache verursacht ist, nicht aber der Schaden, den der Käufer in seinen contractlichen Verhältnissen zu Dritten erlitten hat. Starker Inwiefern umfaßt die actio redhibitoria auch Ersatz von Schaden? Erl. Diss. 1895, Primavesi idem. Erl. Diss. (1896), Frings Wandlung und Schadensersatz. Gött. Diss. (1895/6), Dehn die act. redhib. in ihrer Function als Schadensersatzklage nach gem. R. Erl. Diss. 1896.]

[10] L. 23 § 8. l. 29 § 3. l. 58 pr. § 2 D. 21, 1. [Greift nicht durch gegenüber der actio emti: Sf. XLVIII. 258.]

Digitized by Google

auf das Doppelte verurtheilt[11]. Ist die Kaufsache ohne Schuld des Käufers untergegangen oder demselben abhanden gekommen, so muß der Verkäufer die ihm obliegenden Leistungen machen, ohne seinerseits etwas zu erhalten; im Falle der Schuld des Käufers kann er von demselben Ersatz verlangen[12]. Dagegen hat der Käufer einen Anspruch gegen den Verkäufer nicht, wenn der Grund, weßwegen er die Kaufsache nicht zurückgeben kann, seine freiwillige Entäußerung ist[12a]. — Ist von mehreren zusammen verkauften Sachen Eine fehlerhaft, so erstreckt sich die Pflicht der Rücknahme und Rückgabe auf alle, wenn sie als ein Ganzes verkauft worden sind, oder

---

[11] L. 45 D. 21, 1. Vgl. § 263 [11-15]. Ueber die l. 45 cit. vgl. Eck Beitrag zur Lehre von den aedilicischen Klagen, in „Juristische Abhandlungen, Festgabe für G. Beseler" S. 29 fg. und die daselbst Citirten. Dernburg II § 100 [6]. — Hat der Verkäufer die Sache einmal zurückgenommen, so muß er Alles leisten, was mit der actio redhibitoria von ihm verlangt werden kann, ohne daß er noch darüber streiten dürfte, ob auch wirklich ein Redhibitionsfall vorliege. L. 31 § 17 D. 21, 1.

[12] L. 31 § 6. 11—15. l. 38 § 3. l. 44 § 2. l. 47 § 1. l. 48 pr. D. 21, 1. Gesterding Ausbeute S. 48 fg. Zeitschr. S. 34 fg., Hanausek I S 143, Regelsberger S. 438 unt. Sf. XXI. 34.

[12a] L. 43 § 8 D. 21, 1. — „non recte redhibe*ret* nisi redemptum". S. andererseits l. 47 pr. D. 21, 1 (der freigelassene Sclave kann nicht zurückerworben werden). Wird die Veräußerung in Kenntniß der Fehlerhaftigkeit vorgenommen, so kann darin möglicherweise ein Verzicht auf die Geltendmachung derselben liegen, so daß auch Rückerwerb die actio redhibitoria nicht zurückgibt. Umgekehrt ist Eck ([11]) S. 1 fg. der Meinung, daß die actio rehibitoria auch ohne Rückerwerb zustehe, wenn die Veräußerung weder in Verzichtabsicht noch in rwidriger Weise vorgenommen worden sei; in l. 47 cit. sieht er eine Besonderheit des Sclavenr. Ebenso Dernburg II § 101 [11]. Für die hier vertheidigte Meinung Gesterding Zeitschr. S. 40 fg., Hanausek I S. 146 fg., II. S. 265 fg., Sf. II. 24. 170, VII. 296, X. 149, XVI. 106, XXXII. 122, XXXVII. 302. [[RG. XXVI S. 185 fg.; vgl. Sf. XLVI. 180.]] Die sonstigen Ansprüche aus der Fehlerhaftigkeit der Sache schließt die Entäußerung, wenn nicht ein Verzicht in derselben enthalten ist, nicht aus. Sf. III. 27. 28, V. 269, VII. 296, X. 255. — Vgl. auch XVIII. 127, XLIV. 92. 93. [Kempkes Wird durch Verfügung des Käufers über die mangelhafte Sache die actio redhib. ausgeschlossen? Erl. Diss. (1897). RG. XXXIX S. 170 fg.: Wenn der Käufer nach der Dispositionsstellung in einer Weise über die Waare verfügt, wie sie bei unterstellter Redlichkeit nur dem Willen der Aufrechterhaltung des Vertrages entsprechen kann, so verzichtet er damit auf das Redhibitionsr., insbesondere ein mit Werthverminderung der Waare verbundenes Ingebrauchnehmen oder Fortgebrauchen enthält diesen Verzichtswillen, ausgenommen bei Darlegung besonderer, den Fortgebrauch entschuldigender Umstände. S. auch Sf. XLVIII. 16. Möglicher Weise tritt Ausschluß der act. redhib. auch durch Verwendungen des Käufers auf die Sache in Kenntniß des Mangels ein. Sf. XLVIII. 15 (RG.).]

Digitized by Google

wenn ihre Trennung nicht füglich geschehen kann[13]. Wird nur Eine zurückgegeben, und alle sind um Einen Preis verkauft, so ist der auf sie fallende Theil des Preises in der zuvor bezeichneten Weise (Ziff. 1 a. E.) zu bestimmen[14].

3. Die Ansprüche auf Preisminderung und auf Rücknahme wegen nicht angezeigter Mängel fallen weg bei fiscalischen Verkäufen[15]. Daß der Anspruch auf Rücknahme auch bei Verkäufen unbedeutender Sachen wegfalle, ist herrschende aber unbegründete Lehre[16].

4. Neben dem Anspruch auf Preisminderung und Rücknahme hat der Käufer noch das Recht, von dem Verkäufer zu verlangen, daß derselbe durch ein besonderes Versprechen die Abwesenheit der Mängel, durch welche jene Ansprüche begründet werden, versichere. Leistet der Verkäufer dieses Versprechen nicht, so kann der Käufer, auch wenn sich noch keine Mängel gezeigt haben, binnen zwei Mo-

---

[13] L. 38 pr. § 12. 14. l. 39. 40. l. 34. 35. l. 59 § 1 D. 21, 1. L. 35 cit.: — „si separari non possint sine magno incommodo vel ad pietatis rationem offensa(m). Quid enim, si filio retento parentes redhiberi maluerim vel contra? Quod et in fratribus et in personas contubernio sibi coniunctas observari oportet". Vgl. über diese Frage Gesterding Ausbeute S. 58 fg. Zeitschr. S. 42 fg.; Sintenis [118]; ferner den Aufsatz von Fick im Arch. für deutsch. Wechselr. und HR. VIII Nr. 2 und 4, namentlich S. 129 fg. und dazu Goldschmidt ZS. f. HR. III S. 305; Göppert über einheitliche, zusammengesetzte und Gesammtsachen S. 68 fg.; Hanausek I S. 180 fg. Dernburg II § 101 [15]; Sf. XXXVI. 270 und Citate das. [Beheim-Schwarzbach die Redhibitionsgrundsätze bei Mangelhaftigkeit einer unter mehreren zugleich verkauften Sachen. Greifsw. Diss. 1894. RG. XXXIV S. 322 fg.: bloße Vereinbarung eines Gesammtpreises gibt kein R. zur Anfechtung des Kaufs über alle Gegenstände, wenn nur einer Anlaß dazu gibt.] — Ueber den Fall, wo auf der Kauf- oder Verkaufseite eine Mehrheit von Personen steht, s. l. 31 § 5—10. l. 44 § 1 D. 21, 1 und vgl. Hanausek I S. 149 fg. [Cohen l. 44 § 1 de aedilicio edicto 21, 1. Berlin 1892; dazu Kipp ZS. f. HR. XLII S. 339.]

[14] S. Note [1a] und die daselbst citirten Stellen.

[15] L. 1 § 3 D. 21, 1. Vgl. l. 1 § 4. 5 eod.

[16] Sie wird gestützt auf l. 48 § 8 D. 21, 1. „Simplariarum venditionum causa ne sit redhibitio, in usu est". Aber die simplaria venditio ist die ἁπλῆ πρᾶσις der Basiliken, die ἁπλῆ ὠνή des Syrisch-Römischen Rbuchs (§ 39), und das Letztere definirt die ἁπλῆ ὠνή als Kauf mit der Verabredung, daß die Sache genommen werden müsse wie sie ist, „ob gut oder schlecht". S. den Commentar von Bruns zu dem genannten Rbuch S. 207 fg. Ueber den Ausdruck s. Glück XX S. 45. 46.

Digitized by Google

naten tauglicher Zeit Rücknahme, binnen sechs Monaten sein Interesse verlangen[17].

5. [18]Die Ansprüche auf Preisminderung und Rücknahme greifen nicht Platz beim Kauf generisch bestimmter Sachen[19]. Bei

[17] L. 28 D. 21, 1, l. 31 i. f. l. 32 pr. l. 37 § 1 i. f. D. 21, 2. l. 14 C. 4, 49, Theophil. ad § 2 I. 3, 18. Diese Stellen reden zwar nur von Sclaven und Thieren, aber es ist kein Grund vorhanden, weßwegen gerade die in ihnen enthaltene Bestimmung des aedilicischen Edicts von der allgemeinen Erstreckung desselben auf andere Sachen ausgeschlossen sein sollte. Dagegen finde ich für die gewöhnliche Annahme, daß das aedilicische Edict von dem Verkäufer ein Versprechen des Doppelten verlangt habe, keinen genügenden Beweis in der citirten Stelle, auch in l. 37 § 1 D. 21, 2 nicht. Umgekehrt nennt Theophilus das Doppelte bloß beispielsweise, und l. 31 § 20 D. 21, 1 bezeichnet die stipulatio duplae als „assidua". So jetzt auch Lenel Edictum perpetuum S. 441, Eck ([11]) S. 33 fg. Immerhin ist das Versprechen für den Käufer nicht ohne Werth, da er durch dasselbe einen Anspruch auf Leistung des vollen Interesse erlangt. Vielfach wird zwar behauptet, daß die Vorschrift antiquirt sei, so z. B. von Sintenis S. 607 in der Anm., Arndts § 304[6], Schweppe röm. Privatr. III § 431 a. E., neuestens von Bechmann I S. 399 fg. und von Hanausek I S. 79 fg., Dernburg II § 100[6]; aber die Rechtfertigung dieser Behauptung würde m. E. den Beweis eines aufhebenden Gewohnheitsr. voraussetzen. Ohne weitere Bemerkung wird die Vorschrift vorgetragen in den Lehrbüchern von Thibaut § 494, Wening-Ingenheim II § 363, Mühlenbruch II § 402, Vangerow S. 330. 331 (7. Aufl. S. 309. 310 (der aber ihre Erstreckung auf andere Sachen als Vieh bestreitet). Uebergangen ist sie in dem Lehrbuch von Seuffert. Ueber den Anspruch auf das Interesse (quanti emtoris intersit, l. 28 cit.), vgl. Bechmann I S. 405 fg., Lenel Edict. perpetuum S. 442[2], Brinz 2. Aufl. II S. 727[54]. — Wirklich unanwendbar, als auf römischer Volkssitte beruhend, ist die l. 31 § 20 D. 21, 1. (vgl. § 391[3]).

[18] Vgl. zu dem Folgenden, worüber viel Streit ist: Thöl Handelsr. I § 275; sodann Fick ([13]), dazu Goldschmidt a. a. O. S. 301 fg., und wieder Fick a. a. O. IX S. 371 fg.; Bekker Jahrb. d. gem. R. V S. 401 fg.; Seuffert 4. Ausg. § 266 a. E.; Vangerow III § 609 Anm. 1 in der 7. Auflage; Goldschmidt ZS. f. HR. XIX S. 98 fg.; ders. Handelsr. 2. Aufl. II S. 42 fg.; Brinz 2. Aufl. II S. 731 fg.; Hanausek 1 S. 113 fg.; Regelsberger S. 438; Bechmann Kauf II S. 333. Bemerkenswerth ist auch ein Erkenntniß des OAG. zu Oldenburg, Arch. f. d. Prax. des Oldenb. R. VII S. 181—202 (auf welches Seuffert aufmerksam gemacht hat, vgl. jetzt auch Sf. XIX. 131). HGB. 346—348 [s. ob. § 393 [13]].

[19] So Thöl und der ihm folgende Seuffert; a. M. Bekker, Goldschmidt, das Oldenburger Erkenntniß, Vangerow, Fick (dieser mit einer Unterscheidung), Brinz, Dernburg (die beiden Letzten mit Unterscheidung zwischen Kaufvertrag und Erfüllungsleistung), Hanausek (der in allem Wesentlichen Goldschmidt folgt). Fernere Citate bei Goldschmidt XIX S. 99 fg. Für die principielle Zulässigkeit der aedilicischen Ansprüche hat sich auch ein Plenarbeschluß des ROHG. vom 16/6 1873 ausgesprochen (Goldschmidt XIX S. 98), ebenso das RG. VI S. 190, XII S. 84 [XXXVI S. 232]. Vgl. Sf. XXVI. 231, XXVII. 15; ferner das. XXVII. 219. [Sf. XLIX. 243,

Digitized by Google

einem solchen Kaufe muß als stillschweigend vereinbart angesehen werden, daß das zu Liefernde fehlerlos geliefert werden soll[20]; ist also etwas Fehlerhaftes geliefert worden, so ist trotz der Annahme des Käufers, vorausgesetzt daß sie nicht in Kenntniß der Fehlerhaftigkeit erfolgt ist, der Vertrag nicht erfüllt[21], und der Käufer kann anderweitige Lieferung[22], daneben sein Interesse verlangen[23].

Schmitz (§ 386 [5] S. 28 fg., Müsch (§ 386 [5] S. 37 fg.), Kahn (§ 386 [5]) S. 27 fg., Bötzow sind nach gem. R. die aedilicischen Rmittel auch bei einem Genuskauf zulässig? Greifsw. Diss. 1891, Eschenburg Anwendung der aedilicischen Rmittel auf den Gattungskauf nach gem. R. Erl. Diss. 1897.]

[20] Diese Annahme ist nicht zu gewagt. — Die Quellen stehen nicht entgegen; sie sprechen von unserem Falle nicht. L. 45 § 1. l. 46 D. 30 handeln nicht von einer Kaufobligation, sondern von Legats- und Stipulations-, also stricti-iuris-Obligationen. Ohne Zweifel von einer Stipulationsobligation handelt auch l. 72 § 5 D. 46, 3, jedenfalls will diese Stelle nur den abstracten Inhalt des dare darlegen. Und wie wenig die Römer hier die Willensinterpretation selbst bei stricti-iuris-Obligationen auszuschließen gemeint waren, zeigen l. 110 D. 30 und l. 33 § 1 D. 46, 3. Die Bestimmungen aber, welche die Quellen über den Kauf individuell bestimmter Sachen enthalten, auf den Kauf generisch bestimmter Sachen zu übertragen, erscheint nicht gerechtfertigt. Ohne allen Zweifel gilt beim Kauf individuell bestimmter Sachen die Fehlerhaftigkeit der Sache nach r. R. nicht ohne Weiteres als stillschweigend bedungen; aber hier wird eben auch diese bestimmte Sache verkauft. Die Auslegung: diese bestimmte Sache, und zwar als fehlerlose, ist eine viel ferner liegende, als bei dem Kaufe gegnerisch bestimmter Sachen die Auslegung: eine Sache von diesen Merkmalen, und zwar eine fehlerlose Sache von diesen Merkmalen. Gegen die hier vertretene Auffassung: Bekker S. 402, Römer Leistung an Zahlungsstatt S. 119 fg. 130 [15]. Festschrift zur vierten Säcularfeier der Universität Tübingen S. 20 fg. 35 fg., Goldschmidt XIX S. 109, Brinz 2. Aufl. II S. 731. 732, Hanausek S. 114 [Sf. XLIX. 243]; für dieselbe Sf. XXXIII. 117.

[21] Ist die Annahme in Kenntniß der Fehlerhaftigkeit erfolgt, so liegt eine vom Käufer acceptirte in solutum datio vor. Dagegen bewirkt irrige Annahme nicht, daß Erfüllung sei, was Erfüllung nicht ist. In einer solchen Annahme liegt nichts, als die Erklärung des Käufers, daß er Eigenthümer der dargebotenen Sache zu dem Ende werden wolle, daß dadurch die Schuld des Verkäufers getilgt werde. Wirklich getilgt wird aber die Obligation nicht durch die Annahmeerklärung des Gläubigers, sondern dadurch, daß dieser hat, was er haben soll (oder statt Dessen mit seinem Willen ein Anderes). A. M. Goldschmidt früher XIX S. 116 (für den Fall, wo Fehlerlosigkeit ausdrücklich bedungen ist); gegen denselben Römer Festschrift 2c. S. 21 fg. und jetzt Goldschmidt selbst Handelsr. S. 44 in der Note oben. Bechmann a. a. O. nimmt Nichterfüllung durch Lieferung einer fehlerhaften Sache wegen Mangels einer gesetzlichen Eigenschaft an.

[22] So Thöl, Seuffert, Fick, Vangerow; a M. Bekker, Goldschmidt, Hanausek, und das Oldenburger Erkenntniß, welches jedoch noch zwischen Annahme und Genehmigung (bez. Disposition über das Gelieferte) unterscheidet. A. M. auch Dernburg II § 101 [24]. Es gibt zwei Wege, um zu

Digitized by Google

Dieses Interesse kann ihn möglicherweise auch berechtigen, eine anderweitige Lieferung nicht mehr anzunehmen[24]; abgesehen hiervon ist anderweitige Lieferung statt der zurückgewiesenen nicht bloß Pflicht, sondern auch Recht des Verkäufers. Das Gelieferte unter Kürzung des Kaufpreises behalten[25] darf der Käufer nur dann[26], wenn er

---

dem Satz zu gelangen, daß der Käufer anderweitig Lieferung nicht verlangen könne, und demgemäß auf die aedilicischen Ansprüche beschränkt sei. a) Man leugnet, daß die Fehlerlosigkeit der zu liefernden Sache als stillschweigend vereinbart anzusehen sei. So die in Note [20] Genannten. Diese Schriftsteller geben dem Käufer das R., anderweitige Lieferung zu verlangen, nur dann, wenn Fehlerlosigkeit des zu Liefernden ausdrücklich bedungen ist. b) Man behauptet, daß die Parteien durch Geben und Nehmen einen neuen Vertrag des Inhalts abschließen, daß fortan nur dieser bestimmte geleistete Gegenstand als Obligationsobject in Betracht kommen solle. Einen solchen Vertrag nehmen in verschiedener Formulirung das Oldenburger Erkenntniß und Treitschke kr. Jahrb. f. deutsche RW. XIV S. 711 an; dagegen Thöl § 83 [18] (§ 275 [30]). M. E. liegt in dem Geben und Nehmen einer bestimmten Sache allerdings ein Vertrag; der Verkäufer erklärt im Geben, daß der Käufer diese bestimmte Sache zum Zweck der Erfüllung des Kaufvertrages haben solle, und diese Erklärung wird vom Käufer durch das Nehmen acceptirt. Aber dieser Vertrag bindet nur den Verkäufer nicht den Käufer ([21]).

[23] a) Möglicherweise ist dem Käufer durch die gelieferte fehlerhafte Sache ein Schaden zugefügt worden; sie hat z. B. Sachen des Käufers verdorben. Er kann Ersatz dieses Schadens verlangen, vorausgesetzt natürlich, daß den Verkäufer in Betreff der Fehlerhaftigkeit der Lieferung eine Schuld trifft. b) Die anderweitige Lieferung kann nicht mehr rechtzeitig beschafft werden; der Käufer kann das Verzugsinteresse fordern. Goldschmidt XIX S. 100 läßt mich dem Käufer „Preiskürzung oder sonstige Interesseforderung" gestatten. Goldschmidt glaubt also, daß in der Gestattung der Interesseforderung die Gestattung der Preiskürzung enthalten sei. Allein diese Annahme ist nicht gerechtfertigt. Allerdings kann der Käufer einer fehlerhaften individuell bestimmten Sache, wenn der Verkäufer Abwesenheit der Fehler zugesagt hat, mit der actio emti auf das Interesse auch Preisminderung verlangen; aber hier liegt Unmöglichkeit der Erfüllung vor. Eine solche Unmöglichkeit ist beim Genuskauf nicht vorhanden, und der Käufer eines Genus kann daher bei fehlerhafter Lieferung nicht sein Interesse wegen Nichterfüllung, sondern nur sein Interesse wegen verspäteter Erfüllung und wegen der nachtheiligen Folgen, welche die zum Zweck der Erfüllung vorgenommene Handlung für ihn gehabt hat, verlangen. Ueberdieß ist die actio emti auf Preisminderung ihrem Inhalte nach nicht identisch mit der aedilicischen actio quanti minoris. S. § 393 [9], § 394, 1. — Seinerseits ist der Käufer zur Sorge für die angenommene oder ihm von auswärts zugeschickte Waare verpflichtet. Thöl (§ 277 Nr. II. 2). Sf. XIX. 27. HGB. Art. 348 Abs. 1. [§ 379].

[24] S. § 280 [1]. In diesem Falle ist er in derselben Lage, als wenn die actio redhibitoria für ihn begründet wäre, nur daß es ihm unbenommen bleibt, auch noch sein anderweitiges Interesse geltend zu machen.

[25] Was in gewissem Sinne der actio quanti minoris entspricht; aber auch nur in gewissem Sinne. S. § 393 [9], § 394, 1.

Digitized by Google

nachweisen kann, daß das Behalten im Interesse des Verkäufers liege[27]. Durch die Billigung des Gelieferten verliert der Käufer nicht seine Rechte wegen der ihm verborgen gebliebenen Fehler[28]; es müßte denn seine Schuld sein, daß sie ihm verborgen geblieben sind[29]. Ebensowenig verliert er seine Rechte durch Annahme ohne Untersuchung[30] oder durch Unterlassung sofortiger Anzeige nach entdecktem Mangel[31].

---

[26] Ein unbedingtes R. zum Behalten mit Preiskürzung geben dem Käufer nicht nur diejenigen Schriftsteller, welche ihm die aedilicischen Klagen gewähren (nur diese, wie Bekker, Goldschmidt, Hanausek und das Oldenburger Erkenntniß, oder auch diese, wie Fick und Vangerow), sondern auch Thöl und Seuffert. Thöl (S. 916) macht geltend: „der Verkäufer, welcher die gehörige Lieferung durch eine andere surrogirt, darf nicht selbst sein Factum anfechten". Aber er „surrogirt" für den vereinbarten Kaufpreis, nicht für einen niedrigeren. — Das doppelte R. des Käufers nach seiner Wahl entweder neue Lieferung verlangen, oder die aedilicischen Ansprüche erheben oder auch nur gegen Preisminderung behalten zu dürfen, läßt sich bloß in der Weise rechtfertigen, daß die Berufung auf die stillschweigende Verabredung der Fehlerlosigkeit zwar dem Käufer gestattet wird, nicht aber dem Verkäufer, und das halte ich nicht für zulässig. — Es findet sich auch die Meinung, daß dem Käufer das R. auf Preisminderung selbst dann zustehe, wenn er das Gelieferte in Kenntniß seiner Fehlerhaftigkeit angenommen habe. So die bei Goldschmidt XIX S. 102 Genannten. Sf. XXIV. 303. Daß ich meinerseits bei dem von mir dem Käufer im Folgenden zugestandenen R. nur einen irrenden Käufer im Sinne habe, würde ich nach dem in Note [21] Gesagten nicht ausdrücklich bemerken, wenn ich nicht mißverstanden worden wäre (Goldschmidt XIX S. 100. 115).

[27] Im Einzelnen: a) er weist nach, daß, wenn er nicht behalten hätte, der Verkäufer einen Schaden erlitten haben würde, gegen welchen er ihn durch das Behalten geschützt hat, „so wenn es sich um Victualien handelt, die dem raschen Verderben ausgesetzt sind (auch nach den örtlichen Verhältnissen nicht auf Rechnung des Verkäufers verkauft werden können)", E. A. Seuffert in Seuffert Pand. § 276 [6]. b) Er weist nach, daß, wenn er nicht behalten hätte, er selbst einen Schaden erlitten haben würde, welchen der Verkäufer ihm hätte ersetzen müssen. Es kann nicht von ihm verlangt werden, daß er den Schaden wirklich erleide, und erst dann Ersatz für denselben suche (vgl. § 346 zu [6]). — Aus dem Gesagten ergibt sich übrigens, daß auch das Maß der dem Käufer gestatteten Preisminderung durch das Interesse des Verkäufers bedingt ist.

[28] Thöl § 280. Billigung (vorausgesetzt natürlich, daß sie in Unkenntniß der Fehlerhaftigkeit erfolgt) ist nichts, als die Abgabe des Urtheils, daß die Leistung fehlerlos und somit vertragsmäßig sei. Dieses Urtheil ist von Einfluß auf die Beweislast (§ 321 [6]); aber zur Erfüllung zu machen, was nicht in Erfüllung ist, vermag es nicht. A. M. Sf. VII. 303.

[29] Wobei ihm auch levis culpa zur Last fällt, Thöl a. a. O. ([7]). Sf. II. 92.

[30] Nur kann, wenn die Unterlassung der Untersuchung vor der Annahme schuldvolle Nachlässigkeit war (was sie keineswegs ohne Weiteres ist), der Verkäufer verlangen, daß nicht ein Anspruch gegen ihn erhoben werde, welchem er

Digitized by Google

ββ. Sie entbehrt Vorzüge.

§ 395.

Der Verkäufer muß die Kaufsache in derjenigen Güte liefern, welche er ausdrücklich versprochen hat[1], oder welche der Käufer nach den Umständen erwarten durfte, so daß sie als stillschweigend vereinbart angesehen werden muß[2]. Hat die Kaufsache diese

---

nicht ausgesetzt gewesen sein würde, wenn der Käufer untersucht hätte. Sf. II. 22. 274, V. 119, VII. 295, IX. 88, X. 148, XIV. 130, vgl. V. 131. Eine besondere Auffassung das. IX. 277. Vgl. auch IV. 78, VIII. 39.

[31] Thöl § 278. II. Seuffert § 267 [4]. Sf. VII. 295; anders das. II. 169, IV. 23, VI. 27, XIV. 126. XVII. 23 (dieses letztere Urtheil jedoch mit ausdrücklicher Beschränkung auf den Bereich des Handelsr.). — Zu dieser und der vorhergehenden Note: HGB. Art. 347. Von auswärts übersendete Waaren soll der Käufer ohne Verzug („so weit dieß nach dem ordnungsmäßigen Geschäftsgang thunlich ist") untersuchen, und er soll von entdeckten Mängeln dem Verkäufer sofort Anzeige machen. „Versäumt er dieß, so gilt die Waare als genehmigt, soweit es sich nicht um Mängel handelt, welche bei der sofortigen Untersuchung nach ordnungsmäßigem Geschäftsgang nicht erkennbar waren". [HGB. § 377. 378.] Sf. XXXII. 339.

§ 395. [1] S. die in § 389 [13] citirten Stellen, welche sich aber theilweise auf die Versicherung der Abwesenheit von Mängeln beziehen; ferner l. 1 § 1. l. 17 § 20. l. 18. l. 19 § 1. l. 38 § 10 D. 21, 1. Vgl. § 393 [2]; auch Sf. I. 38, II. 23, XVII. 129, vgl. XVIII. 235, XXVII. 216. Buchka und Budde Entscheidungen des OAG. zu Rostock V S. 248—249. Kierulff Entscheidungen des OAG. zu Lübeck 1866 S. 352 fg. Fein Beiträge zu der Lehre von der Novation und Delegation S. 10 fg. [Zusicherung in Betreff der Mietherträge des verkauften Hauses: Sf. XLVIII. 82, L. 238.]

[2] Hierher gehört namentlich der Fall, wo die äußere Erscheinung der Sache den Käufer zu der Annahme berechtigte, daß sie eine gewisse werthsteigernde Eigenschaft habe: — „veluti si mensas quasi citreas emat, quae non sunt" (l. 21 § 2 D. 19, 1). Diese Worte von einer ausdrücklichen Zusage der betreffenden Eigenschaft des Tisches zu verstehen, erlaubt der übrige Inhalt der Stelle nicht. Zweifelhafter ist es, ob nicht in l. 45 D. 18, 1 (es werden alte aufgeputzte Kleider statt neuer verkauft) eine ausdrückliche Zusage des Verkäufers anzunehmen ist. Doch werden durch diese Annahme die Schwierigkeiten der Stelle nicht vermindert. Vgl. über diese Stellen Savigny System III S. 285—290, Vangerow III S. 282—286 (7. Aufl. S. 265—268), Windscheid Voraussetzung S. 116—119 und Heidelberger kr. ZS. II S. 122—125, Mommsen Beitr. I S. 203 fg. II S. 280 fg. III S. 411 fg. Erörterungen II S. 33, Cohnfeld Lehre vom Interesse S. 179 fg. 185 fg., Pernice Labeo II S. 324, Leonhard Irrthum S. 464 fg., Punschart, die fundamentalen Verhältnisse des röm. Privatr. S. 175 fg. — HGB. Art. 335. „Ist im Vertrage über die Beschaffenheit und Güte der Waare nichts Näheres bestimmt, so hat der Verpflichtete Handelsgut mittlerer Art und Güte zu gewähren" [HGB. § 360]. Goldschmidt Handelsr. 2. Aufl. II S. 36 fg., Hanausek I S. 68 fg. Vgl. auch Sf. III. 26, V. 153, XVI. 104. [[Crome ACPra. LXXVIII S. 122 fg. gegen die mir zugeschriebene Auffassung, daß auch subjective Vorstellungen des

Digitized by Google

Güte nicht, so kann der Käufer sein Interesse verlangen[3]; beim Mangel ausdrücklich zugesagter Eigenschaften hat er auch die aedilicischen Ansprüche[4]. Kaufverträge über generisch bestimmte Sachen sind nicht erfüllt, wenn das Gelieferte nicht die ausdrücklich oder stillschweigend zugesagte Güte hat; es gelten hier die gleichen Grundsätze, wie wenn das Gelieferte fehlerhaft ist (§ 394 Ziff. 5).

Eine besondere in diesen Zusammenhang gehörige Bestimmung ist, daß, wenn ein Thier zum Zweck des Verkaufs durch Zierrathen aufgeputzt worden ist, diese mit herausgegeben werden müssen; geschieht es nicht, so kann der Käufer nach seiner Wahl entweder Herausgabe der Zierrathen oder Rücknahme des Thieres verlangen, muß jedoch den einen oder den andern Anspruch binnen zwei Monaten geltend machen[5].

[**396**. I. Kauf einer individuell bestimmten Sache.

1. Der für die Mängelhaftung des Verkäufers maßgebende Zeitpunkt ist der des Gefahrüberganges (446. 447). Der Verkäufer haftet dafür, daß zu dieser Zeit

a) keine Fehler vorhanden sind, die den Werth oder die Tauglichkeit der Sache zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern; eine unerhebliche Minderung kommt aber nicht in Betracht (459 Abs. 1; vgl. § 393 zu [5]). (Eccius Gruch. Beitr. XLII S. 308.)

b) daß zu derselben Zeit die Sache die zugesicherten Eigenschaften hat (459 Abs. 2). (Eccius S. 309 fg.)

c) Keine Haftung tritt ein, wenn der Käufer den Mangel (den Fehler im Sinne des § 459 Abs. 1 oder das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft) beim Abschluß des Kaufes kennt. Kennenmüssen steht dem im Allgemeinen nicht gleich; wenn aber der Käufer den Mangel in Folge grober Fahrlässigkeit bei Abschluß des Kaufes nicht kennt, so haftet der Verkäufer nur auf Grund entgegengesetzter Zusicherung oder arglistigen Verschweigens (460; vgl. § 393 zu [6]).

d) Bei Pfandverkauf in öffentlicher Versteigerung hat der Verkäufer Mängel überhaupt nicht zu vertreten (es wäre denn die Haftung besonders übernommen). Sonstiger Pfandverkauf genießt keine Ausnahmestellung (461; vgl. § 393 [1a]). (Eccius S. 313 fg.)

Käufers von den Eigenschaften der Sache, welche zwar geäußert, aber nicht zum Inhalt des Vertrages erhoben sind, zur Anfechtung des Vertrages berechtigen.]]

[3] S. die in § 389 [13] citirten Stellen; ferner l. 45 D. 18, 1, l. 21 § 2 D. 19, 1. Sf. XVI. 105.

[4] L. 1 § 1. l. 18 pr. l. 33 § 10 D. 21, 1. Nicht auch bei zugesicherter Servitutenfreiheit. Sf. XXV. 206, XXXI. 25.

[5] L. 38 pr. § 11 D. 21, 1. Abweichende Auffassungen bei Neustetel S. 201 fg. und bei Keller S. 132 fg. 152 in der Note; dagegen Bangerow S. 329 (7. Aufl. S. 308). Dernburg II § 100 [6].

Digitized by Google

e) Ueber eine Vereinbarung, durch welche dem Verkäufer die Haftung erlassen wird, gilt dasselbe, wie über eine solche Vereinbarung in Betreff von Rechtsmängeln (476 vgl. 443); vgl. ob. § 393[3].

2. Die Rechtsbehelfe des Käufers wegen eines nach dem Vorigen zu vertretenden Mangels gestalten sich wie folgt.

a) Er kann Wandlung, d. h. Rückgängigmachung des Kaufs oder Minderung, d. h. Herabsetzung des Kaufpreises verlangen (462), vgl. unten 3. Die Zusicherung der bestimmten Größe eines Grundstücks (vgl. § 389 [13]) gilt zwar im Allgemeinen als Zusicherung einer Eigenschaft; es kann aber Wandelung wegen Mangels dieser Größe nur verlangt werden, wenn der Mangel so erheblich ist, daß die Erfüllung des Vertrages für den Käufer kein Interesse hat (468).

b) Ist der Mangel schon zur Zeit des Abschlusses des Kaufs vorhanden gewesen, so kann der Käufer statt der Wandelung oder Minderung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, wenn

α) der Mangel in dem Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft besteht, oder

β) der Fehler arglistig verschwiegen wurde (463; vgl. § 393 zu [2. 3. 7]).

Dieser Schadensersatz ist zunächst Schadensersatz wegen des Mangels. Aber nach den allgemeinen Grundsätzen vom Schadensersatz ist es möglich, daß das Interesse des Käufers durch das Haben der Sache nebst Ersatz für den Mangel nicht gedeckt wird. In diesem Falle muß der Käufer unter Rückgewähr der Sache das volle Interesse an dem Haben einer mangelfreien Sache verlangen können. So lange der bestehende Schadensersatzanspruch nicht erfüllt ist, ist eine dem Verkäufer aus dem gegenseitigen Vertrage obliegende Verbindlichkeit nicht erfüllt; der Käufer hat demgemäß die Einrede des nichterfüllten Vertrages, möglicher Weise freilich beschränkt gemäß § 320 Abs. 2. Die Wahl zwischen dem Schadensersatzanspruch und dem Anspruch auf Wandelung oder Minderung hat der Käufer (vgl § 393 zu [7a fg.]).

c) Kann der Mangel gehoben werden (vgl. § 393 [10]), so ist dem Verkäufer die Beseitigung desselben zu gestatten, falls nicht nach Treu und Glauben der Käufer als nicht verpflichtet anzusehen ist, sich darauf einzulassen; denn an und für sich ist kein Grund gegeben, warum nicht der Verkäufer auf dem nächstliegenden Wege der Verbesserung den Beschwerden des Käufers sollte abhelfen können. (So auch Mot. II S. 227.) Eine andere Frage ist, ob der Käufer die Abstellung des Mangels verlangen kann. Dieß ist zu bejahen, wenn der Mangel arglistig verschwiegen wurde, oder wenn eine zugesicherte Eigenschaft fehlt. Denn da in beiden Fällen Schadensersatz verlangt werden kann, so kann gemäß § 249 in erster Linie die Abstellung des Mangels verlangt werden. Möglich ist auch, daß die Abstellung des Mangels zugesichert wurde. Abgesehen aber von diesen Fällen kann der Käufer die Abstellung des Mangels nicht verlangen. Denn an und für sich ist Lieferung der Sache in mangelfreiem Zustande nicht Vertragsinhalt des Kaufs, sondern es haftet nur der Verkäufer wegen der Mängel nach den gesetzlichen Regeln; diese aber ergeben außerhalb der hervorgehobenen Fälle eine Abstellungspflicht des Verkäufers nicht.

Digitized by Google

Soweit ein Anspruch des Käufers auf Abstellung des Mangels besteht, rechtfertigt derselbe die Einrede des nicht (gehörig) erfüllten Vertrages, möglicher Weise beschränkt gemäß § 320 Abs. 2.

d) Wenn der Mangel nach dem Kaufabschluß, aber vor dem Gefahrübergange eingetreten ist, so greifen die Sätze der §§ 323 bis 325 ein.

α) Der Käufer kann sich darauf stützen, daß der Mangel zur Zeit des Gefahrüberganges vorlag, also Wandelung oder Minderung begehren; diese Rechte müssen aber gemäß § 324 fortfallen, wenn der Mangel durch einen vom Käufer selbst zu vertretenden Umstand herbeigeführt ist.

β) Ist der Mangel durch einen von keiner Partei zu vertretenden Umstand herbeigeführt, so kann der Käufer, statt kaufmäßige Wandelung oder Minderung zu verlangen, sich auch auf die ipso iure eintretende Minderung seiner Leistungspflicht berufen (323).

γ) Ist der Mangel durch einen vom Verkäufer zu vertretenden Umstand eingetreten, so kann der Käufer statt der kaufmäßigen Wandelung oder Minderung die Rechte des § 325 geltend machen, also Schadensersatz wegen des Mangels verlangen, oder, wenn die mangelhafte Erfüllung des Vertrages für ihn kein Interesse hat, Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit des Verkäufers verlangen oder von dem Vertrage einseitig zurücktreten (im Gegensatz zu dem Verlangen der Wandelung), oder wiederum sich auf die ipso iure eingetretene Minderung des Kaufpreises gemäß § 323 berufen.

e) Ist der Mangel nach dem Gefahrübergange eingetreten, so kann der Käufer Wandelung oder Minderung nicht in Anspruch nehmen, sondern nur, wenn der Verkäufer den Mangel auf eine von ihm zu vertretende Weise herbeigeführt hat, die Rechte des § 325 geltend machen. Dabei ist aber Voraussetzung, daß der Verkäufer überhaupt noch als solcher dem Käufer gegenübersteht; z. B. er beeinflußt schuldhaft die Sache noch auf dem Transport (vgl. 447), oder er beschädigt das aufgelassene, noch nicht übergebene Grundstück (vgl. 446 Abs. 2). Sind die Verpflichtungen des Verkäufers als vollständig erfüllt anzusehen, wie in dem einfachen Falle, daß der Verkäufer dem Käufer die bewegliche Sache fehlerfrei übergeben hat, so kann der Käufer, wenn nunmehr der Verkäufer die Sache beschädigt, nur aus unerlaubter Handlung gemäß § 823 Schadensersatz fordern.

f) Wenn der Käufer bei Abschluß des Kaufes über eine Eigenschaft des Kaufobjects irrte, welche im Verkehr als wesentlich angesehen wird, so steht ihm die Anfechtung des Vertrages gemäß § 119 offen; er haftet aber, wenn er davon Gebrauch macht, auf das negative Interesse (122); er wird also, wenn es sich um einen Mangel im Sinne des § 459 handelt, besser daran thun, zur Wandelung zu greifen.

g) Wenn der Verkäufer den Käufer durch arglistige Täuschung über Eigenschaften der Kaufsache zum Abschluß des Vertrages bestimmt hat, so kann der Käufer den Vertrag gemäß § 123 anfechten, ohne auf das negative Interesse zu haften. Diese Anfechtung erfolgt einseitig; es bedarf nicht, wie bei der Wandelung, der Zustimmungserklärung des Verkäufers, ein Unterschied, der freilich praktisch nicht groß ist, weil das Wandelungsrecht auch ohne die Zustimmung des Verkäufers eine Einrede gewährt. Der Wandelungsanspruch verjährt im Falle

Digitized by Google

der Arglist des Verkäufers erst in 30 Jahren (vgl. 477), die Anfechtung ist an die Jahresfrist des § 124 gebunden. Dieser Unterschied ist aber wiederum nicht sehr bedeutend, weil nach versäumter Anfechtung wegen Betruges eine Einrede übrig bleibt (853). Wichtiger ist, daß im Falle der Anfechtung wegen Betruges die Rückgewähr der Kaufsache nicht, wie bei der Wandelung, unter den Grundsätzen des Rücktrittsrechts steht, sondern der Käufer nur nach den Sätzen von der ungerechtfertigten Bereicherung haftet, weil er die Sache ohne Rechtsgrundlage hat (812. 142). Im Falle der arglistigen Täuschung kann der Käufer ferner, statt des positiven Interesses, das ihm gemäß § 463 zusteht, auch das negative Interesse aus unerlaubter Handlung, den durch die Täuschung selbst verursachten Schaden fordern.

h. Nimmt der Käufer die Sache in Kenntniß eines Mangels an, so hat er die in §§ 462. 463 bestimmten Ansprüche nur, wenn er sich seine Rechte wegen des Mangels bei der Annahme vorbehält (464). Diese Vorschrift trifft: den Anspruch auf Wandelung und Minderung, auf Schadensersatz, sofern dessen Grundlage ausschließlich der § 463 ist, in diesem Falle auch dann, wenn Naturalherstellung (Abstellung des Mangels) begehrt wird; ferner die Einrede auf Grund des Wandelungs- oder Minderungsrechts und die Einrede aus § 320, dafern sie auf die Existenz des Schadensersatzanspruchs des § 463 gestützt wird. Dagegen bedarf es keines Vorbehalts zur Aufrechterhaltung des Anspruchs auf die vereinbarte Abstellung des Mangels oder auf Schadensersatz wegen nachträglicher vom Verkäufer zu vertretender Verschlechterung der Sache, oder des Rücktrittsrechts aus § 325, oder des Rechts, sich auf die Minderung des Kaufpreises gemäß § 323 zu berufen, oder des Rechts, wegen Irrthums oder Betruges den Vertrag anzufechten. In Bezug auf alle diese Rechte kann nur in der vorbehaltlosen Annahme der Sache ein Verzicht zu finden sein; aber aus § 464 folgt ihr Untergang durch vorbehaltlose Annahme nicht.

3. Ueber die Wandelung und die Minderung ergibt das Gesetz des Näheren Folgendes.

a. Wandelung oder Minderung soll vollzogen sein (so daß der Käufer auf ein anderes Recht nicht zurückkommen kann), wenn der Verkäufer auf Verlangen des Käufers sich mit ihr einverstanden erklärt (465); daß aber auch die Erklärung des Verkäufers vorangehen, diejenige des Käufers folgen kann, lehrt in Betreff der Wandelung § 466, und ist danach auch in Ansehung der Minderung zweifellos. In jedem Falle sind Wandelung wie Minderung eine Einigung zwischen Käufer und Verkäufer (Prot. d. II. Comm. S. 1363 fg. 1421 fg.). Nicht zu leugnen ist, daß diese Construction zu Schwierigkeiten führt; sie wird daher auch von Endemann I § 161 [13] angezweifelt, von Eccius S. 316 fg. scharf bekämpft. Deutlich ist, daß sie im Gesetz nicht mit aller Folgerichtigkeit durchgeführt wird. Denn der Käufer kann, auch ohne das Einverständniß des Verkäufers erzielt zu haben, die Zahlung des Kaufpreises insoweit verweigern, als er auf Grund der Wandelung oder der Minderung dazu berechtigt sein würde. Gibt ihm § 478 dieses Recht (unter Voraussetzungen) „auch“ nach Ablauf der Verjährung, so muß er es vorher umsomehr haben. Hat der Käufer die Weigerung im Sinne der Minderung oder der Wandelung ausgesprochen und der Verkäufer sie als berechtigt anerkannt, so ist die Minderung oder Wandelung im

Digitized by Google

Sinne des § 465 vollzogen, und man muß mit Eccius (S. 321 fg. 330 fg.) auch anerkennen, daß, wenn auf Grund der Einrede der Verkäufer abgewiesen wurde, dasselbe Ergebniß zu ziehen ist, daß ferner der Käufer, wenn er mit der Einrede im Sinne der Wandelung durchgedrungen ist, auch die Rückgewährpflichten wie bei vollzogener Wandelung hat, selbst wenn das Recht auf Wandelung verjährt war. Im Uebrigen aber ist m. E. mit der Construction des Gesetzes doch weiter zu kommen, als Eccius zugibt.

Eccius ist geneigt, unter Wandelung im Sinne des BGB. die Realisirung der Folgen der Wandelung, die Rückgewähr zu verstehen (S. 319. 323). Es ist aber m. E. soviel sicher, daß das BGB. unter Wandelung den Rechtsact versteht, der gleichzeitig die Verpflichtungen aus dem Kaufvertrage aufhebt und diejenigen zur Rückgewähr (nach Analogie des Rücktrittsrechts [467]) begründet. Sonst könnte es nicht heißen: die Wandelung ist vollzogen, wenn sich der Verkäufer auf Verlangen des Käufers mit ihr einverstanden erklärt. Ebenso ist die Minderung der Rechtsact der Herabsetzung des Kaufpreises. Beide Rechtsacte sind als zweiseitige gedacht, im Gegensatz zu dem einseitigen Rücktritt (vgl. auch 636 Abs. 1 mit 634). Der Anspruch auf Wandelung oder Minderung (477. 478) ist der Anspruch auf die Zustimmungserklärung des Verkäufers; auf diese Erklärung kann der Käufer Klage erheben mit der Wirkung, daß die Verurtheilung die Erklärung ersetzt (CPO. 894); nur auf diesen Anspruch beziehen sich die Verjährungsvorschriften der §§ 477. 478, nicht auf den Rückgewähranspruch des Käufers, der den Kaufpreis gezahlt hat und ihn auf Grund der Wandelung zurückfordert, ebensowenig auf den Anspruch des Käufers auf theilweise Rückleistung des gezahlten Kaufpreises auf Grund der Minderung. Eccius, der in dem Anspruch auf Wandelung nicht den Anspruch auf die Zustimmungserklärung des Verkäufers, sondern einen Anspruch darauf sieht, daß der Verkäufer sich jeder Forderung aus dem Kaufvertrage zu enthalten (S. 325) und das Erlangte zurückzugewähren habe (S. 327 unter 1 Abs. 1 a. E.), müßte den Anspruch auf die Rückgewähr jenen Verjährungsvorschriften unterstellen.

Der Hauptgrund, weßwegen Eccius den Anspruch auf die Willenserklärung des Verkäufers verwirft, ist die Ansicht, daß es unmöglich sein würde, processualisch mit der Klage auf die Zustimmungserklärung des Verkäufers alsbald diejenige auf die reelle Rückgewähr zu verbinden, während es praktisches Bedürfniß sei, daß der Käufer die letztere Klage ohne Umweg erheben könne (S. 317 fg. S. 327 fg.). Ich glaube aber (Kieler Festg. f. Ihering 1892 S. 61 fg.) nachgewiesen zu haben, daß der Verbindung einer Klage auf Abgabe einer Willenserklärung mit derjenigen auf Realisirung der Folgen dieser Erklärung nichts im Wege steht.

Einen andern processualen Grund entnimmt Eccius S. 332 der praktischen Nothwendigkeit, daß man im Wandelungsstreit zu einer vorläufig vollstreckbaren Verurtheilung des Verkäufers zur Rückleistung müsse gelangen können; eine Möglichkeit, an der es fehle, wenn die rechtskräftige Verurtheilung zur Zustimmung des Verkäufers die Voraussetzung des Anspruchs auf die Rückgewähr sei. Nach meiner Ansicht ist es dagegen sehr wohl möglich, den Verkäufer in einem Urtheil vorläufig vollstreckbar zu dieser Zustimmung und zur Rückgewähr zu verurtheilen (a. a. O. S. 115 fg.).

Digitized by Google

In Ansehung der Minderung meint Eccius S. 333 einen selbständigen processualen Grund gegen die von ihm bekämpfte Construction in Folgendem finden zu müssen: Der Käufer müsse auf eine bestimmte Minderung klagen. Klage er z. B. auf Minderung um $^1/_3$ des Preises, so könne das Gericht (vom Standpunkte der von E. bekämpften Theorie aus) den Verkäufer nur entweder zur Einwilligung in diese Minderung verurtheilen; denn nur auf diesen Minderungsvertrag habe der Kläger die Offerte gestellt, oder es müsse den Kläger ganz abweisen; es könne nicht eine Minderung um $^1/_4$ oder $^1/_5$ bewilligen. Die Praxis aber werde es vorziehen, auf die Klage des Käufers auf Rückzahlung von $^1/_3$ des Kaufpreises gegebenen Falls den Verkäufer zur Rückzahlung von $^1/_4$ zu verurtheilen, die Mehrforderung dagegen abzuweisen. M. E. aber kann das Gericht aus einem Grunde, der von der hier verhandelten Constructionsfrage ganz unabhängig ist, in diesem Sinne nicht urtheilen, sondern muß in der That, wenn Kläger Minderung des Kaufpreises um $^1/_3$ und nichts anderes verlangt hat, und diese Minderung dem Gericht zu weitgehend erscheint, den Kläger abweisen. Dem Käufer, der es versucht, Minderung des Kaufpreises um $^1/_3$ zu erreichen, muß für den Fall, daß er diese Minderung nicht erreicht, das Recht bleiben, statt der Minderung die Wandelung zu wählen. Ist er geneigt, die Sache für $^2/_3$ des Preises zu behalten, so kann er doch, falls er mehr zu zahlen verpflichtet bleiben soll, es vorziehen, sie zurückzugeben. Diese Möglichkeit bleibt ihm, wenn er mit der verlangten Minderung abgewiesen wird; sie wird ihm abgeschnitten, wenn das Gericht im Sinne von Eccius erkennt und damit Minderung vollzieht. Auf keine Weise aber kann dem BGB. entnommen werden, daß der Käufer, der klagend eine bestimmte zu weitgehende Minderung verlangt, principiell an die Minderung unter Ausschluß der Wandelung gebunden ist, und auch mit einer geringeren als der verlangten Minderung zufrieden sein muß.

Das von Eccius befürwortete Urtheil ist nur dann möglich, wenn der Käufer principiell auf Minderung in dem Sinne klagt, daß er Herabsetzung des Kaufpreises auf den nach BGB. 472 sich ergebenden Betrag verlangt, sollte diese Minderung auch geringer ausfallen, als die von ihm in erster Linie vorgeschlagene. Eine solche Klage ist möglich, aber sie ist es von dem Standpunkte aus, daß die Minderung eine Einigung ist, ebensowohl, wie von dem Standpunkte Eccius' aus. Die Klage auf Einwilligung des Verkäufers in die Minderung des Kaufpreises um $^1/_3$ oder wie viel weniger (gemäß BGB. 472) sich als berechtigt ergebe (und auf dementsprechende Rückzahlung des etwa zuviel gezahlten Preises) unterliegt doch wohl keinem größeren Bedenken als die (unter Umgehung der Klage auf die Einwilligungserklärung) erhobene Klage auf Rückzahlung von $^1/_3$ des Kaufpreises oder wie viel weniger das Gericht berechtigt finden werde. Es ist nicht einmal ausgemacht, daß der Käufer bei dem Verlangen der Minderung ein Maximum derselben vorschlagen muß. Es ist möglich, Wandelung zu vereinbaren ohne Bestimmungen über die danach sich ergebenden Leistungen, und es ist auch möglich, auf Einwilligung in die Wandelung in diesem Sinne zu klagen. Es ist ebenso möglich, Minderung des Kaufpreises auf den nach Anhalt des § 472 zu berechnenden Betrag zu vereinbaren. Wie es möglich ist, die Sache in Kenntniß des Fehlers für „den angemessenen", „üblichen" Preis zu kaufen, oder für denjenigen Preis, den eine Partei (eventuell der Richter) billig

Digitized by Google

festsetzen werde (315. 316), so ist auch nicht abzusehen, warum die Vereinbarung der Minderung in dem obigen Sinne mit Eccius S. 334, Endemann a. a. O. für etwas Inhaltloses, für keinen handhaften Vertrag gehalten werden müßte. Sie hat die Bedeutung, das Wandelungsrecht und sonstige Rechte des Käufers auszuschließen und an Stelle des vereinbarten Kaufpreises den nach § 472 (im Streitfalle durch den Richter) zu berechnenden zu setzen.

Ob trotzdem bei der Klage auf Einwilligung des Verkäufers in die Minderung der Käufer einen bestimmten Vorschlag für diese Berechnung machen muß, hängt also nur von der processualen Frage ab, in welchem Grade der Klagantrag der Bestimmtheit bedarf. Denjenigen Anforderungen, welche in dieser Beziehung die vereinigten Civilsenate des RG. (XXI S. 387) aufstellen, dürfte der Antrag auf Verurtheilung des Verkäufers zur Einwilligung in die Minderung nach Anhalt des § 472 BGB. (und auf Rückzahlung des entsprechenden Theils des Kaufpreises) genügen.

Eccius sieht in dem Rückleistungsanspruch auf Grund des Wandelungsrechts (also wohl auch in demjenigen auf Grund des Minderungsrechts) einen aufrechnungsfähigen Anspruch, der (da § 479 von ihm schweige) auch nach Ablauf der Verjährung gemäß § 390 zur Aufrechnung verwandt werden könne, ohne daß es auf eine vor Ablauf der Verjährung erfolgte Mängelanzeige u. s. w. ankomme (S. 329 fg.). Dieß ist m. E. zu bestreiten. Hat nicht innerhalb der Verjährungszeit der Käufer die Zustimmung des Verkäufers zur Wandelung oder Minderung reell oder durch die Fiction des Urtheils erzielt, so kann er zwar die Zahlung verweigern, einen Rückforderungsanspruch dagegen hat er nicht, kann ihn also auch nicht zur Aufrechnung bringen.

Halten wir demnach an der Construction der Wandelung und der Minderung als zweiseitiger Rechtsgeschäfte fest, so sind sie in wissenschaftlichem Sinne Verträge, trotzdem der Verkäufer zustimmen muß; denn es gibt auch sonst Verträge, die ein Theil zu schließen verpflichtet ist. Aber wie das BGB. auch sonst Einigungen kennt, die es nicht Verträge nennt, und auf welche die Vertragsgrundsätze nur soweit zur Anwendung kommen sollen, als es sachgemäß erscheint, so müssen auch Wandelung und Minderung nicht schlechtweg allen Grundsätzen des Vertragsschlusses unterworfen werden. Es ist demnach auch durchaus möglich, was den Absichten der II. Comm. zu entsprechen scheint (Prot. S. 1425), anzunehmen, daß der Käufer an das Wandelungs- oder Minderungsverlangen nicht während der bei den Vertragsanträgen geltenden Wartefrist gebunden ist, daß andererseits das Einverständniß des Verkäufers zu der Wandelung oder Minderung immer rechtzeitig kommt, wenn der Käufer das entsprechende Verlangen noch nicht widerrufen hat, und nicht etwa die verspätete Erklärung des Verkäufers als neuer Antrag zu behandeln ist (150), der erst einer erneuten Zustimmung des Käufers bedürfte. Auch zeigt der § 466, daß die volle Anwendung der Sätze vom Vertragsschluß hier nicht am Platze ist.

Behauptet der Käufer dem Verkäufer gegenüber einen Mangel der Sache, so kann der Verkäufer den Käufer unter Erbieten zur Wandelung und unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Erklärung darüber auffordern, ob er Wandelung verlange. Die Wandelung kann dann nur bis zum Ablauf der Frist verlangt werden. Einer Annahmeerklärung innerhalb der gemäß § 147 für die

Digitized by Google

Annahme des Vertragsantrages sich ergebenden Zeit bedarf es also nicht, auch kann nicht, wie bei dem Vertragsantrage (145) die Gebundenheit des Verkäufers an das Wandelungserbieten während der Frist von ihm ausgeschlossen werden. Auf alle sonstigen Rechte des Käufers ist die Fristversäumniß ohne Einfluß.

b. Die Wandelung (vgl. § 394, 2) folgt im Allgemeinen in ihren Wirkungen der Analogie des Rücktritts (467); die Vorschrift des § 355 wird aber ersetzt durch diejenige des § 466. Der Ausschluß des Rücktrittsrechts durch den § 352 (353) für den Fall der Specification der Sache, gilt bei der Wandelung nicht, wenn der Mangel sich erst bei der Umgestaltung der Sache gezeigt hat. Der Verkäufer hat dem Käufer auch die Vertragskosten zu ersetzen, was beim Rücktritt nicht gilt. Durch die Verweisung des Gesetzes auf die Vorschriften vom Rücktritt ergibt sich im Uebrigen namentlich, daß der Käufer bei der Wandelung zwar Rückgewähr und in gewissen Grenzen auch den Ersatz von Verwendungen (347), nicht aber Schadensersatz zu beanspruchen hat.

c. Sind mehrere Sachen zusammen verkauft (vgl. § 394 zu [13. 14]) und nur einzelne mangelhaft, so ergreift die Wandelung an und für sich nur die mangelhaften. Daran ändert auch die Festsetzung eines Gesammtpreises für alle Sachen nichts (469 S. 1). Die Wandelung wirkt dann auf den Kaufpreis als Minderung ein (471). Sind jedoch die Sachen als zusammengehörend verkauft (was aus anderen Gründen, als aus der Festsetzung eines Gesammtpreises, hervorgehen muß), so kann jeder Theil verlangen, daß die Wandelung auf alle Sachen erstreckt wird, wenn die mangelhaften nicht ohne Nachtheil für ihn von den übrigen getrennt werden können (469 S. 2). Möglicher Weise wird ein Theil danach die Ausdehnung der Wandelung nur auf einzelne der andern Sachen verlangen können; dann aber kann möglicher Weise der andere Theil wegen des Zusammenhanges dieser Sachen mit dem Rest die Ausdehnung auf den Rest verlangen. Sind zwei Sachen verkauft, die im Verhältniß von Hauptsache und Nebensache stehen, und ist die Hauptsache mangelhaft, so erstreckt sich deren Wandelung von selbst auf die Nebensache, wohingegen bei Mängeln der Nebensache nur diese gewandelt werden kann (470).

Wenn eine oder einzelne unter mehreren Sachen, die für einen Gesammtpreis verkauft sind, allein von der Wandelung betroffen werden, so gilt es, den Kaufpreis soweit herabzusetzen, daß der Käufer nur die Sachen bezahlt, welche er behält (vgl. § 394 zu [14]). Der Kaufpreis aber wurde bestimmt, indem man davon ausging, daß sämmtliche Sachen mangelfrei seien. Daran, daß der Käufer (abgesehen von den Mängeln einzelner Sachen) über oder unter dem wahren Werthe gekauft hat, darf nichts corrigirt werden. Darum schreibt das Gesetz vor, daß der Gesammtwerth auszumitteln ist, den die Sachen haben würden, wenn alle mangelfrei wären, sodann der Werth der nicht zu wandelnden (also zu bezahlenden) Sachen. Nach der Verhältnißzahl beider Werthe ist der Kaufpreis zu mindern (471). Sind mehrere Sachen gekauft, welche, wenn sämmtlich mangelfrei, 120 werth wären, und sind die nicht zu wandelnden Sachen zusammen 90 werth, so ist der Kaufpreis auf $^3/_4$ des bedungenen Betrages herabzusetzen, gleichviel ob dieser Betrag mehr oder weniger als 120 beträgt. (Zur Rechnung s. Schülcke Deutsche Jur.-Zeitg. IV S. 312 fg.)

Digitized by Google

d. Bei der Minderung ist die Aufgabe, den Kaufpreis in dem Verhältniß herabzusetzen, in welchem zur Zeit des Verkaufs der Werth, den die Sache haben würde, wenn sie mangelfrei wäre, zu dem Werthe steht, den sie wirklich hat (s. ob. § 394 [1]). Daran aber, daß, abgesehen von dem Mangel, der Käufer über oder unter dem wahren Werthe gekauft hat, wird auch hier nichts geändert. Ist die Sache mit dem Mangel 40 werth, während sie ohne den Mangel 60 werth wäre, so geht der Kaufpreis auf $^2/_3$ des bedungenen Betrages zurück, gleichviel ob dieser Betrag über oder unter 60 ist (472 Abs. 1).

Sind mehrere Sachen für Einzelpreise verkauft, so ist die Minderung eines Kaufpreises ohne Einfluß auf die übrigen. Ist ein Gesammtpreis vereinbart, so ist nicht nur dann, wenn alle Sachen mangelhaft sind, auf den Gesammtwerth aller im mangelfreien Zustande, verglichen mit dem im mangelhaften Zustande zu sehen, sondern dasselbe gilt auch dann, wenn nur wegen einzelner mangelhafter Sachen die Minderung stattfindet (472 Abs. 2). Hierin ist von selbst enthalten, daß die Werthminderung, welche eine Sache durch den Mangel einer mitverkauften erleidet, dem Käufer bei der Minderung zu gute kommt.

e. Sowohl im Falle der echten Minderung, wie auch dann, wenn Wandelung auf den Kaufpreis mindernd wirkt (471, s. ob. c), ist die gefundene Verhältnißzahl zur Ausführung der Minderung ohne Weiteres ausreichend in Bezug auf den Geldpreis und solche etwa bedungene Nebenleistungen, die in vertretbaren Sachen bestehen. Sind aber Nebenleistungen bedungen, die nicht in vertretbaren Sachen bestehen, so würde es zu Unzuträglichkeiten führen, wenn der Käufer diese zu Bruchtheilen nach der Verhältnißzahl bewirken sollte (z. B. Miteigenthum zu $^4/_5$ an einer Uhr übertragen). Daher ist vorgeschrieben, daß solche Leistungen in Gelde zu veranschlagen sind. Die Herabsetzung der Leistung des Käufers erfolgt zunächst an dem Geldpreise, reicht dieser aber für die vorzunehmende Minderung nicht aus, so hat der Verkäufer den Rest des Minderungsbetrages dem Käufer in Gelde zuzuschießen (473). Ist z. B. eine Sache verkauft für 30 M. und eine Taschenuhr im Werthe von 30 M., und soll Minderung auf $^2/_3$ des Kaufpreises stattfinden, so hat der Käufer 10 M. und die Uhr zu geben; ist dagegen der Kaufpreis auf $^1/_3$ herabzumindern, so gibt der Käufer nur die Uhr und hat vom Verkäufer noch 10 M. Vergütung zu fordern

f. Sind als Verkäufer oder als Käufer Mehrere betheiligt (vgl. § 394 [12]), so kann die Wandelung nur von Allen und gegen Alle verlangt werden. Erlischt das Recht der Wandelung für einen Käufer, so erlischt es für alle (467. 356) Anders ist es bei der Minderung; sie kann von jedem Käufer und gegen jeden Verkäufer verlangt werden. Dieß ist einfach für den Fall, daß die mehreren Verkäufer nur auf Quoten der Kaufsache haften, und nur Quoten des Kaufpreises zu fordern haben, andererseits die mehreren Käufer nur Quoten der Waare zu beanspruchen haben und Quoten des Kaufpreises schulden. Es fordert dann der Käufer, welcher die Minderung erzielt hat, seinen Theil der Kaufsache gegen die entsprechend geminderte Quote des Kaufpreises, es fordert der Käufer ebenso die von dem Verkäufer, gegen welchen die Minderung erzielt ist, geschuldete Quote der Waare gegen die entsprechend geminderte Quote des Kaufpreises. Mit Rücksicht auf § 320 Abs. 1 S. 2 ergibt sich aber schon für den hier vorausgesetzten Fall, (daß keine solidarische Haftung besteht,) eine Verwickelung. Denn

Digitized by Google

nach der angeführten Bestimmung kann, wenn in einem gegenseitigen Vertrage eine Leistung an Mehrere zu erfolgen hat, dem Einzelnen der ihm gebührende Theil bis zur Bewirkung der ganzen Gegenleistung verweigert werden, auch wenn er für dieselbe nicht als Gesammtschuldner haftet (s. ob. S. 299 unter 2). Sind daher mehrere Käufer vorhanden, welche Theilgläubiger sind, so kann jeder seinen Theil der Waare nur gegen Zahlung des ganzen Kaufpreises verlangen. Es fragt sich nun, ob, wenn ein Käufer seinen Theil der Waare verlangt, während ein anderer die Minderung seines Theils der Kaufgeldschuld erzielt hat, der betreibende Käufer den auf den Mitkäufer entfallenden Theilbetrag nur in derjenigen Höhe zahlen muß, auf welche er auf Verlangen des Mitkäufers herabgesetzt ist. Die Frage dürfte zu bejahen sein. Denn der Käufer muß zur Vermeidung der Einrede nur Alles entrichten, was jetzt noch geschuldet wird.

Wie aber gestaltet sich die Sachlage im Falle solidarischer Verpflichtung der Käufer, solidarischer Berechtigung der Verkäufer? Die mehreren Verkäufer können nach Vertrag den Preis als Gesammtgläubiger zu fordern haben; die Verpflichtung mehrerer Käufer zur Zahlung ist sogar im Zweifel eine Gesammtschuld (427). Die Minderung des Kaufpreises ist ein theilweiser vertragsmäßiger (465) Erlaß der Kaufgeldschuld. Ein solcher Erlaß wirkt, wenn mehrere Gesammtgläubiger oder mehrere Gesammtschuldner vorhanden sind, für und gegen die übrigen, wenn er es will, sonst nicht (423. 429 Abs. 2). Es ist demnach möglich, daß auch die von einem Käufer einem Verkäufer gegenüber verlangte und von dem letzteren bewilligte Minderung objective Wirkung hat; es ist aber auch das Gegentheil möglich und, wenn die Minderung gemäß § 894 CPO. durch die Fiction der Willenserklärung des Verkäufers auf Grund des Urtheils eintritt, so wird sie nur die subjective Wirkung haben. Ebenso kann die Einrede auf Grund des Minderungsrechts (vor vollzogener Minderung) nur von dem Einredeberechtigten mit Bezug auf seine und des Klägers Person erhoben werden. Daraus ergibt sich: Ist eine Minderung mit objectiver Wirkung vollzogen, so kann auch ein anderer als Gesammtgläubiger berechtigter Verkäufer nur den geminderten Kaufpreis fordern, und ebenso kann nur dieser von einem andern als Gesammtschuldner haftenden Käufer gefordert werden. Ist aber eine Minderung nur mit subjectiver Wirkung vollzogen, so kann sie nur demjenigen und von demjenigen entgegengesetzt werden, gegen den und von dem sie erwirkt worden ist. Klagt ein anderer als Gesammtgläubiger berechtigter Verkäufer, so kann der Käufer sich diesem gegenüber nicht auf die vollzogene Minderung berufen, sondern er muß diesem Kläger das Verlangen der Minderung aus dem ihm gegenüber bestehenden Minderungsrecht entgegensetzen. Ebenso kann, wenn ein anderer als Gesammtschuldner haftender Käufer verklagt wird, derselbe nicht sich auf die von dem Mitkäufer erwirkte Minderung berufen, sondern er muß aus eigenem Rechte die Minderung verlangen.

Wegen der Untheilbarkeit der Wandelung wird dieselbe schon durch die von einem der Käufer erzielte Minderung ausgeschlossen (474 Abs. 2). Dieß gilt auch dann, wenn dieser eine (oder der einzige) Käufer die Minderung nur gegen einen unter mehreren Verkäufern erzielt hat.

g. Die wegen eines Mangels erfolgte Minderung schließt nicht das Recht aus, wegen eines anderen Mangels Wandelung oder erneute Minderung zu verlangen (475).

Digitized by Google

4. Ueber die Verjährung (vgl. § 393 a. E.) gibt das Gesetz besondere Vorschriften in Betreff des Anspruchs auf Wandelung oder Minderung und desjenigen auf Schadensersatz wegen Mangels einer zugesicherten Eigenschaft. Diese Ansprüche verjähren in der gewöhnlichen Zeit, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hatte; auch sonst steht dann die Verjährung unter den regelmäßigen Grundsätzen. Hat aber der Verkäufer den Mangel nicht arglistig verschwiegen, so ist die Verjährung eine sechsmonatige von der Ablieferung der beweglichen Sache, eine einjährige von der Uebergabe des Grundstücks an (477 Abs. 1 S. 1). Diese Verjährungsfrist kann entgegen der Regel des § 225 durch Vertrag verlängert werden (477 Abs. 1 S. 2). Für sie besteht eine besondere Unterbrechung durch Antrag auf Sicherung des Beweises (477 Abs. 2 [vgl. CPO. 488]), und es ist bestimmt, daß während sonst Hemmung oder Unterbrechung der Verjährung sich auf den Anspruch beschränken, in Bezug auf welchen die begründenden Thatsachen eintreten, die Hemmung und Unterbrechung der (kurzen) Verjährung eines der vorbezeichneten Ansprüche auch für die anderen Ansprüche wirkt (477 Abs. 3).

Der Ablauf der Verjährung des Wandelungs- oder Minderungsanspruchs läßt die Einrede des Käufers gegen die Verpflichtung zur Zahlung des Kaufpreises fortbestehen, wenn der Käufer den Mangel dem Verkäufer vor Ablauf der Verjährung angezeigt, oder wenigstens die Anzeige an ihn abgesandt, oder gerichtliche Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises beantragt, oder in einem zwischen ihm und einem späteren Erwerber der Sache wegen des Mangels anhängigen Rechtsstreite dem Verkäufer den Streit verkündet hat (478 Abs. 1). Hat der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen — in welchem Falle gemäß § 477 die Verjährung die gewöhnliche Zeit in Anspruch nimmt — so überdauern die Einreden jene Verjährung, selbst ohne daß der Käufer eine derartige Maßnahme getroffen hat (478 Abs. 2).

Die Aufrechnung mit dem Anspruch auf Schadensersatz kann nach Ablauf der Verjährung gemäß § 390 nur erfolgen, wenn die Aufrechnungsmöglichkeit vor Ablauf der Verjährung eingetreten war. § 479 bindet sie aber an die weitere Voraussetzung, daß der Käufer vorher eine der im § 478 Abs. 1 bezeichneten Maßregeln ergriffen hat. Diese Beschränkung ist jedoch nicht gegeben, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat. In diesem Falle kann also trotz Ablaufs der dann maßgebenden längeren Verjährung die Aufrechnung ohne andere Voraussetzungen als diejenigen des § 390 erfolgen. Die Aufrechnung mit einem Schadensersatzanspruch, der nicht auf Grund des § 463, sondern auf Grund einer vom Verkäufer zu vertretenden späteren Verschlechterung der Sache erhoben wird, wird durch den § 479 nicht berührt.

II. Genuskauf.

(Vgl. § 394, 5.) Wenn die verkaufte Sache nur der Gattung nach bestimmt ist, so kann man nach BGB. den Kaufvertrag als nicht erfüllt nur dann bezeichnen (vgl. § 394 zu [20. 21]. § 395 nach [4]), wenn das Gelieferte die Eigenschaften der bedungenen Gattung nicht hat. Gehört es dagegen zu dieser Gattung, so hat der Käufer Ansprüche nur nach Maßgabe des § 480.

1. Wenn die gelieferte Sache zur Zeit des Gefahrüberganges mangelhaft ist, so findet Wandelung oder Minderung ebenso wie beim Kauf einer in-

Digitized by Google

dividuell bestimmten Sache statt; dieß setzt § 480 Abs. 1 S. 1 einfach voraus. Daß der Käufer den Mangel der Sache bei Abschluß des Kaufes kennt (was die Haftung des Verkäufers ausschließen würde [460]), kann bei dem Genuskauf nicht in Frage kommen. Das Recht des Kaufes kann aber durch vorbehaltlose Annahme der gelieferten Sache in Kenntniß des Mangels verloren gehen (464).

2. Statt der Wandelung oder Minderung (also unter den gleichen Voraussetzungen), kann der Käufer verlangen, daß ihm an Stelle der mangelhaften Sache eine mangelfreie geliefert wird (480 Abs. 1 S. 1). Dieß ist in gewissem Sinne eine Abart der Wandelung, nur nicht eine Wandelung der Sache gegen den Kaufpreis, sondern eine solche gegen eine andere Sache. Daher zieht das Gesetz das Wandelungsrecht zur entsprechenden Anwendung heran (481 Abs. 1 S. 2). Ersatz der Vertragskosten (467 S. 2) kann der Käufer nicht fordern, weil der Vertrag aufrecht erhalten bleibt, und nur die Kaufsache gegen eine andere ausgewechselt wird. Wenn § 480 Abs. 1 S. 2 unter den „für die Wandelung geltenden Vorschriften", welche hier entsprechend angewandt werden sollen, auch den § 479 nennt, so ist das jedenfalls in der Fassung ein Fehler; denn § 479 handelt von der Wandelung nicht. Vielleicht ist es auch ein Versehen in der Sache. § 479 war im II. Entw. § 414 Abs. 1 S. 2. Stand dort im § 415 Abs. 1 S. 2, daß auf den hier fraglichen Anspruch des Käufers die für die Wandelung geltenden Vorschriften des § 414 entsprechende Anwendung finden, so wurde davon § 414 Abs. 1 S. 2 als nicht für die Wandelung geltend einfach nicht mit betroffen. In der Reichstagsvorlage ist aber § 414 Abs. 1 S. 2 des II. Entw. zum § 473 geworden und im § 474 mit citirt. Denkbar ist die entsprechende Anwendung des § 479 nur in dem Sinne, daß die Aufrechnung mit dem Anspruch des Käufers auf Lieferung einer andern Sache gegen einen etwaigen auf beliebigem Grunde ruhenden Anspruch des Verkäufers gegen den Käufer auf Lieferung gleichartiger Sachen unter den Voraussetzungen des § 479 und § 390 nach Ablauf der Verjährung zulässig ist. Gegen die Anerkennung dieses Satzes waltet aber ein Bedenken ob. Im § 480 sind auch die §§ 465. 466 citirt; der Gedanke ist also, daß der Anspruch auf Lieferung einer mangelfreien Sache gegen die mangelhafte durch eine der Wandelungseinigung analoge Einigung zu vermitteln ist. Ist der Anspruch auf die Zustimmung des Verkäufers dazu verjährt (477. 480), so kann der Käufer zwar in entsprechender Anwendung des § 478 (480) die Zahlung des Kaufpreises mangels Lieferung einer andern Sache verweigern, daß er aber mit dem Anspruch auf die andere Sache aufrechnen könnte, wäre mindestens nicht folgerichtig, vgl. ob. S. 659.

3. Schadensersatz wegen Nichterfüllung kann der Käufer statt der anderen Ansprüche wählen, wenn der gelieferten Sache zur Zeit des Gefahrüberganges (auf den Augenblick des Kaufabschlusses kann es bei dem Genuskauf nicht ankommen) eine zugesicherte Eigenschaft fehlt, oder wenn der Verkäufer einen Mangel (der gelieferten Sache) arglistig verschwiegen hat (480 Abs. 2). Dieser Anspruch ist im Uebrigen nach denselben Sätzen zu behandeln, wie der Schadensersatzanspruch wegen Mängel bei dem Specieskauf.

Vgl Kiehl Gruch. Beitr. XLII S. 591 fg. bes. 605 fg.

III. Viehkauf. Ueber den Viehkauf (genauer 481) gibt das Gesetz (482—492) besondere Vorschriften, deren Hauptpunkte folgende sind:

Digitized by Google

Es wird nur gehaftet für bestimmte Fehler (Hauptmängel) und für diese nur, wenn sie innerhalb bestimmter Gewährfristen hervortreten (482. 484). In diesem Falle wird vermuthet, daß der Mangel schon zur Zeit des Gefahrübergangs vorhanden war (484). — Vgl. Verordnung betr. die Hauptmängel und die Gewährfristen beim Viehhandel v. 27. März 1899. — Es besteht zu Lasten des Käufers, wenn nicht der Mangel arglistig verschwiegen wurde, eine zweitägige Anzeigefrist (485). Es kann nicht Minderung, sondern nur Wandelung verlangt werden (487 Abs. 1), und die Wandelung weist gegenüber dem allgemeinen Wandelungsrecht Modifikationen auf (487 Abs. 2—489). Die Verjährung des Anspruchs auf Wandelung oder auf Schadensersatz ist noch kürzer (sechs Wochen) normirt als im § 477 (490). Einrede und Aufrechnungsmöglichkeit unterliegen der in §§ 478 und 479 bestimmten Beschränkung auch dann nicht, wenn der Verkäufer den Mangel nicht arglistig verschwiegen hat (490). Vgl. Endemann I § 162, III, Matthiaß I 107, Stobbe-Lehmann III § 232. Specialliteratur bei diesen und bei Maaß ABR. XVI S. 151 fg.

IV. Zufolge BGB. 493 gelten die dargestellten Sätze über die Mängelhaftung nicht nur beim Kauf, sondern finden bei allen Verträgen entsprechende Anwendung, die auf Veräußerung oder Belastung einer Sache gegen Entgelt gerichtet sind.]

d. Recht des Rücktritts.

§ 396.

Das Recht, von dem Kaufvertrage zurückzutreten, kann vertragsmäßig begründet sein (§ 323). Ein gesetzliches Rücktrittsrecht hat: 1) der Käufer bei Mangelhaftigkeit der Sache oder wenn sie die zugesagten Eigenschaften nicht hat (§ 393. 394. 395); 2)[1] der Verkäufer, wenn er weniger als die Hälfte des wahren Werthes[1a] für seine Sache empfangen hat[2]. Es steht jedoch dem Käufer frei,

---

[1] v. Batz Abhandlungen Nr. 14 und 15. Strippelmann Entscheidungen II S. 266 fg. v. Madai theoretisch praktische Erörterungen I Heft 2 Nr. 5. Glück XVII S. 19—125; Unterholzner II S. 245 fg., Sintenis II S. 635 fg., Vangerow III § 611 Anm., Seuffert § 272, Wächter II § 207, Goldschmidt Handelsr. I S. 596 fg. 2. Aufl. II S. 115 fg. [Sandstein über die laesio enormis. Gött. Diss. 1887.] § 396.

[1a] Vgl. Sf. XXIII. 218. XLV. 83.

[2] S. g. laesio enormis. Es liegt in der Natur des Kaufvertrags, daß jeder Contrahent seinen Vortheil sucht, — „naturaliter licere contrahentibus se circumvenire", l. 16 § 4 D. 4, 4; s. noch l. 22 § 3. l. 23 D. 19, 2, l. 8 C. 4, 44. Nov. 97 c. 1. Sf. II. 104 [L. 4]. Aber hat die Uebervortheilung des einen Contrahenten durch den andern nicht ihre Grenze, wo sie, auch abgesehen von dem Falle des Betrugs, aufhört erlaubt zu sein? Eine solche Grenze haben zu Gunsten des Verkäufers die Kaiser Diocletian und Maximian gesetzt, l. 2 C. 4, 44, wiederholt l. 8 C. eod.; s. auch l. 3. 4. 12. 15 eod., c. 3. 6. X. 3, 17. Man hat gefragt: 1) ob die kaiserliche Vorschrift nicht auf Grundstücke beschränkt sei? S. dagegen l. 2 cit. init. „Rem maioris pretii si tu vel pater tuus minoris

Digitized by Google

durch Nachzahlung bis zum Betrage des wahren Werthes den Vertrag aufrecht zu erhalten[3]. Wählt der Käufer diesen Weg nicht, so erhält der Verkäufer gegen Rückzahlung des Kaufpreises seine Sache zurück[4]; in Betreff des Näheren muß die Analogie der Bestimmungen über Rückgabe wegen Fehlerhaftigkeit (§ 394 Ziff. 2) entscheiden[5]. Dadurch, daß der Verkäufer den Mehrwerth der Sache gekannt hat, wird an und für sich sein Rücktrittsrecht nicht ausgeschlossen[6]; anders nur, wenn nach Lage der Umstände der Wille, auf den Mehrwerth zu verzichten, anzunehmen ist[7]. Die Vorschrift ist unanwendbar bei Sachen, die keinen festen Werth haben[8], und bei gewagten Ge-

pretii distraxerit . . ." Vgl. Zachariae v. Lingenthal Sav.-ZS. IV S. 49 fg. (Byzantinisches R). 2) Ob sie nicht ihrem wahren Sinne nach auf den Käufer, und ebenso auf alle anderen gegenseitigen Verträge zu erstrecken sei? Dafür aus der neueren Zeit namentlich Chambon Beiträge zum Obligationenr. S. 111 fg.; Literaturübersicht bei demselben und bei Bangerow a. a. O. unter Nr. 1, s. noch Brinz S. 499. Keller § 333. M. E. liegt für eine ausdehnende Erklärung kein Anhalt vor; dawider spricht, daß auch in allen anderen Constitutionen, welche die Diocletianische Vorschrift erwähnen oder berücksichtigen, nur vom Verkäufer die Rede ist (l. 4. 12. 15 C. 4, 44), sowie die Ignorirung derselben im Theodosianischen Codex (l. 1. 4. 7 C. Th. 3, 1).

[3] L. 2 cit.: — „vel, si emtor elegerit, quod deest iusto pretio recipias". Der Käufer hat das R., durch Nachzahlung der Verpflichtung zur Rückgabe der Sache zu entgehen (s. g. facultas alternativa); aber er hat nicht die Verpflichtung, entweder die Sache zurückzugeben, oder nachzuzahlen (alternative Obligation). Geht daher die Sache ohne seine Schuld (Arglist) unter, so haftet er auf gar nichts.

[4] L. 2 cit.: — „ut vel pretium te restituente emtoribus fundum venditum recipias . . vel . ." ([2]). Stirbt der Verkäufer mit Hinterlassung mehrerer Erben, so kann nicht jeder derselben Rückgabe für seinen Antheil fordern; das R. des Verkäufers ist untheilbar. Sf. XII. 139.

[5] Vgl. Bangerow Nr. IV, Sintenis Anm. 219, Seuffert S. 101.

[6] Dieß ist bestritten; aber der Wortlaut der kaiserlichen Constitution bietet für eine beschränkende Auslegung keinen Anhalt, und Veranlassung zur Hülfe ist beim Verkauf aus Noth nicht minder, als beim Verkauf aus Irrthum. Bangerow Nr. VI, Sintenis Anm. 223; Stobbe III S. 252. [3. Aufl. (Lehmann) S. 315 fg.] Vgl. Sf. III. 160, VI. 170, XIV. 218, XXVIII. 212.

[7] Welchem Willen nicht bloß Schenkungsabsicht zu Grunde liegen kann, Sf. IV. 213 Nr. 2. „(Die Verletzungsklage) findet nicht statt, wenn der Käufer mit Rücksicht auf die Erreichung eines anderen Zweckes, z. B. um den Verkäufer zu einer Handlung zu bestimmen, zu theuer gekauft hat". Das. XIII. 312. Vgl. XXIX. 118. Entsch. des OAG. zu Rostock IX S. 86. — Verzicht ohne Kenntniß des Mehrwerths: Sf. II. 356, IV. 213 Nr. 8, VIII. 243, XI. 30.

[8] Sf. IV. 28. 213 Note 1, VI. 23, VII. 306, X. 245, XII. 138, XXVI. 119. Entsch. des OAG. zu Rostock IX S. 84. Vgl. Sf. IX. 143. Stobbe III S. 253. [316.]

Digitized by Google

schäften[9]. — Eine sehr allgemeine Praxis gibt auch dem Käufer ein Rücktrittsrecht wegen Verletzung über die Hälfte, ja dehnt dieses Recht auf alle gegenseitigen Verträge aus [10. 11. 12].

[Das BGB. kennt kein Rücktrittsrecht wegen Verletzung über die Hälfte; s. aber 138 Abs. 2.]

e. Besondere Kaufgegenstände.

§ 397.

Die im Vorstehenden entwickelten Grundsätze greifen im Allgemeinen auch beim Verkaufe von Rechten Platz. Namentlich gilt auch hier der Grundsatz, daß der Verkäufer nicht in Anspruch genommen werden kann auf Grund bloßer Nichtverschaffung des Rechts, sondern erst dann, wenn dem Käufer wegen Nichtverschaffung des Rechts Etwas entgeht, was er bei Verschaffung des Rechts gehabt haben

---

[9] Sf. II. 292, IV. 105. 213. Nr. 3. 7, XIII. 148, XVII. 231. 232, XIX. 133, XXII. 30, XXIII. 218, XXVIII. 121, XXXVIII. 221 (RG.). Vgl. III. 317. — Ist die Vorschrift unanwendbar auch bei Versteigerungen? Dafür Sf. IV. 213 Nr. 4, IX. 17, XXX. 240; dawider VI. 323, XIII. 244, XX. 120, XXXVII. 203 (RG.). Regelsberger civilr. Erörterungen I S. 160, Stobbe III S. 253. [316 fg.] — Bei Handelsgeschäften ist sie durch HGB. Art. 286 ausgeschlossen [gestrichen weil angesichts des BGB., das keine Anfechtung wegen Verletzung über die Hälfte kennt, nicht mehr nothwendig (Denkschr. S. 191 [Guttentag]).] Vgl. Thöl I § 252 [30. 31], Goldschmidt I § 64 [52] (2. Aufl. II § 64b [6]). Sf. I. 47. [LIII. 172.]

[10] Auf Grund der in Note [2] bezeichneten ausdehnenden Auslegung. Glück XVII S. 32. 122, Sintenis [218], Vangerow Nr. I a. E. Für Ausdehnung auf den Käufer: Sf. I. 45, II. 275, III. 160, IV. 212. 213, VI. 322, VII. 296, XIX. 28, XXIX. 118, XXX. 240, XXXVII. 203 (RG.), XXXVIII. 221 (RG.); für Ausdehnung auf andere gegenseitige Verträge: das. I. 262, IV. 213, XI. 30, XIII. 148, XVII. 232, XIX. 29. 133, XXIII. 218, XXIV. 233, XXVII. 220. Vgl. Stobbe III S. 251. 255. [314 fg.]

[11] Ist nicht ein Rücktrittsr. für den Käufer auch im Falle mehrfachen Verkaufs derselben Sache begründet, schlechthin oder doch wenn beiden Käufern tradirt ist? So Martinius (§ 390 [17] a. E.) S. 15 fg., auf Grund von l. 15 C. 3, 32, in welcher Stelle aber unter dem „recipere pretium" ein recipere vom andern Käufer, nicht vom Verkäufer, zu verstehen ist. (Der Anfragende hatte auch danach gefragt, ob er nicht besser thue, die Sache dem Gegner gegen den von ihm angebotenen Ersatz des Kaufgeldes herauszugeben.)

[[12] Krall die Anfechtung der Verträge wegen laesio enormis und das Reichsges. über den Sachwucher v. 19/6 1893. Erl. Diss. 1896, Rosenthal die Anfechtung des Verkaufs wegen Verletzung über die Hälfte und der Sachwucher nach dem Reichsges. v. 19/6 1893. Erl. Diss. 186, Küster Wie verhält sich das Wuchergänzungsges. v. 19/6 1893 zu den Vorschriften über laesio enormis? Erl. Diss. 1898.]

Digitized by Google

würde[1]. Dagegen finden hier keine Anwendung die Regeln über Verhaftung wegen nicht angezeigter Mängel: dieselben sind nur auf körperliche Sachen berechnet[2]. Im Besonderen ist anerkannt, daß der Verkäufer einer Forderung für die Güte, d. h. für die factische Realisirbarkeit derselben, nur dann haftet, wenn er die Garantie dafür übernommen oder wenn er arglistigerweise eine schlechte Forderung verkauft hat[3].

Wird ein Vermögen oder ein Bruchtheil eines Vermögens verkauft, so bildet den juristischen Gegenstand des Kaufs nicht das Vermögen als solches; der Kauf löst sich auf in eine Reihe einzelner Käufe, und es gelten die entsprechenden Grundsätze, wie bei der Schenkung eines Vermögens (§ 368)[4].

[Das BGB. hat für den Verkauf von Rechten ebenso, wie für den von Sachen, die volle Rechtsverschaffungspflicht des Verkäufers anerkannt (s. ob. S. 634 fg.). Die Sätze des BGB. über thatsächliche Mängel sind dagegen nur für den Verkauf von Sachen aufgestellt. Die Haftung des Verkäufers einer Forderung für deren Einbringlichkeit setzt auch im BGB. besondere Uebernahme voraus (vgl. 438). Daß der Verkäufer auch wegen arglistigen Verschweigens der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners auf den hierdurch verursachten Schaden haftet, ist selbstverständlich (Mot. II. S. 127; s. auch 826). Vgl. ferner 123. Verkauf eines Vermögens oder eines Bruchtheils eines solchen ist auch nach BGB. Verkauf einer Mehrheit von Gegenständen; s. im Uebrigen 310. 311. 419.]

---

§ 397. [1] L. 10. l. 46 § 1 D. 21, 2. L. 47 § 1 cit. „Si per alienum fundum mihi viam constitueris, evictionis nomine te obligari ait". Bei dem Kaufe einer Forderung stellt sich das so, daß der Verkäufer erst dann haftet, wenn der Käufer nicht im Stande ist, von dem Schuldner (dem als Schuldner Bezeichneten) Leistung zu erlangen. In diesem Sinne sind zu verstehen l. 4. 5 D. 18, 4, l. 74 § 3 D. 21, 2. A. M. Sf. XVI. 204, XXXII. 184, XXXIII. 218 und für den Fall der Nichtigkeit der Forderung Schliemann Haftung des Cedenten S. 68. 72, Attenhofer ZS. f. Schweiz. R. N. F. IX S. 304 fg. Vgl. § 315 [4]. Auch RG. X S. 170. — Haftung wegen Nichtfälligkeit der cedirten Forderung? Attenhofer a. a. O. S. 287 fg.

[2] Vgl. Schliemann Haftung des Cedenten S. 130 fg. Sf. XXXV. 115.

[3] L. 4 D. 18, 4, l. 74 § 3 D. 21, 2. Schliemann a. a. O. S. 75. 108 fg. Vgl. § 336 [3]. Sf. XXVI. 124. — Verkauf einer Actie, die als entwendet aufgeboten ist. Sf. XVI. 115. [König die Haftpflicht des Verkäufers von Inhaberpapieren. Berl. Diss. 1892.]

[4] Die Quellen sprechen namentlich von dem Verkaufe einer Erbschaft (Dig. 18, 4 Cod. 4, 39 de hereditate vel actione vendita; außerdem von dem Verkauf eines Peculium, z. B. l. 33 D. 21, 1, l. 5 D. 21, 2. Im Einzelnen: s.: a) l. 14 § 1 D. 18, 4, l. 6 C. 4, 39; b) l. 5 C. eod.; c) l. 2 C. eod., dazu aber auch l. 1 C. eod. und § 338; d) l. ult. D. 2, 15 (§ 331 [6]). Unterholzner II S. 287—291. Vgl. in diesem Lehrbuch III § 621.

Digitized by Google

2. Der Tausch*.

§ 398.

Der Tausch unterscheidet sich von dem Kaufe dadurch, daß in demselben nicht eine Sache gegen Geld, sondern eine Sache gegen eine Sache hingegeben wird[1]. Die Verpflichtungen, welche aus dem Tausche entstehen, unterliegen, wie die aus dem Kaufe, dem freien richterlichen Ermessen[2]. Auch im Einzelnen haben sie zum größten Theil den gleichen Inhalt, wie die aus dem Kaufe, und namentlich finden die Bestimmungen wegen Mängel und fehlender Vorzüge auf den Tausch Anwendung[3]; nur der Unterschied besteht, daß beim Tausch jeder der Contrahenten verpflichtet ist, dem Andern Eigenthum zu verschaffen, und daher nicht erst dann haftet, wenn dem anderen Contrahenten wegen nicht verschafften Eigenthums etwas entgeht[4].

[Nach SGB. 515 (vgl. auch 445. 493) untersteht der Tausch durchweg entsprechender Anwendung der Vorschriften über den Kauf; es haftet dabei jede Partei in Ansehung des von ihr zu gewährenden Gegenstandes wie ein Verkäufer. Der Satz zu Note [4] gilt danach auch im BGB., steht aber dort nicht im Gegensatz zum Rechte des Kaufs.]

---

* Dig. 19, 4 de rerum permutatione. Cod. 4, 64 de rerum permutatione et praescriptis verbis. — Glück XVII S. 76—128; Unterholzner II § 486, Sintenis II § 115.

[1] Stellen § 385[9]. Vgl. Sf. XXVII. 22. § 398.

[2] L. 2 C. 4, 64.

[3] L. 19 § 5 D. 21, 1, l. 2 D. 19, 4. Ueber die Berechnung des Minderwerths s. Bähr APraktRW. VII S. 70 fg.

[4] L. 1 § 3 vgl. pr. D. 19, 4., l. 16 D. 12, 4. Diese Bestimmung hält für heutzutage unanwendbar v. d. Pfordten Abhandlungen S. 294 vgl. S. 248 fg. Ebenso Bechmann Kauf II S. 176. Auch Arndts § 308 erwähnt ihrer nicht. Lenel Jahrb. f. Dogm. XIX S. 179 fg. ist der Ansicht, daß auch nach r. R. der Empfänger einen Anspruch nur im Fall der Eviction habe. — Nach r. R. bestand ein noch viel wichtigerer Unterschied zwischen Kauf und Tausch darin, daß letzterer nicht Consensualcontract war, folglich eine Verpflichtung nicht aus der Tauschberedung als solcher, sondern erst aus dem durch Geben und Nehmen neu abgeschlossenen (Real-) Vertrag entstand (l. 1 § 2 D. 19, 4 l. 3 C. 4, 64), weßwegen der Gebende bei ausbleibender Gegenleistung, oder auch nach freier Willkür (§ 321 [11]), das Gegebene zurückfordern konnte, l. 1. 4. 5. 7 C. 4, 64, l. 16 D. 12, 4. — Ueber die Zulässigkeit des Rücktritts wegen Verletzung über die Hälfte s. § 396 [2.10].

Digitized by Google

3. Die Miethe*.

a. Begriff und Abschluß.

§ 399.

Die Miethe ist gerichtet auf den Umsatz von Gebrauch gegen Geld. Der Vermiether sagt dem Miether den Gebrauch einer Sache[1], oder den Gebrauch einer (regelmäßig seiner[2]) Arbeitskraft zu, der

* Inst. 3, 24 de locatione et conductione. Dig. 19, 2 locati conducti. Cod. 4, 65 de locato et conducto. — Kritz Pandektenr. Th. I Bd. 1 S. 191—384 (1837), Glück XVII S. 264—500. XVIII S. 1—60, Unterholzner II S. 316—358, Sintenis II § 118, Brinz 2. Aufl. II § 330—333. — Der Aufsatz von Degenkolb in: Platzr. und Miethe (1867) S. 127—222 ist vorwiegend rhistorischer Natur. — Heuberger die Sachmiethe nach dem Schweiz. Obligationenr. mit Berücksichtigung des gem. R. Zürich 1889. [(Dazu Meissels Grünh. ZS. XVIII S. 213 fg.) Burckhardt z. Geschichte der locatio conductio, Habilitationsvorlesung. Basel 1889 (dazu M. Rümelin kr. VJS. XXXIII S. 19 fg.). Pernice Sav.-ZS. XIX S. 89 fg. — Delaplanche de la location des biens ruraux à prix d'argent et à portion de fruits. Th. de Paris 1889. Desvaux du louage de biens ruraux. Th. de Paris 1893. — L. Jacobi Miethe und Pacht. Ihre Stellung in der Culturgeschichte, im Privatr. und im System des E. d. BGB. f. d. deutsche Reich Berlin 1889. Fränkel das Mieth- und Pachtr. nach dem BGB. Berlin 1897. Fuld das Miethr. nach dem BGB. f. d. deutsche Reich. Leipz. 1898. Borcherdt das Miethr. nach dem BGB. u. s. w. Bresl. 1899. — Dietschi Mandat und Dienstmiethe. Bern. Diss. 1889. Adnet le louage de services. Th. de Paris 1892. Armirail la locatio conductio operarum. Th. de Paris 1892. — Michon du louage d'ouvrage (locatio conductio operis faciendi). Th. de Paris 1890. Védry du louage d'ouvrage. Th. de Paris 1892. Glatard idem. Th. de Grenoble 1893. Dodopoulos du louage d'ouvrage à Rome. Th. de Paris 1893. Liborel du louage d'ouvrage. Th. de Paris 1894. Dniestrzanski das Wesen des Werklieferungsvertrages im österr. R. Wien 1898. — Hachenburg Dienstvertrag und Werkvertrag im BGB. S. A. aus Annalen der gr. Bad. Gerichte. Mannheim 1898. — S. noch Stocquart le contrat de travail. Etude de droit social et de législation comparée. Bruxelles 1895. Bodeux études sur le contrat de travail. Paris 1896. Betocchi il contratto di lavoro nell' economia e nel diritto. Napoli 1897 (die beiden letzten ebenfalls modernrlich rvergleichend. W. Endemann die rliche Behandlung der Arbeit, Jahrb. f. Nationalökonomie und Statistik LXVII S. 641 fg. 1896) (rechts- und wirthschaftsgeschichtlich vom Alterthum bis in die Gegenwart.) Didion du contrat de travail spécialement aux points de vue historique et juridique. Th. de Nancy 1897.]

§ 399. [1] Der Ausdruck Gebrauch wird hier in weiterem Sinne genommen, so daß er den Fruchtgenuß mit umfaßt. [Sachmiethe mit Nebenleistungen anderer Art (Lieferung von Dampfkraft) RG. XXXIII S. 47.]

[2] Die Vermiethung der Dienste eines Fremden setzt die Befugniß voraus, über die Dienste desselben zu Gunsten Anderer zu verfügen. Aus den Quellen gehört hierher die locatio operarum liberti (l. 25 D. 38, 1), während die

Digitized by Google

Miether verspricht dafür dem Vermiether Geld. Die Römer bezeichnen die Miethe, wie den Kauf, gewöhnlich von ihren beiden Seiten[3]. Heutzutage spricht man im Leben in gewissen Fällen von Pacht[4]; der Ausdruck Miethe im juristischen Sinne umfaßt auch die Pacht. Die Miethe, welche den Gebrauch einer Sache zum Gegenstand hat, heißt Sachmiethe; die Miethe, welche den Gebrauch einer Arbeitskraft zum Gegenstand hat, heißt Dienstmiethe[5]. Ein besonderer Fall der Dienstmiethe ist der, wo der Vertrag nicht sowohl auf die Dienste als solche, als vielmehr auf das durch dieselben herzustellende Arbeitsresultat gerichtet ist[6]. Diesen besonderen Fall bezeichnen die Ausdrücke Werkverdingung (oder auch Verdingung schlechthin), Werkvertrag[7]. — Die Sache, welche vermiethet wird, kann eine bewegliche

---

Römer in der Vermiethung der Dienste eines Sclaven eine Vermiethung des Sclaven selbst sehen. Vgl. Sf. XI. 238.

[3] Locatio et conductio. Locare heißt vermiethen, conducere miethen. Vgl. übrigens l. 20 D. 19, 1, und z. B. l. 1 § 1 D. 43, 18, l. 2 pr. D. 50, 8. Ueber den Zusammenhang dieser technischen Bedeutung der beiden Ausdrücke mit ihrem unmittelbaren Wortsinn s. neuestens Burckhardt zur Geschichte der loc. cond. S. 26 fg. (1889).

[4] Namentlich wenn ein fruchttragendes Grundstück den Gegenstand des Vertrages bildet. Auch bei Gefällen, Gewerbren u. dgl. wird die Bezeichnung gebraucht. Vgl. Stobbe III S. 256 [3. Aufl. (Lehmann) S. 329 fg.], Dernburg Preuß. Privatr. II § 166 z. A. („Gewinnung von Früchten oder sonstigem Einkommen"). Die Römer unterscheiden im Ausdruck zwar nicht Pacht und Miethe, wohl aber den Pächter eines fruchttragenden Grundstücks als colonus und den Miether eines Hauses als inquilinus (habitator, insularius).

[5] Locatio conductio rei, operarum. Dankwardt Jahrb. f. Dogm. XIV S. 228—283.

[6] Z. B. es soll mir der Holzhauer mein Holz zerkleinern, der Schneider mir aus einem ihm übergebenen Stück Tuch ein Kleid herstellen, der Maurer mir ein Bauwerk errichten, der Frachtfuhrmann, die Eisenbahn mir Waaren transportiren. Vgl. l. 9 § 5. l. 11 § 3. l. 13 § 1—6. l. 19 § 7. l. 22 § 2. l. 25 § 7. l. 30 § 3. l. 51 § 1. l. 59. 62 D. 19, 2. Sf. X. 256, XVIII. 33, XLII. 29. [LI. 15, LIII. 14, LIV. 20. 219.]

[7] Die Römer sagen locatio conductio operis, so aber, daß locare das Verdingen bezeichnet, also locator derjenige ist, welcher sich die Arbeit versprechen läßt, während conductor der Arbeitende ist. Vgl. jedoch auch l. 22 § 2 D. 19, 2. „Cum insulam aedificandam loco, ut sua impensa conductor omnia faciat, proprietatem quidem eorum ad me transfert, et tamen locatio est: locat enim artifex operam suam, i. e. faciendi necessitatem". Vermuthung darüber, wie sich dieser Sprachgebrauch entwickelt habe, bei Bechmann Kauf I S. 430 fg., Brinz § 330 [4] und den das. Genannten. Dernburg II § 110 a. E. Eine besondere Abhandlung über die locatio conductio operis ist die von Dankwardt Jahrb. f. Dogm. XIII S. 299—380 (1874, vgl. § 401 [2a]). Sf. XXVII. 224, XXVIII. 28, XXXIII. 297. [Sempell gemeinrliche Streit-

Digitized by Google

oder unbewegliche, eine körperliche oder unkörperliche[8], eine eigene oder fremde[9] sein, auch eine eigene Sache des Miethers, wenn sie eben als solche vermiethet wird[10]. Auch daß eine Sache im Verkehr gewöhnlich als verbrauchbare in Betracht kommt, thut der Möglichkeit ihrer Vermiethung keinen Eintrag, wenn sie nur neben ihrem bestimmungsgemäßen Gebrauch noch einen andern zuläßt, durch welchen sie nicht aufgebraucht wird[11]. — Besteht die Gegenleistung des Miethers in etwas Anderem als Geld, so spricht man nicht von Miethe[12]. Eine Ausnahme bildet nur die Pacht eines fruchttragenden Grundstücks; hier kann die Gegenleistung auch in einer Quote der Früchte bestehen[13].

Für den Abschluß des Miethvertrages gelten die gleichen Grundsätze, wie für den Abschluß des Kaufvertrages (§ 386. 387). Der

fragen auf dem Gebiete der Werkverdingung uud ihre Entscheidung durch das BGB. Erl. Diss. 1899 S. 9 fg.]

[8] So kann namentlich vermiethet werden: der Nießbrauch (l. 12 § 2. l. 38 D. 7, 1), das Wohnungsr. (l. 13 C. 3, 33), die Emphyteusis und die Superficies, eine Grunddienstbarkeit (mit dem herrschenden Grundstück, Sf. XIV. 12), das R. auf eine periodische Leistung (z. B. ein Zehntr.), ein Gewerbeprivilegium. In den Quellen ist auch viel von der Verpachtung öffentlicher Gefälle (vectigalia) die Rede, vgl. z. B. l. 16 D. 50, 16; tit. D. de . . vectigalibus et commissis 39, 4. Verpachtung „eines Geschäfts": Sf. XVI. 213. Dernburg Preuß. Privatr. II § 167a. [Gewinnung von Mineralien: Sf. LIII. 13.]

[9] So z. B. l. 7. l. 9 pr. § 6 D. 19, 2.

[10] L. 29 pr. D. 7, 4, l. 35 § 1. l. 37 D. 13, 7, l. 37. l. 28 D. 41, 2. Miethet dagegen Jemand eine eigene Sache in dem Glauben, es sei eine fremde, so ist der Vertrag ungültig, l. 20. 23 C. 4, 65, l. 15 D. 16, 3, l. 21 D. 41, 3, l. 45 pr. D. 50, 17. Ebenso wird der Miethvertrag hinterher ungültig, wenn der Miether das Eigenthum der gemietheten Sache erwirbt, l. 9 § 6 D. 19, 2. S. aber auch § 400[18]. Dem Eigenthume steht der Nießbrauch gleich; Budde Entscheidungen des OAG. Rostock VII Nr. 59.

[11] Arg. l. 3 § 6. l. 4 D. 13, 6 (§ 374[3]).

[12] L. 5 § 2 D. 19, 5, § 2 I. 3, 24.

[13] L. 25 § 6 D. 19, 2, l. 8. 21 C. 4, 65. Vgl. übrigens Gesterding Ausbeute IV. 1 S. 141 fg., Sintenis[4]. Die neueste (gründliche) Arbeit über diese Art der Pacht ist: M. Waaser die colonia partiaria des r. R., Berliner Preisschrift 1885 (Inhalt: die Verpachtung für eine pars quota der zu erzielenden Früchte [im Gegensatz der Verpachtung für eine pars quanta] sei Gesellschaft). Dagegen Dernburg II § 111[4]. [Rérolle le colonage partiaire en droit Rom. et en droit Français. Th. de Lyon 1888, dazu Baron kr. VJS. XXXIV S. 375 fg. Delaplanche (*), Cruveilhier du colonage partiaire. Th. de Paris 1893, Ferrini ACPra. LXXXI S. 1 fg. (1893), Zobkow die Theilpacht nach r. u. österr. R. Berlin 1895, Brunn die colonia partiaria. Erl. Diss. 1897. Crome die partiarischen Rgeschäfte. Freib., Leipz., Tüb. 1897 S. 32 fg.]

Digitized by Google

Miethvertrag ist abgeschlossen, sobald die Parteien über die wesentlichen Punkte desselben, Miethsache und Miethgeld, einig geworden sind; es müßte denn über andere Punkte vorher verhandelt worden und darüber Uneinigkeit geblieben, oder die Vereinbarung über andere Punkte vorbehalten worden sein[14. 15].

[Im BGB. stehen selbständig neben einander Miethe und Pacht (535 fg.) — Dienstvertrag (611 fg.) — Werkvertrag (631 fg.).

I. Die Miethe ist der Vertrag auf entgeltliche Gewährung des Gebrauchs einer Sache (535), d. h. einer körperlichen Sache (90). Sachvermiethung ist es aber auch (vgl. [8]), wenn etwa der Nießbraucher die Sache vermiethet (vgl. 1056). Pacht ist der Vertrag auf entgeltliche Gewährung des Gebrauchs des verpachteten Gegenstandes und des Genusses seiner Früchte, soweit sie nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirthschaft als Ertrag anzusehen sind (581 Abs. 1). Die Pacht kann also auch unkörperliche Gegenstände betreffen. Würde der Gebrauch (d. h. die Ausübung) eines Rechtes eingeräumt, dabei aber (sofern dieß möglich ist) die Ziehung der Früchte des Rechtes ausgeschlossen, so wäre der Vertrag nicht als Miethe des Rechts, sondern als eine eingeschränkte Pachtung des Rechts zu bezeichnen. Uebrigens steht die Pacht im Allgemeinen unter den Sätzen von der Miethe (581 Abs. 2); ihre Besonderheiten beziehen sich zumeist auf Grundstücke; nur bei der Beendigung des Verhältnisses treten Sondervorschriften auf, welche die Pacht von Grundstücken und Rechten (595), oder von allen Gegenständen (596. 597) betreffen. Welcher Art das Entgelt ist (vgl. [12. 13]), ist für Miethe und Pacht des BGB. gleichgültig. Ueber partiarische Verhältnisse s. Crome a. a. O. ([13]). Es wird gestattet sein, zum Zwecke der Abkürzung im Folgenden überall da, wo das Recht der Pacht mit dem der Miethe übereinstimmt, nur von Miethe zu sprechen.

Miethet Jemand seine eigene Sache (vgl. [10]), so ist zu unterscheiden, ob er sie von Jemandem miethet, der berechtigt ist, sie dem Eigenthümer vorzuenthalten, oder von einem dazu nicht Berechtigten. Im ersteren Falle treten alle Folgen des

---

[14] L. 1. l. 2 pr. D. 19, 2, l. 24 C. 4, 65. Im Einzelnen s.: a) l. 25 pr. D. 19, 2 (vgl. § 386 [5a], Sf. XVII. 31); b) § 1 I. 3, 24, l. 22 pr. D. 19, 5 (Miethvertrag ohne ausdrückliche Ausmachung des Miethpreises, vgl. § 386 [5a]. Pfeiffer prakt. Ausführungen VII S. 151 fg., Schäffer ZS. f. CR. u. Pr. N. F. VII S. 1 fg., Holzschuher III § 303 Nr. 1, Sf. IV. 216, VIII. 259, XII. 154, XXI. 46. 47. 48. 49, XXIV. 193, XXXII. 226 [s. auch I. 354, VIII. 59, IX. 174, XV. 135]); c) l. 46. l. 20 § 1 D. 19, 2, l. 10 § 2 D. 41, 2; d) l. 20 pr. D. 19, 2. Vgl. noch Sf. XXXIII. 209.

[15] Das r. R. verbietet Pachtungen den Decurionen (l. 30 C. 4, 65), den Soldaten (l. 31. 35 C. 4, 65, l. 50 D. 19, 2), den Geistlichen (Nov. 123 c. 6); den Beamten des kaiserlichen Kronvermögens Pachtungen von Ländereien, welche zu diesem Kronvermögen gehören (l. un. C. 11, 73 [72]). Dieß sind Sätze des r. Verwaltungsr., welche auf heutige Anwendbarkeit keinen Anspruch machen können. Außerdem sind Vormündern vor abgelegter Vormundschaftsrechnung fiscalische Pachtungen bei Strafe der Fälschung verboten, l. 49 pr. § 1 D. 19, 2, l. un. C. 5, 41. Vgl. überhaupt Glück XVII S. 297 fg.

Digitized by Google

Miethvertrages ein. Im letzteren Falle dagegen kann der Eigenthümer, wenn der Vermiether Rückgabe der Sache auf Grund des Miethvertrages begehrt, im Einredewege auf Grund seines Eigenthums die Herausgabe verweigern, und dieß auch dann, wenn er bei Abschluß des Vertrages sein Eigenthum kannte. Er hat durch den Abschluß des Vertrages auf die Geltendmachung seines Eigenthums keineswegs verzichtet, und der Satz § 400 zu [13] besteht im BGB. nicht (vgl. ob. S. 552). Eine andere Frage ist, ob der Miether den Miethzins für die Dauer des Vertrages zu entrichten hat. Daß dieß nicht der Fall ist, wenn er bei Abschluß des Vertrages sein Eigenthum nicht kannte, läßt sich am einfachsten so folgern: bei gegebener Sachlage gewährt nicht der Vermiether dem Eigenthümer den Genuß der Sache, sondern der letztere kann behaupten, daß er sie kraft seines eigenen Rechts hat und nutzt. (Ein ähnlicher Gedanke liegt ja auch dem § 440 Abs. 3 BGB. zu Grunde.) Somit ist der Eigenthümer gemäß § 541. 537 Abs. 1 von der Entrichtung des Miethzinses befreit. Das Gleiche gilt vom Erwerb des Eigenthums an, wenn der Miether später Eigenthümer wird. Hat er dagegen sein Eigenthum gekannt, so kann in dieser Weise wegen § 541. 539 S. 1 nicht argumentirt werden. In diesem Falle hat aber auch die Verpflichtung des Eigenthümers zur Zahlung des Miethzinses keine Bedenken gegen sich, es wäre denn, daß besondere Umstände hinzukommen, z. B. kann, wenn auch der Vermiether das Eigenthum des Miethers kennt, der Fall so liegen, daß den Miether § 817 schützt. Für den Abschluß des Miethvertrages hat das BGB. besondere Vorschriften nicht, außer der Formvorschrift des § 566. Zu [14] s. BGB. 154. 155.

II. Der Dienstvertrag des BGB. ist der Vertrag auf Leistung von Diensten beliebiger Art gegen ein Entgelt ebenfalls beliebiger Art (611). Auch die s. g. operae liberales (vgl. unt. § 404 [2]) sind danach Gegenstand des Dienstvertrages. Für den Abschluß dieses Vertrages hat das BGB. insofern besondere Vorschriften, als es ausspricht (612 Abs. 1), daß eine Vergütung als stillschweigend vereinbart gilt, wenn die Dienstleistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist. Sowohl in diesem Falle, wie auch dann, wenn zwar eine Vergütung ausdrücklich vereinbart, ihre Höhe aber nicht festgesetzt ist, ist beim Bestehen einer Taxe die taxmäßige, in Ermangelung einer Taxe die übliche Vergütung als vereinbart anzusehen (612 Abs. 2; vgl. ob. S. 22 unter 5).

Eine besondere Stellung weist das BGB. solchen Dienstverträgen an, welche eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande haben. Auf sie sind eine Reihe von Sätzen des Auftragsrechts für entsprechend anwendbar erklärt (675), nämlich zunächst die Vorschrift (663), daß derjenige, welcher zur Besorgung gewisser Geschäfte öffentlich bestellt ist, oder sich öffentlich erboten hat, wenn er einen auf ein solches Geschäft gerichteten Auftrag nicht annimmt, verpflichtet ist, die Ablehnung dem Auftraggeber unverzüglich anzuzeigen; dasselbe gilt, wenn sich jemand einem Einzelnen gegenüber zur Besorgung gewisser Geschäfte erboten hat, im Verhältniß zu diesem. Wer daher zur entgeltlichen Geschäftsbesorgung öffentlich bestellt ist, oder sich zur Geschäftsbesorgung in der Weise erboten hat, daß er nach den Worten oder den Umständen des Angebots ein Entgelt erwartete (was bei öffentlichem Angebot regelmäßig der Fall ist), hat die Pflicht der unverzüglichen Ablehnung, wenn ihm ein ihm nicht genehmer Auftrag zur Geschäftsbesorgung in dem Sinne zugeht, daß der Auftraggeber das Entgelt zu leisten

Digitized by Google

bereit ist. Diese Bereitschaft wird aber unter den vorausgesetzten Umständen im Zweifel anzunehmen sein. Würde dagegen der Auftraggeber unentgeltliche Besorgung beantragen, so würde die Pflicht der unverzüglichen Ablehnung nicht eintreten.

Wird die pflichtmäßige unverzügliche Ablehnung versäumt, so kommt nicht der Vertrag zu Stande (anders bei Kaufleuten nach Maßgabe von HGB. § 362; vgl. früher 323), sondern es kann auf Grund des § 663 den Säumigen nur die Verpflichtung zum Schadensersatz treffen. Daß Schweigen die Annahme des Antrags bedeuten kann, ist eine Sache für sich (vgl. 151).

Ferner tritt für einen Dienstvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat, die Analogie des Auftragsrechts ein in Bezug auf Abweichung von den Weisungen des Auftraggebers (665), Nachrichts-, Auskunfts-, Rechenschafts-, Herausgabepflicht (666. 667), Verzinsung (668), Auslagenerstattung (669. 670) und gewisse bei der Beendigung des Verhältnisses eingreifende Sätze (671 Abs. 2. 672—674). Alle diese Analogieen treten dagegen nicht ein, wenn der Dienstvertrag etwas anderes als eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat. Es muß also abgegrenzt werden, wann eine Geschäftsbesorgung vorliegt und wann nicht. Die II. Comm. hat diese Frage der Wissenschaft überlassen wollen und nur die Andeutung gegeben, daß es sich in der Regel bei der Geschäftsbesorgung um eine Thätigkeit innerhalb des Rechtsbereichs des Geschäftsherrn handeln werde (Prot. S. 2336 fg.). Diese Regel soll also doch der Ausnahmen fähig sein; überdieß ist sie zu vag, um einen auch nur einigermaßen sicheren Anhalt zu geben. M. E. ist mit Hellwig Verträge auf Leistung an Dritte S. 517 [42] zu sagen, daß Geschäftsbesorgung die Entfaltung der Thätigkeit zur Erledigung einer bestimmten Angelegenheit oder einer Mehrheit bestimmter Angelegenheiten ist, gleichgültig ob auf rechtlichem oder thatsächlichem Gebiete. Der Dienstvertrag mit einem Tagelöhner, der nach den Anordnungen des Herrn arbeiten soll, hat keine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande. Wer seine Dienste als Tagelöhner öffentlich ausbietet, braucht nicht gemäß § 663 abzulehnen, wenn er einen Antrag nicht annehmen will; wer sich zur Besorgung einer bestimmten Angelegenheit erboten hat, untersteht dieser Vorschrift. Aber mit Recht bemerkt Hellwig a. a. O., daß ein Dienstvertrag, der ursprünglich nicht auf eine Geschäftsbesorgung sich richtet, einen solchen Gegenstand durch einen bestimmten Dienstauftrag des Herrn bekommen kann. Dann werden in Bezug auf Erfüllung und Endigung des Vertrages, insoweit es sich um die Besorgung des übertragenen Geschäfts handelt, die entsprechenden Analogieen aus dem Auftragsrecht anwendbar.

III. Der Werkvertrag des BGB. ist der Vertrag auf Herstellung eines Werkes, d. h. auf Herstellung oder Veränderung einer Sache oder einen anderen durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführenden Erfolg, rechtlicher oder thatsächlicher, sichtbarer oder unsichtbarer Natur, gegen ein Entgelt beliebiger Art (631). Für die Bestimmung des letzteren gilt dasselbe wie beim Dienstvertrage (632; vgl. ob. II).

Ein Werkvertrag betrifft immer eine bestimmte Angelegenheit, und es ist Hellwig a. a. O. zuzugeben, daß danach jeder Werkvertrag eine Geschäftsbesorgung betrifft, somit nach § 675 auf ihn immer die dort bezeichneten Regeln des Auftragsrechts entsprechende Anwendung finden. Es hat auch praktisch

Digitized by Google

keine Bedenken, die §§ 663. 665. 670 auf jeden Werkvertrag anzuwenden, wenn man dabei nur nicht verkennt, daß möglicher Weise die Auslagen des Unternehmers in der Vergütung inbegriffen sein können; ebenso unbedenklich ist die Anwendung des § 671 Abs. 2 unter der im § 675 hierfür aufgestellten besonderen Voraussetzung. Auch die Anwendung der §§ 672. 674 auf jeden Werkvertrag ist ohne Bedenken. Dagegen könnte man bezweifeln, ob auf den Werkvertrag allgemein der Satz angewandt werden kann, daß er im Zweifel durch den Tod des Unternehmers erlischt (673 S. 1). In Wahrheit aber dürfte auch dieser Satz als ein im Zweifel geltender für den Werkvertrag annehmbar sein; denn er steht der Entscheidung nicht entgegen, daß der Werkvertrag auf Seiten des Unternehmers vererblich ist, wenn die Umstände diese Entscheidung begründen, d. h. wenn es nicht sowohl auf die persönliche Thätigkeit des Unternehmers als vielmehr auf die Herstellung des Werkes mittels vererblicher Einrichtungen (insbesondere fortbestehenden Gewerbebetriebs) abgesehen ist.

Bei einem Werkvertrage verspricht der Unternehmer den Erfolg und erhält hierfür die Vergütung; bei einem Dienstvertrage verspricht der Dienstverpflichtete, auch wenn der Vertrag die Erledigung einer bestimmten Angelegenheit zum Gegenstande hat, nur die Thätigkeit in der Richtung auf den Erfolg und erhält Vergütung für diese. (So mit Recht Hellwig a. a. O.)

Ueber das Verhältniß des Werkvertrages zum Kauf s. zu § 401, 2. 3.]

b Verpflichtungen.

α. Die Sachmiethe.

§ 400.

Die Verpflichtungen aus dem Miethvertrage stehen unter freiem richterlichen Ermessen[1]. [Vgl. BGB. 242.] Die Hauptpunkte sind, was zunächst die Sachmiethe angeht, folgende.

1. Der Vermiether[1a] muß dem Miether den Gebrauch der vermietheten Sache mit ihren Zubehörungen[2] gewähren[3]. Ist er dazu nicht im Stande, weil er eine Sache vermiethet hat, an welcher ihm nicht das gehörige Recht zusteht, so haftet er dem Miether auf das Interesse, in gleicher Weise wie bei jeder anderen ursprünglichen,

§ 400. [1] Die actio locati (die actio des Vermiethers) und die actio conducti (die actio des Miethers) sind actiones bonae fidei, § 28 I. 4, 6, l. 17 C. 4, 65.

[1a] Ueber Schutzmittel des Miethers gegen Dritte s. Fadda Rapporti del conduttore coi terzi in tema di danni. Torino 1891, Schaetzel der Schutz des Miethers gegen Vermiether und Dritte. Erl. Diss. 1896, Nuß die rlichen Beziehungen . . ., wenn auf einem vom Nießbraucher verpachteten Grundstück Früchte auf dem Halm theils beschädigt, theils entwendet worden sind . . . Erl. Diss. 1897.]

[2] L. 19 § 2 D. 19, 2.

[3] Er muß ihm uti frui licere praestare. S. z. B. l. 15 § 1. l. 24 § 4 D. 19, 2. Vgl. Sf. IV. 34, XVIII. 238, XXVII. 121.

Digitized by Google

bloß subjectiven Unmöglichkeit (§ 264. 315)[4]. Tritt die Unmöglichkeit der Gewährung hinterher ein, so haftet der Vermiether auf das Interesse, wenn er an der Unmöglichkeit Schuld ist; sonst ist er frei, bekommt aber auch kein Miethgeld[5]. Schuld ist nicht bloß Arglist, sondern auch jede Nachlässigkeit[6]. Ein besonderer Fall der Schuld ist der, wo der Vermiether sich selbst durch eine Veräußerung in die Unmöglichkeit versetzt, den Gebrauch der Sache zu gewähren[7].

---

[4] L. 7. 8. l. 6 pr. § 1. l. 15 § 8. l. 35 pr. D. 19, 2. Unterholzner S. 333 f, Bekker Jahrb. d. gem. R. VI S. 316—320. In Betreff des in l. 9 pr. cit. vorkommenden Ausdrucks evictio vgl. § 392[3]. Müller Lehre von der Eviction S. 123 fg. Bekker a. a. O. S. 243 fg. Sf. XII. 235.

[5] L. 9 § 3. 4. l. 19 § 6. l. 30 pr. § 1. l. 33. 34. 35 pr. l. 60 pr. D. 19, 2 l. 12 C, 4, 65; l. 27 pr. D. 19, 2; l. 9 § 2. l. 55 pr. D. 19, 2. Vgl. § 321[16]. Sf. VI. 188, VIII. 252, XIV. 227, XV. 221, XXIII. 124, XXXIX. 101. Vgl. XXI. 45 (keine Verpflichtung zur Wiederherstellung des abgebrannten vermietheten Gebäudes). [RG. XLI S. 147 fg. Busch Gefahrtragung bei Sachenmiethe und Pacht unter Berücksichtigung des BGB. Erl. Diss. 1898.]

[6] L. 5 § 2 D. 13, 6, l. 23 D. 50, 17, l. 28 C. 4, 65. Vgl. übrigens auch Pernice Labeo II S. 326 fg.

[7] Hierüber bemerke man Folgendes. a) Der Erwerber treibt den Miether kraft seines dinglichen R. aus, l. 25 § 1. l. 32 D. 19, 2, l. 9 C. 4, 65, l. 59 § 1 D. 7, 1, l. 120 § 2 D. 30. Dieß ist der wahre Sinn der Rparömie: Kauf bricht Miethe. (Der Erwerber ist dabei auch an keine Kündigungsfrist gebunden. Anders Sf. VIII. 42 [Dernburg II § 111 zu [35. 36]].) b) Dagegen wird durch die Veräußerung das Miethverhältniß nicht aufgelöst, weder zu Gunsten des Vermiethers, welcher jetzt dem Miether Schadensersatz leisten muß (l. 25 § 1. l. 32 D. 19, 2, l. 120 § 2 D. 30 [Sf. XLVIII. 88]), noch zu Gunsten des Miethers, welcher nach wie vor Miethgeld zahlen muß, wenn der Vermiether ihm, etwa in Folge einer Vereinbarung mit dem Erwerber (l. 25 § 1. l. 58 pr. D. 19, 2 l. 9 C. 4, 65, vgl. l. 50 D. 49, 14), den Gebrauch der Sache trotz der Veräußerung gewährt (über l. 32 D. 19, 2 s. § 361[3]). c) Der Schaden, welchen der Miether dadurch erleidet, daß der Erwerber ihm die Sache nimmt, ist oft schwer nachzuweisen; überdieß sind, namentlich bei der Hausmiethe, die Interessen, welche dadurch gekränkt werden, nicht immer bloß Vermögensinteressen. Kann dem Miether nicht in anderer Weise geholfen werden? α) Ist die ganze Sache vermiethet, so kann der Vermiether die zur Veräußerung erforderliche Tradition (wenn sie erforderlich ist) gegen den Willen des Miethers nicht beschaffen. Er kann den Erwerber durch constitutum possessorium zum Besitzer machen, l. 30 § 6 D. 41, 2; aber diese Besitzesverschaffung reicht nach I § 155[8c] zur Eigenthumsverschaffung nicht hin. Freilich ist dieß bestritten (s. a. a. O.), und anders auch frühere Auflagen [bis zur 5.]. Dagegen macht sich der Miether durch Nichtzulassung des Erwerbers einer Besitzesstörung schuldig und begründet gegen sich das int. uti possidetis, l. 3 § 3 D. 43, 17. (L. 12 und l. 18 D. 43, 16 gehören nicht hierher, sie handeln von dem Falle, wo der Miether die Sache nicht kraft seines Miethr. retiniren, sondern als eigene besitzen will. Deßwegen darf man auch nicht, wie auch ich in der ersten Auflage gethan habe, einen Schutz des Miethers gegen die possessorische Klage des Vermiethers aus den Schlußworten der l. 12 cit., „nisi forte propter iustam et probabilem

Digitized by Google

Zur Gewährung des Gebrauchs gehört auch, daß die Sache in gutem Zustand erhalten werde[8]. — Hat die vermiethete Sache einen

causam id fecisset" herleiten wollen. Diese wollen eben nur sagen, daß in der Retention auf Grund des Miethvertrags keine Besitzentsetzung liege, vgl. l. 20 D. 41, 2. Ihering Besitzwille S. 440 sucht in dem hier Gesagten einen Widerspruch; mir ist er „unerfindlich".) Wenn aber aus der eigenen Erklärung des Vermiethers in der Klage eine Verpflichtung desselben, dem Miether die Sache zu lassen, hervorgeht, kann dem letzteren nicht verwehrt werden, diese Verpflichtung auch gegen die possessorische Klage einredeweise geltend zu machen. Vgl. über die verschiedenen Ansichten die Uebersicht in der unten citirten Schrift von Ziebarth S. 1 fg. und diese Schrift selbst, Vangerow III § 643 a. E. in der 7. Aufl., Hauser Stellvertretung im Besitze S. 53 fg., Ruhstrat Jahrb. f. Dogm. XIV S. 341 fg., Randa Besitz 2. Aufl. S. 417 fg. [4. Aufl. S. 560 fg.], Thon Rnorm und subjektives R. S. 313 fg., Exner Verhandl. des 15. Juristentages I S. 9, Brinz 1. Aufl. S. 761, Leonhard Gruch. Beitr. XXV S. 207 fg., Ruhstrat Magaz. f. das R. der Gegenwart III S. 249 fg., Wendt Faustr. S. 176 fg., Dernburg II § 111, 4, Fischer Verhandl. des 9. deutschen Juristentags II S. 311 fg., Ihering Besitzwille S. 435 fg. (Dieser letztgenannte Schriftsteller vertheidigt die Ansicht, daß das r. R. dem Miether Besitzschutz gewährt habe, indem er das repellere der l. 3 C. 4, 65 von Besitzaustreibung versteht, m. A. willkürlich, vgl. l. 24 § 4. l. 54 § 1 D. 19, 2, l. 27 D. 28, 7). Sf. XXIV. 210, XXX. 8, RG. XII S. 57; Sf. XXXI. 203, XXXIX. 8; vgl. XXXVII. 7. Bähr Jahrb. f. Dogm. XXVI S. 331 fg. β) Das OAG. zu Rostock hat am 15/4 1850 erkannt (Buchka und Budde Entscheidungen 2c. I S. 54), daß der Miether gegen die bevorstehende Veräußerung ein dieselbe bei Strafe der Nichtigkeit verbietendes gerichtliches Inhibitorium erwirken könne. γ) Die Beredung zwischen dem Vermiether und dem Erwerber, wodurch die Fortdauer des Miethverhältnisses ausgemacht wird, kommt an und für sich dem Miether nicht zu Gute. L. 9 C. 4, 65 handelt nur von der Verhaftung des Erwerbers dem Miether gegenüber. A. M. Unger Jahrb. f. Dogm. X S. 21[26], Ihering das. S. 568[19], Sf. XXV. 102, XXVIII. 22, XXXII. 318. Insofern aber in einer solchen Beredung eine wirkliche Schuldübernahme liegt, kann allerdings der Miether durch seinen Beitritt ein Forderungsr. gegen den Erwerber auf Gewährung des Gebrauchs erlangen. S. § 340[4], und vgl. § 316[15], § 316a[11]. Es kann ferner der Vermiether seinen Anspruch aus einer solchen Beredung dem Miether cediren, ja er ist zu dieser Cession aus dem Miethvertrag verpflichtet. Vgl. auch das Urtheil des OAG. zu Rostock vom 23/9 1861 bei Buchka und Budde Entscheidungen 2c. V S. 269—270 (welches auf Grund des bei § 330[12] bezeichneten Satzes dem Miether die Geltendmachung des Anspruchs des Vermiethers auch ohne Cession gewährt). [Sf. XL. 243 (Vertrag zu Gunsten Dritter).] — Vgl. überhaupt: Gesterding Ausbeute III S. 215—276 (1830). Schmid Handb. des gem. deutsch. R. I S. 85 fg. (1847). Dernburg d. Ae. Abhandlungen aus dem gem. und franz. Civilr. und Civilproc. Nr. 1 (1849). Träger ZS. f. CR. u. Pr. N. F. XVIII S. 53 fg. (1861). Friedlieb das. XIX S. 434 fg. (1862). Ziebarth die Realexecution und die Obligation. Mit besonderer Rücksicht auf die Miethe (1866). Glück XVIII S. 11 fg. Sintenis II S. 664—667, Vangerow III § 643 Anm. 2, Kuntze zu Holzschuher III § 299 Nr. 11. Stobbe III S. 257 fg. [3. Aufl. (Lehmann) S. 331 fg.] (Die zuvor erwähnte Schrift von Ziebarth

Digitized by Google

den Gebrauch beeinträchtigenden Fehler, so haftet der Vermiether dem Miether auf das Interesse, wenn er den Fehler arglistigerweise verschwiegen hat, ferner wenn er die Abwesenheit desselben ausdrücklich oder stillschweigend zugesagt hat; jedenfalls aber bekommt der Vermiether, soweit der Gebrauch der Sache durch den Fehler beeinträchtigt wird, kein Miethgeld[9]. — Für Verwendungen, welche der Miether auf die Sache gemacht hat, muß der Vermiether Ersatz geben, wenn sie nothwendig waren oder sonst in seinem Interesse lagen[9a]; für Verwendungen anderer Art hat der Miether nur das Recht der Wegnahme[10]. — Endlich hat der Vermiether die Lasten der Sache zu tragen[11].

[1. Nach **BGB.** ergreift die Vermiethung der Sache wie im gem. Recht (2) im Zweifel auch das Zubehör, wiewohl dem Worte nach in § 314 unter Belastung

gelangt für das heutige R. zu dem Resultate, daß der Miether zwar durch den Käufer ausgetrieben werden könne, aber nur gegen eine von diesem zu leistende Entschädigung. Das Operationsmittel des Verf. ist das § 43[6] erwähnte „R. zur Sache", welches durch Hinzutritt des Besitzes zum absoluten R. werde. Vgl. über und gegen diese interessante, aber in ihren Hauptergebnissen unhaltbare Schrift die a. a. O. citirte Recension von Degenkolb kr. VJS. IX S. 191 fg.) Vgl. auch Geller in Grünh. ZS. V S. 313—385 (österr. R. und Betrachtungen de lege ferenda). Weiteres de lege ferenda in den Verhandlungen des 19. deutschen Juristentags: II S. 1 fg. (Gutachten von Meibom), II S. 229 fg. (Gutachten von Eck), II S. 312 fg. (Gutachten von Fischer), II S. 35 fg. 301 fg. (die Verhandlungen selbst). [S. noch Hintze der Satz Kauf bricht „Miethe" im r. R. Rost. Diss. 1888. Marquardt über das Verhältniß des Conductor zum Locator bei Veräußerung der Sache nach r. R. Gött. Diss. 1888. Tugginer Kauf bricht Miethe. Bern. Diss. 1892.]

[8] L. 15 § 1. l. 19 § 2. l. 25 § 2 D. 19, 2, l. 13 § 6 D. 39, 2.

[9] L. 19 § 1 D. 19, 2, l. 6 § 4 D. 19, 1; vgl. l. 45 § 1 D. 19, 2. Kannte der Miether den Mangel, so hat er natürlich keinen Entschädigungsanspruch. L. 13 § 6 D. 39, 2. Sintenis S. 655, Mommsen Erörter. II S. 26 fg. — Vgl. Sf. I. 338, VII. 31, XII. 149. 150, XVI. 214, XXXV. 21, XXXIX. 297, XL. 286. [XLVIII. 179.]

[9a] [Sf. LII. 234. A. M. Petrazycki Einkommen I S. 307 fg.]

[10] L. 55 § 1. l. 19 § 4 D. 19, 2. L. 55 § 1 cit.: „In conducto fundo si conductor sua opera aliquid necessario vel utiliter auxerit vel aedificaverit vel instituerit, cum id non convenisset, ad recipienda ea, quae impendit, ex conducto cum domino fundi experiri potest". Sintenis Anm. [68]. Sf. XXXIII. 111. — Darf der Pächter die Sachen, welche er mit dem Pachtobject verbunden hat, auch gegen den Willen des Verpächters, der sie gegen Ersatz ihres Werthes behalten will, wieder wegnehmen? Sf. VII. 20, XVI. 108.

[11] L. un. § 3 D. 43, 10, l. 4. l. 20 § 4 C. 11, 48 [47], l. 32 § 3 D. 26, 7. Ueber Einquartierungslasten s. Glück XVII S. 395 fg., Puchta § 366[e], Vangerow III § 641 Anm. 2, Sintenis Anm. [69], Holzschuher III § 299 Nr. 9.

Digitized by Google

nur die dingliche Belastung zu verstehen ist. Der Vermiether hat die Sache wie im gem. Recht (8) in einem zu dem vertragsmäßigen Gebrauch geeigneten Zustande zu überlassen und zu erhalten (536, vgl. 548. f. aber auch 582. 586 fg.).

2. Sachmängel (vgl. zu 9).

a) Wenn die Sache zur Zeit der Ueberlassung an den Miether mit einem Fehler behaftet ist, der ihre Tauglichkeit zu dem vertragsmäßigen (in Ermangelung besonderer Festsetzung zu dem bestimmungsgemäßen) Gebrauch aufhebt, so ist der Miether (ipso iure) für die Zeit, während deren die Tauglichkeit aufgehoben ist, von der Entrichtung des Miethzinses befreit; ist die Tauglichkeit nur gemindert, so ist der Miethzins von selbst nach den Grundsätzen der Minderung beim Kauf gemindert (537 Abs. 1). Eine Verjährung der Befreiung oder Minderung gibt es natürlich nicht.

b) Dasselbe gilt, wenn im Laufe der Miethzeit ein Fehler entsteht (537 Abs. 1, vgl. 536; aber auch 582. 586 fg.).

c) Dasselbe gilt auch dann, wenn der Sache zur Zeit der Ueberlassung an den Miether eine zugesicherte Eigenschaft fehlt, oder eine solche später wegfällt (537 Abs. 2) die Zusicherung wird also jedenfalls insoweit (vgl. f) im Zweifel nicht nur dahin verstanden, daß die Sache jetzt die zugesicherte Eigenschaft habe, sondern auch dahin, daß sie dieselbe behalten werde. Zusicherung bestimmter Größe eines Grundstücks oder Raumes (580) gilt wie Zusicherung einer Eigenschaft (537 Abs. 2 S. 2).

d) Wenn der Fehler oder der Mangel der zugesicherten Eigenschaft schon bei Abschluß des Vertrages vorhanden ist, so kann der Miether Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, ohne daß es auf arglistiges Verschweigen ankommt (538 Abs. 1). In dem Schadensersatzanspruch liegt zufolge § 249 auch der Anspruch auf Abstellung des Mangels. Die Verjährung ist die gewöhnliche.

e) Dasselbe gilt auch dann, wenn der Mangel zwar nach Abschluß des Vertrages entstanden ist, aber auf eine Weise, die der Vermiether nach allgemeinen Grundsätzen zu vertreten hat (538 Abs. 1).

f) Dasselbe gilt, wenn der Vermiether mit der Abstellung eines Mangels in Verzug kommt (538 Abs. 1). In den Fällen unter d und e indessen bedarf es des Verzuges nicht, um die Schadensersatzpflicht zu begründen. Sie hängt vom Verzuge nur dann ab, wenn ein Fehler nach Abschluß des Miethvertrages ohne Verschulden des Vermiethers eingetreten ist (vgl. 536). Dann muß aber weiter hinzukommen, daß dem Fehler abgeholfen werden kann; denn anderen Falls kann der Vermiether nicht zur Abhülfe verpflichtet sein, also auch nicht damit in Verzug gesetzt werden. Ob, wenn im Laufe der Miethzeit eine zugesicherte Eigenschaft wegfällt, nicht nur der § 537 Abs. 2 zur Anwendung kommt, sondern auch der Vermiether verpflichtet ist, die Eigenschaft (wenn thunlich) wiederherzustellen, also auch damit in Verzug kommen kann, hängt von dem Sinne der Zusicherung ab, dürfte aber im Zweifel zu bejahen sein. Im Falle des Verzuges des Vermiethers kann der Miether auch den Mangel selbst beseitigen und Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen (538 Abs. 2). In dieser Beziehung ist der Verzug auch für die Fälle unter d und e von selbständiger Bedeutung.

g) Keine Ansprüche auf Grund der §§ 537. 538 hat der Miether, wenn er bei Abschluß des Vertrages den Fehler oder den Mangel der zugesicherten Eigen-

Digitized by Google

schaft kennt (539 S. 1). Daß er sie in Folge leichter Fahrlässigkeit nicht kennt, ist seinen Rechten unnachtheilig. Kennt er den Mangel in Folge grober Fahrlässigkeit nicht, so hat er die Rechte der §§ 537. 538 nur, wenn der Vermiether den Fehler arglistig verschwieg, oder eine Eigenschaft zusicherte (539 in Verb. mit 460). Nimmt der Miether die Sache in Kenntniß des Mangels an, so hat er dieselben Rechte nur, wenn er bei der Annahme sich seine Rechte wegen des Mangels vorbehielt (539 in Verb. mit 464).

h) Vereinbarung des Ausschlusses der Haftung für Mängel ist wie beim Kauf nichtig in Bezug auf arglistig verschwiegene Mängel (540; vgl. 476 und s. ob. S. 635 unter 4).

i) Anfechtung des Vertrages gemäß § 119 Abs. 2 oder § 123 steht hier, wie beim Kauf, selbständig neben der Mängelhaftung.

k) Ueber §§ 542—545 s. unter 4. 5.

3. Rechtsmängel.

a) Maßgebend ist, daß dem Miether durch das Recht eines Dritten der vertragsmäßige Gebrauch der Sache ganz oder zum Theil entzogen ist. Dann sollen die Vorschriften über die Haftung für Sachmängel mit Ausnahme von § 539 S. 2 zur entsprechenden Anwendung kommen. Danach schadet dem Miether fahrlässige Unkenntniß des Rechts des Dritten nie; auch schadet es ihm nichts, wenn er in Kenntniß des Rechtes des Dritten die Sache ohne Vorbehalt annimmt. Er kann es darauf ankommen lassen, ob der Dritte von seinem Recht gegen ihn Gebrauch machen wird. Wird dem Miether durch das Recht des Dritten der Gebrauch ganz entzogen, so ist die Analogie eines Fehlers gegeben, der den vertragsmäßigen Gebrauch aufhebt; wird ihm der Gebrauch theilweise entzogen, so entspricht das dem Falle einer Minderung der Gebrauchsfähigkeit der Sache durch einen Fehler. Das Recht eines Dritten kann natürlich zur Haftung des Vermiethers keinen Anlaß geben, wenn es dem Miether gegenüber nicht wirkt. Dieß wird insbesondere bedeutend, wenn der Vermiether die Sache veräußert oder belastet ([7]); vgl. dazu unten 6. Ein Rechtsmangel kann auch dadurch eintreten, daß das Recht, kraft dessen der Vermiether vermiethet hat, erlischt. S. jedoch 1056. 1423. 1663. 2135. Ein nachträglich entstandenes Recht des Dritten kann den Vermiether dann nicht belasten, wenn der Miether selbst dessen Entstehen verschuldet hat (er gibt die Sache aus der Hand; ein Gutgläubiger erwirbt sie). Ueber §§ 542—545 s. unter 4. 5.

4. Die Rücktrittsrechte, welche wegen gänzlicher oder theilweiser Nichterfüllung des Vertrages nach den allgemeinen Vorschriften über gegenseitige Verträge sich ergeben können, werden im Bereich des Miethvertrages ersetzt durch das Kündigungsrecht des § 542.

a) Wird dem Miether der vertragsmäßige Gebrauch ganz oder zum Theil nicht rechtzeitig gewährt oder wieder entzogen, so kann er das Miethverhältniß ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen (542 Abs. 1 S. 1). Gleichgültig ist, auf welchen Umständen die gänzliche oder theilweise Vorenthaltung oder Wiederentziehung des Gebrauchs der Sache beruht (Willkür des Vermiethers, aber auch eine auf beliebigem Grunde ruhende Unmöglichkeit der Gewährung; Ausübung des Rechts eines Dritten, aber auch rechtswidrige Entziehung durch einen Dritten; gebrauchshindernder Fehler, gleichviel wann und wie ent-

Digitized by Google

standen). Nur wird selbstverständlich der Miether zur Kündigung nicht berechtigt sein wegen eines von ihm selbst zu vertretenden Ereignisses. Der Miether muß zuvor dem Vermiether eine angemessene Frist zur Abhülfe setzen und kann erst kündigen, wenn diese Frist fruchtlos verstrichen ist (542 Abs. 1 S. 2). Nur dann bedarf es der Bestimmung einer solchen Frist nicht, wenn erweislich die Erfüllung des Vertrages für den Miether in Folge des die Kündigung rechtfertigenden Umstandes kein Interesse hat (542 Abs. 1 S. 3). Ist die Hinderung oder Vorenthaltung des Gebrauchs nur unerheblich, so bedarf es eines erweislichen besonderen Interesses des Miethers, um die Kündigung zu rechtfertigen.

Bestreitet der Vermiether die Zulässigkeit der Kündigung, weil er den Gebrauch rechtzeitig gewährt oder vor dem Ablaufe der Frist die Abhülfe bewirkt habe, so trifft ihn die Beweislast (542 Abs. 3). Danach trifft an sich den Vermiether auch dann die Beweislast, wenn wegen eines angeblichen bei der Ueberlassung vorhandenen Mangels gekündigt wird; der Vermiether wird beweisen müssen, daß er rechtzeitig mangelfrei die Sache gewährte. Hier wird aber, wenn der Miether die Sache ohne Rüge des Mangels annahm, die Beweislast sich regelmäßig nach § 363 umkehren; auch kann das Kündigungsrecht gemäß § 543. 539 ausgeschlossen sein. Wird die Kündigung auf einen nach der Ueberlassung entstandenen Fehler oder auf (gänzliche oder theilweise) Entziehung des einmal gewährten Gebrauchs der Sache durch den Vermiether oder einen Dritten gestützt, so trägt die Beweislast in Ansehung dieser Thatsache der Miether.

Auf das Kündigungsrecht sollen die Vorschriften der §§ 539—541 zur entsprechenden Anwendung kommen. Die Kündigung findet also nicht statt wegen eines Sachmangels, den der Miether bei Abschluß des Vertrags kannte; wegen eines solchen, den er grob fahrlässig nicht kannte, findet sie nur statt, wenn der Mangel arglistig verschwiegen oder seine Abwesenheit zugesichert wurde; die Kündigung wegen eines Rechtsmangels ist nur dann ausgeschlossen, wenn der Miether denselben bei Abschluß des Geschäfts kannte. Die Kündigung wegen eines Sach- oder Rechtsmangels, den der Vermiether arglistig verschwieg, kann durch Vertrag nicht ausgeschlossen werden. Sind mehrere Sachen zusammen vermiethet, so entscheiden über die Frage, ob wegen Nichtgewährung oder Entziehung der einen nur in Bezug auf sie oder auch in Bezug auf die anderen gekündigt werden kann, und wie, wenn nur in Bezug auf einzelne rechtmäßig gekündigt wird, der etwa vereinbarte Gesammtzins sich herabsetzt, die gleichen Grundsätze wie bei der Wandelung im Kaufrechte (469—471. 543 Abs. 1). Ist der Miethzins für eine Zeit nach der Kündigung bereits entrichtet, so hat ihn der Vermiether nach den beim Rücktritt geltenden Grundsätzen zurückzugewähren (543 Abs. 2. 347). Erfolgt jedoch die Kündigung wegen eines von ihm nicht zu vertretenden Umstandes, z. B. wegen eines zufällig nachträglich entstandenen Mangels der Sache, so hat er die Rückgewähr nur nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung zu leisten (543 Abs. 2 vgl. 327).

b) Unberührt von den Vorschriften der §§ 542. 543 bleibt das als vertragsmäßig geltende Rücktrittsrecht des § 361, und selbstverständlich ist, daß bei Vermiethung einer Sache auf bestimmte Zeit, wenn sie innerhalb dieser Zeit überhaupt nicht gewährt ist, die Kündigung nicht in Frage kommen kann, der

Digitized by Google

Miether vielmehr arg. 537 Abs. 1 den Mithzins ipso iure nicht schuldet (vgl. Mot. II S. 420).

c) Eine besondere Vorschrift besteht in Betreff der Miethe von Wohnungen oder anderen Räumen für den Aufenthalt von Menschen (Geschäftslocal, Werkstelle). Ist die Wohnung oder der Raum so beschaffen, daß seine Benutzung mit einer erheblichen Gefährdung der Gesundheit verbunden ist, so kann der Miether das Verhältniß ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist selbst dann kündigen, wenn er die gefahrdrohende Beschaffenheit bei Abschluß des Vertrages kannte, oder auf die Geltendmachung der ihm wegen dieser Beschaffenheit zustehenden Rechte verzichtet hat. (Verzichtet er, ohne die fragliche Beschaffenheit zu kennen, so wird es sich meistens um einen allgemeinen Verzicht auf die Rechte wegen Mängel der Sache handeln.) Bestände nur die Vorschrift der §§ 542. 543, so würde die Kündigung bei Kenntniß ganz ausgeschlossen, bei Verzicht nur dann zulässig sein, wenn der Mangel arglistig verschwiegen wäre; der § 544 dagegen gewährt das Kündigungsrecht unbeschränkt. Dasselbe wird aber im Uebrigen nach §§ 542. 543 zu beurtheilen sein. (Die II. Comm. hatte den jetzigen § 544 ursprünglich in einer dieß verdeutlichenden Fassung beschlossen, die freilich unter der Hand der Redactionscommission geändert ist [Prot. S. 2051 fg. 2600 fg.].) Danach wird, falls nicht die sofortige fristlose Kündigung gemäß § 542 Abs. 1 S. 3 sich rechtfertigt, der Miether auch hier dem Vermiether zuvor eine angemessene Frist zur Abhülfe (z. B. zu einer Desinfection) setzen müssen.

5. Zeigt sich im Laufe der Miethzeit ein Mangel der gemietheten Sache oder wird eine Vorkehrung zum Schutze derselben gegen eine nicht vorhergesehene Gefahr (d. h. eine solche, welche der Vermiether nicht schon bei Ueberlassung der Sache an den Miether vorhersehen konnte) erforderlich, oder maßt sich ein Dritter ein Recht an der Sache an, d. h. behauptet er dasselbe dem Miether gegenüber oder erfährt dieser, daß er es Dritten gegenüber behauptet, so hat der Miether dem Vermiether unverzüglich Anzeige zu machen; natürlich nur, wenn nicht der Vermiether ohnehin davon Kenntniß hat (545 Abs. 1). Bei unterlassener Anzeige ist der Miether schadensersatzpflichtig, präjudicirt aber auch seinen Rechten. Soweit nämlich der Vermiether in Folge der Unterlassung der Anzeige Abhülfe zu schaffen außer Stande war, kann der Miether weder Befreiung vom Miethzinse gemäß § 537 behaupten, noch Schadensersatz wegen Nichterfüllung beanspruchen; das Kündigungsrecht des § 542 bleibt ihm zwar im gleichen Falle, ist aber stets an die vorherige Bestimmung einer angemessenen Abhülfefrist gebunden (545 Abs. 2). Dieß gilt auch für das Kündigungsrecht des § 544. (Es ist ja vorausgesetzt, daß Abhülfe möglich und nur in Folge der Unterlassung der Anzeige unterblieben ist!)

6. Der Grundsatz Kauf bricht Miethe in seinem gemeinrechtlichen Umfange (7) ist vom BGB. nicht anerkannt.

a) Ist eine bewegliche Sache dem Miether übergeben und in seiner Hand, so kann der Vermiether sie nur gemäß § 931 durch Abtretung seines Herausgabeanspruches veräußern; in diesem Falle aber ist der Erwerber gemäß § 986 Abs. 2 allen Einreden seitens des Miethers ausgesetzt, denen auch der Veräußerer unterliegen würde. Er muß also den Miether für die Dauer seines Miethrechts im Besitz lassen. Wenn dem Miether dagegen die Sache noch nicht

Digitized by Google

übergeben war, so ist er gegenüber einem Erwerber der Sache nicht geschützt, sondern muß sich wegen des Rechtes desselben als eines nachträglich (und zwar in Folge eines vom Vermiether zu vertretenden Umstandes) eingetretenen Rechtsmangels gemäß §§ 541. 537. 538 Abs. 1. 542. 543 an den Vermiether halten. War dem Miether die Sache zwar übergeben, aber von ihm an den Vermiether zurückgegeben, so ist es ebenso; denn § 986 schützt hier den Miether gegen die nun mögliche Veräußerung der Sache durch Uebergabe seitens des Vermiethers nicht, auch nicht, wenn etwa der Miether dem Eigenthümer die Sache geliehen hat, so daß der Miether mittelbarer Besitzer gegenüber dem Vermiether wäre (868).

b) Für den Fall der Vermiethung von Grundstücken und Räumen (580) gibt das BGB. eingehende Vorschriften.

α) Das Princip ist, daß, wenn das vermiethete Grundstück (oder das Grundstück, auf welchem sich der vermiethete Raum befindet), veräußert wird nach Ueberlassung des Miethobjects an den Miether, der Erwerber an Stelle des Vermiethers in die sich während der Dauer seines Eigenthums aus dem Miethverhältniß ergebenden Rechte und Verpflichtungen eintritt. Ein dingliches Recht ist damit dem Miether nicht beigelegt (Crome Jahrb. f. Dogm. XXXVII S. 3 fg.; auch besonders erschienen: die jurist. Natur der Miethe nach dem deutschen BGB. Jena 1896). Die zutreffende Construction gibt Hellwig Verträge auf Leistung an Dritte S. 420 fg.: Der Vermiether bleibt in der Miethobligation stehen, der Erwerber tritt für die Dauer seines Eigenthums accessorisch in dieselbe ein, nur mit der Maßgabe, daß die Haftung des Erwerbers in die erste Linie, die des Vermiethers in die zweite gestellt wird. Crome a. a. O. nimmt an, daß es genügt, wenn einmal dem Miether der Besitz überlassen ist, und daß es nicht darauf ankommt, ob er ihn zur Zeit der Veräußerung noch hat. A. M. ist grundsätzlich Hellwig a. a. O. S. 424 fg. M. E. ist das Gesetz nicht anders zu verstehen, als daß in der That dem Miether der Schutz gegen den Erwerber auch dann verbleibt, wenn er zur Zeit der Veräußerung den Besitz verloren hatte, und selbst wenn er ihn an den Vermiether auf solche Weise zurückgegeben hat, daß er den mittelbaren Besitz behalten hat. (Z. B. er vermiethet für eine bestimmte Zeit an seinen Vermiether zurück. Nur dann wird die Ueberlassung an den Miether ihre schützende Wirkung verlieren, wenn sie rückgängig gemacht ist, indem der Miether das Grundstück dem Vermiether wieder einräumt, ohne mittelbarer Besitzer zu werden.)

β) Es ist nach der Veräußerung Sache des Erwerbers, dem Miether das Miethobject vertragsmäßig zu gewähren; der Vermiether ist hierzu unmittelbar nicht mehr im Stande. Er haftet aber für den Fall der Nichterfüllung seitens des Erwerbers für den von diesem zu ersetzenden Schaden als Bürge ohne Einrede der Vorausklage (571 Abs. 2).

γ) Kenntniß des Miethers von dem Eigenthumsübergang ändert im Allgemeinen nichts. Beruht sie aber auf einer Mittheilung seitens des Vermiethers, so wird der letztere von seiner Haftung frei, wenn der Miether nicht auf den ersten Termin kündigt, auf welchen die Kündigung nach den allgemeinen Regeln zulässig ist. Einen selbständigen Grund der Kündigung gewährt die Veräußerung an sich nicht. Die Nichterfüllung seitens des Erwerbers kann zwar gemäß § 542 zur Kündigung berechtigen. Die Nichtausübung eines derartigen Kündigungsrechts

Digitized by Google

befreit aber den Vermiether nicht; nur die Unterlassung der ersten zulässigen terminlichen Kündigung hat diese Wirkung. Unterläßt der Miether diese, so ist es anzusehen, als hätte er den neuen Erwerber nunmehr als seinen alleinigen Vermiether angenommen. Die Haftung des Vermiethers für die Zeit vor dem Termin, auf welchen hätte gekündigt werden können, bleibt bestehen, ebenso ist es für die Zeit bis zum Erlöschen des Verhältnisses, wenn gekündigt wird.

ϑ) Hat der Miether dem Vermiether für die Erfüllung seiner Verpflichtungen Sicherheit geleistet, so tritt der Erwerber auch in die dadurch begründeten Rechte (für die Dauer seines Eigenthums) ein. Zur Rückgewähr der Sicherheit ist er aber nur dann verpflichtet, wenn er diese Verpflichtung dem Vermiether gegenüber übernommen hat (die Uebernahme wirkt also als Vertrag zu Gunsten des Miethers), oder wenn die Sicherheit ihm ausgehändigt ist (572). Worin die Rückgewähr und die Aushändigung besteht, wird sich nach der Art der geleisteten Sicherheit richten. Nicht immer kann von eigentlicher Aushändigung der Sicherheit die Rede sein, z. B. im Falle der Hinterlegung. Hier aber wird der Erwerber, wenn er einen Hinterlegungsschein ausgehändigt erhielt, zur entsprechenden Mitwirkung zur Rückgabe des Hinterlegten verpflichtet sein. Ist dem Gläubiger der Schein eines Bürgen (766) ausgehändigt, so ist es der Bürge, der nach § 371 dessen Rückgabe zu beanspruchen hat.

ε) Ueber den auf die Folgezeit entfallenden Miethzins durch Rechtsgeschäft mit Dritten (außer dem Miether; über die Rechtsgeschäfte mit diesem s. ζ) verfügen kann der Vermiether nach Uebergang des Eigenthums nicht mehr, weil er nicht mehr Gläubiger ist. Eine Verfügung, welche der Vermiether vor Uebergang des Eigenthums getroffen hat, ist dem Erwerber gegenüber nur wirksam in Ansehung des Zinses für das zur Zeit des Uebergangs des Eigenthums laufende und das folgende Kalendervierteljahr, gleichviel ob der Erwerber die Verfügung kannte oder nicht. Eine Verfügung über den Zins einer späteren Zeit muß der Erwerber gegen sich nur gelten lassen, wenn er sie zur Zeit des Eigenthumsüberganges kennt (573). Wenn durch die Wirksamkeit einer Verfügung des Vermiethers dem Erwerber von den Nutzungen des Grundstücks etwas entgeht, was er nach seinem Vertrage zu beanspruchen hat (vgl. 446), so hat er sich an den Veräußerer zu halten. Dabei wird es auf seine Kenntniß zur Zeit des Eigenthumsüberganges nicht ankommen, sondern nur diejenige zur Zeit des Vertragsschlusses von Einfluß sein.

ζ) Ein Rechtsgeschäft zwischen Vermiether und Miether über den auf die Zeit der Berechtigung des Erwerbers entfallenden Miethzins, insbesondere die Entrichtung desselben, wirkt gegenüber dem Erwerber nicht, wenn es nach dem Eigenthumsübergange erfolgt ist, und der Miether diesen gekannt hat (574 S. 2). Wird es dagegen vor dem Eigenthumsübergange oder vor Kenntniß des Miethers von demselben vorgenommen, so ist es dem Erwerber gegenüber wirksam, wenn es sich bezieht auf den Zins für spätestens das Kalendervierteljahr, in welchem der Miether von dem Eigenthumsübergang Kenntniß erhält und das folgende Vierteljahr. Bezieht es sich auf den Zins für eine spätere Zeit, so wirkt es dem Erwerber gegenüber nicht (574 S. 1). Danach läuft der Miether, der, wenn auch kraft vertragsmäßiger Verpflichtung, den Miethzins für mehr als ein halbes Kalenderjahr im Voraus entrichtet, stets Gefahr, im Falle einer Veräußerung des

Digitized by Google

Grundstücks an den Erwerber nochmals leisten zu müssen. Da er aber in diesem Falle nicht vertragsmäßig, d. h. gegen das einmal entrichtete Entgelt die Miethsache nutzen kann, so müssen ihm gegen den Vermiether die Rechte wegen Rechtsmängel erwachsen, wenn der Erwerber die erneute Zahlung des Miethzinses verlangt. (So auch Hellwig S. 437.) Nur ist er bei Geltendmachung dieser Rechte nothwendig ausschließlich an seinen Vermiether gewiesen; denn dem Erwerber gegenüber soll er sich eben nicht auf die Zahlung berufen können. Auch ist die Wurzel des Regresses die Veräußerung; für diese haftet, soweit sie den Miether belastet, nur der Vermiether; es handelt sich nicht um eine Verpflichtung aus dem Miethvertrage, die zur Zeit der Berechtigung des Erwerbers erwachsen ist, auf welche also § 571 Anwendung finden könnte. Zweifelhaft ist, ob der Miether das Verhältniß mit Berufung auf § 542 kündigen kann. Die Frage dürfte zu verneinen sein, da in der Kündigung eine Geltendmachung der geschehenen Zahlung gegen den Erwerber läge. Ist das Rechtsgeschäft dem Erwerber gegenüber wirksam und entgeht dadurch demselben etwas an den im Verhältniß zum Veräußerer ihm gebührenden Nutzungen, so ist das Gleiche wie unter ε am Ende zu sagen.

Ein Rechtsgeschäft zwischen Vermiether und Miether ist auch die von einem gegen den andern erklärte Aufrechnung. In Bezug auf sie überträgt aber § 575 hierher die Bestimmungen des § 406 (s. ob. S. 349). Dabei handelt es sich um eine Aufrechnung des Miethers gegen die Miethzinsforderung des Erwerbers, eine diesem zu erklärende Aufrechnung; daher kann die Einschränkung des § 574 S. 2 nicht in Frage kommen, und es hieße im Eingang des § 575 besser: . . . nach § 574 Satz 1 . . .

Mit Recht bemerkt Hellwig S. 433, daß dasselbe, was von Rechtsgeschäften zwischen Vermiether und Miether gilt, auch gelten muß von Rechtsgeschäften zwischen dem Miether und einem Cessionar des Vermiethers, wenn nicht schon die Cession selbst gegen den Erwerber wirkt.

η) Auch die Vorschrift des § 409 über die Wirkung einer Anzeige des Gläubigers von der Abtretung der Forderung ist auf die Anzeige des Vermiethers von einer Veräußerung des Grundstücks sinngemäß übertragen (576).

ϑ) Wird das Grundstück von dem Erwerber weiter veräußert, so finden die §§ 571 Abs. 1. 572—578 entsprechende Anwendung (579). Es tritt also für die Folgezeit der neue Erwerber an die Stelle des alten. Der erste haftet aber nicht bürgschaftlich für den zweiten; vielmehr ist es der Vermiether, der nunmehr für den zweiten Erwerber haftet (579 S. 2). War indessen der Vermiether nach § 571 Abs. 2. S. 2 bereits frei geworden, so kann bei erneuter Veräußerung des Grundstücks seine Haftung nicht wieder erstehen; sondern es muß jetzt dem ersten Erwerber die volle Stellung des Vermiethers beigemessen werden, er also als Bürge des zweiten haften. So auch Hellwig S. 436.

ι) Wird das Grundstück nicht veräußert, sondern nur belastet, so kommt es darauf an, ob die Belastung eine solche ist, daß durch die Ausübung des Rechts des Dritten dem Miether der Gebrauch der Sache entzogen wird (insbesondere Nießbrauch), oder ob durch dieselbe der Gebrauch des Miethers nur beschränkt wird (z. B. Grunddienstbarkeit). Im ersteren Falle sind die Vorschriften über die Veräußerung entsprechend anwendbar; im letzteren Falle dagegen darf der Berechtigte sein Recht in einer den Miether beschränkenden Weise nicht

Digitized by Google

ausüben; eine bürgschaftliche Haftung des Vermiethers für diese Unterlassungspflicht findet nicht statt. Hellwig S. 434 läßt den Vermiether aus § 541 haften; wie mir scheint, mit Unrecht, den eine Störung des Miethers würde nicht auf Grund des Rechtes des Dritten, sondern rechtswidrig erfolgen. Antheil an dem Miethzins erhält der Berechtigte für jene Beschränkung nicht; er hat sich wegen Rechtsmangels an seinen Rechtsurheber zu halten (577).

ϰ) Wenn nach der Veräußerung des Grundstücks eine Belastung seitens des Erwerbers erfolgt, so gilt das unter ι gesagte ebenfalls (579). Handelt es sich dabei um eine Totalbelastung, welche zur entsprechenden Anwendung der Vorschriften über die Veräußerung Anlaß gibt, so ist jedoch zu beachten, daß der Erwerber im Falle der bloßen Belastung (im Gegensatz zur Weiterveräußerung) in Rechten und Pflichten des Vermiethers stehen bleibt. Hier muß er es sein, der für den Berechtigten (z. B. Nießbraucher) bürgschaftlich haftet; der Vermiether kann nur in der Stellung des Afterbürgen hinter ihm stehen.

λ) Wird vor der Ueberlassung des Grundstücks an den Miether dasselbe veräußert oder belastet, so gelten die vorgetragenen Sätze nur dann, wenn der Erwerber dem Vermiether gegenüber die Erfüllung der Verpflichtungen aus dem Miethvertrage übernommen hat (578. 579). Diese Uebernahme wirkt also als Vertrag zu Gunsten des Miethers. Ohne sie ist der Miether dem Dritten gegenüber nicht geschützt, sondern auf die Wahrnehmung seiner Rechte wegen Rechtsmangels gegen den Vermiether angewiesen.

μ) Für den Fall der Zwangsversteigerung s. Zwangsversteigerungsges. 57. 183 (180); vgl. auch 152 Abs. 2, für den Fall des Konkurses s. KO. 21, Zwangsversteigerungsges. 172. 57.

Vgl. noch Wäntig Kauf bricht nicht Miethe. Nach Reichsr. Erl. Diss. 1898. Katzenstein Kauf bricht nicht Miethe. Ein Beitrag zur Lehre des Miethrechts nach dem BGB. f. d. deutsche Reich. (Nebst kurzer geschichtl. Einleitung.) Erl. Diss. 1899.

7. Wie im gem. Recht (vgl. zu [11]) trägt der Vermiether die Lasten der Sache (546) einschließlich der Reparaturen (vgl. 536), auch soweit sie durch den vertragsmäßigen Gebrauch der Sache seitens des Miethers nothwendig werden (vgl. 548). Die Kosten der Fütterung eines gemietheten Thieres trägt jedoch der Miether (547 Abs. 1 S. 2). Im Uebrigen sind diesem nothwendige Verwendungen zu erstatten (547 Abs. 1 S. 1, vgl. aber auch 538 Abs. 2). Wegen sonstiger Verwendungen gilt das Recht der freiwilligen Geschäftsführung (547 Abs. 2 S. 1; 683. 684). Einrichtungen, mit denen der Miether die Sache versehen hat, kann er wegnehmen (547 Abs. 2 S. 2). Besonderes für die Pacht von landwirthschaftlichen Grundstücken, zum Theil auch von Grundstücken jeder Art, ergeben §§ 582. 586—590. Verjährung s. 558.]

2. Der Miether ist verpflichtet, das Miethgeld zu zahlen: wenn nichts Anderes ausgemacht ist, nach gemachtem Gebrauch[12]. Diese

[12] Arg. l. 24 § 2 D. 19, 2. Eine stillschweigende Bestimmung über die Zeit der Zahlung des Miethgeldes liegt darin, daß dasselbe auf So und So viel für einen gewissen Zeitabschnitt festgesetzt wird; hier muß nach Ablauf eines jeden Zeitabschnittes gezahlt werden. Vgl. Sf. XXVIII. 219.

Digitized by Google

Verpflichtung des Miethers fällt nicht dadurch weg, daß er von der ihm zur Verfügung gestellten Sache keinen Gebrauch gemacht hat[13], nicht einmal dadurch, daß er von derselben keinen Gebrauch hat machen können[14]; in beiden Fällen jedoch vorausgesetzt, daß der Vermiether den Gebrauch der Sache nicht anderweitig in entsprechendem Maße verwerthet hat[15]. Besonderes gilt für den Pächter eines fruchttragenden Grundstücks[16]; derselbe kann, wenn die Fruchtgewinnung eines Jahres durch außergewöhnliche Unglücksfälle in beträchtlichem Grade geschmälert wird, einen Nachlaß am Pachtgelde verlangen, muß jedoch außergewöhnlich reiche Jahre mit den Mißjahren ausgleichen[17]. — Der Miether ist ferner verpflichtet, nach Beendigung der Miethzeit die gemiethete Sache zurückzugeben[17a]. Dieser Verpflichtung kann er sich auch durch Berufung auf sein Eigenthumsrecht nicht entziehen, wenn der Vermiether dasselbe bestreitet; der Miether muß die Sache herausgeben, und sein Eigenthumsrecht in einem besonderen Processe geltend machen[18]. Verweigerung der Rückgabe zieht

[13] L. 24 § 2. l. 27 § 1. l. 55 § 2 D. 19, 2. Sf. XXIII. 123. [Kohler ABR. XIII S. 246.]

[14] L. 61 § 1 D. 19, 2 und arg. l. 19 § 9. 10 eod.

[15] L. 19 § 9. 10 D. citt. Kohler Jahrb. f. Dogm. XVII S. 365. Budde Entscheidungen des OAG. zu Rostock VII Nr. 42. Sf. XXVII. 23, XXIX. 22, XXXIX. 207. [Sf. XLVIII. 259: auch wenn der Vermiether die Sache nicht anderweitig ausnutzt, sondern sich nur (durch Reparaturen u. s. w.) außer Stand gesetzt hat, die Sache dem Miether jederzeit zu überlassen, erhält derselbe kein Miethgeld.]

[16] W. Sell ACPra. XX S. 188 fg. (1837). Jacobi über Remission des Pachtzinses nach r. und preuß. R. (1856). Vangerow III § 641 Anm. 1. Sintenis II S. 657—660. Holzschuher III § 299 Nr. 6. Ueber eine besondere Frage aus dieser Lehre: Albert über Remissionsentsagung des Pachters (1821). [Busch (5) S. 39 fg. Schreher der Nachlaß an Mieth- und Pachtzinsen nach gem. R. u. d. BGB. Erl. Diss. 1898.]

[17] L. 15 § 2—5. 7. l. 25 § 6 D. 19, 2. l. 8 C. 4, 65, c. 3 X. 3, 18. Außergewöhnliche Unglücksfälle: z. B. Ueberschwemmung, Dürre, Hagelschlag, Vogelfraß, Kriegsverwüstung; nicht etwa auch: „si vinum coacuerit, si raucis aut herbis segetes corruptae sint“, l. 15 § 2. 3. 4 citt. Schmälerung der Fruchtgewinnung: anders, wenn die geernteten Früchte von einem Unglücksfall betroffen worden sind. Beträchtliche Schmälerung: l. 25 § 6 cit. Compensation: dieselbe erstreckt sich auch auf Nachzahlung des Erlassenen, l. 15 § 4 D. 19, 2 l. 8 C. 4, 65 citt., c. 3 X. 3, 18 cit.

[[17a Verpflichtung zur Gestattung der Besichtigung noch Kündigung: Sf. XLVII. 105.]]

[18] L. 25 C. 4, 65. Diese Stelle, wie Thon (ZS. f. CR. und Pr. I S. 470 fg.) und nach ihm Sintenis Anm. 104 thun, auf den Fall beschränken, wo der Miether das Eigenthum nach Abschluß des Vertrages erworben hat, ist kein Grund vorhanden.

Digitized by Google

Verurtheilung auf das Doppelte nach sich[19]. Ist dem Miether die Rückgabe unmöglich[19a], oder kann er die Sache nur in verschlechtertem Zustande zurückgeben, so haftet er dem Vermiether auf das Interesse, wenn die Unmöglichkeit oder die Verschlechterung in Folge seiner Arglist[20] oder seiner Nachlässigkeit[21] eingetreten ist; für Zufall steht er nur dann ein, wenn dieß bedungen ist[22], oder im Fall der Unterschlagung[22a]. Die Sache weiter zu vermiethen, ist dem Miether, soweit dadurch nicht gegen eine ausdrückliche Vertragsbestimmung oder gegen den Sinn des Vertrags verstoßen wird, nicht verboten[23. 24].

---

[19] L. 10 C. 8, 4, l. 33 C. 4, 65 (§ 263 [10.15]).

[19a] Wie ist es bei Wohnungsmiethe im Falle von Krankheit, oder so lange ein unbeerdigter Leichnam im Hause liegt? Vgl. Lehmann Jahrb. f. Dogm. XIII S. 235 fg. v. Tuhr der Nothstand im Civilr. S. 33.

[20] L. 25 § 5. l. 43 D. 19, 2. Hierher gehört es auch, wenn der Miether die Sache anders gebraucht, als ihm nach den Bestimmungen des Miethvertrages erlaubt ist. Er steht in diesem Falle für alle Folgen ein, welche ohne diese Vertragsverletzung nicht eingetreten sein würden, auch wenn sie ihm an und für sich nicht zur Schuld gereichen, l. 11 § 1. 4. l. 12 D. 19, 2. Vgl. l. 13 § 3 eod. und § 375 [10]. [Klage auf Unterlassung: Sf. XLVIII. 178.]

[21] L. 5 § 2 D. 13, 6, l. 23 D. 50, 17, l. 28 C. 4, 65; l. 9 § 3. l. 11 § 2. l. 19 § 2. l. 25 § 3. l. 30 § 2 D. 19, 2; l. 11 pr. l. 30 § 4 D. 19, 2; l. 27 § 9. 11 D. 9, 2 (vgl. l. 11 D. 18, 6 und Ubbelohde ZS. f. HR. VII S. 216—219, Goldschmidt das. XVI S. 303—305); l. 13 § 7. 8. l. 25 § 4 D. 19, 2. Sf. XXXII. 225, XXXVI, 27. — Baron ACPra. LII S. 74 will für den Miether von Kleidern, Zugvieh und Silbergeschirr aus § 5 I. 3, 24 („diligentissimus paterfamilias") die Verpflichtung zur gesteigerten Obhut (custodia, § 264 [9 lit. f.]) herleiten. Vgl. dagegen § 375 [8]. Der Miether haftet in dieser Weise nur dann, wenn er die Obhut der Sache besonders versprochen hat. S. § 401 [2]. [Schwanenberg die Verantwortlichkeit des Miethers eines Hauses für eine darin entstandene Feuersbrunst. Erl. Diss. 1898.]

[22] L. 9 § 2. l. 30 § 4 D. 19, 2. — Hierher gehört auch der Fall, wenn die Miethsache gegen eine Taxe in dem Sinne hingegeben wird, daß entweder die Sache oder die Taxe zurückgegeben werden soll, l. 54 § 2 D. 19, 2. Diese Verabredung ist namentlich bei dem Pachtvertrage in Betreff des mitübergebenen Viehbestandes und anderen Gutsinventars häufig (s. g. Eisernviehvertrag, contractus socidae — welcher Vertrag aber auch in Betreff einer Viehheerde als solcher, ohne daß dieselbe als Gutsinventar in Betracht kommt, abgeschlossen werden kann). Die Neueren pflegen in dem Fall einer solchen Verabredung von einer locatio conductio irregularis zu reden. Nicht zu verwechseln ist der Fall, wenn die Schätzung in dem Sinne gemacht wird, daß die Schätzungssumme unbedingt an die Stelle der übergebenen Sache treten soll. In diesem Falle, von welchem l. 3 D. 19, 2 handelt, liegt kein Miethvertrag mehr vor, sondern ein Kaufvertrag mit Creditirung der Kaufsumme. Vgl. überhaupt W. Sell ACPra. XIX S. 304—317, Chambon Beitr. zum Obligationenr. S. 12 fg., Sintenis Anm. [15], Beseler § 196 Nr. V, Stobbe III S. 266 fg. [3. Aufl. (Lehmann) S. 343 fg.] Auch Holzschuher III § 298 Nr. 6. Sf. VII. 283, XXXVI. 116, XXXVII. 108.

[22a] Arg. L. 1 § 25 D. 16, 3. Vgl. § 375 [10a].

Digitized by Google

[1. Nach BGB. ist der Miether selbstverständlich zu sorgfältiger Behandlung der Sache verpflichtet (276, vgl. [21]); daß er im Falle der Unterschlagung auch für Zufall haftet ([22]), ergibt § 848. Verjährung der Ersatzansprüche des Vermiethers wegen Veränderungen oder Verschlechterungen der Sache s. 558. Für die Folgen vertragsmäßigen Gebrauchs haftet der Miether nicht (548). Vertragswidriger Gebrauch berechtigt den Vermiether nicht nur, Ersatz des entstandenen Schadens zu fordern, sondern auch auf Unterlassung zu klagen. Er bedarf hierzu nicht der Grundlage des § 1004; die Klage ist aber andererseits an die Vorbedingung einer erfolglosen Abmahnung gebunden (550). Ob diese Vorbedingung von materiellem Werth ist, ist fragwürdig. Da es zur Verurtheilung genügt, wenn zur Zeit des Urtheils die Bedingungen der Verurtheilung erfüllt sind, und in der Klage jedenfalls eine Abmahnung liegt, so muß Verurtheilung jedenfalls erfolgen, wenn der vertragswidrige Gebrauch nach der Klageerhebung fortgesetzt ist.

Zur Ueberlassung der Sache an einen Dritten (vgl. zu [23]) ist der Miether im Zweifel nur mit besonderer Erlaubniß des Vermiethers befugt. Ueber seine Haftung im Falle der Ueberlassung an einen Dritten gilt dasselbe, wie bei der Leihe (549 Abs. 2); vgl. ob. S. 555. Verweigert der Vermiether die Erlaubniß zur Ueberlassung an einen Dritten, ohne daß in dessen Person ein wichtiger Grund vorliegt, so kann der Miether das Verhältniß unter Einhaltung der gesetzlichen Frist kündigen (549 Abs. 1 S. 2). Für den Pächter gilt das nicht (596 Abs. 1), weil die Person des Pächters für den Verpächter von größerer Bedeutung ist, als die Person des Miethers für den Vermiether.

Der Vermiether kann ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist das Verhältniß kündigen, wenn der Miether, oder derjenige, dem der Miether den Gebrauch der Sache überlassen hat, ungeachtet einer Abmahnung des Vermiethers einen vertragswidrigen Gebrauch der Sache fortsetzt, der die Rechte des Vermiethers erheblich verletzt, insbesondere wenn er einem Dritten den ihm unbefugt überlassenen Gebrauch beläßt, oder die Sache durch Vernachlässigung der dem Miether obliegenden Sorgfalt erheblich gefährdet (553). Befindet sich also die Sache in den Händen eines Dritten, so kann zur Kündigung diese Thatsache allein ausreichen, wenn nämlich dem Dritten der Gebrauch unbefugt überlassen ist und belassen wird. Geschieht dieß dagegen befugter Weise, so kommt es auf ein rechtswidriges Verhalten des Dritten an. Natürlich kann aber der Vermiether ein solches Verhalten zum Kündigungsgrunde nehmen, indem er dahingestellt sein läßt, ob schon

---

[23] L. 6 C. 4, 65, l. 30. l. 58 pr. l. 60 pr. D. 19, 2, vgl. l. 13 § ult. D. 7, 1. Sinn des Vertrags: nach bona-fide-Auslegung. Natürlich wird aber durch eine Weitervermiethung weder an dem Rverhältniß zwischen Vermiether und Miether etwas geändert, noch ein Rverhältniß zwischen Vermiether und Aftermiether begründet. Sf. III. 48. S. jedoch auch I § 231 [5], II § 342 [42]. [Kranzbühler die Aftermiethe, Gieß. Diss. 1894. Wenn der Miether bei der Aftervermiethung sich als bloßer Miether zu erkennen gibt, so haftet er dem Aftermiether nicht, wenn in Folge von Veräußerung der Sache der neue Eigenthümer den Aftermiether austreibt: RG. XLI S. 147 fg. Ist Aftervermiethung verboten, so ist auch Cession des Miethverhältnisses ausgeschlossen: Sf. LII. 152.]

[[24] Gesetzliches Pfandr. des Vermiethers s. I § 231, 1. 2.]

Digitized by Google

die Ueberlassung an den Dritten unbefugt ist. Die Abmahnung wegen seines Verhaltens ist an den Dritten zu richten.

S. noch 583; die Folge der Uebertretung dieser Vorschrift kann nicht nur ein Schadensersatzanspruch, sondern auch die Anwendung der §§ 550. 553 sein.

2. Der Miethzins ist wie im gem. Recht ([13]) nach Ablauf der Miethzeit oder jedes Abschnitts derselben zu entrichten. Näheres s. 551. 580. 584. Remission des Pachtzinses (zu [16. 17]) findet nicht mehr statt. Die Vorschrift des § 552 (vgl. [13—15]) entspricht dem Grundgedanken des § 324. Im Falle des § 552 S. 3 ist nichts von dem Miethzins zu entrichten ohne Rücksicht darauf, ob etwas und wieviel der Vermiether von dem Dritten vereinnahmt. Der Satz gilt nicht, wenn der Vermiether die Sache dem Dritten jederzeit kündbar überlassen oder sofortige Kündigung für den Fall vorbehalten hat, daß der Miether sich meldet.

Die Verpflichtung des Miethers zur Rückgabe der Sache nach dem Ende des Miethverhältnisses spricht natürlich auch das BGB. aus (556 Abs. 1). Die Sätze zu [18. 19] sind dem BGB. fremd. Dem Miether eines Grundstücks oder Raumes steht ein Zurückbehaltungsrecht wegen seiner Ansprüche gegen den Vermiether nicht zu (556 Abs. 2), weil der Vermiether als Grundbesitzer bereits Sicherheit bietet, auch der Betrag solcher Ansprüche regelmäßig in keinem Verhältniß zu dem Zurückbehaltungsobject stehen würde (Prot. der II. Comm. S. 1973 fg.). Dieß hat aber mit dem Satz zu [18] nichts zu thun. Gibt der Miether die Sache nach dem Ende des Verhältnisses nicht zurück, so kann der Vermiether Schadensersatz, mindestens aber Fortentrichtung des Zinses für die Dauer der Vorenthaltung verlangen (557), eine Vorschrift, die bei der Pacht durch § 597 sachgemäße Abänderung erleidet mit Rücksicht auf den Umstand, daß der Pachtzins im Wesentlichen nicht Entgelt für die Benutzung des Gegenstandes von Tag zu Tag, sondern für die Ziehung der nicht jeden Tag gleichmäßig anfallenden Nutzungen ist. Ueber die Auseinandersetzung bei Ende der Pacht von landwirthschaftlichen Grundstücken und Landgütern s. 591—593.

Von besonderer Wichtigkeit ist die Bestimmung, daß, wenn der Miether den Gebrauch einem Dritten überlassen hat, gleichviel ob befugt oder nicht, der Vermiether berechtigt ist, bei Ende des Miethverhältnisses die Sache von dem Dritten unmittelbar zurückzufordern (556 Abs. 3), ohne hierfür eine andere Grundlage haben zu müssen, als daß er der Vermiether ist, und ohne Rücksicht darauf, ob der Miether seinerseits zur Rückforderung dem Dritten gegenüber (schon jetzt) berechtigt ist (vgl. Hellwig Verträge auf Leistung an Dritte S. 421 fg.). Wenn indessen die Ueberlassung der Sache zum Gebrauch an einen Dritten im Wege der Bestellung eines Nießbrauchs erfolgte, so ist der Vermiether auf Grund des § 556 Abs. 3 dann nicht rückforderungsberechtigt, wenn der Dritte gemäß § 1032 S. 2 den Nießbrauch wirklich erworben hat.

3. Der Vermiether eines Grundstücks oder Raumes (580) hat ein gesetzliches Pfandrecht wegen seiner Forderungen aus dem Verhältniß an den eingebrachten Sachen des Miethers (nicht Dritter, auch nicht des Aftermiethers) (559 S. 1). Bei der Pacht eines landwirthschaftlichen Grundstücks ergreift das Pfandrecht auch die Früchte desselben (585). Es erstreckt sich nicht auf unpfändbare Sachen (559 S. 3). Bei der Pacht landwirthschaftlicher Grundstücke jedoch ergreift es auch die gemäß § 715, 5, jetzt § 814, 4 CPO. unpfändbaren Sachen.

Digitized by Google

Für künftige Entschädigungsforderungen und für den Miethzins für eine spätere Zeit als das laufende und das folgende Miethjahr kann es nicht geltend gemacht werden (559 S. 2), bei der Pacht landwirthschaftlicher Grundstücke jedoch für den ganzen Pachtzins (585). Wird eine dem Pfandrecht unterliegende Sache für einen andern Gläubiger gepfändet, so kann das Pfandrecht diesem gegenüber nicht für den Miethzins für eine frühere Zeit als das letzte Jahr vor der Pfändung geltend gemacht werden (563; vgl. KO. 41, 4 in der Fass. des Ges. v. 9/5 1894 und jetzt KO. 49, 2). Auch diese Beschränkung gilt nicht bei der Pacht eines landwirthschaftlichen Grundstücks (585). Die Geltendmachung des Pfandrechts kann durch Sicherheitsleistung abgewandt werden nach näherer Maßgabe des § 562. Das Pfandrecht erlischt mit der Entfernung der Sachen von dem Grundstück. Ist ein Raum vermiethet, so wird ebenfalls Entfernung nicht nur aus dem Raume, sondern von dem Grundstück zu fordern sein, auf dem er sich befindet. Das Erlöschen tritt aber nicht ein, wenn die Entfernung unter Widerspruch oder ohne Wissen des Vermiethers erfolgt ist. Der Vermiether kann der Entfernung nicht widersprechen (das Pfandrecht erlischt also trotz seines Widerspruchs, demnach auch bei Entfernung ohne sein Wissen), wenn die Entfernung im regelmäßigen Betriebe des Geschäfts des Miethers oder den gewöhnlichen Lebensverhältnissen entsprechend erfolgt oder die zurückbleibenden Sachen zur Sicherung des Vermiethers offenbar ausreichen (560). Soweit der Vermiether der Entfernung widersprechen kann, gibt ihm § 561 Abs. 1 auch ein Eigenmachtsrecht. Sind die Sachen ohne Wissen oder unter Widerspruch des Vermiethers entfernt worden (und ist nicht hiermit gemäß § 560 S. 2 das Pfandrecht erloschen), so kann der Vermiether von jedem, der die Sachen hat, Herausgabe zum Zwecke der Zurückschaffung in das Grundstück, und wenn der Miether ausgezogen ist, die Ueberlassung des Besitzes verlangen. Das Pfandrecht erlischt mit dem Ablauf eines Monats nach Kenntniß des Vermiethers von der Entfernung der Sachen, wenn nicht vorher dieser Anspruch gerichtlich geltend gemacht ist (561 Abs. 2). Dieß ist ein gesetzlicher Grund des Erlöschens eines Rechts, keine Verjährung (keine Anwendung der Grundsätze über deren Hemmung oder Unterbrechung!). Uebrigens aber muß das Pfandrecht auch gemäß § 936 mit Veräußerung der Sache an einen gutgläubigen Erwerber erlöschen. Erfolgt aber die Veräußerung auf dem Grundstück, so genügt zum bösen Glauben, daß der Erwerber weiß, oder wenn er nicht grobfahrlässig wäre, wissen würde, daß der Veräußerer daselbst zur Miethe wohnt.]

β. Dienstmiethe*.

§ 401.

Der Vermiether ist verpflichtet, die versprochenen Dienste zu leisten oder zu verschaffen, bez. das versprochene Arbeitsresultat herzustellen, so wie die ihm beim Miethvertrage überlieferten Sachen zurückzu-

* Dankwardt die locatio conductio operis, Jahrb. f. Dogm. XIII S. 299—380. Ders. der Arbeitervertrag, das. XIV S. 228—283. [Stegmann die Folgen des Contractbruchs des locator operarum nach r. R. Gött. Diss. 1890. Vgl. auch § 399*.]

Digitized by Google

geben[1]; der Miether ist verpflichtet, das Miethgeld zu zahlen[1a], und den durch seine Schuld dem Vermiether (dem Arbeitenden) erwachsenen Schaden zu ersetzen[1b]. Schuld ist nicht bloß Arglist, sondern auch Nachlässigkeit. In gleicher Weise haftet auch der Vermiether nicht bloß wegen Arglist, sondern ebenso wegen Nachlässigkeit[2]; außerdem

---

[1] L. 22. l. 14 C. 4, 65. Das „Dienste verschaffen" des Textes geht auf den Fall, wo fremde Dienste versprochen sind (§ 399 [2]). — Vgl. l. 26 D. 19, 2 „In operis duobus simul locatis convenit priori conductori ante satisfieri". § 401.

[1a] Bei der Werkverdingung mit Zinsen nach Ueberlieferung der gefertigten Arbeit, nach Analogie des für den Kaufvertrag Geltenden (§ 389 [18])? Nein: Sf. XIII. 10. Ja: Dankwardt a. a. O. S. 330 [2].

[1b] Der Miether hat fehlerhafte Werkzeuge übergeben. Er hat nicht die nöthigen Vorkehrungen für die Sicherheit des Arbeiters getroffen. RG. VIII S. 149 vgl. Sf. XXXIII. 129, XLIII. 266 (RG.), RG. XXI S. 170. [[Sf. XLVI. 255.]] [Sf. XLIX. 40.] Dem gewerblichen Arbeiter geben für den Fall der Tödtung oder Körperverletzung weiter gehende (über den Fall der Verschuldung des Arbeitgebers ganz oder theilweise hinausgehende) Ansprüche die Reichsgesetze 7/6 71 (s. g. Haftpflichtgesetz) [Aenderungen im EG. z. BGB. Art. 42] und 6/7 84 bez. 28/5 85 [5/5 86. 11/7 87. 13/7 87.] (Unfallversicherungsgesetze). Vgl. Mandry S. 491 fg. [4. Aufl. (Geib) S. 501 fg.)] — Für den an den Werkzeugen des Arbeitenden entstandenen Schaden ist der Miether zum Ersatz nicht verpflichtet. L. 2 § 1 D. 14, 2. Kierulff Entscheid. des OAG. zu Lübeck 1866 II S. 421.

[2] L. 5 § 2 D. 13, 6, l. 23 D. 50, 17, l. 28 C. 4, 65, l. 13 pr. — § 4. 6. l. 25 § 7. l. 60 § 2 D. 19, 2. Steigerung der Verhaftung durch Vertrag ist natürlich nicht ausgeschlossen, und namentlich kann der Vermiether für die ihm übergebenen Sachen eine besondere persönliche Fürsorge und Obhut (custodia, § 264 [9 lit. f.]) übernehmen. L. 40. 41 D. 19, 2, l. 14 § 17 D. 47, 2. Dieß kann auch stillschweigend geschehen, im Sinne des Geschäfts, wohin im Besonderen der römische „horrearius" gehört. L. 1 C. 4, 65 (Coll. X. 9), l. 60 § 6 D. 19, 2, vgl. l. 55 pr. D. 19, 2, l. 4 D. 19, 2. Goldschmidt ZS. f. HR. III S. 106 fg., XVI S. 326 fg., Baron ACPra. LII S. 46 fg. [[LXXVIII S. 245 fg.]], Pernice Labeo II S. 350, Brinz 2. Aufl. II S. 275, Bruckner Custodia (§ 264 [9]) S. 222 fg., Engelmann Custodia (§ 264 [9]) S. 95 fg. [[Gerth (§ 384 [6]. § 264 [9]) S. 69.]] Nach gesetzlicher Regel tritt die Verhaftung für custodia beim receptum (§ 384) ein. — Wenn in l. 14 § 17 D. 47, 2 die Verhaftung für custodia auch Demjenigen auferlegt wird, der „mercedem perferendae (epistulae) accipit", so ist hier zwar unter custodia die technische custodia verstanden, wie abgesehen von Anderem schon aus der Gleichstellung mit dem caupo und magister navis hervorgeht: aber es ist zu urgiren „perferendae", d. h. der Bote hat sich anheischig gemacht, den Brief unter allen Umständen abzuliefern. Denn sonst würde auch der nauta caupo stabularius ohne Weiteres für custodia haften, und es wäre unbegreiflich das prätorische Edict und im Besonderen l. 3 § 1 D. 4, 9. Deßwegen kann auch l. 5 pr. D. 4, 9 nicht davon verstanden werden, daß der fullo und der sarcinator für technische custodia haften, sondern es ist anzunehmen, daß die Stelle zwar in der ersten Hälfte von der technischen custodia spricht, nicht aber in der zweiten. Doch läßt sich nicht verkennen, daß beide

Digitized by Google

steht er dafür ein, daß er die Fähigkeiten, zu welchen er sich ausdrücklich oder stillschweigend bekannt hat, wirklich habe[3]. Bedient er sich bei der Dienstleistung oder Arbeitsausrichtung eines Gehülfen oder Vertreters, so ist zu unterscheiden, ob ihm dieß nach den Bestimmungen oder im Sinne des Vertrages erlaubt war oder nicht[3a];

Interpretationen, und vor Allem die letztere, hart sind, und daß sie kaum Jemand machen würde, wenn nicht das soeben bezeichnete Argument entgegenstände; so daß nicht aller Zweifel ausgeschlossen bleibt. Was den fullo angeht, s. auch l. 12 pr. D. 47, 2: „semper agit". Die hier nicht angenommene Ansicht vertritt Baron a. a. O. S. 55 fg. [[LXXVIII S. 252 fg.]] und, wenn ich ihn recht verstehe, für das ältere römische R. Pernice Labeo II S. 350 fg. Versuche zur Entkräftung des bezeichneten Arguments bei Lehmann Sav.-ZS. IX S. 110 fg. und bei Bruckner Custodia (§ 264 [9]) S. 295 fg.

[3] L. 9 § 5 D. 19, 2. „Celsus etiam imperitiam culpae adnumerandam . . . scripsit; . . . quippe ut artifex . . . conduxit". L. 13 § 5 D. 19, 2 l. 27 § 29 D. 9, 2. — Vorbehaltlose Annahme der Arbeit beraubt nicht der Ansprüche wegen der Fehler, welche dem Annehmenden ohne seine Schuld verborgen waren. Sf. VIII. 43, X. 256, XII. 153. XXVI. 128, XXXIV. 201, XXXVI. 273, vgl. XVI. 27. [XLVIII. 22. 180. 181. XLIX. 88. LI. 94.]

[3a] Vgl. Goldschmidt ZS. f. HR. XVI S. 305—309. Die bezeichnete Unterscheidung ist namentlich wichtig bei der locatio conductio operis. Hier ist möglich, daß der Vertrag geht: 1) auf Herstellung der Arbeit ausschließlich durch den conductor; 2) auf Herstellung durch ihn mit oder ohne Zuziehung von Gehülfen; 3) auf Herstellung durch ihn oder durch von ihm in Bewegung zu setzende Andere; 4) auf Herstellung durch von ihm in Bewegung zu setzende Andere. Dankwardt in dem in Note * zuerst genannten Aufsatz nimmt in diesem letzten Fall nicht locatio conductio operis an, sondern es soll dann ein besonderer Vertrag vorliegen, welchen Dankwardt mit dem Ausdruck „Entreprise" bezeichnet, auf welchen er die Stellen der Quellen bezieht, die von einer Stipulation auf Arbeit reden (z. B. l. 14. l. 38 § 21. l. 72 § 2. l. 137 § 3 D. 45, 1), welcher nach der Analogie des Lieferungskaufs zu behandeln sei, und für welchen er danach eine Reihe besonderer Rsätze, die bei der locatio conductio operis nicht gelten sollen, in Anspruch nimmt (vgl. S. 314. 324 fg. 341. 353). Aber diese Unterscheidung ist unbegründet. Auch im letzten Fall ist der Gegenstand des Vertrags die herzustellende Arbeit, und die durch den Unternehmer herzustellende Arbeit. Auf seine Thätigkeit wird in erster Linie gerechnet; erst durch seine Thätigkeit wird die Thätigkeit der Anderen in Bewegung gesetzt. Nach Dankwardt's Begriffsbestimmung ist der Vertrag mit dem Baumeister über Herstellung eines Gebäudes ein anderer Vertrag, jenachdem der Baumeister nach einem von ihm anzufertigenden oder nach einem ihm übergebenen Plan arbeiten soll, im ersten Fall locatio conductio operis, im zweiten Fall „Entreprise". Und der Frachtvertrag mit der Eisenbahngesellschaft ist nach Dankwardt's Begriffsbestimmung locatio conductio operis nie. Ob bei dem Vertrage auf ein unmittelbares Eingreifen des Unternehmers gerechnet ist, oder nicht, kann ohne Zweifel von Wichtigkeit sein für die Auslegung des Parteiwillens auch in Betreff anderer Punkte; aber dieser Gegensatz berührt nicht die essentialia negotii. Dankwardt bringt mit diesem Gegensatz namentlich auch die Frage in Ver-

Digitized by Google

im letzten Fall steht er für die Handlungen des Gehülfen 2c. unbedingt ein[4], im ersten Fall nur insofern, als er bei der Auswahl und Beaufsichtigung nicht die gehörige Sorgfalt aufgewendet hat[5]. Wird ihm das Leisten der Dienste ohne seine Schuld unmöglich, so gilt auch in dieser Beziehung die gleiche Regel, wie bei der Sachmiethe: der Vermiether haftet zwar seinerseits nicht, bekommt aber

---

bindung, ob der conductor das periculum operis trägt ([8] fg.) — wie ich glaube, nicht mit Recht.

[4] Vgl. l. 19. 21. 23 D. 17, 2, l. 55 pr. § 2 D. 26, 7.

[5] Man bemerke über diese in der neuen Zeit berühmt gewordene Frage Folgendes. 1) Die Frage ist von allgemeiner Natur, sie bezieht sich nicht bloß auf die Dienstmiethe. Sie kommt in allen Fällen in Betracht, wo ein Schuldner sich zur Ausführung der ihm obliegenden Leistung einer fremden Kraft bedient. 2) Es handelt sich nur um die Verhaftung des Principals gegenüber seinem Gläubiger, nicht um die Verhaftung des Principals gegenüber Dritten, welche durch den Gehülfen beschädigt worden sind. Ueber diese letztere Verhaftung s. § 455 [27 a]. 3) Die im Text gegebene Beantwortung der Frage folgt aus der Natur der Sache. Entsprechende Entscheidungen finden sich in l. 20 [21] § 3 D. 3, 5. l. 10 § 1. l. 11. l. 20 D. 13, 6. 4) In der neueren Zeit wird aber die unbedingte Verhaftung des Principals für die von dem Gehülfen bei Ausführung der übertragenen Arbeit begangene Verschuldung unbedingt, oder doch füe die loc. cond. operis mit Lebhaftigkeit verfochten. So schon Puchta Vorles. zu § 302 (S. 160 unt. in der 4. Aufl.), ferner Ubbelohde APraktRW. VII S. 229 fg. (1860) und ZS. f. HR. VII S. 199 fg. (1864), Burchardi über die Verantwortlichkeit des Schuldners für seine Gehülfen bei der Erfüllung von Obligationen, Kiel 1861 (was die Werkverdingung angeht), Baron ACPra. LII S. 55 fg. (1869), Dernburg Preuß. Privatrecht II § 68 [5]. Pand. II § 38 [8], Brinz 2. Aufl. II S. 278, vgl. auch Jhering Jahrb. f. Dogm. IV S. 84—85 und Schuldmoment S. 47. Rang die Haftung des Schuldners für Dritte. Bonn. Diss. 1886. In gleichem Sinne haben sich drei für den 17. deutschen Juristentag (1884) erstattete Gutachten, von Dreyer, Mayer, Leonhard, ausgesprochen, Verhandl. I S. 46 fg. 125 fg. 337 fg., so wie der Juristentag selbst, Verhandl. II S. 80 fg. 284 fg. (bemerkenswerth namentlich der Vortrag von Ennecerus S. 95 fg.). [Abicht Haftung des Unternehmers bei einer Werkverdingung für die Handlungen seiner Gewerbsgehilfen. Gött. Diss. 1891; Meinke Haftet nach gem. R. der Werkmeister aus dem Vertrage für die Unvorsichtigkeit seines sonst tüchtigen und zuverlässigen Arbeiters? Greifsw. Diss. 1894. Mathis Besteht nach gem. R. bei der Werkverdingung eine contractliche Haftpflicht des Werkmeisters für das Verschulden seiner Gehülfen? Erl. Diss. 1896. Eck Jahrb. f. Dogm. XXXV S. 306 fg. (1896). Welsch Haftet nach gem. R. der conductor operis aus dem Werkverdingungsvertrage für die culpa der Arbeiter, deren er sich . . . bedient? Greifsw. Diss. 1897.] Entschieden hat in diesem Sinne sowohl das ROHG. (XIII S. 76 fg. [Sf. XXX. 239]), als auch das RG. (Entsch. X S. 165; (vgl. Sf. XXXVIII. 20, XLIII. 114, XLIV. 98 RG. XXI S. 170). [RG. XXXIII S. 169 fg., Sf. LIV. 20]. S. auch Sf. VII. 172. VIII. 52. 4. Die für diese Meinung geltend gemachten Gründe sind jedoch nicht überzeugend. a) Was die Argumentation aus der Natur der Sache

Digitized by Google

auch keine Gegenleistung[6]. Dagegen geht er des Anspruchs auf die Gegenleistung dadurch nicht verlustig, daß der Miether die ihm zur

angeht, so wird im Wesentlichen darauf abgestellt, daß der Principal die Verhaftung für die Schuld seiner Gehülfen stillschweigend übernehme. Das ist eben die Frage. Ennecerus a. a. O. macht den Trugschluß: wer eine eigene Handlung verspricht, verspricht eine sorgfältige Handlung; also verspricht auch eine sorgfältige Handlung, wer eine fremde Handlung verspricht. Dawider: der Principal verspricht nicht eine fremde Handlung, sondern die Bewirkung einer fremden Handlung, also Sorgfalt in der Bewirkung. b) Man beruft sich aber auch auf Quellenstellen. α) Die beweisendste ist l. 25 § 7 D. 19, 2. „Qui columnam transportandam conduxit, si ea, dum tollitur aut portatur aut reponitur, fracta sit, ita id periculum praestat, si qua ipsius eorumque, quorum opera uteretur, culpa acciderit: culpa autem abest, si omnia facta sunt, quae diligentissimus quisque observaturus fuisset". Es heißt hier: „eorum*que*" nicht „eorum*ve*"; also wird culpa sowohl bei dem Unternehmer für erforderlich erklärt (culpa in eligendo), als bei dem Gehülfen. Will man aber dieß auch nicht annehmen, also nicht annehmen, daß der Verfasser der Stelle die „culpa ipsius" als culpa in eligendo gedacht habe (vgl. auch l. 29 D. 50, 16), so ist doch die andere Annahme vollkommen erlaubt, daß er culpa in eligendo vorausgesetzt habe. Diese Annahme ist nicht gewagter als sie es in l. 20 § 2 D. 19, 5 ist, wo sie durch l. 10 § 1. l. 11. l. 20 D. 13, 6 nothwendig gemacht wird (a. M. Burchardi a. a. O. S. 85 fg.). In ähnlicher Weise drücken sich ungenau aus l. 12 § 1 D. 13, 6 und l. 65 pr. D. 7, 1 (vgl. l. 11 pr. D. 19, 2, l. 27 § 9. 11 D. 9, 2). Vgl. Goldschmidt ZS. f. HR. XVI S. 340 fg. 353 fg. β) L. 40. 41 D. 19, 2. Hier heißt es, daß, wer „mercedem accipit pro custodia alicuius rei", auch den von den bestellten custodes selbst angerichteten Schaden vergüten müsse. Der Grund ist die durch den Vertrag übernommene gesteigerte Fürsorge. S. [2]. γ) L. 60 § 7 i. f. D. 19, 2: — „illam quoque culpam me tibi praestaturum aio, quod eum elegissem, qui eiusmodi damno te afficeret". Die culpa, von welcher hier die Rede ist, ist nicht die culpa des gebrauchten Sclaven, sondern die des Vermiethers, also eben die culpa in eligendo; unter culpa hier schuldlose Schuld, also Veranlassung zu verstehen (vgl. l. 7 § 4 D. 4, 9, l. 5 § 6 D. 44, 7, l. 23 D. 17, 2), ist willkürlich. Vgl. auch l. 10 § 1 D. 13, 6 in Verbindung mit l. 11 l. 20 eod. δ) L. 13 § 1 D. 19, 2. Entscheidend sind auch hier die Worte: „si culpa caret". ε) L. 5 § 8. 10 D. 14, 3. Es handelt sich hier nicht von einer Verhaftung aus eigenem Contract für die Schuld des Gehülfen, sondern von einer Verhaftung aus der Schuld des Gehülfen. S. § 482 [15]. ζ) L. 19. 21. 23 D. 17, 2. S. [4]. S. auch noch [9]. 5) Uebereinstimmend mit dem hier Gelehrten: Hasse Culpa S. 408 fg., Thöl Handelsr. I § 86 [7], Goldschmidt ZS. f. HR. III S. 93 unt. S. 368. XVI S. 287 fg. (die letztere Darstellung ist hervorzuheben), v. Wyß die Haftung für fremde Culpa S. 97 fg., Bar Grünh. ZS. IV S. 72 fg., Wendt § 231, Erk. des OAG. zu Rostock vom 29. Februar 1872 bei Budde Entscheid. ꝛc. VIII S. 92 fg. (= Sf. XXX. 118). Ferner (vor und neben dem HGB. Art. 400. [§ 431; vgl. Denkschr. S. 261 [Guttentag]]) Sf. IV. 35. 112, XIII. 140, XXXIII. 194. S. noch Goldschmidt ZS. f. HR. XVI S. 373. 6) Eine Ausnahme gilt in Folge Vertrags, und nach gesetzlicher Regel beim receptum. S. [2]. Auch das Haftpflichtgesetz ([b]) schlägt hier ein.

Digitized by Google

Verfügung gestellten Dienste nicht abnimmt, gleichgültig, ob mit oder ohne seine Schuld, und vorausgesetzt nur daß der Vermiether seine Dienste nicht anderweitig in entsprechendem Maße verwerthet hat[7]. Auch dadurch verliert der Arbeiter seinen Anspruch auf die Gegenleistung nicht, daß bei der Werkverdingung[8] das gefertigte Werk ohne seine Schuld vor der Ablieferung zu Grunde geht, wenn nur das Werk von der Art war, daß der Besteller die Annahme nicht hätte verweigern dürfen[9]. War das Werk, als es zu Grunde ging, theilweise fertig, so bekommt der Arbeiter theilweisen Lohn[10].

---

[6] L. 15 § 6 D. 19, 2, l. 10 pr. D. 14, 2. A. M. Fuchs ACPra. XXXIV S. 408 fg.; dagegen Mommsen Beiträge I S. 383. Sf. VI. 31 RG. III S. 179 fg.

[7] L. 19 § 9. l. 38 pr. D. 19, 2, vgl. l. 19 § 10 D. 19, 2, l. 4 D. 1, 22. Vgl. mit Mommsen a. a. O. S. 353 fg. und III S. 422. 423; Windscheid Heid. kr. ZS. II S. 138. 139; auch Vangerow III S. 240. 241, Kohler Jahrb. f. Dogm. XVII S. 364 fg., neuestens Puntschart die fundamentalen Verhältnisse des r. Privatr. S. 406 fg. Sf. VIII. 253, XIX. 226, XXVIII. 220, vgl. XII. 24, XIX. 30. [[Sf. XLVI. 256.]] [Kohler ABR. XIII. S. 247 fg. 265 fg. (1897).]

[8] Vgl. über das Folgende: v. Buchholtz ZS. f. CR. u. Pr. N. F. VIII S. 1 fg., Mommsen Beitr. I S. 368 fg., Windscheid Heid. kr. ZS. II S. 139—141 und wieder Mommsen III S. 423—428, Burchardi (5) S. 131 fg., v. Wyß die Haftung für fremde Culpa S. 94 fg., Bolze ACPra. LVII S. 86 fg., Dankwardt Jahrb. für Dogm. XIII S. 351 fg. (vgl. Note 8a a. E.), Puntschart a. a. O. S. 432 fg., Loewy Unmöglichkeit der Leistung bei zweiseitigen Schuldverhältnissen S. 91 fg., Dernburg II § 113 a. E. Gerth (§ 264 9) S. 61 fg. Sf. XLIV. 99 Nr. 2. [Schmoll Welche Wirkungen hat bei der loc. cond. operis der vor der Billigung erfolgte zufällige Untergang des Werks auf die Verpflichtungen der Contrahenten? Straßb. Diss. 1889.] [[Schmauser z. Lehre vom Zufall bei der Werkverdingung nach gem. r. R. Erl. Diss. 1891]]. [Homann der Zufall bei der Werkverdingung nach gem. R. Greifsw. Diss. 1892. Oertmann Grünh. ZS. XXIV S. 1 fg. (1897). Wiskott Welche Wirkung hat bei der loc. cond. operis des gem. R. der vor der Approbation erfolgte zufällige Untergang des Werks auf die Verpflichtungen des Contrahenten? Erl. Diss. 1897. Ury über die Gefahrstragung bei der locatio conductio operis. Erl. Diss. 1897. Probst die rliche Behandlung des casus bei der loc. cond. operis nach gem. R. und nach dem neuen BGB. Erl. Diss. 1897. Schmahl die rliche Behandlung des Zufalls beim Werkvertrag nach gem. R. und dem BGB. Erl. Diss. 1898. Brandis die rliche Behandlung des Zufalls bei der Werkverdingung nach gem. R. und nach dem neuen BGB. Erl. Diss. 1898. Kentenich die rliche Behandlung des Zufalls beim Werkvertrag nach d. deutsch. BGB. Erl. Diss. 1898. Sempell (§ 399 7) S. 17 fg.]

[9] L. 36. 37. l. 62 D. 19, 2. Ob die Fehlerhaftigkeit ihren Grund hat in einem eigenen Versehen oder in dem Versehen eines Gehülfen oder Vertreters, ist gleichgültig. In dieser Richtung also steht der Arbeiter für die Versehen seiner Gehülfen und Vertreter ein.

Digitized by Google

[§§. I. Dienstvertrag.

1. Der Dienstverpflichtete hat im Zweifel die Dienste in Person zu leisten (613 S. 1); es kann also nicht gemäß § 267 ein Dritter für ihn leisten. Der Anspruch auf die Dienste ist im Zweifel nicht übertragbar (613 S. 2); über die Fragen der Vererblichkeit s. unt. zu § 403.

2. Daß der Dienstverpflichtete wegen jedes Verschuldens haftet ([2]), folgt aus § 276. Verspricht er Dienste, zu deren Leistung bestimmte Fähigkeiten gehören, und besitzt diese nicht, so liegt ein Fall anfänglicher subjectiver Unmöglichkeit der Leistung vor, für welche der Schuldner haftet. Die Verpflichtung des Dienstverpflichteten, zurückzugeben, was er vom Arbeitgeber nicht zum Behalten, sondern zum Zurückgeben erhalten hat ([1]) ist unzweifelhaft und kann mindestens für einen großen Theil der Fälle auf § 667. 675 gestützt werden. S. ob. S. 674 fg. In Betreff der Verpflichtung zu Nachricht, Auskunft, Rechenschaft, zur Herausgabe des durch die Geschäftsbesorgung Erlangten, Verzinsung von Geld, das dem Dienstberechtigten herauszugeben oder für ihn zu verwenden ist und von dem Verpflichteten für sich verwandt wird, Auslagen, Vorschuß s. 667—670. 675; dazu ob. S. 674 fg.

3. Die Vergütung ist dem Dienstverpflichteten nach Leistung der Dienste zu entrichten (614). Kommt der Dienstberechtigte mit der Annahme der Dienste in Verzug, so kann der Dienstverpflichtete für die in Folge des Verzuges nicht geleisteten Dienste die Vergütung verlangen, jedoch mit Abzügen nach den Principien des § 324. Zur Nachleistung ist er nicht verpflichtet (615). Diese Bestimmung hat ihre besondere Bedeutung für Fälle, in denen für die Dienste nicht eine bestimmte Zeit vereinbart war, so daß an sich eine Nachleistung denkbar erscheint. Ist Jemand für eine bestimmte Zeit gedungen und hat während dieser der Dienstberechtigte die Dienste nicht angenommen, so kommt man aus § 324 zu den gleichen Ergebnissen, ohne daß es des § 615 bedürfte. Eine besondere, jedoch dispositive Schutzvorschrift zu Gunsten des Dienstverpflichteten gibt § 616. Wenn der Dienstverpflichtete für eine verhältnißmäßig (d. h. im Verhältniß zu dem ganzen Umfang der zu leistenden Dienste) nicht erhebliche Zeit durch einen in seiner Person liegenden Grund ohne sein Verschulden (z. B. durch unverschuldete Erkrankung, Einberufung zu einer Reserveübung) an der Dienstleistung verhindert wird, so wird die Vergütung nicht nach § 323 gemindert, sondern ist voll zu entrichten. Nur muß der Dienstverpflichtete sich anrechnen lassen, was ihm für die Zeit der Behinderung aus einer auf Grund gesetzlicher Verpflichtung bestehenden Kranken- oder Unfallversicherung zukommt. Hat er sich freiwillig oder hat ihn freiwillig der Dienstherr versichert, so findet solche Anrechnung nicht statt.

Eine weitere Schutzvorschrift und zwar eine absolute (619) gibt § 617 für den Fall der Erkrankung eines Dienstverpflichteten, dessen Erwerbsthätigkeit durch das Dienstverhältniß vollständig oder hauptsächlich in Anspruch genommen wird, und der in die häusliche Gemeinschaft des Dienstherrn aufgenommen ist. Hier

---

[10] L. 59 D. 19, 2, l. 33 eod. A. M. Mommsen und Burchardi a. a. OO., Ehrenberg Jahrb. für Dogm. XXVII S. 268 fg., vgl. auch Goldschmidt ZS. f. HR. XVI S. 362. Sf. XXIX. 205.

Digitized by Google

hat der Dienstherr dem Erkrankten die erforderliche Pflege und ärztliche Behandlung bis zur Dauer von sechs Wochen zu gewähren, sofern nicht der Dienstverpflichtete die Erkrankung vorsätzlich oder durch grobe Fahrlässigkeit herbeigeführt hat (617 Abs. 1 S. 1; vgl. auch S. 2). Die Verpflichtung des Dienstherrn erstreckt sich nicht über die Beendigung des Dienstverhältnisses hinaus (617 Abs. 1 S. 1); wenn also einem Dienstverpflichteten mit Frist gekündigt ist und er im Laufe der Kündigungsfrist erkrankt, so hat er die Verpflegung nur bis zum Ablauf der Kündigungsfrist zu beanspruchen. Wenn aber vor der Kündigung der Dienstverpflichtete erkrankt und die Erkrankung einen wichtigen Grund darstellt, aus welchem ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden kann (§ 626), so kann sich der Dienstberechtigte durch Ausübung dieses Kündigungsrechts seiner Fürsorgepflicht nicht entziehen; er bleibt trotz Aufhebung des Dienstverhältnisses 6 Wochen lang verpflichtet. Dieß gilt aber nicht, wenn der Dienstberechtigte die Erkrankung zum Motive nimmt, unter Einhaltung einer bedungenen oder gesetzmäßigen Kündigungsfrist von weniger als 6 Wochen zu kündigen.

Der Dienstberechtigte kann die Kosten der Verpflegung, welche er nach § 617 zu leisten hat, auf die für die Zeit der Erkrankung (weder früher noch später) geschuldete Vergütung anrechnen. Nicht aufrechnen; denn einen Ersatzanspruch hat er nicht, er kann nur behaupten, daß der Vergütungsanspruch sich ipso iure um das Entsprechende gemindert hat (617 Abs. 1 S. 2). Die Verpflichtung des Dienstherrn tritt nicht ein, wenn für die Verpflegung und ärztliche Behandlung durch eine Versicherung (gleichviel ob freiwillig oder pflichtmäßig und gleichviel, auf wessen Kosten) oder durch eine Einrichtung der öffentlichen Krankenpflege Vorsorge getroffen ist (617 Abs. 2).

Daß der Dienstherr dem Dienstverpflichteten wegen Verschuldens haftet ([1a]), ist selbstverständlich. Eine besondere Ausgestaltung gibt der Verpflichtung zur Sorgfalt in Bezug auf die Person des Dienstverpflichteten die absolute (619) Vorschrift des § 618. Dabei ist zu beachten, daß jede schuldhafte Verletzung der in den Abs. 1. 2 aufgestellten Verpflichtungen eine Schadensersatzverbindlichkeit nach sich zieht, obwohl Abs. 3 nur vom Schadensersatz in Betreff von Leben und Gesundheit des Dienstverpflichteten spricht. Diese Fälle des Schadensersatzes werden nur deßwegen im Abs. 3 besonders genannt, weil sie einer besonderen Regelung, entsprechend der des Schadensersatzes bei unerlaubten Handlungen gegen die gleichen Güter, unterstellt werden sollten. Damit ist die Schadensersatzverbindlichkeit aber nicht auf die Verletzung dieser Güter beschränkt. Wegen Verletzung der Verpflichtungen des Dienstherrn in Ansehung der Religion des Verpflichteten ist freilich kein Schadensersatz möglich (s. 253), wohl aber wegen Verletzung seiner Verpflichtungen in Ansehung der Sittlichkeit des Dienstverpflichteten. Insbesondere kann der Dienstherr, wenn durch seine mangelhaften Einrichtungen die Begehung eines Sittlichkeitsdelicts gegen eine Dienstverpflichtete begünstigt ist, als Mitschuldiger aus §§ 825. 847 haften. —

II. Werkvertrag.

1. Der Unternehmer muß das Werk so herstellen, daß es die zugesicherten Eigenschaften hat und nicht mit Fehlern behaftet ist, die den Werth oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder nach dem Vertrage vor-

Digitized by Google

ausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern (633 Abs. 1). Im Gegensatz zum Kauf (459 Abs. 1 S. 2) kommt es auf den Grad der Minderung grundsätzlich nicht an. Ist das Werk nicht von der gehörigen Beschaffenheit, so gestalten sich die Rechte des Bestellers wie folgt.

a) Er kann die Einrede des nicht (gehörig) erfüllten Vertrages erheben, möglicher Weise jedoch nur beschränkt gemäß § 320 Abs. 2.

b) Er kann im Gegensatz zum Käufer (s. ob. S. 654 unter 2, c) ohne weitere Voraussetzungen die Abstellung des Mangels verlangen (633 Abs. 2 S. 1), jedoch kann der Unternehmer dieselbe verweigern, wenn sie unverhältnißmäßigen Aufwand erfordern würde (633 Abs. 2 S. 2). Ist der Unternehmer mit der Beseitigung des Mangels im Verzuge, so kann der Besteller den Mangel selbst beseitigen und die Kosten ersetzt verlangen (633 Abs. 3). In Verzug kann aber der Unternehmer nicht kommen, wenn er nach § 633 Abs. 2 S. 2 die Beseitigung verweigern kann.

c) Der Besteller kann dem Unternehmer zur Beseitigung des Mangels eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, daß er die Beseitigung des Mangels nach dem Ablauf der Frist ablehne (634 Abs. 1 S. 1). Diese Frist kann nicht nur nach der Ablieferung oder Vollendung des Werks gesetzt werden, sondern auch vorher, wenn sich schon zuvor ein Mangel zeigt. In diesem Falle kann sie aber nur so bestimmt werden, daß sie nicht vor Ablauf der Frist für die Ablieferung des Werks abläuft (634 Abs. 1 S. 2). Bei einem Werk, das der Ablieferung nicht zugänglich ist, wird die Vollendung an deren Stelle treten müssen. Läuft die Frist fruchtlos ab, so ist der Anspruch auf Beseitigung des Mangels erloschen; statt dessen kann der Besteller Wandelung oder Minderung verlangen (634 Abs. 1 S. 3). Es bedarf zur Gewinnung des Wandelungs- oder Minderungsanspruchs keiner Fristbestimmung, wenn die Beseitigung des Mangels unmöglich ist (in diesem Falle findet ein Anspruch auf Abstellung desselben nicht statt), oder wenn sie der Unternehmer verweigert, gleichviel ob mit Recht auf Grund von § 633 Abs. 2 S. 2 oder mit Unrecht (im letzteren Falle kann der Besteller zwischen dem Anspruch auf Abstellung oder Minderung oder Wandlung wählen); endlich dann nicht, wenn die sofortige Geltendmachung des Anspruchs auf Wandelung oder Minderung durch ein besonderes Interesse des Bestellers gerechtfertigt wird (634 Abs. 2). (In diesem Falle kann der Besteller wählen, ob er dieses Interesse geltend machen oder die Abstellung des Mangels verlangen will.) Die Wandelung (nicht die Minderung) ist ausgeschlossen, wenn der Mangel den Werth oder die Tauglichkeit des Werkes nur unerheblich mindert. Wandelung und Minderung stehen unter entsprechenden Grundsätzen wie beim Kauf (634 Abs. 4).

d) Beruht der Mangel des Werks auf einem Umstande, den der Unternehmer zu vertreten hat, so kann der Besteller statt der Wandelung oder Minderung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen (635). Zu vertreten hat der Besteller nicht nur eigenes Verschulden, sondern auch dasjenige seines gesetzlichen Vertreters und seiner Leute (278); ebenso sein anfängliches subjectives Unvermögen zur mangelfreien Herstellung des Werkes. Die Rechte des § 635 setzen im Uebrigen nur voraus, daß das Werk mit einem Mangel behaftet ist; es kommt nicht darauf an, ob der Mangel gehoben werden kann oder

Digitized by Google

nicht. Der zu leistende Schadensersatz ist als Schadensersatz wegen des Mangels zu denken. Ist die Abstellung des Mangels möglich, so kann der Besteller auch diese verlangen, nicht nur als nächste Form des Schadensersatzes gemäß § 249, sondern auch gemäß § 633 Abs. 2 S. 1. Fordert sie unverhältnißmäßigen Aufwand, so kann der Unternehmer die Beseitigung des Mangels sowohl gemäß § 633 Abs. 2 S. 2 wie gemäß § 251 Abs. 2 ablehnen. Liegt die Sache so, daß nach Abschluß des Vertrages die mangelfreie Herstellung des Werkes unmöglich geworden ist, so greifen besondere Sätze ein (s. unten 8).

e) Ueber eine Vereinbarung, durch welche der Unternehmer von der Haftung für Mängel entbunden wird, gilt das Gleiche wie bei Kauf und Miethe (637; vgl. 443. 476. 540).

2. Wird das Werk ganz oder zum Theil nicht rechtzeitig hergestellt, so finden zufolge § 636 die für die Wandelung geltenden Vorschriften des § 634 Abs. 1—3 entsprechende Anwendung, nur mit der Maßgabe, daß an Stelle der Wandelung einseitiger Rücktritt gemäß § 327 Platz greift. Die Rückgewährpflicht des Unternehmers bemißt sich also verschieden, je nachdem er die Verzögerung zu vertreten hat oder nicht. Doch bleiben die Rechte des Bestellers wegen Verzuges des Unternehmers unberührt (636 Abs. 1 S. 2).

Wann das Werk nicht rechtzeitig hergestellt ist, beurtheilt sich nach § 2071. Beruht die Unterlassung rechtzeitiger Herstellung auf einem Umstande, den der Unternehmer nicht zu vertreten hat, so liegt nie Verzug vor (285). Beruht sie auf einem Umstande, den er zu vertreten hat, so liegt möglicher Weise Verzug vor, möglicher Weise aber auch nicht; nämlich dann nicht, wenn es an einer Mahnung fehlt und eine Zeit der Leistung zwar bestimmt war, jedoch nicht so, daß § 284 Abs. 2 eingreift. Liegt Verzug vor, so kann der Besteller nicht nur Nachleistung und Zögerungsinteresse verlangen, sondern er hat auch den Vortheil, daß er nach Maßgabe von § 326, statt zurückzutreten, auch Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit verlangen kann.

3. Ueber die Verjährung der Ansprüche wegen der Mängel des Werkes geben §§ 638. 639. 646 gleichartige Vorschriften wie beim Kauf. Es besteht aber hier ein besonderer Hemmungsgrund der Verjährung: so lange der Unternehmer im Einverständniß mit dem Besteller sich der Untersuchung des Vorhandenseins des Mangels oder der Abstellung desselben unterzieht (639 Abs. 2).

4. Wenn das Werk seiner Beschaffenheit nach einer Abnahme, d. h. des körperlichen Gebens und Nehmens fähig ist, so ist der Besteller zur Abnahme verpflichtet, falls es vertragsmäßig hergestellt ist. Ist das Werk unkörperlich, so ist nach vertragsmäßiger Herstellung der Besteller nur quittungspflichtig (368). Wegen Mängel, die bei der Abnahme nicht erkannt wurden, behält der Besteller alle seine Rechte; nur trifft ihn, wenn er das Werk als Vertragserfüllung annahm, die Beweislast in Ansehung von Mängeln (363). Nimmt er in Kenntniß eines Mangels ab, so hat er die Rechte der §§ 633. 634 nur, wenn er sich seine Rechte wegen des Mangels vorbehält. Von anderen Rechten, insbesondere auch dem Schadensersatzanspruch des § 635, gilt das nicht.

5. Entsprechend anwendbar sind die Vorschriften der §§ 665—668 (675). S. ob. S. 675 fg.

Digitized by Google

6. Der Unternehmer hat die Vergütung nach Abnahme, und wenn eine solche ausgeschlossen ist, nach Vollendung des Werks zu beanspruchen (641 Abs. 1 S. 1, 646; s. auch 641 Abs. 1 S. 2). Eine Geldvergütung ist, wenn nicht gestundet, von dem gleichen Zeitpunkte an zu verzinsen (641 Abs. 2. 646). Ob Auslagen in der Vergütung inbegriffen sind oder nicht, hängt von der Auslegung des Vertrages ab. Sind sie nicht darin inbegriffen, so kommen die Vorschriften der §§ 669. 670 zur Anwendung (675). S. ob. S. 675 fg.

7. Lehnt der Besteller die Herstellung des Werkes definitiv ab, so ist das eine Kündigung mit den Folgen des § 649. Besondere Vorkehrung dagegen war nöthig für den Fall, daß bei der Herstellung des Werkes eine Handlung des Bestellers erforderlich ist und durch deren Unterlassung der Besteller in Annahmeverzug kommt. Hier gewährt § 642 dem Unternehmer den Anspruch auf eine angemessene Entschädigung mit Rücksicht darauf, daß er seine in Folge der Verzögerung freie Zeit nicht immer anderweit ausnützen kann. Die Entschädigung ist zu berechnen nach der Dauer des Verzuges und der Höhe der vereinbarten Vergütung, andererseits nach demjenigen, was der Unternehmer in Folge des Verzuges erspart oder durch anderweite Verwendung seiner Arbeitskraft erwerben kann (nicht nur zu erwerben böswillig unterläßt) [642 Abs. 2; vgl. 324].

Der Unternehmer kann aber auch im Falle eines solchen Verzuges dem Besteller eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, daß er den Vertrag kündige, wenn nicht innerhalb der Frist die Handlung vorgenommen werde. Verläuft die Frist fruchtlos, so ist der Vertrag aufgehoben (643 S. 2), und zwar mit der Wirkung, daß der Unternehmer für die bereits geleistete Arbeit einen entsprechenden Theil der Vergütung und Ersatz der darin nicht inbegriffenen Auslagen verlangen kann (645 Abs. 1). Eine weitergehende Haftung wegen Verschuldens des Bestellers bleibt aber unberührt (645 Abs. 2). Kann der Besteller auch jederzeit kündigen, und ist er deßhalb nicht schlechthin verpflichtet, seine Mitwirkung zur Förderung des Werkes zu leisten, so handelt er doch rechtswidrig, wenn er nicht kündigt und doch seine Mitwirkung verweigert, den Unternehmer vielmehr hinzieht. Geschieht dieß schuldhaft, so trifft ihn mit Recht die Schadensersatzverbindlichkeit. In jedem Falle ist, auch wenn es zur Aufhebung des Vertrages kommt, die Warteentschädigung bis zum Ablauf der gesetzten Frist zu leisten; denn bis dahin weiß der Unternehmer nicht, ob der Vertrag bestehen bleiben wird oder nicht. Hat der Unternehmer an Vergütung im Voraus mehr erhalten, als ihm nach dem Vorigen gebührt, so hat er im Falle der Aufhebung des Vertrages das Empfangene nur nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung zurückzugeben, da eine entsprechende Anwendung des § 347 nicht verordnet ist.

8. In Ansehung der Gefahr des Werkes nimmt das BGB. folgende Stellung ein: Im Allgemeinen trägt der Unternehmer die Gefahr bis zur Abnahme des Werkes, falls aber eine Abnahme nicht Platz greift, bis zur Vollendung (644 Abs. 1 S. 1. 646). Kommt der Besteller in Annahmeverzug, so trägt er die Gefahr (644 Abs. 1 S. 2). Wird das Werk auf Verlangen des Bestellers an einen vom Erfüllungsorte verschiedenen Ort versandt, so gilt dasselbe wie bei entsprechender Versendung der Kaufsache (644 Abs. 2, vgl. 447). So-

Digitized by Google

lange der Unternehmer die Gefahr trägt, wird durch zufälligen Untergang, Verschlechterung, Unausführbarwerden, eintretende Unmöglichkeit mangelfreier Ausführung der Werklohn auf die aus § 323 ersichtliche Weise beeinflußt. Sobald der Besteller die Gefahr trägt, findet dieser Einfluß nicht mehr statt. Eine Haftung für zufälligen Untergang oder Verschlechterung des vom Besteller gelieferten Stoffes trifft den Unternehmer aber, auch so lange er die Gefahr trägt, nicht.

Solange der Unternehmer die Gefahr trägt, trägt er doch nicht die Gefahr der Folgen eines Mangels des vom Besteller gelieferten Stoffes oder einer Anweisung des Bestellers. Wenn Untergang, Verschlechterung, Unausführbarwerden (Unmöglichkeit tadelloser Ausführung), durch solche Umstände herbeigeführt werden, ohne daß ein Umstand mitgewirkt hat, den der Unternehmer zu vertreten hat (er hätte den Stoff oder die Anweisung vielleicht als Sachverständiger beanstanden müssen), so erhält der Unternehmer einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Theil der Vergütung, also möglicher Weise (wenn das vollendete Werk vor der Abnahme untergeht) die volle Vergütung. Eine weitergehende Haftung des Bestellers wegen Verschuldens bleibt auch hier unberührt.

9. Gesetzliches Pfandrecht und Sicherungshypothek s. 647. 648.]

Zu dem Gesagten bemerke man noch Folgendes.

1. Eine besonders wichtige Anwendung der Werkverdingung ist der Frachtvertrag. Für denselben gelten, wenn er auf Seetransport gerichtet oder mit einem gewerbmäßigen Frachtführer oder einem Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes abgeschlossen ist, die besonderen Grundsätze des Reichshandelsgesetzbuchs[10a] [für das Frachtgeschäft zur Beförderung von Gütern auf Flüssen und sonstigen Binnengewässern die Bestimmungen des Reichsgesetzes betr. die privatrechtlichen Verhältnisse der Binnenschifffahrt v. 15. Juni 1895

[10a] HGB. Art. 271 Ziff. 4, Art. 272 Abs. 1 Ziff. 3. Abs. 2 [§ 1 Ziff. 5] Art. 390 fg. [§ 425 fg.], 557 fg. [§ 556 fg.]. [[Internationales Uebereinkommen über den Eisenbahnfrachtverkehr v. 14/10 1890]] [vgl. dasselbe (mit weiteren Bestimmungen) bei Friedberg Handelsgesetzgebung (5. Aufl. 1899) S. 712 fg., Verkehrsordnung für die Eisenbahnen Deutschlands v. 15/11 1892 mit Novellen abgedruckt bei Friedberg a. a. O. S. 663 fg.] Thöl Handelsr. 3. Band: das Transportgewerbe (1880). Schott das Transportgeschäft, Endemann's Handbuch des Handelsr. III S. 284 fg. (1884). Mandry § 47 (der Beförderungsvertrag). [Cosack Handelsr. 4. Aufl. § 85 fg. Pappenheim das Transportgeschäft nach dem E. e. HGB. mit Ausschluß des Seehandelsr. Kiel u. Leipz. 1896. Meermann die Stellung des Frachtführers nach dem neuen HGB. und dem Reichsges. betr. die privatrl. Verhältnisse der Binnenschifffahrt. Erl. Diss. 1897.] Die durch das HGB. vorgeschriebene besondere Verhaftung des Frachtführers ist theilweise bereits im r. R. anerkannt. Vgl. § 384. [Ueber das r. R. s. noch Denisse du contrat de transport par mer. Th. de Paris 1891. D'Hubert transports par voie de terre. Th. de Paris 1892. Guy responsabilité des entrepreneurs de transport. Th. de Paris 1893. Duval du contrat de transport à Rome et en particulier du transport maritime. Th. de Paris 1895.]

Digitized by Google

§§ 26 fg.; vgl. EG. z. HGB. v. 10. Mai 1897 Art. 12], abgesehen davon steht der Frachtvertrag unter den allgemeinen Grundsätzen von der Werkverdingung[11]. Gewerbemäßige Frachtverträge sind auch die mit der Post und mit Eisenbahnen abgeschlossenen[11a].

---

[11] Besondere Fragen sind folgende. 1) Hat derjenige, an welchen eine zum Transport übergebene Sache abgeliefert werden soll, ein Forderungsr. gegen den Frachtführer auf Ablieferung? Gewiß, wenn der Absender ihm sein Forderungsr. cedirt hat; aber auch ohne Cession? Entscheidend für die Bejahung ist die, merkwürdigerweise in dieser Streitfrage ganz unbeachtet gebliebene, l. 6 § 2 D. 3, 5 (§ 316 [7a], § 431 [7]). Literatur: Höpfner ACPra. XXXVI S. 119 fg., Karstens das. XXXVII S. 199 fg., Koch Deutschlands Eisenbahnen II S. 106 fg., Gareis Verträge zu Gunsten Dritter S. 121. 130. [Hellwig die Verträge auf Leistung an Dritte S. 477 fg.] Sf. VI. 59, IX. 56, XII. 291, XIV. 23. Besonderes R. des Connossements: das. VI. 241, XII. 291, XV. 49. HGB. Art. 405. „Nach Ankunft des Frachtführers am Orte der Ablieferung [vgl. Art. 404] ist der im Frachtbrief bezeichnete Empfänger berechtigt, die durch den Frachtvertrag begründeten Re gegen Erfüllung der Verpflichtungen, wie sie der Frachtbrief ergibt, in eigenem Namen gegen den Frachtführer geltend zu machen". Nach der Uebergabe des Frachtbriefes kann ihm dieses Forderungsr. auch durch anderweitige Dispositionen des Absenders nicht mehr entzogen werden (Art. 402). [Jetzt §§ 435. 433.] Bei der Seefracht hat von vornherein ein ausschließliches R. auf Ablieferung der Güter der im Connossement Bezeichnete und im Besitz desselben Befindliche (Art. 647 [§ 645 fg.]). Das Connossement kann auch auf Ordre gestellt werden (Art. 646—651 [§ 644 fg.]). Wenn bei der Landfracht ein Ladeschein ausgestellt wird (Art. 413. 414), so gelten für denselben die gleichen Regeln, wie für das Connossement (Art. 415—418 [s. jetzt § 444 fg.]). Goldschmidt Handelsr. § 72. 75. [S. auch Tinsch der selbständige Anspruch des Adressaten gegen die Postanstalt. Gruch. Beitr. XXXV S. 193 fg. (1891). Hogreve das selbständige Klager. des Adressaten einer Postsendung. Gött. Diss. 1895. Schmidt (Paul) das R. des Empfängers einer Postsendung gegen die Post auf Auslieferung. Tüb. Diss. 1898.] 2) Rverhältniß, wenn der erste Frachtführer das Gut einem zweiten zum Weitertransport übergibt? Vgl. darüber Roßhirt ACPra. XLIV S. 247 fg. Nach allgemeinen Grundsätzen wird man sagen müssen, daß dadurch ein Rverhältniß zwischen dem Befrachter und dem zweiten Frachtführer nicht entsteht, sowie daß der erste Frachtführer dem Befrachter für die Schuld des zweiten Frachtführers nur dann haftet, wenn er entweder durch die Weitergabe gegen eine ausdrückliche oder stillschweigende Vertragsbestimmung gehandelt hat, oder ihm eine Verschuldung bei der Auswahl zur Last fällt. Sf. II. 93, IV. 70, VII. 172. 355. Anders das HGB. Art. 401. „Wenn der Frachtführer zur gänzlichen oder theilweisen Ausführung des von ihm übernommenen Transportes das Gut einem anderen Frachtführer übergibt, so haftet er für diesen und die etwa folgenden Frachtführer bis zur Ablieferung. Jeder Frachtführer, welcher auf einen anderen Frachtführer folgt, tritt dadurch, daß er das Gut mit dem ursprünglichen Frachtbrief annimmt, in den Frachtvertrag gemäß dem Frachtbrief ein, übernimmt eine selbständige Verpflichtung, den Transport nach Inhalt des Frachtbriefes auszuführen, und hat auch in Bezug auf den von den früheren Frachtführern bereits ausgeführten Transport für die Verbindlichkeiten derselben einzu-

Digitized by Google

2. Es kann bei der Werkverdingung verabredet werden, daß die zu leistende Arbeit nicht an der dem Arbeiter übergebenen Sache hergestellt zu werden brauche, sondern auch an einer andern Sache der nämlichen Art hergestellt werden dürfe. In diesem Falle wird der Arbeiter Eigenthümer der ihm übergebenen Sache und trägt die Gefahr derselben[12].

[Nach ZGB. besteht die Möglichkeit der hier in Rede stehenden Vereinbarung ebenfalls, obwohl davon nicht die Rede ist (vgl. Mot. II S. 477 fg.). Welche Rechtsfolgen jene Vereinbarung hat, hängt von den näheren Umständen ab. Es ist möglich, aber nicht nothwendig, daß der Unternehmer sofort Eigenthümer des Gelieferten wird. In diesem Falle ist anzunehmen, daß der Vertrag im Uebrigen den Vorschriften des § 651 untersteht. Denn dann hat rechtlich der Unternehmer den Stoff zur Herstellung des Werkes zu beschaffen; der gelieferte Stoff ist nur ein Entgelt dafür und steht im Uebrigen zu dem herzustellenden Werk in keiner Beziehung. Es ist aber auch möglich, daß der Unternehmer nicht Eigenthümer des Stoffes werden soll und ihm nur die Befugniß eingeräumt wird, wenn er es will, sich ihn anzueignen und das Werk aus anderem von ihm zu beschaffenden Stoffe herzustellen. In diesem Falle (vgl. ähnlich 700 Abs. 1 S. 2) geht der Vertrag in einen unter § 651 fallenden dann über, wenn der Besteller das Werk aus anderem Stoffe herstellt, oder sich den gelieferten aneignet.]

---

stehen". Umgekehrt hat der letzte Frachtführer auch die Re der früheren auszuüben (Art. 410). [Vgl. jetzt § 432. 441.] Vgl. übrigens auch Sf. IX. 56, XII. 25. 3) Gültigkeit abändernder Verträge, abgeschlossen durch ausdrückliche Uebereinkunft oder durch stillschweigende Unterwerfung unter ein öffentlich bekannt gemachtes Reglement des Transportführers? Aus allgemeinen Grundsätzen folgt nur, daß nicht die Nichtverhaftung wegen Arglist (und grober Fahrlässigkeit?) ausgemacht werden kann (§ 265 [5]). Für Eisenbahnen aber geht viel weiter das HGB. Art. 423 fg. [s. jetzt § 471]. Vgl. Goldschmidt ZS. f. Handelsr. IV S. 569 fg. und die Citate bei Mandry § 47 [3]. [Friedrichs die Werthangabe im heutigen Frachtverkehr mit Ausschluß des Eisenbahn- und Postverkehrs. ABR. IX S. 122 fg. (1894).]

[11a] Das Eisenbahnr. hat eine reiche Literatur. S. die Uebersicht bei Goldschmidt ZS. f. HR. IV S. 572—574, Koch das. VIII S. 401 fg., Eger das Eisenbahnr. mit besonderer Berücksichtigung des Eisenbahnfrachtrechts. 3 Bde. 1879—1883 (vgl. darüber ZS. f. HR. XXV S. 391 fg. XXX S. 307 fg.). Endemann das R. der Eisenbahnen nach den Bestimmungen des deutschen Reichs und Preußens, 1886. [Göppert zur rlichen Natur der Personenbeförderung auf Eisenbahnen. Berl. Diss. 1894. Leeb rliche Studie über den Eisenbahnpersonentransportvertrag. Erl. Diss. 1895. Wanninger die Abänderungen des Eisenbahnfrachtr. durch das neue HGB. Erl. Diss. 1898.] Für den Postvertrag kommen neben und gegenüber den Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs noch die beiden Reichsgesetze vom 28/10 1871 „über das Postwesen" und „über das Posttaxwesen" in Betracht. Mandry § 47, II. [Mittelstein Beiträge z. Postr. Berl. 1891. Wirsing die civilrliche Haftung der Post. Erl. Diss. 1892. Kann die Transportgeschäfte der Post. Erl. Diss. 1892. Jaffé

Digitized by Google

3. Soll dagegen aus einer dem Arbeiter zugehörigen Sache eine Arbeit für den Besteller hergestellt werden, so liegt nicht Miethe, sondern Kauf vor, Kauf einer anzufertigenden Sache[13]. Was dabei

der Briefbeförderungsvertrag. Berl. Diss. 1897. Ueber die Postanweisung s. unt. § 412 [12].]

[12] L. 31 D. 19, 2, l. 34 pr. D. 34, 2. L. 31 cit.: — „rerum locatarum duo genera esse, ut aut idem redderetur, sicuti cum vestimenta fulloni curanda locarentur, aut eiusdem generis redderetur, veluti cum argentum pusulatum fabro daretur, ut vasa fierent, aut aurum, ut anuli. Ex superiore causa rem domini manere, ex posteriore in creditum iri". Auch in diesem Fall (vgl. § 400 [22]) spricht man von einer locatio conductio irregularis. Von demselben handeln: W. Sell ACPra. XIX S. 318—330, v. Buchholtz ZS. f. CR. u. Pr. N. F. VIII S. 8—16, Mommsen Beiträge I S. 283—286, Brinz 1. Aufl. S. 440. 2. Aufl. § 333 [32]. Sintenis II § 118 [21]. Puntschart die fundamentalen Verhältnisse des röm. Privatr. S 466. Eigentlich liegt in diesem Fall eine Mischung von Mieth- und Austauschgeschäft vor (l. 3 cit.: — „in creditum iri", l. 34 pr. cit.: — „quippe quasi permutationem fecisse videatur"), welchen Gedanken besonders Sell, nur zu einseitig, vertritt. Man hat geleugnet: 1) daß das Geschäft den Empfänger zum Eigenthümer mache, oder immer mache (Buchholtz, Brinz, Puntschart), namentlich auch mit Berufung auf die Worte der l. 34 pr. cit. „quatenus dominium transit", wo aber statt quatenus ohne Zweifel zu lesen ist protinus. Karlowa Grünh. ZS. XVI S. 418: quatenus = in Betracht, daß; 2) daß der Empfänger die Gefahr trage (Buchholtz, Brinz, Puntschart, Sintenis), mit Berufung auf l. 31 cit. i. f.: „sed si ita datum esset, ut in simili re solvi possit, conductorem culpam duntaxat debere", welche Entscheidung sich aber vollkommen daraus erklärt, daß in dem von der Stelle behandelten Fall die Verbindlichkeit des Empfängers vertragsmäßig auf das im Schiff befindliche Getreide beschränkt war. S. namentlich Mommsen a. a. O. [27], Keller § 342.

[13] Gai. III, 147, § 4 I. 3, 24, l. 2 § 1 D. 19, 2, l. 20. l. 65 D. 18, 1. Nicht hierher gehört der Fall, wo auf einem Grundstück des Bestellers mit dem Material des Arbeiters ein Gebäude hergestellt werden soll, obgleich durch die Einbauung das Material in das Eigenthum des Bestellers übergeht. L. 22 § 2 D. 19, 2, l. 20 D. 18, 1. Ueber die Lesart in l. 20 cit. („etiam") s. Huschke ZS. f. CR. u. Pr. N. F. IV S. 283, Arndts das. VIII S, 102. Emmerich das. XVIII S. 122, Mommsen in seiner Ausgabe zu dieser Stelle. Vgl. Sf. XI. 234, XXVI. 239. RG. XIII S. 209. Sf. XLI. 99, XLII. 111; andere Citate in dem unten genannten Aufsatz von Ehrenberg S. 258. [Kesselanlage in einem Schiff wie Einbauen in ein Grundstück zu behandeln: Sf. XLVIII. 254.] — Eine neue, aber nicht bewiesene Ansicht über die Grenze zwischen Miethe und Kauf bei Dankwardt Jahrb. f. Dogm. XIII S. 344 fg. S. auch Bechmann Kauf II S. 163 fg. 337 fg. (vgl. § 386 [5]). — Ehrenberg Jahrb. f. Dogm. XXVII S. 253 fg. spricht sich de lege ferenda dafür aus, daß der hier genannte Fall principiell nicht als Kaufvertrag, sondern als Werkvertrag zu behandeln sei. Er will damit erreichen, 1) daß der Arbeiter das R. und die Pflicht habe, die gelieferte Arbeit zu verbessern. M. A. leistet dieß schon die bona-fide-Natur der loc. cond. 2) Eine billige Normirung über die Tragung der Gefahr für den Fall, daß die zu ver-

Digitized by Google

den Uebergang der Gefahr auf den Käufer angeht, so entscheiden, wenn die zu bearbeitende Sache eine generisch bestimmte ist, die Grundsätze vom Kauf generisch bestimmter Sachen (§ 390 Ziff. 1a); ist sie individuell bestimmt, so trägt der Besteller die Gefahr nicht sogleich nach Vollendung der Arbeit, sondern erst nach der Annahme (Billigung)[14].

[Nach BGB. 651 finden, wenn der Unternehmer eine Sache aus Materialien des Bestellers herzustellen, oder wenigstens nur Zuthaten oder sonstige Nebensachen zu beschaffen hat (also auch bei jeder Bauverdingung) ausschließlich die Sätze vom Werkvertrage Anwendung.

Wenn dagegen der Unternehmer eine Sache aus dem von ihm (in der Hauptsache) zu beschaffenden Stoffe herzustellen hat, so ist weiter zu unterscheiden, ob die Sache eine vertretbare ist oder nicht. Im ersteren Falle finden rein die Sätze vom Kauf Anwendung. Im letzteren Falle dagegen ist zwar, wie beim Kauf, der Unternehmer verpflichtet, die hergestellte Sache zu übergeben und Eigenthum daran zu verschaffen (651 Abs. 1 S. 1); im Uebrigen aber gelten die Sätze vom Kauf nur soweit, als nicht § 651 Abs. 1 S. 2 die Vorschriften über den Werkvertrag an ihre Stelle setzt. Demnach bleibt es insbesondere bei dem Rechte des Kaufs in Ansehung von Rechtsmängeln; aber in Bezug auf den Gefahrübergang und die Sachmängel, sowie in Bezug auf die Entrichtung der Vergütung und die Abnahme (433 Abs. 2) treten die Vorschriften vom Werkvertrage ein. Die Fassung des Gesetzes macht nicht unzweifelhaft, ob nur diejenigen Vorschriften über den Werkvertrag zur Anwendung kommen sollen, welche Ersatz bieten für die ausgeschlossenen Vorschriften des Kaufrechts, oder ob sämmtliche Vorschriften des Werkvertrages gelten mit Ausschluß nur der ausdrücklich ausgewiesenen §§ 647. 648. Näher legt die Fassung die Entscheidung im letzteren Sinne; wie es auch der Absicht der II. Comm. entspricht (Prot. S. 2267), daß §§ 642. 643. 649 zur Anwendung gelangen sollten. Daß der Unternehmer kein gesetzliches Pfandrecht im Sinne des § 647 haben soll, liegt daran, daß die herzustellende Sache in seinem Eigenthum bleibt, bis er sie übergibt; daß die Vorschrift des § 648 über die Sicherungshypothek im § 651 Abs. 1 S. 2 für nicht anwendbar erklärt ist, beruht auf dem Umstande, daß Bauverdingungen überhaupt nicht hierher gehören, weil bei ihnen der Unternehmer stets nur Nebensachen und Zuthaten liefert, also immer die reinen Grundsätze des Werkvertrages anzuwenden sind.

Liefert der Besteller Zuthaten oder Nebensachen, während der Unternehmer den Stoff in der Hauptsache beschafft, so müssen die obigen Sätze gleichfalls zur

---

arbeitende Sache individuell bestimmt ist. S. darüber [14]. [[Erman mélanges de droit Romain I. les théories Romaines sur l'entreprise avec les matériaux de l'entrepreneur. Paris 1892.]]

[14] Es ist anzunehmen, daß der Kauf unter der Bedingung der Billigung abgeschlossen worden sei. Vgl. l. 1 § 6 D. 50, 12 und Windscheid Heidelb. kr. ZS. II S. 141; aber auch Mommsen Beitr. I S. 367. III S. 428. A. M. Ehrenberg a. a. O. S. 277 fg.

Digitized by Google

Anwendung kommen. Wenn in diesem Falle der Unternehmer die ihm vom Besteller gelieferten Zuthaten in die herzustellende Sache verarbeitet hat, so ist es klar, daß er die hergestellte Sache nur gegen Befriedigung seiner Ansprüche zu liefern hat. Wenn aber die Herstellung der Sache aus irgend einem Grunde nicht erfolgt und der Unternehmer gleichwohl Ansprüche aus dem Vertrage hat (aus §§ 643. 645 oder 649), so entsteht die Frage, ob nicht an den Zuthaten ein gesetzliches Pfandrecht des Unternehmers wegen dieser Ansprüche besteht. Die Bejahung dieser Frage liegt nahe, eine zulängliche Grundlage der Bejahung ist aber zu vermissen.

Vgl. Emerich Kauf u. Werklieferungsvertrag nach d. BGB. Jena 1899.]

4. Der Gesindemiethvertrag ist particularrechtlich näher ausgebildet[15].

[Vgl. EG. z. GGG. 95.]

Der gewerbliche Arbeitervertrag und der gewerbliche Lehrvertrag unterliegen reichsgesetzlichen Bestimmungen [16]. [16a].

c. Beendigung.

§ 402.

Ueber die Beendigung der Miethe ist folgendes Besondere zu bemerken.

1. Ist über die Dauer der Miethe nichts, ausdrücklich oder stillschweigend[1], ausgemacht, so kann jede Partei zu jeder Zeit zurücktreten, muß jedoch die ortsübliche Kündigungsfrist, wenn eine solche besteht, beobachten[2]. Auch dann muß die ortsübliche Kündigungs-

---

[15] Vgl. die Lehrbücher des deutschen Privatr. von Gerber § 181. [17. Aufl. Cosack § 210.] Beseler S. 450 fg. (513 fg.), Stobbe III § 187 [3. Aufl. (Lehmann) § 249].

[16] HGB. Art. 57 fg. [§ 59 fg.] RGew.O. 21/6 69 [1/7 83] § 105 fg. Reichsgesetze 17/7 78 und 1/7 83. [8/12 84. 1/6 91. 6/8 96. 26/7 97, EG. z. BGB. Art. 36, EG. z. HGB. Art. 9.] Reichsseemannsordnung 17/12 72. [EG. z. HGB. Art. 8, Binnenschiffahrtsges. § 7 fg. 21 fg.] Mandry S. 401 fg. [4. Aufl. (Geib) S. 466 fg.] Stobbe III § 188 [250].

[16a. Bühnenengagement: Opet deutsches Theaterr. Berl. 1897 S. 159 fg.]

§ 402. [1] Bei der Werkverdingung ist eine Miethzeit von selbst durch den im Vertrage bezeichneten Zweck der Arbeit bestimmt. S. auch Sf. XVII. 32. — Beweislast, wenn behauptet wird, daß der Miethvertrag auf eine bestimmte Zeit abgeschlossen worden sei? E. A. Seuffert in Seuffert Pand. § 338[3]. Sf. VI. 29.

[2] In dieser Weise ist der Sinn des Vertrages gemäß der bona fides auszulegen. Von der Miethe auf Kündigung spricht l. 4 D. 19, 2. Vgl. HGB. Art. 61 [§ 66 fg] — Wäre ausdrücklich bestimmt, daß keine Kündigung stattfinden solle, oder daß der Vertrag „auf ewige Zeiten" abgeschlossen sein solle, so würde das Rverhältniß der Parteien nach den Grundsätzen der Emphyteuse oder Superficies zu beurtheilen sein (vgl. I § 218[5]). In l. 10 C. 4, 65 bezeichnet

Digitized by Google

frist beobachtet werden, wenn der Vertrag ausdrücklich auf Kündigung gestellt worden ist.

2. Unter Umständen ist ein einseitiger Rücktritt auch vor Ablauf der vereinbarten Miethzeit gestattet. Dieses Recht steht zu:

a) bei der Sachmiethe: α) dem Miether, wenn die vermiethete Sache unbrauchbar wird oder ist[3], oder wenn mit der Fortsetzung des Gebrauchs eine Gefahr für ihn verbunden ist[4]; β) dem Vermiether, wenn der Miether die gemiethete Sache mißbraucht[5], oder mit dem Miethzins zwei Jahre in Rückstand bleibt[6], ferner wegen Nothwendigkeit einer den Gebrauch ausschließenden Reparatur[7], und wegen unvorhergesehenen eigenen Bedürfnisses[8.9].

„perpetua conductio" eine Miethe ohne Bestimmung der Dauer. Vgl. Sf. XXIX. 21. Verzicht auf Kündigung für kürzere Zeit: Sf. VII. 307.

[3] L. 25 § 2 D. 19, 2 („si vicino aedificante obscurentur lumina coenaculi", „si ostia fenestrasve nimium corruptas locator non restituat"). L. 60 pr. eod., vgl. l. 27 pr. eod. Sf. VII. 171, XXXII. 35. RG. IV S. 169. G. Pfitzer ACPra. LXXI S. 457 fg.

[4] L. 27 § 1. l. 13 § 7 D. 19, 2, l. 28. 33 D. 39, 2. Vangerow III S. 465 (7. Aufl. S. 453). Sf. XXIV. 29, XLII. 291 [[XLVIII. 23]] (Wanzen), XXVII. 25 (Ratten), XXXVI. 118. 191 (RG.). — Verzögerung der Erfüllung des Vertrages begründet für den Miether ein Rücktrittsr. nur insofern, als mit der Fortsetzung der Miethe ein Schaden für ihn verbunden sein würde, welcher größer ist, als derjenige, welchen er seinerseits dem Vermiether durch seinen Rücktritt zufügt. L. 24 § 4. l. 60 pr. D. 19, 2, vgl. § 280 [1], § 346 [6].

[5] L. 54 § 1 D. 19, 2, l. 3 C. 4, 65. c. 3 X. 3, 18. Sf. II. 38, XII. 265, XIX. 38, XLII. 291. II (Einbringen von Wanzen), XLIII. 15.

[6] L. 54 § 1. l. 56 D. 19, 2, l. 3 C. cit. c. 3 X. cit. C. 3 X. cit.: — „si . . cum canonem per biennium non solvisset, sibi satisfactione celeri non providit". Vgl. I § 222 [10]. — Bei der Verpachtung öffentlicher Einkünfte ist der Rücktritt wegen Nichtzahlung des Pachtgeldes sofort gestattet, l. 10 § 1 D. 39, 4. — Vgl. Sintenis § 118 [5], Vangerow § 643 Anm. 1 Nr. 1. a. Sf. II. 172, XII. 23. 152, XIV. 134, XXII. 38.

[7] L. 3 C. cit., c. 3 X. cit., l. 30 pr. l. 35 pr. D. 19, 2. Ungenügend v. Buchholtz Abhandlungen S. 299—303. S. auch Holzschuher III § 299 Nr. 12. I. b. Vgl. Sf. VII. 231.

[8] L. 3 C. cit., c. 3 X. cit. Auf Wohnungsmiethe zu beschränken? Sintenis a. a. O. Anm. [57], Vangerow a. a. O. Nr. 1. b, Holzschuher III § 299 Nr. 12. Ia. Das Erforderniß der Unvorhergesehenheit bestreitet mit Unrecht (c. 3 X. cit.) v. Buchholtz a. a. O. S. 303. Das Erkenntniß des OAG. zu Berlin bei Sf. XXIV. 203 verlangt, wohl mit Recht, „ganz unverhältnißmäßige Nachtheile für den Vermiether", eine „dringende Noth", einen „Nothstand". R. Samter das Benutzungsr. des Vermiethers bei unvorhergesehenem Eintritt eigenen Bedarfs. Jen. Diss. 1890. [Verf. bezieht l. 3 C. cit. auf das Verhältniß zwischen Eigenthümer und Aftermiether. In C. 3 X. cit. findet er nur ein Mitbenutzungsr. des Vermiethers und ein R. desselben zur Reparatur

Digitized by Google

[BGB.: Für den Fall, daß nicht eine bestimmte Zeitdauer des Miethverhältnisses vereinbart ist, gibt das BGB. bestimmte Kündigungsfristen (565. 580. 595). Wird ein Miethvertrag über ein Grundstück oder einen Raum für mehr als ein Jahr nicht schriftlich geschlossen, so ist er unter Einhaltung der gesetzlichen Frist kündbar, jedoch nicht für frühere Zeit als den Schluß des ersten Jahres (566. 580). Wird ein Miethvertrag über einen beliebigen Gegenstand für mehr als dreißig Jahre geschlossen, so kann er nach dreißig Jahren unter Einhaltung der gesetzlichen Frist gekündigt werden. Dieses Recht fällt aber fort, wenn der Vertrag auf Lebenszeit des Miethers oder des Vermiethers geschlossen ist. Der Vertrag ist dann für diese Lebenszeit verbindlich, auch wenn sie länger als dreißig Jahre dauert (567). Ueber das Kündigungsrecht wegen Nichterfüllung oder mangelhafter Erfüllung seitens des Vermiethers (542 fg.) s. ob. S. 681 fg., über dasjenige wegen Nichtentrichtung des Zinses s. 554, über Kündigung wegen Mißverhaltens des Miethers (553) s. ob. S. 690 fg. Die Sätze zu [7. 8] kennt das BGB. nicht. Wegen Nothwendigkeit einer den Gebrauch des Miethobjects ausschließenden Reparatur kann nur möglicher Weise der Miether kündigen (542), der Vermiether aber muß abwarten, ob der Miether hiervon Gebrauch machen will. Kündigungsrecht der Militärpersonen, Beamten u. s. w. wegen Versetzung s. 570 (nur für Miethe, nicht für Pacht; s. 596); Todesfall s. unten zu 4.]

b) Was die Dienstmiethe angeht, so findet sich in den Quellen nur die eine ausdrückliche Bestimmung, daß von der Werkverdingung der Besteller zurücktreten könne, wenn sich herausstellt, daß der von dem Arbeiter gemachte Kostenanschlag um ein Bedeutendes zu niedrig ist[10]. Es ist aber eine analogische Anwendung der im Vorstehenden für die Sachmiethe angegebenen Bestimmungen nicht ausgeschlossen[10a].

---

ohne Entschädigungsanspruch des Miethers, Re, denen der Miether seinerseits durch Kündigung begegnen könne.]

[9] Die Streitfrage, ob auch der Concurs des Pächters oder Verpächters (l. 8 § 1 D. 42, 5) den Rücktritt rechtfertige (Bayer Concursproc. § 31, Northoff APraktRW. IX S. 1 fg., Sf. I 390. 391), ist jetzt durch KO. § 17—19 [19—22] erledigt.

[10] Aber für den bereits gefertigten Theil der Arbeit muß er zahlen. L. 60 § 4 D. 19, 2. Dankwardt Jahrb. für Dogm. XIII S. 332 [3] will die Zahlungspflicht des Bestellers auf den Fall beschränken, wo der Arbeiter den Kostenanschlag unaufgefordert gemacht hat. Sachlich muthet dieß an; aber ich glaube nicht, daß die citirte Pandektenstelle in diesem Sinne ohne unzulässige Gewaltsamkeit interpretirt werden kann. Wenn derselbe Schriftsteller S. 331 fg. dem Besteller ein unbedingtes Revocationsr. gibt, so meint er nicht, daß der Arbeiter sich mit dem bis zur Revocation verdienten Lohne begnügen müsse, sondern, daß der Arbeiter nach der Revocation keine Aufwendung mehr zu Lasten des Bestellers machen dürfe. Entschädigungspflicht des Architekten: Sf. XXXVII. 111. [Bedeutung des Anschlags: Sf. LII. 12. Ansprüche des Unternehmers bei willkürlichem Rücktritt des Bestellers: Sf. LI. 20 u. dort Citirte.]

[10a] Denn sie sind nicht positiver Natur, sondern beruhen auf Auslegung der den Miethvertrag beherrschenden bona fides. Dieß gilt selbst von dem R. des

Digitized by Google

[**366**. I. Dienstvertrag. Ueber die regelmäßige Kündigung s. 621—623. Bei einem Dienstverhältniß auf Lebenszeit des Berechtigten oder des Verpflichteten oder eines Dritten oder auf mehr als 5 Jahre kann der Dienstverpflichtete nach Ablauf von 5 Jahren mit sechsmonatiger Frist kündigen (624). Das Verhältniß kann aber auch vor der Zeit aus jedem wichtigen Grunde beiderseits gekündigt werden (626; vgl. [10a]). Ein wichtiger Grund kann für den Dienstverpflichteten auch daraus sich ergeben, daß der Dienstherr mit Entrichtung der Vergütung im Rückstande bleibt ([10a]). Wenn der Dienstverpflichtete, ohne in dauerndem Dienstverhältniß mit festen Bezügen zu stehen, Dienste höherer Art zu leisten hat, die auf Grund besonderen Vertrauens übertragen zu werden pflegen, so ist Kündigung beiderseits auch ohne wichtigen Grund zulässig. Der Dienstverpflichtete darf aber nur so kündigen, daß der Berechtigte sich die Dienste anderweit beschaffen kann, es sei denn, daß eben für die Kündigung zur Unzeit ein wichtiger Grund vorliegt. Fehlt es an einem solchen Grunde, so ist zwar die unzeitige Kündigung gültig, belastet aber den Dienstverpflichteten mit Schadensersatzverbindlichkeit (627 Abs. 2). Hat der Dienstvertrag eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande, ohne daß die Voraussetzungen des § 627 zutreffen (s. ob. S. 674 fg.), so steht dem Verpflichteten das Recht jederzeitiger Kündigung nur kraft Vereinbarung oder kraft § 623 zu. Steht es ihm zu, so finden wegen unzeitiger Kündigung die soeben angegebenen Vorschriften Anwendung (675. 671 Abs. 2).

Wird nach dem Beginne der Dienstleistung das Dienstverhältniß aus wichtigem Grunde gemäß § 626, oder wird es auf Grund des § 627 gekündigt, so kann der Dienstverpflichtete einen seinen bisherigen Leistungen entsprechenden Theil der

---

Rücktritts wegen längeren Ausbleibens der Miethzinszahlung, wobei nur die Frage aufgeworfen werden kann, ob nicht im gegebenen Fall das biennium eine Abänderung zu erleiden hat (vgl. l. 54 § 1 D. 19, 2), und möchte kaum anders sein hinsichtlich der zu Note [8] erwähnten Bestimmung (vgl. § 375 [13]). Vgl. Dankwardt Jahrb. f. Dogm. XIII S. 340 fg. (für die locatio conductio operis) und XIV S. 261 fg. (für die locatio conductio operarum) — welcher Schriftsteller freilich auch aus den Worten der l. 3 C. 4, 65 „aut male in re versatus es" den Satz herleitet, daß der conductor operis zurücktreten könne, wenn der locator ihn bei Ausführung des opus schlecht behandele! Das Erkenntniß des OAG. zu Oldenburg bei Sf. X. 42 stellt auf Grund der in den Quellen für die Sachmiethe gegebenen Entscheidungen, welche nur „der Ausfluß eines allgemeinen Principes" seien, und von l. 22 C. 4, 65, den Satz auf, daß von dem Dienstvertrag, und namentlich dem Gesindedienstvertrag, jeder Contrahent zurücktreten könne, sobald ihm die „Aushaltung des Contractes von dem andern Theil in billiger Berücksichtigung der Umstände gar nicht zugemuthet werden" könne. Uebereinstimmend das Erkenntniß des OAG. zu München in den Bl. f. RAnw. XXXI. S. 172, ferner Sf. XX. 223 und Citate das., XXII. 232, jetzt auch das RG. 21/10 81 in Sf. XXXVII. 109 und 25/6 89, Entsch. XXIII S. 167. Vgl. auch Wächter II S. 452 unt. Dernburg II § 112 a. E. [Sempell (§ 399 [7]) S. 29 fg. Bei Anstellung auf Probe ohne Festsetzung der Probezeit fällt das R. beliebiger Entlassung nach angemessener Zeit fort: Sf. LIII. 148. Wenn dem Bediensteten aus Gründen, die die sofortige Entlassung rechtfertigen würden, fristmäßig gekündigt wird, so kann nicht aus denselben Gründen später Entlassung erfolgen: Sf. LII. 153.]

Digitized by Google

Vergütung verlangen. Wenn jedoch er kündigt, ohne durch vertragswidriges (d. h. subjectiv vertragswidriges, schuldhaftes [Prot. d. II. Comm. S. 2201]) Verhalten des Dienstberechtigten dazu veranlaßt zu sein, oder veranlaßt er durch vertragswidriges Verhalten die Kündigung des anderen Theils, so steht ihm ein Vergütungsanspruch insoweit nicht zu, als seine bisherigen Leistungen in Folge der Kündigung für den andern Theil erweislich kein Interesse haben (§ 28). Hat der Dienstverpflichtete eine Vergütung im Voraus empfangen, welche ihm nicht nach dem Vorigen zu verbleiben hat, so hat er sie so, wie beim Rücktritt, zurückzugewähren; erfolgt aber die Kündigung wegen eines Umstandes, den er nicht zu vertreten hat, kündigt er z. B. wegen unverschuldeter Erkrankung, oder wird ihm deßwegen gekündigt, so erfolgt die Rückgewähr nur nach den Sätzen von der ungerechtfertigten Bereicherung (628). Wird die Kündigung des einen Theils durch vertragswidriges Verhalten des andern Theils veranlaßt, so hat dieser jenem den durch die Aufhebung des Dienstverhältnisses entstehenden Schaden zu ersetzen. Mit diesem Anspruch kann der Dienstberechtigte natürlich gegen den Vergütungsanspruch des Dienstverpflichteten aufrechnen. Ist der letztere der Schadensersatzberechtigte, so hat er außer der auf Grund des § 628 geschuldeten Vergütung allen weiteren Schaden ersetzt zu beanspruchen; mehr als die volle Vergütung für die ganze vertragsmäßige Dienstzeit wird der Schadensersatz aber nie betragen können.

Vgl. Reinhard der einseitige Rücktritt vom Dienstvertrag und die Rechtswirkungen des berechtigten und unberechtigten Rücktritts nach Reichsr. (HGB. BGB. GewO.) und nach sächs. Bürgerl. R. Sächs. Arch. f. bürg. R. u. Proc. VII S. 33 fg. (1897).

Verpflichtung zur Gewährung angemessener Zeit behufs Aufsuchung anderen Dienstverhältnisses nach Kündigung s. 629. Einfluß des Todes einer Partei s. unten zu 4. Zeugnißpflicht s. 630. Wenn das Dienstverhältniß eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat und anders als durch Kündigung seitens des Dienstberechtigten endigt, so gilt es zu Gunsten des Dienstverpflichteten als fortbestehend, bis derselbe von dem Erlöschen Kenntniß erlangt oder es kennen muß, was natürlich immer der Fall ist, wenn er selbst gekündigt hat (674. 675; s. auch 169). Die Möglichkeit, daß die Kündigung dem Dienstverpflichteten zugehen kann, ohne daß er von ihr Kenntniß hat oder haben muß, besteht (vgl. insbes. 132). In diesem Falle ist der Dienstverpflichtete aber nicht geschützt. Soweit das Dienstverhältniß als fortbestehend gilt, bezieht sich dieß sowohl auf sein Handelndürfen wie auf den Fortbezug der Vergütung.

II. Den Werkvertrag kann der Besteller jeder Zeit ohne Gründe kündigen, schuldet dann aber die volle Vergütung, nur mit Abzügen, welche der allgemeinen Vorschrift des § 324 entsprechen (649).

Ist dem Vertrage ein Kostenanschlag zu Grunde gelegt worden, und hat der Unternehmer für die Richtigkeit desselben garantirt, so muß er das Werk gemäß dem Anschlage herstellen und Mehrkosten selbst tragen. Hat er nicht garantirt, so daß Mehrkosten auf den Besteller fallen, so muß er dem Besteller unverzüglich Anzeige machen, wenn sich ergibt, daß das Werk nicht ohne wesentliche Ueberschreitung des Anschlags ausführbar ist. Nimmt der Besteller solche Ueberschreitung zum Anlaß der Kündigung, so kann der Unternehmer nur einen

Digitized by Google

der geleisteten Arbeit entsprechenden Theil der Vergütung nebst Ersatz der darin nicht begriffenen Auslagen fordern (650). Wegen Verzögerung der Anzeige muß den Unternehmer Schadensersatzverbindlichkeit treffen. Demzufolge hat er für Arbeiten und Auslagen, die gemacht sind nach der Zeit, zu welcher die Anzeige hätte erfolgen sollen, nichts zu fordern, denn er würde das Empfangene ja gemäß 249 zurückgeben müssen. Ist der Unternehmer bei Aufstellung des Kostenanschlages im Verschulden gewesen, so wird er ebenfalls der Schadensersatzpflicht nicht entgehen können. Steht dem Unternehmer kraft Vertrages das Recht zu, die Ausführung des Werks zu kündigen, so unterliegt er dabei den Vorschriften des § 671 Abs. 2 (675).]

3. Setzt nach Beendigung der Miethzeit der Miether den Gebrauch fort, und der Vermiether widerspricht nicht, so ist dadurch ein neuer Miethvertrag abgeschlossen[11], bei fruchttragenden Grundstücken auf die Dauer eines Jahres[12], bei anderen Sachen, wenn der Vertrag schriftlich abgeschlossen war, auf die in dem Vertrage bestimmte Miethzeit[13], bei nicht schriftlicher Verabredung auf die Zeit, während welcher der Gebrauch wirklich fortgesetzt worden ist[14].

[I. Nach BGB. gilt das Miethverhältniß als auf unbestimmte Zeit (kündbar in gesetzlichen Fristen) verlängert, wenn der Miether nach der Beendigung den Gebrauch fortsetzt, und nicht der Miether binnen zwei Wochen vom Beginn der Fortsetzung an, der Vermiether binnen zwei Wochen nach seiner Kenntniß von der Fortsetzung seinen entgegenstehenden Willen dem andern Theil gegenüber erklärt (568). Erfolgt solche Erklärung, so untersteht der fortgesetzte Gebrauch dem § 557.

---

[11] S. g. relocatio tacita. Vgl. darüber namentlich Bangerow III § 644 Anm., wo über die Literatur und die verschiedenen in derselben vertretenen Meinungen vollständig berichtet ist. [Heine die relocatio tacita nach gem. u. preuß. R. nebst einem Anhange über die einschlägigen Bestimmungen des BGB. Erl. Diss. 1898.] Sf. II. 285, IV. 218, XXVII. 24. XXXII. 34. Particularrliche Bestimmungen bei Stobbe III § 186 [26] [3. Aufl. (Lehmann) § 235 [29]].

[12] L. 13 § 11. l. 14 D. 19, 2 l. 16 C. 4, 65. Vgl. übrigens auch Holzschuher III § 298 Nr. 1. I.

[13] L. 13 § 11 cit. Die Auslegung der betreffenden Worte dieser Stelle („nisi in scriptis certum tempus conductioni comprehensum est"), ist übrigens nicht zweifellos. S. Bangerow a. a. O. Dernburg II § 111 [46]. Sf. XXXI. 223, XXXVI. 190.

[14] L. 13 § 11 D. 19, 2. Darf bei der Wohnungsmiethe nicht gesagt werden: bis zum nächsten Umzugstermin, wenn ein solcher ortsüblich besteht? So Holzschuher III § 298 Nr. 1. I. und die daselbst Citirten. Ebenso Sf. XXXI. 29. Die Worte der l. 13 § 11 cit. „prout quisque habitaverit" lauten doch zu bestimmt. Behn ACPra. LXVIII S. 52 fg. (1885) sucht auszuführen, die l. 13 § 11 cit. nehme für die Wohnungsmiethe überhaupt keine relocatio tacita an, sondern wolle nur sagen, daß die Wohnungsmiethe als auf die Zeit des wirklichen Wohnens abgeschlossen gelte, wenn eine Miethzeit nicht (oder nicht schriftlich) festgesetzt sei.

Digitized by Google

II. Wird ein Dienstverhältniß nach dem Ablauf der Dienstzeit mit Wissen des Dienstberechtigten von dem Verpflichteten fortgesetzt, so gilt es als auf unbestimmte Zeit verlängert, sofern nicht der andere Theil unverzüglich widerspricht (625). Es ist hier also dem Worte nach erforderlich, daß die Fortsetzung der Dienstleistung von vornherein mit Wissen des Dienstberechtigten erfolgt. Sachgemäßer dürfte sein, daß auch dann, wenn der Dienstverpflichtete ohne Wissen des Dienstberechtigten in der Dienstleistung fortfährt, die Verlängerung des Verhältnisses angenommen wird, wenn nicht der Dienstberechtigte unverzüglich nach erlangter Kenntniß von der Fortsetzung widerspricht. Während bei dem Miethvertrag der Miether selbst den Gebrauch fortsetzen und doch wirksam der Verlängerung des Miethvertrages widersprechen kann, scheint der Dienstverpflichtete der in der Dienstleistung fortfährt, solchen Widerspruch nicht einlegen zu können. In Wahrheit aber wird es nicht ausgeschlossen sein können, daß der Dienstverpflichtete nach Ende seiner Dienstzeit gleichartige Dienste, wie er bisher schuldete, einstweilen als freiwilliger Geschäftsführer leisten will und diese Absicht wirksam constatirt.]

4. Der Tod der Parteien hat auf den Bestand des Miethvertrages keinen Einfluß[15], wenn nicht durch ausdrückliche oder stillschweigende Beredung der Vertrag auf die Person dieses Contrahenten beschränkt worden ist[16].

[I. Der Miethvertrag erlischt nach BGB. durch den Tod einer Partei nicht, kann aber beim Tode des Miethers sowohl von den Erben wie von dem Vermiether auf den ersten Termin gekündigt werden, auf welchen die Kündigung zulässig ist (569). Man hat gemeint, daß wegen der durch den Tod des Miethers häufig begründeten Aenderung der Verhältnisse das Kündigungsrecht unentbehrlich sei (Mot. II S. 416). Im Falle der Pacht können zwar die Erben des Pächters, nicht aber kann der Verpächter kündigen (596); er soll nicht im Stande sein, die Vortheile der Kapitalsanlage des Pächters in das Pachtobject den Erben zu verkümmern (Prot. d. II. Comm. S. 2091).

II. Der Dienstvertrag muß nach § 613 S. 1 folgerichtig im Zweifel mit dem Tode des Dienstverpflichteten erlöschen, ohne Rücksicht darauf, ob derselbe eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat oder nicht. Wenn daher für den bejahenden Fall der § 675 den § 673 für entsprechend anwendbar erklärt, so kann dabei das Besondere nicht in der Anwendung von § 673 S. 1 liegen, sondern nur darin, daß der Erbe des Dienstverpflichteten gemäß § 673 S. 2 zum Weiterhandeln verpflichtet ist, eine Verpflichtung, welche nicht eintritt, auch nicht am Platze wäre, wenn der Dienstvertrag keine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat. Ob der Dienstvertrag mit Eintritt der Geschäftsunfähigkeit des Dienstverpflichteten endigt, wird von der Natur der geschuldeten Dienste abhängen.

---

[15] L. 10 C. 4, 65, § 6 I. 3, 24. Vgl. l. 15 § 9 — l. 19 pr. D. 19, 2.

[16] Bei der Dienstmiethe wird regelmäßig der Sinn des Vertrages der sein, daß der Vertrag auf die Erben des Arbeiters nicht übergehen soll. S. ferner l. 4 D. 19, 2. „Locatio precariive rogatio ita facta, quoad is, qui rem locasset dedissetve, vellet, morte eius qui locavit tollitur".

Digitized by Google

Durch den Tod des Dienstherrn erlischt der Dienstvertrag an und für sich nicht, gleichviel ob er eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat oder nicht. Es kann aber aus der Natur der Dienstleistungen das Erlöschen durch den Tod des Dienstherrn folgen. Ebensowenig erlischt der Vertrag an sich durch Geschäftsunfähigkeit des Dienstherrn. Wenn für den Fall, daß der Vertrag eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat, § 675 den § 672 für entsprechend anwendbar erklärt, so kann auch hier die Besonderheit nur darin bestehen, daß der Dienstverpflichtete, wenn ausnahmsweise das Verhältniß erlischt, gemäß § 672 S. 2 zum einstweiligen Forthandeln verpflichtet ist.

III. Der Werkvertrag soll, wenn er eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat, im Zweifel durch den Tod des Unternehmers erlöschen, jedoch seine Erben zum einstweiligen Weiterhandeln gemäß § 673 S. 2 verpflichtet sein; ebenso soll, wenn er, was im Zweifel nicht gilt, durch Tod oder eintretende Geschäftsunfähigkeit des Bestellers endigt, § 672 S. 2 zur Anwendung kommen. Hierzu s. ob. S. 675 fg.]

d. Besondere Anwendung des Miethvertrages.*

§ 403.

Nach dem Seerecht der Rhodier soll, wenn in einer Seegefahr zur Rettung von Schiff oder Ladung etwas aufgeopfert wird, der dadurch entstandene Schaden und Aufwand von den Eigenthümern des Geretteten verhältnißmäßig mit getragen werden[1]. Diesen Satz haben die Römer in ihr Recht aufgenommen[2], aber mit den Grundsätzen des Miethvertrages in folgender Weise in Verbindung gebracht: aus dem Miethvertrage hat der von dem Schaden oder dem Aufwand unmittelbar Betroffene einen Ersatzanspruch gegen den Schiffer, dieser einen Rückgriff gegen die Eigenthümer des Geretteten[3]. Näheres[4]:

---

* Dig. 14, 2 de lege Rhodia de iactu. — Glück XIV S. 199—232. Unterholzner II S. 353—358, Sintenis II S. 674—679. Goldschmidt ZS. f. HR. XXXV S. 41 fg. (1889). Heck das R. der großen Haverei S. 592 fg. (1889). [Basset des avaries communes. Th. de Paris 1889, Pündter de lege Rhodia (Erl. Diss. 1890), Salanson des avaries communes. Th. de Paris 1893. S. auch Denisse (§ 401 [11]) p. 89 s. Duval (§ 401 [11]) p. 69 s., Pernice Sav.-ZS. XIX. S. 84 fg. 162.]

[1] L. 1 D. 14, 2. § 403.

[2] Vgl. l. 9 D. 14, 2.

[3] L. 2 pr. D. 14, 2. Vgl. l. 2 § 7 eod. Ist der Schiffer selbst der unmittelbar Betroffene, so fällt das Erste weg. Goldschmidt und Heck betonen die gesetzliche Grundlage des Satzes: gesetzliche Anerkennung einer Gefahrsgemeinschaft. Die bona fides der actio locati und conducti gewährte dem Judex Raum für eine solche Anerkennung auch ohne gesetzliche Vorschrift.

[4] Die Vorschriften des r. R. sind in dem modernen Seer. näher entwickelt in der Lehre von der großen Haverei (avarie grosse). Das HGB. handelt von derselben in den Art. 702—735. [§ 700 fg. Das Binnenschifffahrtsgesetz v. 15/6

Digitized by Google

1. Zur Vertheilung kommt jeder Schaden oder jeder Aufwand, welcher die Folge einer zum Zweck der Rettung von Schiff oder Ladung vorgenommenen Handlung ist; Mittelbarkeit oder Unmittelbarkeit der Folge ist gleichgültig[5]. Bei der Berechnung des Schadens darf nur der Einkaufspreis der aufgeopferten Sachen, nicht ihr wirklicher Werth in Anschlag gebracht werden[6].

2. Die zu vertheilende Summe wird in der Weise vertheilt, daß von derselben einerseits die Eigenthümer des Geretteten[7], Schiff oder Ladung (oder Schiff und Ladung)[8], andererseits aber auch die Ersatzberechtigten selbst einen verhältnißmäßigen Theil tragen[9]. Bei der Schätzung der geretteten Sachen wird ihr jetziger Werth zu Grunde gelegt[10].

3. Was Jeder zu fordern hat, hat er vom Schiffer zu fordern. Dieser zieht seinerseits die auf das gerettete Gut fallenden Beiträge ein, und braucht bis zur Zahlung derselben das Gut nicht herauszugeben[11]. Zahlungsunfähigkeit eines Beitragspflichtigen fällt

---

1895 § 78 fg. hat die seerechtlichen Grundsätze der Haverei, wenn auch nicht ohne Abweichungen, auf die Binnenschifffahrt übertragen.]

[5] In den Quellen wird im Einzelnen erwähnt: a) das Auswerfen von Sachen zum Zweck der Erleichterung des Schiffes, l. 1 D. 14, 2 und öfter das.; b) Umladung eines Theils der Ladung auf ein kleineres Schiff, welches dann zu Grunde geht, l. 4 pr. D. 14, 2; c) Beschädigung des Schiffes selbst, Kappen von Masten u. dgl., l. 2 § 1. l. 3. l. 5 § 1 D. 14, 2; d) Loskauf von Piraten, l. 2 § 3 D. 14, 2; e) Beschädigung des im Schiffe verbliebenen Gutes in Folge des Auswerfens von anderem Gute, l. 4 § 2 D. 14, 2. — Daß für einen Schaden, welcher seinen Grund in einer Rettungsmaßregel nicht hat, kein Ersatz begehrt werden kann, sagen ausdrücklich l. 2 § 1. l. 4 pr. l. 5 pr. l. 6 D. 14, 2. Wie ist es aber, wenn eine Rettungsmaßregel ergriffen worden ist zur Abwendung einer irrigerweise angenommenen Gefahr? Es genügt „eine den Umständen nach vernünftige Ueberzeugung von deren Vorhandensein": Sf. VII. 89. — Vgl. HGB. Art. 702. 708—710. [§ 700. 706—708.]

[6] L. 2 § 4 D. 14, 2. A. M. Heck S. 604 fg. Anders das HGB. Vgl. im Allgemeinen das. Art. 711—717. [§ 709—715.]

[7] L. 4 pr. § 1. l. 5 pr. D. 14, 2. HGB. Art. 705. 706. 726. [§ 703. 704. 724.] Heck S. 595 fg.

[8] L. 2 § 2 D. 14, 2. Ausgenommen ist nur der gerettete Mundvorrath Weiter in den Ausnahmen geht das HGB. Art. 725 [723].

[9] L. 1 D. 14, 2. „Lege Rhodia cavetur, ut, si levandae navis gratia iactus mercium factus est, omnium contributione sarciatur quod pro omnibus datum est". Man kann auch so sagen: die Einzelnen sind beitragspflichtig: 1) mit dem Werth des Geretteten, 2) mit der Summe, welche ihnen bei Berechnung der Ersatzsumme gut geschrieben wird. Heck S. 616 fg. Vgl. HGB. Art. 718—724 [716—722]. Beitragspflicht der Fracht nach röm. R.? Heck S. 619.

[10] L. 2 § 4. l. 4 § 2 D. 14, 2.

Digitized by Google

nicht dem Schiffer zur Last, sondern erhöht die Beitragsquoten der Uebrigen[12]. —

Die Ausdehnung dieser Grundsätze auf andere Fälle, wo Jemand Sachen verschiedener Eigenthümer, zu deren Herausgabe er verpflichtet ist, in Händen hat, und die Sachen des Einen durch Aufopferung der Sachen des Andern rettet, läßt sich nicht abweisen[13].

[Vom Standpunkte des BGB. aus läßt sich eine derartige Ausdehnung der Grundsätze des HGB. oder des Binnenschifffahrtsgesetzes von der Haverie nicht rechtfertigen. Man stieße dabei schon deßwegen auf Schwierigkeiten, weil die Sätze des HGB. und des Binnenschifffahrtsgesetzes nicht ganz die gleichen sind. Und beide Gesetze wollen eigenthümlich liegende Specialfälle regeln; sollte ihre Grundidee auf andere Fälle anwendbar sein, so hätte es der Ausgestaltung dieser Idee im BGB. bedurft. Möglich ist, daß Jemand, der Sachen Mehrerer oder eigene und fremde in Händen hat, Sachen des Einen durch Aufopferung seiner eigenen oder derjenigen eines Dritten rettet und sowohl den Werth seiner Sachen, wie die Ersatzverbindlichkeit dem Dritten gegenüber, welche er über sich genommen hat, dem Eigenthümer der geretteten Sache als zu ersetzende Aufwendung anrechnen kann. Dieß setzt aber voraus, daß Sachen aufgeopfert werden, welche nicht auch ohne die Aufopferung in der gemeinschaftlichen Gefahr zu Grunde gegangen sein würden. Denn liegen die Umstände so, daß Letzteres eingetreten sein würde, so begründet die Aufopferung seitens des Inhabers keinen Schadensersatzanspruch des dritten Eigenthümers (der Zustand, welcher ohne die Aufopferung vorhanden wäre, wäre ja ebenfalls der des Untergegangenseins der Sachen, vgl. 249 und ob. § 258 [15] unter c), also auch keinen Rückgriff gegen den Eigenthümer der geretteten Sachen. Ebensowenig kann in einem solchen Falle der letztere verpflichtet sein, die von dem Handelnden geopferten eigenen Sachen zu ersetzen.]

Ist etwas zur Abwendung einer gemeinschaftlichen Gefahr aufgewendet worden, ohne daß ein Ersatzanspruch auf ein bestehendes obligatorisches Verhältniß gestützt werden kann, so ist ein Ersatzanspruch nur begründet nach den Grundsätzen von der Geschäfts-

---

[11] L. 2 pr. D. 14, 2. Ein directes Forderungsr. der Ersatzberechtigten gegen den Eigenthümer des geretteten Gutes ist nach gemeinem R. nur insoweit begründet, als die actio negotiorum gestorum contraria Platz greift ([14]). Anders nach dem HGB. Vgl. überhaupt das. Art. 727—734 [725—732].

[12] L. 2 § 6 D. 14, 2.

[13] Eben weil sie von den Römern auf die Regeln des Miethvertrages zurückgeführt worden sind und aus diesen sich ergeben. Sie müssen daher nicht nur bei anderen Fällen des Miethvertrages zur Anwendung kommen, so namentlich beim Fluß- und Landtransport, sondern auch z. B. beim Leihvertrag, und überhaupt in allen Fällen, in welchen in gleicher Weise Ersatzverbindlichkeit und Ersatzanspruch in derselben Person zusammentreffen. A. M. Goldschmidt S. 61, Heck S. 589 fg. (mit Ausnahme des Flußtransports. [Dernburg II § 114 [12].] [[A. M. auch Sf. XLVI. 22 (OLG.) zu Hamburg]].

Digitized by Google

führung und der ungerechtfertigten Bereicherung[14]. Der allgemeine Satz, daß, wer von einem Mehreren drohenden Schaden allein betroffen worden ist, gegen die Uebrigen einen Ersatzanspruch habe, ist nicht gerechtfertigt[15].

4. Andere gegenseitige Verträge über Gebrauch von Sachen und Diensten.

§ 404.

Wenn für Gebrauch von Sachen und Diensten nicht Geld, sondern eine andere Gegenleistung versprochen wird, so nennt man den Vertrag nicht Miethvertrag. Aber es gelten für denselben die gleichen Grundsätze, wie für den Miethvertrag[1].

Ebenso spricht man nicht von Miethvertrag, wenn gegen Entgelt eine Dienstleistung versprochen wird, welche allein oder vorwiegend in freier geistiger Thätigkeit besteht[2]. Aber auch in diesem

---

[14] S. § 431 [13. 13a. 18].

[15] Vgl. zu dieser und der vorhergehenden Note: Glück XIV S. 233. 234 und die daselbst Citirten, Thibaut Lehrb. § 644 und ACPra. VIII S. 146, W. Sell Versuche I S. 100, Unterholzner § 510. 1, Seuffert § 432 a. E., Puchta § 368 a. E., Sintenis § 118 [199], Jhering Jahrb. f. Dogm. X S. 347 fg., Goldschmidt und Heck an den in der vorigen Note citirten Stellen. Jhering leitet einen Ersatzanspruch her aus der bloßen Thatsache der Gemeinsamkeit der Gefahr: ebenso Bruns in v. Holtzendorff's Encyclop. I § 73 Nr. 2 und Eck die doppelseitigen Klagen S. 137. 138. Ich kann nicht zustimmen; vgl. § 449 [11a]. Man nehme an, daß Jemand etwas aufgewendet hat, um sein Grundstück vor einer Wassergefahr zu retten, die, wenn er sie nicht abgewendet hätte, auch andere Grundstücke betroffen haben würde, und daß er in dem geretteten Grundstück ein volles Aequivalent für die gemachte Aufwendung hat: Jhering und die beiden anderen genannten Schriftsteller müssen ihm einen Ersatzanspruch gewähren, ich würde ihm denselben versagen. Wenn er ihm gewährt wird, so wüßte ich nicht, aus welchem Grunde ein Ersatzanspruch demjenigen versagt werden sollte, welcher für sein Grundstück eine Aussichtsgerechtigkeit gekauft hat, die auch anderen benachbarten Grundstücken zu Gute kommt und sie vielleicht vor einer bedeutenden Werthminderung schützt.

§ 404. [1] Bei den Römern unterschied sich ein solcher Vertrag von dem Miethvertrage dadurch, daß er nicht schon durch die Beredung, sondern erst durch die von einer Partei gemachte Leistung rverbindlich wurde — es entstand aus demselben nur die actio praescriptis verbis. L. 5 § 2. l. 17 § 3 D. 19, 5, § 2 I. 3, 24. [Vgl. RG. XXXIII S. 129 fg.]

[2] Die Neueren sprechen in diesem Falle von operae liberales. Vgl. Unterholzner II S. 344. b. „Bei dergleichen Diensten mit den Neueren von operae liberales zu sprechen, klingt ungefähr, als wenn man bei uns von einem wissenschaftlichen Handwerk reden wolle". Cic. de officiis I c. 42 § 150:

Digitized by Google

Falle gelten die gleichen Regeln, wie für den Miethvertrag[3]. Namentlich haftet der Schuldner auch hier nicht bloß wegen Arglist,

„illiberales et sordidi quaestus mercenariorum omniumque, quorum operae, non artes emuntur".

[3] Auch wenn freies Kündigungsr. im Sinne des Vertrages liegt, braucht nicht zur Kategorie des Mandats gegriffen zu werden, wie in früheren Auflagen dieses Lehrbuchs [bis zur 3.] geschehen war; denn auch bei der Dienstmiethe ist freies Kündigungsr. nicht ausgeschlossen. Vgl. Dankwardt Jahrb. f. Dogm. XIII S. 308 fg. Immerhin ist es nicht unwichtig, ausdrücklich darauf aufmerksam zu machen, daß bei Verträgen dieser Art freies Kündigungsr. im Sinne der Parteien liegen kann. Wächter II S. 452. 478. Vgl. Sf. III. 49, XXIX. 126. [Nicht frei widerruflich ist der einem Auctionator ertheilte Versteigerungsauftrag: Sf. LIII. 223.] — Für die Römer war die Kategorie des Mandates die einzige juristische Kategorie, unter welche eine Beredung dieser Art gestellt werden konnte. Vgl. hierzu Löwenfeld (s. unt.) S. 386 fg. 399, Pernice Sav.-ZS. IX S. 242 fg. Wo diese Kategorie versagte, wurde das Geschäft als außerhalb des eigentlichen Rgebietes liegend angesehen, und es blieb nichts übrig, als zu versuchen, ob nicht von dem Inhaber der Jurisdictionsgewalt mit Rücksicht auf die Umstände des besonderen Falles ein außerordentliches Einschreiten (extraordinaria cognitio) zu erlangen sei. Hierfür bildete sich allmälig doch wieder eine gewisse Regel aus, namentlich was die Eintreibung des rückständigen Honorars anging, s. l. 1. 4 D. 50, 13, tit. Dig. 50, 14 de proxeneticis. Für einen einzelnen Fall, den Fall falscher Berechnung durch einen Feldmesser (mensor), war im praetorischen Edict auch Bestellung eines iudicium versprochen (Dig. 11, 6 si mensor falsum modum dixerit). S. übrigens auch Note [4]. Ueber den s. g. contractus suffragii s. l. un. C. 4, 3, Nov. 8 c. 1. Vgl. überhaupt Unterholzner II § 251. Heutzutage würde man die realen Verhältnisse und den darauf gebauten Sinn der Contrahenten sehr verkennen, wenn man Verträge dieser Art einer anderen rlichen Beurtheilung unterwerfen wollte, als gegenseitige Verträge überhaupt. Die Benützung geistiger Thätigkeit zum Erwerbe gilt heutzutage nicht nur nicht als eine Verletzung des Anstandes und der Würde, sondern hat auch längst aufgehört, etwas Außergewöhnliches und Auffälliges zu sein. Sie bildet einen Factor im Vermögensverkehr, wie jeder andere Factor, und kann daher — im Principe — für die rliche Beurtheilung eine Ausnahmsstellung ebensowenig verlangen, wie sie sich dieselbe gefallen zu lassen braucht. Vgl. die treffliche Darstellung von Ihering der Zweck im Re I S. 113 fg. 119 fg. 192 fg. (2. [u. 3.] Aufl. S. 106 fg. 112 fg. 186 fg.). Sintenis § 113. I Nr. 2 und § 119. I. A. M. Brinz 2. Aufl. II § 334 [14]; Löwenfeld (s. unten) S. 465 fg. Das Verhältniß wird auch dadurch nicht geändert, daß die Personen, welche solche Dienste leisten, zu diesem Ende vom Staate eine Approbation, Concession, Anstellung erhalten haben, wie Advocaten, Notare, Aerzte, Lehrer ꝛc. — wohl freilich dadurch, daß sie vom Staate berufen sind, in dessen Namen, als Organe desselben, thätig zu werden. In diesem letzteren Falle, welcher z. B. beim Richter vorliegt, wird allerdings mit denselben kein Contract abgeschlossen, sondern sie gewähren ihre Thätigkeit kraft des ihnen vom Staate ertheilten Auftrages. A. M. auch in Betreff des Advocaten, so wie „des Rconsulenten, des Lehrers, des Arztes, des agrimensor u. s. w.", Wetzell Civilproceß § 8 von Note [35] an, aber nicht mit Berufung auf die öffentliche Stellung dieser Personen, sondern weil die Dienste derselben „kein Vermögensinteresse dar-

Digitized by Google

sondern auch wegen Nachlässigkeit und wegen des Mangels derjenigen Kenntnisse und Fähigkeiten, welche der seine Dienste in Anspruch Nehmende bei ihm voraussetzen durfte[4]. Wenn ferner dem Schuldner die Verrichtung der Dienste, wenngleich ohne seine Schuld, unmöglich wird, so hat er keinen Anspruch auf die Gegenleistung[5], während

---

bieten". Die letztere Behauptung ist in dieser Allgemeinheit gewiß unrichtig, und würde, wenn sie richtig wäre, die daraus gezogene Consequenz nicht rechtfertigen (§ 250 [3]). — Im Besonderen über das Rverhältniß zwischen Advocaten und Clienten vgl. Dankwardt Jahrb. f. Dogm. XIII S. 367 fg. — Die Schrift von Löwenfeld, Inästimabilität und Honorirung der artes liberales nach röm. R., in der Münch. Festgabe für Planck 1887 S. 363 fg. ist vorzugsweise culturhistorischen Inhalts.

[4] Wer die Dienste eines Menschen in Anspruch nimmt, welcher von dem Besitze einer Kunst oder Wissenschaft Profession macht, darf, abgesehen von besonderen Umständen, voraussetzen, daß derselbe diejenigen Kenntnisse und Fähigkeiten habe, welche man in dieser Wissenschaft oder Kunst bei gewöhnlichem Fleiße und gewöhnlicher Gewissenhaftigkeit zu erwerben im Stande ist. Besondere Anlagen oder auch nur Anlagen überhaupt anzunehmen, hat er kein R. Sf. XXXI. 234, vgl. XX. 204. Was Sintenis II S. 339 sagt, daß „bei solchen Geschäften, wornach ein Dienst mittelst Anwendung einer Kunst oder Wissenschaft zu leisten ist", nur wegen culpa lata gehaftet werde, halte ich nicht für begründet; auch stimmt dazu nicht, was Sintenis selbst § 119 [2] ausführt. Das r. R. erklärt allerdings den mensor ([3]) nur für haftbar wegen dolus und lata culpa; aber die Beredung mit dem mensor galt den Römern auch nicht als eigentliches Rgeschäft (l. 1 § 1 D. 11, 6: „visum est enim, satis abundeque coerceri mensorem, si dolus malus solus conveniatur eius hominis, qui civiliter obligatus non est", s. auch l. 2 D. 50, 14), und dieser Grund fällt heutzutage weg ([3]). Uebrigens hat sich bei den Römern auch schon eine andere Auffassung des Vertrages mit dem mensor geltend gemacht, wonach dieser Vertrag sogar unter den Gesichtspunkt der Dienstmiethe gestellt wurde. S. l. 4 § 1 D. 10, 1 und über eine Stelle der s. g. lex Thoria (c. 44) Rudorff ZS. f. gesch. RW. X. S. 136 fg.; über die mensores überhaupt s. dens. das. S. 412 fg. und Hefke APraktRW. N. F. XIV. S. 151 fg., Löwenfeld S. 443 fg. Vgl. auch Schloßmann der Vertrag S. 293 fg., Pernice Labeo II S. 293 fg. Was den Arzt angeht, s. noch l. 6 § 7 D. 1, 18, l. 7 § 8. l. 8 pr. D. 9, 2, § 6. 7 I. 4, 3 (auch hier haben die Römer den Gesichtspunkt der Dienstmiethe nicht fern gehalten, l. 7 § 8 cit., vgl. dazu l. 26 § 1 D. 19, 5 nach der Restitution von Mommsen in seiner Ausgabe und Hefke APraktRW. N. F. XIV S. 55—69. 113—130, Löwenfeld S. 420 fg., Pernice Sav.-ZS. IX S. 247 [6]; in Betreff des Advocaten l. 14 § 1 C. 3, 1. — A. M. auch hier Wetzell a. a. O., welcher den Advocaten für levis culpa nur wegen der ausdrücklichen Vorschrift der Reichsgesetze (das. [17]) haften läßt. Vgl. Entscheid. des RG. X S. 138. In Betreff des Arztes ist a. M. Zimmermann ACPra. LVI S. 222 fg.; dawider Hefke a. a. O. S. 1 fg. 130 fg. Uebereinstimmend in Betreff des Notars Regelsberger civilr. Erörterungen I S. 185—187. Sf. XXVII. 136.

[5] Vgl. § 401 [6]. Besonderes R. galt bei den Römern für den patronus fisci; sein Gehalt wurde für das ganze Jahr, in welchem er gestorben war,

Digitized by Google

Nichtabnahme der Dienste durch den Gläubiger ihn, vorausgesetzt daß er seine Dienste nicht anderweitig in entsprechender Weise verwerthet hat, des Anspruchs auf die Gegenleistung nicht beraubt[6]. Auch hier ist es nicht erforderlich, daß die Gegenleistung ausdrücklich versprochen werde; wer Dienste von Jemandem in Anspruch nimmt, von dem er weiß, daß er solche Dienste nur gegen Entgelt leistet, verpflichtet sich, demselben zu leisten, was er fordern wird, vorausgesetzt daß seine Forderung nicht unbillig ist[7]. Die Frage ob die Gegenleistung für die Leistung der Dienste selbst gefordert werden kann, oder nur für einen bestimmten durch die Dienstleistung erzielten Erfolg, läßt sich nur nach den Umständen des einzelnen Falles beantworten[8. 9]. —

---

seinen Erben ausbezahlt. L. 15 § 1. l. 22 § 6. l. 24 § 6 C. 2, 7 [l. 15 § 1 C. 2, 7, l. 3 § 6. l. 5 § 6 C. 2, 8]. Ob auch für die gewöhnlichen Advocaten der Satz galt, daß schuldlose Verhinderung in der Führung des übertragenen Processes sie des Anspruchs auf das bedungene Honorar nicht beraube, ist doch sehr zweifelhaft. Die Quellen (l. 38 § 1 D. 19, 2, l. 1 § 13 D. 50, 13, l. 11 C. 4, 6) reden nur davon, daß das empfangene Honorar nicht zurückgegeben zu werden brauche, und dieß erklärt sich (einmal angenommen, daß aus dem Honorarversprechen keine eigentliche Verbindlichkeit entsteht) vollkommen aus dem R. der Voraussetzung (I § 100 [6]). Vgl. auch Mommsen Beiträge I S. 360—362, Wetzell Civilpr. § 8 [53—55], Puntschart die fundamentalen Verhältnisse des r. Privatr. S. 422 fg.

[6] L. 19 § 10 D. 19, 2, l. 4 D. 1, 22. Vgl. § 401 [7], und über den Schluß der zuletzt genannten Stelle Windscheid Heidelb. kr. ZS. II S. 139, Puntschart a. a. O. 421 fg.

[7] Vgl. § 399 [14] und die das. Citirten, § 386 [5a]. Sf. IV. 217, XX. 30, XXI. 47. 48. 49, XXXIV. 113. 114. Kierulff Entscheid. des OAG. zu Lübeck 1865 S. 1123—1124.

[8] Dem Advocaten wird ein Lohn versprochen nicht für die Gewinnung, sondern für die Führung des Processes, dem Arzte nicht für die Heilung, sondern für die Behandlung des Kranken — dem Makler dagegen nur für die Vermittelung des Geschäftes, nicht für seine Bemühungen um die Vermittelung. Sintenis § 119 [5]. Sf. X. 43, XXII. 134, XXVI. 240, XXVII. 225, XXIX. 125, XXX. 21. 22. 140, XXXIII. 298, XXXIV. 115, XXXVII. 306 (RG. Entscheid. VI S. 187), XXXVII. 307, XXXIX. 102, XL. 16, XLIV. 249, XLV. 13. Bl. f. RAnw. XLII S. 305 fg. Vgl. über den Makler noch Sf. XII. 155, XIV. 229, XXV. 210, XXX. 124; XIII. 14, XIV. 124, XXII. 39. Ferner Kuhn zur Lehre vom Mäklergeschäft. APraktRW. N. F. VI S. 221—255 (1869). [Riesenfeld der Civilmakler. Gruch. Beitr. XXXVI S. 790 fg. 1892. v. Koenig-Fachsenfeld der Mäklervertrag (pactum proxeneticum) im gem. R. Tüb. Diss. 1896. Neubauer der nichtkaufmännische Mäklervertrag in der Praxis insbes. nach preuß. ALR. ABR. VI S. 1 fg. — Sf. XLIX. 89. 90. 247, LI. 21. — Der Mäklerlohn ist nach herrschender Meinung nur dann verdient, wenn der Auftrageber bei Abschluß des Vertrages von der vermittelnden Thätigkeit des Mäklers Kenntniß hatte. S. RG. XXXI S. 289

Digitized by Google

[Nach dem BGB. liegt in den hier besprochenen Fällen Mieth-, Dienst- oder Werkvertrag vor, da das Entgelt bei allen diesen Verträgen beliebiger Art sein kann und das Versprechen freier geistiger Thätigkeit aus dem Rahmen des Dienst- oder Werkvertrags nicht hinausfällt.

Nur der Mäklervertrag (vgl. [8]) nimmt eine besondere Stellung ein, weil bei ihm der Mäkler den Nachweis der Gelegenheit zum Abschluß eines Vertrages oder die Vermittelung eines solchen nicht verspricht, sondern nur das Versprechen eines Lohnes für den Fall empfängt, daß in Folge seines Nachweises oder seiner Vermittelung der Vertrag zu Stande kommt (652 Abs. 1 S. 1). Anwendbar sind §§ 652 fg. aber auch dann, wenn der Mäkler versprochen hat, sich um den Abschluß des Vertrages zu bemühen. Die Vorschrift des § 653 entspricht denen der §§ 612. 632.

Der Mäkler, welcher den Lohn verlangt, muß den Beweis führen, daß zwischen seinem Auftraggeber und einem Dritten der Vertrag, auf welchen es abgesehen war, zu Stande gekommen ist und zwar in Folge seines Nachweises oder seiner Vermittelung. Im Zweifel wird, wenn der Mäklervertrag auf Nachweis der Gelegenheit lautete, doch auch eine anderweitige Vermittelung, welche zum Abschluß des Vertrages führt, ausreichen und umgekehrt. Kenntniß des Auftraggebers von der für den Abschluß des Vertrages causalen Thätigkeit des Mäklers verlangt das BGB. nicht, und es ist m. E. auch nicht gerechtfertigt, dieses Erforderniß aufzustellen. Wenn für dasselbe als Grund geltend gemacht wird (Dernburg pr. Privatr. II § 190 [14], Neubauer ([8]) S. 18), daß der Auftraggeber bei dem Vertragsschluß wissen müsse, ob er dem Mäkler eine Provision schuldig wird, damit er hiernach seine Bedingungen dem Mitcontrahenten gegenüber einrichten kann, so läßt sich doch erwidern, daß derjenige, welcher einen Mäklervertrag abgeschlossen hat und den Mäklerlohn auf seinen Mitcontrahenten abwälzen will, bei Verhandlungen mit Dritten sich erkundigen mag, ob sie auf Veranlassung des Mäklers zu ihm kommen. Auch ist es ein unbefriedigendes Ergebniß, daß der Mäkler, der den Vertrag objectiv durch seine Thätigkeit zu Stande gebracht hat, des vereinbarten Lohnes verlustig gehen soll, wenn der Auftraggeber in Folge von Umständen, die vom Willen des

---

fg. und dort Citirte, Sf. LIV. 147. — Sf. LII. 13 scheint dieß nicht zu verlangen. Handelsmäkler s. HGB. Art. 66 fg.; jetzt § 93 fg., Handlungsagenten § 84 fg.]

[9] Besondere Vorschriften über die Honorarverträge mit dem Advocaten: l. 1 § 10. 12 D. 50, 13, l. 7 D. 17, 1, l. 5. l. 6 § 2 C. 2, 6, K. G. O. I. 46 § 1, R. D. A. 1557 § 50. Bayer Vorträge § 101, Wetzell Civilproc. § 8 [38]. Emminghaus APraktRW. N. F. II S. 227 fg. III S. 347 fg. (1865. 1866). [Jetzt ist die Gebührenordnung f. Rechtsanwälte maßgebend. S. § 93 das.] — Ungültigkeit des Honorarversprechens an den Arzt, zu welchem der Kranke durch Mißbrauch der ärztlichen Gewalt oder durch seine eigene Furcht bestimmt worden ist. L. 3 D. 50, 13, l. 9 C. 10, 53 [52]. — Unbestimmte Zusagen eines Honorars verpflichten ebensowenig wie unbestimmte Zusagen überhaupt. L. 56 § 3 D. 17, 1, l. 17 C. 4, 35. Sf. X. 241 a. E., XVII. 124. Anders verstehen diese Stellen Unterholzner § 251 u. Sintenis II S. 682.

Digitized by Google

Mäklers unabhängig sind, von dessen Eingreifen nichts erfährt, wenn z. B. der vom Mäkler geschickte Mitcontrahent, der zugesagt hatte, zu erwähnen, von wem er komme, diese Zusage nicht hält. Hätte der Mäkler in solchem Falle auch möglicher Weise Rückgriff gegen den Mitcontrahenten (wegen Nichtausführung eines Auftrags), so wäre doch dieser Rückgriff ebenso möglicher Weise nichts werth.

Wird der Vertrag aufschiebend bedingt geschlossen, so ist der Mäklerlohn nur zu entrichten, wenn die Bedingung eingetreten ist (651 Abs. 1 S. 2; vgl. das alte HGB. Art. 82).

Der Mäkler hat kein Recht darauf, daß sein Auftraggeber den Vertrag schließt; er erhält keinen Lohn, wenn der Auftraggeber dieß willkürlich unterläßt. Schließt der Auftraggeber den Vertrag hinter dem Rücken des Mäklers, so ist dieß entweder durch vorangehende Thätigkeit des Mäklers ermöglicht; dann wird der Lohn geschuldet; oder eine für den Vertragsschluß causale Thätigkeit des Mäklers hat noch nicht stattgefunden; dann wird im Allgemeinen der Mäklerlohn nicht geschuldet; denn der Mäklervertrag verpflichtet die Partei nicht, dem Mäkler keine Concurrenz zu machen. Ist aber ausnahmsweise Letzteres der Sinn des Vertrages gewesen, so erhält der Mäkler seinen Lohn gemäß § 162 Abs. 1. Aufwendungen erhält der Mäkler im Zweifel nicht erstattet (652 Abs. 2).

Der Anspruch auf den Lohn wie auf den ausbedungenen Ersatz von Aufwendungen ist ausgeschlossen, wenn der Mäkler dem Inhalt des Mäklervertrages zuwider auch für den andern Theil thätig gewesen ist. Es muß aber diese Thätigkeit erweislich sein, ebenso wie bewiesen werden muß, daß sie dem richtig verstandenen Sinne des Mäklervertrages widerspricht. Im Zweifel ist dieß nicht der Fall (s. auch HGB. 98. 99 [früher 81. 83]).

Betrifft der Mäklervertrag den Nachweis der Gelegenheit zum Abschluß eines Dienstvertrages oder die Vermittelung eines solchen, so kann im Falle der Vereinbarung eines unverhältnißmäßig hohen Lohnes derselbe auf Antrag des Schuldners durch (constitutives) Urtheil auf den angemessenen Betrag herabgesetzt werden; jedoch nicht mehr, wenn er entrichtet ist (655, vgl. 343). Diese Vorschrift schließt nicht aus, daß beim Vorliegenden der weiteren Voraussetzungen des § 138 Abs. 2 der Mäklervertrag gänzlich nichtig ist.

Das Versprechen eines s. g. Ehemakellohns (vgl. Kohler ABR. XII S. 317 fg. 1896) ist nichtig; das auf Grund des Versprechens Geleistete kann aber nicht zurückgefordert werden. Dieselben Sätze gelten von einem Versprechen oder Schuldanerkenntniß, welches zum Zwecke der Erfüllung des Ehemakellohnversprechens abgegeben wird 656; vgl. ob. S. 175 fg. unter 2, b.]

Ein dem Miethvertrag verwandter Vertrag ist auch der Vertrag, durch welchen eine Sache zur Emphyteuse oder Superficies gegeben wird. Aber auch abgesehen davon, daß diese Rechtsverhältnisse zunächst dinglicher Natur sind, tritt für ihre rechtliche Ordnung der Vertrag in den Hintergrund und die gesetzliche Regel in den Vordergrund, so daß die gleichen Grundsätze für sie auch da gelten, wo sie nicht vertragsmäßig begründet worden sind.

Digitized by Google

E. Die Gesellschaft*.

1. Begriff und Abschluß.

§ 405.

Der Gesellschaftsvertrag ist gerichtet auf die Vereinigung von Leistungen Zweier oder Mehrerer in gemeinschaftlichem Interesse; die Leistung einer jeden der vertragschließenden Parteien soll nicht der anderen oder den anderen ausschließlich zu Gute kommen[1], sondern es soll durch die Zusammenwirkung der Leistung Aller ein Erfolg erzielt werden, welcher Allen zu Gute kommt[1a]. Im Besonderen kann der Gesellschaftsvertrag einen sehr verschiedenen Inhalt haben.

1. Das Endziel des Vertrages ist möglicherweise die durch die einzelnen Leistungen unmittelbar zu bewirkende Vermögensgemeinschaft. Diese Vermögensgemeinschaft kann eine mehr oder minder umfassende sein; sie kann sein eine Gemeinschaft des ganzen gegenwärtigen und zukünftigen Vermögens[2], bloß des gegenwärtigen oder bloß des zukünftigen Vermögens[3], bloß einer gewissen Art des Erwerbes[4], einzelner bestimmter Sachen[5].

---

* Societas. Inst. 3, 25 de societate. Dig. 17, 2 Cod. 4, 37 pro socio. — Kritz Pandektenr. Thl. I Bd. 2 S. 23—190 (1837). Glück XV S. 371—476; Unterholzner II S. 378—392, Sintenis II § 121, Vangerow III § 651—655, Brinz 2. Aufl. II § 335. [Jaspar des sociétés particulières. Th. de Paris 1887, Tripard de la société. Th. de Paris 1890, Heller Grundzüge des Gesellschaftsr. nach dem BGB. f. d. deutsche Reich. Erl. Diss. 1898.] — Zur geschichtlichen Entwickelung des röm. Gesellschaftsvertrages: Lastig ZS. f. HR. XXIV S. 409 fg., Pernice Sav.-ZS. III S. 48 fg.

§ 405. [1] Vgl. l. 13 § 1 D. 19, 5: — „nemo societatem contrahendo rei suae dominus esse desinit".

[1a] Es ist aber kein Grund vorhanden, deßwegen den Gesellschaftsvertrag aus der Reihe der gegenseitigen Verträge auszuschließen, wie Kuntze zu Holzschuher III S. 38 vorschlägt. Der Gesellschaftsvertrag ist nur ein gegenseitiger Vertrag besonderer Art. [Zur Abgrenzung: RG. XXXIII S. 125 fg. XXXVI S. 197 fg., Sf. LI. 104.]

[2] L. 1 § 1. l. 3 § 1. l. 5 pr. l. 65 pr. § 3. l. 73 D. 17, 2. Dernburg II § 125.

[3] Wie ist es, wenn der Gesellschaftsvertrag auf den künftigen „Erwerb" gerichtet ist? In l. 8. 13 D. 17, 2 (s. auch l. 71 § 1 eod., l. 45 § 2 D. 29, 2) wird „quaestus" ausgelegt = Verdienst, so daß die societas quaestus den künftigen Erwerb aus Schenkungen und letztwilligen Zuwendungen nicht ergreifen soll. Nach l. 7 D. 17, 2 soll, wenn einfach ausgemacht sei, man gehe eine Gesellschaft ein, im Zweifel angenommen werden, es sei eine societas quaestus

Digitized by Google

2. Das Endziel des Vertrages ist die Erreichung eines außerhalb der Leistungen der Gesellschafter liegenden Zweckes, dessen Erreichung durch ihre Leistungen ermöglicht werden soll. Dieser Zweck muß ein erlaubter[6], kann im Uebrigen von der verschiedensten Art sein. Der Hauptfall ist, wo der Gesellschaftszweck in der Erzielung eines Vermögensgewinnes besteht[7], mag dieser Vermögensgewinn durch Geschäftsthätigkeit erzielt werden sollen, oder in anderer Weise[8]. Unter den Fällen, wo der Vermögensgewinn durch Geschäftsthätigkeit erzielt werden soll, ist der bei weitem wichtigste der, wo die Absicht nicht auf ein einzelnes Geschäft[9], sondern auf eine fortlaufende Geschäftsthätigkeit[10] gerichtet ist. Hierher gehört die Handelsgesellschaft, welche im modernen Recht mannigfach in eigenthümlicher und vom römischen Recht abweichender Weise entwickelt worden ist, und für welche jetzt in Deutschland das deutsche Handelsgesetzbuch die fast ausschließliche[10a] gemeinrechtliche Quelle bildet[11]. — Die Beiträge der Parteien, durch welche die Erreichung des gemeinschaftlichen

---

gemeint — eine Wortinterpretation, welche für unsere Verhältnisse gewiß nicht begründet ist. Vgl. Sintenis [11].

[4] L. 3 § 2 D. 17, 2. — „ut si qua iusta hereditas alterutri obvenerit communis sit". Vgl. auch [3].

[5] L. 58 pr. i. f. D. 17, 2. In l. 5 pr. l. 65 pr. D. 17, 2 unter „res" ohne Zweifel „Geschäft" zu verstehen. Vgl. l. 65 § 10 D. 17, 2. — Gemeinschaft bloß in Betreff des Gebrauchs: vgl. Stölzel über die „Verhältnisse an gemeinschaftlichen Winkeln" APraktRW. N. F. IV S. 1 fg. (1867).

[6] L. 57 D. 17, 2, l. 70 i. f. D. 46, 1. Sf. IX. 287, XIII. 257. [Syndicate, Kartelle: RG. XXXVIII S. 155 fg. und dort Citirte. Vgl. auch Sobernheim die juristische Natur der s. g. Syndicate. Gött. Diss. (1894/5). — Gesellschaft zu Differenzgeschäften: Sf. LIV. 149 (RG.).]

[7] Der Zweck kann aber auch z. B. Vergnügen, Geselligkeit, Belehrung, Förderung von Wissenschaft, Kunst, Religion sein, oder wenn auch ein Vermögenszweck, doch nicht die Erzielung von Gewinn, s. z. B. l. 52 pr. § 11. 12. 13. l. 65 § 2. 4 D. 17, 2. — Von dem Fall, wo der Gesellschaftszweck die Erzielung von Vermögensgewinn ist, handelt die Schrift von Treitschke: die Lehre von der unbeschränkten obligatorischen Gewerbegesellschaft und von Commanditen. Nach r. R., mit Rücksicht auf neuere Gesetzgebungen. 1844.

[8] Z. B. durch Fruchtziehung (l. 52 § 2 D. 17, 2), durch Ertheilung von Unterricht (l. 71 pr. D. 17, 2), durch schauspielerische Darstellung oder andere öffentliche Aufführungen, durch Ausstellung von Kunstwerken. Vgl. Sf. XXVI. 27. [Gemeinschaftliche Herausgabe einer Zeitschrift: RG. XXXIII S. 31 fg. Gemeinschaftliche Ausnutzung eines Patents: Sf. LIV. 221. Mehrere Patentanwälte: Sf. LII. 16.]

[9] L. 58 pr. D. 17, 2, l. 44 eod., l. 2 C. 4, 37, l. 13 § 1 D. 19, 5; vgl. l. 31—33 D. 17, 2. Thöl Handelsr. I § 203. Sf. X. 45.

[10] L. 5 pr. l. 52 § 4. 5. D. 17, 2. Sf. XVIII. 36.

Digitized by Google

Zweckes ermöglicht werden soll, können in Sachen, körperlichen oder unkörperlichen, oder in Arbeit[12] bestehen. Bestehen sie in Sachen, so ist entweder möglich, daß diese Sachen dem Rechte nach gemeinschaftlich gemacht, oder daß sie nur zum Zweck des Gebrauchs, der Benützung, der Verwendung, der Veräußerung, zur Verfügung gestellt werden sollen[13]. Daß die zu leistende Arbeit einen Geldwerth habe, ist nicht nothwendig[14], obgleich dieß das Regelmäßige ist.

Aus dem Begriff der Gesellschaft folgt, daß jeder Gesellschafter einen Beitrag geben, und einen Antheil an dem Gesellschaftsvortheil haben muß; ist das Eine oder das Andere nicht der Fall, so liegt nicht Gesellschaft vor, sondern eine unter dem Namen der Gesellschaft versteckte Schenkung[15]. Dagegen wird der Begriff des Gesellschaftsvertrages dadurch nicht ausgeschlossen, daß die Größe des Antheils eines Gesellschafters der Größe seines Beitrages nicht entspricht[16]. Auch das kann bei der Gesellschaft ausgemacht werden,

---

[10a] S. HGB. Art. 10. [§ 4 Abs. 2. — Das neue HGB. regelt natürlich die Handelsgesellschaften und die stille Gesellschaft im Anschluß an das BGB. (HGB. § 105 Abs. 2. 161 Abs. 2. 320 Abs. 2. 338. 339).]

[11] HGB. Buch II. Die besonderen Vorschriften desselben können hier nur angedeutet werden. Für das r. R. s. Rösler die rliche Natur des Vermögens der Handelsgesellschaften nach r. R. ZS. f. HR. IV S. 252—326, für das R. vor und außer dem HGB. Thöl Handelsr. I § 116—120, und Treitschke (7).

[12] § 2 I. 3, 25, l. 52 § 2. 7. l. 80 D. 17, 2, l. 1 C. 4, 37. Beitrag bestehend in der Ueberlassung einer Bestellung: Sf. XXXIV. 205.

[13] L. 58 pr. § 1. l. 52 pr. D. 17, 2. Ob das Eine oder das Andere gewollt sei, ist lediglich nach den Umständen des einzelnen Falles zu bestimmen. Vgl. Gesterding Irrthümer S. 291 fg., Guyet Abhandlungen Nr. 9, Treitschke § 32. 33, Vangerow § 651 Anm. 2, Sintenis [24], Holzschuher III § 304 Nr. 4, Rösler ZS. f. HR. IV S. 259—261. [Schürmann z. Lehre von der societas quoad usum und quoad sortem. Gött. Diss. 1889. Porzig über das Rverhältniß der in eine Erwerbsgesellschaft gemachten Einlagen nach r. Re. Gött. Diss. 1890. Kallfelz Eigenthumsübergang behufs Bergemeinschaftung zwischen Gesellschaftern. Erl. Diss. 1898 S. 8 fg.] — HGB. Art. 91 [gestrichen wegen BGB. 706.]

[14] S. § 251 [3].

[15] L. 29 § 2 D. 17, 2, l. 5 § 1 eod., l. 16 § 1 D. 4, 4, l. 32 § 24 D. 24, 1. Sf. XVI. 110. Vgl. das. XXI. 120, XXXII. 134. Ueber l. 69 D. 17, 2 (eine der sieben leges damnatae) vgl. Glück XV S. 449 fg., Leist ZS. f. CR. u. Pr. XVII S. 350 fg., Kohler Annalen der Großh. Badischen Gerichte 1875 S. 344. 355 fg.

[16] Scheinbar widersprechend ist l. 29 pr. D. 17, 2, vgl. § 1 eod. Aber diese Stelle will wohl nur sagen, daß in einem solchen Falle der Vertrag nicht ausschließlich als Gesellschaftsvertrag, sondern auch als Schenkungsvertrag gelte (s. g. negotium mixtum donatione). Wenigstens ist nicht abzusehen, weßwegen eine Vereinbarung der gedachten Art den ganzen Gesellschaftsvertrag eher un-

Digitized by Google

daß, wenn sich als Resultat der gemeinschaftlichen Unternehmung Schaden ergeben sollte, derselbe nach einem andern Verhältniß getheilt werden solle, als der sich etwa ergebende Gewinn, selbst das, daß der Schaden einen Gesellschafter allein treffen solle[17].

Geschlossen wird der Vertrag durch die erklärte Einigung der Parteien über die wesentlichen Punkte. Einer Form bedarf die Erklärung dieser Einigung nicht[18].

[Nach dem BGB. ist Gesellschaftsvertrag ein Vertrag, durch welchen sich die Gesellschafter gegenseitig verpflichten, die Erreichung eines gemeinsamen Zweckes in der durch den Vertrag bestimmten Weise zu fördern, insbesondere die vereinbarten Beiträge zu leisten (705). Daß sich ein Theil verpflichtet, sein zukünftiges Vermögen (2) oder einen Bruchtheil desselben einzubringen, ist nach BGB. nicht möglich (310). Der Vertrag ist formlos, sofern nicht der Gegenstand eines zu leistenden Beitrages die Anwendbarkeit einer Formvorschrift begründet (311. 313). Der Hauptunterschied der Gesellschaft des BGB. gegenüber derjenigen des gemeinen Rechts besteht darin, daß bei jener das Gesellschaftsvermögen ein Gesammthändervermögen ist (718 fg.), bei dieser im gewöhnlichen Miteigenthum der Gesellschafter steht.]

2. Rechtsverhältnisse.

a. Nach Innen.

§ 406.

Die Verpflichtungen der Gesellschafter gegen einander stehen unter freiem richterlichen Ermessen[1] [vgl. BGB. 242]. Die Hauptpunkte sind folgende.

---

gültig machen sollte, als der Kaufvertrag durch zu niedrige Ansetzung des Kaufpreises ungültig wird (l. 38 D. 18, 1, l. 5 § 5 D. 24, 1). S. auch § 1 I. 3, 25. Treitschke § 4, Unterholzner § 383 [t], Sintenis [35 a. E.].

[17] L. 29 § 2. l. 30 D. 17, 2, § 2 I. 3, 25. Bangerow § 651 Anm. 1. Ist bloß über den Antheil am Gewinn, oder bloß über den Antheil am Schaden etwas ausgemacht, so gilt die gleiche Festsetzung auch für das Gegentheil § 3 I. 3, 25.

[18] Für den Handelsgesellschaftsvertrag erfordert das HGB. (Art. 85—89. 151—154 [§ 106—108. 123. 161 Abs. 2. 162]) öffentliche Bekanntmachung durch Eintragung in das Handelsregister, jedoch nicht als Bedingung der Gültigkeit. S. auch Thöl 6. Aufl. I § 117 [8]. — Verstellung von Bestimmungen des Vertrags auf das Ermessen eines Dritten oder eines Gesellschafters: l. 75—80. l. 6 D. 17, 2. Bedingung und Befristung: l 1 pr. D. 17, 2 l. 6 C. 4, 37. Stillschweigender Abschluß: Holzschuher III § 304 Nr. 1. [Vorvertrag: Sf. XLVII. 190.]

[1] Die actio aus dem Gesellschaftsvertrag (actio pro socio) ist actio bonae fidei, § 28 I. 4, 6, l. 52 § 1 D. 17, 2. Dieselbe ist „ab utraque parte directa", § 2 I. 4, 16. Ueber die Anwendbarkeit der exceptio non adimpleti § 406.

Digitized by Google

1. Jeder Gesellschafter hat den versprochenen Beitrag zu liefern, also, wenn derselbe in Arbeit besteht, die betreffenden Dienste zu leisten[2]. Wird ihm die Lieferung des versprochenen Beitrages unmöglich, so haftet er außer wegen Arglist auch wegen derjenigen Nachlässigkeit, welche er in eigenen Angelegenheiten nicht zu begehen pflegt[3]. Ist die Unmöglichkeit ohne Schuld des Gesellschafters eingetreten, so braucht er zwar keinen Ersatz zu leisten, kann aber auch nicht fordern, daß die anderen Gesellschafter ihre Beiträge liefern, ausgenommen in dem Falle, wo von seiner Seite bereits eine Entäußerungserklärung vorliegt[4].

2. Auch in dem Falle, wo der Gesellschafter durch sein Verhalten in Gesellschaftsangelegenheiten der Gesellschaft einen Schaden

---

contractus gegenüber der actio pro socio s. Zimmermann ACPra. LIV S. 255 fg. Sf. XXV. 237. — Man bemerke: es gibt nur Verpflichtungen der Gesellschafter gegen einander; es gibt nicht Verpflichtungen der Gesellschaft gegen die Gesellschafter oder umgekehrt, als wäre die Gesellschaft eine von den Personen der Gesellschafter verschiedene, eine juristische Person. Wenn man von Verpflichtungen der Gesellschaft und gegen die Gesellschaft spricht, so ist „Gesellschaft" nur ein abgekürzter Ausdruck für die Personen der Gesellschafter. Sf. XII. 271 (vgl. III. 198). — Anders bei der Actiengesellschaft; diese ist in Wirklichkeit juristische Person. S. I § 58 [5]. Ueber die offene Handelsgesellschaft s. § 407 [2]. [Actio pro socio in Bezug auf einzelne Verbindlichkeiten: RG. XL S. 32 vgl. Sf. LI. 130. Inwiefern die actio pro socio übertragbar: Sf. LIV. 221.]

[2] Bei der Gesellschaft des ganzen Vermögens muß auch dasjenige beigetragen werden, was ein Gesellschafter in Folge einer gegen ihn verübten unerlaubten Handlung, nicht aber, was er durch eigene unerlaubte Handlung erworben hat. L. 52 § 16. 17. l. 53—55 D. 17, 2. — Bei der genannten Gesellschaft bedarf es für die zur Zeit der Eingehung vorhandenen körperlichen Sachen keiner besonderen Tradition; dieselbe gilt als stillschweigend gemacht (constitutum possessorium). S. I § 171 [2]. Treitschke § 37. Sintenis [20].

[3] Die Quellen sagen bald allgemein, der Gesellschafter hafte auch wegen Nachlässigkeit, bald bestimmen sie die Nachlässigkeit, wegen welcher er haftet, näher in der im Text bezeichneten Weise. L. 52 § 2. 3. 11 D. 17, 2; l. 72 D. 17, 2, § 9 I. 3, 25. Hasse Culpa § 69, Treitschke § 21—24, Ubbelohde ZS. f. HR. VII S. 238—241. — HGB. Art. 94. [Gestrichen, und zwar Abs. 1 wegen BGB. 708, Abs. 2 als selbstverständlich (s. Denkschr. S. 88 [Guttentag]).]

[4] S. l. 58 pr. § 1 D. 17, 2 und § 321, 3. Man bemerke in l. 58 pr. cit. die Worte: „si id actum dicatur, ut quadriga fieret eaque communicaretur". Es wird nicht Tradition verlangt, damit der Gesellschafter von der Gefahr des Unterganges der beizutragenden Sache frei sei. Vgl. Windscheid Heidelb. kr. ZS. II S. 143. 144; abweichende Ansichten bei Wächter ACPra. XV S. 206—211, Mommsen Beiträge I § 33, Puntschart die fundamentalen Rverhältnisse des r. Privatr. S. 479 fg., Loewy Unmöglichkeit der Leistung (§ 321 [10]) S. 113 fg., Dernburg II § 126 [10].

Digitized by Google

zufügt, wird ihm als Schuld außer der Arglist nur die zuvor bezeichnete Nachlässigkeit angerechnet[5]. Ueberläßt er die Besorgung von Gesellschaftsangelegenheiten, welche er selbst hätte besorgen sollen, Andern, so haftet er für den daraus entstehenden Nachtheil unbedingt[6].

3. Der Gesellschafter muß herausgeben[7], was er für die Gesellschaft[8] oder aus Gesellschaftsvermögen[9] erworben hat. Umgekehrt kann er Ersatz für die Aufopferungen verlangen, welche er im Interesse der Gesellschaft gemacht hat[10], sowie für den Schaden, welchen er bei Gelegenheit der Besorgung von Gesellschaftsangelegenheiten erlitten hat[11]. — Bei der Gesellschaft des ganzen Vermögens kann der Gesellschafter verlangen, daß alle Schulden aus der Gemeinschaft bezahlt werden; nur seine Delictsschulden werden ihm auf seinen Theil allein angerechnet[12].

---

[5] L. 52 § 2. 3. 11 D. 17, 2 in Verbindung mit dem in Note [8] Gesagten. Zu l. 52 § 3 cit. vgl. § 264 [9] lit. b. S. auch l. 10 pr. D. 16, 2 und dazu Dernburg Compensation 2. Aufl. S. 333 fg. — Sf. IX. 28.

[6] L. 23 pr. § 1 D. 17, 2. Vgl. § 401 [5], auch § 258 [4]. Burchardi über die Verantwortlichkeit des Schuldners für seine Gehülfen S. 46 fg., v. Wyß die Haftung für fremde Culpa S. 111 fg., Ubbelohde ZS. f. HR. VII S. 285 fg., Goldschmidt das. XVI S. 318.

[7] D. h. in das gemeinschaftliche Vermögen bringen (communicare), l. 67 pr. D. 17, 2. Unter Umständen auf Grund einer vorher gelegten Rechnung, vgl. § 430 [9]. Sf. XXIX. 235. [XLVIII. 26. 188, RG. XX S. 45.]

[8] L 52 pr. l. 67 pr. l. 74 D. 17, 2. Vgl. l. 52 § 5 D. 17, 2. Sf. VI. 194. Vgl. XXXIII. 24 (Gewinne aus verbotenem Lotteriespiel).

[9] L. 38 § 1 D. 17, 2, l. 1 § 1 D. 22, 1, l. 60 pr. D. 17, 2, vgl. l. 63 § 9 D. 17, 2. Dahin gehört namentlich auch der Nutzen, welchen der Gesellschafter dadurch zieht, daß er Gesellschaftsgeld oder Geld, welches er der Gesellschaft herausgeben müßte, in seinem eigenen Nutzen verwendet, l. 1 § 1 cit., l. 60 pr. cit. („si aut usus ea pecunia non sit, aut moram non fecerit"; der Anfang der Stelle ist ungeschickt ausgedrückt, vgl. Sintenis [21], aber auch Mommsen Beiträge III S. 238. 239). Dagegen braucht er Zinsen, welche er von Geld der bezeichneten Art durch Ausleihung für sich zieht, nach allgemeinen Grundsätzen (§ 327 [12]) nicht herauszugeben, weil er die Gefahr der Ausleihung trägt. Hat er sich aber widerrechtlich in den Besitz von Gesellschaftsgeld gesetzt, so zahlt er Zinsen wegen der dadurch begründeten mora ex re (§ 278, 2, l. 1 § 1 cit. (— „quod pecuniam communem invaserit"), und war er verpflichtet, das Geld für die Gesellschaft zinsbar anzulegen, so zahlt er Zinsen als Schadensersatz. Sf. XXIX. 130. — HGB. Art. 95 [§. 111].

[10] L. 38 § 1. l. 52 § 10. 12. 15. l. 67 pr. D. 17, 2, l. 2 C. 4, 37. Mit Zinsen, weil er sonst keinen vollen Ersatz haben würde; l. 67 § 2 D. 17, 2, Sf. IX. 30. — HGB. Art. 93 [§ 110].

[11] L. 52 § 4. l. 60 § 1. l. 61 D. 17, 2. Bei Gelegenheit; anders beim Mandate, l. 26 § 6 D. 17, 1. Vgl. § 410 [16] und Schirmer ZS. f. RGesch. X S. 70—83, Regelsberger Rgutachten i. S. der Bank zu Winterthur gegen Baseler Bankhäuser (Basel 1877) S. 22 fg. [HGB. Art. 93, jetzt § 110.]

Digitized by Google

4. Der Gesellschafter hat Anspruch auf Herausgabe eines verhältnißmäßigen Theils des Gesellschaftsvortheils. Ueber die Größe dieses Antheils entscheidet die Festsetzung im Vertrage; bei Mangel derselben kommt jedem Gesellschafter ein gleicher Antheil zu[13]. Das Gesagte gilt sowohl für die Vertheilung der Einkünfte des gemeinschaftlichen Vermögens bez. des laufenden Gewinnes, als für die Vertheilung des gemeinschaftlichen Vermögens selbst nach Auflösung der Gesellschaft bez. des dann sich herausstellenden Gewinnes[14].

5. Die Gesellschafter haben gegen einander die Rechtswohlthat des Nothbedarfs[15]. Der durch die Zahlungsunfähigkeit eines Gesellschafters entstehende Schaden ist auf alle zu vertheilen[16].

---

[12] L. 27. l. 73. l. 81 D. 17, 2, l. 39 § 3 D. 10, 2; l. 52 § 18. l. 59 § 1 D. 17, 2. Bedingte und befristete Schulden: l. 27. 28 D. 17, 2 (I § 89. 96).

[13] § 1 I. 3, 25, l. 29 pr. D. 17, 2. Es ist zwar vielfach behauptet worden, an diesen Stellen seien unter „aequae, aequales partes", verhältnißmäßig gleiche Theile zu verstehen, aber diese Auslegung ist offenbar willkürlich. Vgl. Vangerow § 655 Anm. und die daselbst Genannten. Sf. VII. 175. Die Quellen finden es allerdings durchaus billig, daß der Antheil an dem Gesellschaftsvortheil nach der Höhe des Beitrages bestimmt werde, l. 6. l. 76—89 D. 17, 2; nach den oben genannten Stellen aber muß man annehmen, daß sie in der Unterlassung der Festsetzung von Gesellschaftsantheilen entweder die Erklärung finden, die scheinbar ungleichen Antheile seien in der Wirklichkeit gleich, indem nämlich die Persönlichkeit der Gesellschafter mit in die Wagschale gelegt wird (l. 80 i. f. D. 17, 2), oder einen Verzicht des einen größeren Beitrag leistenden Gesellschafters. — HGB. Art. 109. „Der Gewinn oder Verlust wird, in Ermangelung einer anderen Vereinbarung, unter die Gesellschaft nach Köpfen vertheilt". [§ 121 Abs. 3.] Vgl. Art. 268. [Entsprechend für die Vereinigung zu einzelnen Handelsgeschäften für gemeinschaftliche Rechnung. Diese Partie des HGB. ist gestrichen. S. BGB. 722.] (Gewinn ist aber nach dem HGB. [Art. 106] nur, was übrig bleibt, nachdem jeder Gesellschafter 4% Zinsen von seiner Einlage bezogen hat.) [Jetzt § 121 Abs. 1.]

[14] Nach Auflösung der Gesellschaft ist, wenn die Gesellschaft lediglich auf Gemeinschaftlichwerden von Vermögensstücken gerichtet war, das vorhandene Vermögen nach den Gesellschaftsantheilen zu vertheilen, ohne Rücksicht auf die Größe der von den einzelnen Gesellschaftern eingeschossenen Beiträge. Dagegen ist bei einer auf Erzielung von Gewinn gerichteten Gesellschaft nach den Gewinnantheilen der einzelnen Gesellschafter eben auch nur der vorhandene Gewinn zu vertheilen, nicht dagegen das vorhandene Vermögen. Gewinn ist aber nur der Ueberschuß über die gemachten Einlagen; jeder Gesellschafter zieht also vorher seine ganze Einlage zurück, und nicht etwa nur den seinem Gewinnantheil entsprechenden Theil derselben. Vgl. hierüber namentlich Vangerow § 651 Anm. 2 Nr. 2. Sf. VII. 175. [LI. 261.] Ueber das HGB. s. [13] a. E. — Kann nach Auflösung der Gesellschaft auf Grund des Gesellschaftsvertrages auch reelle Abtheilung des Gemeinschaftlichen verlangt werden? Ohne allen Zweifel, obgleich bei den Römern dem iudex in der actio pro socio die Adjudicationsbefugniß fehlte.

Digitized by Google

[1. Nach BGB. haben die Gesellschafter im Zweifel gleiche Beiträge zu leisten (706 Abs. 1).

a) Ob Sachen, welche nach dem Vertrage einzubringen sind, gemeinschaftliches Eigenthum der Gesellschafter, oder aber nur für die Zwecke der Gesellschaft gebraucht werden sollen (vgl. § 405 [13]), ist Auslegungsfrage. Im Zweifel soll das erstere angenommen werden, wenn vertretbare oder verbrauchbare Sachen beizutragen sind, sowie wenn nicht vertretbare und nicht verbrauchbare Sachen nach einer Schätzung einzubringen sind, die nicht nur für die Gewinnvertheilung bestimmt ist (706 Abs. 2; vgl. das alte HGB. 91). Darüber, welchen Zweck eine Schätzung hat, besteht aber keine Rechtsvermuthung. Auch besteht bei Einbringung von Sachen, in Ansehung deren ein Grund der Rechtsvermuthung für die Einbringung dem Eigenthume nach nicht besteht, deßwegen noch keine Vermuthung für die Einbringung nur dem Gebrauche nach. Daß ein Beitrag auch in Diensten bestehen kann (§ 406 zu [2]. § 405 zu [12. 14]), stellt § 706 Abs. 3 ausdrücklich fest. Es ist aber außer Sachen und Diensten auch alles Andere fähig, den Beitrag eines Gesellschafters auszumachen, was den Gesellschaftszweck zu fördern geeignet ist (vgl. 705).

b) Bei Beiträgen von Sachen oder Rechten, die in das Gesellschaftsvermögen übergehen sollen, sind in Bezug auf Rechts- und Sachmängel die Sätze des Kaufrechts anwendbar (445. 493); denn es liegt eine entgeltliche Veräußerung vor. Wird dagegen eine Sache nur zum Gebrauch der Gesellschaft zur Verfügung gestellt, so besteht kein Anhalt, die entsprechenden Sätze von der Miethe zur Anwendung zu bringen. Es würde auch insbesondere das Kündigungsrecht aus § 542 nicht am Platze sein, weil § 723 Abs. 1 S. 2 nur in beschränkterer Weise eine Kündigung rechtfertigt. Man hat auch nicht beabsichtigt, die Regeln des Miethrechts hier zur Anwendung zu bringen, sondern wollte dem nach Treu und Glauben ausgelegten Gesellschaftsvertrag die Entscheidung überlassen (Mot. II S. 600).

c) Wenn ein Gesellschafter seinen Beitrag nicht leistet (vgl. [1]), so können die Grundsätze vom gegenseitigen Vertrage nicht rein zur Anwendung kommen. Nach § 705 erscheinen zwar die Beitragspflichten als gegenseitige Verpflichtungen unter den Gesellschaftern. Nach § 718 Abs. 1 aber sind die Beiträge Gesammthändervermögen. Auch die Forderungen auf Leistung von Beiträgen sind bereits als Gegenstände dieses Gesammthändervermögens anzusehen. Kein einzelner Gesellschafter kann den andern auf Leistung seines Beitrages belangen, sondern es kann nur dieses Gesellschaftsgeschäft wie jedes andere (709 fg.), von allen Gemeinschaftern zusammen, eventuell mit Mehrheit, oder durch die geschäftsführenden Gesellschafter beschlossen und durchgeführt werden. Gegenüber der Schwierigkeit, daß dann auch der im Rückstand befindliche Gesellschafter selbst zustimmen müßte oder Stimmrecht haben könnte, läßt sich auf die dieß ausschließende Analogie des § 34 BGB. verweisen. Demnach kann aber auch dem belangten Gesellschafter

---

L. 43 D. 17, 2, l. 1 D. 10, 3. [Auseinandersetzung bei Ende der Gesellschaft mit Bezug auf Herausgabe einer Zeitschrift: RG. XXXIII S. 31 fg.]

[15] S. § 267, 6.

[16] L. 63 § 5. l. 67 pr. D. 17, 2.

Digitized by Google

die Einrede des nichterfüllten Vertrages aus dem Grunde, weil auch ein anderer Gesellschafter seinen Beitrag noch nicht geleistet habe, nicht zustehen; denn nicht dieser ist es, der von ihm die Leistung fordert, und diejenigen, welche ihre Beiträge geleistet haben, brauchen sich die Einrede, daß außer dem jetzt Belangten noch ein Anderer säumig ist, nicht gefallen zu lassen. Nur in dem Falle, daß noch Niemand geleistet hat, kann man zu dem Ergebniß kommen, daß der zuerst Belangte sich weigern kann, mit seinem Beitrage voranzugehen, und in dem Falle, daß nur zwei Gesellschafter vorhanden sind, kann der Belangte seinen Beitrag verweigern, wenn nicht der Andere den seinigen anbietet.

Im Falle des Verzuges eines Gesellschafters ist m. E. nicht nach § 326 zu verfahren, sondern es kann nur die Gesellschaft deßwegen gekündigt werden; unbeschränkt, wenn keine Zeitdauer verabredet war; ist letzteres geschehen, so findet die Kündigung nur dann statt, wenn nach Lage des Falles der Verzug einen wichtigen Grund der Kündigung darstellt (723 Abs. 1). Dann kann auch nach Maßgabe des § 737 der Säumige ausgeschlossen werden.

Wenn (vgl. zu [3. 4]) einem Gesellschafter die Leistung seines Beitrages ganz oder theilweise durch einen Umstand unmöglich wird, den er zu vertreten hat (708), so haftet er auf Schadensersatz; diese Forderung gehört zum Gesellschaftsvermögen. Wird ihm die Leistung ganz oder theilweise auf eine Art unmöglich, die er nicht zu vertreten hat, so schuldet er zum Gesellschaftsvermögen nichts oder nur das noch Mögliche. Welchen Einfluß aber solche Ereignisse im Uebrigen haben, ist vom Gesetz unbestimmt gelassen (vgl. Mot. II S. 600). Mit Anwendung der §§ 323. 325 könnte man nur allenfalls auskommen, wenn nur zwei Gesellschafter einander gegenüberstehen. Sind es mehrere, so kann das Unmöglichwerden der Beitragsleistung des einen daran an sich nichts ändern, daß die andern einander verpflichtet sind, ihre Beiträge zum Gesellschaftsvermögen abzuführen. Aber auch wenn nur zwei Gesellschafter vorhanden sind, so ist möglich, daß bereits Gesellschaftsgeschäfte getrieben, dadurch Vermögen erworben oder Schulden entstanden sind; man reicht also auch hier mit dem Erlöschen oder der Minderung der Beitragspflicht des andern Gesellschafters nach § 323 oder mit der Rückgewähr des von ihm geleisteten Beitrages nach § 346 fg. auf Grund Rücktritts nicht aus, sondern es bedarf der Auseinandersetzung nach Gesellschaftsrecht. Danach scheint es das Richtige, anzunehmen, daß §§ 323. 325 hier aus dem Spiele bleiben und nur gemäß § 723 Abs. 1 S. 1 oder 2 Kündigung oder gemäß § 737 Ausschluß des Gesellschafters, um dessen Beitrag es sich handelt, stattfinden kann.

Wird hiervon Gebrauch gemacht, so ist es zwar selbstverständlich, daß der Gesellschafter eine Einlage, die er nicht geleistet hat, nicht zurückerhält (vgl. 733 Abs. 2 S. 1. 738 Abs. 1). Keineswegs aber kann man sagen, daß derselbe seines Gewinnantheils wegen Nichtleistung verlustig gegangen ist. Die Gesellschaftsgeschäfte sind vielmehr, wie sie zweifellos auf seine Mitgefahr gegangen sind, so auch bis zu seinem Ausscheiden oder bis zur Auflösung der Gesellschaft auf seinen Mitgewinn gegangen. Nur ist bei der Auseinandersetzung als ein Activum des Gesellschaftsvermögens zu rechnen der Schadensersatz, den der Gesellschafter etwa wegen Verzuges oder deßwegen schuldet, weil in Folge der von ihm zu vertretenden Unmöglichkeit seiner Leistung der Gesellschaft die Ausnutzung seines Bei-

Digitized by Google

trages entgangen ist. Dieser von ihm geschuldete Betrag geht von seinem Gewinnantheil ab, vgl. auch (vom Standpunkte des ALR.) RG. XXVI S. 256 fg.

Ist die Leistung des Beitrages eines Gesellschafters von Anfang an objectiv unmöglich, so ist der Vertrag insoweit (306), im Zweifel aber ganz (139) nichtig. Möglich aber ist, daß wenn mehr als zwei Gesellschafter zusammentreten, unter den übrigen eine Gesellschaft zu Stande kommt. Ist einem Gesellschafter die Leistung seines Beitrages von Anfang an subjectiv unmöglich, so haftet er auf Schadensersatz. Wenn aber eine Ersatzleistung in einer Weise, welche die Gesellschaftszwecke ebenso fördert wie die vereinbarte Leistung, nicht möglich ist, so wird gekündigt oder gemäß § 737 der fragliche Gesellschafter ausgeschlossen werden können.

Der zufällige Untergang eines Gegenstandes, der dem Eigenthume nach bereits eingebracht ist, ist Gesellschaftsverlust. War nur der Gebrauch des Gegenstandes eingebracht, so ist der Entgang des Gebrauchs Gesellschaftsverlust, während für den Gegenstand selbst dem Gesellschafter kein Ersatz gebührt (732 S. 2).

d) Der Gesellschafter ist nach § 707 nicht verpflichtet zur Erhöhung seines Beitrags (sofern nicht der Gesellschaftsvertrag eine solche Erhöhung vorsieht), auch nicht zur Ergänzung der durch Verlust verminderten Einlage (707). Dieß schützt den Gesellschafter aber nicht gegen die Gläubiger der Gesellschaft und nicht gegen die Nachschußpflicht bei der Auseinandersetzung (735).

2. Die Gesellschafter haften wie im gemeinen Recht ([3. 5]) nur für die Sorgfalt, die sie in eigenen Angelegenheiten aufzuwenden pflegen (708).

3. Die Geschäftsführung. a) Zunächst steht die Geschäftsführung den Gesellschaftern gemeinschaftlich und zwar so, daß für jedes Geschäft Einstimmigkeit erforderlich ist (709 Abs. 1). Der Gesellschaftsvertrag kann aber bestimmen, daß Mehrheit entscheidet. Sie wird nicht nach Gesellschaftsantheilen, sondern nach Köpfen berechnet (709 Abs. 2). Es kann auch die Geschäftsführung durch den Vertrag allen Gesellschaftern in der Weise übertragen werden, daß jeder allein zu handeln berechtigt ist. Dann aber hat gegen den Willen des einen jeder andere ein Widerspruchsrecht (711).

b) Es können ein oder mehrere geschäftsführende Gesellschafter mit Ausschluß der übrigen aufgestellt werden (710 S. 1 [s. jedoch 716]). Sind es mehrere, so gilt für ihre Geschäftsführung das Gleiche, wie wenn alle Gesellschafter geschäftsführend sind (710 S. 2. 711). Die Rechte und Pflichten der geschäftsführenden Gesellschafter bemessen sich nach Auftragsgrundsätzen, sofern nicht das Gesellschaftsverhältniß ein Anderes ergibt (713). Das ist insbesondere der Fall in Bezug auf die Haftung (708). Weisungen (665) können für die geschäftsführenden Gesellschafter nur soweit verbindlich sein, als sie bei Uebertragung der Geschäftsführung bündig ertheilt sind; denn später sind die Nichtgeschäftsführenden zu Weisungen nicht mehr berechtigt. Die Rechenschaftspflicht (666) ist zunächst Pflicht zur Rechnungsführung und zu periodischen Abschlüssen (721), dann zur Schlußrechnung. Die Herausgabepflicht (667) ist Pflicht zur Abführung in die Gesellschaftscasse. Die Erstattung von Auslagen modificirt sich wesentlich dadurch, daß die geschäftsführenden Gesellschafter gehalten sind, mit dem Gesellschaftsvermögen zu wirthschaften. Sie können rückständige Beiträge einfordern, eine im Gesellschaftsvertrage vorgesehene Erhöhung der Beiträge einverlangen,

Digitized by Google

darüber hinaus aber Erstattung des Aufgewandten nicht beanspruchen (ähnlich einem Beauftragten, dem ein Limito gesetzt ist). Nach § 664 löst sich die zu Note [6] behandelte Frage. Vertretungsmacht liegt im Zweifel in der Geschäftsführungsbefugniß (714); beide sind aber getrennt denkbar. Entziehung und Kündigung s. 712. 715).

3. Ersatz von Schäden ([10]), welche ein Gesellschafter bei Besorgung von Gesellschaftsangelegenheiten erlitten hat, hat er nicht zu beanspruchen (vgl. Mot. II S. 609. Prot. d. II. Comm. S. 2422 fg.) Anders HGB. 110 (früher 93).

4. Die Gewinn- und Verlustantheile der Gesellschafter bestimmt das BGB. (722) ebenso wie das gemeine Recht (§ 406 [13], § 405 [17]). Der Rechnungsabschluß und die Vertheilung von Gewinn und Verlust können im Zweifel erst nach der Auflösung der Gesellschaft, bei längerer Dauer aber jährlich verlangt werden (721).

5. Die Ansprüche der Gesellschafter gegen einander sind grundsätzlich unübertragbar; ausgenommen gewisse Ansprüche, welche dem gesammten Verhältniß gegenüber einen selbständigen Charakter haben (717). Die übertragbaren Ansprüche sind den allgemeinen Vorschriften gemäß auch pfändbar. Pfändbar ist aber auch der Gesellschaftsantheil als Ganzes (CPO. 859, vgl. unt. zu § 407 unter 2).

6. Eine Rechtswohlthat des Nothbedarfs findet nicht statt.]

b. Nach Außen*.

§ 407.

So wenig die Gesellschaft den Gesellschaftern gegenüber eine von ihnen verschiedene Person bildet[1], so wenig thut sie dieß gegenüber Dritten[1a]. Auch Dritten gegenüber gibt es nur Rechte und Verbindlichkeiten der Gesellschafter, nicht Rechte und Verbindlichkeiten der Gesellschaft[2]. Dieß ist von Wichtigkeit namentlich in Betreff der

---

* Vangerow § 653 Anm., Sintenis S. 707—710, Treitschke § 54 fg., Thöl Handelsr. I § 118. 119.

§ 407. [1] S. § 406 [1].

[1a] Ueber die römische societas publicanorum s. die I § 57 [2a] Genannten. [Ferner Kniep societas publicanorum I. Jena 1896.]

[2] Dieß gilt nicht von der Actiengesellschaft. Gilt es auch nicht von der offenen Handelsgesellschaft? Eine Neigung zur Ausbildung als selbständige Persönlichkeit läßt sich in derselben nicht verkennen, und so ist auch vielfach, vor und nach dem Handelsgesetzbuch, für die offene Handelsgesellschaft die Eigenschaft einer juristischen Person in Anspruch genommen worden. S. namentlich Gelpcke in seiner ZS. für HR. Heft 2 Nr. 1, Ladenburg ZS. f. HR. I S. 136—141 und Arch. f. Wechselr. X S. 227 fg., Salkowski a. a. O. § 7, außerdem die Citate bei Thöl § 120 [24] und bei Stobbe § 49 a. E. Die Artikel des HGB., welche hier vorzugsweise in Betracht kommen, sind: 111. 113. 119—122. 143. Auch ich möchte glauben, daß die Schwierigkeiten, welche diese Bestimmungen machen, wenn man die juristische Persönlichkeit der offenen Handelsgesellschaft nicht annimmt, größer sind, als die einer solchen Annahme entgegenstehenden. Die

Digitized by Google

Verbindlichkeiten. Für die in Gesellschaftsangelegenheiten erwachsenden Verbindlichkeiten haftet nicht die Gesellschaft, sondern es haften dafür die Gesellschafter, sämmtliche oder einzelne, und daher, wie für andere Verbindlichkeiten, mit ihrem ganzen Vermögen; sie können nicht etwa die Gläubiger auf das Gesellschaftsvermögen beschränken[3], obgleich sie allerdings verlangen können, daß das Gesellschaftsvermögen zuerst angegriffen werde[4]. Die Frage, ob aus den Rechtsgeschäften, welche ein Gesellschafter in Gesellschaftsangelegenheiten abschließt, auch die übrigen Gesellschafter unmittelbar[5] berechtigt und verpflichtet werden, beantwortet sich nach allgemeinen Grundsätzen. Danach tritt eine solche unmittelbare Berechtigung und Verpflichtung ein, wenn der Gesellschafter in befugter Vertretung der übrigen Ge-

---

letzteren dürften unschwer zu beseitigen sein. Das Gleiche, wie für die offene Handelsgesellschaft, gilt auch für die Commanditgesellschaft (HGB. Art. 150). Gegen die juristische Persönlichkeit neuestens Laband ZS. f. HR. XXX S. 469 fg. (1885); s. auch Wach Civilproz. I S. 520 fg. Vermittelnd Bekker Pand. I S. 215 fg. — Versuche, das R. der Handelsgesellschaft an die römische Lehre vom Peculium anzuknüpfen oder es darauf zu gründen: Dietzel ZS. f. HR. II S. 1 fg., Rösler das. IV S. 300 fg., Bekker das. S. 537 (vgl. 484 [20]). Vgl. Regelsberger das. XIV S. 13 fg. Eigenthümliche Auffassung bei Kuntze ZS. f. HR. VI S. 208 fg., welcher das bewegende Princip der Handelsgesellschaft in der deutschrlichen Idee der gesammten Hand findet. S. auch Dernburg Preuß. Privatr. II § 221 [8]. „Die Handelsgesellschaften sind . . keine einfachen und consequenten Gebilde, vielmehr haben Utilitätsgründe in ihnen Zwischenfiguren geschaffen." [Nunmehr ist im BGB. die Gesellschaft vom Standpunkte des Gesammthänderprincipes aus geregelt (718 fg.), den Art. 111 Abs. 1 HGB. gibt jetzt wieder der § 124, den Art. 113 der § 130. Art. 119—121 sind fortgefallen wegen BGB. 719. Statt des Art. 122 HGB. tritt ein KO. 212, vgl. 209 fg., statt des Art. 143 s. BGB. 733 Abs. 2, statt Art. 150 HGB. s. § 161 das.].

[3] So auch bei der offenen Handelsgesellschaft nach HGB. Art. 112. Art. 85 Abs. 1. [§ 128. 105 Abs. 1.] Anders bei der Commanditgesellschaft, bei welcher bloß der s. g. Complementar mit seinem ganzen Vermögen, der Commanditist nur mit seiner Einlage haftet. HGB. Art. 150 [§ 161]. Bei der „stillen Gesellschaft" des HGB. (Art. 250 fg. [§ 335 fg.]), tritt der nur mit seiner Einlage haftende stille Gesellschafter als Gesellschafter gar nicht hervor, so daß die Gläubiger ein Klager. bloß gegen den s. g. Complementar haben. Vgl. Thöl Handelsr. I § 102—115.

[4] L. 65 § 14 D. 17, 2. Diese Stelle handelt zwar nur von dem Fall, wo der Gläubiger seinerseits ein Gesellschafter ist; aber es ist kein Grund vorhanden, ihre Entscheidung auf diesen Fall zu beschränken. Vgl. übrigens Bl. f. RAnwend. zun. in Bayern XXVIII S. 292 (= Sf. XXX. 27). Dernburg II § 127 [7]. — HGB. Art 122 [s. jetzt KO. 212.]

[5] Unmittelbar, ohne dazwischen liegendes Rgeschäft zwischen den Gesellschaftern. [Sf. LII. 157 S. 288. S. auch Hellmann ACPra. LXXVIII S. 363 fg.]

Digitized by Google

sellschafter gehandelt hat[6], und zwar sind dann die Gesellschafter berechtigt und verpflichtet nach Gesellschaftstheilen[7]. Hatte der Gesellschafter keine Vertretungsbefugniß, so haften die übrigen Gesellschafter nur, soweit die Gesellschaft durch das Geschäft bereichert worden ist[8], und nur für ihren Theil[9]. — Neu eintretende Gesellschafter haften für die früher entstandenen Gesellschaftsverbindlichkeiten nur, wenn sie dieselben mit übernommen haben[10].

---

[6] Vgl. Sf. XII. 60. Bei der offenen Handelsgesellschaft steht die Vertretungsbefugniß im Zweifel kraft stillschweigender Einräumung jedem Gesellschafter zu. HGB. Art. 102—104. 114—116. 118. [§ 125—127.] Vgl. Thöl § 118 Nr. I. IV. Sf. II. 179, III. 195. 197. 360, IV. 115, XI. 287, XII. 270; vgl. II. 287, 288, X. 46. RG. II S. 51. Bei andern Gesellschaften haben die Gesellschafter nicht ohne Weiteres Vertretungsbefugniß. Sf. XII. 270.

[7] Anders in Betreff der Verpflichtungen die herrschende Meinung, und mit ihr die ersten Auflagen dieses Lehrbuchs [bis zur 3.] Die herrschende Meinung läßt aus den Rgeschäften eines zur Vertretung befugten Gesellschafters die sämmtlichen Gesellschafter solidarisch verpflichtet werden. Dagegen Buchka Stellvertretung S. 244 fg. und namentlich Kübel Württemb. Arch. f. R. und Rverw. XI S. 6 fg. XIV S. 317 fg., vgl. auch Römer Abhandlungen I S. 260. Sf. XX. 127, XXXVII. 207, vgl. XV. 111. [Dernburg II § 127 [6].] In der That ist die herrschende Meinung nicht haltbar. Wenn mehrere Gesellschafter in eigener Person contrahiren, so haften sie nach Gesellschaftstheilen (l. 4 pr. D. 14, 1, l. 44 § 1 D. 21, 1 [dazu Cohén l. 44 § 1 D. de aedilicio edicto. Ein Beitrag zur Geschichte des Societätsr. Berl. 1892], vgl. l. 11 § 2 D. 45, 2): warum soll es anders sein, wenn sie durch einen Bevollmächtigten contrahiren, und warum anders, wenn dieser Bevollmächtigte selbst Gesellschafter ist? Die herrschende Meinung beruft sich auf l. 1 § 25 — l. 4 § 2 D. 14, 1, l. 13 § 2. l. 14 D. 14, 3, l. 5 § 1 D. 15, 4. Aber diese Stellen handeln nicht von einem Fall der s. g. directen Stellvertretung, welche ja nach r. R. unzulässig war; der Vertragschließende, von welchem sie reden, schließt das Geschäft zunächst in eigenem Namen ab. [Die solidarische Haftung kann von den Gesellschaftern übernommen werden, auch durch eine allgemeine öffentliche Erklärung: RG. XL S. 146 fg.] — Für die Handelsgesellschaft ist die solidarische Verpflichtung anerkannt durch das HGB. Art. 112 [§ 128.] 269 [mit den übrigen Bestimmungen über die Vereinigung zu einzelnen Handelsgeschäften fortgefallen, vgl. BGB. 427]. Vgl. Gensel APraktRW. N. F. I S. 177 fg.

[8] L. 82 D. 17, 2. Vangerow a. a. O. II. 2. b. c. Sintenis a. a. O. Nr. 2 und [92], Römer Abhandlungen S. 155 fg., Thöl § 119 [1—3]. Letzterer läßt den Gesellschafter auf die Bereicherung auch dann haften, wenn das Geschäft nicht für die Gesellschaft abgeschlossen worden ist. Vgl. darüber und dagegen § 483 [5].

[9] L. 10 § 4. l. 13 D. 15, 3.

[10] Welche Uebernahme aber auch durch öffentliche Bekanntmachung geschehen kann. Sf. II. 178. RG. II S. 53. Weiter geht das HGB. Art. 113 [§ 130]. Vgl. Thöl Handelsr. § 120 IV Nr. 4.

Digitized by Google

[Das Gesellschaftsvermögen des BGB. ist ein Gesammthändervermögen.

1. Gemeinschaftliches Vermögen sind

a. die Beiträge der Gesellschafter, also die Forderungen auf deren Lieferung (s. ob. zu § 406 unter 1, c), die dem Eigenthum nach eingebrachten Gegenstände, die Benutzungsrechte an den zum Gebrauch eingebrachten Gegenständen; ferner die durch die Geschäftsführung erworbenen Gegenstände (718 Abs. 1).

b. Alles was auf Grund eines zum Gesellschaftsvermögen gehörigen Rechts erworben ist (insbesondere Früchte), oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenstandes; d. h. sowohl die hierdurch begründeten Ersatzansprüche wie der geleistete Ersatz (718 Abs. 2).

2. Den Gesellschaftern stehen Antheile an dem Gesellschaftsvermögen zwar zu; ein Gesellschafter kann aber weder über seinen Antheil an dem Gesellschaftsvermögen im Ganzen noch über seine Antheile an den einzelnen Gegenständen desselben verfügen; er kann nicht Theilung verlangen (719 Abs. 1), vorbehältlich natürlich des Anspruchs auf Auseinandersetzung nach Auflösung der Gesellschaft. Der Antheil an den einzelnen Gegenständen ist auch nicht pfändbar (CPO. 859 Abs. 1 S. 2), wohl dagegen der Antheil am Gesellschaftsvermögen im Ganzen. (CPO. 859 Abs. 1 S. 1). Auf Grund des Pfandrechts kann der Gläubiger bei währender Gesellschaft aber nur den Anspruch auf den Gewinnantheil des Gepfändeten ausüben (725 Abs. 2). Ueber sein Kündigungsrecht s. unten zu § 408 unter 1, a a. E.

3. Aus der Unfähigkeit des Gesellschafters, über seinen Antheil an einer Gesellschaftsforderung zu verfügen, folgt von selbst, daß er diesen Antheil nicht aufrechnen kann gegen eine Schuld, welche ihm gegenüber dem Gesellschaftsschuldner obliegt. Gemäß § 719 Abs. 2 kann aber auch nicht umgekehrt der Gesellschaftsschuldner aufrechnen mit seiner Gegenforderung gegen einen Gesellschafter.

4. Wenn eine Forderung zum Gesellschaftsvermögen gehört gemäß § 718 Abs. 2 (ob. 1 b), so muß der Schuldner ihre Zugehörigkeit zum Gesellschaftsvermögen immer gegen sich gelten lassen, ist aber möglicher Weise durch § 851 geschützt, wenn er einem Gesellschafter zahlt, ohne grobe Fahrlässigkeit nicht wissend, daß die Sache zu einem Gesellschaftsvermögen gehört, oder wenn er den Mehreren, welche die Sache besaßen, Theile des Ersatzes zahlt, ohne grobe Fahrlässigkeit nicht wissend, daß sie im Gesellschaftsverhältnisse stehen. Wenn dagegen die Forderung gemäß § 718 Abs. 1 (ob. 1 a) zum Gesellschaftsvermögen gehört, so muß der Schuldner dieß erst dann gegen sich gelten lassen, wenn er die Zugehörigkeit kennt, d. h. die Thatsachen kennt, aus denen sie folgt. Dabei sind die §§ 406—408 entsprechend anwendbar (720). Der Schuldner also, welcher nicht weiß, daß seine mehreren Gläubiger im Gesellschaftsverhältniß stehen, kann sie als gewöhnliche Theilgläubiger behandeln, demnach jedem gültig seinen Antheil zahlen, ihm gegenüber aufrechnen, mit ihm Erlaßvertrag schließen. Er kann auch, wenn er von der Zugehörigkeit der Forderung zum Gesellschaftsvermögen später Kenntniß erlangt hat, immer noch mit einer Gegenforderung gegen einen

Digitized by Google

einzelnen Gesellschafter zu dessen Antheil gegen die Gesellschaftsforderung aufrechnen, wenn er die Gegenforderung erworben hat vor jener Kenntniß, und die Gegenforderung vor dieser Kenntniß auch fällig wurde oder zwar nach der Kenntniß, aber spätestens gleichzeitig mit der Gesellschaftsforderung. Der Schuldner kann in entsprechender Weise, wenn er mit einem einzelnen Gesellschafter contrahirt, nicht wissend, daß derselbe in Gesellschaftsangelegenheiten handelt und das Entgelt für die Forderung aus Gesellschaftsmitteln entnimmt, diesen Mitcontrahenten als seinen alleinigen Gläubiger behandeln.

5. Die Verfügung eines Gesellschafters über seinen Antheil an einer beweglichen Sache kann zu Gunsten des Erwerbers wirksam sein kraft des guten Glaubens des Empfängers. Das Gesetz hat zwar hier die entsprechende Anwendung der Grundsätze von dem Erwerb im Glauben an das Eigenthum des Veräußerers nicht vorgeschrieben; dieß war aber auch nicht erforderlich: denn es handelt sich darum, daß der Erwerber den Veräußerer für den Miteigenthümer gewöhnlichen Stils hält, während die Sache zu einem Gesellschaftsvermögen gehört. Dieß ist ein Irrthum über das Eigenthumsverhältniß, der auch ohne besondere Vorschrift gemäß §§ 931 fg. zu behandeln ist. Bei der Verfügung des Gesellschafters über seinen Antheil an einem Grundstück gilt § 892, wenn nicht (gemäß Grdb.-O. 48) das Gesellschaftsverhältniß im Grundbuch eingetragen ist.

6. Die Verpflichtungen der Gesellschaft sind solche der Gesellschafter. Sie haften aus Verträgen im Zweifel als Gesamtschuldner (vgl. [7]), gleichviel ob sie alle zusammen oder ob befugte Vertreter für sie contrahirten (427). Eine Beschränkung der Gläubiger auf das Gesellschaftsvermögen oder eine Einrede der Vorausklage mit Bezug auf dasselbe (vgl. [4]) findet nicht statt. Es kann aber der Gläubiger gegen das Gesellschaftsvermögen vorgehen (vgl. CPO. 736). Die Möglichkeit besteht, daß durch Vertrag mit dem Gläubiger die Haftung der Gesellschafter auf diejenige mit dem Gesellschaftsvermögen beschränkt wird (Planck I zu § 54 unter 2 h), demnach kann auch die Vertretungsmacht der geschäftsführenden Gesellschafter dahin beschränkt werden, daß sie nur in diesen Grenzen die Gesellschafter verpflichten können.

7. Wenn ein Gesellschafter in die bestehende Gesellschaft neu aufgenommen wird (vgl. zu [10]), so übernimmt er durch Vertrag einen Antheil an dem Gesammthändervermögen, wenn auch nicht als freies Eigen, sondern in der dem Gesammthänder-Verhältniß eigenthümlichen gebundenen Art. Man kann also, (sofern es dieser Stütze bedarf) aus § 419 folgern, daß an der Haftung des übernommenen Antheils für die bisherigen Gesellschaftsschulden sich nichts ändert (vgl. auch Hellwig Verträge auf Leistung an Dritte S. 397). Mit seinem Privatvermögen haftet aber der neu eintretende Gesellschafter für die früher entstandenen Gesellschaftsschulden nur auf Grund einer cumulativen oder, wenn er statt eines Ausscheidenden eintritt, auch auf Grund einer eigentlichen (translativen) Schuldübernahme, die in dem Eintritt in die Gesellschaft nicht nothwendig liegt. Anders HGB. 130. Möglich ist, daß eine Gesellschaft nach Art der stillen Gesellschaft begründet wird, d. h. so, daß der Beitrag eines Gesellschafters in das Alleineigenthum des Andern gebracht wird, und der Erstere nur eine Forderung gegen den Zweiten hat. Mot. II S. 635 erkennen diese Mög-

Digitized by Google

lichkeit an; auch hat das neue HGB. §§ 335 fg. die handelsrechtliche stille Gesellschaft unter solchen Bezugnahmen auf das BGB. geregelt (338. 339), daß daraus auf die Möglichkeit der stillen Gesellschaft auch im Rahmen des BGB. geschlossen werden muß.]

3. Beendigung.

§ 408.

Die Gesellschaft hört auf durch den Ablauf der Zeit[1], für welche, und den Eintritt der auflösenden Bedingung, unter welcher sie eingegangen worden ist, durch Erschöpfung[2] oder Unmöglichwerden[3] ihres Zweckes, durch Vereinbarung[3a]; außerdem aber durch einseitigen Rücktritt und durch Tod eines Gesellschafters, sowie dadurch, daß ein Gesellschafter sein ganzes Vermögen verliert.

1. Einseitiger Rücktritt[4]. Derselbe darf nicht unzeitig erfolgen, d. h. nicht in einer die Gesellschaftsinteressen schädigenden Weise; sonst haftet der Rücktretende auf Schadensersatz[5]. Ebensowenig darf der Rücktritt in arglistiger Weise erfolgen, d. h. in der Absicht, einen Gewinn, welcher sonst in die Gesellschaft fallen würde, für sich allein zu ziehen; geschieht er in dieser Weise, so fällt der Gewinn in die Gesellschaft dennoch, während, wenn statt des gehofften Gewinnes sich Schaden ergeben sollte, der Gesellschafter diesen allein trägt[6]. Ist die Gesellschaft für eine gewisse Zeit eingegangen, so ist der Rücktritt vor Ablauf derselben nur aus rechtfertigenden Gründen gestattet[7]; beim Rücktritt ohne rechtfertigenden Grund steht es im Belieben des andern Gesellschafters, ob die Gesellschaft als fort-

---

[1] L. 1 pr. D. 17, 2. § 408.

[2] L. 65 § 10 D. 17, 2, § 6 I. 3, 25.

[3] L. 63 § 10 D. 17, 2.

[3a] Ist die Vereinbarung gültig, daß ein Gesellschafter durch Beschluß der Majorität der Gesellschafter ausgeschlossen werden könne? Sf. XXXII. 135 (nein).

[4] L. 4 § 1. l. 63 § 10 D. 17, 2, l. 5 C. 3, 37, § 6 I. 3, 25, Treitschke § 67—79. [Menus de la dissolution des sociétés par la volonté et par la mort des associés. Th. de Paris 1889.] Sf. XX. 44.

[5] L. 14. l. 17 § 2. l. 65 § 5 D. 17, 2. Sf. XXXIX. 300. — Das HGB. Art. 124 [§ 132] verlangt sechsmonatliche Kündigung.

[6] L. 65 § 3. 4 D. 17, 2, § 4 I. 3, 25.

[7] L. 14. l. 15 l. 16 pr. l. 65 § 6 D. 17, 2. Ob ein rechtfertigender Grund vorliege, hat im einzelnen Fall der Richter zu entscheiden. Vgl. Kierulff Entscheid. des OAG. zu Lübeck 1866 Nr. 42. HGB. Art. 125 [§ 133]. — Kann der Gesellschaftsvertrag gültig auf Lebenszeit eingegangen werden? Allerdings, l. 1 pr. D. 17, 2; nicht steht entgegen l. 70 eod. A. M. Treitschke § 67, Sintenis [106]; Sf. XVI. 45.

Digitized by Google

bestehend oder als aufgelöst behandelt werden soll[7a]. Ebenso steht es im Belieben des andern Gesellschafters, von welchem Zeitpunkte an die Gesellschaft als aufgelöst gelten soll, wenn ihm die Rücktrittserklärung erst später zugeht[8].

2. Tod eines Gesellschafters[9]. Die Gesellschaft geht nicht auf die Erben des Gestorbenen über[10], nicht einmal, wenn dieß ausdrücklich ausgemacht worden ist[11]. Jedoch ist der Erbe verpflichtet, sich der von seinem Erblasser begonnenen Geschäfte anzunehmen, wobei er aber nur wegen Arglist und grober Nachlässigkeit haftet[12]. Geschäfte, welche ein Gesellschafter für die Gesellschaft abschließt, ehe er von dem Tode des Gesellschafters erfahren hat, gelten als Gesellschaftsgeschäfte[13].

3. Verlust des ganzen Vermögens[14]. Derselbe kann erfolgen durch Concurs, durch Confiscation[15], in anderer Weise[16]. —

[7a] L. 65 § 6 D. 17, 2, Dernburg II § 128[11].

[8] Ob die Gesellschaft als aufgelöst gelten soll vom Rücktritt an, oder erst von der Zeit an, wo ihm die Rücktrittserklärung zugegangen ist. L. 17 § 1 l. 65 § 8 D. 17, 2.

[9] § 5 I. 3, 25. — quia, qui societatem contrahit certam personam sibi eligit". L. 60 pr. i. f. l. 63 § 10. l. 65 § 9. D. 17, 2. [RG. XXXIII S. 31 fg.] Nach r. R. wirkte wie der Tod auch die capitis diminutio, l. 4 § 1. l. 63 § 10 D. 17, 2, Gai. III, 153.

[10] L. 63 § 8. l. 65 § 11 D. 17, 2, l. 6 § 6 D. 3, 2.

[11] L. 35. l. 52 § 9. l. 59 pr. D. 17, 2. Ist dieß nicht durch l. un. C. 4, 11 (§ 316[9. 10]) anders geworden? Mir scheint es ungerechtfertigt, die Aufnahme der genannten Pandektenstellen einem bloßen Versehen der Compilatoren zuzuschreiben. A. M. Dietzel ZS. f. CR. u. Pr. N. F. XIII S. 435. 436; s. auch Treitschke S. 196. 197, Holzschuher III § 307, Nr. 2. — Anders HGB. Art. 123 Nr. 2 [§ 131, 4.]

[12] L. 40. l. 35 D. 17, 2. (vgl. zu letzterer Stelle l. 68 pr. D. 18, 1, und überhaupt l. 1 pr. l. 4 pr. D. 27, 7). L. 36. l. 65 § 9 D. 17, 2 sind von der vom Erblasser begangenen Nachlässigkeit zu verstehen.

[13] L. 65 § 10 D. 17, 2.

[14] Treitschke § 70. 71.

[15] L. 65 § 1. 12 D. 17, 2, § 7. 8 I. 3, 25. [Confiscation des Vermögens findet nicht mehr statt. EG. z. StGB. § 5.] — Kann der Gesellschafter, welcher den Antheil des Gesellschafters an die Concursmasse herausgibt, seine Forderungen aus der Gesellschaft abziehen? Treitschke § 95. 96. HGB. Art. 126 [§ 135, vgl. BGB. 725.] KO. § 44 [51]. — Separationsr. der Gesellschaftsgläubiger überhaupt? Thöl § 118 zu [23]. „Gemeinrlich gilt kein Particularconcurs der Handelsgläubiger". Treitschke § 100; fernere Literatur oben § 272[7]. KO. a. a. O. „Wer sich mit dem Gemeinschuldner in . . einer Gesellschaft . . befindet, kann wegen der auf ein solches Verhältniß sich gründenden Forderungen abgesonderte Befriedigung aus dem bei der Theilung oder sonstigen Auseinandersetzung ermittelten Antheile des Gemeinschuldners verlangen." Ein

Digitized by Google

Für alle Fälle der Beendigung der Gesellschaft gilt, daß die Gesellschaft fortwirkt für den Erwerb und Verlust, welcher nach ihrer Beendigung durch früher vorgenommene Gesellschaftshandlungen herbeigeführt wird [17]. —

Beschließen nach dem Wegfall eines Gesellschafters die übrigen, in Gesellschaft zu bleiben, so ist dieß Begründung einer neuen Gesellschaft, nicht Fortsetzung der alten [18]. Ein solches Verbleiben in der Gesellschaft kann auch im Voraus ausgemacht werden [19].

[1. Auch im BGB. gelten die bei [1] bis [3a] angegebenen Endigungsgründe für die Gesellschaft (zu [2] [3] s. 726). Nach Ablauf der bestimmten Zeit kann die Gesellschaft stillschweigend fortgesetzt werden (724).

a) Die Gesellschaft kann jederzeit gekündigt werden (vgl. Text 1), wenn sie nicht für eine bestimmte Zeit eingegangen ist (723 Abs. 1 S. 1), oder wenn sie für Lebenszeit (vgl. [7]) eines Gesellschafters eingegangen ist oder nach Ablauf der bestimmten Zeit stillschweigend fortgesetzt ist (724). Ist anders als durch Bezugnahme auf die Lebenszeit eines Gesellschafters eine Zeit bestimmt, so kann die Gesellschaft vor Ablauf der Zeit aus einem wichtigen Grunde gekündigt werden (vgl. [7]). Ist eine Kündigungsfrist vereinbart, so kann aus einem wichtigen Grunde ohne deren Einhaltung gekündigt werden (723 Abs. 1 S. 2. 3). Ein wichtiger Grund ist insbesondere vorhanden, wenn ein anderer Gesellschafter eine ihm nach dem Gesellschaftsvertrage obliegende wesentliche Verpflichtung vorsätzlich oder aus grober Fahrlässigkeit verletzt, oder wenn die Erfüllung einer solchen wesentlichen Verpflichtung unmöglich wird. (723 Abs. 1 S. 2. 3). Ein wichtiger Grund kann nach Lage der Sache aber auch gegeben sein, wenn ein Gesellschafter ohne grobe Fahrlässigkeit einer Verpflichtung nicht nachkommt. Die Hervorhebung der obengenannten wichtigen Gründe hat den Sinn, ihr Gewicht außer Zweifel zu stellen und zugleich sie einzubeziehen in die Vorschrift, daß der Gesellschaftsvertrag das Kündigungsrecht nicht den Bestimmungen des § 723 zuwider beschränken kann (723 Abs. 3). Eine an sich berechtigte Kündigung darf nicht zur Unzeit geschehen, es sei denn, daß für die Kündigung eben zu dieser Zeit ein wichtiger Grund vorliegt. Fehlt es an einem solchen, so ist zwar die unzeitige Kündigung gültig, verpflichtet aber den Kündigenden zum Schadensersatz (723 Abs. 2). Immer tritt die Kündigung in Kraft, wenn sie den übrigen Gesellschaftern zugeht (130, vgl. [8]). Sie wird an sämmtliche Gesellschafter erklärt

---

Separationsr. gibt den Gläubigern im Falle des Concurses der Gesellschaft das HGB. Art. 122. [S. jetzt KO. 209 (früher 198). — Die Gläubiger der Gesellschaft haben im Concurse eines Gesellschafters kein R., aus dem Antheil des Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen vorweg befriedigt zu werden: RG. XLII S. 103 fg.]

[16] L. 4 § 1 D. 17, 2. „Dissociamur . . . egestate".

[17] L. 27. 28. l. 38 pr. l. 63 § 8. l. 65 § 2. 9 D. 17, 2. Sf. IX. 30. Vgl. HGB. Art. 130 Abs. 2. [S. jetzt BGB. 740, HGB. § 140.]

[18] § 8 I. 3, 25. Vgl. l. 58 § 3 D. 17, 2. — HGB. Art. 128, [§ 140].

[19] L. 65 § 9 D. 17, 2, § 5 I. 3, 25. — HGB. Art. 127, [§ 138].

Digitized by Google

werden müssen, wenn nicht einer vorhanden ist, der zu ihrer Empfangnahme die erforderliche Vertretungsmacht besitzt.

Ein Gläubiger eines Gesellschafters kann auf Grund der Pfändung des Gesellschaftsantheils ohne Einhaltung einer Frist kündigen, sofern sein Schuldtitel nicht bloß vorläufig vollstreckbar ist (725 Abs. 1). Er kann dann Befriedigung aus dem Auseinandersetzungsantheil des Gepfändeten suchen.

b) Die Gesellschaft endet im Zweifel durch Tod eines Gesellschafters (vgl. Text 2); es kann aber bedungen werden, daß statt seiner seine Erben eintreten, oder daß die Gesellschaft ausschließlich unter den Ueberlebenden fortbestehen soll. (727 Abs. 1. 736). Endet die Gesellschaft, so hat der Erbe des Verstorbenen den übrigen Gesellschaftern den Tod unverzüglich anzuzeigen, und wenn mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist, die seinem Erblasser durch den Gesellschaftsvertrag übertragenen Geschäfte fortzuführen, bis die übrigen Gesellschafter in Gemeinschaft mit dem Erben anderweitig Fürsorge treffen können. Die gleiche Pflicht zum Weiterhandeln trifft die übrigen Gesellschafter. Die Gesellschaft gilt insoweit als fortbestehend (727 Abs. 2).

c) Die Gesellschaft endet durch Eröffnung des Concurses über das Vermögen eines Gesellschafters (728 S. 1; vgl. Text 3). In diesem Falle ist der Gemeinschuldner zur Fortführung der Gesellschaftsgeschäfte nicht verpflichtet noch berechtigt. Ebensowenig ist es dessen Concursverwalter. Wohl aber sind es die übrigen Gesellschafter nach Maßgabe von § 727 Abs. 2 S. 2. 3 (728 S. 2). Der Gesellschafter, welcher auf Grund dieser Bestimmung handelt, ist in Ansehung der ihm daraus erwachsenden Ansprüche gegen den Gemeinschuldner Massegläubiger. Handelt er dagegen in Unkenntniß des Concurses auf Grund des § 729, so ist er nur Concursgläubiger. Sein Recht auf abgesonderte Befriedigung aus dem Auseinandersetzungsantheil des Gemeinschuldners (KO. 51) bleibt ihm aber gewahrt (KO. 28).

d) Endet die Gesellschaft anders als durch Kündigung, so gilt die einem Gesellschafter durch den Gesellschaftsvertrag übertragene Befugniß zur Geschäftsführung (und damit auch zur Vertretung [714]) zu seinen Gunsten als fortbestehend, bis er von der Auflösung Kenntniß erlangt oder dieselbe kennen muß (729; vgl. jedoch 169). Daß ein Gesellschafter von der Kündigung unverschuldet keine Kenntniß hat, ist möglich, z. B. wenn ihm ohne sein Wissen die Kündigung zugestellt wurde, oder wenn wirksam Kündigung an einen andern Gesellschafter erklärt wurde. Erwarten sollte man, daß auch für diese Fälle der § 729 gilt; sein Wortlaut freilich steht entgegen. Endet die Gesellschaft durch Concurseröffnung, so kann auch der Gemeinschuldner, wenn er von derselben unverschuldet keine Kenntniß hat, auf Grund des § 729 weiter handeln. (Vgl. zu [13].)

2. Kündigung seitens eines Gesellschafters, Tod, Concurs haben, statt die Gesellschaft zu beendigen, das Ausscheiden eines Gesellschafters zur Folge, wenn der Gesellschaftsvertrag bestimmt, daß bei ihrem Eintritt die Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern fortbestehen soll (736). Ist diese Bestimmung für den Fall der Kündigung eines Gesellschafters getroffen, so kann ein Gesellschafter, in dessen Person ein die andern zur Kündigung berechtigender wichtiger Grund eingetreten ist, von ihnen gemeinschaftlich durch Erklärung jenem gegenüber ausgeschlossen werden (737).

Digitized by Google

3. Nach der Auflösung der Gesellschaft findet Auseinandersetzung statt (730 Abs. 1). Es tritt zunächst ein Stadium, ähnlich dem der Liquidation eines Vereines ein (730 Abs. 2, vgl. 48. 49). Die einem Gesellschafter übertragene Geschäftsführungsbefugniß erlischt, wenn nicht aus dem Vertrage sich ein Anderes ergibt, und die Geschäftsführung steht nunmehr allen Gesellschaftern gemeinschaftlich zu (vgl. 48 Abs. 3), vorbehältlich jedoch der Bestimmung des § 729. Ueber die Auseinandersetzung kann der Vertrag bestimmen. Soweit das nicht geschehen ist, gelten die Bestimmungen der §§ 732—735 (731).

a) Gegenstände, welche ein Gesellschafter nur zur Benutzung überlassen hat, erhält er zurück. Für zufälligen Abgang oder Verschlechterung hat er Ersatz nicht zu beanspruchen (732). Für eine Beschädigung oder einen Abgang, der von einem Gesellschafter durch Vernachlässigung der ihm obliegenden Sorgfalt (708) verursacht ist, haftet der Schuldige. Die Rückgabe der zur Benutzung eingebrachten Gegenstände erfolgt ohne Rücksicht auf die Gesellschaftsgläubiger, weil jene Gegenstände ihnen nicht haften, nicht zum Gesellschaftsvermögen gehören.

b) Aus dem Gesellschaftsvermögen sind zunächst die gemeinschaftlichen Schulden zu berichtigen. Dazu gehören auch diejenigen, für welche den Gläubigern die Gesellschafter nicht als Gesammtschuldner, sondern (kraft Vertrages, vgl. 427) nur getheilt haften. Ebenso diejenigen, für welche einem Gesellschafter die übrigen haften, z. B. weil er der Gesellschaft etwas verkaufte. Ist eine Schuld noch nicht fällig oder ist sie streitig, so ist das zu ihrer Berichtigung Erforderliche zurückzubehalten (733 Abs. 1).

Die Gläubiger sind nach wie vor in der Lage, die Gesellschafter als ihre persönlichen Schuldner in Anspruch zu nehmen (sei es solidarisch oder getheilt), auch Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen zu betreiben. Wegen Nichtberücksichtigung vor der Theilung des Gesellschaftsvermögens brauchen sie keinen Schadensersatzanspruch, eben weil ihnen ohnehin die Gesellschafter persönlich haften. Wenn aber durch Vertrag die Haftung der Gesellschafter auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt war, so ist zu sagen, daß diese Beschränkung von den Gesellschaftern nicht in Anspruch genommen werden kann, wenn das Vermögen ohne Rücksicht auf den Gläubiger verbracht ist.

c) Aus demjenigen, was nach Berichtigung der Schulden verbleibt, sind zunächst die Einlagen der Gesellschafter zu erstatten (vgl. § 406 [14]). Bestand eine Einlage nicht in Geld, so ist sie in Gelde dem Werthe nach zu erstatten, den sie zur Zeit der Einbringung gehabt hat. Für Dienste und Benützung von Gegenständen wird keine Vergütung geleistet (733 Abs. 2).

Soweit es zur Schuldenberichtigung und zur Erstattung der Einlagen erforderlich ist, ist das Gesellschaftsvermögen in Geld umzusetzen (733 Abs. 3).

d) Verbleibt nach Berichtigung der Schulden und Erstattung der Einlagen in Ueberschuß, so gebührt er den Gesellschaftern nach Verhältniß ihrer Gewinnantheile (734, vgl. 722).

e) Reicht umgekehrt das Vermögen zur Deckung der Schulden und Rückerstattung der Einlagen nicht aus, so haben die Gesellschafter einander für den Fehlbetrag nach Maßgabe ihrer Verlustantheile aufzukommen (vgl. 722). Kann von Einem der ihn treffende Beitrag nicht erlangt werden, so haben die Uebrigen den Ausfall, ebenfalls nach Maßgabe ihrer Verlustantheile, zu tragen (735). Diese

Digitized by Google

Bestimmungen regeln das Verhältniß der Gesellschafter unter sich. Der Angriff der Gläubiger gegen die Gesellschafter ist davon unabhängig.

f) Im Uebrigen gelten für die Theilung die Vorschriften über die Gemeinschaftstheilung (731 S. 2; s. unt. zu § 449).

4. Ueber die Auseinandersetzung mit einem Ausscheidenden gilt Folgendes: Sein Antheil an dem Gesellschaftsvermögen wächst den übrigen Gesellschaftern zu. Die von ihm zur Benutzung eingebrachten Gegenstände erhält er zurück nach denselben Regeln wie bei der allgemeinen Auseinandersetzung (732). Von den gemeinschaftlichen Schulden müssen ihn die Uebrigen befreien; sind die Schulden noch nicht fällig, so können die Gesellschafter statt dessen auch ihm Sicherheit für künftige Befreiung leisten. Endlich müssen sie ihm in Gelde zahlen, was er bei der Auseinandersetzung erhalten würde, wenn die Gesellschaft zur Zeit seines Ausscheidens aufgelöst wäre. Der Werth des Gesellschaftsvermögens wird, soweit nöthig, durch Schätzung ermittelt (738). Der Anspruch auf diese Abfindung des Ausscheidenden kann durch den Gesellschaftsvertrag ausgeschlossen werden. Zwar kann die Kündigung dem Gesetz zuwider nicht ausgeschlossen werden (723); aber daß bei Ausscheiden eines Gesellschafters durch Kündigung sein Abfindungsanspruch gewahrt bleiben müsse, ist nicht vorgeschrieben (vgl. Planck I § 54 unter 2 k). Ausscheiden zu können, auch wenn er keine Abfindung zu beanspruchen hat, ist für den Gesellschafter von Werth, namentlich, weil er damit der Gefahr entgeht, in fernere Gesellschaftsschulden verwickelt zu werden. Wenn die Berechnung ergibt, daß das Gesellschaftsvermögen, falls zur Zeit des Ausscheidens eines Gesellschafters die Auflösung der Gesellschaft stattgefunden hätte, zur Deckung der Schulden und der Einlagen nicht ausreichen würde, so hat der Ausscheidende zu seinem Verlustantheil für den Fehlbetrag aufzukommen (739). Dieß entspricht demjenigen, was bei der wirklichen Auflösung gelten würde, nur ist natürlich von der Haftung des Ausscheidenden für Insolvenz anderer Gesellschafter keine Rede, da deren Verlustantheile gar nicht zur Einziehung kommen sollen.

An Gewinn und Verlust, welche sich aus den zur Zeit des Ausscheidens schwebenden Geschäften ergeben, nimmt der Ausscheidende Theil, hat aber keinen Einfluß auf die Abwickelung dieser Geschäfte zu beanspruchen; nur kann er jährlich Rechenschaft, Auszahlung, Auskunft verlangen (740).]

F. Der Auftrag*.

1. Begriff und Abschluß.

§ 409.

Durch Ertheilung und Uebernahme eines Auftrages[1] kommt ein Vertrag zu Stande[2], welcher für beide Parteien Verpflichtungen

* Inst. 3, 26 de mandato. Dig. 17, 1 Cod. 4, 35 mandati vel contra. Kritz Pandektenr. Thl. I Bd. 1 S. 1—114. Glück XV S. 239—370; Unterholzner II S. 585—600, Sintenis II § 113, Holzschuher III § 273, Wächter II S. 450 fg., Brinz 2. Aufl. II § 334. [Dietschi Mandat u.

Digitized by Google

erzeugt (§ 410). Die Thätigkeit, auf welche der Auftrag gerichtet ist, darf keine unerlaubte[3], kann im Uebrigen von der verschiedensten Art sein, namentlich sowohl rechtlicher[4] als factischer Natur. Sie kann ferner eine mehr oder minder umfassende sein; die umfassendste ist die Besorgung aller Angelegenheiten des Auftraggebers[5].

Der Auftrag ist seiner Natur nach unentgeltlich[6]; doch verträgt er nicht bloß ein freiwillig gegebenes Honorar, sondern auch das Versprechen eines Honorars[7]. —

Der Auftrag hat noch eine andere Seite, als die, daß er Verpflichtungen zwischen den Parteien begründet. Insofern er auf eine Thätigkeit rechtlicher Art gerichtet ist, bewirkt er auch, daß die Handlung des Beauftragten dritten Personen gegenüber dieselbe rechtliche Wirkung habe, als hätte der Auftraggeber sie selbst vorgenommen; mit anderen Worten, in dem bezeichneten Fall liegt in dem Auftrag zugleich eine Vollmacht[8]. Es kann übrigens eine Vollmacht auch ohne Auftrag gegeben werden[9].

Dienstmiethe. Bern. Diss. 1889. Contuzzi il contratto di mandato secondo il diritto romano, il Codice civile ed il Codice di commercio Filangieri XVIII, 1 p. 151 s. 213 s. 301 s. 1893. Schneider Depositum und Mandat. Erl. Diss. 1899.]

[1] Mandatum. Der Auftraggeber wird in den Quellen mandans oder mandator genannt; die Bezeichnung mandatarius für den Beauftragten ist nicht quellengemäß. § 409.

[2] L. 1 pr. — § 2 D. 17, 2. Stillschweigende Eingehung: l. 6 § 2. l. 18. l. 23 D. 17, 1, l. 6 C. 4, 35. Holzschuher a. a. O. Nr. 1. Sf. VIII. 254, XII. 269.

[3] L. 6 § 3. l. 22 § 6 D. 17, 2, § 7 I. 3, 26.

[4] Z. B. Abschluß eines Rgeschäfts, Führung eines Processes. Auch der Gerichtsvollzieher bei der Zwansvollstreckung ist Mandatar: Vereinigte Civilsenate des RG., Entsch. XIV S. 396. [Dunkhase ACPra. LXXVII S. 100 fg. Welck Gruch. Beitr. XXXVI S. 497 fg. Schwencke die civilrliche Stellung des Gerichtsvollziehers. Gött. Diss. 1894. Nagel das Verhältniß des Gerichtsvollziehers zur Partei. Erl. Diss. 1895.]

[5] L. 1 § 1. l. 63 D. 3, 3, l. 25 § 1 D. 4, 4. — Mandatum incertum: l. 46 D. 17, 1. Holzschuher a. a. O. Nr. 3. Sf. XXXI. 32.

[6] L. 1 § 4 D. 17, 1. „Mandatum nisi gratuitum nullum est; nam originem ex officio atque amicitia trahit: contrarium ergo (*scr.* vero) est officio merces . .“. § 13 I. 3, 26.

[7] L. 6 pr. l. 7. D. 17, 1 l. 1 C. 4, 35.

[8] Unsere Sprache ist hier reicher als die römische, welche für beide Begriffe nur den Ausdruck mandatum hat.

[9] Vgl. l. 42 § 2 D. 3, 3. „Ea obligatio, quae inter dominum et procuratorem consistere solet, mandati actionem parit. Aliquando tamen non contrahitur obligatio mandati; sicut evenit, cum in rem suam procura-

Digitized by Google

[1. Im BGB. ist der Auftrag ein (im Gegensatz zu dem bei [7] Bemerkten) schlechthin unentgeltlicher Vertrag, gerichtet auf Besorgung eines von dem Auftraggeber dem Beauftragten übertragenen Geschäfts (662). Daß bei dem Abschluß des Auftragsvertrages in der Erklärung des Auftraggebers zugleich eine Vollmacht liegen kann (vgl. zu [8. 9]), bleibt richtig (167 Abs. 1). Schon für das gemeine Recht indessen war es zu weitgehend, wenn gesagt wurde (zu [8]), daß in jedem Auftrag zu einer Thätigkeit rechtlicher Art eine Vollmacht liege; das ist nicht der Fall, wenn der Beauftragte im Wege der s. g. indirecten Stellvertretung handeln soll, vielmehr nur dann, wenn er im Namen des Auftraggebers zu handeln die Macht haben soll.

2. Wenn Jemand zur Besorgung gewisser Geschäfte öffentlich bestellt ist oder sich öffentlich dazu erboten hat, so ist er, wenn er einen auf Besorgung solcher Geschäfte gerichteten Auftrag nicht annimmt, verpflichtet, die Ablehnung dem Auftraggeber unverzüglich anzuzeigen; dasselbe gilt, wenn das Erbieten einem Einzelnen gegenüber stattfand, im Verhältniß zu diesem (663). Die Versäumung der Anzeige zieht nicht nach sich, daß der Auftrag zu Stande kommt, sondern nur eine Schadensersatzpflicht. Die Anwendung dieser Sätze auf das Auftragsverhältniß setzt aber voraus, daß Jemand zur unentgeltlichen Besorgung gewisser Geschäfte bestellt ist oder sich erboten hat.]

2. Verpflichtungen.

§ 410.

Die Verpflichtungen aus dem Auftragsvertrag stehen unter freiem richterlichen Ermessen [Vgl. BGB. 242][1]. Die Hauptpunkte sind folgende:

1. Der Beauftragte ist verpflichtet [2], den übernommenen Auftrag pünktlich auszuführen, und haftet dabei [3] nicht bloß wegen Arglist,

---

torem praestamus, eoque nomine iudicatum solvi promittimus. Nam si ex ea promissione aliquid praestiterimus, non mandati, sed ex vendito, si hereditatem vendidimus, vel ex pristina causa mandati agere debemus, ut fit, cum fideiussor reum procuratorem dedit". Vgl. l. 21 § 2 D. 21, 2.

§ 410. [1] Die actio mandati ist actio bonae fidei, § 28 I. 4, 6, l. 2 § 3. l. 5 pr. D. 44, 7, l. 10 § 3 D. 17, 1.

[2] Actio mandati directa. [Carlebach die actio mandati, deren entwickelungsgeschichtlicher Charakter und deren Bedeutung für die Bildung des Auftragsbegriffs im heutigen Civilr. Leipzig 1896: Mandat ist ursprünglich das Geben und Nehmen einer Sache mit der Abrede einer Thätigkeit in Bezug auf dieselbe. Die „Klage aus der actio mandati" ist gerichtet auf Rückforderung des Hingegebenen oder dessen, was an die Stelle getreten ist (S. 16 fg.); die actio mandati ist wenigstens in ihrem Ursprung nicht actio bonae fidei (S. 9). — Der Grundgedanke mag für die älteste Zeit richtig sein. Die Durchführung desselben bei C. ist aber äußerst bedenklich. Schon bei Plautus ist res mandata doch in dem Sinne der anvertrauten Angelegenheit zu finden (z. B. Bacchides III 3 476. 477 [Fleckeisen] rem mandatam exsequi; gerere). Die Einreihung der actio mandati unter die actiones b. f. soll von Gajus

Digitized by Google

sondern auch wegen jeder Nachlässigkeit[4]. Ueberläßt er die Ausführung des Auftrags einem Andern, so ist zu unterscheiden, ob ihm dieß nach der ausdrücklichen Bestimmung oder im Sinne des Vertrages gestattet war, oder nicht[5]; im letzten Falle haftet er für die Fehler des von ihm Angestellten unbedingt[5a], im ersten Falle nur dann, wenn er die Untauglichkeit des Angestellten kannte oder kennen mußte[6]. — Was dem Beauftragten zum Zwecke der Ausführung des Auftrages übergeben [[6a]] worden ist, muß er nach Beendigung des Auftrages, insoweit er es nicht dem Auftrage gemäß

oder von Anderen vor ihm herrühren, und doch gilt dem Verfasser l. 7 § 1 D. 2, 14 von Ulpian als Beleg dafür, daß sie zu den actiones b. f. nicht gehörte. Ulpian spricht aber dort nicht von den actiones b. f. und verweist zudem auf ceteri similes contractus.]

[3] Mag er den Auftrag schlecht, oder mag er ihn gar nicht ausgeführt haben. L. 5. 11 C. 4, 35, l. 5 § 1. l. 8 § 4. 10. l. 22 § 11. l. 27 § 2 D. 17, 1. [RG. XXX S. 132 fg. vgl. Sf. XLIX. 91, LIII. 221.]

[4] L. 23 D. 50. 17, l. 11. 13. 21 C. 4, 35, l. 8 § 10. l. 10 § 1. l. 22 § 11 D. 17, 1. Die Haftung des Beauftragten wegen Nachlässigkeit, obgleich er von dem Geschäft keinen Vortheil hat (§ 265, 4), erklärt sich daraus, daß in dem Versprechen, etwas für einen Andern besorgen zu wollen, stillschweigend das Versprechen der Sorgfalt liegt (worauf das deutsche Wort hinweist: besorgen). Vgl. über diesen Punkt Hasse Culpa § 94, Bethmann-Hollweg das. S. 569, v. d. Pfordten Abhandlungen S. 315, Huschke ZS. f. CR. u. Pr. N. F. V S. 115 fg., Ubbelohde ZS. f. HR. VII S. 225 fg., Jhering APraktRW. N. F. IV S. 248 fg. Schuldmoment S. 52, Karlowa Rgeschäft S. 241. Ueber Collat. X, 2 § 1—3 (vgl. l. 8 § 10 init. l. 10 pr. D. 17, 1) s. Hasse a. a. O. § 94, Huschke a. a. O. S. 113 fg. — Bedeutung der dem Beauftragten ertheilten Instruction: Sf. II. 40. 41 [RG. XXXIV S. 165 fg.]. — Beweislast: Sf. XV. 45, XIX. 195, XXVII. 124 und Citate das., XXIX. 177, RG. XX S. 269, s. auch Sf. XLIII. S. 291 (Testamentsvollstrecker); vgl. § 430 [5] a. E., § 439 [7], Hefke APraktRW. XIII S. 16 fg. [Pernice Sav.-ZS. XIX S. 135. Petraczki Einkommen II S. 201 fg.]

[5] Daß die Gestattung als Regel anzunehmen sei, geht weder aus § 11 I. 3, 26, noch aus l. 8 § 3 D. 17, 1 hervor. Entschiedener allerdings drückt sich c. 9 in VI° 1, 19, vgl. c. 1 § 2 eod, aus. Vgl. Unterholzner S. 595, Sintenis S. 577; Goldschmidt ZS. f. HR. XVI S. 309 fg. Sf. XXIV. 238 [vgl. Sf. LI. 41].

[5a] Vgl. l. 2 § 1 D. 11, 6.

[6] Nur wegen s. g. culpa in eligendo. Vgl. § 401 [5] und aus der daselbst citirten Schrift von Burchardi S 42. 113, aus den daselbst citirten Aufsätzen von Ubbelohde APraktRW. N. F. VII S. 241—242. ZS. f. HR. VII S. 247, aus dem in der vorigen Note citirten Aufsatz von Goldschmidt S. 313 fg. v. Wyß die Haftung für fremde Culpa S. 91—92. Sf. III. 46, XVIII. 240. Jedenfalls aber muß der Beauftragte dem Auftraggeber seine Ansprüche gegen den von ihm Angestellten herausgeben, l. 8 § 3 D. 17, 1, vgl. l. 22 [21] § 3 D. 3, 5.

Digitized by Google

verbraucht hat, zurückerstatten; ebenso muß er herausgeben, was auf Grund der Ausführung des Auftrages in seine Hände gelangt ist [7]. Zieht er von dem in seinen Händen Befindlichen Früchte oder Zinsen, so muß er auch diese herausgeben [8]; zieht er keine Früchte oder Zinsen, so kommt es darauf an, ob er hierzu nach Inhalt des Auftrages verpflichtet war [9]. Jedenfalls zahlt er Zinsen von dem Gelde, welches er in seinem eigenen Nutzen verwendet hat [10].

[1. Auch im BGB. haftet der Beauftragte für jede Fahrlässigkeit (276). Die Besorgung der Angelegenheit einem Dritten übertragen darf der Beauftragte im Zweifel nicht (664 Abs. 1 S. 1; vgl. [5]). Ist die Uebertragung gestattet, so ist der Beauftragte von der Haftung für Verschulden des Dritten aus § 278 befreit, haftet vielmehr nur für ein eigenes Verschulden, welches er bei der Uebertragung (in Auswahl, Instruction des Dritten) begeht (664 Abs. 1 S. 2). In diesem Falle setzt die Haftung ein Verschulden des Dritten nicht voraus, wie deutlich ist, wenn der Dritte in Folge mangelhafter Instruction, seinerseits schuldlos, verkehrt handelt. Ist die Uebertragung nicht gestattet, so haftet der Beauftragte fürs erste ebenso, wie im vorigen Falle; ferner aber auch für jedes Verschulden des Dritten (278); endlich haftet er, wenn er wußte, oder wissen mußte, daß er das Geschäft dem Dritten nicht übertragen durfte, für jeden

---

[6a Schloßmann ZS. f. HR. XLIII S. 515 fg. Unter welchen Voraussetzungen erwirbt der Mandatar Eigenthum an dem ihm vom Mandanten zur Ausführung des Auftrages übergebenen Gelde? Antwort für das r. R.: Der Regel nach nicht, sondern nur auf Grund besonderer Vereinbarung (l. 22 § 7 D. 17, 1). Bedenken gegen die Anwendbarkeit dieses (als richtig anzuerkennenden) römischen Satzes für viele Fälle des heutigen Verkehrs: S. 529 fg.]

[7] Im Allgemeinen l. 20 pr. D. 17, 1. („Ex mandato apud eum, qui mandatum suscepit, nihil remanere oportet"), l. 8 § 9 eod. Im Besonderen: l. 8 pr. § 10. l. 10. § 6. l. 43. l. 45 pr. l. 59 § 1 D. 17, 1, l. 46 § 4 D. 3, 3, l. 49 § 2 D. 41, 2, l. 9 pr. D. 2, 13. Sf. V. 12, IX. 153, X. 45, XI. 150, XXII. 40, XXXIV. 116. Verpflichtung zur Rechnungsablage: vgl. Bähr Jahrb. f. Dogm. XIII S. 251 fg. Manifestationseid: Bähr a. a. O. S. 274 fg Sf. XXIX. 129. Herausgabe von Geschenken, welche der Beauftragte bei Ausführung des Auftrags erhalten hat? Sf. XXX. 23, RG. IV S. 290, Dernburg II § 116 [7]. Rückgabe der Vollmachtsurkunde? Sf. XIX 40.

[8] L. 10 § 2. 3. 8. 9 D. 17, 1. Doch braucht er nach allgemeinen Grundsätzen (§ 327 [12]) die gezogenen Zinsen dann nicht herauszugeben, wenn die Ausleihung auf seine Gefahr geschehen ist, l 10 § 8 i. f. D. 17, 1. Dabei ist freilich zuzusehen, ob er nicht zur Zinsenziehung verpflichtet war; s. die folgende Note.

[9] L. 13 § 1 D. 22, 1. Vgl. Sf. XVII. 33.

[10] L. 10 § 3 D. 17, 1. Er zahlt ortsübliche Zinsen (l. 10 § 3 D. 17, 1, vgl. § 260 [5]), die höchsten nach r. R. erlaubten Zinsen aber, d. h. 6%, nach dem Principe der l. 37 [38] D. 3, 5 (§ 260 [2]), wenn das Geld, welches er in seinem Nutzen verwendet hat, nicht dem Auftraggeber herauszugeben, sondern in dessen Interesse zu verwalten war. Vgl. § 260 [4].

Digitized by Google

Schaden, der durch die Uebertragung verursacht wird, ohne Rücksicht auf weiteres Verschulden des Beauftragten und auf Verschulden des Dritten.

Ob die Zuziehung eines Gehülfen gestattet ist, ist der Auslegung des Auftrags überlassen. In jedem Falle haftet der Beauftragte für Verschulden des Gehülfen gemäß § 278 (664 Abs. 1 S. 3), aber auch für Verschulden bei der Zuziehung und Leitung des Gehülfen, endlich, wenn die Zuziehung desselben nicht gestattet ist und der Beauftragte dieß weiß oder wissen muß, für jeden durch die Zuziehung verursachten Schaden.

2. Der Beauftragte darf von den Weisungen des Auftraggebers abweichen, wenn er den Umständen nach annehmen darf, daß der Auftraggeber bei Kenntniß der Sachlage die Abweichung billigen würde. Er muß aber vor der Abweichung dem Auftraggeber Anzeige machen und dessen Entschließungen abwarten, wenn nicht mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist (665). Weisungen, von denen nur in diesen Grenzen abgewichen werden darf, können in dem Auftragsvertrage enthalten sein, aber auch von dem Auftraggeber nachträglich ertheilt werden, sofern der Auftraggeber die durch den Auftragsvertrag gezogenen Schranken damit nicht überschreitet; denn es liegt in der Natur der Sache, daß der Beauftragte das im Interesse des Auftraggebers übernommene Geschäft so ausführt, wie der Auftraggeber es seinen wenn auch erst später kund gethanen Absichten entsprechend findet. Das Recht zur Abweichung von den Weisungen kann unter Umständen auch die Uebertragung des Geschäfts an einen Dritten oder die Zuziehung eines Gehülfen zu einer rechtmäßigen machen, während sie es nach dem Inhalt des Vertrages nicht war. Das Recht zu Abweichungen von den Weisungen im Sinne des § 665 besteht dem Auftraggeber gegenüber. Die Vertretungsmacht Dritten gegenüber ist an die durch Auslegung der Vollmacht gegebenen Schranken gebunden. Die Auslegung der Vollmacht kann dazu führen, daß der Bevollmächtigte für unvorhergesehene Fälle anders zu handeln ermächtigt sein sollte, als zunächst vorgesehen wurde. Soweit dieß aber nicht der Fall ist, kann der Bevollmächtigte aus der Annahme, daß der Vollmachtgeber eine Abweichung billigen würde, niemals eine erweiterte Vertretungsmacht folgern.

3. Der Beauftragte ist (wie auch im gem. R. anzunehmen) verpflichtet, auf Verlangen über den Stand des Geschäfts Auskunft zu ertheilen; aber auch ungefragt die erforderlichen Nachrichten zu geben und nach der Ausführung des Auftrags Rechenschaft abzulegen (666; 259).

4. Er ist, wie im gemeinen Recht (7) verpflichtet, alles, was er zur Ausführung des Auftrags erhält (soweit es nicht zum Verbrauch gegeben ist und ordnungsmäßig verbraucht wird) und was er aus der Geschäftsbesorgung erlangt, herauszugeben (667, vgl. auch 260). Er zahlt Zinsen von dem Gelde, welches er dem Auftraggeber herauszugeben oder für ihn zu verwenden hat, wenn er dasselbe für sich verwendet (668); jedoch (vgl. 11) nur 4% (246). Begeht er in der Verwendung eine unerlaubte Handlung, so haftet er auf vollen Schadensersatz. Die Verpflichtung zur Herausgabe gezogener Früchte und Zinsen (8) gründet sich auf § 667, diejenige zum Ersatz schuldhaft nicht gezogener (9) ist selbstverständlich.

5. Der Anspruch des Auftraggebers auf Ausführung des Geschäfts ist im Zweifel nicht übertragbar (664 Abs. 2); aber vererblich (672 S. 1).]

Digitized by Google

2. Der Auftraggeber ist verpflichtet [11], dem Beauftragten die Aufopferungen [12] zu ersetzen [13], welche derselbe in oder bei Ausführung des übernommenen Auftrages gemacht hat [14] — wenn für dieselben im Vertrage eine Grenze festgesetzt ist, innerhalb dieser Grenze [15], sonst soweit die Aufopferungen nothwendig waren oder dem Beauftragten nach seinem redlichen Ermessen als nothwendig erscheinen mußten [16]. Mehrere Auftraggeber haften dabei solidarisch [17]. Den Schaden, welchen der Beauftragte bloß bei Gelegenheit der Ausführung des Auftrages erleidet, bekommt er nur dann ersetzt, wenn dabei den Auftraggeber ein Vorwurf trifft [18]. — Ferner ist

---

[11] Actio mandati contraria.

[12] Mögen dieselben in Veräußerungen bestehen, oder in Uebernahme von Verbindlichkeiten, oder in Entbehrung eines Gewinnes, oder in Abnutzung von Sachen, oder in sonstiger Entbehrung von Vermögensstücken.

[13] Bei ausgelegtem Geld mit Zinsen, l. 12 § 9 D. 17, 1, l. 1 C. 4, 35 Sf. III. 50, VI. 35, VIII. 46, XXIII. 20. Unter Umständen kann der Beauftragte auch Vorschuß verlangen, l. 12 § 17 D. 17, 1. Wer einen Auftrag zu zahlen übernommen hat, kann Ersatz schon verlangen, wenn er verurtheilt worden ist, l. 45 § 4 D. 17, 1, l. 38 § 1 D. 17, 1. l. 6. 10 C. 4, 35. Vgl. Thöl Handelsr. I § 320 Nr. II.

[14] In Ausführung des Auftrages: der Auftrag war auf eine Aufopferung direct gerichtet, z. B. er ging auf Ankauf einer Sache um das Geld des Beauftragten oder auf Uebernahme einer Bürgschaft: l. 3 § 1. l. 10 § 11. l. 45 D. 17, 1, auch l. 16 eod. Vgl. Sf. XIV. 231. Eine interessante Complication dieses Falles bei Kierulff Entscheidungen des OAG. zu Lübeck 1866 Nr. 56. Bei Ausführung des Auftrages: es ist etwas zum Zweck der Ausführung des Auftrages aufgewendet worden, l. 10 § 9 D. 17, 1, l. 20 § 1 C. 4, 35.

[15] L. 3 § 2. l. 4. l. 22 pr. l. 32 D. 17, 1, § 8 I. 3, 26.

[16] L. 27 § 4 D. 17, 1. („impendia bona fide facta"), l. 45 § 6 eod. („sumtibus ex iusta ratione factis"), l. 56 § 4 eod. („sumtus bona fide necessario factos"), l. 4 C. 4, 35 („sumtus quos probabili ratione feceras").

[17] S. § 298 [16].

[18] L. 26 § 6. 7 D. 17, 1, l. 62 [61] § 5 D. 47, 2. Ueber die letztere Stelle vgl. Hasse Culpa S. 403, Mommsen Beiträge III S. 369 [16], Dernburg Pfandr. I S. 163, Jhering Jahrb. f. Dogm. IV S. 37, Schirmer ZS. f. RGesch. X S. 80 fg., Mommsen Erörter. II S. 59 fg., und s. auch § 378 [16]. Vgl. auch l. 22 D. 13, 6, l. 31 D. 13, 7, l. 45 § 1 D. 19, 2. [Hanau die Voraussetzungen, unter welchen nach gem. R. der Mandant für Schaden haftet, welcher dem Mandatar bei Ausführung seines Auftrages erwächst. Berl. Diss. 1894, v. Kekule die Schadensersatzpflicht des Mandanten. Berl. Diss. 1894 (zu beiden Burchard kr. VJS. XXXVIII S. 26 fg.), V. Schack Unter welchen Voraussetzungen haftet nach gem. R. der Mandant für Schaden, welcher dem Mandatar bei Ausführung seines Mandats erwächst. Erl. Diss. 1895, Eisele die Haftung des Mandanten für Schaden des Mandatars. ACPra. LXXXIV S. 319 fg. (1895), Maschke die Haftung des Mandanten für den dem Mandatar bei Ausführung des Mandats erwachsenen

Digitized by Google

der Auftraggeber verpflichtet, dem Beauftragten das bedungene oder stillschweigend verstandene Honorar zu zahlen [19].

[Der Anspruch auf Erstattung von Verwendungen ist im BGB. ebenso normirt, wie im gemeinen Recht (670; vgl. [16]); daß sie nicht über das gesetzte Limito zu erstatten sind ([15]), ist selbstverständlich. § 669 gibt schlechtweg (vgl. [12]) ein Recht auf Vorschuß, aber nicht in der Absicht, einen klagbaren Anspruch zu gewähren, sondern nur in dem Sinne, daß der Beauftragte seine Thätigkeit von dem Vorschuß abhängig machen kann. S. im Uebrigen (zu [13]) BGB. 256. 257. Zu Note [17] s. 427. Ein Anspruch auf Ersatz von Schäden (im Gegensatz zu den Kosten des Auftrags) läßt sich im BGB. nur auf Verschulden des Auftraggebers stützen (vgl. Prot. d. II. Comm. S. 2317 fg.). Ein Honoraranspruch ([19]) kommt nicht vor.]

3. Beendigung [*].

§ 411.

Der Auftrag erreicht sein natürliches Ende durch seine Ausführung, durch Ablauf der Zeit, für welche, oder Eintritt der auflösenden Bedingung, unter welcher er gegeben worden ist, durch Vereinbarung der Parteien; außerdem aber hört er auf durch einseitigen Rücktritt und durch Tod einer Partei.

1. Rücktritt. Weder der Auftraggeber noch der Beauftragte sind an den Auftrag länger gebunden, als sie daran gebunden sein wollen; jener kann den Auftrag zurücknehmen, dieser ihn zurückgeben [1]. Doch fährt der Auftraggeber trotz der Zurücknahme fort, aus denjenigen Handlungen des Beauftragten zu haften, welche derselbe vor erlangter Kunde von der Zurücknahme vorgenommen hat [2], und der Beauftragte darf den Auftrag nicht zu einer Zeit zurückgeben, wo der Auftraggeber nicht mehr die Möglichkeit hat, in

---

Schaden. ACPra. LXXXV S. 123 fg. (1896), Weiß Haftet der Auftraggeber dem Beauftragten für den zufälligen Schaden, welchen dieser bei Ausführung des Auftrags erlitten hat? Erl. Diss. 1896.]

[19] Vgl. § 404 [7]. Das r. R. gewährte auf das Honorar nur extraordinaria cognitio (l. 7 D. 17, 1, l. 1 C. 4, 35), was heutzutage keine Bedeutung mehr hat.

[* Mann die eigenthümlichen Endigungsgründe des Mandats bezw. der Vollmacht. Erl. Diss. 1896.]

[1] L. 12 § 16. l. 22 § 11 D. 17, 1, § 9. 11 I. 3, 26. Gesterding § 411. Irrthümer X S. 208 fg. ZS. f. CR. u. Pr. XV. 1. Stillschweigender Widerruf: l. 31 § 2 D. 3, 3 Sf. X. 158, XXI. 233. Vgl. auch Sf. III. 46. [Grego della revoca del mandato conferito da più mandanti. Per il XXXV anno d'insegnamento di Fil. Serafini (1892) p. 181 s.]

[2] L. 15 D. 17, 1, § 9 I. 3, 26.

Digitized by Google

anderer Weise für das aufgetragene Geschäft zu sorgen; er müßte denn für die Zurückgabe einen rechtfertigenden Grund haben [3].

2. Tod. Der Auftrag geht nicht auf die Erben über, weder auf die Erben des Auftraggebers, noch auf die des Beauftragten [4]. Doch kann das Gegentheil ausgemacht werden [5], und auch abgesehen hiervon ist der Erbe des Beauftragten verpflichtet, sich der von seinem Erblasser begonnenen Geschäfte anzunehmen [6], der Erbe des Auftraggebers, dem Beauftragten die Aufopferungen zu ersetzen, welche derselbe in unverschuldeter Unwissenheit von dem Tode des Auftraggebers gemacht hat [7].

In welcher Weise auch der Auftrag fortgefallen sein mag, so wirkt er fort für Erwerb und Verlust, welcher durch früher vorgenommene Auftragshandlungen nach Wegfall des Auftrages herbeigeführt wird [8].

---

[3] L. 22 § 11. l. 23—25. l. 27 § 2 D. 17, 1.

[4] L. 27 § 3. l. 57 D. 17, 1, l. 15 C. 4, 35, § 10 I. 3, 26. Gesterding Irrthümer ꝛc. S. 208 fg. Wenn es in den genannten Stellen heißt, daß der Auftrag nur „re integra", „integro mandato" aufhöre, so soll damit nichts Anderes gesagt sein, als daß die aus dem Auftrage bereits entstandenen Verbindlichkeiten nicht aufhören. Vgl. übrigens Sintenis [71]. — Anders das HGB. Art. 297. „Ein Antrag, ein Auftrag oder eine Vollmacht, welche von einem Kaufmann in dem Handelsgewerbe ausgegangen sind, werden durch seinen Tod nicht aufgehoben, sofern nicht eine entgegengesetzte Willensmeinung aus seiner Erklärung oder aus den Umständen hervorgeht". [S. jetzt BGB. 672.]

[5] L. 12 § 17. l. 13 D. 17, 1. Sf. XXXIII. 299. Die genannten Stellen sprechen aber nur von einem nach dem Tode des Auftraggebers zu vollziehenden Auftrag [davon RG. XLII S. 133 fg., Sf. XLVIII. 182]; sind wir berechtigt, auf Grund derselben anzunehmen, daß der Auftrag mit verbindlicher Kraft auch auf die Erben des Beauftragten gestellt werden könne? Die Bejahung dieser Frage hängt davon ab, ob in der genannten Stelle eine Interpolation auf Grund von l. un. C. 4, 11 anzunehmen ist, oder nicht. Dieß ist nicht unzweifelhaft; doch scheint mir die Annahme einer Interpolation mehr für sich zu haben, wegen Gai. III, 158 und l. 108 D. 46, 3 (die von Cujacius vorgeschlagene Emendation [Vangerow § 662 a. E.] ist immer nur Emendation, und bringt doch keine rechte Concinnität in die Stelle). Es muß freilich dahin gestellt bleiben, wie weit die Interpolation reicht. L. 27 § 1 D. 17, 1 spricht nicht von einem Mandat, sondern von einer Eigenthumsübertragung unter einer Auflage. Vgl. Zimmern ACPra. IV S. 235 fg., Mühlenbruch Fortsetzung von Glück XLIII S. 396—399, Dietzel ZS. f. CR. u. Pr. N. F. XIII S. 424 fg.; auch Holzschuher III § 273 Nr. 10.

[6] Arg. l. 1 pr. D. 27, 7, l. 40 D. 17, 2.

[7] L. 26 pr. § 1. l. 58 pr. D. 17, 1, § 10 I. 3, 26, l. 19 § 3 D. 39, 5.

[8] L. 14 pr. D. 17, 1, Gai. III, 117.

Digitized by Google

[Die am Eingang dieses § genannten Endigungsgründe des Auftrags gelten auch im BGB.

1. Ferner endet der Auftrag auch im BGB. durch Widerruf seitens des Auftraggebers und durch Kündigung seitens des Beauftragten, beide jederzeit zulässig (671 Abs. 1). Würde der Auftraggeber auf den Widerruf verzichten, somit der Beauftragte ein unentziehbares Recht auf Ausführung des Geschäfts haben, so könnte das Verhältniß kein Auftrag mehr sein. Verzicht des Beauftragten auf die Kündigung ist dagegen denkbar, ohne daß das Verhältniß aus dem Rahmen des Auftrags heraustritt. Der Beauftragte ist aber trotz solchen Verzichts zur Kündigung aus wichtigem Grunde befugt (671 Abs. 3). Der § 671 Abs. 2 entspricht dem zu Note [3] gesagten. Die unbegründete unzeitige Kündigung verpflichtet zum Schadensersatz.

2. Der Auftrag erlischt im Gegensatz zum gemeinen Recht ([1]) nicht durch Tod des Auftraggebers, auch nicht dadurch, daß dieser geschäftsunfähig wird (672 S. 1). Erlischt er ausnahmsweise, so hat der Beauftragte bei Gefahr im Verzuge nach Maßgabe des § 672 S. 2 weiter zu handeln.

3. Durch Tod des Beauftragten erlischt im Zweifel der Auftrag auch nach dem BGB. (673 S. 1; vgl.[4, 5]), der Erbe ist aber bei Gefahr im Verzuge zu einstweiligem Forthandeln nach Maßgabe des § 673 S. 2 verpflichtet (vgl. [6]). Der Möglichkeit, daß der Beauftragte in Geschäftsunfähigkeit verfällt, gedenkt § 673 nicht. Es muß aber in diesem Falle jeder Auftrag erlöschen, der auf Rechtshandlungen gerichtet ist; ob ein anderer erlischt, ist Auslegungsfrage.

4. Erlischt der Auftrag anders als durch Widerruf des Auftraggebers, so gilt er zu Gunsten des Beauftragten als fortbestehend (so daß dieser forthandeln darf, aber nicht muß), bis der Beauftragte von dem Erlöschen Kenntniß erlangt oder das Erlöschen kennen muß (674, vgl. zu [7]; s. jedoch auch 169). Da ein Widerruf möglicher Weise in Kraft treten kann, ohne daß der Beauftragte ihn kennt oder kennen muß (s. insbes. 132), so entsteht die Frage, ob nicht in diesem Falle der Satz des § 674 ebenfalls gelten muß. Der Wortlaut des Gesetzes steht dem freilich entgegen. Daß die nach dem Ende des Auftrags eintretenden bloßen Folgeerscheinungen von früher vorgenommenen Handlungen auf Rechnung des Auftraggebers gehen ([8]), ist selbstverständlich.]

4. Besondere Anwendungen.

§ 412.

1*. Auftrag, von einem Dritten eine Vermögensleistung zu erheben [1]. Auftrag, an einen Dritten eine Vermögensleistung zu

---

* Vgl. zum Folgenden Thöl Handelsr. I § 318—323. 333—347. v. Salpius Novation und Delegation S. 27—130. Lotmar über Causa im r. R. S. 97—151. v. Plucinski ACPra. LX S. 289—357.

[1] So namentlich von dem Schuldner des Auftraggebers (z. B. l. 12 § 16. I. 17 D. 17, 1, l. 11 C. 4, 35, l. 4 C. 8, 41 [42]); aber auch von demjenigen, welcher dem Auftraggeber schenken (l. 12 D. 38, 5), oder ihm ein Darlehn geben, oder ihm aus irgend einem anderen Grunde leisten will. Vgl. [9]. — Die § 412.

Digitized by Google

machen[2]. Der eine Auftrag kann ohne den anderen vorhanden sein; es kann aber auch zugleich der Eine beauftragt werden, von einem Andern eine Vermögensleistung zu erheben, und dieser Andere, an Jenen die Vermögensleistung zu machen[3]. Ein besonderer Fall ist der, wo der Auftrag, die Vermögensleistung zu machen, demjenigen, welchem sie gemacht werden soll, zur Ueberbringung eingehändigt wird; hierher gehört die moderne Anweisung[4]. — Im Besonderen kommen hier folgende Punkte zur Beachtung.

a. Der Auftrag zur Erhebung einer Vermögensleistung kann auch zu dem Ende gegeben werden, um auf indirectem Wege dem Beauftragten zu verschaffen, was der Auftraggeber seinerseits demselben zu leisten gewillt ist[5]. Ebenso kann der Auftrag zur Bewirkung einer Vermögensleistung in dem Sinne gegeben werden, daß durch Ausführung desselben dem Auftraggeber auf indirectem Wege verschafft werden soll, was der Beauftragte seinerseits demselben zu leisten gewillt ist[6]. Im ersten Falle fällt von den Wirkungen des

---

von dem Dritten zu erhebende Vermögensleistung kann den verschiedensten Inhalt haben. Die wichtigsten Fälle sind die, wo sie zum Inhalt Eigenthumsverschaffung oder Versprechen hat, und hier wieder ist der wichtigste Fall, wo ihr Gegenstand baares Geld ist. Von dem Auftrage, sich versprechen zu lassen, handeln z. B. l. 10 § 6. l. 59 pr. D. 17, 1. Thöl Handelsr. I § 323 („das Eincassirungsmandat"), § 337 (Auftrag sich versprechen zu lassen).

[2] So namentlich an den Gläubiger des Auftraggebers (z. B. l. 12 § 5 l. 45 § 4 D. 17, 1.); aber auch an denjenigen, welchem der Auftraggeber schenken (z. B. l. 19 § 3 i. f. D. 39, 5), oder dem er ein Darlehn geben (z. B. l. 9 § 8 D. 12, 1), oder dem er aus irgend einem andern Grunde leisten will. Vgl. [9]. — Was über den möglichen Inhalt der Vermögensleistung in der vorigen Note gesagt worden ist, gilt auch hier. Auftrag einen Andern zu liberiren: l. 36. 38 D. 23, 3. — Thöl Handelsr. I § 318—322 („das Zahlungsmandat"). § 333—337 („die Delegation"). S. auch Cohn in Endemann's Handb. des Handelsr. III S. 1086 fg.

[3] Der Auftrag, Leistung zu erheben, hat nur dann Sinn, wenn der Auftraggeber Grund zu der Annahme hat, daß der Dritte auf seinen Anstoß die Leistung machen wird. Der Auftrag, einem Dritten zu leisten, hat nur dann Sinn, wenn der Auftraggeber Grund zu der Annahme hat, daß der Dritte die Leistung nicht zurückweisen wird. Grund zu der einen und zu der andern Annahme hat er namentlich dann, wenn er dem Dritten einen Auftrag zur Leistung bez. zum Empfang ertheilt und dieser ihn angenommen hat.

[4] S. unten lit. b.

[5] Laß dir zahlen, statt von mir, von Jenem. Laß dir die 100, welche ich dir schuldig bin, von Jenem zahlen. Laß dir versprechen, statt von mir, von Jenem. Laß dir, statt von mir dir zahlen zu lassen, von Jenem versprechen.

[6] Zahle, statt an mich, an Jenen. Zahle die 100, welche du mir schuldig bist, an Jenen. Statt an mich zu zahlen, versprich Jenem.

Digitized by Google

Auftrages weg die Verpflichtung des Beauftragten zur Herausgabe des in Folge des Auftrages Erlangten, im zweiten Fall die Verpflichtung des Auftraggebers zum Ersatz des in Folge des Auftrages Aufgeopferten. Ueberhaupt tritt in diesen Fällen der Auftrag als solcher in den Hintergrund[7], und in den Vordergrund die durch Vollziehung desselben bewirkte Vermögensleistung des Auftraggebers an den Beauftragten, bez. des Beauftragten an den Auftraggeber; der Auftrag ist Mittel zur Verwirklichung einer indirecten Vermögensleistung[8]. — Es kann übrigens eine indirecte Vermögensleistung beschafft werden auch ohne einen dem Empfänger oder von dem Empfänger ertheilten Auftrag, durch bloße Anweisung[8a] oder

---

[7] Die actio mandati directa in ihrer Richtung auf sorgfältige Ausführung des ertheilten Auftrages ist zwar in keinem von beiden Fällen ausgeschlossen (vgl. Sf. XIII. 220), aber meistens durch die Ausführung selbst erledigt.

[8] Der Beauftragte nimmt die ihm von dem Dritten gemachte Leistung als Leistung des Auftraggebers an. Der Auftraggeber nimmt die von dem Beauftragten an den Dritten gemachte Leistung als eine ihm gemachte an. Dieses Annehmen liegt nicht in dem Auftrage als solchem, sondern ist ein den Auftrag Begleitendes. Mehr auseinandergelegt ist das Verhältniß dieses. Im ersten Fall sagt der Auftraggeber: (1) du sollst von dem Dritten eine Leistung erheben (Auftrag), und (2) diese Leistung des Dritten soll als eine von mir dir gemachte gelten. Durch die Ausführung des Auftrages, wie er gegeben worden ist, unterwirft sich der Beauftragte auch dieser zweiten Willenserklärung. In dem zweiten Falle sagt der Auftraggeber: (1) du sollst an den Dritten leisten (Auftrag), und (2) diese Leistung an den Dritten soll als eine mir gemachte gelten. Die Initiative in der den Auftrag begleitenden Willenserklärung geht hier von demjenigen aus, gegen welchen sie wirken soll. [Windscheid die indirekte Vermögensleistung. Leipz. Festg. f. O. Müller 1892.]

[8a] Die Anweisung unterscheidet sich von dem Auftrag dadurch, daß sie auf Begründung einer Verpflichtung zur Ausführung nicht gerichtet ist; es wird als selbstverständlich vorausgesetzt, daß ihr Folge geleistet werden wird. Die Römer gebrauchen für dasjenige, was wir heutzutage Anweisung nennen, die Ausdrücke iussus und delegatio, den letzteren nur für die Anweisung auf Bewirkung einer Vermögensleistung, den ersteren auch für die Anweisung auf Erhebung einer solchen. Vgl. § 353 [9] und unten Note [9]. Die Anweisung als solche enthält aber ebensowenig, wie der Auftrag, die Erklärung, daß der Angewiesene das Erhobene für sich behalten, daß das Geleistete als dem Anweisenden geleistet angesehen werden solle. Die Meinung der Parteien kann auch die sein, daß das Erhobene dem Anweisenden herausgegeben, daß das Geleistete von ihm solle erstattet werden. In diesem Falle ist die Anweisung doch wieder Auftrag; sie begründet zwar nicht die actio mandati directa auf Ausführung, aber die actio mandati directa auf Herausgabe bez. die actio mandati contraria auf Erstattung. Allerdings hat der Ausdruck iussus, wenn der iussus auf Bewirken einer Leistung geht, in unseren Quellen eine vorzugsweise Beziehung auf den Fall, wo das Geleistete nicht von dem iubens erstattet, sondern ihm als ihm geleistet angerechnet werden soll (iubetur aliquis alii solvere, promittere, quod mihi sol-

Digitized by Google

Gestattung[8b]. Ja es bedarf zur Verwirklichung einer indirecten Vermögensleistung einer Verhandlung zwischen dem Empfänger und demjenigen, von welchem sie ausgeht, überhaupt nicht; sie kann auch dadurch beschafft werden, daß dem Dritten, durch dessen Person oder in dessen Person sie gemacht werden soll, zur Bewirkung bez. Erhebung derselben ein Auftrag[8c] oder eine Anweisung oder eine

---

vere, promittere paratus est), und auch von iussus in der Richtung auf Erhebung einer Leistung ist in den Quellen vielfach in dem Sinne die Rede, daß das Empfangene nicht dem iubens herausgegeben, sondern als von ihm geleistet solle behalten werden (vgl. z. B. Gai. II, 38, l. 34 pr. D. 17, 1). Aber nothwendig ist die eine und die andere Beziehung beim iussus nicht, vgl. z. B. l. 36. 38 D. 23, 3, l. 34 pr. 46, 2. Ja es muß behauptet werden, daß der iussus als solcher die actio mandati directa auf Herausgabe und die actio mandati contraria auf Ersatz nicht ausschließt, sondern begründet; liegt dem Richter nichts weiter vor, als daß auf Anstoß eines Andern eine Leistung erhoben bez. gemacht worden sei, so hat er kein R. zu der Annahme, daß die Absicht der Parteien auf Behalten der dadurch der einen oder der andern Partei zugeführten Vermögensvermehrung gerichtet gewesen sei, s. namentlich auch l. 38 D. 23, 3 cit. In dieser Beziehung ist anderer Meinung v. Salpius Novation und Delegation § 9. 10. 11. 58, dessen Verdienste um die Hervorhebung des Gegensatzes zwischen mandatum und iussus im Uebrigen anzuerkennen sind. Gegen v. Salpius auch H. Witte kr. VJS. VIII S. 350 fg., v. Plucinski a. a. O. S. 318 fg. Vgl. noch Brinz 2. Aufl. II § 282[31]. — Ueber die Anwendung des hier vertretenen Grundsatzes auf den gezogenen Wechsel, wobei Art. 23 Abs. 3 der WO. in Frage kommt, vgl. die gut geschriebene Inauguraldissertation von Ad. Ströll, die Wechselrevalirungsklage und die deutsche Rsprechung, Nördlingen 1873. Ferner: Thöl, Praxis des Handelsr. und Wechselr. Erstes Heft S 52—76. Handelsr. I § 71. II § 6. Das ROHG. (XXVII. 206) und das RG. (Sf. XXXV. 283) haben sich gegen das Mandat erklärt. Ebenso Sf. VII. 352, XX. 224. Anders das. I. 56, XIV. 105, XXI. 123, XXIV. 269, XXVIII. 130. Mögliche mittlere Meinung: die Tratte enthält zwar einen Auftrag, und daher ist die Ersatzklage durch die Bezugnahme auf die Tratte hinreichend substantiirt; aber wenn der Aussteller seine Deckungspflicht leugnet, fällt die Beweislast auf den Bezogenen, weil damit geleugnet ist, daß der Auftrag den vom Kläger behaupteten Inhalt gehabt habe. Dieß ist die Meinung von Goldschmidt, wie ich mit seiner Ermächtigung hier mittheilen darf. — Die Anweisung verliert ihre Wirksamkeit durch Rücknahme und Tod des Anweisenden, wie der Auftrag. L. 32. l. 38 § 1. l. 108 D. 46, 3, vgl. l. 1 § 2 D. 15, 4.

[8b] L. 39 D. 24, 1. „Vir uxori pecuniam cum donare vellet, permisit ei, ut a debitore suo stipuletur . . .“ L. 106 D. 46, 3. „Aliud est iure stipulationis Titio solvi posse, aliud postea permissu meo id contingere“. Wenn in anderen Stellen (z. B. l. 11 § 5 D. 13, 7, l. 14 pr. D. 23, 5, l. 33 § 3 D. 39, 5, l. 15 § 1 D. 40, 7) statt von permissus von voluntas die Rede ist, so kann diese voluntas doch auch von einer Anweisung verstanden werden. Man denke aber auch an den Fall hinterheriger Genehmigung, s. z. B. l. 12 § 4 D. 46. 3, l. 12 C. 8, 42 [43].

Digitized by Google

Gestattung[8d] ertheilt wird. Der Bestimmungsgrund einer indirecten Vermögensleistung, in welcher Weise sie auch gemacht werden mag[8e], kann so verschieden sein, wie der einer Vermögensleistung überhaupt, und davon hängen die an sie angeknüpften rechtlichen Wirkungen ab[9]. Es kann auch der Bestimmungsgrund einer solchen indirecten Vermögensleistung eine Ungültigkeit oder Rückforderbarkeit derselben begründen; diese Ungültigkeit oder Rückforderbarkeit wirkt der Regel nach bloß zwischen den Subjecten der Leistung[10], wogegen sie auf

---

[8c] Vgl. z. B. l. 56 D. 46, 3. „Qui mandat solvi, ipse videtur solvere". S. noch z. B. l. 12. l. 5 pr. D. 38, 5, l. 19 § 3 i. f. D. 39, 5 u. a. m.

[8d] Vgl. z. B. l. 49 D. 46, 3 ([9]). [Die Anführung der l. 64 D. 46, 3 an dieser Stelle ist von Windscheid gestrichen.]

[8e] Wegen der vielfachen Weisen, in welchen eine indirecte Leistung gemacht werden kann, ist es nicht leicht, der Lehre von derselben ihre richtige Stellung im Systeme anzuweisen. Ihr eigentlicher Platz wäre irgendwo im allgemeinen Theil; aber ich glaube nicht, daß den Interessen des Lehrvortrags mit einer solchen Stellung derselben gedient wäre. Ich ziehe es daher vor, in Betracht, daß doch in vielen Fällen der indirecten Leistung ein Auftrag vorkommen wird (wenigstens einer — wenn nicht ein doppelter), sie im Allgemeinen beim Auftrag, im Besonderen aber bei den einzelnen möglichen Bestimmungsgründen der Vermögenszuwendung abzuhandeln (vgl. z. B. § 342, 5, § 365 a. E., § 370 [10. 12]). v. Salpius Novation und Delegation S. 61 fg. S. 472 ist der Ansicht, daß die einzige Stelle im System, in welcher diese Lehre im richtigen Lichte dargestellt werden könne, „die Lehre von den Realverträgen in ihrer allgemeinsten Gestalt und die sich daran anschließende Theorie der Condictionen" sei. Der Ausdruck „Realvertrag in seiner allgemeinsten Gestalt" soll hier wohl nichts sein, als eine andere Bezeichnung für Vermögenszuwendung; und zeigt sich denn der Begriff der Vermögenszuwendung nur in der Lehre von den Condictionen wirksam?

[9] Ein sehr häufiger und sehr wichtiger Bestimmungsgrund ist Tilgung einer Schuld: l. 56 D. 46, 3 ([8c]). L. 180 D. 50, 17. „Quod iussu alterius solvitur, pro eo est, quasi ipsi solutum esset". Von diesem Fall ist in den Quellen unendlich oft die Rede; vgl. z. B. noch l. 12 § 2 D. 46, 3, l. 12 C 8, 42 [43], l. 64 D. 46, 3, l. 33 D. 46, 2, l. 37 § 4 D. 38, 1. Geht in diesem Fall der Auftrag auf Versprechen, so kann die Tilgung der Schuld möglicherweise auch durch Novation erfolgen (vgl. § 342 [15. 38a], § 353 [9]). — Andere mögliche Bestimmungsgründe sind: Schenkung, z. B. l. 59 pr. D. 17, 1; l. 77 § 6 D. 31, l. 19 § 3 D. 39, 5, l. 21 § 1 eod., l. 34 § 7 D. 46, 3; l. 9 pr D. 12, 4, l. 15 § 2 D. 18, 1, l. 21 pr. D. 39, 5, l. 33 D. 46, 2; l. 2 § 2. l. 33 § 3 D. 39, 5. Bestellung einer Dos, z. B. l. 45 § 1. l. 56 pr. D. 23, 3, l. 4 § 21 D. 44, 4; l. 19. l. 59 pr. D. 23, 3, l. 14 pr. D. 23, 5. Verschaffung eines Darlehns, z. B. l. 15. 32 D. 12, 1; l. 9 § 8 eod., l. 19 § 3 D. 14, 3, l. 19 § 5 D. 16, 1; l. 59 pr. D. 17, 1. Verpflichtung zu einer Gegenleistung, l. 27 § 2 D. 16, 1. Vgl. noch l. 49 D. 46,3. „Solutam pecuniam intellegimus utique naturaliter, si numerata sit creditori. Sed et si iussu eius alii solvitur, vel creditori vel futuro debitori vel etiam ei cui donaturus erat, absolvi debet". Ebenso l. 67 [65] § 4 D. 36, 1.

Digitized by Google

das Verhältniß zwischen dem Empfänger und der Leistungsperson bez. zwischen dem Leistenden und der Empfangsperson nur in Ausnahmefällen von Einfluß ist [11].

b. Von der heutigen Anweisung insbesondere [12]. Was man heutzutage Anweisung nennt, ist Anweisung zum Leisten, nicht An-

---

[10] L. 12. 13. 19 D. 46, 2, l. 4 § 20 D. 44, 4, l. 1 § 10 D. 44, 5, l. 9 § 1 D. 12, 4; l. 78 § 5 D. 23, 3, l. 4 § 21 D. 44, 4; l. 1 § 11 D. 44, 5. Alle diese Stellen handeln von dem Falle, wo durch Versprechen eine nicht existirende Schuld des zum Versprechen Angewiesenen an den Anweisenden oder des Anweisenden an den zur Empfangnahme des Versprechens Angewiesenen getilgt werden soll. [Vgl. RG. XXXIV S. 35 fg.] Da nun in diesem Falle der Begründung der neuen Obligation auch eine Novationsabsicht zu Grunde liegen kann, so sind die genannten Stellen schon oben (§ 355 [8. 12]) bei der Erörterung der Frage, ob der Novationsvertrag zu seiner Gültigkeit eine existirende Obligation voraussetzt, in Betracht gezogen worden. S. aber ferner: l. 59 i. f. D. 46, 3 (der Angewiesene zahlt einem Dritten, was er dem Anweisenden schuldig zu sein glaubt); l. 66 eod. (1) der gleiche Fall, 2) der Angewiesene zahlt dem Dritten, um sich von einer wirklich existirenden Schuld gegen den Auftraggeber zu befreien, erreicht aber diese Absicht nicht); l. 5 § 5 D. 44, 4 (der Angewiesene leistet zum Zweck der Vollziehung einer übermäßigen Schenkung an den Anweisenden); l. 21 § 1 D. 39, 5 (übermäßige Schenkung des Anweisenden an den Dritten, welchem geleistet werden soll); l. 9 pr. D. 12, 4 (der Anweisende will dem Dritten, welchem geleistet werden soll, durch die Leistung des Angewiesenen eine Dos verschaffen, und die Ehe kommt nicht zu Stande; anders wenn auch der Angewiesene dem Dritten gegenüber erklärt, daß er dotis nomine leiste, l. 7 pr. eod.).

[11] a) L. 2 § 3. 4 D. 39, 5, l. 7 pr. § 1 D. 44, 4, s, § 355 [9. 12]; b) bei der Schenkung unter Ehegatten s. l. 3 § 12. 13. l. 4. l. 5 § 3. 4. l. 39. 56 D. 24, 1; vgl. § 367 [8], § 509 [22], auch I § 172 [16]. Schlesinger die Unanfechtbarkeit der Delegationsstipulation (1882); dazu Hruza Grünh. ZS. IX S. 604 fg.

[12] Thöl Handelsr. I § 325—331. Cohn in Endemann's Handb. d. Handelsr. III S. 1093 fg. Vgl. noch Holzschuher III § 277 und Kuntze das. S. 667. 668. [Wendt das allgemeine Anweisungsr. Jena 1895, dazu Danz kr. VJS. XXXVII S. 327 fg.] — Waarenanweisung: Goldschmidt Handelsr. II S. 769 fg., Thöl Handelsr. I § 332. — Check: Cohn a. a. O. S. 1135 fg. Verh. des 17. deutschen Juristentags I S. 1—45. II S. 139—157. 282—284. [Ueber die Postanweisung s. Schmidt (Cassel) über die rliche Natur der Postanweisungen insbesondere mit Bezug auf die Frage, ob die Postverwaltung befugt ist, die auf gefälschte Postanweisungen ausgezahlten Beträge vom Empfänger zurückzufordern. Gruch. Beitr. XXXIV S. 177 fg. (1890), auch besonders erschienen Berl. 1890. Tinsch die Postanweisung. Erl. u. Leipzig 1890, dazu Pollitzer Grünh. ZS. XVIII S. 205 fg. Freund ZS. f. HR. XL S. 338 fg. Mittelstein Beiträge zum Postr. Berl. 1891 S. 82 fg. Loewi die Postanweisung. Erl. Diss. 1891. Pfizer Jahrb. f. Dogm. XXXI S. 330 fg. 1892. Merten die rliche Natur der Postanweisung. Greifsw. Diss. 1895. Kiesselbach die rliche Natur der Postanweisung. Erl. Diss. 1896. Fring die rliche Construction der Postanweisung. Erl. Diss. 1897.

Digitized by Google

weisung zum Empfangen, und Anweisung zum Zahlen, nicht Anweisung zum Versprechen[13]. 1) Der Angewiesene hat, wenn er gezahlt hat, einen Ersatzanspruch gegen den Anweisenden nach den Grundsätzen des Auftrages. Behauptet der Anweisende, der Angewiesene habe die Anweisung zu dem Ende übernommen, um in der Person des Dritten ihm selbst eine Leistung zu machen, so muß er dieß beweisen[14]. 2) Die Rechte des Angewiesenen gegen den Anweisenden entstehen erst aus der Zahlung an den Dritten, nicht schon aus einem demselben geleisteten Versprechen[15]. Sobald aber der Angewiesene dem Dritten versprochen hat, kann der Anweisende die Anweisung nicht mehr zurücknehmen[16]. 3) Ebenso ist die Leistung, welche der Anweisende dem Dritten durch die Anweisung verschaffen will, beschafft erst mit der Zahlung des Angewiesenen, nicht schon mit seinem Versprechen an den Dritten[17]. 4) Der Dritte ist zur Realisirung der Anweisung nicht verpflichtet, sondern nur berechtigt[17a].

---

[13] Die Anweisung kann mündlich oder schriftlich gegeben werden; das Letztere ist, namentlich unter Kaufleuten, der regelmäßige Fall. In ihrer gewöhnlichen Form ist sie eine dem Zahlungsempfänger zur Ueberbringung eingehändigte Urkunde, und unterscheidet sich in dieser Form von dem gezogenen Wechsel nur durch das Fehlen des Wortes Wechsel. — Statt Anweisung sagt man sehr gewöhnlich Assignation; der Angewiesene: der Assignat; derjenige, an den Zahlung geleistet werden soll: der Assignatar.

[14] S. Note [8a], und vgl. zu den daselbst citirten Stellen aus der Schrift von v. Salpius noch § 74.

[15] Die Rc des Angewiesenen: sowohl die actio mandati contraria, als daß die dem Dritten gemachte Leistung als eine dem Anweisenden gemachte gilt. Vgl. l. 10. 21. 25 D. 46, 2, l. 8 C. 8, 41 [42], l. 10 C. 4, 35, l. 19 § 5 D. 16. 1. Doch wird die actio mandati contraria schon durch die Verurtheilung zur Zahlung begründet (§ 410 [13]).

[16] Indem er der Zahlung ein Versprechen vorhergehen läßt und dadurch die Nothwendigkeit einer Zahlung für sich begründet, thut er etwas, was er im Sinne des ihm ertheilten Auftrages thun darf. Cropp in Heise und Cropp Abhandlungen II S. 354—357. 392—395, Thöl a. a. O. 327, Unger Inhaberpapiere S. 73 fg. — Der Angewiesene verspricht dem Inhaber der Anweisung dadurch, daß er die Anweisung „annimmt", „acceptirt". Ist dieses Versprechen ein reines Versprechen (s. g. Formalvertrag)? Die Frage wird verneint von v. Salpius Novation und Delegation § 75, bejaht mit Anderen von Thöl § 329, welcher deßwegen die gemeinrliche Gültigkeit dieses Versprechens bestreitet (vgl. § 318 [3. 4]). Ausdrücklich ist seine Gültigkeit anerkannt im HGB. Art. 300. 301. [S. jetzt BGB. 783. 784, HGB. 363.] Vgl. noch Sf. XVIII. 135, XXI. 232, XXII. 41. [RG. XXXIV S. 35 fg., vgl. Sf. L. 190.]

[17] Der selbstverständliche Grundsatz „Anweisung ist keine Zahlung" (Thöl § 328) gilt auch für den Fall des Acceptes der Anweisung. — v. Salpius Novation und Delegation § 76 hält dieß für modernes Gewohnheitsr., indem er

Digitized by Google

[1. Das §§§. regelt nur die schriftliche Anweisung auf Geld, Werthpapiere oder andere vertretbare Sachen. Wird eine solche Anweisung von dem Anweisenden dem Dritten ausgehändigt, welchem geleistet werden soll, so ist dieser ermächtigt, nicht verpflichtet (vgl. zu [17a]), die Leistung bei dem Angewiesenen in eigenem Namen zu erheben, der Angewiesene ermächtigt, für Rechnung des Anweisenden an den Anweisungsempfänger zu leisten (783).

2. Die Annahme der Anweisung seitens des Angewiesenen (vgl. [16]) erfolgt durch schriftlichen Vermerk auf der Anweisung selbst. Ist der Vermerk auf die Anweisung gesetzt, bevor sie dem Anweisungsempfänger ausgehändigt wurde, so wird die Annahme diesem gegenüber erst mit der Aushändigung wirksam (784 Abs. 2). Schon vorher aber ist der Angewiesene im Zweifel dem Anweisenden gegenüber gebunden, kann der Aushändigung der Anweisung sammt dem Annahmevermerk an den Anweisungsempfänger nicht widersprechen. Die Annahme verpflichtet den Angewiesenen dem Empfänger der Anweisung gegenüber zur Leistung und zwar im Sinne eines allerstrengsten Formalversprechens (vgl. [16]) Einwendungen sind nur zulässig, sofern sie die Gültigkeit der Annahme betreffen, oder sich aus dem Inhalt der Annahme oder der Anweisung ergeben oder dem Angewiesenen unmittelbar gegen den Anweisungsempfänger zustehen (z. B. Stundung, Erlaß) (784 Abs. 1). Daraus ergibt sich, daß der Angewiesene in Ermangelung besonderen Vorbehalts in der Annahmeerklärung niemals die Einrede des mangelnden Rechtsgrundes (821) erheben kann. Der Rechtsgrund, aus welchem

---

behauptet (§ 18—20), daß nach r. R. das durch Delegation einem Andern verschaffte Forderungsr. (und ebenso die durch Delegation für ihn eingegangene Verbindlichkeit) ihm „vermöge objectiver Nnothwendigkeit" als baares Geld angerechnet worden sei. Das heißt also: nach r. R. galt die in Folge der Delegation begründete Obligation nach der einen und der anderen Seite als baares Geld nur dann nicht, wenn dieß ausdrücklich ausgemacht worden war. Diesen exorbitanten Satz stützt v. Salpius auf Stellen wie l. 187 D. 50, 16, l. 18 D. 46, 1, l. 26 § 2 D. 17, 1 u. a., in welchen nichts die Annahme verbietet, daß sie eine Beredung der Parteien des Inhalts, es solle die Obligation gleich Geld sein, oder eine Novationsberedung voraussetzen (vgl. l. 26 § 2 cit.: „qui admittit debitorem delegatum", l. 68 § 1 D. 21, 2: „qui pro pecunia nomen debitoris per delegationem, sequi maluit", l. 96 § 2 D. 46, 3: „transegit, ut nomine debitoris contenta legatum non peteret" — während er andere, welche direct gegen ihn sprechen, wie l. 18 § 1. l. 31 § 3 D. 39, 6 und die auf S. 117 genannten, mit der Bemerkung beseitigt, daß in ihnen „der Hauptgrundsatz sich modificirt" (S. 113). S. auch § 500 [9]. Gegen v. Salpius auch H. Witte kr. VJS. VIII S. 362 fg., v. Plucinski a. a. O. S. 344 fg., Karsten die Bedeutung der Form im Re S. 179 fg., P. Gide (§ 353 Note *) p. 452 s., E. Danz die Forderungsüberweisung ꝛc. S. 96 [5], Wendt S. 187 unter 3, s. aber auch S. 574. Uebrigens findet sich die gleiche Auffassung schon bei Hasse Culpa S. 436 und v. Meyerfeld Rhein. Mus. VII S. 123 fg. Für dieselbe neuerdings Pernice Labeo I S. 507 fg., Dernburg II § 119 [11]; vgl. auch Lotmar Causa S. 117 fg.

[17a] In der Anweisung als solcher liegt kein Eincassirungsmandat; obgleich ein Eincassirungsmandat mit derselben verbunden sein kann. Vgl. Ladenburg ZS. f. HR. XI S. 79.

Digitized by Google

der Anweisende dem Anweisungsempfänger die Anweisungssumme zuwendet, berührt den Angewiesenen nicht, und der Rechtsgrund, aus welchem der Angewiesene für Rechnung des Anweisenden leisten will, berührt den Anweisungsempfänger nicht. Ausnahmefälle, wie die ob. [11] berührten, kennt das BGB. nicht. Der Angewiesene ist nur gegen Aushändigung der Anweisung zur Leistung verpflichtet (785). Dieß gilt zunächst im Verhältniß zu dem Anweisungsempfänger, dem gegenüber der Angewiesene die Anweisung angenommen hat; aber auch sofern ein Recht des Anweisenden auf Honorirung der Anweisung besteht, muß der Satz zur Anwendung kommen. Bei Circularcreditbriefen sah die II. Comm. (Prot. S. 2351) als selbstverständlich an, daß nur der letzte Zahler die Aushändigung verlangen kann. — Verjährung s. 786.

3. Ueber das Verhältniß des Angewiesenen zu dem Anweisenden ergibt das Anweisungsrecht selbst nur, daß der Angewiesene für Rechnung des Anweisenden zahlt, also von diesem Ersatz verlangen kann. Die Klage auf baaren Ersatz wird eines weiteren Grundes, als daß der Kläger auf Anweisung des Beklagten gezahlt habe, nicht bedürfen, und es wird, wie bisher (zu [14]) der Anweisende die Beweislast tragen, wenn er behauptet, der Angewiesene habe anderweitige Revalirung (Befreiung von einer Schuld, Begründung eines Darlehnsverhältnisses u. s. w.) erhalten. Ob der Angewiesene dem Anweisenden gegenüber zur Honorirung der Anweisung verpflichtet ist, hängt von dem unter ihnen bestehenden Verhältniß ab. Er ist dazu deßwegen allein, weil er Schuldner des Anweisenden ist, nicht verpflichtet (787 Abs. 2). Erfolgt die Anweisung auf Schuld, so wird der Angewiesene erst durch die Leistung, nicht schon durch die Annahme der Anweisung, in entsprechender Höhe von der Schuld befreit (787 Abs. 1; vgl. zu [15]). Die Möglichkeit freilich besteht, daß der Gläubiger schon die Annahme der Anweisung als eine Leistung an Erfüllungsstatt gelten läßt (364).

4. Das Verhältniß zwischen dem Anweisenden und dem Anweisungsempfänger kann ebenfalls, wie bisher, sehr verschieden sein. Es ist möglich, daß der Anweisungsempfänger dasjenige, was er erhoben hat, an den Anweisenden abliefern soll, und es ist möglich, daß er es als eine von dem Anweisenden ihm gemachte Leistung behalten soll. Letzteren Falls ist diese Leistung, wie bisher (zu [17]), erst beschafft, sobald der Angewiesene an den Anweisungsempfänger geleistet hat, nicht schon, wenn er ihm gegenüber die Anweisung angenommen hat (788); möglich aber ist, daß der Anweisungsempfänger bereits das Versprechen des Angewiesenen als eine Leistung von Seiten des Anweisenden gelten läßt. Wie immer das Verhältniß des Anweisenden zu dem Anweisungsempfänger gestaltet sein mag, stets besteht nach Maßgabe des § 789 die Anzeigepflicht bei Nichthonorirung der Anweisung oder für den Fall, daß der Anweisungsempfänger die Anweisung nicht geltend machen kann oder will.

5. Widerruf der Anweisung dem Angewiesenen gegenüber ist, wie bisher (zu [16]), nur zulässig, bevor Leistung oder Annahme stattgefunden hat. In diesen Grenzen ist der Widerruf selbst dann zulässig, wenn damit der Anweisende einer Verpflichtung gegen den Anweisungsempfänger zuwiderhandelt (790). Es ist nicht Sache des Angewiesenen, diese Frage zu prüfen. Die Möglichkeit eines wirksamen Verzichts auf den Widerruf durch Vereinbarung zwischen dem Anweisenden und dem Angewiesenen aber ist anzuerkennen.

Digitized by Google

6. Tod oder Eintritt der Geschäftsunfähigkeit eines der Betheiligten bringt die Anweisung nicht zum Erlöschen (791); bei Anwendung der Auftragsgrundsätze würde dieß in Betreff des Angewiesenen anders sein (673).

7. Uebertragung der Anweisung ist möglich durch Vertrag zwischen dem Anweisungsempfänger und einem Dritten. Erforderlich ist schriftliche Uebertragungserklärung (nicht nothwendig auf der Anweisung selbst; nicht nothwendig schriftliche Annahmeerklärung); ferner Uebergabe der Anweisung. Die Uebertragung kann stattfinden vor oder nach der Annahme der Anweisung (792 Abs. 1). Im ersteren Falle ist sie Abtretung des dem Anweisenden gegenüber bestehenden Rechts, die Leistung bei dem Angewiesenen im eigenen Namen zu erheben, zugleich aber bewirkt sie, daß der Angewiesene nunmehr ermächtigt ist, an den Erwerber der Anweisung (statt an den ersten Empfänger) für Rechnung des Anweisenden zu leisten; erfolgt die Uebertragung nach der Annahme, so hat sie ferner die Wirkung einer Abtretung der Forderung des Anweisungsempfängers gegen den Angewiesenen. Die Leistung des Angewiesenen an den Erwerber hat im Verhältniß zwischen dem Anweisungsempfänger und dem Anweisenden, ebenso zwischen dem Angewiesenen und dem Anweisenden dieselben Wirkungen, welche ohne die Uebertragung die Leistung an den Anweisungsempfänger haben würde. Die Anzeigepflicht des § 789 muß jetzt im Verhältniß zwischen dem Anweisungsempfänger und dem Erwerber diesen treffen. Dem Anweisenden gegenüber bleibt aber der Anweisungsempfänger verpflichtet (vgl. Prot. d. II. Comm. S. 2364). Im Uebrigen verweist das Gesetz auf die Vorschriften über die Forderungsabtretung (792 Abs. 3 S. 2). Also hat der Angewiesene, welcher dem Anweisungsempfänger gegenüber angenommen hatte, gegen den Erwerber dieselben Einwendungen, welche er gegen den ersten Empfänger hatte (404). Nimmt er aber die Anweisung dem Erwerber gegenüber an (was auch durch wiederholten Vermerk möglich ist, nachdem Annahme gegenüber dem ersten Empfänger stattgefunden hatte), so kann er dem Erwerber gegenüber Einwendungen aus seinem Verhältniß zu dem ersten Empfänger nicht herleiten (792 Abs. 3 S. 1). Wenn zweifelhaft ist, ob der Annahmevermerk vor oder nach der Uebertragung auf die Anweisung gesetzt ist, so wird der Erwerber die Beweislast tragen, wenn er das letztere behauptet. Ist die Annahme erfolgt vor Aushändigung an den Anweisungsempfänger, so tritt sie mit der Aushändigung im Zweifel nur dem Empfänger gegenüber in Wirksamkeit; sie hat im Zweifel nicht den Charakter einer Annahme gegenüber diesem und jedem Erwerber.

Ausschließung der Uebertragung durch den Anweisenden ist möglich, aber dem Angewiesenen gegenüber nur wirksam, wenn sie aus der Anweisung ersichtlich ist, oder dem Angewiesenen von dem Anweisenden mitgetheilt wird, bevor der erstere geleistet oder angenommen hat. Hier kann nur die Leistung an den Erwerber der Anweisung gemeint sein; folglich aber ist in erster Linie auch an die Annahme dem Erwerber gegenüber zu denken. Aber auch, wenn dem ersten Empfänger gegenüber die Annahme erfolgt ist, kann der Anweisende die Uebertragung nicht mehr ausschließen, weil jetzt ein Gläubigerrecht des Anweisungsempfängers gegenüber dem Angewiesenen besteht, über welches der Anweisende keine Macht hat. Danach ist der Ausschluß der Uebertragung dem Angewiesenen gegenüber ebensolange zulässig, wie der Widerruf. Dieß ist auch

Digitized by Google

folgerichtig (Prot. d. II. Comm. S. 2363). Und es ist anzunehmen, daß die Ausschließung der Uebertragung in den gezogenen Grenzen auch dann dem Angewiesenen gegenüber wirksam ist, wenn sie dem Anweisungsempfänger gegenüber rechtswidrig ist (vgl. 790 S. 2), vorbehaltlich des Schadensersatzanspruchs des Anweisungsempfängers. — Ueber die kaufmännische Orderanweisung s. HGB. 363 fg.

8. Eine mündliche Anweisung oder eine solche auf etwas anderes als vertretbare Sachen kann im Allgemeinen der Analogie der im BGB. geregelten Anweisung unterstellt werden. Aber die mündliche Anweisung ist der streng abstracten Annahme (durch Vermerk auf der Anweisung) unzugänglich, und bei der Anweisung auf andere Gegenstände sollte die Möglichkeit dieser Annahme ferngehalten werden (Prot. der II. Comm. S. 2345).]

2. Der Auftrag als Garantievertrag. Garantievertrag: Vertrag, wodurch Jemandem gegenüber die Garantie dafür übernommen wird, daß ihm aus einer von ihm vorzunehmenden Handlung kein Schaden erwachsen werde. Für uns ist kein Bedürfniß vorhanden, einen solchen Vertrag unter eine andere Kategorie zu stellen, als unter seine eigene; die Römer nahmen die Kategorie des Mandats zur Hülfe, weil er sonst ohne Stipulationsform nicht gültig gewesen wäre[18]. Die Hauptanwendung des Garantievertrages ist die, wo durch denselben die Gefahr eines von einem Andern zu ertheilenden Credites übernommen wird (Creditauftrag)[19]; in dieser Anwendung ist der Garantievertrag eine Form der Bürgschaft[20]. — Die

---

[18] Mit anderen Worten: weil er sonst unter Abwesenden nicht hätte geschlossen werden können. L. 32 D. 17, 1: — „neque enim multum referre, praesens quis interrogatus fideiubeat, an absens mandet". Das Mandat in dieser Anwendung verträgt ein eigenes Interesse des Mandanten an der Ausführung, aber setzt dasselbe nicht voraus. L. 6 § 5 D. 17, 1. Von einem Mandat dieser Art ist auch zu verstehen l. 12 § 14 D. 17, 1, wo es heißt, daß das Mandat nach ausgeführtem Geschäft nichtig sei. Vgl. über den Garantievertrag im Allgemeinen Stammler ACPra. LXIX S. 1 fg. (1885).

[19] L. 6 § 4. l. 12 § 13. 14. l. 56 pr. l. 59 § 5 D. 17, 1, l. 7 C. 4, 35. Vgl. Thöl Handelsr. § 302. Eine andere Anwendung gibt l. 32 D. 17, 1. „Si hereditatem aliter aditurus non essem, quam cautum mihi fuisset, damnum praestari, et *in* hoc mandatum intercessisset, fore mandati actionem . . ." S. auch l. 19 § 1. 2 D. 16, 1.

[20] Vgl. l. 32 D. 17, 1 ([18]). Auch l. 60 § 1. l. 62 § 1 D. 17, 1. Die Neueren nennen das mandatum in dieser Anwendung mandatum qualificatum, und beschränken (unrömisch, vgl. z. B. l. 22 § 11. l. 46. 49 D. 17, 1) den Ausdruck mandator zur Bezeichnung des Auftraggebers auf diesen Fall. [[Rothenberg ACPra. LXXVII S. 323 fg. für die Selbständigkeit des Creditauftrags gegenüber der Bürgschaft. Die Selbständigkeit zeige sich vor der Ausführung des Auftrags durch die Widerrufsberechtigung, nach Ausführung in dem Falle, wo durch das Creditgeben eine Verpflichtung des Creditnehmers nicht entstehe.]] [Hier

Digitized by Google

Uebernahme einer Garantie liegt natürlich nicht schon in der Ertheilung eines Rathes [21].

[1. Das BGB. gibt besondere Regeln über Garantieverträge nicht. Den Creditauftrag stellt es neben die Bürgschaft (778). Die Haftung des Auftraggebers für die aus der Creditgewährung entstehende Verbindlichkeit ist der des Bürgen gleich, aber der Auftrag ist widerruflich, bis die Creditgewährung erfolgt ist (671), während der Bürgschaftsvertrag unwiderruflich ist. Deßhalb ist auch die für die Bürgschaft geltende Schriftform auf den Creditauftrag nicht übertragen. Auch ist eine auftragsgemäße Haftung des Auftraggebers, wenn durch die Creditgewährung keine Verbindlichkeit des Creditnehmers entsteht, nicht ausgeschlossen (vgl. [20]). Diese Haftung tritt aber denn nicht ein, wenn die Verbindlichkeit in Folge incorrecter Ausführung des Auftrags durch den Beauftragten nicht zu Stande kommt.

---

nämlich hafte der Auftraggeber auftragsgemäß (S. 340 fg.). M. E. ist R. im Recht.]

[21] Dieser Satz wird in § 6 I. 3, 26, l. 2 § 6. l. 6 § 5 D. 17, 1 so ausgedrückt: ein „mandatum", welches lediglich im Interesse des Mandatars gegeben sei, z. B. er möge sein Geld lieber in Grundstücken anlegen, als in Darlehn, sei in der Wirklichkeit kein Mandat, sondern nur ein Rath, und deßwegen für den Ertheiler unverbindlich (§ 6 I. cit., l. 2 § 6 D. cit.). Verbindlich sei es nur dann, wenn der Empfänger ohne das Mandat nicht gehandelt haben würde. Das Letztere ist ungenau ausgedrückt. Der Jurist wollte sagen: verbindlich sei es nur dann, wenn der Empfänger ohne die in dem mandatum von dem Ertheiler übernommene Garantie nicht gehandelt haben würde. S. über die verschiedenen Ansichten, welche in Betreff dieser Stellen hervorgetreten sind, Vangerow III § 659 Anm., Sintenis II § 113 [16], Wächter II S 450 fg., und die von diesen Schriftstellern Citirten, ferner Holzschuher III § 275 Nr. 1. 2, und aus der neueren Zeit den Aufsatz von Tewes ACPra. LI S. 35 fg. (1868), Dernburg II § 115 [89]: Vgl. auch Stammler a. a. O. S. 67 fg. Budde Entsch. des OAG. zu Rostock VIII S. 185 fg. (= Sf. XXXII. 45). Sf. XII. 26, XXIX. 26, XXXI. 328, XLI. 100, XLV. 247, [L 189. Ohne Vertragsverhältniß Haftung nur wegen Dolus: RG. XXIII S. 130 fg., Haftung wegen Dolus auch dann, wenn der Rathgeber die Verbindlichkeit aus seinem Rathe ausdrücklich ablehnt: RG. XX S. 193; Verbindlichkeit bei Geschäftsverbindung zwischen Rathgeber und Berathenem: RG. XXVII S. 118 fg.; Verbindlichkeit des rathgebenden Verkäufers: RG. XLII S. 125 fg. des Beauftragten (Commissionärs): Sf. LIV. 237. — Sf. LIII. 143 nimmt eine naturalis obligatio des Rathgebers zum Ersatz des durch die Befolgung seines Raths entstandenen Schadens an. Ob mit Recht? — Jacoby die Crediterkundigung nach ihrer wirthschaftlichen und nach ihrer rechtlichen Seite. Berlin 1891, dazu Menzinger kr. VJS. XXXVI S. 105 fg. Adler Grünh. ZS. XXI S. 606 fg. Magdalinski die Haftung des Rathgebers. Gött. Diss. 1894. Cramer die Crediterkundigung nach der civilrlichen Seite. Erl. Diss. 1896. Knus die rliche Stellung der Informationsbureaux. Zürich. Diss. 1896. Junghann Bilden das mandatum tua gratia und die Empfehlung einen Verpflichtungsgrund? Erl. Diss. 1897. v. Witzleben außercontractliche Haftung f. bloße Ertheilung einer Auskunft oder eines Rathes, nebst einem Anhange: Wie stellt sich das BGB. zu dieser Frage? Erl. Diss. 1898.]

Digitized by Google

2. In Bezug auf Rath und Empfehlung (zu [21]) verneint das BGB. (676) die Haftung, sofern sie nicht auf ein Vertragsverhältniß oder auf unerlaubte Handlung gestützt werden kann. In der bloßen Ertheilung des Raths oder der Empfehlung liegt, wie bisher, die Eingehung eines Vertragsverhältnisses nicht. In Bezug auf die Anwendung der Grundsätze über unerlaubte Handlungen ist zu beachten, daß Derjenige, welcher einem Andern einen falschen Rath gibt und ihn hierdurch zu nachtheiligen Maßregeln veranlaßt, die Rechte des Andern nicht verletzt, also nicht aus § 823 wegen Fahrlässigkeit haftet, sondern nur die Entschlüsse des Berathenen motivirt und nur aus § 826 wegen Vorsatzes haften kann. Dieß entspricht auch der Absicht des Gesetzes (Mot. II S. 554 fg., Prot. d. II. Comm. S. 2901 fg.).]

G. Verträge zum Zwecke der Feststellung.

1. Die Anerkennung*.

§ 412a.

Anerkennen (bekennen) heißt: erklären, daß Etwas wahr sei, was dem Erklärenden nachtheilig ist; anerkennen im rechtlichen Sinn heißt: erklären, daß etwas wahr sei, worauf gegen den Erklärenden ein Anspruch oder eine Vertheidigung gegründet werden kann. Anerkannt

---

* Die Lehre von der Anerkennung ist noch keine fertige; aber sie ist gegenwärtig so weit gediehen, daß der Verfasser eines Lehrbuchs sich, wie ich glaube, nicht mehr der Verpflichtung entziehen kann, sie als solche zur Darstellung zu bringen. — Aus der Literatur ist vor allem zu nennen die Schrift von O. Bähr, die Anerkennung als Verpflichtungsgrund. 1855. 2. Aufl. 1867. [3. Aufl. 1894.] Recensionen dieses Werkes von: Dernburg Heidelb. kr. Jahrb. III S. 496 fg. (1856), Arndts kr. Ueberschau IV S. 1. 219 fg. (1857). Erwiderung Bähr's: Jahrb. f. Dogm. II S. 283 fg. 367 fg. (1858) [zur 3. Aufl. Hellmann kr. VJS. XXXVIII S. 59 fg.]. Ferner ist hervorzuheben der Aufsatz von Unger Jahrb. für Dogm. VIII S. 179 fg. (1866). S. außerdem: Schlesinger zur Lehre von den Formalcontracten, 1. Abth. namentlich § 11 (1858). Windscheid kr. VJS. I S. 106 fg. (1859). Bruns ZS. f. RGesch. I S. 94—97. 118—130 (1861). Wetzell System des Civilproc. § 22 (2. Aufl. 1864, 3. Aufl. 1871) v. Salpius Novation und Delegation § 49. 79 (1864). Bekker kr. VJS. IX S. 278 fg. (1867). Hesse über das Wesen und die Arten der Verträge des heutigen r. R., 2. Abschn. (1868). Schloßmann zur Lehre von der causa obligatorischer Verträge S. 65—85 (1868). Stahl ACPra. LIV S. 284 fg. (1871). Hesse Juristische Probleme (1872, vgl. darüber Exner in Grünh. ZS. I S. 233 fg.). Buhl Beiträge zur Lehre vom Anerkennungsvertrag. Habilitationsschrift, 1875; darüber Bähr kr. VJS. XVIII S. 334—347. Bangerow 7. Aufl. III § 612a. 669a. (1869). Grünhut in seiner ZS. III S. 512 fg. (1876). Karlowa Rgeschäft S. 262 fg. (1877). v. Canstein Anerkennung und Geständniß im Allgemeinen und nach der deutschen Civilproceßordnung (1879). v. Liebe Gruch. Beitr. XXVIII S. 561 fg. (1884). Sintenis II § 96 [25b] und S. 273—276. Stobbe III S. 79 fg. [3. Aufl. (Lehmann) S. 193 fg.]. Wendt § 235. Bekker II § 109. Planck

Digitized by Google

werden kann sowohl eine Thatsache, als ein Rechtsverhältniß, und sowohl der Bestand als der Nichtbestand einer Thatsache oder eines Rechtsverhältnisses. Die Anerkennung hat jedenfalls die Kraft eines Zeugnisses gegen sich selbst, und ist als solches Beweismittel; dieß ist nicht die hier gemeinte Art der Anerkennung. Die Anerkennung, von welcher hier die Rede ist, ist die in verpflichtender Absicht abgegebene und als solche von dem Gegner angenommene Anerkennung, die Anerkennung als Anerkennungsvertrag[1]. Die Verpflichtung, welche durch

Civilproc. I § 63. Hasenöhrl Oesterr. Obligationenr. II § 81. Ferner sind über diesen Gegenstand für den 8. und 9. deutschen Juristentag Gutachten ausgearbeitet worden von Koch, Götze, Dugge, Eck und Zimmermann, welche abgedruckt sind in den Verhandlungen des Juristentags VIII. 1 S. 283 fg. 309 fg. IX. 2 S. 426 fg. 445 fg. 455 fg. Die Verhandlungen selbst im 8. deutschen Juristentag (Ref. Ihering) s. VIII. 2 S. 94 fg. 321, im 9. IX. 3 S. 64 fg. Doch beziehen sich diese Gutachten und Verhandlungen vorzugsweise oder ausschließlich auf eine besondere Art der Anerkennung, die Schuldanerkennung (§ 412b). [Bülow das Geständniß. Freib. Leipz. Tüb. 1899.]

§ 412a. [1] Daß in der Anerkennung ein Vertrag liegen könne, hat im Vorbeigehen schon Savigny (System VII S. 11) bemerkt; näher nachgewiesen und entwickelt ist es in der citirten, höchst verdienstvollen Schrift von Bähr. Bis dahin sah die herrschende Meinung (welche gegen Bähr neuerdings wieder vertreten wird von Schloßmann, und mit großem Eifer von Hesse, ebenso von Buhl [s. jedoch auch dens. S. 109]) in der Anerkennung unter allen Umständen nur ein Zeugniß gegen sich selbst (außergerichtliches Geständniß). Man zweifelte an der Richtigkeit dieser Auffassung um so weniger, als man sich dafür auf directe Quellenzeugnisse berufen konnte. S. l. 26 § 2 D. 16, 3, l. 5. 6 C. 4, 2, l. 6 C. 4, 31. Aber diese Stellen erklären sich vollkommen daraus, daß der Anerkennungsvertrag bei den Römern weder von der Form entbunden war, noch in Stipulationsform abgeschlossen werden konnte; so mußte für die Römer freilich die Anerkennung, so weit die durch sie übernommene Verpflichtung nicht auf dem Wege der Einrede geltend gemacht werden konnte (l. 40 pr. D. 2, 14, l. 6. 21 C. 8, 42 [43]), oder so weit nicht durch Hineininterpretirung eines constitutum zu helfen war (l. 24. 26 D. 13, 5, l. 61 pr. D. 44, 7), auf das Niveau eines Beweismittels hinabsinken. — In der Anerkennung kann ein Vertrag liegen; aber ein Vertrag liegt in derselben nicht nothwendig. Ein Vertrag liegt in derselben gewiß dann nicht, wenn sie einem Dritten gegenüber abgegeben wird; aber möglicherweise auch dann nicht, wenn sie demjenigen gegenüber abgegeben wird, dem das Anerkannte zu Gute kommt. „Wer auf die Frage, ob er leugnen könne, etwas schuldig zu sein, einfach mit „„nein““ antwortet, erkennt seine Schuld an, aber ein besonderes Versprechen liegt darin nicht“. Bruns S. 95. Ein anderes Beispiel bei Bähr S. 272 (284): ein Angeklagter, zu dessen Verdächtigung es dient, daß er sich zu einer gewissen Zeit Geldmittel verschafft habe, gesteht nach anfänglichem Leugnen in der Confrontation mit einem Zeugen zu, von diesem ein Darlehn empfangen zu haben. S. auch Planck S. 337. Sf. XLII. 209. XLIV. 20. [[XLVII. 27]]. Damit also in der Anerkennung ein Vertrag gefunden werden könne, ist erforderlich, daß sie dem Gegner zu dem Zwecke hingegeben worden sei, um sie gegen den Anerkennenden gebrauchen zu können. Aber selbst wo dieß der

Digitized by Google

diesen Vertrag übernommen wird[1a], hat zum Inhalt, a) wenn etwas als bestehend anerkannt worden ist, sich der processualischen Behauptung des als bestehend Anerkannten unterwerfen[2], d. h. diese Be-

---

Fall ist, bleibt es immer noch möglich, daß durch die Anerkennung nicht eine Verpflichtung hat übernommen, sondern nur dem Gegner ein Zeugniß gegen sich selbst als Beweismittel hat hingegeben werden sollen. S. darüber Note [2]. — Letztwillige Anerkennung: III § 634 [2].

[1a] Nach Bekker S. 253 wird durch die Anerkennung eine Verpflichtung nicht begründet. „Die Re, die er (der Anerkennende) sich aberkannt hat, hat er nicht mehr; die Re des Anderen, die er anerkannt hat, bestehen". Das ist freilich einfach. B. macht geltend, daß eine Klage auf Anerkennung nicht stattfinde. Gewiß; aber s. Note [4. 5. 6]. Auch Wendt § 235 spricht der Anerkennung, wenn in derselben nicht ein constitutum debiti liege, die verpflichtende Kraft, aber zugleich allen (civilrlichen) Werth ab.

[2] So im Wesentlichen Savigny, Bähr, Unger, v. Salpius, Vangerow, Ihering, Lenel Jahrb. für Dogm. XIX S. 225 fg., Planck; s. auch E. A. Seuffert in Seuffert's Pand. § 284 [10b]. Vgl. Sf. XXVIII. 26. Anders Bruns, und im Wesentlichen auch Schlesinger und Zimmermann. Diese letzteren Schriftsteller sehen in dem Anerkennungsvertrag nur die Uebernahme der Verpflichtung, das Anerkannte als bewiesen annehmen, für dasselbe keinen weiteren Beweis verlangen zu wollen (s. g. Beweisvertrag). Hiernach wäre auch die vertragsmäßige Anerkennung wieder nur Beweismittel. Der Unterschied beider Ansichten zeigt sich praktisch darin, daß nach dieser letzten die Kraft der Anerkennung durch einfachen Gegenbeweis, nach der ersten nur durch Anfechtung ([8]) gebrochen werden kann (in dieser Beziehung abweichend Zimmermann), so wie darin, daß nach der ersten Ansicht für den Inhaber der Anerkennung auch die Pflicht der processualischen Substantiirung wegfällt, nicht aber nach der letzten ([2a]). Ich selbst habe mich in der ersten Auflage dieses Lehrbuchs (§ 284a) der letzten Ansicht angeschlossen, bestimmt durch die Entscheidungen unserer Quellen, welche dem Bekenntniß über den Empfang einer geschuldeten Summe (der Quittung) lediglich Beweiswirkung zuschreiben. S. l. 19 § 1 D. 46, 4, l. 6. 13 C. 8, 42 [43]. Nach meiner jetzigen Ueberzeugung aber nöthigen diese Stellen nur zu dem Zugeständniß, daß möglicherweise auch der dem Gegner zum Zweck des Gebrauchs hingegebenen Anerkennung nur die Absicht zu Grunde liegen kann, dem Gegner einen Beweis zu verschaffen, nicht aber, daß sie diese Absicht nothwendigerweise haben muß. Hierzu stimmt auch l. 40 pr. D. 2, 14, in welcher Stelle der Erklärung: profiteor te non teneri, die Bedeutung eines pactum de non petendo beigelegt wird. S. auch l. 35 eod. Es ist also für den einzelnen Fall eine Auslegungsfrage, in welchem Sinne die Anerkennung wirklich erfolgt ist, und ich verkenne nicht, daß hierdurch die Lehre von der Anerkennung an praktischer Brauchbarkeit unendlich verliert; aber es handelt sich für uns nicht de lege ferenda, sondern wir haben die Verpflichtung, dem Inhalt unserer Quellen gerecht zu werden. Die Art und Weise, wie Bähr, welcher der Anerkennung in allen Fällen die stärkere Wirkung beilegt, die oben genannten Stellen zu beseitigen sucht (§ 59 zu [4] fg.), kann ich ebensowenig billigen, wie den Lösungsversuch, welcher sich bei E. A. Seuffert in Seuffert's Pand. § 291 [1b] und § 341 [3a] findet. — Lassen sich aber nicht wenigstens Anhaltspunkte für die Entscheidung im einzelnen Fall gewinnen? Wetzell Civilproc. § 22 unterscheidet nach dem Gegenstand der Anerkennung (des außergerichtlichen Geständnisses); sei ihr Gegenstand eine Thatsache, so habe sie nur

Digitized by Google

hauptung weder bestreiten, noch sie als processualisch unzulässig zurückweisen zu wollen[2a]; b) wenn etwas als nicht bestehend anerkannt worden ist, das als nicht bestehend Anerkannte processualisch nicht behaupten zu wollen[3]. Wird die Behauptung des als bestehend Anerkannten dennoch bestritten oder processualisch bemängelt, so wird der Anerkennende verurtheilt[4], als wäre dieß nicht geschehen[5]. Wird das

Beweiswirkung; sei ihr Gegenstand ein Rverhältniß, so habe sie „der Regel nach den Charakter einer Disposition". Ich möchte auch dieses „der Regel nach" streichen, und der auf Rverhältnisse gerichteten Anerkennung unbedingt dispositive Kraft beilegen, weil auf Rverhältnisse der Beweis keine Anwendung findet, und weil Anerkennungen zu einem praktischen Zwecke gegeben werden, ein Rverhältniß aber als solches ohne Zurückführung auf Thatsachen, wenn eben nicht die Anerkennung hilft, processualisch nicht verwerthet werden kann (Note [4]). Dagegen bin ich nicht in gleicher Weise sicher, ob der auf Thatsachen gerichteten Anerkennung immer nur die schwächere Wirkung beigelegt werden darf. Umgekehrt ist Unger noch weit zurückhaltender, als Wetzell; dieser Schriftsteller erklärt es selbst für das Schuldbekenntniß für eine offene Frage, ob dasselbe dispositive oder nur Beweiskraft habe. v. Canstein erklärt die Anerkennung von Thatsachen für einen Beweisvertrag, die Anerkennung von dinglichen, Familien- oder Erbansprüchen (vorausgesetzt daß sie vor der betreffenden Behörde abgegeben sei) für ein „Urtheilsurrogat", der Anerkennung von obligatorischen Ansprüchen spricht er allen Werth ab, weil der Richter nicht ohne nachgewiesene causa verurtheilen dürfe (vgl. § 412b [1]). Uebereinstimmend mit dem hier Gesagten Planck S. 338; a. M. Bekker S. 252, der Alles auf Willensauslegung stellt (vgl. S. 249. 259). — Im Vorstehenden ist nur auf den Fall Rücksicht genommen, wo die Anerkennung in der Ueberzeugung von der Wahrheit des Anerkannten abgegeben wird. Wie aber, wenn sie abgegeben wird, wie das ebenfalls möglich ist, in der Ueberzeugung von der Nichtwahrheit des Anerkannten oder im Zweifel an seiner Wahrheit? Dann ist davon auszugehen, daß die Anerkennung in dispositivem Sinne gegeben sei — und nur der Fall ist auch hier wieder auszunehmen, wo die Anerkennung erfolgt in Erwartung des Wahrwerdens des Anerkannten (Quittung in Erwartung der Zahlung, Empfangsbekenntniß in Erwartung des zu gewährenden Darlehns).

[2a] Wegen Mangels der Substantiirung, d. h. der Zurückführung des auf Grund der Anerkennung behaupteten R. auf die es begründenden Thatsachen.

[3] Diejenigen, welche in der positiven Anerkennung (Anerkennung des Bestehens) nur einen Beweisvertrag in dem zuvor angegebenen Sinn sehen, müssen auch der negativen Anerkennung (Anerkennung des Nichtbestehens) lediglich Beweiswirkung beilegen. — Buhl a. a. O. nennt die negative Anerkennung nicht übel Aberkennung. v. Canstein a. a. O. S. 3: Aberkenntniß. Unger a. a. O. S. 194: Schuldaberkenntniß.

[4] Ungenauer Ausdruck im Interesse der Kürze. Das Anerkannte kann natürlich auch zum Zwecke der Vertheitigung vorgebracht werden.

[5] Von Savigny an dem in Note [1] bezeichneten Ort wird der „Recognitivvertrag" mit dem gerichtlichen Geständniß als „ein auf gleichen Zweck gerichteter Vertrag" zusammengestellt. So auch Bähr § 45 zu [4 fg.]. Nach dieser Auffassung läge in der (positiven) Anerkennung die Anticipation eines gerichtlichen Geständnisses, ein im Voraus abgegebenes unwiderrufliches Geständniß. Von Unger

Digitized by Google

als nicht bestehend Anerkannte dennoch behauptet, so wird diese Behauptung als unzulässig zurückgewiesen[6]. Die in der neueren Zeit aufgestellte Behauptung[6a], ein Vertrag des bezeichneten Inhalts enthalte einen unbefugten Eingriff in das Proceßrecht und sei deßwegen ungültig, ist nicht gerechtfertigt[6b].

Der Grund, welcher den Anerkennenden zur Anerkennung bestimmt, kann ein sehr verschiedener sein. Der nächstliegende Fall der Anerkennung ist der, wo sie erfolgt auf Grund der Ueberzeugung von der Wahrheit des Anerkannten; ihr Zweck ist in diesem Fall Verschaffung größerer Sicherheit. Die Anerkennung kann aber auch erfolgen, obgleich die Ueberzeugung von der Wahrheit des Anerkannten nicht vorhanden ist, oder obgleich die Ueberzeugung von der Unwahrheit des Anerkannten vorhanden ist. In diesem Fall enthält die Anerkennung eine Vermögenszuwendung, deren Grund so verschieden sein kann, wie der einer Vermögenszuwendung überhaupt[7]. Eine besondere Anwendung dieser letzteren Art der Anerkennung bildet die Anerkennung, welche im Vergleiche, im Schiedsrichter- und Schiedseidvertrag enthalten ist oder enthalten sein kann; von diesen Verträgen wird des Näheren in § 413 fg. die Rede sein. — Erfolgt die Anerkennung auf Grund der Ueberzeugung von der Wahrheit des Anerkannten, so bildet die Wahrheit des Anerkannten ihre Voraussetzung, und sie kann daher bei Unwahrheit des Anerkannten

---

wird eine andere Analogie betont, die des gerichtlichen Geständnisses. „Der Anerkenntnißvertrag ist ein Surrogat des richterlichen Urtheils: die Parteien sind Richter in eigener Sache: sie sprechen sich selbst das Urtheil" (S. 180).

[6] Und demzufolge gar nicht zum Beweise zugelassen. Analogie: die Parteien haben den Vertrag abgeschlossen, daß ihr Streit durch einen Schiedsrichter entschieden werden solle.

[6a] So gleichzeitig (1881), unabhängig von einander, Bülow ACPra. LXIV S. 62 fg. und (sehr viel tiefer greifend) Wach das. S. 216 fg. S. auch v. Liebe Gruch. Beitr. XXVIII S. 563, Kohler das. XXXVIII S. 301 fg. Planck (nam. S. 343) nimmt an einem Vertrag der bezeichneten Art keinen Anstand. [Vgl. nunmehr Bülow Geständißr. S. 175 fg. gegen jedes rverbindliche, beweisersparende, wahrheitsfeststellende, außergerichtliche Geständniß.]

[6b] Wenn man nach der CPO. gültig versprechen kann, sich ohne Weiteres exequiren zu lassen (§ 702 Nr. 5), warum sollte man in ihrem Sinne nicht gültig versprechen können, sich ohne Weiteres verurtheilen zu lassen? Was die negative Anerkennung angeht, s. die in Note [6] bezeichnete Analogie. Vgl. dazu Wach Handb. des deutschen Civilproceßr. I S. 71. 72.

[7] So namentlich Schenkung (l. 6 C. 8, 42 [43]), Erwartung einer Leistung l. 21. 23 eod. Vgl. I. 29 § 1 D. 39, 5, l. 1 § 7 D. 38, 5. Sf. XXVIII. 20, XXXVIII. 102.

Digitized by Google

angefochten werden wegen ermangelnder Voraussetzung. Hierzu reicht aber Beweis der Unwahrheit des Anerkannten nicht aus, sondern es muß auch Entschuldbarkeit des Irrthums nachgewiesen werden, kraft dessen das Unwahre für wahr gehalten worden ist[8].

Die Wirkung der Anerkennung erstreckt sich über die Personen der vertragschließenden Parteien hinaus auf ihre Rechtsnachfolger, Gesammt- oder Sondernachfolger[9], so wie auf die Mitbetheiligten nach den I § 132 Note 4—6 entwickelten Regeln[10].

[Das BGB. hat keine allgemeinen Vorschriften über den Anerkennungsvertrag aufgenommen, vgl. Prot. d. II. Comm. S. 2555 fg. Der Anerkenntnißvertrag wird danach zunächst nur als ein Vertrag angesehen werden können, durch welchen der Anerkennende verpflichtet wird, sich so behandeln zu lassen, als wäre das Anerkannte wahr. Nach der Auffassung der Mehrheit der II. Comm. (Prot. S. 2565 fg.) kann bei dem Schweigen des Gesetzes ein Anerkennungsvertrag einen Rechtszustand objectiv d. h. auch mit Wirkung gegen Dritte dann schaffen, wenn sämtliche Erfordernisse erfüllt werden, von denen die Herstellung des Rechtszustandes abhängt (z. B. Besitzübertragung, Eintragung im Grundbuche); unter dieser Voraussetzung aber wirkt die Anerkennung im Verhältniß zu allen Dritten, nicht nur im Verhältniß zu den Rechtsnachfolgern der Vertragschließenden. Dem wird beizutreten sein. Bei dem Anerkenntniß des Eigenthums einer beweglichen Sache wird zu fragen sein, ob derjenige, welcher als Eigenthümer anerkannt wird, Besitzer der Sache bereits ist oder nicht. Ersteren Falls wird ihn die Anerkennung zum Eigenthümer machen, wenn der Anerkennende es bisher war, da auch für die Uebertragung des Eigenthums bloße Einigung genügt (929 S. 2); letzteren Falls muß Besitzübertragung hinzukommen. Die Anerkennung ist zwar nicht Uebertragung des Eigenthums, aber sie enthält doch den Willen, daß (mindestens) von nun an der Anerkannte Eigenthümer sein soll. Sie enthält insofern mehr, als sie feststellen will, der Anerkannte sei schon zuvor Eigenthümer gewesen. Aber zu einer rückwirkenden Kraft der Anerkennung würde zunächst gehören, daß man wissen könnte, bis zu welchem Zeitpunkt die Rückwirkung gewollt ist. Ein solcher Zeitpunkt ergibt sich möglicher Weise aus dem Vertrage (z. B. wenn anerkannt wird, daß Jemand

---

[8] Nach der Analogie der condictio indebiti, s. § 426 Ziff. 3. 5. Vgl. auch l. 2 D. 42, 2, c. 3 X. 2, 18, c. 2 in VI° 1, 21. Sf. XXII. 200. XLV. 89, 250.

[9] Das Erste versteht sich von selbst; für das Zweite l. 8 D. 12, 2, vgl. auch l. 17 § 5 D. 2, 14. Man sage nicht, daß in l. 8 cit. der Eid als Eid (als Quelle objectiver Wahrheit) wirke, nicht kraft der in der Zuschiebung desselben enthaltenen Disposition; denn s. l. 14 D. 37, 14. Vgl. Bekker S. 255.

[10] Vgl. l. 28 pr. l. 42 § 3 D. 12, 2. Die bezeichneten Regeln wahren vollkommen den Charakter der Anerkennung als einer Disposition, im Gegensatz zu einer objectiven Entscheidung. — Daß die Anerkennung des Schuldners nicht gegen den Bürgen wirkt: Sf. XXXII. 234. — Anerkennung der Gültigkeit oder Ungültigkeit eines Testaments: § 413 a. E., III § 566, 1.

Digitized by Google

durch einen bestimmten früheren Rechtsact Eigenthümer geworden ist); möglicher Weise aber auch nicht. Jeden Falls tritt die Rückwirkung nur obligatorisch unter den Parteien ein. Das Gesetz kennt auch bei der Bestätigung eines nichtigen Vertrages nur obligatorische Rückwirkung (141 Abs. 2), ein Vertrag also, der gewisse Rechtswirkungen als in bestimmter Vergangenheit eingetreten anerkennt, wird ebenfalls nur eine solche Rückwirkung äußern können. Die Sätze über den Erwerb von Nichtberechtigten werden auf die Anerkennung seitens eines Nichtberechtigten anzuwenden sein, aber nur mit Vorsicht. Die Anerkennung eines Dritten als des Nießbrauchers der beweglichen Sache durch den, der für den Eigenthümer gehalten wurde, wird in Verbindung mit bereits bestehendem oder jetzt übergebenem Besitz den Anerkannten zum Nießbraucher machen (1032); aber die Anerkennung des Eigenthums durch den Nichteigenthümer kann die entsprechende Wirkung nicht äußern, da das Eigenthum des Anerkennenden von dem Anerkannten nicht geglaubt, sondern vielmehr bestritten wurde. Ebenso kann bei Anerkennung eines Rechts an einem Grundstück dem Anerkannten das Vertrauen auf die Richtigkeit der Eintragung des Anerkennenden als des Eigenthümers im Grundbuche zu statten kommen; wenn aber der eingetragene Eigenthümer einen andern als Eigenthümer anerkennt und letzterer nun eingetragen wird, so hat er zwar die Vermuthung des Eigenthums gemäß § 891 für sich; nicht aber wird er Eigenthümer auf Grund des § 892; denn die Richtigkeit des Grundbuchs hat er nicht angenommen, sondern bestritten.

Die Anerkennung ist eine Leistung des Anerkennenden an den Anerkannten. Ihre Rückforderung wegen mangelnden Rechtsgrundes erfolgt gemäß §§ 812 fg.]

§ 412b*.

Eine besondere Art der Anerkennung ist die Schuldanerkennung, das Schuldbekenntniß; gewöhnlich wird dasselbe schriftlich ausgestellt, und so spricht man von Schuldschein. Das Schuldbekenntniß steht an und für sich unter den Regeln der Anerkennung überhaupt, und berechtigt demnach an und für sich denjenigen, zu dessen Gunsten es ausgestellt ist, die anerkannte Schuld ohne Weiteres einzutreiben, ohne daß er verpflichtet wäre, die Thatsachen anzuführen, auf denen sie beruht[1]. Es hat jedoch in Widerspruch hiermit eine positive

[* v. Brocken Beiträge z. Lehre vom Schuldanerkennungsvertrag. Gött. Diss. 1892 (für Bähr)].

[1] Anders die herrschende Meinung, welche in dem Schuldbekenntniß, wie in der Anerkennung überhaupt, nur ein Beweismittel sieht. Für sie ist das Schuldbekenntniß an sich, d. h. abgesehen von dem etwa in demselben bezeugten thatsächlichen Grund der Schuld, schon deßwegen werthlos (im Uebrigen s. Note [2]), weil der in dem Schuldbekenntniß als Gläubiger Anerkannte gar nicht zum Beweise gelangt; es wird seine Behauptung, daß der Gegner sein Schuldner sei, als nicht der Vorschrift processualischer Substantiirung entsprechend, als processualisch unzuläßig, zurückgewiesen; substantiirt er aber seine Behauptung des Schuldigseins, so hat er dafür im Schuldbekenntniß keinen Beweis. Die gleiche

Digitized by Google

Bestimmung des römischen Rechts einem jeden Schuldbekenntniß die verbindende Kraft abgesprochen, welches nicht den thatsächlichen Grund der anerkannten Schuld wenigstens im Allgemeinen bezeichnet[2].

Schwierigkeit wiederholt sich übrigens auch für die Auffassung, welche in der Anerkennung einen Vertrag findet. Es sind verschiedene Versuche gemacht worden, um ihr zu entgehen. 1) Schloßmann a. a. O. behauptet, das außergerichtliche Geständniß unterscheide sich dadurch von anderen Beweismitteln, daß es von der Pflicht der processualischen Substantiirung entbinde. Ein Beweis ist für diese Behauptung nicht beigebracht. Gleicher Ansicht mit einer Beschränkung Hesse Juristische Probleme S. 81 fg. 2) Bruns (a. a. O. S. 129—130) und Schlesinger (a. a. O. S. 146. 156) suchen dadurch zu helfen, daß sie in das Schuldbekenntniß, oder in die Uebergabe des Schuldbekenntnisses, ein Erfüllungsversprechen (constitutum debiti) hineininterpretiren, so daß also dieses letztere der Klagegrund sein würde. Für diesen Ausweg habe auch ich mich in der 1. Auflage dieses Lehrbuchs ausgesprochen, und so viel ist jedenfalls sicher, daß eine solche Interpretation durchaus quellenmäßig ist, s. l. 31 D. 13, 5, l. 61 pr. D. 44, 7 (wo entschieden wird, daß aus einem Schuldbekenntniß, wie das hier zur Frage stehende, ein Dritter nicht verpflichtet sei), vgl. auch l. 24 D. 13, 5. Aber nicht unzweifelhaft ist, ob mit dieser Interpretation wirklich geholfen ist; denn es läßt sich doch immer fragen, und es ist gefragt worden (Bähr S. 188 der 2. Aufl. [3. Aufl. S. 139], Unger S. 211), ob denn nach heutigem Proceßr. nicht auch in der Constitutsklage die in Bezug genommene Schuld, deren Bestand ja für den Bestand des Constitutum Bedingung ist, processualisch substantiirt werden müsse. 3) Einen anderen Weg haben Bähr und Unger, und nach Bähr Brinz 1. Aufl. § 100 (vgl. 2. Aufl. II § 311 [3]) und Vangerow III S. 335, Götz, Eck, Hasenöhrl mit Abweichungen im Einzelnen, früher auch ich, kr. VJS. I S. 106 fg., eingeschlagen. Diese Schriftsteller sehen in dem Schuldbekenntniß nicht das Versprechen der Unterwerfung unter die Behauptung des Bestehens einer Schuld, sondern Neubegründung einer Schuld. Das Schuldbekenntniß soll nur eine Form sein für das einfache Versprechen; „ich bekenne, 100 schuldig zu sein", soll so viel heißen, als „ich verspreche, 100 zu geben", weßwegen auch von den genannten Schriftstellern das Schuldbekenntniß mit der Stipulation parallelisirt wird (s. g. accessorische Stipulation). Diese Auffassung halte ich auch jetzt noch, wie in der 1. Auflage, für unzutreffend, und glaube nicht, daß sie dazu beitragen wird, der rlichen Wirksamkeit des Schuldbekenntnisses neue Anhänger zu erwerben. Das Schuldbekenntniß kann Form für die Begründung einer bis dahin nicht bestehenden Schuld sein, und ist dieß jedenfalls dann, wenn eine Schuld im Bewußtsein ihres Nichtbestandes anerkannt wird. Aber daß die Anerkennung in diesem Sinne erfolgt sei, hat im gegebenen Fall zu beweisen, wer es behauptet; bis zur Erbringung dieses Beweises muß das Schuldbekenntniß nach seinem Wortsinn ausgelegt werden, und „ich bekenne, Schuldner zu sein" heißt eben nicht: ich mache mich dadurch zum Schuldner, daß ich mich als Schuldner bekenne, und damit die Macht gegen mich einräume, mich als Schuldner zu behandeln; sondern: ich bekenne, daß ich jetzt, wo ich bekenne, Schuldner bin, also vorher, durch irgend eine Thatsache, Schuldner geworden bin. 4) Mit Präsumtionen wollen helfen Zimmermann und Buhl (es sei zu präsumiren, daß die in der Klage substantiirten Thatsachen die der anerkannten Schuld zu Grunde liegenden seien). 5) Die Construction, welche ich für die richtige halte, ist im vorigen § zu Note [2a] bezeichnet worden. Der Anerkennende hat durch die An-

Digitized by Google

[Das §§§. stellt das zuletzt bezeichnete Erforderniß nicht auf. Ein Schuldanerkenntniß kann eine bestimmte Schuld aus bestimmter causa anerkennen; z. B. kann anerkannt werden, daß man aus Darlehn oder aus Kauf schulde. Das

---

erkennung das R. processualischer Bemängelung der Berufung auf die Schuld nicht minder aufgegeben, wie das R. directer Bestreitung derselben. — In Betreff der Praxis s. die Citate aus Sf. in der folgenden Note; außerdem das. IX. 49.

[2] Die Stellen, welche hier in Betracht kommen, sind l. 25 § 4 D. 22, 3 (deren Bestimmung in c. 14 X. 2, 22 wiederholt ist) und l. 13 C. 4, 30 — unglückselige Stellen, die schon viele Mühe verzehrt haben, und voraussichtlich noch viele verzehren werden, ohne daß jemals ein reines Resultat erzielt werden wird. Vgl. über diese Stellen: Cropp in Heise und Cropp jur. Abhandlungen I S. 349 fg. (1827), Sintenis in Sell's Jahrb. I S. 292 fg. (1841), Gneist formelle Verträge S. 198—219 (1845), Windscheid Lehre von der Voraussetzung S. 196—202 (1850) und kr. VJS. I S. 109. 126. 437 (1859). Bähr Anerkennung § 38. 63—66 (1855. 1867. 1894), Dernburg Heidelb. kr. ZS. III S. 508—510 (1856), Schlesinger zur Lehre von den Formalcontracten S. 39—63. 100 fg. 145 fg. (1858), Girtanner Stipulation S. 298—325 (1859), H. Witte Bereicherungsklagen 201—211. 245 fg. (1859), v. Salpius Novation und Delegation S. 287—310 (1864), Schloßmann zur Lehre von der causa obligatorischer Verträge S. 5—21 (1868), Götz a. a. O. (§ 412a Note *) S. 359 fg., Spaltenstein das specifisch juristische Geschäft S. 162 fg. (vgl. Eisele kr. VJS. XX S. 13), Huschke Darlehn S. 108 fg., Eisele Sav.-ZS. VII S. 29 fg., Vangerow III § 625 Anm. 2 Nr. 3, Rudorff zu Puchta § 257 [h], Sintenis § 96 [48], Brinz S. 429 fg. (2. Aufl. II S. 569 fg.), E. A. Seuffert in Seuffert's Pand. § 247 [7], Arndts § 233 [7]. Auf Grund der genannten Stellen erklärt die in Theorie und Praxis herrschende Meinung jedes Schuldbekenntniß für rlich unwirksam, in welchem nicht der thatsächliche Grund der anerkannten Schuld so genau bezeichnet ist, daß auch aus diesem thatsächlichen Grunde Klage erhoben werden könnte (s. g. cautio discreta, im Gegensatz der indiscreta). In der That scheinen die genannten Stellen die gemeine Meinung unwiderleglich zu beweisen. Bedenkt man jedoch, daß dieselben nicht von Schuldscheinen schlechthin handeln, sondern von Stipulationsurkunden, welche für eine als bestehend angenommene Schuld ausgestellt sind (vgl. für diesen jetzt kaum noch bestrittenen Satz namentlich Gneist a. a. O. S. 200 fg.), so ergibt sich wenigstens die Möglichkeit der Frage, ob die bezeichneten Stellen unter einer „cautio quae indiscrete loquitur", d. h. in welcher der Aussteller nicht „specialiter .. causas explanavit, pro quibus eandem conscripsit" (l. 25 § 4 cit., l. 13 C. cit. spricht von einem „specialiter causam edicere"), in der That eine cautio verstehen, in welcher der Grund der Schuld, und nicht vielmehr eine cautio, in welcher der Grund des Versprechens (eben das Bestehen einer Schuld) nicht angegeben ist. Für diese Auslegung hat sich namentlich Schlesinger ausgesprochen, ebenso Dernburg und Windscheid in der VJS., nicht dawider Arndts kr. Ueberschau IV S. 247. Ich halte diese Erklärung noch immer für möglich der Pandektenstelle gegenüber; dagegen verzweifele ich an ihrer Durchführbarkeit gegenüber der Codexstelle. In derselben die Worte „eamque causam specialiter promissor edixerit" von einer Bezeichnung des debitum, und nicht von einer Begründung der antecedens causa debiti zu verstehen, kann ich mich nicht mehr überwinden. Von der anderen Seite verlangt

Digitized by Google

Anerkenntniß kann aber auch in demselben Sinne, wie das Schuldversprechen (780; s. ob. S. 504 fg.), von der causa abstrahiren, eine abstracte Leistungsverbindlichkeit anerkennen.

---

l. 13 C. cit. gewiß nicht specielle Bezeichnung der causa, sondern eben nur Bezeichnung der causa als einer antecedens (es soll das in der Urkunde Bezeugte nicht der Empfang eines Darlehns sein); und läßt sich nicht das „specialiter" in l. 25 § 4 cit. in gleicher Weise verstehen? (Ich nehme als feststehend an, daß die eine Stelle aus der anderen erklärt werden muß; mag die Pandektenstelle aus der Codexstelle entnommen sein, was ich für das Wahrscheinlichere halte, oder umgekehrt diese aus jener: eines von Beiden ist gewiß der Fall. Vgl, Gradenwitz Interpolationen S. 14. 15.) Hieraus würde sich die im Texte bezeichnete mittlere Meinung ergeben; ein Schuldbekenntniß, in welchem der Aussteller bloß bekennt, „daß er 100 schuldig sei", wäre allerdings unverbindlich; nicht aber ein Schuldbekenntniß, in welchem er z. B. bekennt, „daß er für gemachte Auslagen 100 schuldig sei". Man hätte dann auch eine Versöhnung mit anderen Stellen der Compilation, welche ein Schuldbekenntniß der genannten Art als rlich wirksam anerkennen (l. 47 § 1 D. 2, 14, l. 61 pr. D. 44, 7, über l. 20 D. 14, 4 s. § 482 [17]), Stellen, von welchen im Uebrigen angenommen werden müßte, daß sie den oben genannten, in welchen gewiß der eigentliche Ausdruck der Willensmeinung der Compilatoren enthalten ist, weichen. S. auch Bruns a. a. O. S. 129. — In anderer Weise unterscheidet Girtanner a. a. O. (unter Zustimmung von Fitting ZS. f. HR. III S. 293). Er versteht unter cautio quae indiscrete loquitur eine Stipulationsurkunde, in welcher das Schuldbekenntniß nicht abgesondert (abgesondert von der Stipulationsformel) gegeben ist, und läßt die l. 25 § 4 cit. sagen, daß eine solche cautio, um zu beweisen, den Grund der Verschuldung nennen müsse („C quae debes dare spondes? C quae debes ex testamento dare spondes"?). In noch anderer, aber wie mir scheint, willkürlicher Weise sucht Bähr die l. 25 § 4 cit. zu beseitigen (übereinstimmend Brinz in der ersten Auflage, nicht mehr in der zweiten). S. auch Regelsberger ACPra. XLVII S. 154 [1]. Eine besondere Meinung auch bei Schloßmann a. a. O. Witte findet in der l. 25 § 4 cit. zwar den ihr von der gemeinen Meinung beigelegten Sinn, glaubt aber, daß sie als im Widerspruch „mit dem sonst im corpus iuris enthaltenen Recht" stehend, keine Beachtung verdiene. — Auch die Praxis zeigt doch eine entschiedene Neigung, sich von der gemeinen Meinung zu emancipiren. Sie hat sich namentlich dadurch zu helfen gesucht, daß sie die Abrechnung als selbständigen Schuldgrund anerkannt hat — obgleich gewiß nicht in der Abrechnung als solcher, welche eine reine Rechnungsoperation ist, ein neues Leistungsversprechen liegt, sondern höchstens in dem Schuldbekenntniß selbst, welches auf Grund dieser Rechnungsoperation abgegeben wird. Aber freilich auf der anderen Seite: Abrechnung ist Verweisung auf causa antecedens, wenn auch nicht eine specialisirte (vgl. oben, und die daselbst genannten Stellen: „ex ratione mensae", „ex contractibus plurimus", „reliqua"). Die Abrechnung ist als Schuldgrund anerkannt worden, namentlich von dem OAG. zu Cassel nach Ausweis des Aufsatzes von Pfeiffer in den prakt. Ausführungen VIII S. 64 fg. und Sf. VII. 246, XII. 17, XIV. 16. S. ferner VII. 302 (Kiel), XII. 17 (Rostock), XIII. 247 und XIV. 17 (Stuttgart), XXI. 31 (HAG. zu Nürnberg), XXII. 200 (OAG. zu Berlin), XXV. 15 (Celle); etwas anders III. 105 (Darmstadt), wo verlangt wird, daß in der Klage das der Abrechnung zu Grunde liegende Rgeschäft

Digitized by Google

1. In beiden Fällen, welche § 781 nicht unterscheidet, ist das Anerkenntniß als Vertrag nur gültig, wenn es schriftlich ertheilt ist; die Annahme bedarf der Schriftform nicht. Wenn die Schuld als eine solche bestimmter Art anerkannt wird, so bedarf das Anerkenntniß der für Schulden dieser Art etwa besonders vorgeschriebenen Form, z. B. der gerichtlichen oder notariellen bei Anerkennung einer Schenkungsschuld (518). Ebenso kann durch den Gegenstand der Leistung eine besondere Form nothwendig werden (s. 313). Die um des Grundes willen erforderliche besondere Form kann durch Abstraction von diesem Grunde nicht erspart werden (s. 518).

2. Wird das Anerkenntniß als ein solches über eine Schuld bestimmter Art ertheilt, so ist die Haftung aus dem Anerkenntniß grundsätzlich nicht höher als bei Verpflichtungen dieser Art, z. B. wird bei Anerkenntniß einer Schenkungsschuld als solcher nur für grobe Fahrlässigkeit gehaftet. Ist ein Kaufverhältniß anerkannt, so hat der anerkennende Käufer alle Einreden, welche ihm aus einem Kauf zukommen, insbesondere die Einrede des nicht erfüllten Vertrages. Ist die Kaufgeldschuld als solche anerkannt, so kann dieß den Sinn haben, daß auf die Einrede des nichterfüllten Vertrages verzichtet oder zugleich anerkannt wird, die Einrede des nicht erfüllten Vertrages bestehe nicht mehr. Dieß ist aber nicht

---

oder Rverhältniß wenigstens der Gattung nach bezeichnet sei (Näheres in APrakt.RW. V S. 116 fg.). Vgl. ferner II. 326 (Dresden: Schuldbekenntniß ohne Angabe des Entstehungsgrundes der Schuld reicht in Verbindung mit einem Zahlungsversprechen zur Begründung der Klage hin), XII. 260 (Wolfenbüttel: Anerkenntniß bildet ein selbständiges Klagfundament), XX. 115 vgl. XVIII. 223. 210 (Celle: ebenso), XXI. 30 (OT. zu Berlin: der Schuldschein bildet ein selbständiges Klagfundament), XXIV. 230 (OAG. zu Berlin: in dem Schuldbekenntniß liegt ein Zahlungsversprechen). Auf der andern Seite: XVIII. 137 (Wiesbaden: Anerkenntniß bildet einen selbständigen Klagegrund nicht), III. 105, XIX. 24, XXIV. 23, XXVI. 127. 230 (Darmstadt: Anerkenntniß bildet ein selbständiges Klagfundament dann, wenn in der Klage das zu Grunde liegende Rgeschäft oder Rverhältniß wenigstens der Gattung nach bezeichnet wird), VI. 178 (Oldenburg: der Schuldschein bildet einen Klagegrund, wenn die causa debendi speciell bezeichnet ist), VII. 252 (Cassel) und VIII. 180 (Jena): die cautio indiscreta beweist nicht vollständig, kann aber von Belang sein in Betreff des Betrages der Schuld und der Zahlungszeit, XXV. 226 (Wolfenbüttel: zu den Erfordernissen der Schuldanerkennung gehört regelmäßig, daß dieselbe den Rgrund der anerkannten Schuld ersehen lasse). Vgl. noch Sf. XL. 10. [Für die Möglichkeit des abstracten Zahlungsversprechens bei besonderem Anhalt für den Verpflichtungswillen Sf. XLVIII. 23 (RG.), s. auch Sf. LI. 24 (Celle). Anerkenntniß eines Darlehns im Bewußtsein der Unrichtigkeit: Sf. XLIX. 93. Zahlungsversprechen in Anerkennung einer naturalis obligatio: Sf. LIII. 143. Einreden: Sf. LIII. 224 (RG.). Anerkenntniß des Drittschuldners bei Forderungspfändung: RG. XLI S. 419 fg. Vertragsmäßige Verpflichtung des Erben in Anerkennung einer nichtigen letztwilligen Verfügung: Sf. XLVIII. 270. S. noch Langen Einfluß der Abrechnung auf die Bürgschaft. Erl. Diss. 1897.] — Das HGB. erklärt bei den in Art. 301 näher bezeichneten „Anweisungen und Verpflichtungsscheinen" ausdrücklich „die Angabe des Verpflichtungsgrundes oder das Empfangsbekenntniß der Valuta" für unnöthig. [Diese Bestimmung war neben BGB. nicht mehr nöthig und ist gestrichen.]

Digitized by Google

nothwendig. Wenn z. B. bei einem Kauf mit Bestimmung des Preises nach Maßeinheiten nach erfolgter Vermessung die Kaufgeldschuld in Höhe von 3000 M. anerkannt wird, so soll nur die Summe festgestellt, an den Einreden aber nichts geändert werden.

3. Soll das Anerkenntniß eine abstracte Schuld schaffen, so wird gehaftet nach der allgemeinen Regel der Schuldverhältnisse (276), und Einwendungen aus dem unterliegenden Verhältnisse finden, vorbehältlich des unter 4 Gesagten, nicht statt.

4. In allen Fällen unterliegt das Anerkenntniß der Rückforderung (812 Abs. 2) und der Einrede (821) wegen ungerechtfertigter Bereicherung nach den allgemeinen über diese geltenden Grundsätzen.

a) Ist ein individuelles Schuldverhältniß als bestehend anerkannt, so wird bis zum Gegenbeweis als feststehend anzunehmen sein, daß der Zweck der Eingehung des Anerkennungsvertrages die Erfüllung dieser als bestehend vorausgesetzten Verbindlichkeit ist. Die Rückforderung wie die Einrede sind dann ausreichend begründet, wenn bewiesen wird, daß jene Schuld nicht bestand oder einer peremtorischen Einrede unterlag (813). Der Gläubiger kann aber demgegenüber seine Forderung aufrecht erhalten, wenn er beweist, daß dieß dem Anerkennenden bekannt war (814). Er kann auch den Beweis unternehmen, daß der rechtliche Grund der Ertheilung des Anerkenntnisses ein anderer, z. B. Schenkung oder Vergleich ist.

b) Ist das Anerkenntniß im Sinne der Begründung einer abstracten Verbindlichkeit ertheilt, so muß der Schuldner zunächst aufdecken, welches der Rechtsgrund der Ertheilung desselben war, um sodann wegen Ermangelung dieses Grundes Einrede oder Rückforderungsanspruch zur Hand nehmen zu können. Kann er beweisen, daß der Rechtsgrund in einem als bestehend vorausgesetzten Schuldverhältniß lag, so gestaltet sich das Weitere ebenso, wie unter a bemerkt ist.

5. Wenn das Gesetz eine Verpflichtung wegen ihres Grundes verwirft, so trifft dieß nicht nur auch das Anerkenntniß einer Schuld dieser Art, sondern auch das abstracte Anerkenntniß, wenn es thatsächlich auf einem derartigen Grunde ruht (656. 762. 764). Ist der Zweck der Ertheilung eines Anerkenntnisses ein unsittlicher, so kommt § 817 zur Anwendung. Vgl. Kipp der Parteiwille unter der Herrschaft des deutschen BGB. Erl. Prorectoratsrede 1899 S. 12.

6. Besonders gestaltet sich das Verhältniß, wenn das Anerkenntniß im Wege des Vergleiches ertheilt wird. In diesem Falle kann der Schuldner das Anerkenntniß auch mündlich gültig ertheilen (782). Die besonderen um des Leistungsgegenstandes willen erforderlichen Formen bleiben bestehen, nicht dagegen die um des Rechtsgrundes willen aufgestellten Formen (vgl. 518), denn Vergleich ist ein selbständiger Rechtsgrund. Wenn freilich ein Vergleich nur simulirt würde, um darunter eine Schenkung zu verstecken, so würden nach § 117 Abs. 2 die Schenkungsformen zu beobachten sein. Aus Mängeln des ursprünglichen Verhältnisses, welche von dem Vergleich getroffen werden, kann Einrede oder Rückforderungsrecht nicht hergeleitet werden, sondern es kann nur Nichtigkeit des Vergleichs und damit des Anerkenntnisses, welches einen Bestandtheil desselben darstellt, wegen Unwahrheit eines von den Parteien gemeinschaftlich als feststehend

Digitized by Google

angenommenen, die Grundlage des Vergleichs bildenden Sachverhalts behauptet werden (779).

7. Ist das Anerkenntniß auf Grund einer Abrechnung ertheilt, so gilt über die Formen dasselbe wie unter 6 (782). Es finden aber in Betreff der Einrede und der Rückforderung die gewöhnlichen Grundsätze statt. Es genügt, daß der Schuldner den Fehler der Abrechnung aufdeckt; Sache des Gläubigers ist, darzuthun, daß der Schuldner ihn kannte. Wird behauptet, daß die Abrechnung Vergleichscharakter habe, so muß dieß bewiesen werden.

8. Die Anerkennung des Nichtbestehens einer Schuld bringt dieselbe, falls sie bestand, zum Erlöschen (397 Abs. 2); auch sie ist eine Leistung, welche wegen mangelnden Rechtsgrundes der Rückforderung untersteht (812 Abs. 2).]

Die Quittung (das Bekenntniß über den Empfang einer Zahlung) enthält an und für sich eine verpflichtende Anerkennung, einen Anerkennungsvertrag, nicht, sondern ist nur Beweismittel[3]; sie kann aber nach Lage der Umstände eine verpflichtende Anerkennung wirklich enthalten, und thut dieß namentlich dann, wenn sie in Kenntniß von der nicht erfolgten Zahlung, und nicht in Erwartung der Zahlung, ausgestellt ist[4].

---

[3] S. die im vorigen § Note [2] citirten Stellen. Sf. XXXVI. 104 (RG.). A. M. Bähr § 61 (Brinz 1. Aufl. S. 638, 2. Aufl. II S. 458), auch v. d. Pfordten Abhandl. S. 300 und E. A. Seuffert in Seuffert's Pand. § 284 [10], neuestens Bähr Urtheile des Reichsgerichts S. 21 fg. Planck S. 339, Dernburg II § 54 a. E. [Anders bürgerl. R. II, 1 § 115 VII. VIII. Exner (§ 344 [2a]): zu unterscheiden der reine Empfangsschein, die Quittung als reine (abstracte) Befriedigungserklärung (Erlaß-Quittung) und die Quittung als causale Befriedigungserklärung (echte Quittung); liberatorischer Willensact des Gläubigers, aber nur auf Befreiung des Schuldners durch die geschehene Leistung gerichtet. Schultz (§ 344 [2]): in erster Linie nur Beweismittel. Dillov (§ 344 [2]): der schriftliche Schuldtilgungsvertrag des modernen Rechtes (S. 80 fg.) Ebenso Frese (§ 344 [2] S. 276 fg.). Die Dissertation von Behrend (§ 344 [2]) erschien erweitert als Beiträge z. Lehre v. d. Quittung, Leipz. 1896; die Quittung zunächst Beweismittel, unter Umständen ein Vertrag, welches von beiden im Einzelfalle, ist Sache der Auslegung (S. 85 fg.). Bülow (§ 412a*) S. 188: nur Geständniß.] — Es ist hierbei zunächst nur auf den Fall Rücksicht genommen, wo durch den Ausdruck „empfangen" oder einen anderen gleichbedeutenden quittirt worden ist. Aber auch wenn der Ausdruck „quittiren", „Quittung", selbst gebraucht worden ist, darf meiner Ansicht nach nicht anders entschieden werden. Es mag sein, daß dieser Ausdruck seiner Etymologie nach nicht auf ein Empfangsbekenntniß geht, sondern auf ein Aufgeben der Forderung; aber ich glaube nicht, daß er heutzutage im Leben in diesem Sinne gebraucht wird. Doch ist dieß eine factische Frage, welche vielleicht auch für die verschiedenen Gegenden Deutschlands verschieden zu beantworten ist.

[4] In diesem Falle ist die Quittung eine Form des Erlaßvertrages und steht ganz der römischen acceptilatio gleich. Vgl. l. 6. 21. 23 C. 8, 42 [43], und über den Fall, wo in Erwartung der Zahlung quittirt wird, noch E. A. Seuffert in Seuffert's Pand. § 291 [1b].

Digitized by Google

[Vom Standpunkte des BGB. ist die Frage ebenfalls dahin zu stellen, was die Quittung im Zweifel, was insbesondere diejenige Quittung ist, auf welche der Schuldner nach § 368 ein Recht hat. Dieß ist bestritten. Endemann I § 141, I, 3 sieht in ihr einen negativen Anerkennungsvertrag, ebenso Collatz Jahrb. f. Dogm. XL S. 135 fg. Planck zu § 368 unter 5 einen Beweisvertrag unter Ausschluß des Gegenbeweises (s. unter e das.), während Oertmann zu § 368 unter 5 und Dernburg bürgerliches Recht II 1 § 115 (anders als Pand. II § 54 zu [14] fg.) die Quittung an und für sich nur als Beweismittel gelten lassen. Ihnen ist beizutreten. Die Mot. (II S. 88 fg., vgl. auch S. 116) stehen auf diesem Standpunkte ebenso, wie die Mehrheit der II. Comm. (Prot. S. 677) wenigstens insofern, als sie die Quittung im Allgemeinen als ein den Gegenbeweis zulassendes Beweismittel charakterisirt wissen wollte; freilich wollte sie dahingestellt sein lassen, ob die Quittung unter Umständen wenigstens Beweisvertrag sei. Die Quittung hat gegen Empfang der Leistung, also Zug um Zug zu erfolgen (368). Die Quittung beweist, daß entweder vor Ausstellung der Quittung die Leistung erfolgt war, oder daß die Quittung gegen die Leistung Zug um Zug ausgetauscht ist. Faßt man ihre Beweiskraft in diesem Sinne auf, so gibt sie dem Schuldner eine hinlängliche Sicherung; denn der Gegenbeweis kann dann mit Erfolg nur darauf gerichtet werden, daß weder vor noch gegen Aushändigung der Quittung die Leistung erfolgt ist. Mehr als ein Beweismittel ist aber die Quittung auch bei dieser Auffassung nicht. Vgl. noch Dernburg a. a. O. unter VIII.]

2. Der Vergleich*.

a. Begriff und Rechtsverhältniß.

§ 413.

Der Vergleich ist ein Vertrag, durch welchen zwei Parteien die zwischen ihnen in Betreff eines Anspruchs bestehende Ungewißheit auf

* Dig. 2, 15 Cod. 2, 4 de transactionibus. — Risch die Lehre vom Vergleich mit Ausnahme des Eides und Compromisses (1855). Glück V S. 1—98; Unterholzner I S. 658—660, Sintenis II S. 483—489. Sturm die Lehre vom Vergleiche nach gem. u. Preuß. R. Berlin 1889. [Dazu Sokolowski kr. VJS. XXXV S. 79.] Hasenöhrl Oesterr. Obligationenr. II § 82. Bekker II § 110. Die Inaugural-Dissertation von K. Oumé (aus Japan), la transaction en droit romain, dans l'ancien droit français, en droit français actuel, Paris 1889, enthält in ihrem ersten Theil eine gründliche Bearbeitung der Lehre des röm. R. vom Vergleich, die aber auf die deutsche Literatur keine Rücksicht nimmt. [Oertmann der Vergleich im gem. Civilr. Berl. 1895, dazu Geib kr. VJS. XXXVIII S. 161 fg., Pergament Sav.-ZS. XVI S. 350 fg. Mengers der Vergleich und der Irrthum beim Vergleich nach dem BGB. Erl. Diss. 1898. Troeltsch über den Proceßvergleich im geltenden R. Erl. Diss. (1892/3 geschr. 1890). P. Kretschmar der Vergleich im Processe. Leipz. 1896. Wolf der Proceßvergleich ACPra. LXXXVIII S. 153 fg. (1898), Paul der Vergleich in Civilpr. Sächs. ABR. Ergänz.-B. zu VIII/IX H. 1 (1898). Bertolini della transazione secondo il diritto romano. Torino 1900.]

Digitized by Google

dem Wege gegenseitigen Zugeständnisses beseitigen[a]. Der Anspruch kann ein dinglicher[1], obligatorischer[2], familienrechtlicher[3] sein. Die Ungewißheit kann — und dieß ist der Hauptfall — ihren Grund in der Bestrittenheit des Anspruches haben[4]; aber auch darin, daß die künftige Existenz[5], oder der Umfang[6], oder die Realisirbarkeit[6a] des Anspruchs ungewiß ist. Das gegenseitige Zugeständniß kann darin bestehen, daß der Anspruch theilweise befriedigt, theilweise aufgegeben bez. theilweise als bestehend, theilweise als nicht bestehend anerkannt wird[7]; aber

---

[a Vgl. etwas abweichend Oertmann S. 17 fg.] § 413.

[1] Beispiele von Vergleichen über dingliche Ansprüche in l. 2. 9. 11. 15. 34 [33] C. 2, 4. Erbschaftsstreit: l. 3 pr. l. 14 D. 2, 15, l. 2. 6. 10. 15 C. 2, 4.

[2] Z. B. l. 1. 3. 4 C. 2, 4.

[3] Z. B. auf Anerkennung der Vaterschaft. Vgl. l. 10 (auch l. 43) C. 2, 4. Risch S. 71. 72.

[4] S. z. B. l. 1 D. 2, 15, l. 2. 12. 17 C. 2, 4, l. 65 § 1 D. 12, 6.

[5] Z. B. l. 11 C. 2, 4.: von zwei Miterben soll derjenige dem andern ein Vermächtniß auszahlen, welcher ohne Kinder sterben wird. S. auch l. 1. 16 C. 2, 3.

[6] Der Anspruch geht z. B. auf eine jährliche Prästation für die Lebenszeit des Berechtigten. L. 8 D. 2, 15.

[6a] Z. B. Der Berechtigte weiß, daß die Folge seines Vorgehens gegen den Verpflichteten dessen Concurs sein, und daß er dabei einen Ausfall erleiden werde, während es ungewiß ist, ob der Verpflichtete jemals neues Vermögen erwerben wird. Vgl. auch § 414 [9]. — Buhl in der § 412a Note * citirten Schrift S. 74 fg. möchte den Begriff des Vergleichs beschränken auf den Fall der Bestrittenheit des Anspruchs, und den gegenseitigen Vertrag zum Zweck der Feststellung eines objectiv ungewissen Rechtsverhältnisses neben den Vergleich unter eine Kategorie stellen, für welche er die römische Bezeichnung „transactio" in Anspruch nimmt und die deutsche Bezeichnung „Auseinandersetzung" vorschlägt, und in welche er außer den bezeichneten Fällen ferner einreiht a) die einseitige Anerkennung oder Aberkennung eines Anspruchs zum Zweck der Feststellung, b) die vertragsmäßige Aufhebung einer Gemeinschaft. Es ist zuzugeben, daß die Quellen die Ausdrücke transigere und transactio in diesem weiteren Sinne gebrauchen (obgleich nicht alle von Buhl angeführten Stellen beweiskräftig sind, aber s. z. B. l. 39 § 13 D. 26, 7, l. 29 D. 39, 5. l. 35 D. 2, 14). Allein ich zweifle, ob durch Zusammenstellung der vertragsmäßigen Theilung mit dem Vergleich und der Anerkennung irgend eine sachliche Frucht zu gewinnen ist. Von der anderen Seite theilt mit dem Vergleich und der Anerkennung dieselbe Natur der Schiedsrichter- und der Schiedseidvertrag, welche Buhl zur „Auseinandersetzung" nicht zählt, und es gibt Sätze, welche für alle diese Geschäfte in gleicher Weise gelten (s. § 412a a. E., § 413 a. E., § 415 a. E., § 416 zu [11], § 418 zu [6. 7]). Für die Beschränkung des Begriffs des Vergleichs oder des „echten" Vergleichs auf den Fall der Bestrittenheit des Anspruchs Sturm S. 1 fg., Herold Grünh. ZS. XVI S. 694 fg. [Vgl. auch Bülow ACPra. LXXXIII S. 88 [90], Oertmann S. 51 fg., Hartmann ACPra. LXXXV S. 39 fg.]

[7] S. z. B. l. 6 C. 2, 4.

Digitized by Google

auch darin, daß er ganz befriedigt oder aufgegeben bez. als bestehend oder nicht bestehend anerkannt und von der anderen Partei eine Gegenleistung anderer Art gemacht oder versprochen wird[8]. Diese Gegenleistung kann einen so verschiedenen Inhalt haben, wie jede andere Vermögensleistung[9]. Wird nur von der einen, nicht auch von der anderen Seite ein Zugeständniß gemacht, so liegt kein Vergleich vor, sondern eine verkappte Schenkung[10].

[Das BGB. faßt den Vergleich ebenso, wie es im Text geschieht: als einen Vertrag, durch den der Streit oder die Ungewißheit der Parteien über ein Rechtsverhältniß im Wege gegenseitigen Nachgebens beseitigt wird. Der Ungewißheit über ein Rechtsverhältniß steht es gleich, wenn die Verwirklichung eines Anspruchs unsicher ist (779)].

Das Rechtsverhältniß zwischen den vertragschließenden Parteien bestimmt sich im Allgemeinen nach den Grundsätzen von den gegenseitigen Verträgen[11], im Besonderen nach dem Inhalt der getroffenen

---

[8] Z. B. l. 9. 34 [33] C. 2, 4. Sf. XXXVI. 38.

[9] Sie kann z. B. zum Inhalt haben Eigenthumsverschaffung, Begründung oder Aufgabe eines R. an fremder Sache, Begründung oder Aufgabe eines Forderungsr. ꝛc. Sf. XXXV. 119.

[10] L. 1 D. 2, 15. „Qui transigit, quasi de re dubia et lite incerta neque finita transigit; qui vero paciscitur, donationis causa rem certam et indubitatam liberalitate remittit". L. 38 C. 2, 4. „Transactio nullo dato vel retento seu promisso minime procedit". Doch haben die Worte dieser Stelle in ihrem ursprünglichen Zusammenhange einen andern Sinn gehabt, vgl. l. 3 C. 6, 31.

[11] S. § 321. Namentlich also: a) keine Partei kann Erfüllung des Vergleichs fordern, ohne ihrerseits erfüllt zu haben, oder Erfüllung anzubieten. L. 21 i. f. C. 2, 3. b) Wer erfüllt hat, oder Erfüllung anbietet, kann von dem Gegner Erfüllung fordern. Bei den Römern konnte nur, wer erfüllt hatte, Erfüllung fordern (mit der actio praescriptis verbis l. 6. 33 [34] C. 2, 4, oder durch Geltendmachung des aufgegebenen Anspruchs, l. 28. 36 C. 2, 4, s. unten bei c), nicht, wer nur Erfüllung anbot; denn der Vergleich war bei den Römern kein Consensualcontract. L. 21 C. 2, 3, l. 17. 28 C. 2, 4. c) Wer erfüllt hat, kann von dem Gegner nur Erfüllung verlangen, nicht Rückgabe des Empfangenen. So, wie es scheint, schon bei den Römern, obgleich gegen das Princip (die actio praescriptis verbis schließt an und für sich die condictio ob causam datorum nicht aus, I § 99 [1]); dafür sprechen l. 36 C. 2, 4 („ne quid amplius ab ipsis exigi possit, exceptionis proficit aequitas", d. h. derjenige, welcher seinen Anspruch aufgegeben hat, kann seinen Anspruch noch geltend machen, so weit die versprochene Gegenleistung reicht, um diese zu erzwingen — aber weiter nicht, vgl. Risch S. 209), l. 28 C. 2, 4. („poteris ad obsequium placitorum adversarium tuum urgere"). S. freilich auf der anderen Seite l. 27 pr. D. 5, 2, l. 3 C. 6, 31. d) Wird einer Partei die Erfüllung der von ihr übernommenen Verbindlichkeit ohne ihre Schuld unmöglich, so ist auch die andere Partei an den Vergleich nicht gebunden; anders nur, wenn die Unmöglichkeit sich auf die Ausführung einer Entäußerungserklärung bezieht (§ 321 [16—19]).

Digitized by Google

Beredung[12]. Eine Verpflichtung erzeugt der Vergleich nicht nothwendig, sondern nur insofern, als er entweder direct ein Versprechen enthält, oder eine Erklärung, durch welche der Rechtszustand, welcher nach der Erklärung stattfinden soll, nicht sofort auch bewirkt ist[13].

---

[12] Im Einzelnen bemerke man: a) das Aufgeben des Anspruchs im Vergleiche ist Erlaß, und zwar directer Erlaß. Zwar wenn der Anspruch bestritten ist, also im Hauptfall des Vergleiches, ist im Sinne des Gegners des Aufgebenden das Aufgeben des Anspruchs zunächst nicht aufzufassen als Verzicht auf das R., da der Gegner ein R. nicht anerkennt, sondern als Verzicht auf das Wiedervorbringen der Behauptung, daß ein R. begründet sei, also als pactum de non petendo. Allein der Aufgebende seinerseits verzichtet nicht in dem Sinne, um sich bloß der Geltendmachung des R., im Gegensatz zum R. selbst, zu berauben; er also will directen Erlaß (§ 357 Abs. 2), und diesen Willen acceptirt eventuell auch sein Gegner. Bei den Römern erzeugte, wie jeder Erlaß, so auch der vergleichsweise Erlaß, directe Wirkung nur, wenn er in die Form der acceptilatio eingekleidet war (was freilich gewöhnlich geschah, vgl. l. 2. 4. 15 D. 2, 15, l. 3. 4. 32. 40 C. 2, 4), sonst nur exceptio nach dem R. des pactum de non petendo (vgl. l. 17. 24 C. 2, 4). b) Enthält der Vergleich eine Anerkennung, so ist dieselbe zu beurtheilen nach den § 412a gegebenen Regeln. c) die Gegenleistung kann entweder sofort bewirkt, oder es kann nur eine Verbindlichkeit zur Bewirkung derselben übernommen werden. Das Letztere ist auch dann der Fall, wenn die Willenserklärung zwar darauf gerichtet ist, daß der Gegner sofort haben solle, aber dieses Haben durch sich selbst herbeizuführen nicht im Stande ist (z. B. Eigenthumsübertragungserklärung ohne Tradition). d) Geht die Gegenleistung auf Geben einer Sache, so haftet der Contrahent nicht bloß wegen Entwehrung, sondern sofort, sobald es feststeht, daß dem Empfänger nicht das Eigenthumsr. oder nicht ein zum Behalten der Sache befugendes Eigenthumsr. verschafft worden sei (§ 392). Aber natürlich haftet nicht auch der auf seinen Anspruch Verzichtende, wenn der Gegenstand des Anspruchs hinterher dem Gegner kraft eines anderen R. genommen wird. L. 34 [33] C. 2, 4. Risch S. 203—205, Bekker Jahrb. des gem. R. VI S. 238. 239, Sintenis S. 488 [46].

[13] S. die vorhergehende Note bei c). — Aus dem Gesagten ergibt sich eine Schwierigkeit für die Stellung des Vergleiches im Systeme. Es ist die gleiche Schwierigkeit, welche oben (§ 365 [18]) in Betreff der Schenkung erörtert worden ist. Auch von dem Vergleiche sollte eigentlich in einem Theile gehandelt werden, welcher die concreten Thatsachen, auf denen der Vermögensverkehr beruht, als solche, abgesehen davon, ob sie Obligationen erzeugen oder nicht, darstellte. In Ermangelung eines solchen Theiles findet der Vergleich seine passendste Stelle, wie die Schenkung, m. E. immer noch im Obligationenrecht, und zwar im speciellen Theil desselben. [Dafür auch Oertmann S. 40 fg. (neben Schenkung, nicht weit vom Kauf).] Andere stellen ihn in den allgemeinen Theil des Obligationenr., in die Lehre von der Aufhebung der Obligationen, vgl. § 358 [6]. Aber der Vergleich enthält weder nothwendig Aufhebung einer Obligation, noch nothwendig Aufhebung eines Anspruchs. Auch an den allgemeinen Theil des Systems überhaupt hat man gedacht, und zwar unter einem doppelten Gesichtspunkt. Einmal wegen des vielfachen möglichen Inhalts der den Vergleich constituirenden Leistungen, so Unterholzner I S. 658a, vgl. Risch S. 24. 33, Bekker II § 109 [c]. In der That, bleibt man bei der Vielfachheit dieses möglichen Inhaltes

Digitized by Google

Bruch eines beschworenen Vergleichs wird dadurch gestraft, daß der Eidbrüchige seine Rechte aus dem Vergleiche verliert, während er selbst an den Vergleich gebunden bleibt[14].

Für und gegen Dritte wirkt der Vergleich an und für sich nicht[15]. Ausnahmen[16] gelten: a) für die Rechtsnachfolger, Gesammt- und Sondernachfolger[17]; b) für die Mitbetheiligten nach den I § 132 Note 4—6 entwickelten Regeln[18]. c) Auf einen Vergleich über die Gültigkeit eines Testaments können sich die Erbschaftsgläubiger berufen[19].

[Das BGB. hat sich jeder Bestimmung über die Wirkungen des Vergleichs enthalten. Es entscheidet also zunächst der Inhalt des Vergleichs; sodann die Sätze über diejenigen Institute, von denen der Vergleich Anwendung macht. Der Satz zu [14] besteht nicht mehr. Sofern der Vergleich eine positive oder negative Anerkennung enthält, gilt über seine Wirkung im Verhältniß zu Dritten das oben S. 770 fg. Bemerkte. Den Satz zu [19] enthält das BGB. nicht. Die im Vergleich enthaltene Anerkennung der Gültigkeit oder Ungültigkeit des Testaments kann sich als eine Veräußerung der Erbschaft seitens des Anerkennenden an den Anerkannten herausstellen; dann haftet der Anerkannte den Gläubigern gemäß § 2382. 2385. Auf einen andern Grund hin aber werden sich die Gläubiger auf den Vergleich nicht berufen können.]

b. Ungültigkeitsgründe.

§ 414.

Der Vergleich ist ungültig aus den allgemeinen Gründen[a]; namentlich kann er angefochten werden wegen Zwanges[1], Betruges[2],

---

stehen, so gehört der Vergleich gerade so gut in den allgemeinen Theil, wie die Schenkung; umgekehrt ist aber auch diese nicht abzulehnende Consequenz wohl geeignet, Bedenken dagegen zu erregen, ob die Schenkung im allgemeinen Theil wirklich ihre richtige Stellung hat (§ 365 [18]). Risch sodann (S. 12—34) will den Vergleich in den allgemeinen Theil neben das Urtheil stellen, weil auch er ein Mittel zur Beendigung des Streites sei. Auch diese Stellung halte ich für weniger zweckmäßig, als die dem Vergleiche hier gegebene. Zwar bin ich weit davon entfernt, zu behaupten, daß bei der Anordnung des Systems auf die Bedeutung, welche die Rsinstitute für die Interessen und Bedürfnisse des Lebens und Verkehrs haben, keine Rücksicht genommen werden dürfe (vgl. I § 13 [2], II § 362 [1]); aber ich glaube nicht, daß die Einsicht in das rliche Wesen des Vergleichs dadurch gefördert wird, daß man ihn mit dem Urtheil zusammenstellt. Was von ihm rlich auszusagen ist, beruht fast ausschließlich darauf, daß er Vertrag, und nicht darauf, daß er Streitbeendigung ist. Dazu kommt (welche Schwierigkeit sich übrigens auch Risch selbst nicht verbirgt [S. 30 [18]]), daß der Vergleich nicht nothwendig einen Streit voraussetzt ([5. 6. 6a]).

[14] L. 41 C. 2, 4.

[15] L. 3 pr. § 2 D. 2, 15, l. 1 C. 2, 4, l. 29 § 2 D. 5, 2.

[16] Vgl. Risch S. 192 fg. Bekker II § 110 [9].

[17] Vgl. l. 8 D. 12, 2 und § 412a [9].

Digitized by Google

ermangelnder Voraussetzung. In Betreff des letzteren Punktes ist folgendes Nähere zu bemerken[2a]. 1) Voraussetzung eines Vergleichs über den Inhalt der Leistung, welche in Anspruch genommen wird, ist die Begründetheit des Anspruches an sich[3]. 2) Voraussetzung eines Vergleiches über einen bestrittenen Anspruch ist, daß die bei dem Vergleich als wahr angenommenen Thatsachen, deren Nichtwahrheit den Streit ausschließen würde, wahr seien, so wie daß nicht andere Thatsachen wahr seien, deren Wahrheit den Streit ausschließen würde[4].

---

[18] Vgl. l. 28 pr. l. 42 § 3 D. 12, 2 und § 412a [10].

[19] L. 14 D. 2, 15. S. andererseits l. 3 pr. D. 2, 15, l. 29 § 2 D. 5, 2. Vgl. I § 132 [9].

[[a]) Nichtigkeit des Vergleichs, wenn die Forderung, welche seinen Gegenstand bildet, aus absolut wirkendem Grunde nichtig ist (Differenzgeschäft): RG. XXXVII S. 416 fg.]

[1] L. 13 C. 2, 4. § 414.

[2] L. 9 § 2 D. 2, 15, l. 4. 19. 39 C. 2, 4, l. 65 § 1 D. 12, 6. Vgl. Sf. XV. 128. — L. 35 D. 2, 14 enthält keinen Fall des Vergleichs, sondern einen Fall der Anerkennung. Unger Jahrb. f. Dogm. VIII S. 194 [18a].

[2a] Vgl. auch Sf. XLIII. 112. [Oertmann S. 234 fg. Erdmann Irrthum beim Vergleich. Greifsw. Diss. 1895. Krausenecк Inwiefern ist ein Vergleich wegen Irrthums anfechtbar? Erl. Diss. 1899.]

[3] Z. B. Jemand vergleicht sich über ein Rentenvermächtniß, mit welchem er sich beschwert glaubt, gegen eine zu zahlende Aversionalsumme; hinterher zeigt sich, daß ihm gar kein Vermächtniß auferlegt ist. Jemand vergleicht sich über die Größe eines ihm auferlegten Vermächtnisses; hinterher zeigt sich, daß dieses Vermächtniß nichtig ist. In diesen Fällen ist geradezu die condictio indebiti begründet. Sf. III. 323. (In dem Fall bei Sf. XIII. 142 bezog sich der Vergleich nicht bloß auf den Inhalt des Anspruchs.)

[4] Z. B. Vergleich über ein wegen eines Formfehlers angefochtenes Testament; hinterher zeigt sich, daß dasselbe untergeschoben ist. Vergleich über einen Anspruch, welchem die exceptio SCi Velleiani entgegengesetzt wird; hinterher zeigt sich, daß das begründende Rgeschäft erzwungen war. Vergleich über einen Eigenthumsanspruch, welcher bestritten wird, weil der Rsurheber des Klägers nicht Eigenthümer gewesen sei; hinterher zeigt sich, daß der Kläger vom wahren Eigenthümer zum Erben eingesetzt war. Vgl. Note [10]. — Das hier Gesagte wird nicht bewiesen durch l. 12 i. f. D. 2, 15 (welche Stelle nicht von der Anfechtung des Vergleiches spricht, sondern einfach sagt, daß der Vergleich nicht auf einen andern als den gemeinten Anspruch bezogen werden dürfe), nicht auch durch l. 3 § 1 D. 2, 15 (wie auch diese schwierige Stelle auszulegen sein mag, vgl. darüber Risch § 14 [15]), und ebensowenig durch l. 36 D. 10, 2 (welche Stelle gar nicht von einem Vergleich redet). Wohl aber wird es bewiesen durch l. 42 C. 2, 4. In dieser Stelle wird ein Vergleich für unverbindlich erklärt, weil er auf Grund falscher Urkunden abgeschlossen worden sei. Diese Urkunden können sich nicht auf den Streitpunkt selbst bezogen haben, weil sonst für einen Vergleich kein Raum gewesen wäre; also müssen sie sich auf eine Voraussetzung des Streites bezogen haben. — Mit dem Gesagten stimmen eine Reihe von Schriftstellern (s. namentlich Puchta § 294 [b], Arndts § 269 [m], ferner Bähr An-

Digitized by Google

3) Voraussetzung eines Vergleiches über einen bestrittenen Anspruch ist ferner, daß der Streit nicht schon entschieden sei[5]. Daher ist der Vergleich anfechtbar, wenn bereits ein rechtskräftiges Urtheil über die Sache vorliegt[6]; ebenso, wenn bereits in anderer Weise, durch einen

---

erkennung § 32 und die Citate bei Risch § 25 [17]) insofern überein, als sie lehren, daß der Vergleich angefochten werden könne wegen Unrichtigkeit des bei demselben als gewiß Vorausgesetzten; die nothwendige Ergänzung, daß der Vergleich auch angefochten werden könne wegen Wirklichkeit von Thatsachen, deren Nichtvorhandensein bei demselben vorausgesetzt wurde, wird von diesen Schriftstellern nicht gemacht. Vgl. jetzt auch Buhl (§ 412a *) S. 98 fg. Gegen die ganze Lehre haben sich ausgesprochen Risch § 26 (vgl. unten [10]), Brinz S. 139 (1. Aufl.), Regelsberger ACPra. XLVII S. 160 fg. Risch glaubt in den hier fraglichen Fällen durch Auslegung des Vergleiches helfen zu können; derselbe dürfe auf keinen anderen Streitpunkt bezogen werden als denjenigen, über welchen man sich verglichen habe; aber daraus folge nicht, daß der abgeschlossene Vergleich nichtig sei. Wer sich also über ein wegen Formfehlers von ihm angefochtenes Testament verglichen habe, sei nicht verhindert, die Erbschaft deßwegen zu fordern, weil das Testament untergeschoben sei; allein der Vergleich bleibe bestehen. Daraus würde aber folgen, daß er auch das ihm zur Abfindung Geleistete behalten dürfe; der Gegner würde also die Abfindung und die Erbschaft zugleich verlieren. Und wie wenn die Erbschaft ihm gegen eine von ihm zu leistende Abfindung ausgeantwortet wäre: wie würde er hier ohne Anfechtung des Vergleiches das Geleistete zurückerhalten? Oder wenn Jemand sich über eine von ihm vorgebrachte Einrede verglichen hat, und er hinterher eine andere Einrede entdeckt? S. auch Sf. III. 323, XIII. 142, XXXIV. 298. Dernburg II § 109 a. E.: Vergleiche erledigen nur die Streitpunkte, über welche man sich hat vergleichen wollen — ohne Widerlegung des hier gegen Risch Ausgeführten. Bekker II S. 257. 264. 265. 270 spricht zwar von der Hinfälligkeit des Vergleichs wegen Ermangelung seiner, durch Auslegung festzustellenden, „Voraussetzung", erklärt aber die Voraussetzung für eine Bedingung, und läßt daher durch ihre Ermangelung den Vergleich nichtig werden. S. noch Herold Grünh. ZS. XVI S. 703 fg.

[5] Vgl. über das Folgende: Thibaut ACPra. VIII S. 301 fg. IX S. 393 fg., Goldschmidt das. IX S. 76 fg., C. Sell in Sell's Jahrb. II S. 53—64, Rudorff ZS. f. gesch. RW. XIV S. 334—347, Risch S. 74—95, Vangerow III § 668 Anm., Sintenis S. 484. 485.

[6] L. 7 pr. § 11 D. 2, 15, l. 32 C. 2, 4, l. 23 § 1 D. 12, 6; Paul. sentent. I, 1 § 5, Cod. Greg. II, 11 c. 1. 3. 4, Cod. Hermog. tit. 4 c. 3, Consult. VII c. 6. 7. — Ueber den Grund dieses Satzes sind die Schriftsteller nicht einig. Gegen die früher sehr verbreitete, auf l. 32 C. 2, 4 und Paul. sentent. I, 19 § 2 gestützte Meinung, daß er seinen Grund habe in der Unverbindlichkeit des nudum pactum nach r. R., und daher für das heutige R. unanwendbar sei, s. Risch S. 77—81, Vangerow a. a. O.; für dieselbe neuerdings wieder Dernburg Preuß. Privatr. I. § 83 Anm. 6, Pand. II § 109 [7], Bekker Pand. S. 266. Die Ansicht Thibaut's (a. a. O.), die neuerdings auch von Wendt Bl. f. RPflege in Thüringen VI S. 206 vertreten wird, der Satz sei als positive, im Interesse der öffentlichen Ordnung gegebene Vorschrift aufzufassen, wird dadurch widerlegt, daß die vergleichsweise gemachte Leistung nicht

Digitized by Google

früheren Vergleich, Eid- oder Schiedsspruch, über den Streit entschieden ist[7]. Natürlich ist aber dabei erforderlich: a) daß nicht wieder

nichtig, sondern anfechtbar ist, l. 32 C. 2, 4 (wo die Nichtigkeit geleugnet, die Anfechtbarkeit vorausgesetzt wird). Die herrschende Meinung hält den Satz für eine unmittelbare Consequenz aus dem Begriffe des Vergleiches, nach welchem zum Vergleich Ungewißheit erforderlich sei. Aber dabei ist nicht gehörig unterschieden zwischen subjectiver und objectiver Ungewißheit. Die Ungewißheit, welche nach dem Begriffe des Vergleiches erforderlich ist, ist subjective, nicht objective Ungewißheit, und die durch das rkräftige Urtheil ausgeschlossene Ungewißheit ist die objective, nicht die subjective. Das Letzte ist unbestreitbar, da ja das Urtheil dem sich Vergleichenden unbekannt sein kann; wer das Erste leugnet, behauptet mit anderen Worten, daß jeder Vergleich angefochten werden könne, wenn man hinterher zu beweisen im Stande sei, daß man im Streite Recht gehabt habe. Aber die an und für sich zum Vergleich genügende subjective Ungewißheit soll ausnahmsweise eben dann nicht genügen, wenn sie ihren Grund in dem Nichtkennen der vorhandenen rkräftigen Entscheidung gehabt habe: diese Ausnahme ist das zu Rechtfertigende. Ihre Rechtfertigung liegt in dem im Text Bemerkten: der Vergleich wird zum Zweck der Entscheidung des Streites, und daher unter der Voraussetzung nicht bereits erfolgter Entscheidung abgeschlossen. Risch freilich (S. 88 [22]) ist der Meinung, ein bei Unkenntniß der vorhandenen rkräftigen Entscheidung abgeschlossener Vergleich sei eben wegen dieser Unkenntniß gültig. Hiernach würde unser Satz keinen anderen Inhalt haben, als den sehr trivialen, daß Schenkung kein Vergleich sei. S. darüber Note [8]. Dernburg Pand. a. a. O. glaubt die Annahme einer Voraussetzung mit der Bemerkung abthun zu können, daß die Parteien „nichts ins Blaue hinein voraussetzen". Er hat wohl das oben S. 786 Z. 1 fg. Gesagte nicht gelesen. [Bülow ACPra. LXXXIII S. 76 fg. (s. auch Hartmann ACPra. LXXXV S. 27 fg.) unterscheidet mit Recht zwischen einem Vergleich (oder sonstigem Vertrage), in dem die Parteien auf die Rkraft des Urtheils verzichten und einem Verzicht auf den rkräftig zuerkannten Anspruch. Den ersteren Vertrag nennt er mit Recht nichtig (nicht bloß anfechtbar). So auch Oertmann S. 206. Von dem zweiten hat B. m. E. bewiesen, daß er im r. R. nichtig war, wenn er entgeltlich geschlossen wurde, gültig, wenn unentgeltlich. So auch Oertmann S. 208 fg. Unbestreitbar aber ist, daß der Anspruch aus dem Urtheil durch Novation in einen auch dem entgeltlichen Verzicht zugänglichen verwandelt werden konnte. S. l. 4 § 4 D. 42, 1 (Bülow S. 92, 2 vgl. Oertmann S. 210). Die Nichtigkeit des Verzichts auf die Rkraft des Urtheils faßt B. in dem Sinne, daß die Parteien nicht nur durch ihren Vertrag nicht den Zustand der Ungewißheit vor dem Urtheil wiederherstellen können (vgl. I S. 568 fg.), sondern daß sie das abgeurtheilte Verhältniß auch nicht anderweitig normiren können. Derjenige, dem ein R. zuerkannt worden ist, könne sich nicht mit dem Gegner dahin einigen, daß ihm dieses Recht nicht zustehen solle; der absolvirte Beklagte könne nicht anerkennen, daß dem Gegner das aberkannte R. dennoch zustehe. (Zustimmend Oertmann S. 207 fg.). Dieß ist für das r. R. richtig, liegt aber m. E. daran, daß dasselbe keinen formlosen Anerkennungsvertrag kennt. B. wird nicht bestreiten, daß die Parteien formrichtig einen von dem Inhalt des Urtheils abweichenden Zustand herstellen konnten. Im heutigen R. kann aber ein formloser Anerkennungsvertrag den Anerkennenden verpflichten, sich so behandeln zu lassen, als wenn ein bestimmtes Rverhältniß in bestimmter Art bestände oder nicht bestände. Eine absolute Schranke wird

Digitized by Google

über die Thatsache der Entscheidung selbst Streit sei[8]; b) daß der Anfechtende die vorhandene Entscheidung nicht gekannt habe[9]. — Dagegen ist, wie sich von selbst versteht, Voraussetzung des Vergleiches nicht, daß man nicht später sollte darthun können, daß man in dem Streite selbst Recht gehabt habe[10. 10a].

---

einer solchen Anerkennung durch ein vorangegangenes rkräftiges Urtheil nicht gezogen; das Anerkenntniß ist eine nach dem Urtheil liegende neue Thatsache, gegen deren Wirkung das Urtheil sich nicht sträubt. Eine andere Frage aber ist, ob ein solches Anerkenntniß (wenn entgeltlich abgegeben) einen Vergleich darstellen kann. Diese Frage ist zu verneinen, wenn die rkräftige Entscheidung unter den Parteien bekannt und unbestritten ist; ausgenommen den Fall des Zweifels über die Realisirbarkeit des Urtheils (9). Abgesehen von diesem Falle, hat das von dem Inhalt des bekannten und unbestrittenen Urtheils abweichende Anerkenntniß zwar nicht nothwendig eine Schenkung (9) zur Grundlage, aber jeden Falls keinen Vergleich. War dagegen die Thatsache der rkräftigen Entscheidung unter den Parteien ungewiß oder bestritten, so liegt ein unanfechtbarer Vergleich vor. Kennt eine Partei das Urtheil und verschweigt es der andern, so wird der Vergleich wegen Betruges anfechtbar sein. Für den letzten möglichen Fall, daß die Parteien sich vergleichen, ohne daß eine von ihnen das Urtheil kennt, kann m. E. dasselbe einen Grund der Anfechtung des Vergleichs nicht abgeben. Vgl. a. E. des Textes die Bem. z. BGB.]

[7] Dieß ist in den Quellen nicht ausdrücklich gesagt, aber folgt aus der Natur der Sache. Risch S. 91—94. A. M. Rudorff a. a. O. S. 347 fg.

[8] L. 11 D. 2, 15. „Post rem iudicatum, etiamsi provocatio non est interposita, tamen si negetur iudicatum esse, vel ignorari potest, an iudicatum sit, quia adhuc lis subesse possit, transactio fieri potest". L. 23 § 1 D. 12, 6. Die l. 11 cit. ist so zu verstehen: ein Vergleich ist trotz des rkräftigen Urtheils dennoch möglich, wenn die Existenz des Urtheils entweder direct bestritten ist, oder man doch über die Existenz desselben verschiedener Meinung sein kann. Daß auch in dem letzteren Falle die Berufung auf das Urtheil als entscheidende Instanz von demjenigen, gegen welchen das Urtheil geltend gemacht wird, abgelehnt werde, setzt sie voraus („quia adhuc lis subesse possit"). Risch sieht in dieser Stelle einen Beweis für den von ihm behaupteten Satz (6 a. E.), daß der Vergleich gültig sei, wenn die Parteien von der rkräftigen Entscheidung „durchaus kein Bewußtsein hatten". Aber es heißt: si ignorari potest, nicht: si ignoratur.

[9] Wer sich vergleicht, eine ihm günstige Entscheidung kennend, nennt Vergleich, was in der That Schenkung ist. Es müßte denn die Vollziehbarkeit des Urtheils ungewiß sein. In diesem Falle liegt allerdings ein Vergleich vor, weil wieder eine Ungewißheit vorhanden ist, zwar keine Ungewißheit des R., aber doch eine Ungewißheit der Realisirbarkeit des R. Vgl. § 413 6a und den in Note 5 citirten Aufsatz von Goldschmidt, so wie den zweiten von Thibaut.

[10] Daß die Thatsachen, welche man behauptet hat, wahr, die Thatsachen, welche man bestritten hat, unwahr, daß die wahren rlich zu qualificiren seien, wie man behauptet hat. L. 2. 19. 23. 29 C. 2, 4, l. 65 § 1 D. 12, 6. Sf. XIII. 142. [LI. 105.] Aus l. 23 cit. glaubt Risch (S. 228) einen directen Beweis gegen das im Text zu 2 Gesagte herleiten zu können; aber in dieser

Digitized by Google

Nach der positiven Vorschrift des römischen Rechts soll man sich über Alimente, welche von Todeswegen hinterlassen sind, gegen eine Aversionalsumme nur mit gerichtlicher Bestätigung vergleichen; ohne dieselbe ist der Vergleich für den Alimentenberechtigten unverbindlich[11]. — Ueber den von Vielen behaupteten Satz, daß der Vergleich über testamentarische Ansprüche nichtig sei, wenn dabei die Testamentsurkunde nicht vorgelegen habe, s. die Note [12].

[Die Sätze zu [1, 2] bestehen auch im BGB. Der Hauptinhalt des obigen Textes nimmt im BGB. die Gestalt an: der Vergleich ist unwirksam, wenn der nach dem Inhalt des Vertrages als feststehend zu Grunde gelegte Sachverhalt der Wirklichkeit nicht entspricht, und der Streit oder die Ungewißheit bei Kenntniß der Sachlage nicht entstanden sein würde (779). Das BGB. hat sich also nicht für Anfechtbarkeit, sondern für Nichtigkeit des Vergleiches in den fraglichen Fällen

---

Stelle nöthigt nichts zu der Annahme, daß der Vergleich nicht auf die Erbfrage mit bezogen worden sei.

[10a] Keine Anfechtung wegen laesio enormis: Sf. XXXIX. 201. [LII. 237. Oertmann S. 234 fg.]

[11] L. 8 D. 2, 15, l. 8 C. 2, 4. Risch § 13, Sintenis [43], Holzschuher III § 316 Nr. 7, Sturm S. 23 fg. [Oertmann S. 220 fg.] Gilt der Satz nicht auch für gesetzliche Alimente? Dafür Pfaff ACPra. N. F. XIII S. 210 und das RG., Entsch. IV S. 209, s. auch Sf. V. 285; dagegen Sf. X. 263, XI. 39, XXXIV. 207, vgl. XVIII. 244. [Oertmann: Vergleich über gesetzliches Alimentationsr. unmöglich.]

[12] Dieser Satz wird gestützt auf l. 6 D. 2, 15 „De his controversiis, quae ex testamento proficiscuntur, neque transigi neque exquiri veritas aliter potest, nisi inspectis cognitisque verbis testamenti". Nun ist aber unbestritten, daß diese Stelle identisch ist mit l. 1 § 1 D. 29, 3, und der Zusammenhang dieser letzteren Stelle lehrt, daß der Verfasser derselben den Vergleich nicht für ungültig hat erklären wollen, sondern nur hat sagen wollen, ohne Kenntniß der Worte des Testaments könne, und werde daher, ein vernünftiger Mann sich nicht vergleichen. Die Frage kann also nur die sein, ob nicht die Compilatoren diese Stelle, welche sie in den Titel testamenta quemadmodum aperiantur in ihrem ursprünglichen Sinne aufgenommen haben, in den Titel de transactionibus mit verändertem Sinne eingerückt haben. Die Bejahung dieser Frage scheint mir aber viel zu gewagt, um so mehr, als die Compilatoren dann das Wort „potest" zweimal in einem verschiedenen Sinne genommen haben müßten, einmal in dem Sinne von juristischem Nichtkönnen, dann in dem Sinne von factischem Nichtkönnen („neque exquiri veritas aliter potest"). So auch Risch § 14. Jedenfalls findet der Satz von der Ungültigkeit des Vergleiches ohne Kenntniß der Testamentsworte seine Rechtfertigung nicht, wie Puchta § 295[d], Arndts § 269[2], Sintenis Anm. [37] glauben, in der Ermangelung des Erfordernisses der Ungewißheit. Wird dieser Satz als Vorschrift des Justinianischen R. anerkannt, so wüßte ich denselben nicht anders zu rechtfertigen, als aus dem Verbot der alea. Vgl. auch Holzschuher III § 316 Nr. 6. Sf. V. 304. Dernburg II § 109[8], Bekker II § 110[b]. [Oertmann S. 228 fg.]

Digitized by Google

entschieden. Die Nichtexistenz einer früheren Entscheidung über das Rechtsverhältniß, welches den Gegenstand des Vergleiches bildet (Text 3), kann m. E. nicht ohne Weiteres als ein Sachverhalt angesehen werden, den die Parteien gemeinschaftlich (darauf kommt es an) als feststehend zu Grunde gelegt haben. Die Sätze zu [11. 12] hat das BGB. nicht. — Vgl. übrigens 1614. 1714.]

3. Der Schiedsvertrag.

a. Begriff und Wirkungen.

§ 415.

Für den Schiedsvertrag kommen gegenwärtig neben und vor den Bestimmungen des Pandektenrechts[1] die Bestimmungen der Reichscivilproceßordnung[1a] in Betracht. Die folgende Darstellung ist in erster Linie auf das Pandektenrecht gerichtet; die Bestimmungen der Reichscivilproceßordnung sind daneben bemerkt[1b].

Der Schiedsvertrag ist der Vertrag, durch welchen die vertragschließenden Parteien ausmachen, daß eine zwischen ihnen schwebende Rechtsstreitigkeit durch eine Privatperson — einen Schiedsrichter — oder eine Mehrheit von solchen Personen entschieden werden solle[1c].

---

§ 415. [1] Dig. 4, 8 de receptis, qui arbitrium receperint ut sententiam dicant. Cod. 2, 55 [56] de receptis. W. André gemeinrliche Grundzüge der Schiedsgerichte (1860). C. Weizsäcker das römische Schiedsrichteramt unter Vergleichung mit dem officium iudicis (1879). Ueber diese Schrift: Brinz kr. VJS. XXII S. 195 fg. und Kohler das. S. 465 fg. Glück VI S. 61—105; Unterholzner I S. 650—656, Sintenis II S. 492—500, Dernburg I § 165. 166. Wach Handb. des deutschen Civilprozeßr. I § 7. B. Mayer die Vereinbarung schiedsrichterlicher Streitentscheidung nach früherem und jetzigem gem. R. Erlangen 1888. Matthiass die Entwickelung des röm. Schiedsgerichts, in der Rostocker Festschrift für B. Windscheid 1888. (Reines r. R.) [Dazu Mitteis kr. VJS. XXXIII S. 343 fg. — S. auch Ruggiero l'arbitrato pubblico in relazione col privato presso i Romani Bull. dell' istituto di Dir. Rom. V (1893) p. 492. v. Lindheim das Schiedsgericht im modernen Civilpr. Wien 1891. (Dazu Menzinger kr. VJS. XXXV S. 414 fg. Laband ZS. f. HR. XL S. 301 fg.), Overesch Vergleichung der Grundsätze des r. R. über den Schiedsvertrag (compromissum) mit den civilrlichen Vorschriften der §§ 851—872 der CPO. Gött. Diss. 1891, Hayum der Schiedsvertrag. Tüb. Diss. 1892. Schloßmann über die letztwillige Schiedsgerichtsclausel. Jahrb. f. Dogm. XXXVII S. 301 fg.]

[1a] CPO § 851—872. [1025—1048.]

[1b] Ueber den legislatorischen Werth des Instituts: W. H. Puchta das Institut der Schiedsrichter nach seinem heutigen Gebrauch und seiner heutigen Brauchbarkeit (1823), Pfeiffer ZS. f. CR. und Pr. R. F. III S. 48 fg. (1847), André a. a. O. S. 59—66. — Vgl. auch: „Reglement für internationale Schiedsgerichte", Entwurf von Goldschmidt (1874). Jetzt auch abgedruckt in Grünh. ZS. II S. 714 fg.

Digitized by Google

Der Schiedsvertrag enthält: 1) eine Willenserklärung der Parteien, daß sie sich dem Schiedsspruch unterwerfen. Daher macht der Schiedsspruch Recht zwischen den Parteien, wie der richterliche[2], aber nicht durch eigene Kraft, sondern kraft derjenigen, mit welcher er von den Parteien begabt ist. Eine Folge hiervon ist, daß, wenn er zu Gunsten des Klägers ausgefallen ist, dieser nicht sofort Execution des Spruches begehren kann[3], sondern vorerst auf Grund des Schiedsspruches ein richterliches Urtheil erwirken muß[4]. Fällt der Schiedsspruch gegen den Kläger aus, so steht dem aberkannten Anspruch fortan eine Einrede entgegen[5]. Wird durch den Schiedsspruch nicht ein Anspruch

---

[1c] Der Ausdruck Schiedsvertrag ist eigentlich ungenau, da auch der Schiedseidvertrag (§ 418) ein Schiedsvertrag ist; man sollte also eigentlich Schiedsrichtervertrag sagen. Doch wird diese Ungenauigkeit im Interesse der Kürze erlaubt sein. Der römische Ausdruck ist compromissum, s. Note [10]. Der Schiedsrichter heißt römisch arbiter. — Unterschied zwischen arbiter und arbitrator (Werth- und Preisermittler, Schadensermittler): Sf. XXVI. 29, XXXVIII. 15, XL. 18. 106. RG. VII S. 201, X S. 131. Goldschmidt a. a. O. S. 5 fg. Weismann ACPra. LXII S. 269 fg. [Triani nota sull' arbitrium boni viri per il XXXV anno d'insegnamento di F. Serafino. Fir. 1892 p. 163 s.]

[2] L. 1 D. 4, 8 „Compromissum ad similitudinem iudiciorum redigitur et ad finiendas lites pertinet". Vgl. § 418 [1. a.] CPO. § 866 [1040]. „Der Schiedsspruch hat unter den Parteien die Wirkungen eines rkräftigen gerichtlichen Urtheils." Wach S. 74 fg.

[3] L. 1 C. 2, 55 [56].

[4] Das r. R. gab eine Klage nur, wenn Erfüllung durch Stipulation versprochen worden war. l. 5 pr. C. 2, 55 [56], l. 27 § 7. l. 28 D. 4, 8. Matthiass S. 30—41. Doch gewährte schon Justinian eine Klage aus dem formlosen Schiedsvertrag in folgenden zwei Fällen: a) wenn entweder der Schiedsvertrag selbst oder der Vertrag mit dem Schiedsrichter eidlich abgeschlossen worden war; b) wenn die Parteien den Schiedsspruch durch ihre Unterschrift anerkannt, oder nur binnen den nächsten 10 Tagen nicht gegen denselben protestirt haben. L. 4. 5 C. 2, 55 [56]. Die erste Bestimmung hob er aber wieder auf in Nov. 82 c. 11. Eine Ausnahme bestand auch in Betreff der Schiedsverträge der Juden, l. 8 C. 1, 9. André S. 3 fg. Weizsäcker S. 52 fg. Matthiass S. 124—130. Nach Pandektenr. kann aus jedem formlosen Schiedsvertrag auf Erfüllung des Schiedsspruches geklagt werden, vgl. André S. 10 fg. Auch die CPO. verlangt für den Schiedsvertrag keine Form (§ 853 [1027]). Nach derselben wird aber aus dem Schiedsvertrag nicht auf Erfüllung geklagt, sondern es wird Zwangsvollstreckung gewährt, wenn ihre Zulässigkeit durch ein Vollstreckungsurtheil ausgesprochen ist (§ 868 [1042]). Vgl. § 660 fg. [722 fg.] 871 [1045].

[5] Nach dem Re der Anerkennung. Möglicherweise auch nach dem Re des Erlasses; doch scheint mir diese Kategorie, welche in der 1. Aufl. ausschließlich geltend gemacht worden ist, ferner zu liegen. Vgl. l. 13 § 1 D. 4, 8, l. 5 pr. C. 2, 55 [56].

Digitized by Google

zu- oder aberkannt, sondern das Dasein oder Nichtdasein eines sonstigen Rechtsverhältnisses oder einer Thatsache festgestellt, so kann auf Grund des Schiedsspruches jeder aus diesem Rechtsverhältniß oder dieser Thatsache herzuleitende Anspruch erhoben bez. zurückgewiesen werden[6]. — Der Schiedsvertrag enthält 2) von Seiten desjenigen, welcher den Anspruch erhebt, das Versprechen, die Sache nicht mit Umgehung des Schiedsgerichtes an ein öffentliches Gericht bringen zu wollen, und 3) von Seiten beider Parteien das Versprechen, Alles thun zu wollen, was ihrerseits nöthig ist, um den Schiedsrichter zur Fällung des Spruches in den Stand zu setzen. Das erste Versprechen erzeugt eine Einrede gegen die dennoch an das öffentliche Gericht gebrachte Klage[7]. Das zweite Versprechen gibt dem Kläger eine Replik gegen diese Einrede[8]; es kann aber auch auf Erfüllung desselben geklagt werden[9]. — Dem Schiedsvertrag kann ein Strafversprechen hinzugefügt werden, entweder in dem Sinne, daß bei Nichterfüllung des Schiedsvertrages der Gläubiger Erfüllung und Strafe, oder in dem Sinne, daß er nur Strafe solle fordern können[10].

Für und gegen Dritte hat der Schiedsspruch keine Wirkung, abgesehen von Rechtsnachfolgern und von Mitbetheiligten nach den I § 132 Note 4—6 entwickelten Regeln[11].

---

[6] Vgl. § 418 [1. 6.]. Sf. XXV. 6.

[7] André S. 19—24. Nicht entgegensteht l. 30 D. 4, 8; s. Note [10]. Vgl. Wach S. 71. 72. RG. VIII S. 347. 397. Sf. XXXVIII. 273. Vgl. XXXV. 121.

[8] Der Kläger darf sagen, daß er auf die Anrufung der richterlichen Hülfe nicht absolut verzichtet habe, sondern nur zu Gunsten des Schiedsspruches, und daß dieser durch die Schuld des Beklagten nicht zu Stande gekommen sei. André S. 24.

[9] Die Execution ist durch richterliche Strafdrohung zu beschaffen (§ 251 [3]); möglicherweise auch durch Stellung des Präjudizes, daß der von dem Schiedsrichter etwa dennoch zu fällende Spruch auch den Ungehorsamen verbinden werde. S. auch CPO. § 855 Absatz 2 [1029 Abs. 2]. — Eine Befugniß des Schiedsrichters, die Parteien durch Geldstrafen zum Gehorsam gegen seine Verfügungen zu nöthigen, ist in l. 39 pr. D. 4, 8 nicht anerkannt. André S. 43—44, Weizsäcker S. 68—69.

[10] Bei den Römern war die Hinzufügung einer Strafstipulation zu dem Schiedsvertrage das durchaus Gewöhnliche; daher auch der Ausdruck compromissum. Und zwar hatte dieses Strafversprechen den im Text zuletzt bezeichneten Sinn; der Bruch des Schiedsvertrages, mochte dem Schiedsspruch der Gehorsam verweigert oder mochte das Zustandekommen des Schiedsspruches verhindert werden, erzeugte nur die Klage auf die Strafe. L. 2 D. 4, 8. „Ex compromisso placet exceptionem non nasci, sed poenae petitionem.“ L. 30 eod., l. 1 C. 2, 55 [56], Nov. 82 c. 11. In Betreff der Verhinderung des

Digitized by Google

[Die Regeln I § 132 [4—6] können jedenfalls unter der Herrschaft des BGB. nicht mehr anerkannt werden. S. I S. 587 unter 5. Die Bestimmungen der CPO. sind nur in untergeordneten Punkten verändert (1045—1047).]

b. Voraussetzungen der Verbindlichkeit der schiedsrichterlichen Verfügungen. Ungültigkeit des Schiedsvertrages.

§ 416.

1. Ueber die Voraussetzungen der Verbindlichkeit der schiedsrichterlichen Verfügungen enthält das römische Recht folgende Bestimmungen. Die Verfügungen[1] des Schiedsrichters sind trotz der Verbindlichkeit des Schiedsvertrages unverbindlich, wenn der Schiedsrichter die ihm durch den Vertrag gesetzten sachlichen oder zeitlichen Grenzen überschreitet[2]. Der Schiedsspruch im Besonderen ist unverbindlich[2a], wenn derselbe den Streit der Parteien nicht bestimmt und vollständig entscheidet[3], wenn er auf etwas Unerlaubtes geht[4], wenn er durch die Arglist des Gegners erwirkt oder offenbar parteiisch ist[5],

---

Zustandekommens des Schiedsspruches s. z. B. l. 27 § 4. 6. l. 39 D. 4, 8, l. 2 C. 2, 55 [56].

[11] Vgl. § 412a [9. 10].

[1] Endurtheil oder proceßleitende Verfügungen. — Die Leitung des Verfahrens ist dem vernünftigen Ermessen des Richters überlassen. Die Behauptung, daß er an die Proceßordnung des betreffenden Landes gebunden sei, ist unbegründet. André S. 43—59, Weizsäcker S. 79 fg. Vgl. auch Sf. XVI. 46, XXV. 107. § 416.

[2] Sachliche Grenzen: l. 32 § 15. 18. 19. l. 46 D. 4, 8. Zeitliche Grenzen: l. 32 § 21. l. 33. l. 21 § 8. l. 25. 26. l. 50 D. 4, 8 l. 1 C. 2, 55 [56].

[2a] Vgl. zum Folgenden Kierulff Entscheidungen des OAG. zu Lübeck 1867 Nr. 61. Goldschmidt a. a. O. S. 28 fg.

[3] L. 19 § 1. l. 21 pr. § 3 (vgl. § 1). l. 32 § 16. 17 D. 4, 8, l. 21 pr. eod.

[4] L. 21 § 7 D. 4, 8.

[5] L. 3 C. 2, 55 [56]. Bloße Unbilligkeit des Spruches ist kein Grund seiner Unverbindlichkeit. L. 27 § 2 D. 4, 8. „Stari autem debet sententiae arbitri, quam de ea re dixerit, sive aequa sive iniqua sit, et sibi imputet, qui compromisit. Nam et D. Pii rescripto adicitur: vel minus probabilem sententiam aequo animo ferre debet“. L. 1 C. 2, 55 [56] „Ex sententia arbitri ex compromisso iure perfecto aditi appellari non posse, saepe rescriptum est“. So auch l. 32 § 14 i. f. D. 4, 8. Vgl. André S. 52—56, Holzschuher III § 317 Nr. 8, Matthiass S. 109—111. Sf. I. 227, XXXVII. 176, XLV. 248. — Daß der Spruch auch nichtig sei, wenn er gegen ein rkräftiges Urtheil verstoße (vgl. Sintenis [33]), läßt sich aus c. 11 X. 1, 43 nicht herleiten; in dem Falle dieser Stelle hatte der Schiedsrichter seine Competenz überschritten. S. noch Glück VI S. 99, Sintenis a. a. O., André S. 55. 56.

Digitized by Google

wenn er nicht in Gegenwart beider Parteien publicirt worden ist[6]. Den einmal abgegebenen Spruch darf der Schiedsrichter nicht ändern[7]. Sind mehrere Schiedsrichter ernannt, so entscheidet Stimmenmehrheit[8], bei Stimmengleichheit der Spruch eines von den Schiedsrichtern zu ernennenden Obmannes[9]. — Die Reichscivilproceßordnung erkennt ausdrücklich an, daß der Schiedsrichter das Verfahren nach freiem Ermessen bestimmen könne[9a]. — In Betreff der Form des Schiedsspruches schreibt sie vor, daß derselbe schriftlich auszufertigen, den Parteien zuzustellen und auf der Gerichtsschreiberei des zuständigen Gerichts niederzulegen sei[9b]. Ueber die Gründe, aus welchen ein Schiedsspruch angefochten werden kann, bestimmt § 867 [1041][9α]. Die Anfechtung kann durch Klage auf Aufhebung[9β] oder durch Einrede gegen die Klage auf Erlaß des Vollstreckungsurtheils geltend gemacht werden[9c]. Das Recht, bei Stimmengleichheit einen Obmann zu ernennen, haben die Schiedsrichter nicht[9d].

---

[6] L. 27 § 4 D. 4, 8.

[7] L. 18 § 2. l. 20. l. 21 pr. D. 4, 8.

[8] L. 17 § 6. 7. l. 18. l. 27 § 3 D. 4, 8. Was c. 2 in VI° 1, 22 angeht, s. Glück VI S. 80, André S. 46. 47; Sf. V. 283, XVIII. 245.

[9] L. 17 § 6 cit. In scheinbarem Widerspruch mit dieser Stelle sagt l. 17 § 5 eod.: „Si in duos fuerit sic compromissum, ut, si dissentirent, tertium assumant, puto tale compromissum non valere: nam in assumendo possunt dissentire". Aber warum sollten die Parteien den Schiedsrichtern nicht durch Vertrag eine Macht beilegen können, welche denselben schon nach gesetzlicher Regel zusteht? Die l. 17 § 5 cit. will nur sagen, daß ein solches Compromiß nicht die Kraft habe, eine Entscheidung mit Nothwendigkeit herbeizuführen. Ueber die verschiedenen Ansichten s. André S. 33—38, Weizsäcker S. 11—46, Matthiass S. 62—73. Bo nder Ungültigkeit eines Vertrages, durch welchen den Schiedsrichtern die Befugniß, die Sache an einen Obmann zu bringen, eingeräumt wird, geht aus c. 12 X. 1, 43 (welche Stelle aber unmittelbar nicht von dem Falle, wo durch die Schiedsrichter, sondern von dem Fall redet, wo durch einen Dritten soll gewählt werden); das R. der Schiedsrichter zur Erwählung eines Obmannes ohne Vertrag erkennen an c. 39 X. 1, 29, c. 61 X. 2, 28. — Vgl. noch Sf. II. 47, IX. 156, XVI. 47, XXV. 239, XXVI. 31.

[9a] CPO. § 860. [1034] Wach S. 73. [Vgl. RG. XL S. 404 fg.]

[9b] CPO. § 865 [1039]. [Bis zur Zustellung Abänderung zulässig: RG. XXXVIII S. 392 fg.]

[9α Ueberschreitung des Klageantrages: Sf. LI. 81. Daß die Schiedsrichter den Spruch verschieden auffassen, macht ihn nicht nichtig: RG. XXXVIII S. 410 fg. Widersinnigkeit des Schiedsspruchs: RG. das. und XL S. 418 fg. Vereinbarung der Unanfechtbarkeit: RG. XXXV S. 422 fg. S. noch RG. XL S. 401 fg.]

[9β Nach Aufhebung des Schiedsspruchs nicht von neuem schiedsrichterliches Verfahren: RG. XLI S. 396 fg.]

Digitized by Google

2. Der Schiedsvertrag ist nach römischem Recht ungültig, abgesehen von den allgemeinen Gründen[9e], wegen Unfähigkeit des er-

---

[9c] CPO. [867, jetzt 1041.] § 868 Abs. 2. [1042 Abs. 2.] § 871. [1045.]

[9d] CPO. § 859 Nr. 2 [1033 Nr. 2], § 864 [1038].

[9e] [RG. XXVII S. 379 fg. geht davon aus, daß, wenn ein Kauf mit Vereinbarung der schiedsgerichtlichen Entscheidung von Streitigkeiten, welche sich daraus ergeben könnten, ein Differenzgeschäft sei, die letztere Vereinbarung so ungültig sei, wie das ganze Geschäft. Das Gericht sucht gleichwohl zu folgern, daß der Beklagte, wenn er sich vor dem Schiedsgericht eingelassen und dort den Einwand des Differenzgeschäfts nicht erhoben habe, diesen Einwand gegen die Klage auf Erlaß des Vollstreckungsurtheils nicht mehr vorschützen könne, weil anzunehmen sei, daß er auf den Einwand der Nichtexistenz eines rgültigen Schiedsvertrages verzichtet habe. Auch RG. XXXI S. 397 fg. läßt den gleichen Einwand nur deßhalb zu, weil der Beklagte sich vor dem Schiedsgericht nicht eingelassen hatte. OLG. Hamburg Sf. XLIX. 92 erachtet in einem ähnlichen Falle, in welchem aber der Schiedsvertrag selbständig geschlossen war, den Einwand des Differenzgeschäftes für unzulässig, weil auch die Frage dem Schiedsgericht unterstehe, ob der Vertrag, auf dem das streitige Verhältniß ruhe, gültig geschlossen sei (S. auch die II. Instanz bei RG. XXVII S. 379 fg.). M. E. ist zu sagen: Auf den Einwand der Unzulässigkeit des Verfahrens kann nicht verzichtet werden (CPO. 867 [1041] Abs. 1 Ziff. 1. Abs. 2. 868 [1042] Abs. 2). Unzulässig ist das Verfahren, wenn der Schiedsvertrag nicht rgültig ist (vgl. CPO. 863 [1037]). Rgültig kann derselbe nicht sein noch werden, wenn er außerhalb der Grenzen des § 851 [1025] CPO. steht. Nach dieser Vorschrift ist er nur soweit wirksam, als die Parteien über den Gegenstand des Streites einen Vergleich schließen können. Nun aber konnten sie schon nach bisherigem R. über die Folgen eines Differenzgeschäfts als eines solchen sich rgültig nicht vergleichen (s. § 414 [a]). Jedenfalls ist das so nach BGB. 764 vgl. 762 Abs. 2. Gültig ist nur ein Vergleich darüber, ob ein Geschäft ein Differenzgeschäft sei oder nicht. Denn wird in dem Vergleich anerkannt, daß das Geschäft Differenzgeschäft sei, so werden die möglicher Weise begründeten Folgen des Effectivgeschäfts beseitigt, und hiergegen ist nichts einzuwenden. Wird in dem Vergleich anerkannt, daß kein Differenzgeschäft, sondern ein Effectivgeschäft vorliege, so sind die Parteien den Wirkungen des letzteren unterworfen, wogegen wiederum nichts zu sagen ist. Ebenso kann auch ein Schiedsvertrag über die Rfolgen eines Geschäfts gültig in dem Sinne abgeschlossen werden, daß der Schiedsrichter zu entscheiden haben soll, ob ein Differenzgeschäft vorliegt oder nicht, und daß er demgemäß aus dem von ihm angenommenen Ernstgeschäft verurtheilen, oder aus dem von ihm angenommenen Differenzgeschäft abweisen soll. Dagegen wäre ein Schiedsvertrag des Sinnes, daß der Schiedsrichter entscheiden solle, ob etwas und wieviel aus einem Differenzgeschäft als solchem zu leisten sei, nichtig, der darauf gegründete Schiedsspruch der Aufhebung ausgesetzt und erst seine Erfüllung wäre unanfechtbar (BGB. 764). Wird ein selbständiger Schiedsvertrag über ein streitiges Verhältniß geschlossen, so hat der Schiedsrichter allerdings auch darüber zu entscheiden, ob das zu beurtheilende Rgeschäft das Effectivgeschäft ist, für welches es sich ausgibt, und der Einwand, daß vielmehr ein Differenzgeschäft vorliege, muß vor dem Schiedsgericht geltend gemacht werden. Hat dieses als aus einem Effectivgeschäft verurtheilt, so kommt der Einwand des Differenz-

Digitized by Google

nannten Schiedsrichters[10]. Was die Anfechtbarkeit wegen Ermangelung der Voraussetzung angeht, so gilt hier das Gleiche, was oben (§ 414) über den Vergleich gesagt worden ist[11]. Der Schiedsvertrag verliert seine Verbindlichkeit durch den Tod einer Partei[12] und durch einseitigen Rücktritt wegen Feindschaft mit dem Schiedsrichter[13]. Gegenwärtigkeit des Rechtsstreites, oder auch nur des Rechtsverhältnisses, ist Voraussetzung der Gültigkeit des Schiedsvertrages nicht[14]. Ebensowenig ist Voraussetzung seiner Gültigkeit die sofortige Bezeichnung der Person des Schiedsrichters[15]. Ist aber die Bezeichnung der Person des Schiedsrichters künftiger Vereinbarung vorbehalten[16], so liegt

geschäfts nach dem Schiedsspruch zu spät. Steckt dagegen die Schiedsgerichtsclausel in dem zu beurtheilenden Geschäfte selbst, so ist diese Clausel als ein unselbständiger Theil des ganzen Geschäfts nichtig, wenn dasselbe ein Differenzgeschäft ist. In diesem Falle aber kann auch die Einlassung vor dem Schiedsgericht m. E. nicht in der vom Reichsgericht befürworteten Weise heilend wirken, sondern wenn sie überhaupt heilend wirkt, so kann man das nur darauf stützen, daß in der Einlassung ein neuer Schiedsvertrag abgeschlossen ist.]

[10] Unfähig zur Uebernahme eines Schiedsspruches sind: a) Personen unter 20 Jahren, l. 9 § 1. l. 41 D. 4, 8. Matthiass S. 49 fg.; b) Taube, Stumme, Wahnsinnige, l. 9 § 1 D. 4, 8; c) Frauen, sie müßten denn Gerichtsbarkeit haben, l. 6 C. 2, 55 [56] c. 4 X. l. 43; d) die Parteien selbst, l. 51 D. 4, 8. Sf. XXIII. 133, XXIX. 133, XXX. 246, XXXII. 39. L. 9 § 2 D. 4, 8 erklärt auch den Richter der Sache für unfähig; anders das c. R. c. 7 X. 1, 43. Vgl. Holzschuher III § 317 Nr. 7.

[11] Dieß folgt daraus, daß auch der Schiedsvertrag den Zweck hat, einen Streit zu beendigen.

[12] L. 27 § 1. l. 32 § 3. l. 49 § 2 D. 4, 8, c. 14 X. 1, 43. Aber der gefällte Schiedsspruch ist auch für die Erben verbindlich, l. 37 D. 4, 8, vgl. l. 27 § 1 eod. Vgl. übrigens Matthiass S. 113 fg.

[13] L. 32 § 14 D. 4, 8. — Daß der Schiedsvertrag seine Verbindlichkeit auch durch vertragsmäßige Aufhebung verliert (l. 32 § 3 D. 4, 8), versteht sich von selbst. — Durch die Ablehnung oder den Rücktritt des vereinbarten Schiedsrichters (§ 417), durch dessen Tod (l. 45 D. 4, 8, c. 45 X. 2, 20, vgl. Sf. V. 283), durch den Ablauf der ihm gesetzten Zeit (l. 32 § 3 D. 4, 8), verliert der Schiedsvertrag nicht sowohl seine Verbindlichkeit als seine Ausführbarkeit. Vgl. Sf. XXII. 139. — Sf. XLII. 30 (die Schiedsrichter sollen nach dem Schiedsvertrag einen Obmann wählen und können sich über denselben nicht einigen).

[14] Nicht entgegensteht l. 46 D. 4, 8. André S. 26—29, Weizsäcker S. 25—27. André ist in Betreff des zweiten Punktes ohne Grund anderer Meinung. S. auch Goldschmidt S. 40. Matthiass S. 78. 79.

[15] C. 12 X. 1, 43 enthält eine falsche Auffassung der l. 17 § 5 D. 4, 8. S. [9]. Vgl. Sf. XXXIII. 212. A. M. André S. 29 fg., Weizsäcker S. 7 fg. Matthiass S. 53—61.

[16] Gegensatz: Ein Dritter soll den Schiedsrichter ernennen, oder jede Partei Einen. Vgl. APraktRW. IX S. 110—117; Sf. XIII. 314, XXVI. 90, XXXV. 120.

Digitized by Google

nicht sowohl ein Schiedsvertrag vor, als ein Vertrag auf Abschluß eines Schiedsvertrages[17]. — Die Reichscivilproceßordnung [erkennt den Schiedsvertrag soweit als verbindlich an, wie die Parteien berechtigt sind, über den Gegenstand des Streits einen Vergleich zu schließen[17α]. Sie] kennt keine Gründe der Unfähigkeit des Schiedsrichters, sondern nur Gründe, aus welchen ein Schiedsrichter abgelehnt werden kann[17a]. [Indessen sind Willensunfähige, sowie die Parteien selbst für ausgeschlossen zu halten[17β]. Feindschaft mit dem Schiedsrichter (zu [13]) kann einen Grund der Ablehnung desselben ergeben (CPO. 858 [1032] Abs. 1. 42 Abs. 2).] Daß Gegenwärtigkeit des Rechtsstreites oder des Rechtsverhältnisses Voraussetzung der Gültigkeit des Schiedsvertrages nicht sei, erkennt die Reichscivilproceßordnung ausdrücklich an[17b], ebenso, daß die Person des Schiedsrichters nicht sofort bezeichnet zu werden brauche[17c]. Durch den Tod einer Partei verliert der Schiedsvertrag seine Kraft nicht, wohl dadurch, daß der [im Schiedsvertrage ernannte] Schiedsrichter [oder einer der so Ernannten stirbt oder aus einem anderen Grunde wegfällt

---

[17] S. g. pactum de compromittendo. Demselben wird Erfüllung gesichert, was den Beklagten angeht, durch eine Einrede gegen die von dem Kläger gerichtlich angebrachte Klage; was den Kläger angeht, durch eine Replik gegen diese vom Beklagten vorgebrachte Einrede (vgl. § 415 [8]); aber auch durch directe Klage, wobei die Execution durch Strafdrohung, oder dadurch beschafft wird, daß der Richter anstatt der säumigen Partei zur Bestellung des Schiedsgerichts mitwirkt. Vgl. Buchka und Budde Entscheidungen des OAG. zu Rostock II S. 183—185. Sf. XXV. 23. 24. 239. 240. A. M. in Betreff des letzteren Punktes Sintenis [88], und in Betreff der Gültigkeit des pactum de compromittendo überhaupt André S. 29—33 und Sf. XIII. 314, XXVI. 30. [RG. XXXIII S. 265 fg.: Soll die Entscheidung durch einen von beiden Theilen gemeinsam zu ernennenden Schiedsrichter erfolgen, so liegt ein durch die spätere Einigung über die Person des Schiedsrichters bedingter Schiedsvertrag vor.]

[[17α] CPO. 851 (1025).]

[17a] Abgelehnt werden können Minderjährige, Taube, Stumme und Personen, welchen die bürgerlichen Ehrenre aberkannt sind. Abgelehnt kann ferner werden ein Schiedsrichter aus denselben Gründen, aus denen ein Richter abgelehnt werden kann, sodann der nicht im Schiedsvertrage ernannte Schiedsrichter, wenn er die Erfüllung seiner Pflichten ungebührlich verzögert. CPO. § 858 [1032].

[[17β] S. Seuffert CPO. zu § 858, 1.]

[17b] Jedoch hebt sie ausdrücklich hervor, daß der Schiedsvertrag sich auf ein bestimmtes Rverhältniß beziehen müsse. CPO. § 852 [1026].

[17c] Ist in dem Schiedsvertrage eine Bestimmung über die Ernennung der Schiedsrichter nicht enthalten, so wird von jeder Partei ein Schiedsrichter ernannt, bei Säumigkeit der Partei durch das zuständige Gericht. CPO. § 854—857 [1028—1031].

Digitized by Google

oder] die Fällung des Schiedsspruches verweigert oder ungebührlich verzögert, [vorausgesetzt, daß nicht für den betreffenden Fall durch eine Vereinbarung der Parteien Vorsorge getroffen ist] [17d]. [Wenn ein nicht im Schiedsvertrage ernannter Schiedsrichter stirbt oder aus einem andern Grunde wegfällt, oder die Ausführung des Schiedsrichteramts verweigert, so ist ein anderer Schiedsrichter nach Maßgabe des § 857 [1031] CPO. zu bestellen. Wenn ein solcher Schiedsrichter die Erfüllung seiner Pflichten ungebührlich verzögert, so kann er abgelehnt werden (CPO. 858 [1032] Abs. 2) und es ist dann wiederum ein anderer zu bestellen (CPO. 854 [1028] fg.).]

c. Vertrag mit dem Schiedsrichter.

§ 417.

Von dem Schiedsvertrag ist zu unterscheiden der Vertrag, welchen die Parteien mit dem Schiedsrichter abschließen[1]. Niemand braucht Schiedsrichter zu werden; wer aber einmal die schiedsrichterliche Entscheidung übernommen hat, ist verpflichtet, sie zu fällen[2]. Doch wird dabei vorausgesetzt, daß der Schiedsvertrag selbst verbindlich sei und fortfahre verbindlich zu sein[3]; und auch abgesehen davon hat der Schiedsrichter gewisse gesetzlich anerkannte Entschuldigungsgründe[4]. Durch die Reichscivilproceßordnung ist die Verbindlichkeit des mit dem Schiedsrichter abgeschlossenen Vertrags nicht aufgehoben worden[5].

[Auch unter der Herrschaft des BGB. besteht dieselbe fort.]

[17d] CPO. § 859 [1033] Nr. 1. Auch wenn der Schiedsrichter zur Erfüllung der von ihm übernommenen Pflicht gezwungen werden kann, so daß die Ausführbarkeit des Schiedsvertrages nicht wegfällt ([13]). [Einfluß eines späteren Vergleichs: Sf. LIII. 136.]

§ 417. [1] S. g. receptum arbitri.

[2] L. 3 § 1. l. 15 D. 4, 8. Er wird vom Richter durch Verhängung von Geldstrafen gezwungen, l. 32 § 12 D. 4, 8. Vgl. Rudorff ZS. f. RGesch. IV S. 107 fg. Matthiass S. 19—29. Binnen welcher Frist muß er das Urtheil fällen? L. 13 § 3. 4. l. 14 D. 4, 8. [Ueber die Haftung s. RG. XLI S. 251 fg.]

[3] Bei den Römern gehörte dazu auch ein Strafversprechen und die Fortdauer der Verbindlichkeit desselben. L. 11 § 1 — l. 13 § 1. l. 32 § 1. 3. l. 34 § 1. l. 35 D. 4, 8. l. 47 § 1 — l. 49 pr. D. 4, 8.

[4] L. 9 § 4. 5. l. 10. 11 pr. l. 15. 16. 17 pr. D. 4, 8 S. noch l. 9 § 3 D. 4, 8 (der Richter zwingt auch dann nicht, „si sordes aut turpitudo arbitri manifesta sit"), in Verbindung mit l. 7 pr. eod.

[5] CPO. § 859 [1033] Nr. 1 sagt, daß der Schiedsvertrag außer Kraft trete, wenn der Schiedsrichter „von dem mit ihm geschlossenen Vertrag zurücktritt"; aber sie sagt nicht, daß die Parteien, wenn sie bei dem Schiedsvertrag

Digitized by Google

4. Schiedseidvertrag*.

§ 418.

Der Schiedseidvertrag ist der Vertrag, durch welchen die vertragschließenden Parteien die Entscheidung einer zwischen ihnen schwebenden Rechtsstreitigkeit auf den Eid der einen von ihnen stellen. Der Schiedseidvertrag enthält von Seiten desjenigen, welcher den Eid zuschiebt, eine Unterwerfung unter die von der anderen Seite abgegebene eidlich erhärtete Erklärung; es ist in dieser Beziehung zu wiederholen, was oben (§ 415) über den Schiedsrichtervertrag gesagt worden ist[1]. Bringt der Kläger, so lange die Ableistung des Eides noch in Frage steht, die Sache vor den Richter, so ist aus dem Vertrage eine Einrede gegen ihn begründet[2]. Der Ableistung des Eides

beharren, kein R. haben, ihn zu dem Schiedsspruch zu zwingen. Wilmowski-Levy zu § 859 Nr. 1. A. M. Dernburg I § 166 Nr. 3.

* Dig. 12, 2 de iureiurando sive voluntario sive necessario sive iudiciali. Cod. 4, 1 de rebus creditis et iureiurando. — Savigny System VII § 309—314. Glück XII S. 178 fg.; Unterholzner I S. 656—658, Sintenis II S. 489—492.

[1] a) Der Eid macht zwischen den Parteien R., formale Wahrheit. L. 5 § 2. l. 9 § 1. l. 28 § 10. l. 29. l. 30 pr. D. 12, 2, l. 1 C. 4, 1, § 11 I. 4, 6. Deßwegen wird der Eid mit dem richterlichen Urtheil verglichen, l. 2. l. 26 § 2. l. 35 § 1 D. 12, 2, l. 1 pr. D. 44, 5. (In mehreren der zuvor genannten Stellen wird die Kraft des Eides, nicht genau, unter den Gesichtspunkt des Beweises gestellt.) Eine Anfechtung des Eides wegen Meineides gestattet das r. R. nur in einem ganz besonderen Ausnahmefall, l. 13 C. 4, 1. Die Bestimmung der P. G. O. Art. 107 bezieht sich nur auf gerichtliche Eide. b) Der Eid macht R. zwischen den Parteien auf Grund des abgeschlossenen Vertrages, l. 3 pr. l. 26 § 2. l. 35 § 1 D. 12, 2. Deßwegen wird der Eid mit dem Vergleiche zusammengestellt, l. 2. l. 31 i. f. D. 12, 2. l. 21 D. 4, 3. c) Hat Jemand geschworen, daß ihm ein Anspruch zustehe, so kann er auf Grund des Eides klagen. So schon nach r. R., wenngleich der Eidvertrag nur formlos abgeschlossen war, § 8 I. 4, 6, l. 28 § 10. l. 25. l. 30 pr. § 1. 2 D. 12, 2. d) Hat Jemand geschworen, daß ein Anspruch gegen ihn nicht begründet sei, so steht dem Anspruch eine Einrede entgegen nach dem R. der Anerkennung (des Erlasses?). L. 7. 9 pr. D. 12, 2, und vgl. § 415 [5]. In den Quellen wird der Eid mit der acceptilatio (l. 40 D. 12, 2) und der solutio (l. 21. l. 27. l. 28 § 1. l. 35 § 1 D. 12, 2) verglichen. e) Geht der Eid nicht auf Bestehen oder Nichtbestehen eines Anspruchs, sondern auf Dasein oder Nichtdasein eines sonstigen Rverhältnisses oder einer Thatsache, so kann jeder aus diesem Rverhältniß oder dieser Thatsache herzuleitende Anspruch auf Grund des Eides klagend verfolgt bez. zurückgewiesen werden. L. 9 § 1. l. 11. l. 13 § 1—5. l. 26 § 1. l. 28 § 5—9. l. 29. l. 30 § 2 D. 12, 2. [Ueber den zugeschobenen Eid im Processe s. CPO. 410 fg., jetzt 445 fg.]

[2] Dieß ist in den Quellen nicht ausdrücklich gesagt, folgt aber unmittelbar aus dem Inhalt des Vertrages. Geleugnet wird es von Demelius Schiedseid

Digitized by Google

steht der Erlaß desselben durch den Zuschiebenden gleich[3]. Verweigerung der Ableistung des Eides ist Ausfall der Bedingung des abgeschlossenen Vertrages; eine weitere Folge hat dieselbe nicht[4]. — Für und gegen Dritte wirkt der Eid nicht[5], abgesehen von Rechtsnachfolgern und von Mitbetheiligten nach den Regeln des § 132 Note 4—6[6]. — Die Gültigkeit des Schiedseidvertrages steht unter den allgemeinen Regeln. Ueber die Anfechtbarkeit wegen Ermangelung der Voraussetzung gilt das Gleiche, wie für Vergleich und Schiedsrichtervertrag[7].

[Das BGB. kennt den Schiedseidvertrag nicht. Sollte ein solcher Vertrag vorkommen, so könnte er als ein einfaches bedingtes Versprechen oder eine bedingte positive oder negative Anerkennung betrachtet werden, abhängig nämlich von der privaten Eidesleistung. Ob der Vertrag in diesem Sinne gültig wäre, hängt davon ab, ob die private Eidesleistung sittlich verwerflich ist oder nicht. Diese Frage aber dürfte im bejahenden Sinne zu entscheiden sein.]

H. Spiel und Wette*.

§ 419.

Im Spiel- wie im Wettvertrag verspricht jede Partei der anderen Etwas[1] unter der Bedingung, welche das Gegentheil ist von

---

und Beweiseid im röm. Civilprozeß S. 27 [5] (1887). Gegen dens. Fadda sul cosi detto pactum de iureiurendo, Genova 1888.

[3] L. 6. l. 9 § 1 D. 12, 2.

[4] L. 5 § 4 D. 12, 2. Sf. XXXIII. 224. Hierin besteht ein wesentlicher Unterschied zwischen dem außergerichtlich und dem vor Gericht zugeschobenen Eid: der letztere muß bei Strafe der Sachfälligkeit entweder ausgeschworen oder zurückgeschoben werden. L. 34 § 7—9 D. 12, 2. Auf diesen Unterschied beziehen sich ohne Zweifel die Ausdrücke voluntarium und necessarium in der Rubrik des hierhergehörigen Pandektentitels (s. bei *); heutzutage aber versteht man unter iusiurandum voluntarium eben den vor Gericht zugeschobenen Eid, im Gegensatz des vom Richter auferlegten, welcher iusiurandum necessarium genannt wird.

[5] L. 3 § 3. l. 9 § 7. l. 10. l. 11 § 3. l. 12. l. 13 pr. D. 12, 2.

[6] L. 7. l. 8. l. 9 § 7 D. 12, 2; l. 28 § 1—3. l. 42 pr. § 1—3 D. eod., l. 1 § 3 D. 44, 5. Vgl. 412a [9. 10].

[7] S. § 414. § 416 [11]. — Ohne Angabe von Gründen behauptet Savigny a. a. O. S. 85, daß nach heutigem R. der Schiedseidvertrag überhaupt unverbindlich sei. Gegen diese Meinung erklärt sich auch Wetzell Civilproc. § 27 z. A. Für dieselbe Dernburg II § 109 [14].

* Dig. 11, 5 de aleatoribus. Cod. 3, 43 de aleatoribus et alearum lusu. — Ueber Spiel und Wette sind hauptsächlich zu vergleichen die beiden Aufsätze von Wilda in der ZS. für deutsch. R. II. 2 S. 133—193 und VIII S. 200—239 (1839. 1843). Ferner: Gans Beiträge zur Revision der Preußischen Gesetzgebung I. 2 Nr. 14 (1830; darüber Wilda II S. 141—144). Thöl der Verkehr mit Staatspapieren S. 235—272 (1835). v. d. Pfordten Abhandlungen S. 327—333 (1840). Bruck über Spiel und Wette. Inaugural-

Digitized by Google

der Bedingung, unter welcher sie ihrerseits sich von dieser anderen Partei Etwas versprechen läßt, so daß im Ergebniß nur die eine Partei Etwas erhält, also gewinnt, während die andere Nichts erhält, also verliert[2]. Im Uebrigen sind Spiel- und Wettvertrag wesentlich verschieden. Bei dem Wettvertrag ist die Bedingung, von welcher die Parteien Gewinn und Verlust abhängig machen, die Richtigkeit oder Unrichtigkeit von Behauptungen, welche sie einander gegenüber aufstellen, und der Sinn, in welchem der Wettvertrag abgeschlossen wird, ist, daß jede Partei eine Strafe übernimmt für den Fall, daß sie Unrecht haben sollte[2a]. Beim Spielvertrag ist die Bedingung, von welcher

---

Dissert. (1868). Krügelstein über den begrifflichen Unterschied zwischen Spiel und Wette (1869). Schuster das Spiel, seine Entwickelung und Bedeutung im deutschen R. (1878; darüber Maurer kr. VJS. XXI S. 212 fg., Schröder ZS. f. HR. XXVI S. 326 fg.). F. Endemann Beiträge zur Geschichte der Lotterie u. zum heutigen Lotteriere (Bonn. Dissert. 1882) S. 2–33 (dazu Cosack ZS. f HR. XXX S. 273 fg.). Stenglein ZS. f. die gesammte Strafrwissensch. III S. 111 fg. (1883). Glück XI S. 325—374; Unterholzner II S. 305—309, Sintenis II S. 724—727, Vangerow III § 673 Anm., und die Lehrbücher des deutschen Privatr. von Gerber § 193. 194 [219. 220], Beseler § 118 (4. Aufl.), Bluntschli § 125. 126, Stobbe III § 193—195. [3. Aufl. (Lehmann) § 243—247. Fouchier du jeu chez les Romains. Th. de Paris 1893. Hirschfeld über Wettrennen und Rennwetten, ein Beitr. z. Lehre von Spiel und Wette. Erl. Diss. 1899.]

[1] Zu geben, oder, wenn der Spiel- bez. Wettpreis sogleich eingesetzt wird, den Andern nehmen zu lassen. — Es ist auch möglich, daß der Spiel- bez. Wettpreis einem Dritten zur Aushändigung an den Sieger übergeben wird, von welchem Falle l. 17 § 5 D. 19, 5 (5) handelt. In diesem Falle, besteht die gegenseitige Leistung der Parteien nicht in einer Verpflichtung, welche sie jede der anderen gegenüber übernehmen, sondern in einer Verpflichtung, welche sie jede dem Dritten gegenüber dahin übernehmen, daß der Dritte der anderen Partei leisten dürfe, was diese sich von ihm hat versprechen lassen: Aushändigung des Eingesetzten für den Fall des Sieges. Für das Wesen des Spiel- und Wettvertrages ist diese Modification ohne Bedeutung. § 419.

[2] Sind Spiel- und Wettvertrag gegenseitige Verträge (§ 321)? Man wird es nicht leugnen dürfen. Kann bei dem gegenseitigen Vertrag die Verpflichtung der einen Partei eine bedingte sein (§ 387), so können bedingt auch die Verpflichtungen beider Parteien sein, und die Natur des Vertrages wird dadurch nicht alterirt, daß die eine Bedingung die Umkehrung der anderen ist, so daß es von vorn herein feststeht, daß nur Eine Verpflichtung existent werden wird. Dieses Letztere drückt v. d. Pfordten a. a. O. so aus: Spiele und Wetten seien in der Eingehung zweiseitig, in der Erfüllung aber nur einseitig. — Kuntze zu Holzschuher III S. 39 stellt die Obligationen aus Spiel und Wette als „alternative Obligationen" den gegenseitigen Obligationen gegenüber. Vgl. auch Bruns in v. Holtz. Encycl. I § 71 („eine dritte Eintheilung").

Digitized by Google

die Parteien Gewinn und Verlust abhängig machen, entweder der Ausfall einer von den Parteien zum Zweck der Unterhaltung vorgenommenen Thätigkeit (Spiel im engeren Sinn), oder das Sein oder Nichtsein, Eintreten oder Nichteintreten irgend einer anderen Thatsache, welche die Parteien lediglich zur Entscheidung über Gewinn und Verlust benützen[3]; der Sinn aber, in welchem der Spielvertrag ab-

[2a] In der älteren Rsprache bezeichnet Wette geradezu den Vertrag, durch welchen eine Strafe versprochen wird, so wie die versprochene Strafe selbst (ursprünglich den Vertrag überhaupt bez. das zum Zweck der Bekundung des Vertragsabschlusses Hingegebene). Vgl. Sohm Eheschließung S. 34 fg., Stobbe III § 193 [9]. [§ 244 [1].]

[3] Im ersten Falle ist der Vertrag Spielvertrag, weil er sich an ein Spiel anschließt, im zweiten Fall ist er Spielvertrag, weil er selbst ein Spielen enthält. Die Entscheidung, welche im zweiten Fall die Parteien zur Entscheidung über Gewinn und Verlust benützen, kann ebenfalls der Ausfall einer von den Parteien vorgenommenen Thätigkeit, sie kann aber auch irgend eine andere sein. Ob die Parteien selbst die Würfel werfen, oder ob sie nur zusehen, während ein Anderer sie wirft, ist für den Begriff des Spielvertrages sehr gleichgültig. Das s. g. Differenzgeschäft (steigt bis zu einer gewissen Zeit der Curs dieses Papieres über eine gewisse Grenze, so bezahle ich die Differenz, fällt er unter diese Grenze, so bezahlst du die Differenz — oder umgekehrt) ist ein Spielvertrag, welcher nur nicht so genannt wird. Gerade mit Rücksicht auf das Differenzgeschäft, und um dessen Gültigkeit zu retten, hat Thöl a. a. O. die Behauptung aufgestellt, es sei zum Begriff des Spieles wesentlich, daß die Entscheidung durch die Thätigkeit der Parteien (oder Dritter, die mit dem Willen der Parteien zum Zweck der Entscheidung thätig werden) herbeigeführt werde, und hält diese Behauptung auch jetzt noch aufrecht (Handelsr. 5. u. 6. Aufl. § 304). Thöl hat, wie zu erwarten war, keinen Anstand genommen, alle Consequenzen derselben zu ziehen. „Der Vertrag, den zwei Engländer schlossen, daß der Eine oder der Andere eine bestimmte Summe an den Gegner verlieren solle, je nachdem von zwei auf das eine Ende eines Tisches gesetzten Schnecken die eine oder die andere zuerst das entgegengesetzte Ende erreichen werde, ist ein Spiel. Hätten die Contrahenten die Schnecken so vorgefunden, daß sie, die Contrahenten, auch nicht im Mindesten auf die Entscheidung des Vertrages eingewirkt hätten, so wäre es eine Wette gewesen". Nur insofern hat Thöl in der 5. (und 6.) Auflage des Handelsr. seine Ansicht modificirt, als er gegenwärtig in den Begriff der Wette (oder doch der echten Wette, der Wette im eigentlichen Sinne) das Moment aufnimmt, daß nicht bloß behauptet worden sei, sondern auch Behauptung und Bestreitung (im Gegensatz von Errathung) möglich gewesen sei, weßwegen er gegenwärtig mit Bestimmtheit erklärt, daß das Differenzgeschäft ein Wettvertrag im eigentlichen Sinne nicht sei, was er früher dahingestellt sein gelassen hatte. Freilich ist ihm das Differenzgeschäft ebensowenig Spielvertrag, sondern eine besondere Art des gewagten Geschäfts, welches von dem römischen Verbot des Spielvertrages nicht ergriffen werde (wogegen zu verweisen ist auf l. 5 D. 22, 2: si modo in aleae speciem non cadat.). Gegen Thöl Wilda VIII S. 208—210; übereinstimmend mit Thöl Gerber § 193 [219], Stobbe III § 193 (mit Note 7 das. vgl. Thöl § 305 [3]), [anders Lehmann in der 3. Aufl. S. 420 fg.], Goldschmidt ZS. f. HR. XXVIII S. 292 fg. Bruck (S. 65 fg.)

Digitized by Google

geschlossen wird, ist, daß jede Partei die Möglichkeit der Erlangung einer Leistung von der Gegenseite erkauft durch den Einsatz der Möglichkeit, eine eigene Leistung machen zu müssen. Im Uebrigen können

hält die Thöl'sche Ansicht für richtig nach dem r. R., bestreitet im Uebrigen jeden begriffsmäßigen Unterschied zwischen Spiel und Wette. Vgl. auch Grünhut in seiner ZS. II S. 585 fg. Ebenso leugnet den begrifflichen Unterschied zwischen Spiel und Wette Stenglein a. a. O.; von Bedeutung sei nur, ob die Entscheidung wenigstens hauptsächlich vom Zufall abhänge, oder ob Berechnung, Urtheil, Geschicklichkeit maßgebend sei. Krügelstein faßt den Begriff der Wette auf, wie hier geschehen, hält aber für den Begriff des Spiels an dem Erforderniß der Thätigkeit der Parteien fest, fehle es an diesem Erforderniß, so liege eine gegenseitige bedingte Schenkung (!) und demgemäß ein gültiger Vertrag vor. Gegen das Erforderniß der Thätigkeit Schuster S. 215 fg. (in der Sache, obgleich im Ausdruck schwankend), Endemann S. 99 fg. Was die Praxis angeht, so ist die Thöl'sche Ansicht angenommen in den Urtheilen bei Sf. XI. 236, XXII. 236, XXVIII. 242; dawider II. 291, XXX. 28, das OAG. zu Rostock (Entsch. V Nr. 47, s. aber auch VIII Nr. 49, beide Urtheile auch bei Sf. XXII. 235, XXXI. 228), das RG. (Entsch. in Strafsachen VI S. 172. 421 und Sf. XLIII. 111) und das Preuß. Oberverwaltungsgericht (in dem ZS. f. HR. XXVI S. 295 fg. abgedruckten Urtheil vom 6/4 1882). — Ueber die Differenzgeschäfte vgl. noch die Verhandlungen des 16. deutschen Juristentags (1882) II S. 165—226. 334—337, Gareis die Klagbarkeit der Differenzgeschäfte (1882) und den Aufsatz von Laband in: Politische Wochenschrift, herausgegeben von Delbrück u. z. Putlitz, 1882 Nr. 6. [[G. A. Leist Differenzgesch. und Differenzklausel. Jena 1891.]] [Dazu M. Rümelin kr. VJS. XXXV S. 193 fg. Dreyer Sächs. Arch. f. bürg. R. u. Proc. II S. 401 fg. (1892) Bähr das Börsenspiel und die Gerichtspraxis. Grenzboten 1893 III S. 57 fg. Ges. Auff. I S. 468 fg. Simon zur Frage der Klagbarkeit der s. g. Differenzgeschäfte ZS. f. HR. XLI S. 455 fg. (1893). Kitzinger über Begriff und Klagbarkeit der Differenzgeschäfte. Erl. Diss. 1893. Wiener das Differenzgesch. vom Standpunkt der jetzigen Rsprechung. Berlin 1893, dazu Leist ZS. f. HR. XLIII S. 430 fg. Cosack Gutachten f. den XXII. Juristentag III S. 93 fg., Verhandlungen IV S. 227 fg. 428 fg. (1893). v. Gagern die Differenzgeschäfte. Erl. Diss. 1894. G. A. Leist die Differenzansprüche aus Börsengeschäften ACPra. LXXXIII S. 153 fg. (1894). F. Bendixen die Einrede des reinen Differenzgesch. u. die Rsprechung des RG. Berl. 1895. v. Thaer die Klagbarkeit der Differenzgeschäfte. Bresl. Diss. 1895. Spitzer Grünh. ZS. XXIII S. 81 fg. (1896). Schnütgen das Differenzgeschäft, seine geschichtliche Entwickelung und Klagbarkeit unter besonderer Berücksichtigung des § 764 BGB. und des darin gewählten Ausdruckes „Absicht". Erl. Diss. 1899.] Das ROHG. (Sf. XXX. 264) hat das Differenzgeschäft für ungültig nur für den Fall erklärt, daß effective Lieferung durch den Vertrag ausgeschlossen ist. Ebenso der oberste Gerichtshof von Bayern, Sf. XLIII. 187. In demselben Sinne hat das RG. das „reine Differenzgeschäft" für ungültig erklärt, Sf. XLIII. 111 und Entsch. XXIII S. 138. Sf. XLIV. 19 (OLG. zu Hamburg): reine Differenzgeschäfte werden schwerlich irgendwo noch vorkommen. [S. dagegen RG. XXXIV S. 87 fg. Nach diesem Urtheil (s. S. 83 fg.) ist für das nicht klagbare Differenzgeschäft begrifflich wesentlich, daß durch ausdrückliche oder stillschweigende Nebenabrede die Lieferung ausgeschlossen, vielmehr bestimmt

Digitized by Google

die Motive des Spielvertrages sehr verschiedene sein: die Absicht, durch die Aussicht auf Gewinn oder Verlust den Ernst und die Energie der Spielthätigkeit zu steigern, der Reiz des Wagens, Gewinnsucht[4]. Auch können diese verschiedenen Motive sich im gegebenen Fall mit einander mischen.

Auf dieser Verschiedenheit des Wett- und des Spielvertrages und der möglichen Motive des Spielvertrages beruhen folgende Rechtssätze.

1. Der Wettvertrag ist durchaus erlaubt, und erzeugt die seinem Inhalte gemäße rechtliche Wirkung[5].

2. Der Spielvertrag ist nach römischem Recht nur erlaubt beim Spiele zum Zweck körperlicher Uebung[5a] und beim Ausspielen von

---

wird, es sollen nur die Differenzen regulirt werden; auch ein Commissionsvertrag ist als reines Differenzgeschäft möglich. Zu dem letzten Punkte s. auch RG. XXXIV S. 264 fg., Sf. XLIX. 249 (RG.) — Beispiel eines nur scheinbaren, wirkungslosen Protestes einer Partei gegen die Auffassung des Geschäfts als eines Differenzgeschäftes: RG. XXXIV S. 186 fg. Sonst zum Thatbestande: RG. XXXIX S. 297 fg., Sf. XLVIII. 13. L. 85. — Das Differenzgeschäft nicht klagbar, aber Erfüllung nicht rückforderbar: RG. XXXIX S. 163 fg. Sf. LIV. 149 (RG). — Schuldumwandlung steht der Erfüllung nicht gleich: RG. XXXV S. 286 fg. — Der s. g. Einschuß ist im Zweifel nicht bedingte Zahlung, sondern unwirksame Sicherheitsbestellung: RG. XXXVIII S. 232 fg., s. auch XXX S. 214 fg. Dagegen steht vertragsmäßige Compensation der Erfüllung gleich: RG. XXXVIII S. 232 fg. — Klaglosigkeit selbst dann, wenn im Gegensatz zu dem R. des Gerichtsorts das sonst anwendbare örtliche R. die Klagbarkeit von Differenzgeschäften annimmt: RG. XXXVII S. 266 fg. Die Ungültigkeit ergreift auch Nebenabreden (Verzicht auf Rmittel): RG. XXXVI S. 421 fg. Ebenso in Betreff der Schiedsgerichtsclausel: RG. XXVII S. 378 fg., XXXI S. 397 fg., XXXVI S. 245 fg. Gesellschaftsvertrag zu Differenzgeschäften nicht ungültig, weil diese Geschäfte, wenn auch klaglos, doch erlaubt sind: Sf. LIV 149 (RG). S. noch RG. XXXIII S. 58 fg. XXXVIII S. 251 fg. Sf. LIV. 148 (RG.).

[4] Motiv des Spielvertrags: die durch den Spielvertrag zu erreichende fernere Absicht; seine erste Absicht ist die im Text bezeichnete. Vgl. I § 98, 1. Beim Wettvertrag ist die erste und einzige Absicht die Erhärtung der Intensivität der eigenen Ueberzeugung.

[5] L. 17 § 5 D. 19, 5. [Vgl. Sf. XLVII. 56.] Ueber den weitgehenden Gebrauch, welchen die Römer von Wetten zum Zwecke der Herbeiführung einer gerichtlichen Entscheidung über eine irgendwelche Streitigkeit machten, s. die Citate bei Keller Civilproc. § 26 Note 307. 308. [Jobbé-Duval études sur l'histoire de la procédure civile chez les Romains I. Paris 1896, dazu Kipp kr. VJS. XLI S. 357 fg.] — A. M. in Betreff der Gültigkeit des Wettvertrages Puchta § 258, auf Grund der irrigen Auffassung: „Spiele sind Complexe von zusammenhängenden Wetten", und mit Berufung darauf, daß l. 17 § 5 cit. nur von einer Klage gegen den Dritten rede. Auch bei älteren Juristen findet sich die Meinung, daß der Wettvertrag ungültig sei, wie der Spielvertrag, s. Wilda S. 226.

Digitized by Google

Gegenständen, die zum unmittelbaren Verzehren bestimmt sind[5b]. Weiter muß nach heutigem Recht gegangen werden. Nach heutigem Recht muß der Spielvertrag auch dann für erlaubt erachtet werden, wenn er dem Zwecke geselliger Unterhaltung dient und sich innerhalb der Grenzen derselben hält. Dieß thut er: a) wenn sein Motiv die Steigerung und Belebung einer zum Zwecke der Unterhaltung vorgenommenen anderweitigen Thätigkeit ist; b) wenn sein Motiv zwar der Reiz des Wagens, aber der Spielpreis mäßig und den Vermögensverhältnissen der Spielenden entsprechend ist[6]. Der erlaubte Spielvertrag erzeugt ebenfalls alle seinem Inhalte gemäßen rechtlichen Wirkungen[7].

[5a] L. 2 § 1. l. 3 D. 11, 5. Eine nicht glossirte Vorschrift Justinian's (l. 1 C. 3, 43) beschränkt die Erlaubtheit auf fünf Spiele dieser Art (vgl. darüber Glück XI S. 326. 327), und auf den Fall, daß der Spielpreis nicht mehr als einen solidus beträgt. Rgeschichtlich: Schönhardt Alea. Ueber die Bestrafung des Glücksspiels im älteren röm. R. 1885. Darüber H. H. Pernice Sav.-ZS. VIII 1. Heft S. 148, Hölder kr. VJS. XXVIII S. 537 fg.

[5b] L. 4 pr. D. 11, 5 — „quod in convivio vescendi causa ponitur".

[6] Für den im Text aufgestellten Satz darf ein allgemeines deutsches, täglich geübtes Gewohnheitsr. behauptet werden; es wird täglich das im Spiel Verlorene gezahlt, ohne daß dieß kraft eines besonders empfindlichen Ehrgefühls geschähe und anders angesehen würde, denn als eine Sache des einfachen R. Dazu stimmt auch die in den Particularren vertretene deutsche Rsentwickelung, wie sie von Wilda II S. 144 fg. nachgewiesen worden ist. S. auch Wilda daselbst S. 173—180. Sf. XXX. 145. — Andere haben den Satz aufgestellt, nach heutigem R. seien erlaubt alle Kunstspiele, nicht die Glücksspiele. S. darüber und dagegen Wilda a. a. O. S. 174 fg. — Für die fortdauernde Gültigkeit der römischen Bestimmungen hat sich Bruck a. a. O. ausgesprochen; ebenso Sf. I. 345, IX. 289, XIII. 94. — Zu beachten ist, daß es in dem im Text aufgestellten Satz „und" heißt, nicht „oder". Vgl. Entsch. des RG. in Straffachen VI S. 70 und ein Urtheil des RG. 3/11 85, abgedruckt in: Rsprechung des RG. in Straffachen VII S. 637.

[7] Also er gibt auch ein Klager. auf das Gewonnene. Diese Behauptung steht isolirt da. Aber ich gehe davon aus, daß einem erlaubten Vertrag keine ihm an und für sich zukommende Wirkung versagt werden darf, so lange nicht für das Gegentheil ein Rsatz nachgewiesen ist. Wilda (II S. 180—182) beruft sich für die Klaglosigkeit auch des erlaubten Spielvertrages auf die in den deutschen Particularren und dem Reichsgesetz von 1580 („Reuterbestallung und Artikul der teutschen Knechte") § 211 vertretene Rsentwickelung, wonach das „Spielen auf Borg" verboten ist. Uebereinstimmend Sf. XXXI. 139. Aber auch abgesehen davon, daß die Frage erlaubt ist, ob dieses Verbot nicht vielmehr den Sinn hat, daß in einem solchen Spielen eben kein Spielen zur Unterhaltung, sondern ein eigentliches Spielen um Gewinn gesehen wird, so kann doch allein durch die Berufung auf die Particularre (die übrigens nicht einstimmig sind, vgl. Stobbe § 194[21] [§ 245[24]]) und ein Reichsgesetz, welches ein Specialgesetz ist, kein gemeines R. begründet werden. Thöl § 304 leugnet, daß im heutigen gemeinen R. überhaupt zwischen erlaubten und unerlaubten Spiel-

Digitized by Google

3. Jeder andere Spielvertrag ist verboten und nichtig; das Verlorene braucht nicht bezahlt zu werden, und kann zurückgefordert werden, wenn es bereits gezahlt worden ist[8].

§ 420.

1. Erlaubt und verbindlich ist nicht Alles, was Wettvertrag genannt wird, sondern nur, was Wettvertrag wirklich ist; es kann sich sehr wohl unter dem Namen der Wette ein Spiel verbergen[1]. —

---

verträgen unterschieden werden dürfe. Ist das richtig, so muß man in allen vom r. R. nicht ausdrücklich ausgenommenen Fällen eine Klage auf Rückforderung des Verlorenen gewähren. Für das Gegentheil nimmt Thöl eine „gemeinrliche Praxis" in Anspruch, ohne sie zu beweisen.

[8] Für das Rückforderungsr. l. 4 § 1. 2 D. 11, 5. und die Analogie der verbotenen Zinsen (§ 261 [6]). Dagegen darf das Rückforderungsr. auf l. 1. 2 C. 3, 43 nicht gestützt werden, da diese Stellen nicht glossirt sind (wovon in früheren Auflagen [bis zur 3.] irrthümlich das Gegentheil angenommen war)! Daher darf auch der übrige Inhalt der l. 2 cit. (50jährige Verjährung des Rückforderungsr., Vertretung des Verlierenden durch Stadtgemeinde und Fiscus) als geltendes R. nicht angesehen werden. Vgl. Arndts § 236 [2], Sintenis § 123 [2]. Gegen das Rückforderungsr., wieder mit Berufung auf das deutsche R., Wilda II S. 185—190, jedoch nicht in überzeugender Weise. Gegen das Rückforderungsr. auch Thöl (7), ferner Endemann a. a. O. (gegen dens. Cosack a. a. O.). Stobbe III § 194 a. E. [§ 245 a. E.] will das Rückforderungsr. nur für den Fall des durch Art. 284 des Reichsstrafgesetzbuchs verbotenen gewerbmäßigen Glücksspiels gewähren. Aber daraus, daß das Glücksspiel nur in diesem Fall mit Strafe bedroht ist, folgt nicht, daß die Vorschrift des r. R., welche es auch in anderen Fällen für unerlaubt erklärt, beseitigt sei. Particularrlich tritt aber wohl an die Stelle des Rückforderungsr. Confiscation der verspielten Summen. — Vgl. Sf. I. 345, XIII. 94; XI. 155. [RG. XXXIX S. 163 fg.: Rückforderung, wenn überhaupt, so nur bei besonders verbotenem Spiel. Ebenso Sf. LIV. 149 (RG.). Für das allgemeine Rückforderungsr. Rostock. Sf. L. 164.]

§ 420. [1] Was Wette genannt wird, ist in der That Spiel, wenn die Parteien nicht wetten, weil sie widersprechende Behauptungen gegen einander aufgestellt haben, sondern widersprechende Behauptungen gegen einander aufstellen, um wetten zu können. Dahin gehört auch das s. g. Pariren beim Spiel, in dem Sinne, in welchem es gewöhnlich geschieht. Anders wenn es wirklich von der Ueberzeugung ausgeht, daß einer der Mitspielenden dem andern an Kraft überlegen sei. In gleicher Weise verhält es sich mit den Wetten, welche bei Pferderennen und ähnlichen Wettkämpfen gemacht zu werden pflegen. Das r. R. erklärt (l. 3 D. 11, 5) für unerlaubt alle Wetten beim Spiele, mit Ausnahme der Spiele zum Zwecke körperlicher Uebung — ohne Zweifel in dem Sinne, daß bei den letzteren ein Interesse der Wettenden am Ausgange des Spiels als solchem denkbar sei, während in anderen Fällen das Spiel zur Entscheidung über Gewinn und Verlust nur benützt werde. Vgl. Wilda VIII S. 217. 227—230. Sf. II. 291, XIII. 94. Wo die Grenze zwischen der wirklichen Wette und der Spielwette ist, kann im einzelnen Fall sehr schwer zu bestimmen sein; der

Digitized by Google

Auch der Wettvertrag, welcher es wirklich ist, ist unerlaubt, wenn die Wette einen unsittlichen Inhalt hat[2]. — Der Wettvertrag kann, wie jeder Vertrag, angefochten werden wegen Arglist; aber Arglist ist es nicht ohne Weiteres, wenn Jemand, welcher von der Wahrheit seiner Behauptung sichere Kunde hat, wettet, ohne dieß dem Gegner mitzutheilen[3]. — Gleichheit des Wettpreises auf beiden Seiten ist Bedingung der Gültigkeit des Wettvertrages nicht[4]. Wird aber nur von der einen Seite etwas für den Fall des Unrechthabens versprochen, so ist das keine Wette mehr; jedoch ist ein solcher Vertrag nicht unverbindlich[5]. Unverbindlich ist natürlich die nicht ernstlich gemeinte Wette[6].

2. Der von Vielen aufgestellte Satz[6a], daß das zum Zweck eines verbotenen Spiels gegebene Darlehn nicht zurückgefordert werden

---

Gegensatz selbst ist deßwegen nicht weniger wahr. Einen naheliegenden Anhaltspunkt für die richterliche Entscheidung wird die Höhe der Wettsumme bilden: ist dieselbe unverhältnißmäßig hoch, so liegt die Vermuthung nahe, daß in der Wette gespielt worden sei. Die Behauptung aber, daß die Wette überhaupt (also auch da, wo es feststeht, daß sie aus Rechthaberei abgeschlossen worden ist) durch die unverhältnißmäßige Höhe der Wettsumme eine unerlaubte und unverbindliche werde, läßt sich nicht rechtfertigen, auch nicht, wenn man, was der Standpunkt von Wilda ist (VIII S. 230—233), das ältere deutsche R. zu Hülfe nimmt. Vgl. Bangerow S. 539 (523. 524), Krügelstein S. 37 fg. Für erlaubt und klagbar erklären die Spielwette (vorausgesetzt daß die Entscheidung nicht durch eine zu diesem Zweck vorgenommene Thätigkeit herbeigeführt werden soll) Thöl § 306, Stobbe III § 196[6], [dagegen Lehmann in der 3. Aufl. § 243[9]], s. auch Goldschmidt ZS. f. HR. XXVIII S. 294. [Wetten am Totalisator ist Spiel: RG. XL S. 256 fg.].

[2] L. 17 § 5 i. f. D. 19, 5. Einen unsittlichen Inhalt hat die Wette, wenn sie zur Beförderung des Schlechten dient. Wilda VIII S. 218. 228.

[3] Anders, wenn er sich den Schein gibt, die Sache auf welche es ankommt, minder gewiß zu wissen, als dieß der Fall ist. Wilda VIII S. 233—236, Bangerow S. 539 (524), Holzschuher III § 310 Nr. 5, Stobbe § 193 [30. 31] [§ 244 zu [23. 24]]. — Thöl § 305 behauptet ohne Beweis, daß die Wette auch wegen übermäßiger Höhe des Wettpreises angefochten werden könne, näher daß der Richter ein Ermäßigungsr. habe. Dagegen Stobbe III § 193. I Nr. 3 a. E. [§ 244 nach [16].]

[4] Sf. II. 292, vgl. aber auch XVI. 217.

[5] Vgl. Schwarze und Heyne Untersuchung praktisch wichtiger Materien ꝛc. S. 88—91, Jhering Jahrb. f. Dogm. IV S. 100, Stobbe § 193. I Nr. 4 [§ 244 zu [21. 22].] A. M. Regelsberger civilr. Erörterungen I S. 207.

[6] Vgl. Buchka und Budde Entscheidungen des OAG. zu Rostock III S. 100—105. VI S. 161—162. Sf. XVI. 217, XXVII. 182, XXXII. 231, XXXVII. 310.

[6a] Vgl. Glück XI S. 334—337, Wilda II S. 190—192, Sintenis § 123 Anm. 5. Emminghaus APraktRW. N. F. VII S. 1 fg.

Digitized by Google

könne, ist bedenklich[7]. Dagegen enthält das römische Recht noch die Bestimmung, daß derjenige, welcher seine Wohnung zu einem verbotenen Spiel hergibt, keinen Anspruch wegen erlittener Schläge und wegen Beschädigung, und ebensowenig wegen einer zur Zeit des Spiels in seinem Hause verübten Entwendung, haben solle[8].

3. Eine besondere Gestaltung des Spielvertrages ist der moderne Lotterievertrag. Das Besondere desselben liegt darin, daß nur die Verpflichtung der einen der spielenden Parteien eine bedingte ist. Der Lotterievertrag wird heutzutage von den Staaten als Erwerbsquelle benützt, und ist insoweit erlaubt[9].

[1. Das BGB. behandelt Spiel und Wette gleich, bedarf also keines Versuchs, beide von einander abzugrenzen. Es bestimmt, daß durch Spiel und Wette eine Verbindlichkeit nicht begründet wird, das auf Grund des Spiels oder der Wette Geleistete jedoch nicht deßhalb zurückgefordert werden kann, weil eine Verbindlichkeit nicht bestanden habe (762 Abs. 1). Beide Vorschriften gelten auch für Vereinbarungen, durch welche der verlierende Theil zum Zwecke der Erfüllung dem Gewinner gegenüber eine Verbindlichkeit eingeht, insbesondere für ein Schuldan-

---

[7] Man stützt diesen Satz auf l. 12 § 11 D. 17, 1 und l. 2 § 1 D. 44, 5. Aber was die erste Stelle angeht, so gelangt man, wenn man dieselbe wirklich für die hier vorliegende Frage verwerthen will, zu dem, doch von Niemandem anerkannten, Satz, daß kein Darlehn zurückgefordert werden könne, von welchem der Darlehngeber wisse, daß es ökonomisch schlecht werde verwendet werden. Richtiger erscheint es daher, diese Stelle aus der Jugend des Darlehnsempfängers („adolescens") zu erklären, vgl. l. 27 § 1. l. 24 § 4 D. 4, 4. Aus l. 2 § 1 D. 44, 5 (§ 391 [40]) aber folgt höchstens, daß das Darlehn dann nicht zurückgefordert werden könne, wenn das Geld verloren worden ist. Wilda beruft sich auch hier auf das deutschrliche Verbot des Spieles auf Borg. Eine Mittelmeinung, welche Emminghaus vertritt, erklärt für nicht rückforderbar das während des Spiels gegebene Darlehn. Vgl. noch Holzschuher III § 310 Nr. 2, Stobbe III § 194 [26] [§ 244 [25]], Dernburg II § 85 [7], Sf. XXIII. 27. — Wird das Darlehn von dem Mitspieler gegeben, und das gegebene Geld an denselben verloren, so ist das Darlehn freilich unrückforderbar. Es ist jetzt ganz gleich, als wenn das Geld direct im Spiele verloren worden wäre.

[8] L. 1 pr. — § 3 D. 11, 5. Doch ist freilich die heutige Anwendbarkeit dieser Bestimmung sehr bestritten. Wilda II S. 173, Sintenis [5] a. E. — Oeffentliche Bestrafung der verbotenen Spiels? StGB. § 284. 285. Vgl. l. 1 § 4 D. 11, 5, l. 3 i. f. C. 3, 43; Heffter Strafr. § 483, Wilda II S. 183—185.

[9] Das Nähere muß den Lehrbüchern des deutschen Privatr. überlassen bleiben. StGB. § 286. — Ebenso muß den Lehrbüchern des deutschen Privatr. die Darstellung der anderen gewagten Verträge überlassen werden, welche außer den hier genannten noch einer besonderen Erörterung bedürfen, des Leibrentenvertrags, des Versicherungs- und des Bodmereivertrags (vgl. über den letzteren auch § 371 [8] a. E.).

Digitized by Google

erkenntniß oder ein abstractes Schuldversprechen (762 Abs. 2). Vgl. hierzu ob. S. 175 unter 2 b. und S. 776 unter 5.

2. Ein Lotterievertrag oder ein Ausspielvertrag (§ 420, 3) ist gültig, wenn die Lotterie oder die Ausspielung staatlich genehmigt ist, andern Falls ist er den Sätzen des § 762 unterworfen (763).

3. Ueber das Differenzgeschäft (§ 419 [3]) bestimmt § 764: „Wird ein auf Lieferung von Waaren oder Werthpapieren lautender Vertrag in der Absicht geschlossen, daß der Unterschied zwischen dem vereinbarten Preise und dem Börsen- oder Marktpreise der Lieferungszeit von dem verlierenden Theile an den Gewinnenden gezahlt werden soll, so ist der Vertrag als Spiel anzusehen. Dieß gilt auch dann, wenn nur die Absicht des einen Theils auf die Zahlung des Unterschiedes gerichtet ist, der andere Theil aber diese Absicht kennt oder kennen muß." Diese Bestimmungen beschloß die Commission des Reichstages, um die jetzt herrschende Theorie und Praxis gegen einen etwaigen Meinungsumschlag zu sichern (Ber. S. 55 [Heymann]). Es fragt sich aber, wie der zweite Satz des Paragraphen sich zu den allgemeinen Vorschriften über Rechtsgeschäfte verhält.

a) Eine nahe liegende Möglichkeit ist, daß nach den allgemeinen Vorschriften das Geschäft als Differenzgeschäft zu behandeln ist, ohne daß es der Bezugnahme auf § 764 S. 2 bedarf. Dieß ist dann der Fall, wenn der differenzlustige Theil seine Absicht dem andern zu erkennen gegeben, dieser ihn richtig verstanden und daraufhin abgeschlossen hat. Denn dann hat er sich der Differenzabsicht unterworfen.

b) Es kann aber nach den allgemeinen Vorschriften auch der Schluß begründet sein, daß wegen Verschiedenheit der Absichten gar nichts zu Stande gekommen ist, auch kein Differenzgeschäft. So in dem Falle, daß die Parteien zweideutige Erklärungen austauschten, die der Eine im Sinne des Differenzgeschäfts, der Andere im Sinne des Effectivgeschäfts gab und nahm. Daß derjenige, welcher die Differenzabsicht des Anderen in solchem Falle nicht erkannt hat, hierbei im Verschulden ist, ändert bei der vorausgesetzten objectiven Zweideutigkeit der Erklärungen daran nichts, daß nach allgemeinen Grundsätzen das ganze Geschäft nichtig ist und zwar ohne die naturalis obligatio des § 762 Abs. 1 S. 2. Hierbei aber muß es sein Bewenden haben; denn § 764 will offenbar nur einen besonders kräftigen Schutz gegen die Folgen eines Differenzgeschäftes gewähren, nicht aber einen aus allgemeinen Grundsätzen fließenden besseren Schutz fernhalten.

c) Eine andere Möglichkeit ist, daß der differenzlustige Theil seine Absicht objectiv unzweideutig zu erkennen gab, aber von dem Gegner nicht verstanden wurde, der vielmehr das Geschäft acceptirte, indem er ihm irrig den Sinn eines Effectivgeschäftes beilegte. Dann kommt das Geschäft nach allgemeinen Sätzen nur als Differenzgeschäft zu Stande und zwar (im Gegensatz zu § 764 S. 2, „kennen muß") auch dann, wenn der Irrende außer Verschulden ist. Die Anfechtung seitens des Irrenden (119) wird die naturalis obligatio beseitigen können und zwar auch dann, wenn der Irrende im Verschulden war; auf das negative Interesse (122) hat der Differenzlustige aber keinen Anspruch, da er auf die Gültigkeit des Geschäfts gemäß § 764 überhaupt nicht vertrauen darf.

d) Umgekehrt ist möglich, daß das Geschäft als Effectivgeschäft zu Stande kommt, aber von dem Differenzlustigen wegen Irrthums angefochten werden kann. Hier aber würde an sich dieser das negative Interesse schulden, und nur deßwegen

Digitized by Google

ist das im Falle des § 764 S. 2 ausgeschlossen, weil dort vorausgesetzt wird, daß der Gegner den Irrthum kennt oder kennen muß (vgl. 122).

e) Möglich ist auch, daß der Differenzlustige die Nichtigkeit des von der andern Seite beabsichtigten Effectivgeschäfts unter Berufung auf § 118 darthun kann. Die Haftung des Differenzlustigen für das negative Interesse ist dann aus demselben Grunde ausgeschlossen wie im vorigen Falle.

f) Möglich ist endlich, daß der Differenzlustige eine Mentalreservation begeht. Dann kommt das von der anderen Seite beabsichtigte Effectivgeschäft gemäß § 116 zu Stande, wenn der andere Theil die Mentalreservation nicht durchschaut hat, gleichviel, ob er sie hätte durchschauen müssen oder nicht. Nach § 764 S. 2 müßte man zu dem Ergebniß kommen, daß das Geschäft als Differenzgeschäft zu behandeln wäre, wenn der andere Theil die Mentalreservation hätte durchschauen müssen. Es ist aber hier der Folgerung aus § 116 der Vorzug zu geben; denn es besteht kein Grund, warum der Differenzlustige das Privilegium genießen sollte, besser behandelt zu werden, als jeder andere im Falle der Mentalreservation behandelt wird. Wird die Mentalreservation wirklich durchschaut, so kommt das Effectivgeschäft nicht zu Stande. Es ist aber in diesem Falle möglich, daß gar nichts zu Stande kommt, auch kein Differenzgeschäft; denn Durchschauen einer Mentalreservation ist noch kein Consens zu der eigentlichen Absicht, welche verheimlicht werden sollte.

Ueber Börsenterminegeschäfte s. Börsengef. v. 22. Juni 1896 § 69; vgl. §§ 66—68. EG. z. HGB. Art. 14, V.

4. Leibrente (§ 420 [9]) s. BGB. 759—761.]

II. Forderungsrechte aus vertragsähnlichen Gründen.

A. Ungerechtfertigte Bereicherung*.

1. Begriff.

a. Bereicherung.

§ 421.

Die Thatsache, daß Jemand aus fremdem Vermögen in ungerechtfertigter Weise bereichert worden ist, erzeugt für ihn die Ver-

* Dig. 12, 4—7, Dig. 13, 1. Cod. 4, 5—9. — Windscheid, die Lehre des r. R. von der Voraussetzung (1850). Erxleben die condictiones sine causa, 1. Abth. 1850. 2. Abth. 1853. H. Witte die Bereicherungsklagen des gem. R. (1859). Voigt die condictiones ob causam (1862); vgl. über diese Schrift die Recensionen von Esmarch kr. VJS. V S. 523—541 und von H. Witte in Schletter's Jahrb. X S. 6—25 (die letztere ist nicht zu strenge). Vgl. auch O. Mayer die justa causa bei Tradition und Usucapion S. 21—63 (1871). Voigt ius naturale ꝛc. ꝛc. III S. 399 fg. 550 fg. 922 fg. 1033 fg. (1875). Paulicek die Lehre von den Klagen aus ungerechtfertigter Bereicherung nach österr. Civilr. mit Berücksichtigung des gem. R., sowie der modernen Gesetzgebungen (1878). Pfersche die Bereicherungsklagen S. 52 fg. (S. a., wirklich

Digitized by Google

pflichtung, dem Benachtheiligten herauszugeben, worum er reicher geworden ist[1.2].

---

erschienen 1883). Ueber diese Schrift Baron kr. VJS. VII S. 542 fg. Die im Vorstehenden genannten Schriften decken übrigens das hier behandelte Thema nicht alle vollständig. – Glück XIII S. 1 fg.; Unterholzner II S. 6—65, Sintenis II § 109 (S. 517—545), Brinz 2. Aufl. II § 300—305, Bekker II § 100. 101. [S. auch [1].]

[1] Früher lehrte man vielfach, daß schon die Thatsache der Bereicherung aus fremdem Vermögen als solche eine Verpflichtung zur Ausgleichung des dadurch dem Anderen entstandenen Nachtheils begründe, und noch W. Sell in seinen Versuchen I S. 1 fg. (1833) hat der Ausführung dieses Grundsatzes eine besondere Abhandlung gewidmet. Jetzt wird es wohl von Niemandem mehr verkannt, daß der Grundsatz in dieser Allgemeinheit unrichtig ist, und daß, wenn die Quellen wirklich lehren: „natura aequum est, neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem" (l. 14 D. 12, 6, l. 206 D. 50, 17), dieß nur eine von den vielen falschen Abstractionen ist, welche sich in ihnen finden. Den richtigen Grundsatz gibt an l. 1 § 3 D. 12, 7. „Constat, id demum posse condici alicui, quod vel non ex iusta causa ad eum pervenit, vel redit ad non iustam causam"; — ferner l. 25 D. 25, 2: „Nam iure gentium condici puto posse res ab his, qui non ex iusta causa possident". Den bezeichneten Irrthum hat neuerlich Jacobi (Jahrb. f. Dogm. IV S. 159 fg.) umgekehrt, indem er behauptet, daß auch die Ungerechtfertigtheit der Bereicherung kein selbständiges Klagefundament bilde. S. dagegen H. Witte das. V S. 88 fg., und vgl. § 423 [13]. — Ueber das Geschichtliche der Lehre s. Voigt in der erstgenannten Schrift § 39—45 und a. a. OO. der zweiten. [Pernice Labeo III 1 (1892) S. 202 fg.; dazu Girard Nouv. Revue histor. XIX p. 408 s. S. auch Pernice Sav.-ZS. XIX S. 115 fg.] [[Bolze]] [zur Lehre von den Condictionen insonderheit von der condictio sine causa] [[ACPra. LXXVIII (1892) S. 422 fg. gegen die Kategorie der Bereicherung aus fremdem Vermögen. Auch der Besitz, ja die Detention könne condicirt werden]] [obwohl nicht zum Vermögen gehörig.] [[Die Grundlage der condictio bilde das sine causa, vgl. S. 460. Sehr unklar.]] [Derselbe einige Quellenstellen zur Lehre von den Condictionen ACPra. LXXIX (1892) S. 183 fg. Kindel die Natur der Sach- und Haftklage insbesondere der Condiction ABR. VII (1893) S.-236 fg., bes. S. 266 fg. K. sucht an der Hand der Basiliken und ihrer Scholien darzuthun, daß die Condiction des sine causa Tradirten eine Klage des Eigenthümers gegen den Nichteigenthümer sei, weil eine solche Tradition nicht Eigenthum übertrage. Vgl. I § 98 [1] a. E. Kipp u. d. W. condictio in Pauly's Realencyclopädie. Speciell über die röm. condictio incerti s. Trampedach Sav.-ZS.. XVII S. 97 fg., Pflüger das. XVIII S. 75 fg., dazu Kipp a. a. O. II, 4. Anger die Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung. Sächs. ABR. VII (1897) S. 657 fg. Collatz die ungerechtfertigte Vermögensverschiebung. Berlin 1899. Stieve der Gegenstand des Bereicherungsanspruchs nach dem BGB. Straßb. 1899. Otto Sächs. ABR. IX (1899) S. 1 fg. Ueber ein russisches Werk von Grimm, Beiträge zur Lehre v. d. Bereicherung s. v. Tuhr kr. VJS. XXXVIII S. 381 fg.]

§ 421.

[2] Die Verpflichtung aus der Thatsache der ungerechtfertigten Bereicherung entspricht der vertragsmäßigen Verpflichtung auf Rückgabe Dessen, was Jemand aus fremdem Vermögen in Händen hat. Der Zusammenhang zwischen der einen und der anderen Verpflichtung ist besonders nahe liegend in dem Fall, wo die

Digitized by Google

[Das BGB. stellt an die Spitze der Lehre den allgemeinen Grundsatz: Wer durch die Leistung eines andern oder in sonstiger Weise auf dessen Kosten etwas ohne rechtlichen Grund erlangt, ist ihm zur Herausgabe verpflichtet (812 Abs. 1 S. 1).]

1. Bereicherung[3]. Dieselbe kann in einer Vermehrung des Vermögens bestehen, oder in einer Nichtverminderung. Vermögensvermehrung: Erwerb eines Eigenthumsrechts[4], eines Rechts an fremder Sache[5], eines Forderungsrechts[6], Erlangung eines Besitzes[7]; Befreiung von einer Eigenthumsbeschränkung[8] oder von einer Schuld[9]. Nichtverminderung des Vermögens[9a]; Nichtbeschwertwerden mit einer

---

Bereicherung auf dem Willen des Aermergewordenen beruht. Gai. III, 90 (§ 1 I. 3, 14): „Is quoque, qui non debitum accepit ab eo, qui per errorem solvit, re obligatur: nam perinde ei condici potest 'si paret eum dare oportere', ac si mutuum accepisset". L. 5 § 3 D. 44, 7, § 6 I. 3, 27. — Es ist hier nur die Rede von der Verpflichtung aus der Thatsache der ungerechtfertigten Bereicherung als solcher. Die Fälle, in welchen die Verpflichtung zur Herausgabe einer Bereicherung durch etwas Anderes als ihre Ungerechtfertigtheit begründet ist, gehören nicht hierher, und daher namentlich nicht die actio negotiorum gestorum contraria und die actio de in rem verso. Vgl. Windscheid kr. VJS. I. S. 116, und was speciell die actio negotiorum gestorum contraria angeht, unten § 430 [17 a. E.].

[3] Vgl. Voigt § 47--51.

[4] Für diesen gewöhnlichsten Fall ist es nicht nothwendig, Beweisstellen anzugeben. — Liegt eine Bereicherung auch darin, daß der Werth einer bereits im Eigenthum befindlichen Sache gesteigert wird? Nur unter einer von folgenden beiden Voraussetzungen: a) die Werthsteigerung hat auch eine Ertragssteigerung zur Folge, dann besteht die Bereicherung in dem Mehrertrag; b) die Sache ist dem Eigenthümer feil, dann besteht die Bereicherung in dem Mehr des erzielten Kaufpreises. Vgl. l. 38 i. f. l. 29 D. 6, 1, l. 10 D. 25, 1. Sf. IX. 287.

[5] L. 12 D. 12, 6.

[6] S. z. B. l. 1 pr. — § 2. l. 3 D. 12, 7, l. 7 C. 4, 30. — Schmid Grundlehren der Cession II S. 189 fg. 439 ist der Meinung, die Ungerechtfertigtheit der durch Cession eines Forderungsr. verschafften Bereicherung begründe nicht die Verpflichtung zur Zurückgabe, da der Cedent in diesem Falle ohne Weiteres gegen den Schuldner auftreten könne. Ich glaube nicht, daß dieser Satz durch die dafür angeführten Stellen, l. 4 C. 4, 39 und l. 21 § 3 D. 33, 1, bewiesen wird.

[7] L. 4 § 2 D. 12, 1, l. 15 § 1 D. 12, 6, l. 2 D. 13, 3, l. 31 § 1 i. f. D. 16, 3, l. 46 D. 24, 1, l. 25 § 1 D. 47, 2. Vgl. l. 9 pr. l. 21 § 2 D. 4, 2 und I § 161 [2]. Zur Zeit des Proculus war die condictio possessionis noch nicht anerkannt. Vgl. l. 67 D. 23, 3. Sf. III. 177, IV. 122. Vgl. Brinz 1. Aufl. S. 653—654 (2. Aufl. II § 300 [22]).

[8] L. 5 § 6 D. 24, 1.

[9] S. z. B. l. 4. 10 D. 12, 4, l. 23 D. 39, 6.

[9a] Die Richtigkeit dieser Kategorie bezweifelt Bekker II S. 154. Aber es handelt sich weder um „Nichtherbeiführung einer Minderung", noch um „Beseitigung einer Minderung", sondern um Herbeiführung einer Nichtminderung.

Digitized by Google

Eigenthumsbeschränkung[10] oder mit einer Schuld[11] oder mit einer Leistung[12], Ersparung einer Ausgabe[13], Erhaltung einer Sache[14]. — Ist mit der Vermehrung oder Nichtverminderung des Vermögens ein Verlust verbunden, so ist Bereicherung nur der Ueberschuß[15].

[Das BGB. stellt, wie bemerkt, die allgemeine Voraussetzung auf, daß „etwas" „erlangt" ist. Daß dieses etwas auf dem Vermögensgebiete liegen muß, wird klar gestellt dadurch, daß es „auf Kosten" eines Andern erlangt sein und zufolge der Titelüberschrift eine ungerechtfertigte „Bereicherung" sein muß. Unter den Begriff des erlangten Etwas gehört zweifellos alles im Text bei [4—9] Bezeichnete; namentlich auch der Besitz; er ist ein auf die Erben übergehendes Vermögensrecht (857. 1922). Indessen kann ohne Eingehen auf die petitorischen Fragen nicht beantwortet werden, ob eine ungerechtfertigte Bereicherung auf Kosten des Gegners vorliegt, und welchen Umfang der Herausgabeanspruch hat. Auch die Abwendung eines sonst eintretenden Vermögensverlustes (Text zu [9a—14]) muß, wiewohl dem Worte nach zum „Erlangen" nicht eigentlich gehörig, doch als von der Vorschrift des § 812 mitergriffen angesehen werden. Es ist nicht anzunehmen, daß der alte innerlich berechtigte Grundsatz, demzufolge eine Bereicherung auch in der Verhinderung eines Verlustes besteht, hätte aufgegeben werden sollen.]

---

[10] L. 35 D. 8, 2, l. 22 § 1 D. 12, 6, l. 8 pr. D. 19, 1.

[11] L. 5 § 1 D. 7, 5, l. 7 pr. D. 7, 9, l. 3 § 10 D. 35, 3, l. 39 D. 12, 6.

[12] L. 40 § 1 D. 12, 6, l. 58—60 D. 30, l. 5 § 2 D. 25, 1.

[13] Z. B. Jemand erspart durch Gebrauch fremder Sachen oder fremder Arbeitskräfte Miethgeld (l. 65 § 7. l. 26 § 12 D. 12, 6, Sf. XXV. 28); Jemand gibt fremdes Geld aus, und deßwegen nicht sein eigenes (s. z. B. l. 29 D. 12, 6, vgl. l. 50 § 1 D. 24, 1); oder der Eigenthümer selbst gibt das Seinige hin, damit wir nicht nöthig haben, das Unsrige hinzugeben. Darlehnsgabe mit Verzicht ouf den Zins. Unrichtig Göppert über die organischen Erzeugnisse S. 360[40]. — Durch das Ausgeben fremden Geldes wird übrigens eine eigene Ausgabe nur dann erspart, wenn das Geld, was freilich der gewöhnliche Fall sein wird, in einer Weise ausgegeben worden ist, daß es dadurch für den Eigenthümer unauffindbar geworden ist; denn sonst wird es von dem Eigenthümer vindicirt, und der Empfänger greift auf den Ausgebenden zurück. — In Betreff des oben zuerst genannten Falles geht von einer engeren, die Rückforderung ausschließenden Auffassung aus l. 25 D. 19, 5; dieselbe hält mit Unrecht für den Ausdruck des eigentlichen Gedankens des r. R. Voigt cond. ob causam S. 327. 332. 465. Das consumere alienam pecuniam der Quellen versteht Voigt lediglich von Eigenthumserwerb durch Vermischung (S. 390. 746).

[14] Vgl. l. 31 § 10 D. 24, 1 (§ 365[14]).

[15] Wer z. B. fremdes Geld zum Darlehn erhalten hat oder mit fremdem Gelde bezahlt worden ist, wird durch den Verbrauch des Geldes nur dann reicher, wenn er es unredlicherweise verbraucht hat; denn durch redlichen Verbrauch wird er Schuldner und verliert ein Forderungsr. auf den gleichen Betrag (§ 370[8], § 342[8]). Eine interessante hierher gehörige oberrichterliche Entscheidung bei Sf. XXXIII. 32. Vgl. § 422[2. 4 a. E.] [RG. XXIX S. 1 fg.].

Digitized by Google

2. Bereicherung aus fremdem Vermögen. Die Bereicherung ist eine Bereicherung aus fremdem Vermögen nicht bloß dann, wenn durch den Inhalt der Thatsache, welche die Bereicherung begründet, die Verminderung des fremden Vermögens von selbst gegeben ist[16], sondern auch dann, wenn sie durch Mittel des fremden Vermögens, durch Gebrauch, Verbrauch, Hingabe, Belastung, Nichtvermehrung des fremden Vermögens, bewirkt worden ist[17].

[Im BGB. (812 Abs. 1 S. 1) hat man sich für die Fassung entschieden „auf Kosten" eines Andern. Man hat damit auch diejenigen Fälle treffen wollen, „in denen das Objekt der Bereicherung, ohne bereits in das Vermögen des Condictionsberechtigten übergegangen zu sein, doch den Vermögenszustand desselben berühre". Man hat zudem geglaubt, mit dieser Fassung sich an den bisher in der Gesetzgebung, der Doctrin und Praxis herrschenden Sprachgebrauch anzuschließen (Prot. d. II. Comm. S. 2943). Man hat demnach aber doch wohl auch sachlich sich den bisherigen Auffassungen anschließen wollen, und es wird nicht zu bezweifeln sein, daß alle im obigen Text bezeichneten Fälle auch nach BGB. Bereicherungen auf Kosten eines Anderen darstellen, daß insbesondere auch die Verhinderung einer sonst eintretenden Vermehrung des fremden Vermögens dahin gehört.]

---

[16] Dadurch, daß Jemand Eigenthümer wird, verliert der bisherige Eigenthümer sein Eigenthumsr. Dadurch, daß Jemand Gläubiger wird, wird ein Anderer sein Schuldner. Dadurch, daß ein Schuldner befreit wird, verliert der Gläubiger sein Forderungsr. ꝛc. Nur ist zu bemerken, daß, so wenig wie der Erwerb Bereicherung ist, wenn mit ihm ein entsprechender Verlust verbunden ist, ebensowenig der Verlust Vermögensverminderung ist, wenn mit ihm ein entsprechender Erwerb verbunden ist. So ist z. B., wenn ein Schuldner Jemandem zahlt, den er irrthümlicherweise für seinen Gläubiger hält, der Empfänger zwar bereichert, aber wenn der Schuldner ausnahmsweise durch die Zahlung befreit wird (z. B. er zahlt unter einem Re, welches die Forderung durch die Cession als solche übergehen läßt, ohne Kenntniß der Cession an den Cedenten [vgl. § 331 [8]]), ist der Empfänger nicht aus dem Vermögen des Schuldners bereichert, sondern aus dem Vermögen des Gläubigers. Hierher gehört auch der für den heutigen Verkehr so wichtige Fall der Zahlung an den Inhaber eines Legitimationspapiers.

[17] Jemand erspart durch Gebrauch oder Verbrauch fremden Vermögens eine eigene Ausgabe ([13]). Jemand verkauft eine fremde Sache und macht durch Tradition den Empfänger zum Eigenthümer (HGB. Art. 306 [s. nunmehr BGB. 816]). Jemand verkauft eine fremde Sache und macht durch Tradition den Empfänger zwar nicht zum Eigenthümer, aber die Sache geht beim Empfänger unter, so daß der Verkäufer von dem Entwehrungsanspruch befreit wird (l. 23 D. 12, 1, l. 48 [49] D. 3, 5). Der Schuldner zahlt an einen Nichtgläubiger und nimmt dadurch dem Gläubiger sein Forderungsr. ([16]). Meine Schuld bezahlt ein Anderer mit seinem Gelde. Eine Verpflichtung, welche ich übernehmen müßte, übernimmt ein Anderer. Jemand weist denjenigen, welcher ihm eine Leistung machen will, an, die Leistung mir zu machen. S. auch KO. § 38 [46] und darüber Hellwig ACPra. LXVIII S. 217 fg. Vgl. noch RG. X S. 112.

Digitized by Google

3. Die Thatsache, auf welcher die Bereicherung beruht, kann Rechtsgeschäft sein, oder irgend eine andere[18]. Das Rechtsgeschäft braucht nicht nothwendig ein Rechtsgeschäft zwischen dem Bereicherten und dem Benachtheiligten zu sein[19]. — Der Fall, wo die Bereicherung auf einer Erbeseinsetzung oder einem Vermächtniß beruht, wird aus Zweckmäßigkeitsgründen hier ausgeschieden und der Betrachtung im Zusammenhange des Erbrechts vorbehalten.

[Auch nach BGB. kann die Bereicherung auf jeder erdenklichen juristischen Thatsache beruhen („durch . . Leistung . . . oder in sonstiger Weise" [812 Abs. 1 S. 1]).]

b. Ungerechtfertigte Bereicherung.

§ 422.

Wann ist eine Bereicherung aus fremdem Vermögen eine ungerechtfertigte Bereicherung[1]? Man wird darauf verzichten müssen, auf diese Frage mit einer alle Fälle umfassenden Formel zu antworten; es sind vielmehr die einzelnen Fälle als solche ins Auge zu fassen.

---

[18] Es kommt nur darauf an, daß es kraft der Natur der Thatsache möglich sei, daß sie einerseits eine Bereicherung wirklich begründe, und andererseits diese Bereicherung dennoch eine ungerechtfertigte sei. Ueber den Unterschied, welchen Voigt (cond. ob causam § 55. 56) zwischen „pecuniär differenten" und „pecuniär indifferenten" Rserwerbthatsachen (je nach dem zum Begriff der Erwerbthatsache die Kategorie der Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit gehöre oder nicht gehöre) macht, s. die 4. Auflage dieses Lehrbuchs.

[19] Der Geber leistet in der Person des Empfängers einem Andern; dem Empfänger leistet durch die Person des Gebers ein Anderer. Vgl. l. 9 § 1 D. 12, 4, l. 8 § 2 D. 16, 1, l. 78 § 5 D. 23, 3, l. 5 § 5. l. 17 pr. D. 44, 4, l. 12. 13 D. 46, 2, l. 2 C. 4, 5; l. 8 § 3 D. 16, 1, l. 21 § 1 D. 39, 5; l. 18 § 1. l. 31 § 3 D. 39, 6. Vgl. § 412, 1, a. Ein anderer hierher gehöriger Fall ist der in Note [17] bezeichnete: Jemand verkauft eine fremde Sache.

[1] Die ungerechtfertigte Bereicherung wird in den Quellen im Allgemeinen als eine Bereicherung sine causa bezeichnet. L. 66 D. 12, 6. „Haec condictio . . . quod alterius apud alterum sine causa deprehenditur, revocare consuevit". L. 10 D. 12, 4: — „nihil interest, utrum ex numeratione pecunia ad eum sine causa, an per acceptilationem pervenerit". L. 3 D. 12, 7. „Qui sine causa obligantur, incerti condictione consequi possunt; ut liberentur". L. 15 pr. D. 46, 1. „Si stipulatus esses a me sine causa . .". Vgl. noch l. 2. 3. 4. 5 D. 12, 7, l. 34 D. 12, 6, l. 11 § 6. l. 30 pr. D. 19, 1, l. 50 pr. D. 23, 3, l. 6 D. 24, 1, l. 3 § 5 D. 37, 6, l. 2 § 3 D. 44, 4, l. 5 C. 5, 1. S. aber auch § 423[8]. Daneben tritt die Bezeichnung auf, daß die ungerechtfertigte Bereicherung non ex iusta causa sei. L. 1 § 3 D. 12, 7, l. 25 D. 25, 2 (§ 421[1]). § 422.

Digitized by Google

1. Die Bereicherung ist mit dem Willen des Benachtheiligten eingetreten. Für diesen Fall ist davon auszugehen, daß die Bereicherung eine gerechtfertigte ist; sie kann jedoch auch in diesem Fall eine ungerechtfertigte sein. Davon näher im folgenden §.

2. Die Bereicherung ist nicht mit dem Willen des Benachtheiligten eingetreten. Dann kann sie:

a) auf einer Rechtsveränderung beruhen, durch deren Inhalt die Benachtheiligung des Andern von selbst gegeben ist[1a]. In diesem Fall ist sie, eben weil die bereichernde Rechtsveränderung die Benachtheiligung dieses Andern von selbst enthält, und eine Rechtsveränderung nicht ohne den Willen des Rechts eintritt, eine gerechtfertigte; es wäre denn, daß die Rechtsregel, nach welcher sie eingetreten ist, nur den formalen Gesichtspunkt ins Auge faßt, so daß durch dieselbe eben auch nur die Rechts-, nicht aber die Vermögensveränderung gerechtfertigt wird[2].

b) Besteht die Bereicherung in der Erlangung fremden Besitzes, so ist sie eine ungerechtfertigte, wenn nicht durch eine besondere Thatsache ein Recht auf die Besitzergreifung begründet ist[3]. Ebenso ist, wenn die Bereicherung durch Gebrauch, Verbrauch, Hingabe fremden Vermögens hervorgebracht ist, dieselbe eine ungerechtfertigte, wenn nicht aus einer besonderen Thatsache das Recht, sich in dieser Weise zu bereichern, hergeleitet werden kann[4]. Namentlich ist die

---

[1a] S. § 421 [16].

[2] Beispiele: Eigenthumserwerb durch Verarbeitung, l. 29 § 1. l. 30 D. 24, 1 (Gai. II, 79 und § 26 I. 2, 1 handeln wahrscheinlich von einem bösgläubigen Besitzer, s. mein Programm: zwei Fragen aus der Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung. Leipzig 1878, S. 16 fg., und Jhering Jahrb. für Dogm. XVI S. 249 fg.). [Ehlers Inwieweit haftet derjenige, der aus einer Sache eine neue verfertigt, dem Eigenthümer? Erl. Diss. 1898. S. auch Siemsen (a. E. dieser Note).] Eigenthumserwerb durch Verbindung, s. die I § 190 [4] genannten Stellen und vgl. § 424 [1] a. E. (jedoch gilt für die Verbindung die unten in Note [7] bezeichnete Beschränkung). WO. Art. 83 (Sf. XXVIII. 62 u. Citate das., XXX. 149, XXXIV. 51, XXXVI. 76). [Siemsen Gibt es nach gem. R. eine Bereicherungsklage gegen den durch specificatio, plantatio, avulsio oder commixtio nummorum Bereicherten? Erl. Diss. 1897.]

[3] Daher l. 4 § 2 D. 12, 1. „Ea quae vi fluminum importata sunt condici possunt". Von besonderer Wichtigkeit ist der Fall, wo in der Besitzergreifung ein Delict liegt, s. Note [5]. S. noch Buchka und Budde Entscheidungen 2c. V S. 279—282 (= Sf. XIX. 152). Vgl. auch Sf. XIX. 153.

[4] Hierher gehören folgende Quellenentscheidungen. a) L. 18 § 1 D. 12, 1, l. 30 pr. D. 19, 1, l. 24 pr. D. 44, 7; Jemand verbraucht fremdes Geld

Digitized by Google

Bereicherung dann eine ungerechtfertigte, wenn in den bezeichneten Handlungen ein Delict liegt[5]; es ist aber nicht nothwendig, daß in

ohne den Willen des Eigenthümers in gutem Glauben. Sf. XXIX. 121. (Ueber l. 67 i. f. D. 23, 3 s. das in Note [2] citirte Programm S. 21 fg.). Ist ihm aber das Geld zum Behalten gegeben worden, so wird durch Verbrauch des Geldes das Geschäft vollendet, in welchem dasselbe hingegeben worden ist, und der Bereicherte ist der Hingebende. S. § 342 [8], § 370 [8], § 421 [15]. RG. XIII S. 180 fg. = Sf. XLI. 109. (Anders Sf. XXXV. 294, XXXVII. 355.) b) L. 23 D. 12, 1, l. 48 [49] D. 3, 5, l. 1 C. 4, 51, l. 1 C. 4, 52: Jemand verkauft in gutem Glauben eine fremde Sache, welche dann untergeht, oder vom Käufer ersessen wird. [Pacchioni commento alla L. 17 pr. Dig. de rei vind. (VI, 1) per il XXXV Anno d'insegnamento di F. Serafini (1892) p. 99 s. Lurz Haftung des veräußernden gutgläubigen Besitzers. Münch. Diss. 1896.] Unter denselben Gesichtspunkt gehört c) l. 12 § 1 D. 20, 5: Jemand verpfändet eine fremde Sache, durch deren Verkauf dann der Pfandgläubiger sich bezahlt macht. Er verkauft nicht selbst, aber er verschafft sich dadurch, daß er einem Andern die Verkaufsmöglichkeit gewährt, eine Bereicherung: Befreiung von einer Schuld. d) In l. 12 § 1 cit. wird nicht bloß dem Eigenthümer der verkauften Pfandsache ein Rückforderungsr. zugesprochen („si necdum pignus evictum est"), sondern auch dem Käufer nach der Eviction, vorausgesetzt daß dieselbe für ihn einen Rückgriff gegen den verkaufenden Pfandgläubiger nicht bewirkt hat. Der Käufer bezahlt mit seinem Gelde die Schuld des Verpfänders, ohne daß er irgendwie den Willen hätte, denselben zu bereichern. Die gleiche Entscheidung findet sich für den Fall des richterlichen Verkaufs in Folge der Pfändung in l. 74 § 1 D. 21, 2 (I § 233 [4]). Zu c) und d) vgl. noch Dernburg Pfandr. II S. 195 fg. 253. Pand. I § 282 [7]. Geib die Person des pignoraticisch Berechtigten und des pignoraticisch Verpflichteten S. 28 fg. RG. XIII S. 180 fg. [Vgl. noch Sf. XLIX. 226. — Voß über die Bereicherungsklage des Drittberechtigten gegen den gutgläubigen Vollstreckungssucher als Empfänger des Pfanderlöses ACPra. LXXIX S. 295 fg. Wolff der Bereicherungsanspruch des Widerspruchsberechtigten nach beendigter Zwangsvollstreckung. Greifsw. Diss. 1897. Schmitz über den Bereicherungsanspruch des nach § 690 CPO. widerspruchsberechtigten Eigenthümers gegen den Pfandgläubiger nach beendeter Mobiliar-Zwangsvollstreckung. Erl. Diss. 1898. — Pfändung von fremdem Geld und geldgleichen Papieren: Sf. L. 172, LII. 25, LIV. 199 (RG).] d) Ein Erbe „rem legatam ignorans in funus consumpsit". Der Legatar hat einen Anspruch auf „indemnitas". L. 63 D. 31. e) L. 19 § 1 D. 24, 1: ein Sclave kauft (und erwirbt dadurch seinem Herrn) mit fremdem Geld; l. 39 D. 45, 3: ein servus fructuarius oder bona fide possessus stipulirt ex operis suis oder ex re fructuarii bez. bonae fidei possessoris, stellt aber die Stipulation ausdrücklich auf den Kopf des Eigenthümers. f) L. 48 [49] D. 3, 5: Jemand tilgt eine fremde Schuld aus eigenem Vermögen, indem er sich selbst für den Schuldner hält. Ebenso l. 14 § 11. l. 32 pr. D. 11, 7, l. 50 § 1 D. 5, 3 (§ 431 [18]). g) Jemand macht eine Auslage zum Besten eines Andern auf Grund eines von einem Dritten ertheilten Auftrages, welcher Auftrag sich dann als für den Dritten unverbindlich ausweist, l. 14 § 15 D. 11, 7 (§ 431 [5. 6]). h) Auch l. 29 [30] D. 3, 5: ein Solidarschuldner zahlt eine Schuld, welche materiell nicht ihn, sondern den Mitschuldner angeht — läßt sich insofern hierherstellen, als auch in diesem Falle der Wille des Aufopfernden wenigstens

Digitized by Google

denselben ein Delict liege, damit die Bereicherung eine ungerechtfertigte sei[5a]. Es ist ferner nicht nothwendig, daß die bezeichneten Handlungen von dem Bereicherten selbst vorgenommen worden seien[6]; nur ist, wenn eine Verwendung auf eine fremde Sache von Jemandem vorgenommen wird, welcher sich selbst für den Eigenthümer hält, der Anspruch desselben auf Erstattung der Bereicherung nicht durch Klage, sondern nur durch Retentionseinrede geschützt[7]. Nicht

---

zunächst nicht auf die Bereicherung des Mitschuldners, sondern auf seine Befreiung gerichtet ist (vgl. § 431 [12]). Ob dagegen i) auch l. 24 § 1 D. 19, 1 hierher zu ziehen ist, bleibt nach l. 31 § 1 D. 12, 1 und l. 22 § 9 D. 17, 1 zweifelhaft. Vgl. noch l. 22 § 10 D. 17, 1 (actio in factum). — Faßt man die hier aufgezählten Stellen zusammen, so wird man nicht in Abrede stellen dürfen, daß in denselben der Ausdruck eines weitreichenden Principes enthalten ist, welches nicht anders formulirt werden kann, als im Texte geschehen ist. Doch ist dieß nicht allgemein anerkannt, vgl. darüber Note [8]. — Sf. XLII. 121: ein Urtheil aus einem hypothekarischen Anspruch gegen den Eigenthümer des belasteten Grundstücks wird fälschlich in anderes Vermögen desselben vollstreckt (durch Forderungsüberweisung).

[5] In diesem Fall ist die Bereicherung nicht bloß sine causa oder non ex iusta causa, sondern geradezu ex iniusta causa. L. 6 D. 12, 5, l. 25 D. 25, 2. Dig. 12, 5 de condictione ob turpem vel iniustam causam. Cod. 4, 9 de condictione ex lege et sine causa vel iniusta causa. Von besonderer Wichtigkeit ist hier das Delict des furtum (Bereicherung ex furtiva causa). Dig. 13, 1 Cod. 4, 8 de condictione furtiva; § 26. 34. 35 I. 2, 1, l. 4 § 1 D. 12, 1, l. 22 § 2 D. 13, 7, l. 68 [67] § 5 D. 47, 2, l. 25 § 1 eod. S. ferner l. 2 D. 13, 3, l 25 § 1 D. 47, 2; l. 55 D. 12, 6.

[5a] S. Note [3. 4].

[6] Jemand kann aus fremdem Vermögen auch dadurch bereichert werden, daß der Eigenthümer selbst etwas zu seinem Besten verwendet, oder ein Dritter. Nur wird, wenn die Verwendung durch den Eigenthümer selbst erfolgt, regelmäßig auch dessen Wille auf die Bereicherung des Anderen gerichtet gewesen sein, so daß der Fall nicht hierher gehört. Der Hauptfall, in welchem diese Willensrichtung nicht vorhanden ist, ist der, wo der verwendende Eigenthümer nicht zum Besten eines Andern, sondern zu seinem eigenen Besten zu handeln glaubt (s. die Stellen in Note [4] bei f); freilich ist es sehr bestritten, in welchem Umfange gerade in diesem Falle ein Rückforderungsr. begründet ist, s. § 341 [16]. S. ferner Note [4] bei d) d') g) h). Bereicherung durch die Verwendung eines Dritten: daselbst bei e), auch l. 74 § 1 D. 21, 2 (daselbst bei d) a. E.). Vgl. Pfersche S. 84 fg. [Bezahlung fremder Schulden in dem irrigen Glauben, man sei dem Schuldner gegenüber dazu verpflichtet: Sf. XLIX. 20. Auch das ist freilich eine Bereicherung durch den Willen des Zahlenden.]

[7] L. 33 D. 12, 6, l. 14 D. 44, 4; l. 14 § 1. l. 29 pr. D. 10, 3 (vgl. I § 190. 195). Man bemerke übrigens, daß sich aus Verwendungen auf fremde Sachen nicht nothwendigerweise eine Bereicherung des Eigenthümers ergibt § 421 [4]), und insoweit der bezeichnete Satz keine Abweichung von der Regel enthält. Aber in l. 33 cit. ist auch von insulam fulcire die Rede, und dadurch wird dem Eigenthümer eine wirkliche Bereicherung zugeführt, weil ihm dadurch

Digitized by Google

beizutreten ist der Behauptung, daß die von dem redlichen Besitzer einer Sache durch Gebrauch, Verbrauch, Hingabe derselben erzielte Bereicherung nur in dem Fall herausgegeben zu werden brauche, wo der Besitzer den Besitz ohne Titel erlangt habe[8]. Ebenso ist abzu-

eine Ausgabe erspart wird. In den beiden zuletzt genannten Stellen sodann ist von impendere ohne weitere Unterscheidung die Rede, und wenn auch diese Stellen unmittelbar nur die actio communi dividundo ausschließen, so fügt doch jedenfalls die erste ausdrücklich hinzu: „Hoc enim casu, ubi quasi in rem meam impendo, tantum retentionem habeo". In Betreff der l. 14 § 1 cit. vgl. noch § 449 [10], Vgl. Kämmerer ZS. f. CR. u. Pr. VIII S. 148 fg., Fitting ACPra. XLVIII S. 353—354, E. Zimmermann Aechte und unächte negotiorum gestio S. 83, Pernice Labeo II S. 122 fg. [252 fg.], Brinz II S. 647. Zimmermann glaubt, der aufgestellte Satz sei vom r. R. später aufgegeben worden. Er stützt diese Behauptung auf l. 23 § 5 i. f. D. 6, 1, in einer außerordentlich gewagten Beweisführung. Wie Zimmermann auch Pfersche S. 85. Vgl. auch Kohler Jahrb. f. Dogm. XXV S. 97.

[8] Gegen diese Behauptung ist gerichtet das in Note 2 genannte Programm, gegen die Ausführungen dieses Programms die Abhandlung von Ihering in seinen Jahrbüchern XVI S. 230—318. Ihering hat die hier von ihm vertheidigte Ansicht schon früher ausgesprochen: Abhandlungen aus dem r. R. S. 78 fg. Jahrb. f. Dogm. XII S. 326. Ferner haben sich für die im Text bestrittene Behauptung erklärt: Wächter Erörterungen II S. 98 fg., H. Witte Bereicherungsklagen S. 295 fg., 310 fg., 325 fg., Goldschmidt ZS. f. HR. VIII S. 236, Hartmann kr. VJS. XI S. 522, Zimmermann Aechte und unächte negotiorum gestio S. 43 fg., Brinz 2. Aufl. § 302 [8], Pfersche S. 69 fg. Diese Schriftsteller gehen theilweise noch weiter, als Ihering, indem sie den Bereicherungsanspruch auch gegen den Besitzer mit bloß putativem Titel ausschließen. Eisele ACPra. LXVI S. 1 fg. gewährt den Bereicherungsanspruch gegen denjenigen Besitzer nicht, der im Fall der Eviction einen Regreßanspruch gegen seinen Rsurheber gehabt haben würde. Gegen die bestrittene Behauptung haben sich ferner ausgesprochen: Windscheid kr. VJS. I S. 116—118, Göppert über die organischen Erzeugnisse S. 356 fg., Köppen Fruchterwerb des b. f. possessor S. 95 [212], die (Straßburger) Inauguralabhandlung von C. Hellwig, über die Haftung des veräußernden gutgläubigen Besitzers einer fremden Sache (Cassel 1878), Dernburg I § 225 [25]. Krüger ACPra. LXIII S. 397 fg. unterscheidet, ob die verkaufte fremde Sache dem Eigenthümer durch Untergang entzogen werde, oder durch Ersitzung; in jenem Fall habe er einen Anspruch gegen jeden Besitzer, in diesem Fall einen Anspruch nicht gegen denjenigen, der seinerseits Usucapionsbesitzer war. — Die von Ihering in der genannten Abhandlung vorgebrachten Gründe sind hauptsächlich folgende. 1) Vor Allem beruft sich Ihering darauf, daß, wenn der titulirte redliche Besitzer das aus der Sache Gewonnene herausgeben müßte, er Schaden erleiden würde, da er sich wegen der von ihm für die Sache gemachten Aufopferungen durch Regreß gegen seinen Autor nicht erholen könne. Aber abgesehen davon, daß, wenn diese Behauptung richtig wäre, daraus nur folgen würde, daß der redliche Besitzer bei onerosem Erwerb, nicht aber daß er auch bei lucrativem Erwerb von der Verpflichtung zur Herausgabe des Gewonnenen frei sein müsse, hat Ihering für die genannte Behauptung keinen anderen Beweis beigebracht, als den Hinweis darauf, daß die stipulatio

Digitized by Google

lehnen die Behauptung[9], daß der Besitzer abziehen dürfe, was er seinerseits für die Sache aufgeopfert hat[10].

---

duplae den Fall der Eviction des Kaufpreises nicht berücksichtigt habe, und die Behauptung, daß die actio emti nicht über den Fall des außerprocessualischen Verlustes der Sache hinausgegangen sei. Jener Hinweis aber verliert seine Kraft durch die Erwägung, daß die stipulatio duplae nur ein erster Versuch des r. R. war, die Garantiepflicht des Verkäufers zu bestimmen (s. namentlich Bechmann Kauf I S. 361 fg. 665 fg.), und die Behauptung, daß die actio emti in der erwähnten Weise beschränkt geblieben sei, ist — eben eine Behauptung, für welche Jhering den von mir oben § 339 [8c] und [8d] citirten Stellen gegenüber, ferner gegenüber l. 8 D. 21, 2 (vgl. l. 42. 43 eod.), auf den Beweis nicht hätte verzichten dürfen. S. auch Eisele S. 13. 2) Jhering beruft sich ferner auf l. 21 D. 18, 4 und glaubt, daß durch diese Stelle die Frage erledigt sei. Ich habe auf diese Stelle keine Rücksicht genommen, weil ich es als selbstverständlich angesehen habe, daß von dem Gläubiger nicht auf den Eigenthümer geschlossen werden dürfe. Daraus, daß der Gläubiger nicht Herausgabe des aus der ihm verschuldeten fremden Sache gezogenen Gewinns fordern kann, folgt nicht, daß der Eigenthümer kein R. auf Herausgabe des Gewinns hat, welcher aus der in seinem Eigenthum stehenden Sache gezogen worden ist. Andererseits aber auch: wenn der Eigenthümer, welcher seine Sache verloren hat, Herausgabe des aus seiner Sache gezogenen Gewinns fordern kann, so muß der Gläubiger, welcher seine Obligation verloren hat, Herausgabe des aus seiner Obligation gezogenen Gewinns fordern können — und das kann er wirklich (es gebührt ihm, was die Thatsache, welche ihn seiner Obligation beraubt hat, dem Schuldner gegeben hat). Anders Krüger S. 381, der die Entscheidung der Stelle für unrichtig hält. Vgl. Eisele S. 4 fg. 3) Freilich sieht Jhering den Grund der Entscheidung der l. 21 cit. darin (oder vielmehr auch darin), daß das lucrum ex negotiatione perceptum gar keine Bereicherung für den Käufer enthalte, da in demselben auch der Entgelt für seine Verkaufsbemühungen und seinen Verkaufsaufwand stecke. Aber doch auch, und an erster Stelle, der Entgelt für die Sache: woher käme sonst der Anspruch gegen den untitulirten Besitzer? 4) Jhering macht geltend, daß, wenn der von dem redlichen Besitzer erzielte Kaufpreis eine Bereicherung für ihn enthalte, so doch jedenfalls keine Bereicherung aus dem Vermögen des Eigenthümers, da nicht der Verkauf, sondern erst ein späteres Ereigniß demselben seine Sache genommen habe. Aber dieses selbe Ereigniß befreit den Verkäufer von dem Anspruch auf Rückgabe des Kaufpreises. Hätte übrigens das r. R. diesen Einwand als durchschlagend erachtet, so hätte es auch keine Klage gegen den untitulirten Besitzer geben dürfen. 5) Auch die von Jhering erhobenen praktischen Bedenken gelten in gleicher Weise, oder doch nahezu in gleicher Weise, auch für den Fall des untitulirten Besitzers. — Das Vorstehende ist aus der 5. Auflage im Wesentlichen unverändert herübergenommen worden. Von den Schriftstellern, welche seitdem als Gegner der hier vertheidigten Ansicht aufgetreten sind, stellt Brinz ab auf die Kraft des verus titulus, der eine iusta causa possessionis gewähre. Ich weiß nicht, ob nicht in seiner Ausführung mehr Behauptung liegt, als Beweis. Pfersche gelangt zu dem gleichen Resultat, wie Jhering, indem er den Bereicherungsanspruch in ganz willkürlicher Weise nicht dem Eigenthümer gibt, sondern dem Vorbesitzer, der den Besitz zufälligerweise verloren hat. Eisele argumentirt: der Besitzer, welcher einen Regreßanspruch hat, verliert durch Untergang der Sache ebensoviel, als er durch denselben gewinnt; er wird frei von

Digitized by Google

[Auch für das Recht des BGB. muß man von der in diesem Paragraphen aufgestellten Unterscheidung ausgehen: die Bereicherung, welche mit dem Willen desjenigen erfolgt ist, auf dessen Kosten sie geschieht, entspricht im Sinne des BGB. der Bereicherung durch Leistung, die Bereicherung, welche nicht durch den Willen dessen hervorgerufen ist, auf dessen Kosten sie geschieht, ist die in sonstiger Weise erfolgte Bereicherung. Wann die Bereicherung durch Leistung ohne Rechtsgrund dasteht, darüber vgl. zu § 423. In Betreff der sonstigen Bereicherung bemerkt Hellwig Verträge auf Leistung an Dritte S. 135 mit Recht, daß § 812 BGB. keinen Rechtssatz enthält, aus welchem ohne Hinzukommen anderer gesetzlicher Bestimmungen ein Anspruch auf die Bereicherung abgeleitet werden könnte. Denn die Frage, wann die Bereicherung ohne rechtlichen Grund ist, findet eben in § 812 keine Beantwortung. Aber wie mir scheint, stellt Hellwig an die Ableitung der Rechtlosigkeit der Bereicherung aus dem Text des Gesetzes zu strenge Anforderungen.

1. Auch vom Standpunkte des BGB. aus ist, wie im gemeinen Recht (vgl. Text 2, a), zu behaupten, daß eine nach dem Gesetz eingetretene Bereicherung nur dann ungerechtfertigt ist, wenn sich dieß aus dem Gesetz besonders begründen läßt, wie in den Fällen der Verbindung, Vermischung, Verarbeitung (951), des Funderwerbs (977). In diesen Zusammenhang gehört auch die Vorschrift des § 816, insofern sie den unentgeltlichen Erwerber haftbar macht. Trifft ein Nichtberechtigter über einen Gegenstand eine Verfügung, welche dem Berechtigten gegenüber wirksam ist, und ist die Verfügung eine unentgeltliche, so ist derjenige,

---

dem Regreßanspruch seines Käufers, verliert aber den Regreßanspruch gegen seinen Verkäufer. Dawider: er gewinnt durch den Untergang der Sache das Behalten des Kaufgeldes; vorher hatte er für den Fall der Nöthigung zur Herausgabe einen Anspruch gegen einen vielleicht insolventen Schuldner. Für die Ansicht von Krüger läßt sich sagen, daß der Eigenthümer durch Ersitzung seine Sache nach dem R. verliere. Aber dann müßte er einen Anspruch auch nicht gegen den Nichtusucapionsbesitzer haben, und diesen Anspruch gewähren die Quellen ihm jedenfalls (l. 1 C. 4, 51, l. 1 C. 4, 52). [RG. XXV S. 135 fg.: jedenfalls ist die Klage begründet, wenn der Besitzer nur Putativtitel für sich hat.]

[9] Fitting ACPra. XLVIII S. 348, Zimmermann S. 45, Krüger S. 388, Eisele S. 7. Uebereinstimmend mit dem im Text Gesagten Göppert organ. Erzeugnisse S. 357 [31]. S auch das in Note [8] citirte Programm. Sf. XIV. 238, auch VII. 346.

[10] Man sagt: so weit der Besitzer aufgeopfert habe, sei er gar nicht bereichert; man dürfe nicht auf den einzelnen Act der Verwerthung sehen, sondern müsse das Gesammtverhältniß ins Auge fassen. Aber warum? Der Besitzer hat durch die Verwerthung seine Position verbessert, indem er für einen Regreßanspruch Haben eingetauscht hat. Die hier zurückgewiesene Ansicht führt, in der Unterstellung, daß der gemachte Aufwand dem aus der Sache Gewonnenen entspricht, zu dem Resultat, daß der Besitzer nur haftet, wenn er aus lucrativem Titel erworben hat. So Savigny V S. 523, Sintenis § 109 [118] und im Resultat auch Eisele. [S. noch zum Vorigen: Kißler Haftet nach gem. R. der ehemalige Besitzer einer fremden Sache, welcher sie gegen Entgelt veräußert hat, dem Eigenthümer derselben auf Herausgabe des Kaufpreises? Schwarz idem, beides Erl. Diss. 1898.]

Digitized by Google

welcher durch dieselbe unmittelbar einen rechtlichen Vortheil erlangt, dem Berechtigten zur Herausgabe verpflichtet. Hier handelt es sich darum, daß der Erfolg der Verfügung, welcher nach den Vorschriften über die Rechtsableitung von Nichtberechtigten eingetreten ist (z. B. 932 fg.) auf obligatorischem Wege rückgängig gemacht werden soll. Die übrigen Vorschriften des § 816 gehören nicht hierher (s. unter 2).

2. Andererseits ist in grundsätzlicher Uebereinstimmung mit dem im Text 2, b Gesagten auch im Recht des BGB. jeder einseitige Eingriff in fremde Vermögenssphäre ohne rechtlichen Grund, wenn er nicht einen besonderen Rechtfertigungsgrund erweislich für sich hat. Läßt sich hierauf namentlich die oben besprochene Vorschrift des § 951 zurückführen, so tritt das gleiche Princip darin hervor, daß Alles, was durch unerlaubte Handlung auf Kosten des Verletzten erlangt ist, als ungerechtfertigte Bereicherung herausgegeben werden muß (852 Abs. 2; vgl. zu [5]). Nothwendig ist aber auch im BGB. nicht, daß die Handlung eine unerlaubte im Sinne des Gesetzes sei (vgl. zu [5a]). Zur unerlaubten Handlung gehört im Allgemeinen wenigstens) Vorsatz oder Fahrlässigkeit. Wer fremdes Brot verzehrt in dem entschuldbaren Irrthum, es sei sein eigenes, haftet aus unerlaubter Handlung nicht; Niemand aber wird bezweifeln, daß er wegen ungerechtfertigter Bereicherung in Anspruch genommen werden kann, ein Satz, für welchen Hellwig, wenn ich recht sehe, in seinem System keinen Platz findet.

Einen der hier fraglichen Fälle behandelt auch die Vorschrift des § 816 Abs. 1 insoweit, als sie den Verfügenden verantwortlich macht. Trifft ein Nichtberechtigter über einen Gegenstand eine entgeltliche Verfügung, welche dem Berechtigten gegenüber wirksam ist, so ist er dem Berechtigten zur Herausgabe des durch die Verfügung Erlangten (des Entgeltes) verpflichtet. Diese Verpflichtung besteht auch dann, wenn der Verfügende ohne jede Fahrlässigkeit handelte, ebenso auch dann, wenn er den Besitz der Sache, über welche er verfügt, titulirt erhalten hat (vgl. zu [8]); ein Abzug dessen, was der Verfügende seinerseits für den Erwerb des Gegenstandes gegeben hat, läßt sich nach BGB. nicht rechtfertigen (vgl. zu [9]). Der Verfügende muß sich deßwegen an seinen Vormann halten. Dieß kann er auch dann, wenn es sich um eine bewegliche Sache handelt. § 440 Abs. 2 gedenkt zwar des in Rede stehenden Falles nicht; aber der Herausgabe der Sache an den Berechtigten ist die Herausgabe des Erlöses nach Maßgabe des § 816 doch wohl gleichzuachten. Die Verpflichtung besteht nur dann nicht, wenn dem verfügenden Nichtberechtigten die Zustimmung des Berechtigten zur Seite steht (vgl. 185). In diesem Falle hängt die Frage, ob etwas und was der Nichtberechtigte dem Berechtigten zu ersetzen hat, von dem Rechtsverhältniß ab, auf welchem die Zustimmung beruht. Im Falle des Vorsatzes oder der Fahrlässigkeit trifft den Verfügenden die weitergehende Verantwortlichkeit gemäß § 823. Selbstverständlich kann auch ein zwischen ihm und dem Berechtigten bestehendes besonderes Rechtsverhältniß eine strengere Haftung begründen.

Ferner gehört hierher § 816 Abs. 2. Wird an einen Nichtberechtigten eine Leistung bewirkt, die dem Berechtigten gegenüber wirksam ist (vgl. insbes. 407), so ist der Nichtberechtigte dem Berechtigten zur Herausgabe des Geleisteten verpflichtet. Der Nichtberechtigte hat durch den Empfang der Leistung den Anspruch des Berechtigten zerstört und zwar entgeltlich. Durch das Entgelt, die empfangen

Digitized by Google

Leistung, ist er, wie im vorigen Falle, ungerechtfertigt bereichert. Auch die weiteren zu jenem Falle bemerkten Sätze kommen zur Anwendung.

Auf den gleichen Gesichtspunkten beruht es auch, daß der freiwillige Geschäftsführer, wenn es an den vollen Voraussetzungen seiner Haftung fehlt, wenigstens nach den Grundsätzen von der ungerechtfertigten Bereicherung haftet (682; ebenso anzunehmen im Falle des § 687 Abs. 1).

Zu [4] unter **a** s. ob. S. 534.

3. Das bloße Besitzen fremder Sachen (ohne Beantwortung der Frage, wie sie erlangt sind) gibt keinen Anlaß zur Klage wegen ungerechtfertigter Bereicherung, sondern zur Klage auf Herausgabe auf Grund des Rechtes an jenen Sachen. Hat Jemand als Besitzer Nutzungen von einem fremden Vermögensgegenstande gezogen (vgl. nach Note [3]), so kann man nicht den Satz aufstellen, daß er zu deren Erstattung schlechtweg, wenn nicht schärfer, so nach den Grundsätzen von der ungerechtfertigten Bereicherung anzuhalten ist. Dieser Standpunkt wird im § 993 Abs. 1 a. E. ausdrücklich abgelehnt. Die Haftung reicht in Bezug auf Nutzungen einer Sache nur soweit als sie in §§ 987 fg. verordnet ist; vgl. auch 2020. 2021. Werden von einem Rechte Nutzungen durch Erhebung von Leistungen (Zinsen) gezogen, so entscheidet § 816 Abs. 2.

4. Wenn der Geschäftsherr dem Geschäftsführer nach den Grundsätzen von der ungerechtfertigten Bereicherung haftet, sofern die Voraussetzungen der vollen Haftung des Geschäftsherrn fehlen (684. 687), so ist das ein Fall der im Text zu [6] bezeichneten Art. Der Haftende hat nicht sich durch rechtlosen Eingriff in fremdes Vermögen bereichert, sondern er ist durch einseitige Handlung des Gegners ohne Rechtsgrundlage bereichert worden. Die Erstattung von Verwendungen des Besitzers auf eine fremde Sache (vgl. zu [7]) unterliegt auch im BGB. besonderer Regelung (vgl. bes. 994 fg. 2022 fg.), bei welcher aber, anders als im gemeinen Recht, eine Klage auf Erstattung nicht ausgeschlossen, sondern nur an bestimmte Voraussetzungen gebunden ist (1001).

5. In Betreff des einseitig ergriffenen Besitzes ist ebenfalls davon auszugehen, daß die einseitige Ergreifung fremden Besitzes eine ungerechtfertigte Bereicherung darstellt, wenn ihr nicht ein besonderer Rechtsgrund zur Seite steht. Denn der Besitz ist, wie bereits bemerkt (ob. S. 811), ein Vermögensrecht. Es wird aber hier nur selten nöthig sein, auf den Bereicherungsanspruch zurückzugreifen. Denn da vorausgesetzt wird Aneignung eines fremden Besitzes ohne Willen des bisherigen Besitzers, so reicht zunächst der Besitzanspruch selbst aus (858. 861). Sodann kommt in Betracht der Anspruch aus § 1007 und aus unerlaubter Handlung. Sind aber die Voraussetzungen des § 1007 nicht gegeben, und ist der Besitzanspruch durch Zeitablauf untergegangen (864), der Anspruch aus unerlaubter Handlung verjährt oder aus anderem Grunde ausgeschlossen, so kann die Condiction (bei welcher petitorische Einwendungen unbeschränkt zulässig sind) praktische Bedeutung gewinnen. Ist eine Sache durch Zufall auf ein fremdes Grundstück gelangt (vgl. Note [3]), so ist zunächst nicht ein Bereicherungsanspruch, sondern nur der Duldungsanspruch des § 867 begründet. Erst wenn der Besitz der Sache ergriffen wurde, kann ein Bereicherungsanspruch in Frage kommen. Dann aber macht sich wieder ein anderer Gesichtspunkt geltend. Ist dadurch, daß die Sache auf das fremde Grundstück kam, der bisherige Besitz daran verloren ge-

Digitized by Google

gangen (was sehr nahe liegt), so kann man nicht sagen, daß derjenige, welcher den Besitz ergreift, ihn auf Kosten des ehemaligen Besitzers erwirbt, wie überhaupt der Besitzerwerb an einer verlorenen Sache durch den Finder nicht auf Kosten des Verlierers erfolgt. Der Finder haftet aber dem Verlierer nach dem besonderen Rechte des Fundes (965 fg.), so daß es der Anwendung von Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung nicht bedarf. Kommt es zum Anspruch wegen ungerechtfertigter Bereicherung aus § 977, so steht doch dem bloßen ehemaligen Besitzer dieser Anspruch nicht zu.

6. Einige Fälle, in denen die Grundsätze von der ungerechtfertigten Bereicherung zur Anwendung kommen sollen, sind keine Folgerungen aus dem allgemeinen Princip der Pflicht zur Rückgabe des auf Kosten eines Andern ohne rechtlichen Grund Erlangten. In den Fällen der §§ 2287. 2329 z. B. erlangt der Beschenkte das Geschenk zwar in gewissem Sinne auf Kosten des Vertragserben (Pflichttheilsberechtigten); aber er erlangt es nicht in dem gewöhnlichen Sinne ohne rechtlichen Grund. Statt dinglicher Beschränkung der Verfügungsfreiheit des Vermögensherrn hat man vorgezogen, eine obligatorische Leistungspflicht des Empfängers aufzustellen und dieselbe aus Billigkeitsgründen auf die Haftung nach Maßgabe der Grundsätze über ungerechtfertigte Bereicherung zu beschränken. Ebenso beruhen §§ 1973. 1974 nicht sowohl auf den allgemeinen Principien der Haftung wegen ungerechtfertigter Bereicherung, als sie vielmehr eine nach allgemeinen Grundsätzen strengere Haftung aus besonderen Gründen auf das Maß der Haftung wegen ungerechtfertigter Bereicherung herabsetzen.]

§ 423.

Die auf dem Willen des Benachtheiligten beruhende Bereicherung (§ 422 Ziff. 1) ist ungerechtfertigt:

1. wenn das Recht diesem Willen seine Anerkennung versagt[1]. Dabei ist jedoch zu bemerken, daß, wenn das Recht in der Nichtanerkennung des Bereicherungswillens so weit geht, daß es die abgegebene Willenserklärung für nichtig erklärt[1a], durch dieselbe eine Bereicherung nur insofern hervorgebracht werden kann, als eine solche schon in der bloßen Bewirkung einer Thatsache liegt[1b], oder der Empfänger das Empfangene hinterher in seinem Nutzen verwendet. Im Uebrigen kommt es auf den Grund, aus welchem das Recht der Willenserklärung seine Anerkennung versagt, nicht an,

§ 423. [1] Voigt § 66. 68. 69. Auch in diesem Falle (vgl. § 422 [3]) kann man sagen, daß die Bereicherung ex iniusta causa sei. Vgl. l. 6 D. 24, 1: „quia, quod ex non concessa causa retinetur, id aut sine causa aut ex iniusta causa retineri intellegitur“.

[1a] Vgl. F. Hofmann die Lehre vom titulus und modus acquirendi ꝛc. (1873) S. 109—134.

[1b] Z. B. in der Verschaffung des Besitzes. Vgl. l. 46. l. 6 D. 24, 1. Sf. III. 177, XVIII. 113. Vgl. I § 82 [6] a. E.

Digitized by Google

und namentlich darauf nicht, ob das Recht sich dabei durch das Interesse des Benachtheiligten bestimmen läßt[2], oder durch ein Interesse der öffentlichen Ordnung[3]. Unter die letztere Kategorie gehört namentlich der Fall, wo in dem Nehmen des Hingegebenen ein Delict liegt[4], oder ein Verstoß gegen die Sittlichkeit[5].

2. An den zuvor betrachteten Fall schließt sich der Fall an, wo das Recht dem Urheber der Willenserklärung die Befugniß gibt, von der Willenserklärung zurückzutreten, und dieser von der ihm gewährten Befugniß Gebrauch macht[6].

3. Endlich ist die auf dem Willen des Benachtheiligten beruhende Bereicherung auch dann eine ungerechtfertigte, wenn der Wille sich selbst eine Schranke gesetzt hat, und diese in einem gegebenen Fall Platz greift, ohne die Bereicherung ohne Weiteres wieder aufzuheben. Im Einzelnen können hier in Betracht kommen

---

[2] Handlungsunfähigkeit: l. 29. l. 41 D. 12, 6, l. 12 D. 12, 1, l. 24 pr. D. 44, 7. S. auch § 441[8]. Sf. III. 177 zweiter Fall. Unverbindliche Schenkung: l. 5 § 6. 7. 18. l. 6. l. 29 § 1. l. 30. l. 46. l. 55 D. 24, 1, l. un. § 5 C. 5, 13; l. 21 § 1 D. 39, 5, l. 5 § 5 D. 44, 4.

[3] Verbotene Zinsen: l. 26 pr. § 1 D. 12, 6, Paul. sentent. II, 14 § 2. Sf. IX. 297. Spielverlust: l. 4 § 1. 2 D. 11, 5, cf. l. 1. 2 C. 3, 43. Uebermäßiges Advocatenhonorar: l. 1 § 10 D. 50, 13. — Schröder zur Lehre von den gesetzlichen Veräußerungsverboten (1875) s. namentlich S. 37 fg. 156 fg. ist der Ansicht, daß ein gesetzliches Veräußerungsverbot immer auch die Leistung des Erwerbers ergreife, und daher ein Rückforderungsr. für denselben selbst dann begründe, wenn er in Kenntniß der Sachlage geleistet habe. Ich halte das für zu weit gehend. Quellenentscheidungen für besondere Fälle in l. 52 D. 18, 1, l. 3 § 4 C. 6, 43 (vgl. § 391[29]), l. 1 C. 11, 56 [55]. L. 10 C. 5, 71 will etwas Besonderes sagen nicht über die Voraussetzungen, sondern über den Umfang des Rückforderungsr.

[4] Namentlich furtum. L. 18 D. 13, 1, l. 38 § 1 D. 46, 3 (vgl. l. 18 eod., I § 172[16]), l. 43 pr. l. 81 [80] § 5. 6. 7 D. 47, 2, l. 14 D. 12, 4. S. ferner l. 7 D. 12, 5 (vgl. l. 2 C. 2, 19 [20]). Sf. XXIV. 38.

[5] Die Bereicherung ist dann ex turpi causa. Dig. 12, 5 de condictione ob turpem vel iniustam causam, Cod. 4, 7 de condictione ob turpem causam. L. 1 § 2. l. 2 pr. § 1. l. 4 § 2. 4. l. 9 D. 12, 5, l. 4. 6. 7. C. 4, 7, l. 3 § 3. l. 5 § 1. l. 7 pr. D. 3, 6. Voigt S. 567—570 und § 73, Vangerow § 627. Vgl. § 428[9]. Besondere Auffassung bei Pfersche S. 179 fg., der freilich auch lehrt, daß in l. 2 § 2 D. 12, 5 die Rückforderung des Gegebenen „ausdrücklich gewährt" wird (!!). [RG. XXXVI S. 202 fg.: Wird auf einen erpreßten Wechsel freiwillig und in Kenntniß des Zwanges gezahlt, so ist actio quod metus causa wegen der Freiwilligkeit der Zahlung, cond. indeb. wegen der Wissentlichkeit derselben ausgeschlossen, begründet aber ist cond. ob iniust. causam.]

[6] L. 30 D. 39, 6, l. 10 C. 8, 55 [56] (§ 367[15]), l. 8 C. eod. S. ferner § 428[7] a. E. und Note [11].

Digitized by Google

auflösende Bedingung und Befristung[7], vor Allem[7a] aber gehört hierher die Voraussetzung. In Beziehung auf Letztere ist hier aus dem, was über dieselbe I § 97—100 vorgetragen worden ist, an Folgendes zu erinnern[8].

a) Wer einen Willen unter einer Voraussetzung erklärt, macht zwar nicht die Existenz der gewollten rechtlichen Wirkung von der Wirklichkeit des Vorausgesetzten abhängig; aber dennoch ist es wahr, daß bei Nichtwirklichkeit des Vorausgesetzten das Bestehen der gewollten rechtlichen Wirkung seinem eigentlichen Willen nicht entspricht. Dieser Zwiespalt zwischen dem wirklichen und dem eigentlichen Willen wird eben dadurch ausgeglichen, daß dem Bereicherten die Verpflichtung auferlegt wird, dasjenige, was er hat und fortfährt zu haben, zurückzugeben.

b) Die Voraussetzung kann zum Inhalt ein Vergangenes, Gegenwärtiges[9] oder Zukünftiges haben. Unter den Fällen, in welchen sie auf ein Gegenwärtiges geht, ist von besonderer Wichtigkeit der Fall, wo sie zum Inhalt das Bestehen einer Schuld hat[10]. Von diesem Fall ist unten näher zu handeln (§ 426). Ebenso ist näher

---

[7] L. 5 § 1 D. 7, 5. Vgl. I § 90 [1], § 96 [6].

[7a] Fehlen aller Zweckbestimmung? Vgl. Bekker II § 190 [4], § 101 Note [1. m. n.].

[8] Die Voraussetzung hat, wie bereits oben (I § 97 [2]) bemerkt worden ist, in der römischen Rsprache keine feste technische Bezeichnung; aber eine von den mehreren Bezeichnungen, welche sich für dieselbe in den Quellen finden, ist causa (Windscheid die Lehre des r. R. von der Voraussetzung S. 50—52). Die Voraussetzung wird causa in einem doppelten Sinne genannt, und zwar spielen beide Sinne vielfach in einander über: einmal weil in ihr der Bestimmungsgrund der Willenserklärung liegt, nur nicht ein bloßer Beweggrund (welcher ebenfalls als causa bezeichnet wird, Windscheid S. 48—50), sondern eben ein zur Willensbeschränkung erhobener Bestimmungsgrund: sodann deßwegen, weil das Vorausgesetzte nicht ermangeln darf, ohne daß die durch die Willenserklärung hervorgerufene Bereicherung, und insofern die Willenserklärung selbst, eine ungerechtfertigte ist, so daß umgekehrt in der Existenz des Vorausgesetzten der Rechtfertigungsgrund der durch die Willenserklärung hervorgerufenen Bereicherung und der Willenserklärung selbst liegt. Vgl. die bei Windscheid a. a. O. S. 50—55 citirten Stellen. Lotmar über causa im r. R. S. 89 fg.

[9] Ist sie auf ein Vergangenes oder Gegenwärtiges gerichtet, so muß sich der Urheber der Willenserklärung nothwendigerweise in einem Irrthum befunden haben; er kann nicht sagen, daß er unter der Voraussetzung der Existenz Desjenigen seinen Willen erklärt habe, dessen Nichtexistenz er kannte. Daher ist seine Leistung hier eine Leistung ex falsa causa. L 13 § 1 D. 5, 3, l. 23 pr. § 4. l. 52 D. 12, 6, l. 26 § 10 eod.

[10] In diesem Falle ist begründet die condictio indebiti oder indebite dati. Dig. 12, 6 Cod. 4, 5 de condictione indebiti. S. noch § 414, und die Fälle

Digitized by Google

zu handeln von dem Fall, wo die Voraussetzung auf ein Zukünftiges gerichtet ist (§ 427)[11].

c) Die Voraussetzung kann nicht nur dadurch ermangeln, daß das Vorausgesetzte nicht wirklich ist oder wird, sondern auch dadurch, daß es aufhört, wirklich zu sein[12.13].

---

bei Schlayer ACPra. XLIX S. 108—115 (a. M. Dernburg Pfandr. II S. 368—369. 527—529).

[11] In diesem Falle ist begründet die condictio ob causam datorum (Cod. 4, 6) oder causa data causa non secuta (Dig. 12, 4). Ueber den letzteren Ausdruck s. Windscheid S. 52, Erxleben II S. 4 Note [9], Pagenstecher Heid. kr. ZS. II S. 60 fg., Witte S. 63 Note [14], Voigt S. 490, und die von diesen Schriftstellern Citirten, Baron Abhandl. aus dem röm. Civilpr. I S. 70 fg. Die futura causa wird in unseren Quellen auch als res bezeichnet. L. 52. l. 65 pr. § 2. 4 D. 12, 6, l. 1 D. 12, 5. In den beiden ersten Stellen wird der res die causa im Sinne von bloßem Beweggrund (Bestimmungsgrund, welcher nicht zur Voraussetzung erhoben ist) entgegengesetzt.

[12] In diesem Falle ist die Willenserklärung deßwegen sine causa, weil ihre causa finita ist. L. 1 § 2 D. 12, 7. „Sive ab initio sine causa promissum est, sive fuit causa promittendi, quae finita est vel secuta non est, dicendum st, condictioni locum fore". Beispiele in l. 2 D. eod., l. 4 § 1 D. 12, 1, l. 11 § 6 D. 19, 1, l. 50 pr. D. 23, 3, l. 11 D. 49, 1, l. ult. C. 8, 42 [43], l. 5 § 1 D. 7, 5. [[l. 2 § 1 D. 12, 6 (inofficiosum). l. 43 pr. decond.]] [scl. 35, 1.] Sf. XXXVIII. 4. Hierher gehört auch der Fall der Verurtheilung im Executivproceß, wenn der Verurtheilte eine Nachklage auf Grund illiquider Einreden erhebt. Sf. X. 108, XIV. 187, XXIV. 36. 153, XXVIII. 33, XXIX. 33. Vgl. XVII. 52. RG. II S. 408. Vorläufige Vollstreckbarkeit des Urtheils nach der RCPO.: s. § 655 [717] Abs. 2 das. [vgl. hierzu unt. § 451 [1].]

[13] Ueber den Grund, auf welchem die condictio ob falsam causam ([9. 10]), ob causam non secutam ([11]) und ob causam finitam ([12]) beruhen, herrscht keine Uebereinstimmung der Meinungen (vgl. Windscheid S. 208 fg.). Früher war es sehr gewöhnlich, diese Condictionen auf einen fingirten oder präsumirten Vertrag zurückzuführen, s. darüber und dagegen Erxleben I S. 17 fg. II S. 19. 80. 81. Donellus fand den Grund derselben in einem stillschweigenden Vertrag (Erxleben I S. 14 fg. II S. 55 fg.), an dessen Stelle neuerdings Jacobi (§ 421 [1]) S. 280 fg. eine stillschweigende einseitige Willenserklärung des Empfängers gesetzt hat; s. gegen den Letzteren H. Witte an dem daselbst bezeichneten Ort S. 116 fg. Für die condictio ob causam non secutam verwerthet die Kategorie des Vertrags in umfassendem Maße auch Pfersche S. 156 fg. (§ 427 [1 a. E.]). Savigny (Syst. III Beil. VIII Nr. XI Note [d.] V Beil. XIV Nr. VII) sieht als das in den genannten Condictionen Wirksame den Irrthum im Beweggrunde an, welcher in diesem Falle ausnahmsweise zur rlichen Anerkennung gelange. Vgl. dazu Zitelmann Irrthum S. 412 fg. Die hier vertretene Ansicht, daß diese Condictionen auf einer Selbstbeschränkung des Willens beruhen, wird auch von Erxleben und Witte getheilt, obgleich sich diese Schriftsteller gegen die Ausprägung, welche ich der bezeichneten Auffassung in der Lehre von der „Voraussetzung" gegeben habe, ablehnend verhalten. Auch Zimmermann Beiträge zur Theorie der condictio indebiti S. 2 fg. weist zwar die Kategorie der Voraussetzung zurück, erkennt aber mit mir (s. I

Digitized by Google

[Das BGB. gestattet die Rückforderung einer durch Leistung erfolgten Bereicherung dann, wenn es ihr an einem rechtlichen Grunde fehlt. Es entspricht der Absicht der II. Comm. (Prot. S. 2945 fg.) und geht auch aus einer Reihe von einzelnen Wendungen des Gesetzes hervor, daß dasselbe hierbei sich der Ansicht anschließen wollte, daß die Leistung von ihrer causa im Sinne der Zweckfatzung abhängig ist (812 Abs. 1 S. 2. 813. 814. 815. 817. 820). Mit der Lehre Windscheids von der Voraussetzung sollte nicht operirt werden.

1. Die Rückforderung ist zunächst begründet, wenn die Leistung keine gültige Zweckfatzung hat. Sofern es möglich ist, eine Leistung ohne Zustimmung des Empfängers zu bewirken, z. B. durch Zahlung einer Schuld hinter dem Rücken des Schuldners, kann doch die Zweckfatzung der Leistung nur vertragsmäßig gegeben werden, wie deutlich daran zu sehen, daß sogar das Rechtsverhältniß der Schenkung nur unter Zustimmung des Beschenkten begründet werden kann (516). In der Annahme einer Leistung liegt normaler Weise die Unterwerfung unter die vom Leistenden ausgehende Zweckfatzung. Möglich aber ist auf verschiedene Weise, daß die Leistung zu Stande kommt, ohne daß doch Gleiches von der Zweckfatzung gilt. Dieß ist der Fall, wenn eine Leistung ohne Zustimmung des Empfängers bewirkt wird, und derselbe die Zweckfatzung ablehnt (vgl. 516 Abs. 2). Auch dann aber, wenn die Leistung durch Einigung zwischen dem Leistenden und dem Empfänger erfolgt, ist es möglich, daß die Leistung abstract geschieht und geschehen kann, wie bei Tradition, Auflassung, Ausstellung eines abstracten Schuldscheins, indem die Parteien sich über die Zweckfatzung zuvor geeinigt zu haben glauben, oder sich später darüber zu einigen hoffen. Die Leistung als solche ist dann gültig, aber wenn die Einigung über die Zweckfatzung nicht zu Stande gekommen ist oder kommt, so ist die Rückforderung begründet. Selbst dann, wenn die Parteien das Leistungsgeschäft und die Causalberedung zu einem Geschäft verbunden haben, ist das gleiche Resultat zwar ferner liegend, aber nicht unmöglich (139). Ist die Zweckfatzung wegen absoluter

---

S. 438) an, daß durch die genannten Condictionen der Widerspruch des wahren Willens gegen den wirklichen Willen geltend gemacht werde. Andere Ansichten, welche in der neueren Zeit aufgestellt worden sind, sind folgende: Karlowa das Rgeschäft und seine Wirkungen (1877) S. 163 fg.: es handelt sich nicht um den Gegensatz zwischen dem eigentlichen und dem wirklichen, sondern um den Gegensatz zwischen dem Gesammt- und dem Theilwillen; der durch den Theilwillen hervorgerufene Zustand wird aequitatis ratione rückgängig gemacht, weil er dem Gesammtwillen nicht entspricht. Voigt a. a. O. (s. namentlich § 21. 23. 26. 27. 31. 59. 60. 62. 63. 64. 70): durch die bezeichneten Condictionen wird geltend gemacht der Mangel des „secundären Rgrundes", welcher, hinter der Willenserklärung als dem „primären Rgrunde" stehend, die Rechtfertigung für die durch den primären Rgrund hervorgerufene Bereicherung enthält. Vgl. hiergegen die Bemerkungen in der vierten Auflage.) Lotmar die causa im r. R. (1875) S. 85: die Abhängigkeit der Rwirkung der Willenserklärung von der Zweckerreichung ist positiven Res, ein Grund aus der Natur der Sache läßt sich dafür nicht angeben. Aehnlich Adickes zur Lehre von den Bedingungen (1876). Vgl. auch Wendt Jahrb. f. Dogm. XXII S. 317 fg., Pfersche S. 99 fg. 167 fg. 174 fg.

Digitized by Google

Schranken des Gesetzes nichtig, so ist auch nach BGB. möglich, sowohl daß von dieser Nichtigkeit das Leistungsgeschäft mitbetroffen wird, wie daß dieß nicht der Fall ist. Bei einer formlosen Schenkung durch Versprechen (Versprechen ist in diesem Zusammenhange eine Leistung [vgl. 812 Abs. 2]) ist das Versprechen selbst nichtig (518); vgl. auch 656. 762. 764. Abgesehen von solchen besonderen Vorschriften aber ist, wenn die Zwecksatzung verbotswidrig oder unsittlich ist, die Leistung gültig und unterliegt nur der Rückforderung nach Maßgabe des § 817. Dabei ist, wie im gemeinen Recht, zu fragen, ob der Verstoß gegen gesetzliches Verbot oder gute Sitten nur vom Empfänger der Leistung begangen wird, oder auch von dem Leistenden. Im ersteren Falle ist die Rückforderung begründet, im letzteren im Allgemeinen ausgeschlossen; besteht aber die Leistung in der Eingehung einer Verbindlichkeit, so ist die Einrede des § 821 und die Rückforderung, d. h. die Klage auf Aufhebung der Verbindlichkeit auch dann begründet, wenn der Versprechende an dem Verstoß gegen Gesetz oder Sittlichkeit betheiligt ist, und erst das zur Erfüllung der eingegangenen Verbindlichkeit Geleistete kann nicht zurückgefordert werden.

2. Ist eine Zwecksatzung für die Leistung gültig gegeben, so kann die Rückforderung dadurch begründet werden, daß der bezweckte Erfolg nicht eintritt (812 Abs. 1 S. 2), oder dadurch, daß „der rechtliche Grund später wegfällt" (das.). Letzteres ist sowohl dann der Fall, wenn der erreichte Erfolg nachträglich zerstört wird, wie dann, wenn die Leistung zu einem vorübergehenden Zwecke erfolgte, und dieser gänzlich erreicht ist. Ein Beispiel für das erste bieten namentlich die Fälle, in denen eine Leistung zum Zwecke der Schuldtilgung erfolgt, das Forderungsrecht, auf welches geleistet wurde, aber nach der Leistung, z. B. durch Anfechtung (142), beseitigt wird. Die Leistung hat ihren Zweck, die Schuldtilgung, erreicht, aber die wirksame Anfechtung des Forderungsrechts läßt nachträglich den Zweck der Leistung als verfehlt erscheinen. Aehnlich verhält es sich im Falle des Widerrufs einer Schenkung (531 Abs. 2. 1584). Aehnlich auch im Falle der Verarmung des Schenkers (528), nur daß hier das Causalverhältniß nicht durch Widerruf zerstört werden muß, sondern durch die Thatsache der Verarmung von selbst seine für den Schenker verbindliche Kraft verliert. Hierher gehört an sich auch die Vernichtung eines Vertrages durch Rücktritt, nur ist dabei in den meisten Fällen die Rückgewährpflicht strenger, als nach den Grundsätzen von der ungerechtfertigten Bereicherung der Fall sein würde (347); nur ausnahmsweise treten die letzteren Grundsätze ein (327). Vgl. noch 543 Abs. 2. 628 Abs. 1. Auch § 323 Abs. 3 gehört dann hierher, wenn die Unmöglichkeit der Gegenleistung eingetreten ist, nachdem die Leistung bewirkt worden war. — Eine zu vorübergehendem Zweck gemachte Leistung ist auch nach BGB. die Draufgabe. Die Rückgabepflicht hält sich aber nicht an die Grenzen der ungerechtfertigten Bereicherung (337).]

2. Verpflichtung*.

§ 424.

1. Die aus der ungerechtfertigten Bereicherung entstehende Verpflichtung geht einfach auf Herausgabe der Bereicherung; für die

Digitized by Google

Freiheit des richterlichen Ermessens ist hier kein Bedürfniß und kein Spielraum[1]. Bereicherung ist aber nicht bloß die ursprüngliche Vermögensvermehrung, sondern auch das auf Grund derselben später

[* Vgl. Stieve (§ 421[1]).]

§ 424. [1] Der römische Ausdruck für dieses Verhältniß ist, daß die actio auf Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung eine actio stricti iudicii, d. h. eine condictio sei. Damit steht nicht in Widerspruch, daß sie auf die natürliche Billigkeit zurückgeführt wird (l. 65 § 4. l. 66 D. 12, 6); sie ist eben nicht stricti iuris, sondern stricti iudicii. Vgl. I § 46[4], und über die verschiedenen Ansichten in Betreff der Condictionen im Allgemeinen und deren Verhältniß zu den hier in Frage stehenden Condictionen im Besonderen Savigny V Beil. XIV, Voigt § 42, Keller Civilproc. § 87. 88, Rudorff röm. RGesch. II § 40, Bethmann-Hollweg röm. Civilproc. II S. 262—275, Baron Abhandl. aus dem röm. Civilproc. I S. 49 fg. [Mitteis Jahrb. f. Dogm. XXXIX S. 153 fg. Kipp a. a. O.] — Ueber die Classificirung der hierher gehörigen Condictionen in der classischen Jurisprudenz und in der Justinianischen Compilation s. Voigt § 44. 45. In der classischen Jurisprudenz findet sich kein festes und zur allgemeinen Anerkennung gelangtes System; die systematische Anordnung in der Justinianischen Compilation ist nicht durchweg befriedigend. Am mangelhaftesten ist die Kategorie der condictio sine causa behandelt (Dig. 12, 7 de condictione sine causa, Cod. 4, 9 de condictione ex lege et sine causa vel iniusta causa). Das Richtige in Betreff dieser Condiction ist Folgendes. Condictio sine causa ist die allgemeine Bezeichnung für jede Condiction wegen grundlosen Habens; aus dieser allgemeinen Condiction sondern sich einzelne besondere Fälle unter besonderen Namen ab (condictio indebiti, ob causam datorum etc.). Will man diesen besonders benannten Condictionen eine condictio sine causa als Species, eine condictio sine causa im engeren Sinne, entgegensetzen, so darf man unter dieser Bezeichnung nur diejenigen Fälle zusammenfassen, in denen für die Condiction eine andere feststehende Bezeichnung nicht vorhanden ist. Diese Fälle aber wieder erhalten ihr wahres Licht nur dann, wenn sie nicht als einzelne aufgezählt, sondern, wie hier geschehen, in ihrem systematischen Zusammenhang aufgewiesen werden. Ueber die verschiedenen Auffassungen, welche die condictio sine causa bei den Neueren gefunden hat, s. die Aufsätze von Reinhardt ACPra. XXIX S. 233 fg. und von Kiesselbach Jahrb. für Dogm. V S. 1 fg., ferner Voigt § 80, Vangerow III § 628 Anm., Unterholzner II § 317, Sintenis § 109[29], Pfersche S. 1 fg. — Der Anspruch auf Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung konnte übrigens auch mit einer auf bona fides gestellten formula geltend gemacht werden: denn was ist mehr der bona fides entgegen, als eine ungerechtfertigte Bereicherung nicht herausgeben zu wollen? Vgl. z. B. l. 48 [49] D. 3, 5 (§ 422[4] b), und s. auch f) g) h) daselbst, § 430[17] gegen das Ende; l. 9 § 1 D. 12, 5, l. 5 D. 27, 3; l. 2 D. 12, 7, l. 17 § 5 D. 13, 6; l. 11 § 6 D. 19, 1. Unter Umständen trat auch statt der condictio eine utilis rei vindicatio ein (l. 5 § 3 D. 6, 1, l. 9 § 2 D. 41, 1, l. 30. l. 55 D. 24, 1, l. 30 D. 39, 6, l. 15 C. 5, 3, l. 1 C. 8, 54 [55] (vgl. I § 174[9]), oder eine actio in factum (l. 23 § 5 D. 6, 1, l. 18 § 1 D. 39, 6, vgl. auch l. 10 D. 19, 5 [l. 9 § 4 D. 10, 4]). S. auch l. 12 § 1 D. 20, 5, l. 74 § 1 D. 21, 2 (§ 422[4] c. d.). Vgl. Krüger ACPra. LXIII S. 382.

Digitized by Google

Erworbene[2]. Hinterheriger Wegfall der Bereicherung schließt die Verpflichtung aus, wenn der Wegfall ohne Schuld des Bereicherten, nicht aus, wenn der Wegfall mit seiner Schuld eingetreten ist[3]. Daß

[2] L. 7 § 1. l. 12 D. 12, 4, l. 15 pr. § 1. l. 65 § 5 D. 12, 6, l. 38 § 1. 2. 3 D. 22, 1, l. 13 pr. D. 39, 6. Sf. XIII. 256, XXXVIII. 232. Verzugszinsen: Sf. I. 59, RG. IX S. 174. Keine gesetzlichen Zinsen ohne Verzug: Sf. II. 59, X. 55, XIII. 97, XXXVIII. 232. — Wenn es in der l. 1 C. 4, 5 heißt, daß mit der condictio indebiti, in der l. 4 C. 4, 7, daß mit der condictio ob turpem causam keine Zinsen gefordert werden können, so erklärt sich das lediglich aus der Formelconception. Vgl. Savigny V S. 141 fg., VI S. 147. A. M. Göppert über die organischen Erzeugnisse S. 248 fg., welcher fragt, warum das quidquid paret ob eam rem dari oportere das Zuerkennen von Zinsen hätte unmöglich machen können? Es wurde eben in den von jenen Stellen vorausgesetzten Fällen ebensowenig eine Formel mit quidquid ertheilt, wie in einem Darlehnsfall. A. M. auch Sf. XV. 132, XXXVIII. 232. [[RG. XXV S. 130 fg.: Wenn der Verpflichtete die herauszugebende Sache um einen ihren Werth übersteigenden Preis veräußert hat, so haftet er nicht über den Werth der Sache, aber er muß beweisen, daß der Werth der Sache geringer sei.]]

[3] Ohne Schuld: l. 32 pr. l. 65 § 8. l. 26 § 12 D. 12, 6. Mit Schuld: l. 65 § 8. l. 26 § 12 (*vv.* sine fraude) D. eod., l. 37 § 1. l. 39. l. 19 i. f. D. 39, 6, l. 38 § 1 D. 22, 1. Sf. XL. 113. — Damit man sagen könne, die Bereicherung sei mit Schuld des Bereicherten weggefallen, ist erforderlich: a) daß derselbe die Existenz seiner Verpflichtung gekannt oder (bei der condictio ob causam non secutam und ob causam finitam) gewußt habe, daß eine Verpflichtung für ihn künftig existent werden könne (l. 65 § 8 D. 12, 6, l. 39 D. 39, 6); b) daß der Wegfall durch seinen Willen oder durch seine Nachlässigkeit eingetreten sei (über Letzteres s. l. 38 § 1 D. 22, 1 *vv.* licuerat ei neglegere fundum, a. M. Hartmann die Obligation S. 266, vgl. Pernice Labeo II S. 278). Aber auch wo diese Voraussetzungen vorhanden sind, trifft den Bereicherten c) eine Schuld dann nicht, wenn er nicht anzunehmen brauchte, daß der Benachtheiligte von seinem Forderungsr. Gebrauch machen werde, wie dieß z. B. zutrifft bei dem beschenkten Ehegatten (l. 7 pr. D. 24, 1) und bei dem beschenkten Undankbaren (§ 367 [18]). — Der Satz, daß schuldloser Wegfall der Bereicherung die Verpflichtung ausschließe, ist nicht allgemein anerkannt. Andere lassen durch diesen Wegfall die Verpflichtung nur dann ausgeschlossen werden, wenn er eine Unmöglichkeit der Erfüllung der Verpflichtung begründe, also nur in dem Falle, wo die Verpflichtung auf Leistung einer individuell bestimmten Sache, nicht aber, wo sie auf Leistung einer Quantität vertretbarer Sachen gehe. So namentlich Erxleben I S. 182 fg., Witte S. 139 fg. (wo auch weitere Literatur angegeben ist), Voigt S. 319 fg., Mandry ACPra. XLVIII S. 232 fg.; dawider Dangerow III § 625 Anm. 3, Arndts § 341 [9], Sintenis § 109 [101], Hartmann die Obligation S. 259 fg., vgl. Brinz 2. Aufl. II S. 516 [44]. Das Hauptargument gegen die bezeichnete Ansicht liegt darin, daß unsere Quellen die Verpflichtung zur Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung auf eine Forderung der Billigkeit zurückführen ([1]); ist es aber billig, daß die ungerechtfertigte Bereicherung eine Verpflichtung zur Herausgabe erzeuge, so ist es auch billig, daß diese Verpflichtung nur so lange dauere, wie die Bereicherung selbst. S. auch l. 8 § 22 D. 2, 15. Die praktische Bedeutung der hier zurückgewiesenen Ansicht beruht übrigens zum

Digitized by Google

der Bereicherung auf Seiten des Benachtheiligten ein Verlust gegenübersteht, welcher größer ist, als sie selbst, ist kein Grund der Steigerung der Verpflichtung[4].

2. [5]Verpflichtet ist der Bereicherte; nicht, wenn ihm in der Person eines Andern geleistet worden ist, dieser Andere[6]: es müßte denn dieser Andere in der ihm gemachten Leistung seinerseits von dem Bereicherten eine Schenkung oder eine ungerechtfertigte Bereicherung empfangen haben[7]. Forderungsberechtigt ist der Benachtheiligte; nicht, wenn er durch einen Andern geleistet hat, dieser Andere[8]: es müßte denn auch diejenige Bereicherung eine ungerechtfertigte sein,

---

guten Theil auf dem von der herrschenden Meinung aufgestellten Satz, daß in allen Fällen, in welchen die Bereicherung ihren Grund in dem Eigenthumserwerb an einer Quantität vertretbarer Sachen habe, die Verpflichtung des Erwerbers auf Leistung einer gleichen Quantität, nicht auf Leistung der erlangten Sachindividuen gerichtet sei. Er wird aber diese Ansicht, welche hauptsächlich auf l. 25 i. f. D. 19, 5, l. 7. l. 19 § 2 D. 12, 6 gestützt wird, was den Fall einer Getreideleistung angeht, direct widerlegt durch l. 65 § 6 D. 12, 6 und auch was Geldleistungen angeht, mit guten Gründen angefochten von Mandry a. a. O. S. 220 fg. Die Literatur der Frage bei dems. Note [1], s. jetzt auch Brinz a. a. O. S. 516. 517, Pfersche S. 139 fg., Dernburg II § 141 [28], Wendt S. 681, Karlowa Grünh. ZS. XVI S. 426 fg, Sf. IV. 124. — Nach denselben Grundsätzen, wie für weggefallene Bereicherung, haftet der Schuldner auch für nicht gezogenen Gewinn. L. 38 § 1 D. 22, 1. Vgl. Sf. I. 59, II. 59, XIII. 97, XXIX. 32, [LIV. 24].

[4] L. 26 § 12. l. 65 § 7 D. 12, 6.

[5] Vgl. zum Folgenden: Windscheid S. 93—96 (dazu aber auch § 355 [9]), Erxleben I S. 152—182. II S. 507—511, Witte S. 75—84, Voigt S. 358—383. Auch oben § 355 zu [7]—[13]. [Schagen unter welchen Voraussetzungen steht die condictio indebiti einem andern zu als demjenigen, der die Zahlung aus seinem Vermögen geleistet hat? Erl. Diss. 1897. Herrmann Grünh. ZS. XXVII S. 35 fg. (1899).]

[6] Arg. l. 12. 13. 19 D. 46, 2, l. 9 § 1 D. 12, 4, l. 8 § 2 D. 16, 1, l. 78 § 5 D 23, 3, l. 41 pr. D. 42, 1, l. 5 § 5 D. 44, 4, l. 2 C. 4, 5; l. 26 § 12 i. f. D. 12, 6; l. 6 § 1. 2 eod., l. 16 pr. l. 22 pr. D. 46, 8, l. 34 pr. l. 59 D. 46, 3.

[7] Arg. l. 2 § 2. 3 D. 39, 5, l. 7 pr. D. 44, 4; l. 7 § 1 i. f. D. eod. und arg. l. 2 § 4 D. 39, 5. — Der Gegensatz wird in den Quellen so ausgedrückt: suum recepit, suum petit, suum negotium gessit, l. 26 § 12 i. f. D. 12, 6, l. 12 D. 46, 2, l. 5 § 5 D. 44, 4, l. 9 § 1 D. 12, 4. Hierher gehört auch l. 44 D. 12, 6. Repetitio nulla est ab eo, qui suum recepit, tametsi ab alio quam vero debitore solutum est". Entsch. d. OAG. zu Rostock IX S. 98 fg. 112 fg.

[8] L. 9 pr. D. 12, 4, l. 6 § 3. l. 47. l. 57 D. 12, 6, l. 6 C. 4, 5, l. 8 § 3 D. 16, 1, l. 21 § 1 D. 39, 5, l. 18 § 1. l. 31 § 3 D. 39, 6. L. 7 pr. D. 12, 4 handelt nicht von einem Falle, wo durch die Person eines Andern geleistet worden ist; der dotis promissor verspricht in eigenem Namen. Vgl.

Digitized by Google

welche dem Benachtheiligten seinerseits durch die von diesem Andern für ihn gemachte Leistung zugegangen ist[9].

[Die Besonderheit des Bereicherungsanspruchs, von welcher im Eingang dieses Paragraphen die Rede ist (vgl. jedoch I § 46 [4]), kommt demselben nach §§. nicht zu. Auch der Bereicherungsanspruch unterliegt vielmehr dem § 242 BGB. Im Uebrigen ist zu unterscheiden:

1. Diejenige Haftung, welche eintritt, wenn nicht besondere Verschärfungsgründe obwalten. Herauszugeben ist, wie im gemeinen Recht (vgl. [2]), nicht nur das ursprünglich Erlangte, sondern auch nach § 818 Abs. 1 die gezogenen Nutzungen, ferner dasjenige, was auf Grund eines erlangten Rechts erworben (z. B. auf eine Forderung eingehoben) ist, oder was als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung des erlangten Gegenstandes erworben ist.

Bei jeder objectiven oder subjectiven Unmöglichkeit der Herausgabe ist der Werth zu ersetzen (818 Abs. 2). Es ist dabei (vgl. zu [3]) ganz gleichgültig, ob die Unmöglichkeit auf Verschulden des Bereicherten beruht oder nicht. Wohl dagegen kommt es darauf an, ob er noch bereichert ist oder nicht. Ist dieß nicht der Fall, so haftet er nicht mehr (818 Abs. 3), selbst wenn er das Erlangte schuldhaft verkommen ließ, oder absichtlich verschleuderte.

Durch Wegfall der Bereicherung wird die Verpflichtung auch dann aufgehoben, wenn der Empfänger der Bereicherung den ursprünglichen Gegenstand noch hat (818 Abs. 3), insbesondere, wenn er nicht diesen Gegenstand, sondern mit Rücksicht auf dessen Erwerb etwas Anderes verausgabte, ohne dafür ein irgend welches Entgelt zu erlangen.

2. Verschärfte Haftung tritt ein:

a) Sobald Rechtshängigkeit eintritt. Von da an haftet der Bereicherte nach den allgemeinen Vorschriften (818 Abs. 4; s. I S. 549 fg.). Der Wegfall der Bereicherung ist also jetzt kein selbständiger Grund der Entlastung des Schuldners mehr. Die Möglichkeit aber, daß der Schuldner durch Untergang oder sonstigen Verlust des Gegenstandes befreit wird, ist nicht ganz ausgeschlossen. Ist der Schuldner in dem entschuldbaren Irrthum, daß der Anspruch nicht bestehe, so kommt er durch die Klageerhebung nicht in Verzug (285). In diesem Falle befreit ihn die Unmöglichkeit der Herausgabe, wenn sie ohne sein Verschulden eintritt (292, vgl. 989). Begründet dagegen die Rechtshängigkeit Verzug, so kann der Schuldner nur gemäß § 287 a. E. befreit werden.

b) Wenn der Empfänger bei dem Empfang den Mangel des rechtlichen Grundes der Bereicherung kennt (Kennenmüssen steht dem nicht gleich), oder später erfährt, so haftet er so, wie wenn zur Zeit des Beginnes der Kenntniß Rechtshängigkeit eingetreten wäre. (819 Abs. 1; vgl. das in Note [3] unter a Gesagte.)

---

auch Erxleben I S. 174; ferner § 313 [6]. [Sf. XLVI. 23, XLVIII. 34. S. noch Sf. LI. 267 (nicht legitimirter Vertreter zahlt mit Mitteln des Vertretenen.]

[9] L. 7 § 1 D. 44, 4 und l. 2 § 4 D. 39, 5. Nicht so, wenn dieser Andere ihm geschenkt hat, l. 9 pr. D. 12, 4.

Digitized by Google

c) Verstößt der Empfänger durch Annahme einer Leistung gegen Gesetz oder gute Sitte, so haftet er vom Empfang der Leistung an ebenfalls wie bei Rechtshängigkeit (819 Abs. 2), vorausgesetzt natürlich, daß nicht etwa die Rückforderung überhaupt durch § 817 S. 2 ausgeschlossen ist.

d) War mit einer Leistung ein Erfolg bezweckt, dessen Eintritt nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts als ungewiß angesehen wurde, so ist der Empfänger, falls der Erfolg nicht eintritt, zur Herausgabe so verpflichtet, wie wenn zur Zeit des Empfanges Rechtshängigkeit eingetreten wäre (820 Abs. 1 S. 1). Die II. Comm. will dieß auf alle oder doch auf die weitaus meisten Fälle der cond. causa data causa non secuta bezogen wissen (Prot. S. 2998. 3000. 3001), und in der That liegt in der Natur der Sache, daß in diesen Fällen regelmäßig die Parteien den Eintritt des Rechtsgrundes, über den erst die Zukunft entscheiden soll, auch unter sich als ungewiß behandeln. Daß sie ihn ausnahmsweise einmal als gewiß ansehen, wird möglich sein; in einem solchen Falle ist § 820 nicht anwendbar. Haben sie ihn als ungewiß angesehen, so muß der Empfänger vom Empfang der Leistung an auf deren Rückgabe gefaßt sein, und hieraus rechtfertigt sich, daß er, wie wenn Rechtshängigkeit vorläge, für schuldhaften Verlust (Beschädigung) einsteht. Die Protokolle nehmen hierfür auch auf das oben zu Note [8] (vgl. [3] unter a) Gesagte Bezug (S. 3001). Man war aber (Prot. S. 3001) mit Recht der Ansicht, daß in derartigen Fällen nicht auch in Bezug auf Zinsen und Nutzungen sich die Gleichstellung mit dem Falle der Rechtshängigkeit rechtfertige; denn der Empfänger hat bis zur Entscheidung über den künftigen Rechtsgrund das Empfangene mit Willen des Leistenden, und hat es mit diesem Willen gehabt, auch wenn der von der Zukunft erwartete Rechtsgrund ausbleibt. Er soll daher zur Verzinsung erst von dem Augenblicke an verpflichtet sein, wo nicht nur die Entscheidung gefallen ist, daß der Erfolg nicht eingetreten ist, sondern auch der Empfänger hiervon Kenntniß erhalten hat (820 Abs. 2, entsprechend 819 Abs. 1). Für Nutzungen, welche er bis zu diesem Zeitpunkt hätte ziehen können, haftet er nicht, auch nicht für solche, die er bis dahin gezogen hat, durch welche er aber im Augenblick der Erlangung jener Kenntniß nicht mehr bereichert ist; erst von diesem Augenblick an haftet er auch in Ansehung der Nutzungen wie bei Rechtshängigkeit (820 Abs. 2, vgl. 819 Abs. 1). Möglich ist, daß er nach der Parteiabsicht die bis zur Entscheidung über den Erfolg gezogenen Nutzungen auch insoweit behalten soll, als er noch durch sie bereichert ist; dieß aber wird nicht präsumirt.

e) Erfolgt die Leistung aus einem gegenwärtigen Rechtsgrunde, so kann die Rückforderung durch nachträglichen Fortfall desselben begründet werden (s. S. 827 unter 2). Hierbei besteht die Möglichkeit, daß die Parteien nach Inhalt des Rechtsgeschäfts mit der Möglichkeit eines solchen Ereignisses gerechnet haben. In diesem Falle finden die Sätze unter d entsprechende Anwendung (820).

3. Wenn jemand eine Verbindlichkeit auf eine Weise eingeht, welche für den Gläubiger eine ungerechtfertigte Bereicherung darstellt, so kann er nicht nur auf Befreiung von der Verbindlichkeit klagen, sondern auch die Erfüllung der Verbindlichkeit im Wege der Einrede verweigern, und dieses Recht bleibt ihm, auch wenn die condictio liberationis verjährt ist (821). Da die Einrede eine dauernde ist, so

Digitized by Google

kann auch das zur Erfüllung der Verbindlichkeit Geleistete zurückgefordert werden (813), falls nicht § 814 im Wege steht. Möglicher Weise kann auch das in voller Kenntniß der Sachlage Geleistete zurückgefordert werden, wenn nämlich der Gläubiger, indem er Leistung auf ein derartiges Forderungsrecht annimmt, gegen die guten Sitten verstößt (817).

4. Wenn der Empfänger einer ungerechtfertigten Bereicherung das Erlangte entgeltlich einem Dritten zuwendet, so haftet dieser niemals, sondern es haftet der ursprüngliche Empfänger entweder in Höhe der ihm in Gestalt des Erlöses verbliebenen Bereicherung, oder ohne diese Schranke in den Fällen der verschärften Haftung. Erfolgt dagegen die Zuwendung unentgeltlich, so ist zu unterscheiden: wenn die Zuwendung erfolgt zu einer Zeit, zu welcher keine verschärfte Haftung des ursprünglichen Empfängers begründet ist, so hebt sie dessen Haftung auf, weil sie seine Bereicherung aufhebt. In diesem Falle haftet der Empfänger der Zuwendung ebenso, wie wenn er unmittelbar durch den ersten Verlierer ungerechtfertigt bereichert wäre (822). Wenn dagegen zur Zeit der Zuwendung verschärfte Haftung des ursprünglichen Empfängers begründet war, so hebt die Veräußerung diese Haftung nicht auf; in diesem Falle haftet der Empfänger der Zuwendung nicht.

In den Fällen der indirecten Vermögensleistung steht wie im gemeinen Recht (Text 2) die Condiction dem Leistenden, nicht seiner Mittelsperson gegen den Empfänger, nicht dessen Empfangsperson, zu. Z. B. im Falle der Anweisung hat wegen mangelnder Valuta der Anweisende, nicht der Angewiesene, Rückforderungsrecht gegen den Anweisungsempfänger; wegen mangelnder Deckung hat der Angewiesene Rückforderung gegen den Anweisenden, nicht gegen den Anweisungsempfänger. Hieran wird auch in den im Text zu [7] und [9] bezeichneten Fällen nichts geändert.]

§ 425*.

In einer durchaus eigenthümlichen Weise hat das römische Recht die Verpflichtung auf Herausgabe einer durch bewußt widerrechtliche Aneignung[1] entstandenen Bereicherung behandelt. Diese Verpflichtung geht nämlich auf Mehr, als auf Herausgabe der Bereicherung; sie geht auf vollen Schadensersatz, was sich namentlich in dem Falle von Wirksamkeit erweist, wo der Besitz der widerrechtlich angeeigneten Sache später wieder verloren worden ist[2]. Mit

* Vgl. Brinz II § 301.

[1] Furtum, wenn die Sache eine bewegliche ist; die condictio heißt in diesem Falle condictio ex causa furtiva oder condictio furtiva (§ 422 [5]). Die gleichen Grundsätze gelten aber auch für die widerrechtliche Aneignung unbeweglicher Sachen, l. 2 D. 13, 3, l. 25 § 1 D. 47, 2. § 425.

[2] Der Aneigner haftet in diesem Falle nicht, wie er eigentlich sollte, da er nur um den Besitz reicher geworden ist, auf Ersatz des Werthes des Besitzes, sondern auf Ersatz des Werthes der Sache, l. 7 § 2. l. 8 pr. § 1 D. 13, 1. S. ferner l. 3 eod. „Si condicatur servus ex causa furtiva, id venire in

Digitized by Google

anderen Worten: der aus widerrechtlicher Aneignung entstehende Schadensersatzanspruch wird als Etwas qualificirt, was er nicht ist[3], und daraus werden denn auch Folgerungen gezogen, namentlich die, daß der Anspruch unbedingt auf die Erben übergeht[4].

[S. BGB. 823. 848. 849. Die Vererblichkeit des Schuldverhältnisses ist keine Besonderheit mehr.]

3. Besondere Fälle.

a. Bereicherung aus einer Leistung, welche zum Zweck der Erfüllung einer irrthümlicherweise vorausgesetzten Verbindlichkeit gemacht worden ist*.

§ 426.

Ein rechtlich besonders ausgebildeter Fall der wegen ermangelnder Voraussetzung ungerechtfertigten Bereicherung ist der in der Ueberschrift bezeichnete.

---

condictionem certum est, quod intersit agentis, veluti si heres sit institutus, et periculum subeat dominus hereditatis perdendae . . ." Die Römer sagen: die condictio furtiva sei condictio rei, nicht possessionis; welcher Satz für sie Bedeutung auch abgesehen von den hier hervorgehobenen Folgen wegen der Geldcondemnation hatte. — Darauf, in welcher Weise der Aneigner den Besitz verloren hat, kommt nichts an, weil er ohne Weiteres in Verzug ist (§ 278 [8. 9]). — Sf. XXXVII. 318.

[3] Was die Römer sich auch nicht verbargen. Gai. IV, 4 (§ 14 I. 4, 6): — „certum est, non posse nos rem nostram ab alio ita petere 'si paret eum dare oportere' . .; plane odio furum, quo magis pluribus actionibus teneantur, effectum est, ut . . rei recipiendae nomine fures ex hac actione etiam teneantur 'si paret eos dare oportere' . . ." Vgl. Bekker Aktionen I S. 105, Pernice Labeo I S. 312, Brinz II S. 511 [25].

[4] L. 5. l. 7 § 2. l. 9 D. 13, 1. Es ist nicht unwahrscheinlich, daß man gerade diesen Gesichtspunkt im Auge hatte, als man gegen den fur eine condictio einführte. Andere Folgerungen: a) es haftet nicht der Sclave nach seiner Freilassung, l. 15 D. 13, 1 (vgl. l. 1 § 18 D. 16, 3); b) nach l. 6 D. 13, 1 haftet nicht der Gehülfe. Dagegen sagt in Betreff dieses letzteren Punktes das Gegentheil l. 53 § 2 D. 50, 16 (vgl. § 453 [5]), und ferner tritt die Delictsnatur des Anspruches hervor in den Sätzen: a) daß von mehreren fures jeder auf das Ganze haftet, l. 1 C. 4, 8; b) daß aus dem furtum des Sclaven und des Sohnes eine actio noxalis gegen den Herrn und Vater geht, l. 4 D. 13, 1. — Es herrscht ein alter Streit darüber, ob die condictio furtiva Delicts- oder Bereicherungsklage sei, vgl. 359 [14]. Nach der hier gegebenen Darstellung ist sie das Eine und das Andere, ihrer wesentlichen Natur nach aber Delictsklage. — Unter den Sätzen, welche sich mit der Delictsnatur der Klage nicht vertragen, darf nicht auch der angeführt werden, daß Herr und Vater aus dem furtum des Sclaven und Sohnes de peculio haften; denn sie haften de peculio nur auf die wirkliche Bereicherung (l. 3 § 12 D. 15, 1, l. 30 pr. D. 19, 1), und die Haftung auf die wirkliche Bereicherung sollte gewiß nicht ausgeschlossen werden, als der Satz aufgestellt wurde: „ex poenalibus actionibus non solet in

Digitized by Google

1. Es muß zum Zweck der Erfüllung einer Verbindlichkeit geleistet worden sein. Ob gerade dasjenige geleistet worden ist, was man schuldig zu sein glaubte, oder etwas Anderes an Erfüllungsstatt, ist gleichgültig[1]. Ebenso ist gleichgültig, ob zum Zweck der Erfüllung einer obligatorischen, oder irgend einer anderen Verbindlichkeit geleistet worden ist[2].

[Diese Sätze treffen auch für das BGB. zu.]

2. Die Verbindlichkeit muß nicht bestanden haben[3]. Es ist gleichgültig, ob sie an und für sich nicht bestanden hat[4], oder ob sie durch Einrede unwirksam war[5]. Dagegen ist das Rückforderungs-

---

patrem de peculio actio dari" (l. 58 D. 50, 17). Vgl. übrigens Mandry das gemeine Familiengüterr. II S. 234 fg., Brinz II S. 527 [31]. Auch Baron Abhandl. aus dem röm. Civilprozeß I S. 30 fg. 73 fg. Dieser Schriftsteller schreibt der cond. furtiva eine Doppelnatur zu, leugnet aber, daß sie Bereicherungsklage sei, sondern behauptet, daß sie „zunächst den Grundsätzen der rei vindicatio unterliegt". Dernburg II § 139, Wendt § 292.

* Dig. 12, 6 Cod. 4, 5 de condictione indebiti. — Erxleben (§ 421) 1. Abtheilung. Voigt (§ 421) § 74. 75. Pfersche S. 99—148. Ferner handelt über die condictio indebiti ein Aufsatz von Renaud ACPra. XXIX S. 147 fg. 428 fg. (1846), in welchem eine Auffassung, die sich bereits bei Christiansen zur Lehre von der naturalis obligatio und der condictio indebiti (1884) S. 61 fg. findet, daß nämlich die condictio indebiti auf einem Irrthum im Willensinhalt, auf einem von Savigny s. g. unächten Irrthum beruhe, dahin ausgebildet wird, daß das irrthümlicherweise Geleistete gar nicht in das Eigenthum des Empfängers übergehe (!). S. dawider Erxleben S. 39 fg., Unterholzner II S. 29 fg., Sintenis II S. 526 fg., Vangerow III § 625, Brinz II § 304. [[Pernice Labeo III S. 258 fg. (rhistorisch.)]] [Pickert Beiträge z. Lehre v. d. cond. indeb. nach röm. u. preuß. R. Gött. Diss. 1891. Sacchi appunti sulla storia della condictio indebiti Arch. giur. LX p. 525 s. S. auch Gläßing das R. der Rückforderung im Gebiete des deutschen öffentlichen R. Annalen des deutschen Reiches 1896 S. 46 fg. 279 fg. (auch separat).]

[1] L. 26 § 4—6 D. 12, 6. Römer Leistung an Erfüllungsstatt S. 134 fg. § 426.

[2] Z. B. einer erbrlichen, l. 36 D. 10, 2, l. 4 C. 1, 18; einer dinglichen, s. l. 7 pr. D. 7, 9, l. 3 § 10 D. 35, 3 (vgl. Arndts § 341 [2 a. E.] und § 421 [11]). Vgl. auch Sf. XVIII. 224 (wo richtig von einer „irrig vorausgesetzten Erbenqualität" die Rede ist, aber die Entscheidung unrichtig auf die Annahme eines wesentlichen Irrthums über Eigenschaften des Mitcontrahenten gegründet wird). A. M. Brinz II S. 542 [6].

[3] L. 54 D. 12, 6.

[4] L. 23 init. D. 12, 6, l. 5 § 1 D. 19, 1; l. 57 pr. D. 18, 1, l. 7 D. 18, 4; l. 37 D. 12, 6, l. 16 pr. D. 18, 1; l. 2 § 1 D. 12, 6; l. 25 D. 12, 6 (vgl. l. 19 § 4. l. 20. 21 eod.).

[5] L. 26 § 3. 7. l. 30. l. 32 § 1. l. 43 D. 12, 6. Vgl. § 321 [10a lit. a]. — Kein Rückforderungsr., wenn der Schuldner geleistet hat, ohne von dem benef. competentiae Gebrauch zu machen (§ 268 [7. 11]). Ebenso wenig, wenn der

Digitized by Google

recht ausgeschlossen, wenn die Verbindlichkeit auch nur als natürliche bestanden hat[6]; wenigstens ist dieß nur ausnahmsweise nicht wahr[7]. Ausgeschlossen ist das Rückforderungsrecht ferner dann, wenn die künftige Existenz der Verbindlichkeit sicher ist[8]. — Dem Fall, wo die Verbindlichkeit gar nicht bestanden hat, steht der Fall gleich, wo sie nicht in der Weise bestanden hat, wie angenommen wurde, etwa für einen anderen Gläubiger[9], oder für einen anderen Schuldner[10], oder mit einem anderen Leistungsinhalt[11] — nur daß natürlich, wenn bloß Zuviel geleistet worden ist, auch nur das Zuviel zurückgefordert werden kann[12].

Bürge geleistet hat, ohne von dem benef. divisionis oder excussionis Gebrauch zu machen (§ 479 [2 a. E.], § 478 [1]).

[6] L. 64 D. 12, 6. „Si quod dominus servo debuit, manumisso solvit, quamvis existimans ei aliqua teneri actione, tamen repetere non poterit, quia naturale agnovit debitum. Ut enim libertas naturali iure continetur et dominatio ex gentium iure introducta est, ita debiti vel non debiti ratio in condictione naturaliter intellegenda est".

[7] In den in § 289 Nr. 1. 2. 6 bezeichneten Fällen. Vgl. auch Pfersche S. 127 fg.

[8] Im Fall der befristeten Verbindlichkeit, l. 10. l. 17. l. 56 D. 12, 6. Vgl. I § 96 [3–5]. Sf. XLV. 98. Doch kann der Schuldner hier das Interusurium zurückfordern. Vgl. Erxleben S. 94—100. A. M. Petzold (§ 274 [1]) S. 396—397 bes. [32]. S. auch Savigny IV S. 38 [k]. — Nicht ausgeschlossen ist das Rückforderungsr. bei der bedingten Verbindlichkeit, es müßte denn die Erfüllung der Bedingung sicher sein, l. 16. 18. 48. 56 D. 12, 6.

[9] L. 65 § 9 D. 12, 6. „Indebitum est non tantum quod omnino non debetur, sed et quod alii debetur, si alii solvatur . ." L. [66] 64 pr. D. 36, 1. Sf. IV. 332.

[10] Die l. 65 § 9 cit. fährt fort: — „aut si id, quod alius debebat, alius quasi ipse debeat, solvat". L. 19 § 1 eod., l. 38 § 2 D. 46, 3, l. 31 pr. D. 5, 3. Ueber l. 5 C. 3, 31 und l. 48 [49] D. 3, 5 s. Vangerow II S. 416 und III S. 521 (7. Aufl. 504). Francke Commentar über den Titel de her. pet. S. 322 fg., und die daselbst Citirten, ferner Zimmermann Aechte und unächte negotiorum gestio S. 75 fg., Schröder das Commodum bei der Erbschaftsklage S. 21 fg., Brinz II S. 646 [49]. Pacchioni Bull. dell' istituto di dir. Rom. III p. 42 s. Nicht in Widerspruch steht l. 44 D. 12, 6 (§ 424 [7]).

[11] L. 19 § 3. l. 26 § 13 i. f. l. 32 § 3 D. 12, 6, l. 10 C. 4, 5. Bernstein zur Lehre vom alternativen Willen S. 60 fg., Pescatore alternative Obligation S. 166 fg. Ueber l. 19 D. 31 s. Vangerow § 549 a. E., Unger österr. Erbr. § 76 [7], Bernstein a. a. O. S. 61, Pescatore a. a. O. S. 168.

[12] L. 3 D. 12, 7, l. 30. l. 31. l. 32 pr. l. 26 § 4—6 D. 12, 6, l. 10 C. 4, 5, l. 19 § 6 D. 19, 2, l. 10 § 1 D. 16, 2. Hierher gehört auch der Fall, wo die Verpflichtung nur auf Leistung gegen Gegenleistung ging (§ 421 [12]) oder auf Leistung gegen Uebernahme einer Last, einer dinglichen (§ 421 [16])

Digitized by Google

[In dem BGB. ist es sicher, daß die Existenz einer Einrede nur dann die Rückforderung der Leistung begründet, wenn sie eine peremtorische ist. Die Verjährungseinrede ist ausgenommen (813). Bei Erfüllung einer betagten Verbindlichkeit schneidet das BGB., entgegen dem in Note [8] Bemerkten, die Rückforderung des Zwischenzinses ausdrücklich ab (813 Abs. 2). Ausgeschlossen ist die Rückforderung (vgl. zu [7]), wenn die Leistung einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprach (814). S. auch 656. 762. 764 und ob. S. 175, 2, b. Im Uebrigen bleibt das im Text Gesagte auch für das BGB. richtig. Ueber Condiction bei gegenseitigen Verbindlichkeiten ([12]) s. S. 303. 308 fg.; über Verwendungen ([12]) s. I S. 885 fg. unter 5.]

3. Das Bestehen der Verbindlichkeit muß irrthümlicherweise angenommen worden sein[13]. Und zwar muß der Irrthum, in welchem

oder einer obligatorischen (§ 421 [11]). Aber das Rückforderungsr. geht auch in diesem Fall nur auf das zuviel Geleistete, mit andern Worten auf die Leistung, die vor der Leistung an den Empfänger von ihm hätte verlangt werden können. Vgl. übrigens auch l. 22 [21] D. 36, 1. Ausnahmsweise ist ein Rückforderungsr. dieser Art nicht begründet, wenn Jemand auf eine fremde Sache, welche er irrthümlicherweise für die seinige hielt, Verwendungen gemacht und die Sache herausgegeben hat, ohne sich diese Verwendungen ersetzen zu lassen (Stellen § 422 [7]). Wenn es in l. 51 D. 12, 6 allgemein heißt: „Ex quibus causis retentionem quidem habemus, petitionem autem non habemus, ea si solverimus, repetere non possumus", so sagt diese Stelle ihrem Wortlaute nach nur, daß das Geleistete, nicht daß das zuviel Geleistete nicht zurückgefordert werden könne; ist aber das Letztere ihr Sinn, so ist anzunehmen, daß sie (sie ist von Pomponius) eine ältere Auffassung repräsentirt, von welcher die erwähnte Ausnahme ein Ueberbleibsel ist. Vgl. über das Ganze Erxleben S. 100 fg., Dernburg Compensation 2. Aufl. S. 369. Brinz 2. Aufl. II S. 543 [18] versteht das solvere der l. 51 cit. von einem solvere nicht des, sondern an den Retentionsberechtigten, womit dann freilich die Stelle gründlich beseitigt ist, aber auf Kosten einer, wie mir scheint, unerträglichen sprachlichen Härte.

[13] L. 1 § 1 D. 12, 6. „Et quidem, si quis indebitum ignorans solvit, per hanc actionem condicere potest; sed si sciens se non debere solvit, cessat repetitio." L. 24. l. 26 § 2. 3 D. 12, 6, l. 9 pr. C. 4, 5 und häufig sonst. S. Voigt § 67. Wer weiß, daß die Verbindlichkeit, welche er erfüllen zu wollen erklärt, nicht besteht, darf nicht behaupten, daß er unter der Voraussetzung des Bestehens dieser Verbindlichkeit geleistet habe. Tritt nun eine andere Absicht seiner Leistung nicht hervor, so wird man zu sagen haben, daß er habe schenken wollen. Daher l. 53 D. 50, 17: „Cuius per errorem dati repetitio est, eius consulto dati donatio est". So auch l. 47 D. 38, 1, l. 7 § 2 D. 41, 4, l. 12 D. 46, 2. Aber die Schenkungsabsicht ist in einem solchen Falle keineswegs nothwendig. S. namentlich l. 50 D. 46, 3. „Si, cum aurum tibi promisissem, ignoranti quasi aurum aes solverim, non liberabor; sed nec repetam hoc quasi indebitum solutum, quod sciens feci". Wenn ferner der bösgläubige Erbschaftsbesitzer Erbschaftsschulden bezahlt, so kann er nicht zurückfordern (l. 31 pr. D. 5, 3), und doch hat er gewiß nicht schenken wollen. Vgl. Windscheid Voraussetzung S. 203, Voigt S. 578 fg., E. Zimmermann Beiträge zur Theorie der condictio indebiti, Gießen 1868, Nr. II (§ 365 [4]). [Haniel Beitrag zur Lehre vom Wesen und Beweis des Irrthums

Digitized by Google

sich der Leistende befunden hat, ein entschuldbarer gewesen sein, so daß bei Rechtsirrthum ein Rückforderungsrecht nicht begründet ist, wenn nicht ausnahmsweise die Entschuldbarkeit des Rechtsirrthums nachgewiesen wird[14]. Dem Irrthum steht Zweifel gleich; nur posi-

---

bei der condict indeb. unter Berücksichtigung der neueren Gesetzgebung. Gött. Diss. 1893. Meseritzer der Irrthum bei der condictio indebiti. Berlin 1899.]

[14] Vgl. I § 79 [7]. — Es wird in den Quellen in einer Reihe von Stellen mit der größten Bestimmtheit und als unbezweifelbares Axiom ausgesprochen, daß bei Rsirrthum die condictio indebiti nicht stattfinde. L. 10. l. 6 C. 1, 18, l. 9 § 5 D. 22, 6, l. 6. 7 C. 4, 5, l. 9 C. 6, 50. Andererseits wird die condictio auf Grund eines Rsirrthums zugelassen in l. 1 pr. D. 36, 4. Aber wenn man auch nicht annehmen will, daß diese Stelle einen ausnahmsweise entschuldbaren Rsirrthum voraussetze, welche Annahme allerdings in ihren Worten keine Unterstützung findet, so kann sie doch als ganz vereinzelte gegenüber jenen zahlreichen und in präcisester Fassung redenden Stellen den eigentlichen und wirklichen Gedanken der Justinianischen Compilation nicht fraglich machen. (Vgl. übrigens auch H. Witte kr. VJS. VII S. 210. 206.) Noch weniger sind dazu im Stande Stellen, in denen die condictio indebiti auf Grund eines Irrthums gewährt wird, welcher nach der Sachlage als Rsirrthum nothwendig oder doch mit Wahrscheinlichkeit zu denken ist, wie z. B. l. 32 § 1. l. 38. l. 64 D. 12, 6 l. 5 C. 4, 5; denn da diese Stellen nicht die Absicht haben, sich über die zur condictio indebiti erforderliche Qualität des Irrthums zu äußern, so ist es von ihnen unzweifelhaft, daß sie voraussetzen, der Irrthum sei in dem gegebenen Fall ein entschuldbarer. In l. 25 pr. i. f. D. 22, 3 wird verlangt: iusta ignorantiae causa". S. auch l. 2 C. 2, 32 [33]. — Die hier vorgetragene Ansicht darf als die heutzutage herrschende angesehen werden; sie wird vertheidigt namentlich von Savigny III S. 447 fg., Erxleben S. 70 fg, Witte S. 98 fg., Voigt S. 635, Unterholzner II S. 36. 37, Sintenis II § 109 Anm. 54, Vangerow III § 625 Nr. II, Puchta § 309 [1], Arndts § 341 [6], Römer Abhandlungen I S. 21. Gegen diese Ansicht neuerdings E. Zimmermann ([13 a. E.]) Nr. I und Hesse ACPra. LVI S. 367 fg. (1873). Jahrb. f. Dogm. XV S. 90 fg., beide aber in vergeblichem Bemühen, die oben genannten Stellen zu beseitigen. Andere stellen die Entscheidung nicht auf den Gegensatz zwischen entschuldbarem und unentschuldbarem Irrthum, sondern auf den Gegensatz zwischen Rsirrthum und factischem Irrthum als solchem, und lassen bei jenem die condictio indebiti unbedingt zu oder schließen sie unbedingt aus. S. die Literaturangaben bei Vangerow a. a. O., Holzschuher III § 266 Nr. 6. Brinz II S. 550 verlangt beweisbaren „glaubhaften" Irrthum; „dieß ist wenigstens regelmäßig der grobe Irrthum nicht". S. auch Pfersche S. 126. — Auch in der Praxis macht sich die hier vertretene Ansicht immer mehr geltend, und ist theilweise selbst von solchen obersten Gerichtshöfen angenommen worden, welche früher nach der entgegengesetzten entschieden haben. Dahin gehören die OA.-Gerichte zu Lübeck (Sf. XIII. 254, vgl. IV. 55, VII. 53), Dresden II. 187, vgl. VI. 206 Nr. 2, freilich auch Nr. 1), Jena (V. 291, vgl. VI. 207, VII. 322). Daß Entschuldbarkeit des Irrthums erforderlich sei, erkennt ferner an das OAG. zu Wiesbaden (XV. 195. I), das OT. zu Berlin (XXXI. 40, XXXIII. 134), das ROHG. (XXXIV. 131), das OAG. zu Lübeck (XXXIV. 131), das OLG. zu Braunschweig (XXXVIII. 128). [Hamburg (Sf.

Digitized by Google

tives Wissen von der Nichtbegründetheit schließt das Rückforderungsrecht aus[15]. — Weiß der Empfänger, daß die Verbindlichkeit, zu deren Erfüllung ihm geleistet wird, nicht besteht, so macht er sich durch das Nehmen einer Entwendung schuldig, und haftet nach den Grundsätzen des § 425[16].

[Im PGB. ist die Rückforderung nur dann ausgeschlossen, wenn der Leistende positiv gewußt hat, daß er zur Leistung nicht verpflichtet war (814).]

LIII. 108. LIV. 24.)] Rechtsirrthum (unentschuldbaren) weisen zurück das OAG. zu Rostock (VII. 52), das AG. zu Celle (XXVII. 33), und der oberste Gerichtshof zu München (XXXVII. 121), nur bei den Personen der l. 25 § 1 D. 22, 3 läßt ihn zu das OAG. zu Cassel (VIII. 140. 141); ebenso das OAG. zu Jena (XXII. 149). Auf der anderen Seite stehen das OT. zu Stuttgart (Sf. VII. 51: Entschuldbarkeit des Irrthums, wenigstens des thatsächlichen, ist nicht erfoderlich [vgl. Kübel Monatschrift für die Justiz-Pfl. in Württ. XX S. 238 fg.]) und das AG. zu Celle (Sf. XXII. 242: Entschuldbarkeit des thatsächlichen Irrthums ist nicht erforderlich). Kommt bei dieser Controverse CPO. § 263 [290] in Betracht? Dawider Mandry § 20 [21], Wach Civilproz. S. 190 [2]. — Uebrigens darf das Erforderniß der Entschuldbarkeit des Irrthums nicht, wie namentlich Savigny thut, darauf gegründet werden, daß hier der Irrthum der Grund des Rückforderungsr. sei. Das ist er gewiß nicht; der Irrthum hat hier überhaupt keine positive Bedeutung, er hat nur die negative Bedeutung, daß bei seiner Abwesenheit die als gewollt erklärte Selbstbeschränkung des Willens sich als nicht wirklich gewollt herausstellt. Deßwegen müßte man, wenn die Frage nur aus der Natur der Sache zu entscheiden wäre, umgekehrt jeden Irrthum, auch den unentschuldbaren, zulassen. Das r. R. scheint sich zu der entgegengesetzten Entscheidung durch die Rücksicht auf den Gläubiger, welcher auf das Behaltenkönnen des Geleisteten gerechnet hat, haben bestimmen zu lassen. So auch, in guter Ausführung, Bähr Anerkennung § 19 nach [6]. Vielleicht ist die oben genannte l. 1 pr. D. 36, 4 der Ausdruck derjenigen Auffassung, welche hier als der Natur der Sache entsprechend bezeichnet ist. Dahin habe ich mich schon früher ausgesprochen (Voraussetzung S. 206. 207), und der gleichen Ansicht ist auch v. Salpius Novation und Delegation S. 284 fg., aber mit einer Unterscheidung (in Betreff der historischen Entwickelung) zwischen solutio und promissum einerseits und zwischen indebite promissum und indebiti promissum andererseits, welche ich für unbegründet halte. Dagegen Witte kr. VJS. VIII S. 204 fg.

[15] Nach der Entscheidung Justinian's in l. 11 C. 4, 5. Vgl. l. 2 pr. D. 12, 6 und Arndts § 341 [7]. Sf. IV. 123, VII. 54, XIII. 355. RG. XXI S. 195: die condictio indebiti ist auch dann begründet, wenn Jemand in Kenntniß einer ihm zustehenden Einrede zahlt, weil er glaubt, sie nicht beweisen zu können.

[16] L. 18 D. 13, 1, l. 43 pr. l. 81 [80] § 6 i. f. D. 47, 2. Vorausgesetzt wird jedoch Besitzerwerb auf Seiten des Empfängers. L. 43 § 2 D. 47, 2. „Si is, qui indebitum accipiebat, delegaverit solvendum, non erit furti actio, cum eo absente solutum sit; caeterum si praesente, alia causa est et furtum fecit". Ueber und gegen die Meinung Francke's (Beiträge Nr. 4), daß Entwendung nur dann vorliege, wenn der Empfänger sich fälschlicherweise für

Digitized by Google

4. Ausnahmsweise fällt das Rückforderungsrecht weg bei den Ansprüchen, bei welchen das Leugnen eine Steigerung auf das Doppelte zur Folge hat (263 Ziff. 2. a)[17].

[Dem BGB. nicht bekannt.]

5. Was den Beweis angeht, so muß der Rückfordernde im Bestreitungsfall beweisen: a) die Leistung; b) die Leistung zum Zweck der Erfüllung der Verbindlichkeit[18]; c) das Nichtbestehen dieser Verbindlichkeit[19] [19a]. Von diesem letzteren Satze gibt es jedoch Aus-

---

die Person des wirklichen Gläubigers ausgegeben habe, s. Vangerow § 625 Nr. III und die daselbst Citirten. Vgl. auch RG. II S. 412.

[17] L. 4 C. 4, 5, § 7 I. 3, 27. Vgl. l. 23 § 4 D. 12, 6, Rudorff ZS. f. gesch. RW. XIV S. 290. 467. 469. — Gewöhnlich fügt man hinzu, daß das Rückforderungsr. auch bei dem Urtheilsanspruch wegfalle. Allerdings wird in den Quellen der Satz, daß „qui ex causa iudicati solvit, repetere non potest", mehrfach vorgetragen, l. 74 § 2 D. 5, 1, l. 36 D. 10, 2, l. 29 § 5 D. 17, 1, l. 1 C. 4, 5, l. 2 C. 4, 31. Von der anderen Seite steht es aber fest, daß, wenn nach der Leistung Aufhebung des Urtheils auf dem Wege der Appellation erlangt worden ist, das Geleistete zurückgefordert werden kann, l. 11 D. 49, 1, und das Gleiche muß für den Fall gelten, wo eine Nichtigkeitsbeschwerde gegen das Urtheil durchgeführt worden ist. Als wirklicher Sinn der oben genannten Stellen stellt sich daher heraus, daß es nicht erlaubt sein soll, die Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urtheil auf dem Wege der condictio indebiti geltend zu machen; was sich auch vollkommen daraus erklärt, daß nach dem älteren R. das Unterliegen in dieser Nichtigkeitsbeschwerde die poena dupli nach sich zog (Keller Civilproceß § 82 [983]). Im Justinianischen R. ist diese poena dupli, und damit der Grund jener Vorschrift, weggefallen; dieselbe hängt daher in der Luft. Jedenfalls ist sie nur eine processualische, keine civilrliche Vorschrift. Deßwegen ist es auch ungerechtfertigt, sie, wie Manche thun, auf den Fall zu übertragen, wo die Leistung auf Grund der irrigen Annahme erfolgt ist, es sei ein Urtheil gefällt worden, welches überhaupt nicht gefällt worden ist. Vgl. über die verschiedenen Auffassungen Rudorff ZS. f. gesch. RW. XIV S. 322 fg., Witte S. 95 fg. und die daselbst Citirten, Brinz 2. Aufl. II § 304 [27. 28], Pfersche S. 121 fg. — Ueber den Satz: „poenae non solent repeti, quum depensae sunt" (l. 42 D. 12, 6, ebenso l. 46 D. 50, 17) vgl. einerseits l. 23 § 4 D. 12, 6, andererseits l. 3 § 14 D. 43, 5 (mit der nämlichen Inscription wie l. 42 cit.), l. 35 D. 17, 6, l. 1 § 2 D. 48, 14, und die verschiedenen Meinungen bei Glück XIII S. 105 fg., welchem beistimmen Vangerow S. 307 (393), Unterholzner I § 247 [d], II § 322 [e], Puchta § 309 [f], ferner bei Francke ACPra. XXII S. 358, Brinz 1. Aufl. S. 415. 2. Aufl. II § 304 [28 a], Karlowa Legisactionenproceß S. 200.

[18] Wenn der Empfänger behauptet, das Geleistete sei ihm z. B. geschenkt worden, so leugnet er, daß ihm zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit geleistet worden sei; die positive Aufstellung, daß ihm geschenkt worden sei, fügt er überflüssigerweise hinzu.

[19] So bestimmt l. 25 D. 22, 3. Die Erwägung aus der Natur der Sache führt zu dem gleichen Resultat, und das wird auch allgemein anerkannt. Dagegen wird lebhaft über die Gründe gestritten, durch welche sich der bezeichnete Satz aus

Digitized by Google

nahmen. Der Rückfordernde ist von dem Beweise des Nichtbestehens der vorausgesetzten Verbindlichkeit frei: α) wenn er eine Person ist, zu welcher man sich wohl versehen kann, daß sie leisten werde, ohne schuldig zu sein; β) wenn der Empfänger arglistigerweise den Empfang abgeleugnet hat und dessen überführt worden ist[20]. Unter allen Um-

der Natur der Sache rechtfertige. Auf der einen Seite wird behauptet (Erxleben II S. 499 fg., Schlesinger Formalcontracte S. 31. 32, Witte Bereicherungsklagen S. 160 fg. namentlich S. 172. 173. kr. VJS. VI S. 376—379, Buhl Anerkennungsvertrag S. 17 fg., Spaltenstein das specifisch juristische Geschäft S. 102 fg.), dieser Satz sei eine unmittelbare Consequenz aus dem Begriff der Voraussetzung; auf der anderen wird gelehrt (Windscheid Voraussetzung S. 189 fg. kr. VJS. I S. 122 fg., Bähr Anerkennung § 19 fg. Jahrb. f. Dogm. II S. 306 fg.), daß nach dem R. der Voraussetzung an und für sich den Empfänger der Beweis der Erfüllung der Voraussetzung treffe, und daß dieß bei der condictio indebiti nur deßwegen anders sei, weil der Leistende durch die Leistung selbst die Erfüllung der Voraussetzung anerkannt habe. Für die letztere Ansicht, welche hier festgehalten wird (vgl. darüber das Nähere § 429 [1]), entsteht die fernere Frage, wie der Begriff der Anerkennung näher zu bestimmen sei. In der ersten Auflage habe ich sie als Beweisvertrag gefaßt; dieser Beweisvertrag ist jetzt von mir aufgegeben (§ 412a [2]). Bähr sieht in ihr eine ächte Anerkennung, d. h. eine Willenserklärung, darauf gerichtet, die Schuld gegen sich gelten zu lassen — die Erklärung der Absicht, die Schuld gegen sich gelten zu lassen, bethätigt durch die Aeußerung der Ansicht vom Bestande der Schuld (Anerkennung 1. Aufl. S. 64 fg. Jahrb. f. Dogm. II S. 311 fg. Anerkennung 2. Aufl. S. 68 fg. 127 [3. Aufl. S. 51. 94 fg.]). S. noch Windscheid Voraussetzung S. 191 fg. kr. VJS. I S. 123 unten. Arndts kr. Uebersch. IV S. 224 fg., Witte Bereicherungsklagen S. 178, kr. VJS. VI. S. 389 fg., Hesse Wesen und Arten der Verträge des heutigen r. R. S. 288 fg. Die Auffassung der Quellen in l. 25 § 1 D. 22, 3 ist doch sehr klar: der Zahlende hat eine Schuld tilgen wollen, und so wird auch wohl eine Schuld vorhanden gewesen sein, er müßte denn ein Mensch sein, zu dessen Einsicht und Umsicht man gar kein Zutrauen haben kann. Etwas anders l. 31 § 17 D. 21, 1 (die übrigens nicht von der Zahlung einer Schuld handelt): Niemand kann sich beklagen, wenn er mit seiner eigenen Erklärung gemessen wird. Vgl. noch Sf. XXXI. 110. Fitting Grundlagen der Beweislast S. 26 fg. lehrt jetzt, der Kläger sei principiell deßwegen vom Beweise frei, weil negative Sätze nicht bewiesen zu werden brauchten.

[[19a] Wenn einem angeblichen Cessionar gezahlt wird, so ist nach Ansicht des Reichsgerichts (XLI S. 150 fg.) die Rückforderungsklage nicht cond. indebiti, sondern cond. ob causam datorum; es muß nicht der Beweis geführt werden, daß der Empfänger nicht Cessionar ist, sondern es erfolgt die Zahlung an den Cessionar mindestens unter der aus der Natur dieses Rgeschäftes sich ergebenden Voraussetzung, daß die Forderung abgetreten sei, und daß der Cessionar dieß nöthigenfalls nachweisen werde. Dieser Auffassung ist m. E. nicht beizutreten. Man könnte ebensogut im Falle der Beerbung des Gläubigers oder in Bezug auf den objectiven Bestand der Schuld die gleiche Argumentation versuchen.]

[20] L. 25 pr. § 1 D. 22, 3. Benfey ZS. f. CR. u. Pr. XIV S. 201 fg., E. Hoffmann APraktRW. N. F. VIII S. 255 fg., Vangerow § 625 Anm. 2, Sintenis § 109 [57], A. Longo Arch. giur. XXXVIII p. 198 s.

Digitized by Google

ständen aber, auch in diesen Ausnahmefällen[21], muß der Kläger das Nichtbestehen der Verbindlichkeit beweisen, wenn sich die Behauptung des Nichtbestehens der Verbindlichkeit in eine positive Behauptung auflöst[22]. Besondere Grundsätze sodann gelten für den Fall, wo die Leistung in einem Schuldversprechen besteht. Hier ist zu unterscheiden, ob in dem Schuldversprechen der Grund der vorausgesetzten Verbindlichkeit ausgedrückt ist, oder nicht; in dem ersten Fall muß der Versprechende das Nichtbestehen der Verbindlichkeit, in dem zweiten Fall der Gläubiger das Bestehen derselben beweisen[23]. — Der Beweis des Nichtbestehens der vorausgesetzten Verbindlichkeit wird durch den Beweis der (factischen oder juristischen) Nichtexistenz derjenigen Thatsachen erbracht, auf Grund deren das Bestehen der Verbindlichkeit angenommen worden ist[23a]. Dabei ist der Richter regelmäßig auch in der Lage, zu entscheiden, ob es dem Kläger erlaubt war, sich in Betreff dieser Thatsachen in einem Irrthum zu befinden[24]; hängt die Entschuldbarkeit des Irthums noch von einer weiteren, nicht feststehenden, Thatsache ab, so muß der Kläger auch diese beweisen[25]. Dagegen braucht der Kläger den Beweis des Irrthums selbst nicht zu führen[26. 27].

411 s. Darüber Schneider kr. VJS. XXXII S. 249 fg. L. 25 § 1 cit. „Sin autem is, qui indebitum queritur, vel pupillus vel minor sit, vel mulier, vel forte vir quidem perfectae aetatis, sed miles vel agricultor et forensium rerum expers vel alias simplicitate gaudens et desidiae deditus: tunc eum, qui accepit pecunias, ostendere, bene eas accepisse, et debitas ei fuisse solutas . .“ Sf. I. 58, VIII. 140. 141, XXXVIII. 128.

[21] Auch in dem zweiten? Die Frage wird verneint von Benfey a. a. O. S. 207; bejaht von Hoffmann a. a. O. S. 257, ferner von Römer die Beweislast hinsichtlich des Irrthums S. 62 fg., wo auch weitere Literatur angeführt ist.

[22] L. 25 § 2 cit. Hier werden drei Fälle aufgezählt: a) der Kläger behauptet, er sei weniger, als er gezahlt habe, also so und so viel schuldig; b) er beruft sich auf Tilgung der Schuld, oder c) auf eine Einrede.

[23] L. 25 § 4 cit. Ist eine genaue Angabe des Grundes der vorausgesetzten Schuld erforderlich, oder genügt eine allgemeine Bezeichnung? S. darüber § 412b [2], wo auch weitere Literatur über diese, jedenfalls interpolirte, Stelle angegeben ist. — Findet auch in diesem Falle die oben bei a angegebene Bestimmung statt? Verneint bei Sf. XVIII. 254.

[23a] Sf. VII. 55.

[24] In diesem Sinne heißt es im pr. der l. 25 cit.: — „eum qui dicit, indebitas solvisse, compelli ad probationes, quod per . . aliquam iustam ignorantiae causam indebitum ab eo solutum“. Vgl. Sf. VII. 322, VIII. 142, XV. 195, XXXVIII. 128.

[25] Der Kläger beruft sich z. B. darauf, daß der Rsirrthum, in welchem er sich befunden hat, ausnahmsweise gerechtfertigt gewesen sei.

Digitized by Google

[Nach BGB. muß der Rückfordernde ebenfalls die bei a b c bemerkten Beweise führen. Die Ausnahmen unter α. β. bis [22] finden nicht statt. Auf Beweis eines Irrthums und seiner Entschuldbarkeit kann es nicht ankommen. Die Rückforderung ist nur ausgeschlossen, wenn bewiesen wird, daß der Leistende die Nichtexistenz der Verbindlichkeit kannte (814). Wird ein Versprechen zur Erfüllung einer Verbindlichkeit geleistet, ohne Angabe dieses Grundes, so ist zu unterscheiden, ob seinem Sinne nach das Versprechen eine abstracte Verbindlichkeit begründen wollte (780) oder nicht. Im letzteren Falle reicht dasselbe zur Klage für den Gläubiger nicht aus, sondern es bedarf des von ihm zu führenden Nachweises des Verpflichtungsgrundes. Ist aber ein Schuldversprechen im Sinne der Begründung einer abstracten Verbindlichkeit gegeben, so kann der Schuldner die Erfüllung nur verweigern (821), oder das Versprechen condiciren, wenn er beweist, daß es der Erfüllung einer Verbindlichkeit dienen sollte und diese nicht bestand.]

b. Bereicherung aus einer Leistung, welche unter einer auf die Zukunft gestellten Voraussetzung gemacht worden ist*.

§ 427.

Die auf die Zukunft gestellte Voraussetzung kann zum Gegenstand ein Handeln des Empfängers haben, und dieß ist ein besonders

[26] D. h. er braucht nicht zu beweisen, daß sein Wille wirklich darauf gerichtet gewesen sei, eine Verbindlichkeit zu erfüllen. Daß sein Wille hierauf gerichtet sei, hat er erklärt, und er kann verlangen, daß bei seiner Erklärung, welche der Gegner als solche hingenommen hat, stehen geblieben werde, bis der Gegner die Unrichtigkeit derselben nachgewiesen hat. Wächter II S. 502. Sf. VII. 56, X. 56, XIII. 255, XV. 195 Nr. II. 2. 3, XVII. 248, XXIV. 120, vgl. XXXI. 145. A. M. Schlesinger Formalcontracte S. 204, welcher vom Kläger dafür, daß er in der That keinen andern Willen gehabt habe, „einigen Nachweis" verlangt. A. M. ferner Röder Abhandlungen über prakt. Fragen des Civilr. Nr. 2, Römer die Beweislast hinsichtlich des Irrthums S. 55 fg., Zimmermann ACPra. XLVIII S. 60 fg., Brinz 2. Aufl. II S. 549, theilweise Hoffmann a. a. O. S. 200 fg. S. auch Witte Bereicherungsklagen S. 180. 162, Bähr Anerkennung S. § 21, Sintenis § 109 [57], Holzschuher III § 266 Nr. 11 1. Hälfte, Pfersche S. 133 fg., Sf. XXIV. 119, XXVII. 234. Man wird wohl thun, sich in Betreff dieser Frage eine Unterscheidung recht scharf zum Bewußtsein zu bringen, deren Beachtung geeignet ist, vielen unnöthigen Streit abzuschneiden: der Zurückfordernde braucht nicht das behauptete Irren zu beweisen; aber er muß den Richter davon überzeugen, daß das von ihm behauptete Irren entschuldbar war ([24. 25]), und indem er dieß thut, macht er freilich auch die Thatsache des Irrens selbst glaublich. S. auch Burckhardt ZS. f. CR. u. Pr. N. F. XXI S. 338 fg. Sf. XXIV. 119. [LIII. 108. LIV. 24.]

[27] Die hier aus der Natur der Sache entwickelten Grundsätze — also nicht die positiven Vorschriften der l. 25 D. 22, 3 — müssen in jedem anderen Falle zur Anwendung kommen, wo zurückgefordert wird wegen Ermangelung einer auf die Gegenwart oder Vergangenheit gestellten Voraussetzung; d. h. der Kläger muß die Ermangelung der Voraussetzung beweisen, nicht aber auch, daß er irrthümlicherweise ihr Erfülltsein angenommen habe.

Digitized by Google

wichtiger Fall, von dem unten (§ 428) noch näher gesprochen werden wird; aber es ist nicht der einzig mögliche[1]. Folgende andere in den Quellen erwähnte Fälle gehören hierher[1a].

Leistung unter der Voraussetzung, daß für den Leistenden künftig eine Verbindlichkeit werde begründet werden[2].

---

* Dig. 12, 4 de condictione causa data causa non secuta. Cod. 4, 6 de condictione ob causam datorum. — C. G. Wächter doctrina de condictione causa data causa non secuta in contractibus innominatis (1822). Erxleben (§ 421) 2. Abtheilung. Voigt (§ 421) § 76. 78. 79. Pfersche S. 148 fg. Unterholzner II S. 40 fg. Sintenis II S. 531 fg. Vangerow III § 626. Brinz II § 303. [[Hipp über Rückforderung wegen Hinfalls des Zwecks. Gött. Diss. 1889. Pernice Labeo III S. 259 fg. (rhistorisch.)]] [Schneider die condictio ob causam datorum bei Verträgen. Erl. Diss. 1895. Behrend zur Lehre von der condictio causa data causa non secuta. Erl. Diss. (1897).]

§ 427. [1] Früher war die durchaus herrschende Auffassung, die condictio c. d. c. n. s. zu denken als Klage auf Rückforderung des um einer Gegenleistung willen Geleisteten, und sie daher in die Lehre von den s. g. Innominatcontracten zu stellen. Die erste Schrift, in welcher sich eine bewußte Unterscheidung der Innominatcontracte und der übrigen Fälle der Leistung ob causam futuram findet, ist die von Wächter. Erxleben S. 32. In aller Unbefangenheit wird der alte Irrthum wieder vorgetragen in der I § 44 [6 a. E.] citirten Schrift von Prinz S. 43 fg. (einer Schrift, in welcher freilich u. A. auch gelehrt wird [S. 58], daß die actiones poenales und die actiones vindictam spirantes identisch seien!). — Ueber die verschiedenen Ansichten, welche in Betreff des Grundes der condictio c. d. c. n. s. aufgestellt worden sind, s. § 423 [12], und füge hinzu Erxleben S. 30 fg., ferner Wendt Reur. und Gebundenheit I. Heft, Erlangen 1878, Pfersche S. 148 fg. Wendt, zu einer älteren Ansicht zurückkehrend, sieht den Grund der cond. c. d. c. n. s. einfach darin, daß die causa eben causa futura sei, also in der Gegenwart nicht existire, und daher die Leistung nicht sowohl causa non secuta anfange sine causa zu sein, als vielmehr causa secuta aufhöre sine causa zu sein. Ueber die Art und Weise, wie sich der Verf. mit dem in der Leistung selbst bethätigten Willensmoment, daß der Empfänger einstweilen haben solle, glaubt abfinden zu können, s. S. 40 fg. L. 7 § 1 D. 23, 3 soll auf favor dotis beruhen. Vgl. über diese Schrift auch Regelsberger kr. VJS. XX S. 409 fg. Jetzt wieder Wendt Jahrb. f. Dogm. XXII S. 321 fg. Pand. S. 686. Pfersche nimmt für den Fall, wo die Voraussetzung nicht auf eine Handlung des Empfängers geht, einen Rückgabevertrag an (vgl. § 423 [12]); für den entgegengesetzten Fall glaubt er die condictio nur historisch erklären zu können, und hält sie daher für heutzutage unpraktisch.

[1a] Vgl. auch Sf. XXXVI. 45.

[2] Z. B. Vorausbezahlung des Miethgeldes; hinterher wird dem Vermiether die Gewährung des Gebrauchs ohne seine Schuld unmöglich. L. 9 § 4. l. 19 § 6. l. 30 § 1. l. 33 D. 19, 2. Ferner gehört hierher der Fall der Ausstellung eines Empfangsbekenntnisses in Erwartung eines dem Aussteller zu gebenden Darlehns. L. 7 C. 4, 30, l. 3 C. 2, 6, l. 4 C. 4, 9. Vgl. § 372,

Digitized by Google

Leistung unter der Voraussetzung, daß[3] durch die Leistung eine Verbindlichkeit des Leistenden werde getilgt werden, entweder sofort[4], oder unter Mitwirkung eines später eintretenden Ereignisses[5].

---

aber auch Voigt § 46 a. E. S. ferner l. 23 pr. D. 12, 6. Vielleicht ist hierher auch l. 15 D. 12, 4 zu stellen. Erxleben S. 186; vgl. Voigt S. 701.

[3] Vgl. zum Folgenden Erxleben § 11.

[4] Beispiele: ein Schuldner leistet einen zur Erfüllung untauglichen Gegenstand, l. 38 § 3 D. 46, 3. Ein Schuldner leistet einem Andern, als dem wahren Gläubiger, in der falschen Meinung, die Leistung an denselben sei dem Willen des Gläubigers gemäß; er hat ein Rückforderungsr., wenn nicht durch die nachträgliche Genehmigung des Gläubigers der Leistung dennoch die Erfüllung ihres Zweckes verschafft wird. L. 14 D. 12, 4, l. 58 pr. § 1 D. 46, 3, l. 80 § 7 D. 47, 2, l. 8 C. 4, 5 (in den beiden letzten Stellen wird das Geleistete ungenau als indebitum bezeichnet), l. 22 pr. D. 12, 6. Weiß der Empfänger, daß er nicht für den Gläubiger annehmen darf, so macht er sich einer Entwendung (furtum) schuldig, und haftet nach den Grundsätzen derselben (§ 425). L. 14 D. 12, 4, l. 81 [80] § 5—7 D. 47, 2, l. 44 D. eod., l. 18. l. 38 § 1 D. 46, 3, l. 3 § 12 D. 24, 1 (vgl. I § 172[16]). (In l. 18 D. 46, 3 und l. 81 [80] § 6 D. 47, 2 wird hervorgehoben, daß der falsus procurator eben auch nur dann ein furtum begehe, wenn er die Absicht habe, das Empfangene zu unterschlagen, vgl. l. 8 C. 4, 5; in l. 43 § 1 D. 47, 2 aber wird eine Meinung referirt, nach welcher der procurator auch in diesem Fall ein furtum bloß unter der Voraussetzung begehen soll, daß ihm in der Absicht, nicht ihn, sondern den Gläubiger zum Eigenthümer zu machen, gegeben worden sei. Vgl. über diese Stellen aber auch Schloßmann Grünh. ZS. IX S. 339 fg.)

[5] Beispiele: ein Schuldner leistet einem Andern, als dem Gläubiger, in der Erwartung, daß der Gläubiger diese Leistung genehmigen werde, l. 14 D. 12, 4, l. 14 pr. l. 58 pr. D. 46, 3, l. 16 pr. l. 22 pr. § 1. l. 25 § 1 D. 46, 8, l. 41 § 11 D. 32. Vgl. auch l. 34 § 6 D. 46, 3. Ferner gehört hierher folgender Fall: der Schuldner in einer alternativen Obligation leistet einen Theil des einen der beiden geschuldeten Gegenstände; dadurch wird der Schuldner nicht theilweise befreit, dagegen ist er ganz befreit, wenn er hinterher den anderen Theil dazu leistet; thut er dieß nicht, sondern leistet den anderen Gegenstand, so kann er den geleisteten Theil zurückfordern. Ebenso bei theilweiser Leistung auf Grund einer generischen Obligation. L. 26 § 13. 14 D. 12, 6, l. 2 § 1 D. 45, 1, l. 34 pr. D. 46, 3. Vgl. § 255[7]. — In l. 26 § 13 cit. heißt es übrigens: — „si autem Stichum praestitisset (das andere Ganze), quinque eum posse condicere quasi indebita"; ebenso l. 34 pr. cit. Es scheint also hier der Gesichtspunkt angelegt zu werden, daß, nachdem die Obligation sich durch die vollständige Leistung auf einen der mehreren möglichen Gegenstände concentrirt habe, der andere Gegenstand aus der Obligation ganz ausgeschieden sei, und sich demgemäß als ein unverschuldeter herausstelle. Hiernach müßte das Rückforderungsr. als ein Rückforderungsr. ob causam finitam gefaßt werden. Von der anderen Seite kann man aber doch nicht sagen, daß der geleistete Theil debite geleistet worden sei, eben weil nur ein Theil geleistet worden ist, und sonach ist das eigentliche Verhältniß denn doch das, daß geleistet worden ist in der Erwartung, es werde durch ein künftiges Ereigniß sich die gemachte Leistung als zur Befreiung dienend ausweisen. Eine Ungenauigkeit des Ausdrucks, wie die bezeichnete, findet sich auch sonst in unserer Lehre s. Note[4. 10]. Vgl. § 255[7].

Digitized by Google

Leistung unter der Voraussetzung, daß durch die Leistung für den Leistenden ein Forderungsrecht werde begründet werden, entweder sofort[6], oder unter Mitwirkung eines später eintretenden Ereignisses[7].

Leistung unter der Voraussetzung eines sonstigen Rechtserwerbes. Ein besonders wichtiger Fall, welcher hierher gehört[8], ist der der Leistung um der Bedingung einer letztwilligen Zuwendung zu genügen[9]; die Voraussetzung ist hier, daß das Zugewendete werde erworben werden[10] und gerade durch die Leistung werde erworben werden[11].

Bestellung einer Dos vor Abschluß der Ehe; die Voraussetzung ist hier, daß eine Ehe zu Stande kommen werde[12].

Schenkung unter Brautleuten. Auch sie gilt als gemacht unter der Voraussetzung, daß eine Ehe zu Stande kommen werde. Jedoch hat derjenige, durch dessen Schuld die Ehe nicht zu Stande kommt, kein Rückforderungsrecht, und wenn der Abschluß der Ehe durch den Tod einer Partei gehindert wird, ist das Rückforderungsrecht des Bräutigams kein unbedingtes[13].

---

[6] L. 32 D. 12, 1.

[7] L. 46 pr. D. 23, 3. Sf. XXVII. 35.

[8] Ein anderer hierher gehöriger Fall ist der, wo die Collation vor Antritt der Erbschaft gemacht wird. L. 13 D. 12, 4, l. 3 § 5 D. 37, 6. Die Voraussetzung darf hier nicht etwa als auf die künftige Entstehung einer Verbindlichkeit gestellt gedacht werden; denn eine Verbindlichkeit zur Collation entsteht für den Erben auch durch den Antritt der Erbschaft nicht; sondern das Verhältniß ist das, daß, wenn er nicht conferirt, er die Erbschaftsre nicht geltend machen kann. L. 3 pr. l. 1 § 10. 13 D. 37, 6. Vgl. III § 610, 6.

[9] Condicionis implendae gratia, condicioni parendi gratia. Erxleben § 12.

[10] Aus welchem Grunde es nicht erworben wird, ist für den Ausfall der Voraussetzung gleichgültig. Es kann sein, daß die Verfügung des Erblassers ungültig, oder wiederaufgehoben ist, oder nie bestanden hat (l. 53. l. 65 § 3 D. 12, 6. l. 2 D. 12, 4, l. 26 D. 5, 2); es kann sein, daß der Leistende erwerbunfähig ist, oder daß er später anderen Sinnes wird und die letztwillige Zuwendung ausschlägt (l. 1 § 1 D. 12, 4, l. 65 § 3 D. 12, 6). Unter die Fälle, wo die Verfügung des Erblassers ungültig ist, gehört auch der, wo der Bedachte das ihm Zugewendete bereits hat, l. 67 pr. D. 12, 6. (Wenn es hier heißt: „an pecuniam . . ut indebitam datam repetere . . . possit"?, so ist das, wie in den in Note [4. 5] genannten Stellen, lediglich ein ungenauer Ausdruck.)

[11] Daher steht ein Rückforderungsr. zu, wenn sich herausstellt, daß die Bedingung gar nicht auferlegt, oder hinterher erlassen war. L. 3 § 6. 7 D. 12, 4. S. auch l. 34 D. 12, 6, dazu aber auch l. 44 § 5 D. 35, 1.

[12] L. 7 § 3 — l. 9 pr. D. 23, 3, l. 59 § 2. l. 74 D. eod., l. 6—9 pr. l. 10 D. 12, 4, l. 5 D. 12, 7, l. 10 D. 23, 1, l. 17 § 1 D. 42, 5, l. 7 C. 5, 6. Erxleben § 8.

Digitized by Google

Schenkung auf Todesfall. Ihre Voraussetzung[14] ist, daß der Schenker den Beschenkten, oder, wenn die Schenkung mit Rücksicht auf eine vorhandene oder bevorstehende Lebensgefahr gemacht wird, daß er diese nicht überlebe[15].

[Für das Recht des BGB. muß man den Begriff der Voraussetzung auch hier bei Seite lassen. Es handelt sich bei jeder Condiction von etwas Geleistetem um Rückforderung wegen Ermangelung des Zweckes. Die Erreichung des Zweckes ist im Augenblick der Leistung immer etwas Zukünftiges; das liegt im Wesen des Zweckes. Während aber in einem Theil der möglichen Fälle der Zweck ein derartiger ist, daß unmittelbar mit Vollendung der Leistung auch entschieden ist, ob der Zweck erreicht wurde oder nicht — Parallele der condicio in praesens vel praeteritum relata —, ist in dem andern Theil der denkbaren Fälle der Zweck ein derartiger, daß zunächst ein Schwebezustand eintritt, und erst die Zukunft darüber entscheidet, ob der Zweck erreicht werden wird oder nicht — Parallele der condicio in futurum relata. Die Rückforderung einer auf eine angebliche Schuld gemachten Leistung ist nichts anderes als eine Rückforderung wegen verfehlten Zwecks; aber es ist mit Vollendung des Leistungsgeschäfts sofort entschieden, ob der Zweck erreicht wurde, weil die Schuld bestand, oder ob er verfehlt wurde, weil sie nicht bestand. Wird dagegen ein Schuldversprechen gegeben in Erwartung künftiger Auszahlung eines Darlehns, so entscheidet erst die Zukunft über die Erreichung des Zwecks. Abgesehen aber von dem Eintreten oder Nichteintreten eines solchen Schwebezustandes sind beide Gruppen von Fällen grundsätzlich gleich zu behandeln. Deßhalb ist auch die Parallele zwischen §§ 814 und 815 BGB. durchaus folgerichtig. Die Rückforderung wegen Nichteintritts des mit der Leistung bezweckten Erfolges ist ausgeschlossen, wenn der Eintritt des Erfolges von Anfang an unmöglich war und der Leistende dieß gewußt hat (815). Nichts als ein besonderer Anwendungsfall hiervon ist der Ausschluß der Rückforderung dessen, was Jemand sciens indebitum geleistet hat; denn er hat gewußt, daß der der Leistung gesetzte Zweck niemals werde erreicht werden können. Daß die Rückforderung auch dann ausgeschlossen ist, wenn der Leistende den Eintritt des Erfolges wider Treu und Glauben verhindert hat (815), entspricht dem § 162 und war zweifellos schon für das gemeine Recht richtig. — Zu dem bei Note [13] Bemerkten s. BGB. 1301. — Bei der durch Leistung vollzogenen

[13] Es geht „osculo interveniente" nur auf die Hälfte. Ueber Beides s. l. 15. 16 C. 5, 3; über das ältere R. l. 2. 10. 11 C. eod., l. 1 § 1 D. 39, 5, Vat. fr. § 262. Windscheid S. 29. 109, Erxleben S. 152—157. Ueber das „osculum" s. noch Glück XXIV S. 396 fg., Spangenberg ACPra. XII S. 296 fg., Klenze ZS. f. gesch. RW. VI S. 72, Bruns Syrisch-röm. Rbuch S. 259 fg. Vgl. Sf. IV. 233, XVII. 59.

[14] Sie kann aber auch unter einer aufschiebenden Bedingung gemacht werden. S. § 369 [2].

[15] L. 12 D. 12 4, l. 35 § 3 D. 39, 6, l. 19 pr. D. 12, 1. — Schenkung unter der Voraussetzung des früheren Ablebens einer dritten Person: l. 18 pr. l. 11 D. 39, 6, l. 3 C. 8, 56 [57]. Erxleben § 9, Voigt S. 724—731. Vgl. III § 677 [11 lit. b.].

Digitized by Google

Schenkung auf Todesfall kann eine vertragsmäßig bedungene Rückgabepflicht mit voller Haftung begründet sein. Ist das nicht der Fall, so ist doch die gesteigerte Haftung gemäß § 820 zufolge Abs. 1 S. 2 das. begründet. S. ob. S. 832 unt. d.]

§ 428.

Wenn die Voraussetzung der Leistung durch eine von dem Empfänger vorzunehmende Handlung gebildet wird (§ 427), so kann sie näher gerichtet sein: 1) entweder darauf, daß der Empfänger das Empfangene in gewisser Weise verwende[1] oder sich in Beziehung auf dasselbe in gewisser Weise verhalte[2]; oder 2) darauf, daß er seinerseits eine Leistung mache. In diesem letzten Falle ist wieder entweder möglich, daß die von ihm zu beschaffende Leistung sich als Auflage auf eine Schenkung darstellt[3], oder daß sie im Sinne des Vertrages Aequivalent für das ihm Geleistete ist[4]. In allen diesen Fällen aber hat der Leistende außer dem Rückforderungsrecht wegen Ausbleibens der vorausgesetzten Handlung auch ein Forderungsrecht auf Vollziehung dieser Handlung aus dem abgeschlossenen Vertrag[5], ohne daß das letzte Recht das erste ausschlösse[6]. Nur ist im Falle des gegenseitigen Vertrages zuzusehen, ob die Leistung wirklich um der Gegen-

---

§ 428. [1] L. 11 D. 12, 4, l. 53 D. 12, 6, l. 5 § 9. l. 9 pr. D. 23, 3, l. 2 § 7 D. 39, 5.

[2] Z. B. das Empfangene nicht veräußere (l. 3 C. 4, 6), oder nach gewisser Zeit weiter gebe (l. 49 D. 24, 1, l. 3 C. 8, 54 [55]). Vgl. auch Sf. V. 7.

[3] L. 3 D. 39, 5, l. 8 C. 4, 6, l. 2 C. eod., l. 1 C. 8, 54 [55]. Vgl. Sf. XVI. 103.

[4] Beispiele aus den Quellen: es wird etwas gegeben, damit ein Sclave freigelassen werde, l. 1 pr. l. 3 § 2. 3. 5 D. 12, 4, l. 5 § 2. l. 7 D. 19, 5 l. 19 pr. D. 12, 1, l. 6. 9 C. 4, 6; damit ein Sclave nicht freigelassen werde, l. 3 § 1 D. 12, 4; ut filius emancipetur, l. 1 pr. D. 12, 4; ut procurator sit, l. 5 C. 4, 6, vgl. l. 11 C. 4, 6.; ut Capuam eas, l. 5 pr. D. 12, 4; ut a lite discedatur, ne ad iudicem iretur, l. 1 pr. l. 3 pr. D. 12, 4; ut tabulam pingas, l. 5 § 2 D. 19, 5. Geben einer Sache, damit eine andere gegeben werde (Tausch), l. 5 § 1 D. 19, 5, l. 1 § ult. D. 19, 4, l. 5. 7 C. 4, 64; Erlaß gegen Stellung eines anderen Schuldners, l. 4 D. 12, 4., l. 8 § 8 D. 16, 1. S. noch l. 16 D. 12, 4, l. 4 C. 4, 6, l. 65 § 4 D. 12, 6.

[5] Wer etwas nimmt, was ihm unter der erkennbar hervortretenden Voraussetzung einer seinerseits vorzunehmenden Handlung gegeben wird, verspricht im Nehmen die Vornahme dieser Handlung; er bringt durch das Nehmen einen (unbenannten) Realvertrag zu Stande, und begründet gegen sich nach r. R. eine actio praescriptis verbis (§ 312 [4]). L. 5 § 1. 2. l. 7. l. 9. l. 26 D. 19, 5, l. 4. 5 C. 4, 64; l. 9. 22 C. 8, 53 [54], l. 28 D. 39, 5, l. 8 C. 4, 64, l. 3 C. 4, 38.

[6] S. I § 99 [1].

Digitized by Google

leistung willen, und nicht vielmehr zum Zweck der Erfüllung der dem Leistenden auf Grund des gegenseitigen Vertrages obliegenden Verpflichtung erfolgt ist[7]. Und ferner ist im Falle einer Vermögenszuwendung mit der Auflage einer Herausgabe an einen Dritten das Rückforderungsrecht ausgeschlossen durch das diesem Dritten auf die Herausgabe erworbene Forderungsrecht[8].

Das Rückforderungsrecht wegen Ausbleibens der vorausgesetzten Handlung findet nicht statt, wenn den Geber bei dem Geschäfte der Vorwurf des Unerlaubten trifft[9]. Die Frage, inwiefern es auch dann nicht stattfindet, wenn die vorausgesetzte Handlung dem Empfänger unmöglich ist oder wird, ist bereits I § 100 Abs. 2. 3 beantwortet worden[10]. Auf der anderen Seite findet ein Rückforderungsrecht trotz des Nichtausbleibens der vorausgesetzten Handlung statt, wenn der Vorwurf des Unerlaubten den Empfänger trifft[11].

Gereicht das abgeschlossene Geschäft in keiner Weise zum Interesse des Empfängers, ist dieser vielmehr nur als Werkzeug zu einer im Interesse des Gebers liegenden Verwendung oder Weitergabe des Gegebenen benützt worden, so hat der Geber ein Rückforderungsrecht zwar nicht wenn die vorausgesetzte Handlung vorgenommen worden ist, wohl aber ehe sie vorgenommen worden ist[12].

[Ueber Condiction bei gegenseitigen Verträgen s. ob. S. 303. 308 fg., über die Auflage bei Schenkung s. BGB. 525—527 und dazu ob. S. 527 fg., über die Auflage als letztwillige Verfügung BGB. 2192 fg. bes. 2196. Zu dem bei Note [9. 11] Bemerkten s. BGB. 817 und dazu ob. S. 827.]

---

[7] Vgl. § 321 [10. a]. — Um der Gegenleistung willen ist beim gegenseitigen Vertrag auch in dem Fall geleistet, wo der Vertrag ungültig ist, und in Kenntniß seiner Ungültigkeit geleistet worden ist, Windscheid S. 164. Vgl. Sf. II. 58. RG. II S. 410, vgl. XIII S. 4. Aus diesem Grunde war bei den Römern die condictio c. d. c. n. s. nur bei denjenigen gegenseitigen Verträgen ausgeschlossen, welche von der Form entbunden waren. S. die in Note [4] genannten Stellen, und vgl. 321 [9]. Daselbst ([11. 12]) auch von dem nach r. R. bei den unbenannten Realverträgen zustehenden freien Rücktrittsr.

[8] S. l. 3 C. 8, 54 [55] § 316 [5. 13].

[9] L. 4 § 3 D. 12, 5. [Sf. LI. 183, LIV. 213.]

[10] Vgl. auch Holzschuher III § 265 Nr. 1.

[11] S. § 423 [5]. — Trifft der Vorwurf den Geber und den Empfänger zugleich, so bleibt es zwar dabei, daß der Geber nicht zurückfordern kann; dagegen kann auch der Empfänger auf Grund des ihm eingeräumten R. keinen Anspruch gegen den Geber erheben. L. 3 (vgl. l. 2 § 2) l. 4 pr. § 1. l. 8 D. 12, 5, l. 2. 5 C. 4, 7, l. 5 pr. D. 12, 7, l. 3 § 3. l. 5 § 1 D. 3, 6, l. 134 pr. D. 45, 1. Voigt S. 567—570 und § 73. Zu l. 5 D. 12, 7 s. noch Schlayer ACPra. XLIX S. 91 fg. Sf. I. 195, II. 19, IV. 281, VIII. 25. 119, XIII. 257, XVIII. 225.

[12] L. 5 § 1. 2 D. 17, 4, l. 27 § 1 D. 17, 1. Vgl. l. 11 § 8 D. 24, 1.

Digitized by Google

§ 429.

Was den Beweis* angeht, so muß auch hier (§ 426 Ziff. 5) der Rückfordernde beweisen: a) die Leistung; b) die behauptete Voraussetzung; c) den Eintritt der Entscheidung, wenn von der Gegenseite behauptet wird, daß die Voraussetzung noch schwebt[1]. Dagegen braucht er d) wenn die Parteien darüber einverstanden sind, daß die Entscheidung gefallen sei, nicht zu beweisen die Nichterfüllung der Voraussetzung; der Empfänger muß, wenn er behalten will, seinerseits die Erfüllung der Voraussetzung darthun[2].

[Das BGB. hat die Beweislastfrage nicht entschieden. Mit Recht bemerkt die II. Comm. (Prot. S. 2959), daß die Beweislast von dem Inhalt der vorläufigen causa, d. h. davon abhänge, in welchem Sinne die Leistung von der Entscheidung über die Erreichung des Zwecks abhängig gemacht worden sei, und was die Parteien für die Zeit des Schwebezustandes beabsichtigt hätten.]

[[*Hipp (§ 427*) S. 33 fg.]]

§ 429. [1] Für die Zeit der schwebenden Voraussetzung ist das Haben des Empfängers durch den in dem Geben ausgedrückten Willen gerechtfertigt. Vgl. Sf. XXIX. 281. A. M. Dernburg (2).

[2] So: Heffter zu Weber Beweisführung S. 237, Windscheid Voraussetzung S. 189 fg. und kr. VJS. I S. 122 fg., Bähr Anerkennung § 18 nach [10] (welchem zustimmt Arndts kr. Ueberschau IV S. 223 unten), Gerber Beiträge zur Lehre vom Klagegrunde und der Beweislast S. 125 fg., Maxen über Beweislast, Einreden und Exceptionen S. 254 fg., Wetzell Civilproc. § 15 [17], Wendt § 427 [1], Dernburg Preuß. Privatr. II § 685 [11], Pand. § 142 [16], Sf. XXI. 127. RG. V S. 26, XIV. S. 225. Entgegengesetzter Meinung sind: Bethmann-Hollweg Versuche S. 341, Exxleben S. 499 fg., Witte Bereicherungsklagen S. 169 fg. und kr. VJS. VI 376—379, Schlesinger Formalcontracte S. 209 fg., Buhl (§ 423 [8 a. E.]) S. 17 fg., Spaltenstein das specifisch juristische Geschäft S. 90 fg., Brinz 2. Aufl. II S. 540, Pfersche S. 155. 160, Ludw. Goldschmidt Jahrb. f. Dogm. XXIV S. 67 fg. Man bemerke über diese schwierige Frage Folgendes. 1) Sieht man zunächst auf innere Gründe, so hängt die Vertheilung der Beweislast davon ab, wie man das Verhältniß der Voraussetzung zur Willenserklärung, welcher sie hinzugefügt ist, auffaßt. Sagt man, die Voraussetzung bilde dieser Willenserklärung gegenüber eine zweite für sich bestehende Willenserklärung, durch welche für einen gewissen Fall die Pflicht zur Rückgabe begründet werde (nach Art der auflösenden Bedingung), so muß der Kläger das Eintreten dieses Falles beweisen; sagt man, sie sei ein der Willenserklärung inhärirendes Element, durch welches der definitive Bestand der gewollten Vermögenszuwendung von einer gewissen Gestaltung der Zukunft abhängig gemacht werde (nach Art der aufschiebenden Bedingung), so muß der Beklagte beweisen, daß diese Gestaltung eingetreten sei. Ich bleibe dabei stehen, daß die letztere Auffassung dem Wesen der Voraussetzung entsprechender sei, als die erstere. In ähnlicher Weise rechtfertigen Gerber und Maxen die Beweislast des Beklagten (im Einzelnen noch unter sich abweichend), obgleich sie die causa nicht als Voraussetzung, sondern, in der Weise Voigt's, als objectiven Rechtfertigungsgrund fassen. Witte beruft sich gegen mich darauf, daß „der

Digitized by Google

B. Freiwillige Besorgung fremder Angelegenheiten*.

§ 430.

Die Thatsache, daß Jemand in fremden Angelegenheiten thätig wird, erzeugt Verpflichtungen sowohl für ihn, wie für denjenigen, in

---

Wille als solcher Rgrund sein könne, die Leistung also nicht erst durch den Eintritt des zukünftigen Ereignisses eine causa erhalte" (BJS. S. 378). Aber es handelt sich hier nicht von dem Willen als solchem, sondern von dem an eine Voraussetzung gebundenen Willen. Witte hat causa als Bestimmnngsgrund (§ 318, 2) und causa als Voraussetzung (§ 318, 3) verwechselt. 2) Was die Quellenäußerungen angeht, so dürfen der hier vertheidigten Ansicht keine Schwierigkeit solche Stellen machen, welche, wie z. B. l. 19 pr. D. 12, 1 und l. 58 pr. D. 46, 3, sagen, daß erst causa non secuta ein Forderungsr. entstehe. Diese Stellen wollen nichts, als hervorheben, daß bei Dauer der Ungewißheit ein Forderungsr. noch nicht bestehe. In l. 1 pr. D. 12, 4 heißt es denn auch umgekehrt: „causa secuta repetitio cessat"; vgl. auch l. 3 eod. Dagegen will ich eine Stelle nicht verschweigen, auf welche ich erst später aufmerksam geworden bin, und welche allerdings nicht unbedenklich ist. L. 26 D. 39, 6. „Si, qui invicem sibi mortis causa donaverunt, pariter decesserunt, neutrius heres repetet, quia neuter alteri supervixit". Daß in dieser Stelle nicht von Solchen die Rede ist, deren gleichzeitiger Tod feststeht, sondern von Solchen, die in einer gemeinschaftlichen Gefahr umgekommen sind (I § 53 a. E.), darf mit Fug nicht bestritten werden, vgl. l. 9 § 2. 3. 4 D. 34, 5, l. 18 pr. eod., l. 32 § 14 D. 24, 1, l. 35 [34] D. 36, 1. Dann aber besteht, so weit ich sehe, mit dieser Stelle die hier vertretene Auffassung nur dann, wenn man als die Auffassung des r. R. annimmt, daß Personen, welche in einer gemeinschaftlichen Gefahr umgekommen sind, als gleichzeitig gestorben rlich zu gelten haben, wofern nicht der frühere Tod der einen bewiesen werden kann. Vgl. I § 53 [6]. 3) Das R. der querela non numeratae pecuniae in dieser Streitfrage zu verwerthen, halte ich bei der Eigenthümlichkeit, und zum Theil Dunkelheit, dieses Rs für äußerst bedenklich. 4) Unter allen Umständen muß m. E. dem Beklagten die Beweislast dann auferlegt werden, wenn gegen ihn ein Forderungsr. auf Erfüllung des Vorausgesetzten begründet ist. Wenn das r. R. auf Grund der actio praescriptis verbis dem Empfänger die Befugniß zugesprochen hat, das Empfangene bei schuldloser Unmöglichkeit der Erfüllung zu behalten (I § 100 [6]), so wäre es wenig in seinem Sinne gehandelt, wenn man nicht auch die Beweislast bei der condictio c. d. c. n. s. nach dem R. der actio praescriptis verbis regeln wollte. So auch (jedoch mit Ausschluß der donatio sub modo) Bethmann-Hollweg Versuche S. 342. Vgl. Hesse Wesen und Arten der Verträge S. 108 fg. 5) Wenn Erxleben und Witte geleisteten Forderungsren gegenüber eine verschiedene Behandlung wollen eintreten lassen, je nachdem dieselben wegen mangelnder Voraussetzung zurückgefordert werden (wo nach der Regel der Kläger beweisen soll), oder die Ermangelung der Voraussetzung durch Einrede geltend gemacht wird (in welchem Falle den Empfänger die Beweislast treffen soll), so halte ich diese Unterscheidung für nicht gerechtfertigt. Dawider auch Schlesinger a. a. O. S. 213, dafür Spaltenstein das specifisch juristische Geschäft S. 109 fg. — Fitting Grundlagen der Beweislast S. 34 fg. 54 (1888) will jetzt zwischen der positiven und der negativen Voraussetzung unterscheiden; bei jener treffe allerdings den Empfänger

Digitized by Google

dessen Angelegenheiten er thätig wird, auch ohne daß ein Auftrag oder ein sonstiges Verpflichtungsverhältniß zwischen ihm und dem Geschäftsherrn vorhanden ist[1]. Die technische Bezeichnung des römischen

die Beweislast, bei dieser aber nicht, weil negative Sätze nicht bewiesen zu werden brauchten. Vgl. § 426 [10] a. E.

* Dig. 3, 5 Cod. 2, 18. [19] de negotiis gestis. — Kritz Pandektenr. I. 1 S. 348—428 (1835). Kämmerer ZS. f. CR. u. Pr. VIII S. 137 fg. 161 fg. 341 fg. (1835). Wächter Beiträge zur Lehre von der Negotiorum Gestio ACPra. XX S. 337 fg. (1837). Chambon die Negotiorum Gestio (1848). Ruhstrat Beiträge zur Lehre von der Negotiorum Gestio, ACPra. XXXII S. 173 fg. XXXIII S. 25 fg. 213 fg. XXXIV S. 59 fg. (1849. 1850. 1851). Dankwardt die Negotiorum Gestio (1855). Brinkmann das Verhältniß der actio communi dividundo und der actio negotiorum gestorum zu einander (1855). Leist civilistische Studien II S. 103—164 (1855). Köllner die Grundzüge der Obligatio Negotiorum Gestorum (1856). (Darüber Stintzing Heid. kr. ZS. IV S. 227 fg.) Ruhstrat über negotiorum gestio (1858). Witte die Bereicherungsklagen des r. R. S. 6—46 (1859). Aarons Beiträge zur Lehre von der negotiorum gestio. Erste Abtheilung (1860). Jacobi Jahrb. f. Dogm. IV S. 215 fg. 293 fg. (1861). Ruhstrat Jahrb. f. Dogm. IX S. 223 fg. (1868). L. Seuffert die Lehre von der Ratihabition der Rgeschäfte § 5. 9. 10 (1868). E. Zimmermann Aechte und unächte negotiorum gestio (1872). (Ueber diese Schrift vgl. Regelsberger kr. VJS. XIV S. 277 fg. Nachträge zu derselben in der Schrift von Zimmermann über die stellvertretende Negotiorum Gestio [1876] S. 128 fg.). v. Monroy die vollmachtslose Ausübung fremder Vermögensre. (1878). (Darüber Krüger ACPra. LXII S. 202 fg., Ruhstrat kr. VJS. XX S. 374 fg.) Sturm das negotium utiliter gestum (1878). (Darüber Krüger ACPra. LXII S. 202 fg., Ruhstrat kr. VJS. XXI S. 365 fg.) Wlassak zur Geschichte der negotiorum gestio (1878). (Darüber Hölder Gött. Gel. Anz. 1880 S. 404 fg. S. auch Note [1a].) Ruhstrat Jahrb. f. Dogm. XIX S. 154 fg. (1881). Ders. ACPra. LXIV S. 110 fg. (1881). Sturm das Grundprincip der negotiorum gestio (1882). Kohler Jahrb. f. Dogm. XXV S. 42 fg. (1886). Ruhstrat das. XXVII S. 70 fg. (1889). Glück V S. 318—385. Unterholzner II S. 600—611. Sintenis II § 114. Vangerow III § 664—667. Brinz 2. Aufl. II § 321. 321a. Wächter II § 203. Ueber die auch das das r. R. berücksichtigende Schrift von Ogonowski, die Geschäftsführung ohne Auftrag nach österr. R., Lemberg 1877, vgl. v. Schey Grünh. ZS. V S. 438 fg. Ueber die beiden Aufsätze von Ruhstrat im Magazin für das deutsche R. der Gegenwart III S. 1 fg. IV S. 161 fg. s. § 482 [8-9]. [Cogliolo i principi teorici della gestione degli affari altrui. Modena 1889. Derselbe trattato teorico e pratico della amministrazione degli affari altrui. Firenze 1890. Atzeri i principi fondamentali della gestione d'affari. Cagliari 1890. 1891 (citirt bei Brezzo s. unt.) Sturm Beitr. z. r. R. Naumb. 1891. S. 23 fg. Brezzo lineamenta di una teorica sui limiti della negotiorum gestio nel dir. civile per il XXXV anno d'insegnamento di F. Serafini (1892) p. 33 s., Thon ACPra. LXXX S. 77 fg. 1893, Pacchioni trattato della gestione degli affari altrui secondo il diritto romano e civile. Lanciano 1893; dazu Ferrini Bull. dell istituto di dir. rom. VII p. 85 s. (1894). hiergegen Pacchioni das. IX p. 50 s. (1896). S. auch Pernice

Digitized by Google

Rechts für ein Thätigwerden in fremden Angelegenheiten, welches ohne Auftrag oder ein sonstiges Verpflichtungsverhältniß eintritt, ist negotiorum gestio.

[Im BGB. ist „Geschäftsführung ohne Auftrag" dann gegeben, wenn Jemand ein Geschäft für einen Andern besorgt, ohne von ihm beauftragt, oder ihm gegenüber sonst dazu berechtigt zu sein (677).

1. Durch die Fassung „für einen andern", nicht „eines andern", wollte man die Unterscheidung zwischen objectiv fremden Geschäften und subjectiv fremden Geschäften, d. h. solchen, welche an sich nicht fremde sind und es erst durch die Bestimmung des Geschäftsführers werden, ablehnen (Mot. II S. 855 fg.). Man nahm an, die Unterscheidung könne nur bei Geschäftsführung durch Rechtsgeschäfte Bedeutung haben. Habe nun der Geschäftsführer im Namen des Geschäftsherrn ein Rechtsgeschäft geschlossen, so sei die Anwendbarkeit des Rechts der freiwilligen Geschäftsführung außer Zweifel; habe er es im eigenen Namen geschlossen, so sei erforderlich, daß der Geschäftsführer bei der Geschäftsbesorgung die Absicht, im Interesse des Geschäftsherrn zu handeln, entweder dem Geschäftsgegner gegenüber oder in anderer Weise nach außen kundgegeben habe; der bloße innere Wille könne nicht in Betracht kommen. Sei aber jene Voraussetzung erfüllt, so müsse, ohne daß es weiterer Unterscheidungen bedürfe, das Recht der frei-

---

Sav.-ZS. XIX S. 164. 166. Sturm die Lehre v. d. Geschäftsführung ohne Auftrag nach dem BGB. f. d. deutsche Reich, Berlin 1897.]

[1] Ein sonstiges Verpflichtungsverhältniß: Vormundschaft oder Amt, wovon unter C und D (§ 432 fg.) die Rede sein wird. [Wenn Jemand kraft öffentlichen R. zum Eingreifen verpflichtet ist, so ist an sich das Vorliegen einer freiwilligen Geschäftsführung im Sinne des Privatr. nicht ausgeschlossen. RG. XLI S. 59 fg. führt aber mit Recht aus, daß ein Ersatzanspruch nach den Vorschriften über neg. gestio nicht begründet ist, wenn das verpflichtende Gesetz die Entschädigungsfrage ausschließlich regeln will (Ges. v. 27/12 72 betr. die Verpflichtung deutscher Kauffahrteischiffe zur Mitnahme hülfsbedürftiger Seeleute). — Der Versicherte kann negotiorum gestor des Versicherers sein: RG. XXXII S. 13 fg.] Man hat sich vielfach bemüht, den Begriff der „fremden Angelegenheiten", des „negotium alienum" näher zu bestimmen, vorzugsweise im Interesse der Lösung der im folgenden § behandelten Fragen. Die Dogmengeschichte dieser Bestrebungen gibt die bei * citirte Schrift von Aarons. Dieser letztere Schriftsteller stellt (S. 195) folgende Formel auf: ein negotium alienum sei diejenige Handlung, „welche den Inhalt hat, einem fremden Vermögen ein Object der Berechtigung resp. Verpflichtung hinzuzufügen, oder ein darin bereits befindliches zu entfernen oder zu modificiren, oder aber eine dieser Thatsachen zu verhindern". Ich zweifele, ob diese oder eine ähnliche Formel dem Richter für die Entscheidung des einzelnen Falles Hülfe gewähren wird. S. auch § 431 [14a]. — Mit der zuvor gemachten Bemerkung soll übrigens der Schrift von Aarons nicht zu nahe getreten sein, welche vielmehr durch den gewissenhaften Fleiß der Arbeit und die umsichtige Beherrschung des Stoffes die besten Erwartungen von der zweiten Abtheilung erregt, in welcher der Verf. seine eigene Ansicht näher zu entwickeln verspricht. (Diese zweite Abtheilung ist jetzt leider nicht mehr zu erwarten, da nach einer Mittheilung von Wlassak [a. a. O. S. 11] Aarons schon vor mehreren Jahren gestorben ist.)

§ 430.

Digitized by Google

willigen Geschäftsführung ebenso zur Anwendung kommen, wie beim Abschluß des Geschäfts im Namen des Geschäftsherrn. „Die Feststellung des Begriffs des objectiv fremden Geschäfts würde ohnehin auf große und kaum zu besiegende Schwierigkeiten stoßen" (S. 856). Daran ist richtig, daß nach dem BGB. die gleichmäßige Anwendbarkeit der Bestimmungen über die Geschäftsführung ohne Auftrag sowohl auf den Fall der Besorgung eines objectiv fremden Geschäfts wie auf denjenigen der Besorgung eines Geschäfts, welches erst durch eine in der Außenwelt erkennbare Bestimmung des Geschäftsführers zum fremden geworden ist, keinem Zweifel unterliegt.

Wenn aber die Mot. verlangen, daß bei der Geschäftsbesorgung diese Absicht kundgethan wird, so muß sie doch nicht nothwendig bei Abschluß des fraglichen Geschäfts selbst kundgethan werden. Wenn z. B. ein Darlehn aufgenommen wird in der nicht verlautbarten Absicht, das Geld in fremdem Interesse zu verwenden, so wird es genügen, wenn später diese Verwendung wirklich erfolgt. Der Geschäftsführer kann dann nicht nur das verwandte Geld (welches, obwohl gegeliehen, sein eigenes war) dem Geschäftsherrn in Rechnung stellen, sondern er kann auch statt dessen geltend machen, daß er in Führung fremder Geschäfte die Darlehnsschuld eingegangen ist und Befreiung von ihr fordern (257). Sodann ist es m. E. nicht berechtigt, wenn die Motive glauben, der in Rede stehende Gegensatz könne nur auf dem Gebiete der rechtsgeschäftlichen Geschäftsführung auftreten. Es ist doch wohl deutlich, daß, wenn Jemand fremdes Getreide mäht und einfährt, er ein objectiv fremdes Geschäft führt, während, wenn er aus seinem Holz Zaunpfähle schneidet, dieses Geschäft nur dann ein fremdes ist, wenn er zum Zwecke der Reparatur eines fremden Zaunes handelt. Endlich ist zu bemerken, daß die fragliche Unterscheidung und die Bestimmung des Begriffs eines objectiv fremden Geschäfts trotz ihrer Schwierigkeit für das BGB. unentbehrlich geblieben ist, wie denn auch die Motive selbst (S. 856 Mitte. S. 869 zu § 761) getrost damit operiren. Wie sollte man § 687 BGB. ohne den Begriff des objectiv fremden Geschäfts zur Anwendung bringen? Das objectiv fremde Geschäft (vgl. [1]) wird dasjenige sein, das seiner Natur nach von selbst in das fremde Vermögen eingreift (vgl. Dernburg Pand. II § 122 zu [4]), obwohl zuzugeben ist, daß diese Formel nicht alle Schwierigkeiten hebt.

2. Die Worte: „ohne von ihm beauftragt, oder ihm gegenüber sonst dazu berechtigt zu sein" haben den Zweck, nicht nur sämmtliche anderen Verpflichtungsverhältnisse außer dem Auftrag (Dienst-, Werkvertrag, Vormundschaft, elterliche Gewalt), sondern auch diejenigen Rechtsverhältnisse, kraft deren der Handelnde nur eine Ermächtigung seitens des Geschäftsherrn besitzt, von dem Gebiete der unbeauftragten Geschäftsführung auszuschließen (Prot. d. II. Comm S. 3027 fg.).

3. Daß Jemand durch einen Auftrag eines Dritten oder ein sonstiges Rechtsverhältniß zu einem solchen oder durch öffentliches Recht zu der Handlung im Interesse des Geschäftsherrn verpflichtet ist, schließt principiell die Möglichkeit einer Geschäftsführung ohne Auftrag im Sinne des Gesetzes nicht aus (vgl. zu § 431, 2).]

Der Inhalt der aus der negotiorum gestio entstehenden[1a] Verpflichtungen[2] steht unter freiem richterlichen Ermessen[3] [vgl. §§. 242]; die Hauptpunkte sind folgende.

Digitized by Google

1. Der Geschäftsführer ist verpflichtet[4]: a) bei seiner Geschäftsführung die Sorgfalt eines guten Hausvaters aufzuwenden[5]. In Ausnahmefällen haftet der Geschäftsführer nur wegen Arglist und der derselben gleichstehenden groben Nachlässigkeit[6]; umgekehrt kann es vorkommen, daß er selbst wegen Zufall haftet[7]. Gegen die Pflicht

---

[1a] Es bedarf keiner Bemerkung, daß der Sprachsinn von negotia gerere ein weiterer ist, und so sprechen denn auch die Quellen ohne allen Anstand von negotia gerere z. B. in Folge eines Auftrages, vgl. z. B. l. 3 § 1 D. 20, 4. Neuerdings hat Wlassak a. a. O. in beachtenswerther Ausführung den Nachweis unternommen, daß auch dem prätorischen Edict dieser weitere Sinn des Ausdrucks zu Grunde liege, und daß „die individueller gefärbten Fälle der Führung fremder Geschäfte durch Abzweigung von der generellen negotiorum gestio als selbständige Obligationsfiguren zur Anerkennung gelangt" seien. Vgl. über diese Schrift Krüger ACPra. LXII S. 469 fg, Leonhard ZS. f. HR. XXV S. 431 fg., Hölder Gött. Gel. Anzeigen Anzeigen 1880 S. 910 fg., Brinz § 321 [4].

[2] Dieselben sind nach römischem Sprachgebrauch Verpflichtungen quasi ex contractu, pr. § 1 I. 3, 27, l. 5 pr. D. 44, 7. Vgl. Note [17] gegen das Ende.

[3] Die actiones negotiorum gestorum sind bonae fidei actiones, § 28 I. 4, 6, l. 5 pr. D. 44, 7, l. 5 § 6 [6 § 4]. l. 6 [7]. 17 [18] D. 3, 5.

[4] Actio negotiorum gestorum directa, § 1 I. cit.

[5] L. 10 [11] D. 3, 5, l. 20 C. 2, 18 [19], l. 24 C. 4, 32, § 1 I. 3, 27, l. 23 D. 50, 17. Sturm neg. utiliter gestum S. 58 fg. und Grundprincip S. 11 meint, der Geschäftsführer habe diejenige Sorgfalt aufzuwenden, „welche der Herr vermuthlich angewandt haben würde". Ich halte das nicht für richtig, und glaube nicht, daß es durch die dafür angeführten Stellen, l. 13 § 1 D. 22, 1, l. 10 [11] D. 3, 5 § 1 i. f. I. 3, 27 bewiesen wird. S. auch Krüger ACPra. LXII S. 207 und Sturm selbst Grundprincip ꝛc. S. 23. Vgl. unten Note [8 lit. a]. — Substitution? Sf. XXII. 42. — Gegen den Nachtheil, welchen der Geschäftsführer durch seine Schuld dem Geschäftsherrn zugefügt hat, darf er den durch die Führung eines andern Geschäfts erzielten Nutzen nicht aufrechnen. L. 10 [11] D. 3, 5 spricht von dem besonderen Fall der Note [7. b.] Brinz § 321 [37]. Glaubt man dieser Stelle eine allgemeinere Bedeutung beilegen zu müssen, so ist zu sagen, daß die in ihr vertretene Ansicht von der späteren Jurisprudenz verworfen worden ist (l. 23 D. 17, 2) — Beweislast: Kierulff Entscheid. des OAG. zu Lübeck I S. 263, vgl. 410 [4 a. E.] und § 439 [7].

[6] Dieß ist der Fall: a) wenn ohne die Dazwischenkunft des Geschäftsführers für den Geschäftsherrn Alles verloren gewesen wäre, l. 3 § 9 D. 3, 5 (vgl. übrigens Sturm neg. utiliter gestum S. 62) [Sf. XLVII. 269]; b) wenn der Geschäftsführer nur in Erfüllung der Pflicht, vom Erblasser begonnene Geschäfte nicht liegen zu lassen, thätig geworden ist, l. 17 C. 2, 18 [19], vgl. l. 1 pr. D. 27, 7, l. 40 D. 17, 2. Ueber den Fall bei a vgl. Kierulf Entscheidungen des OAG. zu Lübeck 1865 S. 264.

[7] Dieß ist der Fall: a) wenn der Geschäftsführer die Haftung für den Zufall besonders übernommen hat, l. 22 C. 2, 18 [19], vgl. Chambon S. 106, Glück V S. 365—367, Wlassak S. 151): b) wenn er gegen das Verbot des Geschäftsherrn oder auch nur gegen die Art und Weise desselben thätig geworden

Digitized by Google

zur Sorgfalt kann sich der Geschäftsführer auch dadurch verfehlen, daß er seine Thätigkeit nicht weit genug ausdehnt[8]. — Der Geschäftsführer ist b) verpflichtet, dem Geschäftsherrn Alles herauszugeben, was er auf Grund seiner Thätigkeit in Händen hat[9], dasjenige jedoch, was er auf Grund einer Rechtshandlung in Händen hat, welche eine Verfügung über das Vermögen des Geschäftsherrn enthält, nur dann, wenn der Geschäftsherr die Rechtshandlung genehmigt und sie damit als auch für sich verbindlich anerkennt[10].

[1. Nach §§ 677. hat der Geschäftsführer das Geschäft so zu führen, wie das Interesse des Geschäftsherrn mit Rücksicht auf dessen wirklichen oder muthmaßlichen Willen es erfordert (677). Daß er dabei im Allgemeinen für jede Fahr-

ist, l. 10 [11] D. 3, 5. In diesem letzteren Falle haftet er nicht bloß dann, wenn seine Handlung an und für sich schädlich ist, sondern auch, wenn sie nur dem Interesse gerade des Geschäftsherrn nicht entspricht. Vgl. Wächter a. a. O. S. 356 in Verbindung mit Note [26] auf S. 355. [S. auch Pernice Sav.-Z. XIX S. 134 fg.]

[8] L. 5 § 14 [l. 6 § 12] D. 3, 5. Im Besonderen: a) der Geschäftsführer macht das in seinen Händen befindliche Vermögen nicht in gehöriger Weise fruchtbar, leiht namentlich Geld nicht auf Zinsen aus. Er ist jedoch dabei entschuldigt, wenn er die Art und Weise befolgt hat, in welcher der Geschäftsherr selbst mit seinem Vermögen umzugehen pflegt. L. 5 § 14 [l. 6 § 12]. l. 18 [19] § 4. l. 30 [31] § 3. l. 34 [35] § 3. l. 36 [37] § 1. l. 37 [38] D. 3, 5, l. 20 C. 2, 18 [19], l. 13 § 1 D. 22, 1, l. 24 C. eod. Zu l. 37 [38] cit. vgl. § 260 [2]. Sf. V. 14. b) Der Geschäftsführer erfüllt Verbindlichkeiten, welche er gegen den Geschäftsherrn hat, nicht freiwillig („non a semet ipso exigit"), oder befriedigt nicht Ansprüche, welche ihm gegen den Geschäftsherrn zustehen. L. 5 § 14 [6 § 12]. l. 7 [8] pr. l. 34 [35] pr. § 3. l. 37 [38] D. 3, 5; l. 12 [13]. l. 34 [35] § 1. 2. D. 3, 5. c) L. 30 [31] § 2 D. 3, 5. Vgl. Ruhstrat Jahrb. f. Dogm. XIX S. 263 fg.

[9] — quidquid ex his negotiis retines", l. 2 D. 3, 5. Bei einer umfassenderen Geschäftsführung, und namentlich bei der Verwaltung des ganzen Vermögens, kann von dem Geschäftsführer Rechnungsablegung verlangt werden, l. 2 cit., § 1 I. 3, 27. Vgl. Bähr Jahrb. f. Dogm. XIII S. 251 fg., auch v. Monroy a. a. O. S. 163 fg. Sf. XXXVII. 205. — Der Geschäftsführer muß herausgeben, was er aus seiner Geschäftsführung („ex his negotiis", l. 2 cit.), nicht, was er auf Grund seiner Geschäftsführung aus dem Vermögen des Geschäftsherrn in Händen hat. Z. B. er zieht eine vermeintliche Forderung des Geschäftsherrn ein, l. 22 [23] D. 3, 5; er erlangt in einem für den Geschäftsherrn geführten Proceß mehr, als dem Geschäftsherrn dem Re nach gebührt, l. 7 [8] § 1 D. 3, 5. Umgekehrt braucht er auch nicht herauszugeben, was er zwar aus dem Vermögen des Geschäftsherrn, aber nicht auf Grund seiner Geschäftsthätigkeit in Händen hat, l. [18] 19 § 3 D. 3, 5. — Muß der Geschäftsführer das für den Geschäftsherrn Eingenommene verzinsen? Ja, wenn er schuldvoller Weise versäumt hat, Zinsen zu ziehen. So RG. XVIII S. 196.

[10] Einziehung von Forderungen: l. 7 [8] pr. l. 8 [9]. l. 23 [24]. D. 3, 5, l. 9 C. 2, 18 [19], l. 62 D. 46, 3; l. 5 § 11. 12 [l. 6 § 9. 10] D. 3, 5, l. 14 D. 12, 4, l. 81 [80] § 5 D. 47, 2. Verkauf: l. 8 [9] D. 3, 5, l. 19 C.

Digitized by Google

läßigkeit haftet (zu [5]), ergibt 276. Der muthmaßliche Wille ist nicht schlechthin der, welchen der Geschäftsführer muthmaßen kann, sondern der, welchen „man" nach bewandten Umständen als den des Geschäftsherrn anzusehen hat. Eine Haftung wegen Abirrens von diesem Willen trifft aber den Geschäftsführer nur, wenn sein Irrthum auf Fahrläßigkeit beruht.

2. Nur für grobe Fahrläßigkeit haftet der Geschäftsführer nach der Formulirung des BGB. (vgl. [6]) dann, wenn die Geschäftsführung die Abwendung einer dem Geschäftsherrn drohenden, dringenden Gefahr bezweckt (680).

3. Steht die Uebernahme der Geschäftsführung, d. h. das Unternehmen selbst oder die Inangriffnahme durch diese Person, mit dem wirklichen oder dem muthmaßlichen Willen des Geschäftsherrn im Widerspruch und mußte der Geschäftsführer dieß erkennen, d. h. hat er es erkannt oder in Folge von Fahrläßigkeit nicht erkannt, so ist er dem Geschäftsherrn zum Ersatze des aus der Geschäftsführung entstehenden Schadens auch dann verpflichtet, wenn ihm ein sonstiges Verschulden nicht zur Last fällt (678, vgl. [7]). Ein der Geschäftsführung entgegenstehender (wirklicher oder muthmaßlicher) Wille des Geschäftsherrn bleibt aber außer Betracht, also § 678 außer Anwendung, wenn ohne die Geschäftsführung eine Pflicht des Geschäftsherrn, deren Erfüllung im öffentlichen Interesse liegt oder eine gesetzliche Unterhaltspflicht des Geschäftsherrn nicht rechtzeitig erfüllt werden würde (679). Die Erstreckung der entsprechenden Vorschrift des § 688 S. 2 auf die Erfüllung sittlicher Pflichten des Geschäftsherrn wurde in der II. Comm. abgelehnt, weil man damit alle sittlichen Pflichten indirect erzwingbar mache (Prot. S. 3051 fg.). Richtig ist, daß die Erfüllung nur sittlicher Pflichten vom Recht als ein Act des freien Willens angesehen und das Verbot der Geschäftsführung zum Zwecke der Erfüllung einer solchen Pflicht deßhalb geachtet werden muß. Es gibt aber doch Fälle, in denen das Verbot der Geschäftsführung geradezu wider die guten Sitten verstoßen würde und deßhalb nach dem Princip des § 138 für unbeachtlich zu erklären ist. Aus diesem Grunde ist (entgegen der Ansicht der II. Comm. [Prot. S. 3052]) m. E. zu behaupten, daß derjenige, der den Selbstmörder wider dessen Verbot aus dem Wasser rettet, den Werth seiner verdorbenen Kleider oder Taschenuhr erstattet verlangen, und wenn er den Selbstmörder vom Sprung ins Wasser zurückreißt, nicht für den dabei zerrissenen Rock aus § 678 verantwortlich gemacht werden kann.

4. Daß ein Verschulden des Geschäftsführers möglicher Weise darin liegen kann, daß er seine Thätigkeit nicht weit genug ausdehnt (zu [8]), oder vorzeitig abbricht, ist zweifellos. Vgl. Mot. II S. 859.

5. § 681 BGB. legt dem Geschäftsführer die Verpflichtung auf, die Uebernahme der Geschäftsführung, sobald es thunlich ist, dem Geschäftsherrn anzuzeigen und, wenn nicht mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist, dessen Entschließung abzuwarten. Im Uebrigen verweist der Paragraph auf entsprechende Anwendung

---

2, 18 [19], l. 3 C. 3, 32, l. 20 C. 3, 36. Ankauf für Rechnung des Geschäftsherrn: Sf. XVII. 241. Ueber den Gegensatz zwischen l. 8 [9] D. cit. und l. 60 D. 50, 17 vgl. Vangerow § 664 Anm. Nr. III. — Vgl. zu dieser und der vorhergehenden Note noch Ruhstrat Jahrb. f. Dogm. XIX S. 272 fg.

Digitized by Google

der Vorschriften über die Verpflichtungen eines Beauftragten gemäß §§ 666—668. Damit ist insbesondere auch die Verpflichtung zur Herausgabe alles durch die Geschäftsbesorgung Erlangten ausgesprochen (667, vgl. Text zu [9]). Den Satz zu [10] enthält das BGB. nicht ausdrücklich; aber mit Recht sehen die Motive (II. S. 859) ihn als selbstverständlich an.

6. Der Geschäftsführer, welcher geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist, haftet nur nach den Vorschriften über unerlaubte Handlungen und ungerechtfertigte Bereicherung (682). Dieß ist bestimmt nach Analogie der Vorschriften über Rechtsgeschäfte, und bedurfte der besonderen Bestimmung, weil die Geschäftsführung ohne Auftrag an sich kein Rechtsgeschäft ist (Mot. II S. 860). Die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters des beschränkt Geschäftsfähigen wird wie bei dem Rechtsgeschäft die volle Haftung des Geschäftsführers begründen. Dagegen wird der gesetzliche Vertreter des Geschäftsunfähigen fremde Geschäfte nicht in der Weise führen können, daß der von ihm Vertretene als der Geschäftsführer rechtlich dastehen soll.]

2. Der Geschäftsführer hat seinerseits gegen den Geschäftsherrn einen Anspruch auf Ersatz desjenigen, was er aus seinem Vermögen für den Geschäftsherrn aufgeopfert hat[11], und zwar mit Zinsen[12] — jedoch nur unter folgenden Voraussetzungen. a) Der Geschäftführer muß die Aufopferung mit dem Willen gemacht haben, den Geschäftsherrn zum Ersatz zu verpflichten[13], also namentlich[13a] nicht in Schenkungsabsicht[14], oder zum Zweck der Erfüllung einer Verbindlichkeit[15].

---

[11] Actio negotiorum gestorum contraria, § 1 I. 3, 27, l. 10 pr. D. 3, 5. Die actio negotiorum gestorum contraria kann möglicherweise in einem gegebenen Fall bei der Geschäftsführung nicht begründet sein. Aber nicht minder kann in einem gegebenen Fall auch die actio negotiorum gestorum directa wegfallen. Die Geschäftsführung kann möglicherweise nur darin bestehen, daß für einen Andern etwas aufgeopfert wird. — Die Aufopferung kann möglicherweise auch in dem bloßen Uebernehmen einer Verpflichtung bestehen, l. 2 D. 3, 5 [[Belohnung für Arbeit: Sf. XLVI. 186]]. [L. 15. 235. Lagergeld: Sf. L. 235. Verjährungsfrage: Sf. LII. 217.]

[12] L. 18 [19] § 4 D. 3, 5, l. 18 C. 2, 18 [19], l. 37 D. 22, 1. Vgl. Sf. III. 50, VI. 35, XVIII. 217, XXXVIII. 226.

[13] — „recipiendi animo", l. 11 C. 2, 18 [19] — „quasi recepturus", l. 13 C. 2, 18 [19], l. 14 § 7 D. 11, 7; — „ut repetiturus"; l. 15 C. 2, 18 [19]. Beweis: Sf. I. 57, II. 43, III. 52, VIII. 130, IX. 29, XI. 240, XXI. 49. S. auch die in Note [15] citirten Erkenntnisse. [Krumm I. Verhältniß des § 685 Abs. 1 BGB. . . . zu dem bisherigen gemeinrlichen Rzustande. Erl. Diss. 1898.]

[13a] Vgl. auch Bl. f. RAnwend. zun. in Bayern XXXVI S. 207.

[14] „Donandi animo", l. 12 C. 2, 18 [19], l. 4 D. 3, 5. Vgl. l. 5 § 3. l. 7 pr. § 5. l. 10 § 2. 10. l. 11 D. 15, 3 in Verbindung mit l. 3 § 2 eod. (§ 483 [2]).

[15] Mag die Verbindlichkeit eine juristische sein, oder nur eine natürliche. In den Quellen ist namentlich häufig von dem Fall die Rede, wo ein Familienglied eine Aufopferung für ein anderes Familienglied mit Rücksicht auf das

Digitized by Google

b) Die Aufopferung muß im Interesse des Geschäftsherrn gelegen haben. Dieß gilt sowohl für die Aufopferung selbst, als für ihr Maß[16] und für ihre Vornahme gerade durch den Geschäftsführer[16a]. Man muß sagen können, daß wenn der Geschäftsherr die Aufopferung des Geschäftsführers gekannt hätte, er sie gebilligt haben würde[17].

---

zwischen ihnen bestehende nahe Verhältniß macht. Doch bleibt es freilich in diesem Falle dahingestellt, ob nicht die Schenkungsabsicht überwiegt. L. 26 [27] § 1. l. 33 [34] D. 3, 5 l. 1. 11. 13. 15 C. 2, 18 [19], l. 14 § 7—9. 13 D. 11, 7. Vgl. l. 5 C. 2, 18 [19], l. 43 [44] D. 3, 5. Busch in Elvers Themis II S. 505 fg., v. Meyerfeld Lehre von den Schenkungen I S. 218 fg., Schäffer ZS. f. CR. u. Pr. N. F. VII S. 1 fg., Reinhard das. VIII S. 74 fg., Kohler Jahrb. f. Dogm. XXV S. 106 fg. Sf. I. 83. 348, II. 44, IV. 52, V. 15, VI. 36. 193, XI. 240, XII. 29. 164, XIV. 145, XVII. 49. 50, XX. 126, XXXI. 224 (Kierulff Entscheid. des OAG. zu Lübeck 1866 Nr. 96), XXXI. 225, XXXIII. 305, XXXIX. 306. Budde Entscheid. des OAG. zu Rostock VII Nr. 50. RG. IX. S. 117. XIV. S. 197. — Ist auf Grund einer irrig angenommenen Verbindlichkeit geleistet worden, so ist zwar ein Rückforderungsr. begründet, aber nicht die actio negotiorum gestorum, sondern die condictio indebiti. (Zu unterscheiden der Fall, wo der Irrthum sich nicht auf die Verpflichtung zur Aufopferung, sondern auf die Verpflichtung zur Besorgung der fremden Angelegenheiten bezieht [§ 431 [2]].) S. übrigens auch Brinz II § 301 [34]. — S. noch l. 60 § 1 D. 17, 1 (431 [10]).

[16] L. 24 [25]. l. 30 [31] § 4 D. 3, 5.

[16a] Dieß betont mit Recht Ruhstrat, namentlich in dem citirten Aufsatz in den Jahrb. f. Dogm. Bd. IX. Wenn auch die Aufopferung an und für sich im Interesse des Geschäftsherrn lag, so kann es doch sehr wohl sein, daß er in der Lage gewesen wäre, das betreffende Geschäft selbst vorzunehmen, so daß die Vornahme desselben gerade durch den Geschäftsführer seinem Interesse nicht entsprach. S. auch Sturm negotium ꝛc. S. 45 fg.

[17] Daß die Aufopferung im Interesse des Geschäftsherrn gelegen haben müsse, drücken die Quellen so aus: es müsse ein utiliter gestum vorliegen, l. 2. l. 9 [10] § 1. l. 11 [12] § 2. l. 44 [45] pr. D. 3, 5, l. 2. 10. 11. 24 C. 2, 18 [19]. Die utilitas ist aber nicht nach objectiven Rücksichten zu bestimmen, sondern eben mit Rücksicht auf die besondere Lage und die besonderen Auffassungen des Geschäftsherrn. L. 3 § 4 D. 15, 3: — „nec debere ex eo onerari dominum, quod ipse facturus non esset" (vgl. vorher: quia nec procurator haec imputaret", und § 2 eod.). L. 42 [43] D. 3, 5: Der Geschäftsführer tilgt eine Schuld des Geschäftsherrn, er hat ein Rückforderungsr. „nisi si quid debitoris interfuit, eam pecuniam non solvi". L. 9 [10] § 1 D. 3, 5: — „non . . . utiliter negotia gerit, qui rem non necessariam, vel quae oneratura est patremfamilias, aggreditur". Die Nothwendigkeit der Aufopferung wird auch in anderen Stellen betont (l. 21 [22]. l. 30 [31] § 7. l. 45 [46] D. 3, 5), in dem Sinne, daß aus der Nothwendigkeit ein Schluß darauf gezogen werden kann, daß der Geschäftsherr die Aufopferung des Geschäftsführers gebilligt haben würde. Einzelnes: l. 22 [23] D. 3, 5 l. 3. 12. 16 C. 2. 18 [19]; l. 39 [40] D. 3, 5; l. 9 [10] § 1 D. 3. 5, l. 10. C. 2, 18 [19; l. 44 [45] D. 3, 5; l. 2 C. 2, 18 [19]; l. 26 [27] pr. D. 3, 5. Vgl. ferner: l. 3 § 3. 4. 7. 8. 10. l. 5 pr. § 2. l. 7 § 5. l. 9. l. 10 § 1. 2. l. 19 D. 15, 3 (in

Digitized by Google

Deßwegen steht dem Geschäftsführer um so eher ein Ersatzanspruch dann zu, wenn er sich auf den ausgesprochenen Willen des Geschäfts-

---

Verbindung mit l. 3 § 2 eod.); l. 38 D. 6, 1, l. 13 § 22 D. 19, 1. Sf. IX. 209. 285, XV. 25, XIX. 43, XX. 161, XXVII. 27, XXXV. 22. 75, XXXVII. 112. — Uebrigens herrscht über den Begriff des utiliter gestum keine Uebereinstimmung der Meinungen; s. die Uebersichten bei Ruhstrat Arch. XXXII S. 175 fg., Jahrb. für Dogm. IX S. 266 fg., Köllner S. 71 fg., Vangerow S. 523. 524 (7. Aufl. S. 508). Zwar hat es nie ganz verkannt werden können, daß bei der actio negotiorum gestorum contraria Rücksicht auf den präsumtiven Willen des Geschäftsherrn genommen werden müsse; aber während eine Reihe von Schriftstellern dieses subjective Moment (mehr oder minder) auch zum entscheidenden Princip erhebt (Kritz, Chambon, Ruhstrat, Dankwardt, Brinkmann, Köllner, Witte, Jacobi, v. Monroy, Ogonowski, Sturm), betonen andere mehr das objective (Wächter, Leist, Vangerow, Holzschuher III S. 679 Note **, Brinz 2. Aufl. II § 301 [33]), wobei sich denn freilich die Nothwendigkeit herausstellt, die bloße Nützlichkeit als Grund der actio negotiorum gestorum contraria nicht zuzulassen. — Diejenigen Schriftsteller. welche die Rücksicht auf den präsumtiven Willen des Geschäftsherrn in den Vordergrund stellen, streiten ferner darüber, in welcher Weise dieser Wille zur Construction des Rverhältnisses zu verwerthen sei. Kritz faßt denselben als fingirtes Mandat auf, ebenso Dankwardt; Chambon als fingirte Genehmigung (die Genehmigung könne, wenn sie nicht wirklich ertheilt werde, erzwungen werden); Witte als fingirtes Mandat „oder vielmehr . . Ratihabition". Ruhstrat's frühere Auffassung war folgende: in der Uebereinstimmung des Willens des Geschäftsherrn und des Geschäftsführers sei das materielle Substrat eines Vertrags gegeben; das Band, welches diesen beiden Willen zur wirklichen vertragsmäßigen Vereinigung fehle, supplire das R. durch eine Fiction. Ebenso Brinkmann. Ruhstrat jetzt (Jahrb. f. Dogm. XIX S. 275, ACPra. LXIV S. 132 fg.): der Wille oder der Auftrag des Herrn wird nicht fingirt, aber sein Interesse ersetzt nach gesetzlicher Bestimmung den Mandatscontract, ohne dessen volle Wirkung zu haben. Einen wirklichen Vertrag nimmt an Ogonowski (s. namentl. S. 26. 30. 34. 35). Bei der Uebereinstimmung des Willens des Geschäftsherrn und des Geschäftsführers („Willensgemeinschaft") bleiben stehen Leist und v. Monroy. Meiner Ansicht nach sind alle diese Constructionen verfehlt, aber auch unnöthig. Die actio negotiorum gestorum contraria repräsentirt einen selbständigen Rsatz, wie die actio negotiorum gestorum directa, und bedarf ebensowenig, wie diese, der Zurückführung auf ein höheres Princip. So gut, wie das R. von der einen Seite sagt: wer im Interesse eines Anderen in dessen Angelegenheiten glaubt eingreifen zu müssen, soll dieß ordentlich thun — sagt es andererseits: wenn er dabei eine Aufopferung mit dem Willen macht, daß ihm das Aufgeopferte von dem Geschäftsherrn solle ersetzt werden, so wird diesem Willen, obgleich derselbe nur ein einseitiger ist, dann stattgegeben, wenn diese Aufopferung wirklich im Interesse des Geschäftsherrn lag. Vgl. l. 14 § 1 D. 10, 3: — „tantum retentionem habeo, quia neminem mihi obligare volui"; l. 29 pr. eod.: — „eo animo gerit, ut aliquem sibi obliget", l. 18 [19] § 2 D. 3, 5. In denjenigen Fällen, in welchen die actio negotiorum gestorum contraria auch bei Abwesenheit des animus obligandi gegeben wird (§ 431 [17. 18], vgl. [6. 11]), hat sie nicht ihre eigenthümliche Natur, sondern ist nur eine andere Form für die condictio sine causa (§ 424 [1 a. E.]). — Dabei läßt

Digitized by Google

herrn berufen kann[18], so wie umgekehrt jeder Ersatzanspruch wegfällt, wenn der Geschäftsführer die Aufopferung gegen ein Verbot des Geschäftsherrn gemacht hat[19]; von welchem letzteren Satze jedoch eine Ausnahme in dem Fall gilt, wo Jemand für den Verpflichteten einen Leichnam bestattet hat[20]. Irrige Annahme, die Aufopferung liege im

---

sich die Frage nicht abweisen, ob nicht die actio negotiorum gestorum contraria überhaupt auf den Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung zurückzuführen sei? Es ist zu sagen, daß das r. R. dieß möglicherweise hätte thun können (§ 421 [13]), aber ebenso gewiß nicht gethan hat. Vgl. in dieser Beziehung auch noch l. 29 pr. D. 10, 3 (vv. „denique ea actione pupillum teneri dicimus") in Verbindung mit den in Note [24] genannten Stellen. — Aus dem, was ich oben gesagt habe, daß die actio negotiorum gestorum contraria der Zurückführung auf ein höheres Princip nicht bedürfe, macht Dankwardt Jahrb. f. Dogm. XIII S. 341 [2]; ich erkläre es für überflüssig, „von Rsätzen die Principien aufzusuchen". Eine solche Polemik entzieht sich der parlamentarischen Bezeichnung. Gegen die erwähnten Constructionsversuche jetzt auch Sturm negotium etc. (vgl. Grundprincip ꝛc. S. 1 fg. 26 fg.) unter Betonung, daß der eigentliche Grund der actio negotiorum gestorum contraria die Betrachtung sei, daß ohne dieselbe sich Niemand unbesorgter fremder Angelegenheiten annehmen würde (§ 1 I. 3, 27, l. 1 D. 3, 5). S. auch Brinz 2. Aufl. II § 321 [30]. Kohler Jahrb. f. Dogm. XXV S. 42 43. 122, vgl. 109. [Spalding der Begriff des negotium utiliter gestum nach gem. R. unter Berücksichtigung der modernen Gesetzgebungen. Greifsw. Diss. 1895. Grote die Unterscheidung von nothwendigen und nützlichen Geschäften bei der freiwilligen Geschäftsführung. Erl. Diss. 1899. — Klattenhoff Welchen Einfluß äußert auf den Ersatzanspruch aus der freiwilligen Geschäftsführung die Bereitelung des Erfolgs? Erl. Diss. 1892. — Bezahlung fremder Schulden: Oertmann ACPra. LXXXII S. 483 fg. Vgl. Sf. XLVIII. 6, XLIX. 20. 81, LIV. 207.]

[18] Mag der Wille vorher ausgesprochen worden sein (l. 30 [31] pr. D. 3, 5, l. 5 pr. eod., vgl. l. 3 § 4. 6 D. 15, 3), oder nachher (Genehmigung — l. 8 [9]. l. 9 [10] pr. D. 3, 5). Ueber den letzten Fall vgl. Seuffert S. 47 fg., Sturm negotium etc. S. 67 fg., Dernburg II § 122 [20]. [Hoengen Welche Wirkung hat die nachfolgende Genehmigung auf das Verhältniß zwischen Geschäftsherrn und Geschäftsführer. Erl. Diss. 1898. — Pauls die theilweise Genehmigung bei negotiorum gestio. Erl. Diss. 1895.]

[19] L. 24 C. 2, 18 [19], l. 8 [9] § 3. l. 30 [31] § 4 D. eod., l. 14 § 13 D. 11, 7, l. 40 D. 17, 1. Vgl. Kämmerer ZS. f. CR. u. Pr. VIII S. 170 [7], Marezoll ACPra. VIII S. 265, Chambon S. 80, Köllner S. 87, Sturm S. 29 fg. [Klawki der Ersatzanspruch aus der auftraglosen Führung fremder Geschäfte mit besonderer Berücksichtigung des Verbots des Geschäftsherrn nach gem. R. u. neueren Gesetzgebungen. Erl. Diss. 1898.] Sf. XXXIX. 103 (RG.).

[20] Für diesen Fall hatte der Prätor eine besondere actio, actio funeraria, aufgestellt, l. 12 pr. § 2. 3 vgl. l. 14 § 13 D. 11, 7. Vgl. über dieselbe auch Schneider subsidiäre Klagen S. 500 fg. Brinz 2. Aufl. II § 321 a. H. Funcke die actio funeraria. Hall. Diss. 1890. Verpflichtet zur Leichenbestattung ist aber nicht der nächste Verwandte, sondern derjenige, welcher das Vermögen des Verstorbenen erhält, also der Erbe (l. 12 § 4. l. 14 § 1. 13

Digitized by Google

Interesse des Geschäftsherrn, hilft dem Geschäftsführer nicht, selbst dann nicht, wenn sein Irrthum entschuldbar war[21]. Lag dagegen die Aufopferung wirklich im Interesse des Geschäftsherrn, so hat der Geschäftsführer einen Ersatzanspruch auch dann, wenn der durch die Aufopferung erzielte Erfolg hinterher wieder weggefallen ist[22]. In den Fällen übrigens, in welchen die Aufopferung nicht im Interesse

D. 11, 7), daneben auch derjenige, an welchen durch den Tod der Frau die Mitgift fällt (l. 16—20. l. 22—30 D. eod.); ist kein Vermögen vorhanden, der Vater, welcher den Verstorbenen in der Gewalt hatte (l. 21. 28 eod.), zuletzt der Ehegatte (l. 28 eod.). Ueber das, was zu den Leichenbestattungskosten gehört, s. Walther ZS. f. CR. u. Pr. N. F XVII S. 364 fg. — Eine fernere Ausnahme macht: für die Erfüllung fremder gesetzlicher Verpflichtungen, wenn öffentliches Interesse die Erfüllung derselben verlangt, mit Rücksicht auf l. un. § 3 D. 43, 10, das Erkenntniß bei Sf. III. 51 und XIV. 94; für die Erfüllung fremder gesetzlicher Verpflichtungen, welche zugleich auf einer sittlichen Vorschrift beruhen, das Erkenntniß XXXVI. 33; für die Erfüllung gesetzlicher Verpflichtungen überhaupt das Erkenntniß XI. 37. S. noch Sf. XXI. 52. Vgl. Holzschuher III S. 685 Nr. 8. Dernburg II § 122 [21]. [Erfüllung gesetzlicher oder sittlicher Pflichten des Geschäftsherrn: RG. XXVII S. 332.]

[21] L. 9 [10] § 1 i. f. D. 3, 5. „Ego quaero, quid si putavit, se utiliter facere, sed patrifamilias non expediebat? Dico, hunc non habere negotiorum gestorum actionem". Wächter Arch. Anm. 22 (S. 352) und Anm. 15 a. E. (S. 346), Chambon S. 71. 72, Ruhstrat Arch. XXXII S. 193—195, Dankwardt S. 15, Leist S. 122, Köllner S. 84, Sturm negotium etc. S. 10 fg. Dieser letztere Schriftsteller (vgl. auch Grundprincip ꝛc. S. 8) leugnet, daß das Rückforderungsr. auch bei Entschuldbarkeit des Irrthums wegfalle; ich finde dafür keinen Beweis erbracht. S. auch Krüger ACPra. LXII S. 207. Kohler Jahrb. f. Dogm. XXV S. 207. — Ruhstrat in seiner Schrift über die negotiorum gestio S. 26. 32 fg. und in den Aufsätzen Jahrb. f. Dogm. IX S. 240 fg. und ACPra. LXIV S. 132 fg. und Jahrb. f. Dogm. XXVII S. 71 fg., vgl. auch seinen Aufsatz über die actio de in rem verso ACPra. XV S. 294 fg. und die Bemerkungen kr. VJS. XXI S. 365 fg. — übereinstimmend Vangerow III S. 508 in der 7. Aufl. — will eine Ausnahme für den generellen negotiorum gestor machen: bei diesem komme es nur darauf an, ob der Geschäftsherr die Uebernahme der Verwaltung selbst genehmigt haben würde; stehe dieß fest, so sei der negotiorum gestor zu jeder an und für sich verständigen Verwaltungshandlung befugt. Ich halte diese Ausnahme nicht für gerechtfertigt; aber freilich kann nicht bloß der generelle, sondern ein jeder negotiorum gestor sich den Ersatz für solche Auslagen, welche nicht im Sinne des Geschäftsherrn lagen, durch den Nachweis sichern, daß ohne seine Dazwischenkunft Alles verloren gewesen sein würde. Kann der Geschäftsherr in einem solchen Fall wegen Verschuldung des Geschäftsführers einen Ersatz nicht fordern, welcher ihm gemäß der Regel gebühren würde ([6]), so darf er sich nicht weigern, seinerseits einen Ersatz zu geben, auf welchen der Geschäftsführer der Regel gemäß keinen Anspruch haben würde — einen Ersatz, der immer noch nicht den Nutzen absorbirt, welchen der Geschäftsführer ihm durch seine Thätigkeit wirklich zugewendet hat. Vgl. auch Sturm negotium ꝛc. S. 21 [1]. Grundprincip ꝛc. S. 7 fg. 19 fg. 26 fg.

Digitized by Google

des Geschäftsherrn lag, muß dieser dem Geschäftsführer wenigstens dasjenige herausgeben, was durch die Geschäftsführung wirklich in sein Vermögen gebracht worden ist und sich noch gegenwärtig in demselben befindet[23]. Handlungsunfähige Geschäftsherren haften überhaupt nur bis zum Belange der noch jetzt vorhandenen Bereicherung[24]. Durch einen Irrthum über die Person des Geschäftsherrn wird der Ersatzanspruch gegen den wirklichen Geschäftsherrn nicht ausgeschlossen[25].

[1. Das BGB. normirt die Voraussetzungen für den Anspruch des Geschäftsführers dahin: die Uebernahme der Geschäftsführung, d. h. das Unternehmen selbst und dessen Inangriffnahme durch diese Person muß dem Interesse und dem wirklichen oder muthmaßlichen Willen des Geschäftsherrn entsprechen (683 S. 1). Statt dessen genügt, daß der Geschäftsherr die Geschäftsführung genehmigt hat (684 S. 2). In den Fällen des § 679 genügt es, daß die Geschäftsführung objectiv dem Interesse des Geschäftsherrn entspricht; sein entgegenstehender Wille ist unerheblich. (Vgl. ob. S. 857 unter 3.)

2. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, so kann der Geschäftsführer Ersatz seiner Aufwendungen wie ein Beauftragter fordern (683 S. 1). Es ist also, wenn das Unternehmen nach Ziff. 1 auf Rechnung des Geschäftsherrn geht, nicht nothwendig, daß die Aufwendung für dasselbe objectiv nutzbringend ist, sondern es genügt, daß sie der Geschäftsführer den Umständen nach für erforderlich halten durfte (670).

3. Sind die unter 1 bezeichneten Voraussetzungen nicht erfüllt, so haftet der Geschäftsherr nur auf Herausgabe des durch die Geschäftsführung Erlangten nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung (684 S. 1).

---

[22] L. 9 [10] § 1. l. 11 [12] § 2. l. 21 [22] D. 3, 5. Vgl. l. 3 § 7. 8. 10. l. 17 pr. D. 15, 3.

[23] Aber man bemerke wohl: er braucht auch nur das in seinem Vermögen wirklich Befindliche herauszugeben, nicht aber statt desselben seinen Werth, sonst würde er durch die Geschäftsführung eines Andern zu einem Umtausch genöthigt werden können, der eben nicht in seinem Interesse liegt. Hat daher z. B. der Geschäftsführer eine Schuld des Geschäftsherrn getilgt, an deren Nichttilgung der Geschäftsherr Interesse hatte (l. 42 [43] D. 3, 5, [17]), so kann er nicht etwa unter dem Titel der Bereicherung den Betrag der Schuld dennoch zurückfordern; sondern der Geschäftsherr thut ihm vollkommen genug, wenn er sich erbietet, seinem früheren Gläubiger gegenüber die Schuld wiederherzustellen, und falls der Geschäftsführer, was freilich sehr nahe liegt, dieses Erbieten nicht verwerthen kann, so bekommt er eben gar nichts ersetzt. Sind durch die Aufopferungen des Geschäftsführers körperliche Anlagen bewirkt worden, so gestaltet sich sein Anspruch auf Herausgabe der Bereicherung zum ius tollendi (I § 195 [11. 12]), l. 3 § 4 D. 15, 3. Vgl. Wächter Arch. S. 353—356, Leist S. 133—136, Ruhstrat Arch. XXXIV S. 60 fg., Köllner S. 80 Nr. 5.

[24] L. 5 § 2 [6 pr.]. l. 36 [37] pr. D. 3, 5. l. 2 C. 2, 18 [19]. Mit dieser Maßgabe ist gewiß auch l. 3 § 5 D. 3, 5 zu verstehen. Vgl. übrigens auch Brinz 2. Aufl. II § 321 [47].

[25] L. 5 § 1. l. 5 § 10 [6 § 8] D. 3, 5.

Digitized by Google

4. Daß der Geschäftsherr geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist (vgl. zu [24]), hat keine Minderung seiner Haftung zur Folge. Nur ist in solchen Fällen naturgemäß auf den wirklichen oder muthmaßlichen Willen seines gesetzlichen Vertreters zu sehen und hat die Genehmigung von diesem auszugehen oder bedarf doch seiner Zustimmung.

5. Der Anspruch des Geschäftsführers fällt weg, wenn er erweislich nicht die Absicht hatte, Ersatz zu verlangen (685 Abs. 1, vgl. zu [18] fg.); eine Präsumtion s. 685 Abs. 2; vgl. auch 1429. 1618.

6. Bei Irrthum über die Person des Geschäftsherrn wird auch nach BGB. der wahre Geschäftsherr berechtigt und verpflichtet (686, vgl. zu [25].]

§ 431*.

Im Vorhergehenden ist der gewöhnliche Fall vorausgesetzt, daß der Geschäftsführer sowohl aus freiem Antriebe, als auch in der Absicht, dem Geschäftsherrn einen Dienst zu erweisen, thätig wird[1]. Es fragt sich, ob das eine und das andere Moment nothwendig ist, damit die vorher dargestellten Grundsätze Platz greifen. Folgende Fälle kommen in Betracht.

1. Der Geschäftsführer nimmt irrigerweise an, er sei von dem Geschäftsherrn zur Besorgung seiner Angelegenheiten beauftragt worden oder stehe in einem sonstigen Verpflichtungsverhältniß zu demselben. Dieser Irrthum hat weder auf seine Verbindlichkeiten noch auf seine Ansprüche Einfluß[2].

[Grundsätzlich muß man auch vom Standpunkte des BGB. aus sagen, daß die irrige Annahme eines Verpflichtungsverhältnisses des Geschäftsführers zu dem Geschäftsherrn das Vorliegen einer Geschäftsführung ohne Auftrag und deren gewöhnliche Folgen nicht ausschließt. Wenn derjenige, der in Gestalt der Geschäftsführung einer Verpflichtung nachzukommen glaubt, gemäß § 812 fg. die condictio indebiti hat, so ist doch zu beachten, daß die Rückgabe der ungerechtfertigten Bereicherung auch bei Anwendung der Grundsätze von der Geschäftsführung

* Hierher gehören im Besonderen die bei § 430 citirten Schriften von E. Zimmermann und von v. Monroy (die letztere in Betreff der bei 4. c) und d) bezeichneten Fälle).

§ 431. [1] Als Ausgangspunkt der actiones negotiorum gestorum wird in unseren Quellen der Fall der Abwesenheit behandelt, welche so plötzlich eingetreten ist, daß der Geschäftsherr für seine Vertretung keine Sorge hat tragen können. L. 1 D. 3, 5, l. 5 pr. D. 44, 7, § 1 I. 3, 27. Vgl. Sf. XIX. 42. Ein anderer Fall war im Edicte ausdrücklich vorgesehen, der Fall des Todes bei unangetretener Erbschaft, l. 3 pr. § 6 D. 3, 5.

[2] L. 3 § 10. l. 5 pr. l. 28 [29] D. 3, 5, l. 6 C. 2, 18 [19], l. 4 C. 5, 34. Vgl. l. 18 [19] § 2 D. 3, 5 (ein freier Mensch wird thätig auf Befehl seines vermeintlichen Herrn: — „erit . . negotiorum gestorum actio, quia et gerendi negotii mei habuerit affectionem, et is fuerit, quem obligare possem“). Sf. XII. 157.

Digitized by Google

ohne Auftrag das Mindeste ist, wozu der Geschäftsherr verpflichtet ist (684). Möglich aber ist, daß der Geschäftsführer in Erfüllung einer solchen Verpflichtung zu handeln glaubt, bei welcher er für weniger als leichte Fahrlässigkeit haftet (vgl. Mot. II S. 866), z. B. er verwahrt eine Sache auf Grund eines nichtigen unentgeltlichen Verwahrungsvertrages. Wäre dieser Vertrag gültig, so haftete er nach § 690 nur für diejenige Sorgfalt, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt. Als unbeauftragter Geschäftsführer haftet er für jede Fahrlässigkeit. Glaubt er entschuldbar an die Gültigkeit des Verwahrungsvertrages, so wird die Billigkeit dafür sprechen, daß er nicht strenger haftet, als wenn der Vertrag wirklich gültig wäre. Man kann aber hier so argumentiren: der entschuldbare Irrthum, welcher ihn zu dem Glauben verführt, nur die dilig. quam suis zu schulden, schließt den Vorwurf der Fahrlässigkeit in Bezug auf Handlungen aus, bei welchen er jene Sorgfalt beobachtet hat. Denn die im Verkehr erforderliche Sorgfalt im Sinne des § 276 geht nicht über diejenige hinaus, zu welcher man sich den Umständen nach für verpflichtet halten mußte.]

2. Der Geschäftsführer ist von einem Dritten (d. h. einem Andern als dem Geschäftsherrn) beauftragt worden[2a]. In diesem Fall kommt es darauf an, ob der Geschäftsführer lediglich im Hinblick auf den ertheilten Auftrag, oder zugleich im Hinblick auf den Geschäftsherrn thätig geworden ist[3]. Im letzten Fall gelten die gewöhnlichen Grundsätze von der Geschäftsführung[4]; im ersten Fall dagegen ist der Geschäftsführer lediglich dem Auftraggeber gegenüber berechtigt und verpflichtet[5], und nur im Nothfall wird ihm ein Ersatzanspruch auch gegen denjenigen zugestanden, in dessen Angelegenheiten er thätig geworden ist[6]. Hierzu ist jedoch zu bemerken: a) daß der Geschäftsführer dem Geschäftsherrn jedenfalls dann haftet, wenn

[2a] Vgl. zum Folgenden Kohler Jahrb. f. Dogm. XXVII S. 75—94. [Sf. XLVII. 269.]

[3] L. 3 § 10. 11 D. 3, 5, l. 18 C. 2, 18 [19]. L. 3 § 11 cit. „Apud Marcellum libro II. Dig. quaeritur, si, cum proposuissem negotia Titii gerere, tu mihi mandaveris, ut geram, an utraque actione uti possim? Et ego puto, utramque locum habere: quemadmodum ipse Marcellus scribit, si fideiussorem accepero negotia gesturus: nam et hic dicit, adversus utrumque esse actionem". Vgl. l. 5 § 6 [6 § 9] D. 3, 5: — „si et tuum gessit sciens". Ueber die in dieser und der vorigen Note citirten Stellen l. 3 § 10 D. 3, 5 und l. 18 C. 2, 18 [19], vgl. übrigens auch Wlassak S. 140 fg.

[4] Von diesem Falle handeln außer der in der vorigen Note citirten l. 3 § 11 D. 3, 5, l. 4 C. 2, 18 [19] (actio negotiorum gestorum directa) und l. 14 eod. („invicem negotiorum gestorum competit actio"). Vgl. Sf. XV. 1.

[5] Von diesem Fall handeln l. 20 [21] § 3. l. 27 [28] D. 3, 5, l. 22 § 10. l. 53 D. 17, 1, l. 14 § 15 D. 11, 7 ([6]). A. M. Thibaut civil. Abhandlungen Nr. 20, dagegen Kohler a. a. O. S. 89 [1]. Zu l. 27 [28] cit. vgl. § 258 [19].

Digitized by Google

er es übernommen hat, demselben etwas ihm von dem Auftraggeber Uebergebenes einzuhändigen[7]; b) daß, wenn der Auftrag in der irrigen Annahme gegeben und angenommen worden ist, der Auftraggeber sei der Geschäftsherr, statt der Rechte und Verbindlichkeiten aus dem Auftrag die Rechte und Verbindlichkeiten aus der Geschäftsführung zwischen dem Geschäftsführer und dem wirklichen Geschäftsherrn entstehen[8].

[E. I GGB. hatte im § 760 die Sätze zu [6] [8] des obigen Textes aufgestellt. Die II. Comm. strich diesen §, weil das Verhältniß zwar zu Zweifeln Anlaß gebe, aber bei seiner geringen praktischen Wichtigkeit seine Klarstellung der Wissenschaft überlassen bleiben könne (Prot. S. 3059 fg.). M. E. folgt aus § 677 BGB. ohne Weiteres, daß ein einem Dritten gegenüber obwaltendes Verpflichtungsverhältniß die Geschäftsführung für den Geschäftsherrn nicht ausschließt; ihre positiven Voraussetzungen müssen aber gegeben sein. Es muß objectiv ein Geschäft des Geschäftsherrn geführt, oder ein neutrales Geschäft in der Absicht besorgt sein, es zu dem seinigen zu machen. Der Ersatzanspruch des Geschäftsführers fällt gemäß 685 fort, wenn er die Absicht hatte, sich wegen des Ersatzes ausschließlich an seinen Auftraggeber zu halten. Zu [7] s. 328. Soviel den Satz zu [8] anlangt, kommt nach BGB. in Betracht, daß gemäß 686 bei Irrthum über die Person des Geschäftsherrn der wirkliche Geschäftsherr berechtigt und verpflichtet wird. Dieß wird auch dadurch nicht ausgeschlossen, daß der falsche Geschäftsherr einen Auftrag ertheilt hat. Eine andere Frage aber ist, ob dieser Auftrag wirkungslos ist; das ist m. E. ohne weitere Gründe nicht anzunehmen.]

3. Der Geschäftsführer wird in der Absicht, das Interesse eines Dritten (d. h. eines Andern als des Geschäftsherrn) zu wahren, aus eigenem Antriebe thätig. Hält er dann diesen Dritten irrigerweise für den Geschäftsherrn, so entstehen die Rechte und Verbindlichkeiten aus der Geschäftsführung nicht zwischen ihm und dem vermeintlichen, sondern zwischen ihm und dem wirklichen Geschäftsherrn[9]. Weiß er

---

[6] Nach dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung. L. 14 § 15 D. 11, 7. „Qui mandatu alterius funeravit, non habet funerariam actionem . . . Quod si pupillus mandavit sine tutore auctore, utilem funerariam dandam adversus heredem ei, qui impendit; lucrari enim heredem iniquum est". Dieser Grund schließt die Annahme aus, als handele es sich hier um eine Eigenthümlichkeit der actio funeraria. Ueberdieß findet sich die gleiche Entscheidung in l. 7 D. 16, 1.

[7] L. 5 § 4 [6 § 2] D. 3, 5. „Si quis pecuniam vel aliam quandam rem ad me perferendam acceperit, quia meum negotium gessit, negotiorum gestorum mihi actio adversus eum competit".

[8] L. 25 [26] D. 3, 5. — Zimmermann S. 98 nimmt in diesem Fall, wie in dem der vorigen Note, ächte negotiorum gestio an. Brinz 2. Aufl. II S. 652 [84] nimmt ächte negotiorum gestio ohne Mandat an.

Digitized by Google

dagegen, daß der Dritte nicht der Geschäftsherr ist, so ist wieder zu unterscheiden, wie zuvor: hat der Geschäftsführer trotz des Hinblicks auf den Dritten zugleich die Absicht, Geschäftsführer desjenigen zu sein, dessen Geschäfte er besorgt, so treten zwischen ihm und diesem Letzteren die gewöhnlichen Grundsätze von der Geschäftsführung ein; handelt er dagegen lediglich im Hinblick auf den Dritten, so ist er nur diesem gegenüber berechtigt wie verpflichtet, und zwar nach den Grundsätzen der Geschäftsführung[10], und bloß im Nothfall wird ihm auch hier ein Anspruch gegen den wirklichen Geschäftsherrn gestattet[11].

4. Der Geschäftsführer wird in der Absicht, sein eigenes Interesse zu wahren, thätig. Von diesem Falle[11a] ist im Allgemeinen zu sagen, daß auch in ihm die Rechte und Verbindlichkeiten aus der Geschäftsführung nicht ausgeschlossen sind[12]. Jedoch gilt hier folgendes Besondere.

a) Wenn ein Theilhaber in Betreff des ihm mit einem Andern gemeinschaftlichen Gegenstandes thätig wird, so greifen nicht die Grundsätze von der Geschäftsführung, sondern die Grundsätze von der Gemeinschaft Platz; anders wenn der Theilhaber nicht in Betreff des gemeinschaftlichen Gegenstandes, sondern für seinen Antheil und zugleich für den Antheil des Genossen thätig wird[13. 13a].

---

[9] L. 5 § 1. l. 5 § 10—13 [6 § 8—11]. l. 30 [31] § 1. l. 44 [45] § 2 D. 3, 5, l. 14 § 1 D. 10, 3. Vgl. aber auch Zimmermann a. a. O. S. 34 Nr. 2. Einfluß der Genehmigung durch den vermeintlichen Geschäftsherrn, l. 5 § 11—13 [6 § 9—11] D. 3, 5. Seuffert a. a. O. S. 16 fg. Zimmermann S. 58 fg.

[10] L. 5 § 2 [6 pr.] (vgl. l. 3 § 5). l. 45 [46] pr. D. 3, 5, l. 60 § 1 D. 17, 1. Etwas anders Brinz 2. Aufl. II S. 549 lit. d.

[11] Arg. l. 14 § 15 D. 11, 7 (6) und s. auch l. 5 § 8 [6 § 6] D. 3, 5.

[11a] Vgl. zu demselben Kohler a. a. O. S. 111 fg. [Krumm (vgl. 430 [18]) ... II. Verhältniß des § 687 BGB. zu dem bisherigen gemeinrlichen Rzustande.]

[12] Beispiele aus den Quellen: Jemand zahlt den auf seinen Mitgefangenen fallenden Theil des Lösegeldes, weil er sonst selbst nicht frei werden kann, l. 20 [21] pr. D. 3, 5; Jemand zahlt den auf seinen Miterben fallenden Theil der Schuld, um selbst dem Pfandverkauf zu entgehen, l. 3 C. 2, 18 [19]; Jemand bezahlt einen fremden Gläubiger aus, um das demselben haftende Pfand zu erlangen (er hofft, dadurch, daß er dieses Pfand mit einem andern ihm haftenden Pfand verkauft, für letzteres einen besseren Preis zu erzielen), l. 31 [32] pr. D. 3, 5.; ein Correal- oder Solidarschuldner zahlt auf Grund seiner Verpflichtung eine materiell den Mitschuldner, allein oder in erster Linie, treffende Schuld, l. 29 [30] 3, 5, vgl. l. 10 § 10 D. 15, 3, vgl. § 294 [3], § 298 [12], § 299 [3], Kohler a. a. O. S. 118 fg. S. ferner l. 19 § 2 D. 10, 3, und vgl. l. 30 [31] § 7 D. 3, 5. Vgl. auch § 408 [14].

Digitized by Google

[Auch für das BGB. bleibt das Gesagte richtig. Die Handlung des Gemeinschafters fällt aus dem Rahmen des Gemeinschaftsverhältnisses heraus, wenn der Gemeinschafter in den Antheil des andern eingreift, ohne durch das Gemeinschaftsverhältniß selbst dazu veranlaßt zu werden, vgl. l. 6 § 2 D. 10, 3 in Note [13].]

b) Der zum Zweck seiner Befriedigung in das Vermögen des Schuldners eingewiesene Gläubiger haftet nur wegen Arglist, und kann Ersatz für alle Aufopferungen verlangen, welche er ohne Arglist gemacht hat[14].

[Nicht mehr praktisch.]

---

[13] Den im Texte bezeichneten Gegensatz drücken die Quellen in einer Weise aus, daß daraus zugleich eine Beantwortung der Frage hervorgeht, wann anzunehmen sei, daß der Theilhaber für den gemeinschaftlichen Gegenstand, und wann, daß er für die beiderseitigen Antheile thätig geworden sei. L. 6 § 2 D. 10, 3: — „non alias communi dividundo iudicio locus erit . . nisi id demum gessit, sine quo partem suam recte administrare non potuit, alioquin, si potuit, habet negotiorum gestorum actionem eaque tenetur". S. ferner l. 6 § 7 eod., l. 39 [40] D. 3, 5, l. 18 § 6. l. 25 § 13—15 D. 10, 2, l. 18 § 1. l. 20 C. 3, 36, l. 19 C. 2, 18 [19], l. 9 § 4 D. 42, 5 ([14]). Hierher gehört im Besonderen die bei * citirte Schrift von Brinkmann. S. auch Brinz 2. Aufl. II. S. 651. Heck das R. der großen Haverei (1889) S. 542 fg. Vgl. § 449 [5. 10].

[13a] Ihering Jahrb. f. Dogm. X S. 334 fg. (vgl. XXIII S. 292) und Eck die doppelseitigen Klagen S. 135 fg. erklären auch die Entscheidungen der in Note [13] genannten Stellen (mit Ausnahme der l. 31 [32] pr. D. 3, 5) aus einem Gemeinschaftsverhältniß; die actio negotiorum gestorum sei in diesen Fällen ihrer wahren Natur nach eine Gemeinschaftsklage. Vgl. 449 [11a]. Aber warum ohne Noth der actio negotiorum gestorum eine Bedeutung beilegen, welche mit ihrem Namen nicht verträglich ist? Oder ist es nicht wahr, daß Jemand eine Aufwendung animo negotium alienum gerendi machen kann, obgleich ihm die Veranlassung und wohl gar die Nöthigung zu dieser Aufwendung aus seinen eigenen Angelegenheiten erwachsen ist? Die praktische Bedeutung der Ansicht von Ihering und Eck ist, soviel ich sehe, die, daß der Aufwendende soll zurückfordern können, auch wenn er die Aufwendung ohne animus negotia gerendi gemacht hat. Aber wenn in Kenntniß der Sachlage, gewiß nicht; und wenn er sich im Irrthum befand, so greift der Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung durch. Vgl. Note [18]. Dieß Letztere bestreitet zwar Ihering (S. 332), weil das Aufgewendete primär dem Aufwendenden selbst zu Gute gekommen sei. Allein wenn dieß in einem gegebenen Fall in dem Sinne wahr ist, daß der Aufwendende in dem, was ihm durch die Aufwendung zugekommen ist, den vollen ökonomischen Ersatz für das Aufgewendete hat, und nicht bloß nach formaler, sondern auch nach materieller Rbetrachtung, so steht ihm nach meiner Ueberzeugung ein Ersatzanspruch überhaupt nicht zu; wenn aber dieß nicht der Fall ist, so wüßte ich nicht, was der Anwendbarkeit der condictio sine causa entgegen stände. Auch Eck (S. 139) erklärt den Satz für unrichtig, daß eine eigene Aufopferung, wodurch einem Dritten eine solche erspart wird, ohne Weiteres die condictio sine causa begründe. Eine eigene Aufwendung gewiß

Digitized by Google

c) Wer fremdes Vermögen arglistigerweise als eigenes behandelt[14a], haftet[15] für den nachtheiligen Erfolg seiner Handlungen auch dann, wenn er an demselben nicht schuld ist[16], und kann Ersatz für seine Aufopferungen nur insoweit verlangen, als der Eigenthümer durch den Erfolg derselben noch jetzt bereichert ist[17].

[§ 688. In dem hier fraglichen Falle kann der Geschäftsherr den Handelnden wegen unerlaubter Handlung zur Verantwortung ziehen, und es ist dann selbstverständlich, daß von dem Schaden, den er liquidirt, die ihm durch dieselbe Handlung zugegangene Bereicherung in Abzug kommt. Er kann aber auch die Ansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag geltend machen, und haftet, wenn er dieß thut, seinerseits auf Herausgabe der ihm zugegangenen Bereicherung (687 Abs. 2).]

d) Wer fremdes Vermögen im Glauben, es sei sein eigenes, als eigenes behandelt, haftet dem Eigenthümer und ist berechtigt gegen denselben nur nach dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung[18].

---

nicht; aber eine eigene Aufopferung, in dem soeben bezeichneten Sinn, ebenso gewiß doch. Eine mittlere Meinung bei Sturm S. 75.

[14] Für diesen Fall hatte der Prätor in seinem Edict eine besondere actio aufgestellt (l. 9 pr. D. 42, 5): — „nam negotiorum gestorum agere non magis potest, quam si socius commune aedificium fulsit, quia hic quoque creditor commune, non alienum negotium gessisse videtur" (l. 9 § 4 eod.); aber: „omne, quod in actionem negotiorum gestorum veniret, si posset agi, restituendum a creditore" (l. 14 § 1 eod.). Ueber die im Texte bezeichneten Eigenthümlichkeiten dieser actio in factum s. l. 9 § 2. 4. 5 eod., und vgl. im Allgemeinen l. 9. 10. 11 eod. L. 10 § 1 C. 7, 72.

[14a] An die Stelle der hier und bei d gebrauchten Kategorie (Behandlung fremden Vermögens als eigenen) will v. Monroy a. a. O. die andere setzen: Ausübung fremder Vermögensre durch Vornahme von Rgeschäften über fremde Vermögensgegenstände oder durch Verwaltung fremden Vermögens. [RG. XXXVII S. 41 fg.: dolose Ausnutzung einer fremden Erfindung.]

[15] L. 5 § 5 [6 § 3] D. 3, 5. „Sed et si quis negotia mea gessit non mei contemplatione. sed sui lucri causa, Labeo scripsit, suum eum potius, quam meum negotium gessisse; qui enim depraedandi causa accedit, suo lucro, non meo commodo studet. Sed nihilo minus, immo magis, et is tenebitur negotiorum gestorum actione".

[16] L. 31 [32] pr. D. 3, 5, l. 6 § 2 D. 10, 3. — Herausgabe des Erlangten: l. 3 C. 5, 51. Sf. XXVII. 227, XXXVII. 308, XL. 103 (RG.), vgl. XIII. 156 (S. 218). Entscheid des OAG. zu Rostock IX S. 89 fg.

[17] Die l. 5 § 5 [6 § 5] D. 3, 5 ([15]) fährt fort: „Ipse tamen si circa res meas aliquid impenderit, non in id, quod ei abest, quia improbe ad negotia mea accessit, sed in quod ego locupletior factus sum, habet contra me actionem". Die improba negotiorum gestio soll hier offenbar einer besonderen Behandlung unterworfen werden; deßwegen darf nicht angenommen werden, daß die Bereicherung in die Ersparung einer Ausgabe gesetzt werde, welche auch der Eigenthümer gemacht haben würde. Doch gibt die l. 5 C. 3,

Digitized by Google

[Wenn Jemand ein fremdes Geschäft in der Meinung besorgt, daß es sein eigenes sei, so begnügt sich das §§§., die Anwendung der Grundsätze von der Geschäftsführung ohne Auftrag auszuschließen (687 Abs. 1). Daß alsdann diejenigen von der ungerechtfertigten Bereicherung eingreifen, und im Falle des Verschuldens des Geschäftsführers diejenigen von den unerlaubten Handlungen, hatte E. I § 761 Abs. 2 ausgesprochen. Im Gesetz fehlt diese ausdrückliche Vorschrift; deren Inhalt aber ist selbstverständlich (s. auch Prot. d. II. Comm. S. 3060 fg.)].

---

32 dem unredlichen Besitzer einer fremden Sache wegen der necessarii sumtus ein Retentionsr. schlechthin.

[16] Zimmermann S. 5 fg. Sf. XXI. 51, XLII. 205. RG. XIII S. 184. 185. Die actio negotiorum gestorum ist in diesem Fall, wie in dem Falle der Note [17], nur eine andere Form für die condictio sine causa (§ 424 [1 a. E.]). a) Verhaftung. Darin, daß der Handelnde nur nach dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung haftet, liegt, daß er auf Herausgabe des Erlangten nicht mehr haftet, wenn er dasselbe ohne seine Schuld verloren hat, und nur dann, wenn das Vermögen des Eigenthümers in entsprechender Weise vermindert worden ist. L. 48 [49] D. 3, 5. „Si rem, quam servus venditus subripuisset a me venditore, emtor vendiderit, eaque in rerum natura esse desierit, de pretio negotiorum gestorum actio mihi danda sit, ut dari deberet, si negotium, quod tuum esse existimares, cum esset meum, gessisses". Nach dem R. der negotiorum gestio würde der Eigenthümer ein R. auf Herausgabe des Kaufpreises auch vor Untergang der Sache haben (§ 430 [9]). In l. 23 D. 12, 1 wird für den bezeichneten Fall geradezu eine condictio gegeben (§ 422 [4. b], vgl. § 421 [17]). Haftet der Handelnde aber auch dann, wenn die Vermögensverminderung des Eigenthümers ihren Grund in seiner Genehmigung der über seine Sache getroffenen Verfügung hat? Vgl. über diese schwierige und bestrittene Frage einerseits Zimmermann S. 55 fg., andererseits v. Monroy S. 98 fg.; auch Windscheid in dem § 422 [2] citirten Programm S. 10 fg. b) Berechtigung. Die l. 48 [49] D. cit. fährt fort: — „sicut ex contrario in me tibi daretur, si, cum hereditatem, quae ad me pertinet, tuam putares, res tuas proprias legatas solvisses, quando quidem ea solutione liberarer" (§ 426 [10]). L. 14 § 11 D. 11, 7. „Si quis, dum se heredem putat, patremfamilias funeraverit, funeraria actione uti non poterit, quia non hoc animo fecit, quasi alienum negotium gerens, et ita Trebatius et Proculus putat. Puto tamen et ei ex causa dandam funerariam" (vgl. § 15 eod., Note 6). L. 32 pr. eod., l. 50 § 1 D. 5, 3. Doch ist Streit darüber, wie weit man auf Grund dieser Stellen gehen dürfe. Eine Reihe von Schriftstellern will bei den speciellen in denselben genannten Fällen stehen bleiben; so, wenn auch im Einzelnen abweichend, Kämmerer in dem bei * citirten Aufsatz, Chambon S. 140 fg., Witte § 4. 5, und theilweise auch Köllner S. 29 fg. 42 fg. 48 fg., welcher letztere Schriftsteller l. 48 [49] cit. durch eine mehr als kühne Interpretation ganz zu beseitigen sucht. Andere, wie namentlich Vangerow, leiten aus jenen Stellen nur die Regel her, daß der Eigenthümer die durch Tilgung von Verpflichtungen ihm zugegangene Bereicherung ersetzen müsse. Auf die Bereicherung als solche, jedoch theilweise nicht ohne Abweichungen im Einzelnen, stellen die Regel Leist S. 135 fg., Ruhstrat XXXIV S. 68 fg., Brinkmann S. 19 fg., Stintzing Heid. kr. ZS. III S. 170 fg. IV S. 233 fg., Zimmermann S. 65 fg., Schröder das Commodum bei der

Digitized by Google

C. Vormundschaft und Güterpflege.
§§ 432—447.
[s. im III. Band hinter § 526.]

D. Amt.
§ 448.

Diejenigen, welche kraft Amtes[1] die Angelegenheiten des Staates oder einer juristischen Person verwalten, haften dem Staat und der juristischen Person, wenn nicht aus einem mit denselben abgeschlossenen Vertrag[2], doch jedenfalls aus ihrer Anstellung[3], wie sie umgekehrt

---

Erbschaftsklage S. 17 fg., Brinz 2. Aufl. II § 321 [18. 50]. Schwierigkeit machen dabei allerdings die Stellen, welche von dem Ersatz der von einem gutgläubigen Besitzer auf fremde körperliche Sachen gemachten Verwendungen handeln (§ 422 [7]), insofern als dieselben nur ein Retentions-, kein Klager. bewilligen. Aber jedenfalls bewilligen sie doch einen Anspruch, und so erscheint es viel unbedenklicher, in ihnen eine Ausnahme von der Regel zu sehen, als umgekehrt den Ausdruck der Regel, daß die wirkliche Bereicherung an und für sich nicht zurückgefordert werden könne. Vgl. auch Kohler Jahrb. f. Dogm. XVII S. 377. — Das Nähere der Dogmengeschichte, in Betreff der actio directa und contraria, s. in der Schrift von Aarons.

[1] Auch die Vormundschaft ist in gewisser Weise ein Amt. Insofern ist die hier der Kürze wegen gewählte Bezeichnung nicht genau. § 448.

[2] Die Frage, ob zwischen dem Staate und dem von ihm angestellten Beamten ein Vertragsverhältniß bestehe, oder nicht, bleibt, in gleicher Weise wie die nähere Darstellung der für das Rverhältniß zwischen dem Staate und dem Staatsbeamten maßgebenden Grundsätze, billig der Disciplin des Staatsr. überlassen. S. darüber Zachariae deutsches Staats- und Bundesr. II § 135 fg., Buddeus im Rlex. I S. 744 fg., Sintenis II § 119 [11], Laband Staatsr. des deutschen Reichs I § 44, Freund Arch. f. öff. R. S. 115 fg. Sf. XXV. 235. [RG. XXXVII S. 161. XLII S. 125.] Daß zwischen einer juristischen Person und ihren Beamten ein Vertragsverhältniß bestehen kann, liegt ebenso sehr auf der Hand, als andererseits, daß die Beamten einer juristischen Person möglicherweise ohne Vertrag kraft der Verfassung der juristischen Person eintreten können, so namentlich bei Gemeinden, Kirchen, Stiftungen. — Soweit in diesen Fällen ein Vertragsverhältniß vorliegt, fällt dasselbe unter die in § 404 und 409 bezeichneten Kategorien.

[3] Aus dem r. R. gehören hierher die Bestimmungen über das Verpflichtungsverhältniß der Gemeindebeamten (magistratus municipales) gegenüber der Gemeinde. Dig. 50, 8 de administratione rerum ad civitates pertinentium. Cod. 11, 31 [30]. 34—36 [33—35]. 39 [38]. Es kann von diesen Bestimmungen für das heutige R. nur zum Zwecke der Unterstützung von Sätzen Gebrauch gemacht werden, welche sich schon aus allgemeinen Grundsätzen ergeben; insofern jene Bestimmungen von allgemeinen Grundsätzen abweichen, muß bei der großen Eigenthümlichkeit des römischen Municipalwesens ihre heutige Anwendbarkeit zurückgewiesen werden. Dahin gehört namentlich die Bestimmung, daß die magistratus wegen Arglist auf das Doppelte haften sollen (l. 9 § 4 D. 50, 8),

Digitized by Google

aus derselben einen Anspruch auf Vergütung der von ihnen geleisteten Dienste nach dem Inhalt ihrer Anstellung oder nach der Verfassung der juristischen Person haben[3a]. Ihre Verhaftung erstreckt sich auf alle Nachlässigkeit[4]. Mehrere für dasselbe Amt berufene Personen haften, soweit sie eine Schuld trifft, solidarisch nach den in § 443 zu Note 9 und 10 angegeben Regeln[5].

[Das BGB. überläßt diese Materie dem Landesrecht. EG. 80. Vgl. EG. 81. BGB. 411.]

E. Gemeinschaft und Grenzverwirrung.

1. Gemeinschaft*.

§ 449.

Die Thatsache, daß mehreren Personen ein dingliches Recht gemeinschaftlich ist, erzeugt zwischen denselben ein Verpflichtungs-

---

anderntheils aber die von ihnen gelegte Rechnung nur binnen eines Zeitraumes von 20, gegen ihre Erben von 10 Jahren angefochten werden könne (l. 13 § 1 D. 44, 3); ferner die subsidiäre Verhaftung des nominator oder creator, d. h. des nach Amtspflicht beim Abtritt seinen Nachfolger bezeichnenden magistratus (l. 2 § 7 D. 50, 8, l. 11—13 D. 50, 1, Cod. 11, 34 [33] de periculo nominatorum). Vgl. Funke Beiträge zur Erörterung prakt. Materien Nr. 2, Sintenis II § 119 [11], Keller Pand. S. 604, Brinz S. 1127 fg.

[3a] Vgl. Sf. XXXI. 327 und Citate das.

[4] Denn die Uebernahme des Amtes ist freiwillig, und so fällt der Milderungsgrund, welcher sich bei der Vormundschaft geltend macht (§ 438 [5. 6]) hier weg. — Auch die römischen Gemeindebeamten hafteten wegen omnis culpa l. 6 D. 50, 8. Daß sie für ausgeliehene Kapitalien auch ohne alle Verschuldung gehaftet hätten, welche Behauptung sich bei Puchta § 358 [c], Sintenis II S. 684 in der Anm., Funke a. a. O. S. 112 findet, geht doch aus den dafür angeführten Stellen (l. 9 § 9 D. 50, 8, l. 4 C. 11, 36 [35], l. un. C. 11, 39 [38]) nicht mit Sicherheit hervor (vgl. l. 18. l. 24 i. f. C. 5, 37, — l. 21 § 1. l. 24 D. 50, 1, l. 17 § 7 D. 22, 1). — Die Behauptung, daß auch hier, wie bei der Vormundschaft (§ 438 [9]), die Erben des Beamten nur aus der lata culpa desselben haften, läßt sich nicht rechtfertigen. Sf. IV. 116.

[5] Das Gesagte folgt aus allgemeinen Grundsätzen, und steht in Einklang mit den Bestimmungen des r. R. über die Verhaftung mehrerer Gemeindebeamten: l. 11 pr. — l. 13 D. 50, 1, l. 2 § 8. 9. 10. l. 3. l. 4 pr. l. 9 § 8 D. 50, 8, l. 45 D. 26, 7, l. 1. 2. 3. 4 C. 11, 36 [35]. (Ueber das Verhältniß der Verhaftung des nominator zu der des Mitbeamten widersprechen sich l. 11. 13. D. 50, 1 und l. 2 C. 11, 36 [35], vgl. auch l. 3 eod.). A. M. Brinz 1. Aufl. S. 1129.

* Dig. 10, 3 Cod. 3, 37 communi dividundo. Cod. 3, 38 communia utriusque iudicii tam familiae erciscundae quam communi dividundo. — Glück XI S. 119—166; Unterholzner II § 529—531, Sintenis II § 122, Brinz 2. Aufl. II § 323, Dernburg I § 197, Zimmermann ACPra. XXXIV S. 192—207 (1851), Brinkmann Verhältniß der actio communi

Digitized by Google

verhältniß[1], dessen Inhalt im Einzelnen unter freiem richterlichen Ermessen steht[2], welches sich aber hauptsächlich in folgenden Punkten äußert[3].

[Vgl. EGG. 242.]

dividundo und der actio negotiorum gestorum zu einander (Kiel 1855), Eck die doppelseitigen Klagen des röm. und heut. gem. deutschen R. (Berlin 1870) S. 88—140. (Darüber Göppert kr. VJS. XIV S. 548 fg.), Geib die rliche Natur der actio communi dividundo. Tüb. Diss. 1882. [Lammfromm Theilung, Darlehen, Auflage und Umsatzvertrag, Leipzig 1897. S. 1 fg., 236 fg. 251 fg. 262 fg. v. Seeler das Miteigenthum nach dem BGB. f. d. deutsche Reich. Halle 1899. bes. Kap. I. und III. Pernice Sav.-Z. XI S. 171 fg.]

[1] Das Verpflichtungsverhältniß wird begründet durch die Thatsache, daß § 449.
ein dingliches R. mehreren Personen gemeinschaftlich ist; in welcher Weise die Thatsache entstanden ist, und namentlich ob sie durch Vertrag entstanden ist oder nicht, ist gleichgültig (l. 2 pr. D. 10, 3, l. 65 § 13 D. 17, 2). Neuere nennen die nicht durch Vertrag entstandene Gemeinschaft communio incidens (vgl. l. 31 D. 17, 2: „quum non affectione societatis incidimus in communionem", auch l. 25 § 16 D. 10, 2). — Das Verpflichtungsverhältniß wird begründet durch die Thatsache, daß ein dingliches R. mehreren Personen gemeinschaftlich ist: Eigenthum (welcher Fall der Haupt- und Normalfall ist, so daß in allen anderen Fällen nach römischer Auffassung und Ausdrucksweise nur actio utilis stattfindet), Emphyteusis (l. 7 pr. D. 10, 3), Superficies (l. 1 § 8 D. 43, 18), Nießbrauch (l. 7 § 7 D. 10, 3, l. 13 § 3 D. 7, 1, l. 4 i. f. D. 43, 20), Gebrauchsr. (l. 10 § 1 D. 10, 3), erbliches R. auf einzelne Nutzungen (l. 19 § 4 D. 10, 3), doch ist freilich das Verständniß dieser Stelle sehr bestritten, vgl. Schrader civ. Abhandlungen S. 300, Elvers röm. Servitutenlehre S. 109, Böcking Pand. II § 169 [16], Sintenis Anm. [39] und Anm. [3 Nr. 2], Vangerow I S. 714 7. Aufl., Brinkmann S. 116, Eck S. 128, Steinlechner die juris communio II S. 220 fg.), Pfandr. (l. 7 § 6. 12. 13 D. 10, 3, l. 2 C. 3, 37, l. 29 D. 10, 2), vgl. Eck S. 111 fg. In Betreff der Grunddienstbarkeiten s. l. 30 [31] § 7 D. 3, 5, l. 4 D. 43, 20 (welche Stelle übrigens hauptsächlich von dem Falle handelt, wo für die mehreren Berechtigten keine Identität des R. stattfindet, von dem Falle der Identität nur nebenbei, *vv.* cedi vel simul vel separatim), aber auch l. 19 § 4 D. 10, 3, vgl. noch l. 52 § 12 D. 17, 2 (l. 19 § 2 D. 10, 3 handelt von einem Falle, wo keine Identität des R. stattfindet). Vgl. Brinkmann S. 116 fg. 174 fg., Eck S. 127 fg., Steinlechner a. a. O. S. 217 fg., Rümelin die Theilung der Re S. 143, Brinz 2. Aufl. II § 676 [36]. Sf. XXIII. 128. Der wirklichen Berechtigung steht der redliche Erwerb gleich (l. 7 § 2. 3 D. 10, 3), ja schon die durch Einweisung in den Besitz erlangte „iusta causa possidendi" (l. 7 § 8 D. 10, 3, l. 15 § 19 D. 39, 2, vgl. l. 4 § 4. l. 7 § 9 D. 10, 3). Dagegen begründet Gemeinschaft des bloßen Besitzes das Verpflichtungsverhältniß nicht, l. 7 § 4. 5 D. 10, 3 vgl. Rümelin a. a. O. S. 110 fg.). Ebensowenig wird es durch die Gemeinschaft eines obligatorischen R. begründet, l. 7 § 11 D. 10. 3. — Das durch die Gemeinschaft begründete Verpflichtungsverhältniß wird in den Quellen als quasi ex contractu bezeichnet, § 3 I. 3, 27. Vgl. Steinlechner a. a O. S. 130 fg. Die demselben dienende actio heißt actio communi dividundo — eine ungenaue Bezeichnung, da der Theilhaber dem Theilhaber nicht bloß auf Theilung verpflichtet ist, und auf anderweitige Leistungen nicht bloß bei

Digitized by Google

4. Daß der Geschäftsherr geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist (vgl. zu [24]), hat keine Minderung seiner Haftung zur Folge. Nur ist in solchen Fällen naturgemäß auf den wirklichen oder muthmaßlichen Willen seines gesetzlichen Vertreters zu sehen und hat die Genehmigung von diesem auszugehen oder bedarf doch seiner Zustimmung.

5. Der Anspruch des Geschäftsführers fällt weg, wenn er erweislich nicht die Absicht hatte, Ersatz zu verlangen (685 Abs. 1, vgl. zu [13] fg.); eine Präsumtion s. 685 Abs. 2; vgl. auch 1429. 1618.

6. Bei Irrthum über die Person des Geschäftsherrn wird auch nach BGB. der wahre Geschäftsherr berechtigt und verpflichtet (686, vgl. zu [25].]

§ 431*.

Im Vorhergehenden ist der gewöhnliche Fall vorausgesetzt, daß der Geschäftsführer sowohl aus freiem Antriebe, als auch in der Absicht, dem Geschäftsherrn einen Dienst zu erweisen, thätig wird[1]. Es fragt sich, ob das eine und das andere Moment nothwendig ist, damit die vorher dargestellten Grundsätze Platz greifen. Folgende Fälle kommen in Betracht.

1. Der Geschäftsführer nimmt irrigerweise an, er sei von dem Geschäftsherrn zur Besorgung seiner Angelegenheiten beauftragt worden oder stehe in einem sonstigen Verpflichtungsverhältniß zu demselben. Dieser Irrthum hat weder auf seine Verbindlichkeiten noch auf seine Ansprüche Einfluß[2].

[Grundsätzlich muß man auch vom Standpunkte des BGB. aus sagen, daß die irrige Annahme eines Verpflichtungsverhältnisses des Geschäftsführers zu dem Geschäftsherrn das Vorliegen einer Geschäftsführung ohne Auftrag und deren gewöhnliche Folgen nicht ausschließt. Wenn derjenige, der in Gestalt der Geschäftsführung einer Verpflichtung nachzukommen glaubt, gemäß § 812 fg. die condictio indebiti hat, so ist doch zu beachten, daß die Rückgabe der ungerechtfertigten Bereicherung auch bei Anwendung der Grundsätze von der Geschäftsführung

---

* Hierher gehören im Besonderen die bei § 430 citirten Schriften von E. Zimmermann und von v. Monroy (die letztere in Betreff der bei 4. c) und d) bezeichneten Fälle).

§ 431. [1] Als Ausgangspunkt der actiones negotiorum gestorum wird in unseren Quellen der Fall der Abwesenheit behandelt, welche so plötzlich eingetreten ist, daß der Geschäftsherr für seine Vertretung keine Sorge hat tragen können. L. 1 D. 3, 5, l. 5 pr. D. 44, 7, § 1 I. 3, 27. Vgl. Sf. XIX. 42. Ein anderer Fall war im Edicte ausdrücklich vorgesehen, der Fall des Todes bei unangetretener Erbschaft, l. 3 pr. § 6 D. 3, 5.

[2] L. 3 § 10. l. 5 pr. l. 28 [29] D. 3, 5, l. 6 C. 2, 18 [19], l. 4 C. 5, 34. Vgl. l. 18 [19] § 2 D. 3, 5 (ein freier Mensch wird thätig auf Befehl seines vermeintlichen Herrn: — „erit . . negotiorum gestorum actio, quia et gerendi negotii mei habuerit affectionem, et is fuerit, quem obligare possem"). Sf. XII. 157.

Digitized by Google

ohne Auftrag das Mindeste ist, wozu der Geschäftsherr verpflichtet ist (684). Möglich aber ist, daß der Geschäftsführer in Erfüllung einer solchen Verpflichtung zu handeln glaubt, bei welcher er für weniger als leichte Fahrlässigkeit haftet (vgl. Mot. II S. 866), z. B. er verwahrt eine Sache auf Grund eines nichtigen unentgeltlichen Verwahrungsvertrages. Wäre dieser Vertrag gültig, so haftete er nach § 690 nur für diejenige Sorgfalt, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt. Als unbeauftragter Geschäftsführer haftet er für jede Fahrlässigkeit. Glaubt er entschuldbar an die Gültigkeit des Verwahrungsvertrages, so wird die Billigkeit dafür sprechen, daß er nicht strenger haftet, als wenn der Vertrag wirklich gültig wäre. Man kann aber hier so argumentiren: der entschuldbare Irrthum, welcher ihn zu dem Glauben verführt, nur die dilig. quam suis zu schulden, schließt den Vorwurf der Fahrlässigkeit in Bezug auf Handlungen aus, bei welchen er jene Sorgfalt beobachtet hat. Denn die im Verkehr erforderliche Sorgfalt im Sinne des § 276 geht nicht über diejenige hinaus, zu welcher man sich den Umständen nach für verpflichtet halten mußte.]

2. Der Geschäftsführer ist von einem Dritten (d. h. einem Andern als dem Geschäftsherrn) beauftragt worden[2a]. In diesem Fall kommt es darauf an, ob der Geschäftsführer lediglich im Hinblick auf den ertheilten Auftrag, oder zugleich im Hinblick auf den Geschäftsherrn thätig geworden ist[3]. Im letzten Fall gelten die gewöhnlichen Grundsätze von der Geschäftsführung[4]; im ersten Fall dagegen ist der Geschäftsführer lediglich dem Auftraggeber gegenüber berechtigt und verpflichtet[5], und nur im Nothfall wird ihm ein Ersatzanspruch auch gegen denjenigen zugestanden, in dessen Angelegenheiten er thätig geworden ist[6]. Hierzu ist jedoch zu bemerken: a) daß der Geschäftsführer dem Geschäftsherrn jedenfalls dann haftet, wenn

[2a] Vgl. zum Folgenden Kohler Jahrb. f. Dogm. XXVII S. 75—94. [Sf. XLVII. 269.]

[3] L. 3 § 10. 11 D. 3, 5, l. 18 C. 2, 18 [19]. L. 3 § 11 cit. „Apud Marcellum libro II. Dig. quaeritur, si, cum proposuissem negotia Titii gerere, tu mihi mandaveris, ut geram, an utraque actione uti possim? Et ego puto, utramque locum habere: quemadmodum ipse Marcellus scribit, si fideiussorem accepero negotia gesturus: nam et hic dicit, adversus utrumque esse actionem". Vgl. l. 5 § 6 [6 § 9] D. 3, 5: — „si et tuum gessit sciens". Ueber die in dieser und der vorigen Note citirten Stellen l. 3 § 10 D. 3, 5 und l. 18 C. 2, 18 [19], vgl. übrigens auch Wlassak S. 140 fg.

[4] Von diesem Falle handeln außer der in der vorigen Note citirten l. 3 § 11 D. 3, 5, l. 4 C. 2, 18 [19] (actio negotiorum gestorum directa) und l. 14 eod. („invicem negotiorum gestorum competit actio"). Vgl. Sf. XV. 1.

[5] Von diesem Fall handeln l. 20 [21] § 3. l. 27 [28] D. 3, 5, l. 22 § 10. l. 53 D. 17, 1, l. 14 § 15 D. 11, 7 ([6]). A. M. Thibaut civil. Abhandlungen Nr. 20, dagegen Kohler a. a. O. S. 89 [1]. Zu l. 27 [28] cit. vgl. § 258 [19].

Digitized by Google

er es übernommen hat, demselben etwas ihm von dem Auftraggeber Uebergebenes einzuhändigen[7]; b) daß, wenn der Auftrag in der irrigen Annahme gegeben und angenommen worden ist, der Auftraggeber sei der Geschäftsherr, statt der Rechte und Verbindlichkeiten aus dem Auftrag die Rechte und Verbindlichkeiten aus der Geschäftsführung zwischen dem Geschäftsführer und dem wirklichen Geschäftsherrn entstehen[8].

[E. I BGB. hatte im § 760 die Sätze zu [4. 5] des obigen Textes aufgestellt. Die II. Comm. strich diesen §, weil das Verhältniß zwar zu Zweifeln Anlaß gebe, aber bei seiner geringen praktischen Wichtigkeit seine Klarstellung der Wissenschaft überlassen bleiben könne (Prot. S. 3059 fg.). M. E. folgt aus § 677 BGB. ohne Weiteres, daß ein einem Dritten gegenüber obwaltendes Verpflichtungsverhältniß die Geschäftsführung für den Geschäftsherrn nicht ausschließt; ihre positiven Voraussetzungen müssen aber gegeben sein. Es muß objectiv ein Geschäft des Geschäftsherrn geführt, oder ein neutrales Geschäft in der Absicht besorgt sein, es zu dem seinigen zu machen. Der Ersatzanspruch des Geschäftsführers fällt gemäß 685 fort, wenn er die Absicht hatte, sich wegen des Ersatzes ausschließlich an seinen Auftraggeber zu halten. Zu [7] s. 328. Soviel den Satz zu [8] anlangt, kommt nach BGB. in Betracht, daß gemäß 686 bei Irrthum über die Person des Geschäftsherrn der wirkliche Geschäftsherr berechtigt und verpflichtet wird. Dieß wird auch dadurch nicht ausgeschlossen, daß der falsche Geschäftsherr einen Auftrag ertheilt hat. Eine andere Frage aber ist, ob dieser Auftrag wirkungslos ist; das ist m. E. ohne weitere Gründe nicht anzunehmen.]

3. Der Geschäftsführer wird in der Absicht, das Interesse eines Dritten (d. h. eines Andern als des Geschäftsherrn) zu wahren, aus eigenem Antriebe thätig. Hält er dann diesen Dritten irrigerweise für den Geschäftsherrn, so entstehen die Rechte und Verbindlichkeiten aus der Geschäftsführung nicht zwischen ihm und dem vermeintlichen, sondern zwischen ihm und dem wirklichen Geschäftsherrn[9]. Weiß er

---

[6] Nach dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung. L. 14 § 15 D. 11, 7. „Qui mandatu alterius funeravit, non habet funerariam actionem . . . Quod si pupillus mandavit sine tutore auctore, utilem funerariam dandam adversus heredem ei, qui impendit; lucrari enim heredem iniquum est". Dieser Grund schließt die Annahme aus, als handele es sich hier um eine Eigenthümlichkeit der actio funeraria. Ueberdieß findet sich die gleiche Entscheidung in l. 7 D. 16, 1.

[7] L. 5 § 4 [6 § 2] D. 3, 5. „Si quis pecuniam vel aliam quandam rem ad me perferendam acceperit, quia meum negotium gessit, negotiorum gestorum mihi actio adversus eum competit".

[8] L. 25 [26] D. 3, 5. — Zimmermann S. 38 nimmt in diesem Fall, wie in dem der vorigen Note, ächte negotiorum gestio an. Brinz 2. Aufl. II S. 652 [34] nimmt ächte negotiorum gestio ohne Mandat an.

Digitized by Google

dagegen, daß der Dritte nicht der Geschäftsherr ist, so ist wieder zu unterscheiden, wie zuvor: hat der Geschäftsführer trotz des Hinblicks auf den Dritten zugleich die Absicht, Geschäftsführer desjenigen zu sein, dessen Geschäfte er besorgt, so treten zwischen ihm und diesem Letzteren die gewöhnlichen Grundsätze von der Geschäftsführung ein; handelt er dagegen lediglich im Hinblick auf den Dritten, so ist er nur diesem gegenüber berechtigt wie verpflichtet, und zwar nach den Grundsätzen der Geschäftsführung[10], und bloß im Nothfall wird ihm auch hier ein Anspruch gegen den wirklichen Geschäftsherrn gestattet[11].

4. Der Geschäftsführer wird in der Absicht, sein eigenes Interesse zu wahren, thätig. Von diesem Falle[11a] ist im Allgemeinen zu sagen, daß auch in ihm die Rechte und Verbindlichkeiten aus der Geschäftsführung nicht ausgeschlossen sind[12]. Jedoch gilt hier folgendes Besondere.

a) Wenn ein Theilhaber in Betreff des ihm mit einem Andern gemeinschaftlichen Gegenstandes thätig wird, so greifen nicht die Grundsätze von der Geschäftsführung, sondern die Grundsätze von der Gemeinschaft Platz; anders wenn der Theilhaber nicht in Betreff des gemeinschaftlichen Gegenstandes, sondern für seinen Antheil und zugleich für den Antheil des Genossen thätig wird[13. 13a].

---

[9] L. 5 § 1. l. 5 § 10—13 [6 § 8—11]. l. 30 [31] § 1. l. 44 [45] § 2 D. 3, 5, l. 14 § 1 D. 10, 3. Vgl. aber auch Zimmermann a. a. O. S. 34 Nr. 2. Einfluß der Genehmigung durch den vermeintlichen Geschäftsherrn, l. 5 § 11—13 [6 § 9—11] D. 3, 5. Seuffert a. a. O. S. 16 fg. Zimmermann S. 58 fg.

[10] L. 5 § 2 [6 pr.] (vgl. l. 3 § 5). l. 45 [46] pr. D. 3, 5, l. 60 § 1 D. 17, 1. Etwas anders Brinz 2. Aufl. II S. 549 lit. d.

[11] Arg. l. 14 § 15 D. 11, 7 (8) und s. auch l. 5 § 8 [6 § 6] D. 3, 5.

[11a] Vgl. zu demselben Kohler a. a. O. S. 111 fg. [Krumm (vgl. 430 [18]) ... II. Verhältniß des § 687 BGB. zu dem bisherigen gemeinrlichen Rzustande.]

[12] Beispiele aus den Quellen: Jemand zahlt den auf seinen Mitgefangenen fallenden Theil des Lösegeldes, weil er sonst selbst nicht frei werden kann, l. 20 [21] pr. D. 3, 5; Jemand zahlt den auf seinen Miterben fallenden Theil der Schuld, um selbst dem Pfandverkauf zu entgehen, l. 3 C. 2, 18 [19]; Jemand bezahlt einen fremden Gläubiger aus, um das demselben haftende Pfand zu erlangen (er hofft, dadurch, daß er dieses Pfand mit einem andern ihm haftenden Pfand verkauft, für letzteres einen besseren Preis zu erzielen), l. 31 [32] pr. D. 3, 5.; ein Correal- oder Solidarschuldner zahlt auf Grund seiner Verpflichtung eine materiell den Mitschuldner, allein oder in erster Linie, treffende Schuld, l. 29 [30] 3, 5, vgl. l. 10 § 10 D. 15, 3, vgl. § 294 [3], § 298 [12], § 299 [3], Kohler a. a. O. S. 118 fg. S. ferner l. 19 § 2 D. 10, 3, und vgl. l. 30 [31] § 7 D. 3, 5. Vgl. auch § 408 [14].

Digitized by Google

[Auch für das BGB. bleibt das Gesagte richtig. Die Handlung des Gemeinschafters fällt aus dem Rahmen des Gemeinschaftsverhältnisses heraus, wenn der Gemeinschafter in den Antheil des andern eingreift, ohne durch das Gemeinschaftsverhältniß selbst dazu veranlaßt zu werden, vgl. l. 6 § 2 D. 10, 3 in Note [13].]

b) Der zum Zweck seiner Befriedigung in das Vermögen des Schuldners eingewiesene Gläubiger haftet nur wegen Arglist, und kann Ersatz für alle Aufopferungen verlangen, welche er ohne Arglist gemacht hat[14].

[Nicht mehr praktisch.]

---

[13] Den im Texte bezeichneten Gegensatz drücken die Quellen in einer Weise aus, daß daraus zugleich eine Beantwortung der Frage hervorgeht, wann anzunehmen sei, daß der Theilhaber für den gemeinschaftlichen Gegenstand, und wann, daß er für die beiderseitigen Antheile thätig geworden sei. L. 6 § 2 D. 10, 3: — „non alias communi dividundo iudicio locus erit . . nisi id demum gessit, sine quo partem suam recte administrare non potuit, alioquin, si potuit, habet negotiorum gestorum actionem eaque tenetur". S. ferner l. 6 § 7 eod., l. 39 [40] D. 3, 5, l. 18 § 6. l. 25 § 13—15 D. 10, 2, l. 18 § 1. l. 20 C. 3, 36, l. 19 C. 2, 18 [19], l. 9 § 4 D. 42, 5 ([14]). Hierher gehört im Besonderen die bei * citirte Schrift von Brinkmann. S. auch Brinz 2. Aufl. II. S. 651. Heck das R. der großen Haverei (1889) S. 542 fg. Vgl. § 449 [5. 10].

[13a] Ihering Jahrb. f. Dogm. X S. 334 fg. (vgl. XXIII S. 292) und Eck die doppelseitigen Klagen S. 135 fg. erklären auch die Entscheidungen der in Note [13] genannten Stellen (mit Ausnahme der l. 31 [32] pr. D. 3, 5) aus einem Gemeinschaftsverhältniß; die actio negotiorum gestorum sei in diesen Fällen ihrer wahren Natur nach eine Gemeinschaftsklage. Vgl. 449 [11a]. Aber warum ohne Noth der actio negotiorum gestorum eine Bedeutung beilegen, welche mit ihrem Namen nicht verträglich ist? Oder ist es nicht wahr, daß Jemand eine Aufwendung animo negotium alienum gerendi machen kann, obgleich ihm die Veranlassung und wohl gar die Nöthigung zu dieser Aufwendung aus seinen eigenen Angelegenheiten erwachsen ist? Die praktische Bedeutung der Ansicht von Ihering und Eck ist, soviel ich sehe, die, daß der Aufwendende soll zurückfordern können, auch wenn er die Aufwendung ohne animus negotia gerendi gemacht hat. Aber wenn in Kenntniß der Sachlage, gewiß nicht; und wenn er sich im Irrthum befand, so greift der Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung durch. Vgl. Note [13]. Dieß Letztere bestreitet zwar Ihering (S. 332), weil das Aufgewendete primär dem Aufwendenden selbst zu Gute gekommen sei. Allein wenn dieß in einem gegebenen Fall in dem Sinne wahr ist, daß der Aufwendende in dem, was ihm durch die Aufwendung zugekommen ist, den vollen ökonomischen Ersatz für das Aufgewendete hat, und nicht bloß nach formaler, sondern auch nach materieller Rbetrachtung, so steht ihm nach meiner Ueberzeugung ein Ersatzanspruch überhaupt nicht zu; wenn aber dieß nicht der Fall ist, so wüßte ich nicht, was der Anwendbarkeit der condictio sine causa entgegen stände. Auch Eck (S. 139) erklärt den Satz für unrichtig, daß eine eigene Aufopferung, wodurch einem Dritten eine solche erspart wird, ohne Weiteres die condictio sine causa begründe. Eine eigene Aufwendung gewiß

Digitized by Google

c) Wer fremdes Vermögen arglistigerweise als eigenes behandelt[14a], haftet[15] für den nachtheiligen Erfolg seiner Handlungen auch dann, wenn er an demselben nicht schuld ist[16], und kann Ersatz für seine Aufopferungen nur insoweit verlangen, als der Eigenthümer durch den Erfolg derselben noch jetzt bereichert ist[17].

[§65. In dem hier fraglichen Falle kann der Geschäftsherr den Handelnden wegen unerlaubter Handlung zur Verantwortung ziehen, und es ist dann selbstverständlich, daß von dem Schaden, den er liquidirt, die ihm durch dieselbe Handlung zugegangene Bereicherung in Absatz kommt. Er kann aber auch die Ansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag geltend machen, und haftet, wenn er dieß thut, seinerseits auf Herausgabe der ihm zugegangenen Bereicherung (687 Abs. 2).]

d) Wer fremdes Vermögen im Glauben, es sei sein eigenes, als eigenes behandelt, haftet dem Eigenthümer und ist berechtigt gegen denselben nur nach dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung[18].

---

nicht; aber eine eigene Aufopferung, in dem soeben bezeichneten Sinn, ebenso gewiß doch. Eine mittlere Meinung bei Sturm S. 75.

[14] Für diesen Fall hatte der Prätor in seinem Edict eine besondere actio aufgestellt (l. 9 pr. D. 42, 5): — „nam negotiorum gestorum agere non magis potest, quam si socius commune aedificium fulsit, quia hic quoque creditor commune, non alienum negotium gessisse videtur" (l. 9 § 4 eod.); aber: „omne, quod in actionem negotiorum gestorum veniret, si posset agi, restituendum a creditore" (l. 14 § 1 eod.). Ueber die im Texte bezeichneten Eigenthümlichkeiten dieser actio in factum s. l. 9 § 2. 4. 5 eod., und vgl. im Allgemeinen l. 9. 10. 11 eod. L. 10 § 1 C. 7, 72.

[14a] An die Stelle der hier und bei d gebrauchten Kategorie (Behandlung fremden Vermögens als eigenen) will v. Monroy a. a. O. die andere setzen: Ausübung fremder Vermögensre durch Vornahme von Rgeschäften über fremde Vermögensgegenstände oder durch Verwaltung fremden Vermögens. [RG. XXXVII S. 41 fg.: dolose Ausnutzung einer fremden Erfindung.]

[15] L. 5 § 5 [6 § 3] D. 3, 5. „Sed et si quis negotia mea gessit non mei contemplatione. sed sui lucri causa, Labeo scripsit, suum eum potius, quam meum negotium gessisse; qui enim depraedandi causa accedit, suo lucro, non meo commodo studet. Sed nihilo minus, immo magis, et is tenebitur negotiorum gestorum actione".

[16] L. 31 [32] pr. D. 3, 5, l. 6 § 2 D. 10, 3. — Herausgabe des Erlangten: l. 3 C. 5, 51. Sf. XXVII. 227, XXXVII. 308, XL. 103 (RG.), vgl. XIII. 156 (S. 218). Entscheid des OAG. zu Rostock IX S. 89 fg.

[17] Die l. 5 § 5 [6 § 5] D. 3, 5 ([15]) fährt fort: „Ipse tamen si circa res meas aliquid impenderit, non in id, quod ei abest, quia improbe ad negotia mea accessit, sed in quod ego locupletior factus sum, habet contra me actionem". Die improba negotiorum gestio soll hier offenbar einer besonderen Behandlung unterworfen werden; deßwegen darf nicht angenommen werden, daß die Bereicherung in die Ersparung einer Ausgabe gesetzt werde, welche auch der Eigenthümer gemacht haben würde. Doch gibt die l. 5 C. 3,

Digitized by Google

[Wenn Jemand ein fremdes Geschäft in der Meinung besorgt, daß es sein eigenes sei, so begnügt sich das BGB., die Anwendung der Grundsätze von der Geschäftsführung ohne Auftrag auszuschließen (687 Abs. 1). Daß alsdann diejenigen von der ungerechtfertigten Bereicherung eingreifen, und im Falle des Verschuldens des Geschäftsführers diejenigen von den unerlaubten Handlungen, hatte E. I § 761 Abs. 2 ausgesprochen. Im Gesetz fehlt diese ausdrückliche Vorschrift; deren Inhalt aber ist selbstverständlich (s. auch Prot. d. II. Comm. S. 3060 fg.)].

---

32 dem unredlichen Besitzer einer fremden Sache wegen der necessarii sumtus ein Retentionsr. schlechthin.

[18] Zimmermann S. 5 fg. Sf. XXI. 51, XLII. 205. RG. XIII S. 184. 185. Die actio negotiorum gestorum ist in diesem Fall, wie in dem Falle der Note [17], nur eine andere Form für die condictio sine causa (§ 424 [1 a. E.]). a) Verhaftung. Darin, daß der Handelnde nur nach dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung haftet, liegt, daß er auf Herausgabe des Erlangten nicht mehr haftet, wenn er dasselbe ohne seine Schuld verloren hat, und nur dann, wenn das Vermögen des Eigenthümers in entsprechender Weise vermindert worden ist. L. 48 [49] D. 3, 5. „Si rem, quam servus venditus subripuisset a me venditore, emtor vendiderit, eaque in rerum natura esse desierit, de pretio negotiorum gestorum actio mihi danda sit, ut dari deberet, si negotium, quod tuum esse existimares, cum esset meum, gessisses". Nach dem R. der negotiorum gestio würde der Eigenthümer ein R. auf Herausgabe des Kaufpreises auch vor Untergang der Sache haben (§ 430 [9]). In l. 23 D. 12, 1 wird für den bezeichneten Fall geradezu eine condictio gegeben (§ 422 [4. b], vgl. § 421 [17]). Haftet der Handelnde aber auch dann, wenn die Vermögensverminderung des Eigenthümers ihren Grund in seiner Genehmigung der über seine Sache getroffenen Verfügung hat? Vgl. über diese schwierige und bestrittene Frage einerseits Zimmermann S. 55 fg., andererseits v. Monroy S. 98 fg.; auch Windscheid in dem § 422 [2] citirten Programm S. 10 fg. b) Berechtigung. Die l. 48 [49] D. cit. fährt fort; — „sicut ex contrario in me tibi daretur, si, cum hereditatem, quae ad me pertinet, tuam putares, res tuas proprias legatas solvisses, quando quidem ea solutione liberarer" (§ 426 [10]). L. 14 § 11 D. 11, 7. „Si quis, dum se heredem putat, patremfamilias funeraverit, funeraria actione uti non poterit, quia non hoc animo fecit, quasi alienum negotium gerens, et ita Trebatius et Proculus putat. Puto tamen et ei ex causa dandam funerariam" (vgl. § 15 eod., Note 6). L. 32 pr. eod., l. 50 § 1 D. 5, 3. Doch ist Streit darüber, wie weit man auf Grund dieser Stellen gehen dürfe. Eine Reihe von Schriftstellern will bei den speciellen in denselben genannten Fällen stehen bleiben; so, wenn auch im Einzelnen abweichend, Kämmerer in dem bei * citirten Aufsatz, Chambon S. 140 fg., Witte § 4. 5, und theilweise auch Köllner S. 29 fg. 42 fg. 48 fg., welcher letztere Schriftsteller l. 48 [49] cit. durch eine mehr als kühne Interpretation ganz zu beseitigen sucht. Andere, wie namentlich Vangerow, leiten aus jenen Stellen nur die Regel her, daß der Eigenthümer die durch Tilgung von Verpflichtungen ihm zugegangene Bereicherung ersetzen müsse. Auf die Bereicherung als solche, jedoch theilweise nicht ohne Abweichungen im Einzelnen, stellen die Regel Leist S. 135 fg., Ruhstrat XXXIV S. 68 fg., Brinkmann S. 19 fg., Stintzing Heid. kr. ZS. III S. 170 fg. IV S. 233 fg., Zimmermann S. 65 fg., Schröder das Commodum bei der

Digitized by Google

C. Vormundschaft und Güterpflege.
§§ 432—447.
[s. im III. Band hinter § 526.]

D. Amt.
§ 448.

Diejenigen, welche kraft Amtes[1] die Angelegenheiten des Staates oder einer juristischen Person verwalten, haften dem Staat und der juristischen Person, wenn nicht aus einem mit denselben abgeschlossenen Vertrag[2], doch jedenfalls aus ihrer Anstellung[3], wie sie umgekehrt

---

Erbschaftsklage S. 17 fg., Brinz 2. Aufl. II § 321 [13. 50]. Schwierigkeit machen dabei allerdings die Stellen, welche von dem Ersatz der von einem gutgläubigen Besitzer auf fremde körperliche Sachen gemachten Verwendungen handeln (§ 422 [7]), insofern als dieselben nur ein Retentions-, kein Klager. bewilligen. Aber jedenfalls bewilligen sie doch einen Anspruch, und so erscheint es viel unbedenklicher, in ihnen eine Ausnahme von der Regel zu sehen, als umgekehrt den Ausdruck der Regel, daß die wirkliche Bereicherung an und für sich nicht zurückgefordert werden könne. Vgl. auch Kohler Jahrb. f. Dogm. XVII S. 377. — Das Nähere der Dogmengeschichte, in Betreff der actio directa und contraria, s. in der Schrift von Aarons.

[1] Auch die Vormundschaft ist in gewisser Weise ein Amt. Insofern ist die hier der Kürze wegen gewählte Bezeichnung nicht genau. § 448.

[2] Die Frage, ob zwischen dem Staate und dem von ihm angestellten Beamten ein Vertragsverhältniß bestehe, oder nicht, bleibt, in gleicher Weise wie die nähere Darstellung der für das Rverhältniß zwischen dem Staate und dem Staatsbeamten maßgebenden Grundsätze, billig der Disciplin des Staatsr. überlassen. S. darüber Zachariae deutsches Staats- und Bundesr. II § 135 fg., Buddeus im Rlex. I S. 744 fg., Sintenis II § 119 [11], Laband Staatsr. des deutschen Reichs I § 44, Freund Arch. f. öff. R. S. 115 fg. Sf. XXV. 235. [RG. XXXVII S. 161. XLII S. 125.] Daß zwischen einer juristischen Person und ihren Beamten ein Vertragsverhältniß bestehen kann, liegt ebenso sehr auf der Hand, als andererseits, daß die Beamten einer juristischen Person möglicherweise ohne Vertrag kraft der Verfassung der juristischen Person eintreten können, so namentlich bei Gemeinden, Kirchen, Stiftungen. — Soweit in diesen Fällen ein Vertragsverhältniß vorliegt, fällt dasselbe unter die in § 404 und 409 bezeichneten Kategorien.

[3] Aus dem r. R. gehören hierher die Bestimmungen über das Verpflichtungsverhältniß der Gemeindebeamten (magistratus municipales) gegenüber der Gemeinde. Dig. 50, 8 de administratione rerum ad civitates pertinentium. Cod. 11, 31 [30]. 34—36 [33—35]. 39 [38]. Es kann von diesen Bestimmungen für das heutige R. nur zum Zwecke der Unterstützung von Sätzen Gebrauch gemacht werden, welche sich schon aus allgemeinen Grundsätzen ergeben; insofern jene Bestimmungen von allgemeinen Grundsätzen abweichen, muß bei der großen Eigenthümlichkeit des römischen Municipalwesens ihre heutige Anwendbarkeit zurückgewiesen werden. Dahin gehört namentlich die Bestimmung, daß die magistratus wegen Arglist auf das Doppelte haften sollen (l. 9 § 4 D. 50, 8),

Digitized by Google

aus derselben einen Anspruch auf Vergütung der von ihnen geleisteten Dienste nach dem Inhalt ihrer Anstellung oder nach der Verfassung der juristischen Person haben[3a]. Ihre Verhaftung erstreckt sich auf alle Nachlässigkeit[4]. Mehrere für dasselbe Amt berufene Personen haften, soweit sie eine Schuld trifft, solidarisch nach den in § 443 zu Note 9 und 10 angegeben Regeln[5].

[Das BGB. überläßt diese Materie dem Landesrecht. EG. 80. Vgl. EG. 81. BGB. 411.]

E. Gemeinschaft und Grenzverwirrung.

1. Gemeinschaft*.

§ 449.

Die Thatsache, daß mehreren Personen ein dingliches Recht gemeinschaftlich ist, erzeugt zwischen denselben ein Verpflichtungs-

---

anderntheils aber die von ihnen gelegte Rechnung nur binnen eines Zeitraumes von 20, gegen ihre Erben von 10 Jahren angefochten werden könne (l. 13 § 1 D. 44, 3); ferner die subsidiäre Verhaftung des nominator oder creator, d. h. des nach Amtspflicht beim Abtritt seinen Nachfolger bezeichnenden magistratus (l. 2 § 7 D. 50, 8, l. 11—13 D. 50, 1, Cod. 11, 34 [33] de periculo nominatorum). Vgl. Funke Beiträge zur Erörterung prakt. Rmaterien Nr. 2, Sintenis II § 119 [11], Keller Pand. S. 604, Brinz S. 1127 fg.

[3a] Vgl. Sf. XXXI. 327 und Citate das.

[4] Denn die Uebernahme des Amtes ist freiwillig, und so fällt der Milderungsgrund, welcher sich bei der Vormundschaft geltend macht (§ 438 [5. 6]) hier weg. — Auch die römischen Gemeindebeamten hafteten wegen omnis culpa l. 6 D. 50, 8. Daß sie für ausgeliehene Kapitalien auch ohne alle Verschuldung gehaftet hätten, welche Behauptung sich bei Puchta § 358 [c], Sintenis II S. 684 in der Anm., Funke a. a. O. S. 112 findet, geht doch aus den dafür angeführten Stellen (l. 9 § 9 D. 50, 8, l. 4 C. 11, 36 [35], l. un. C. 11, 39 [38]) nicht mit Sicherheit hervor (vgl. l. 18. l. 24 i. f. C. 5, 37, — l. 21 § 1. l. 24 D. 50, 1, l. 17 § 7 D. 22, 1). — Die Behauptung, daß auch hier, wie bei der Vormundschaft (§ 438 [9]), die Erben des Beamten nur aus der lata culpa desselben haften, läßt sich nicht rechtfertigen. Sf. IV. 116.

[5] Das Gesagte folgt aus allgemeinen Grundsätzen, und steht in Einklang mit den Bestimmungen des r. R. über die Verhaftung mehrerer Gemeindebeamten: l. 11 pr. — l. 13 D. 50, 1, l. 2 § 8. 9. 10. l. 3. l. 4 pr. l. 9 § 8 D. 50, 8, l. 45 D. 26, 7, l. 1. 2. 3. 4 C. 11, 36 [35]. (Ueber das Verhältniß der Verhaftung des nominator zu der des Mitbeamten widersprechen sich l. 11. 13. D. 50, 1 und l. 2 C. 11, 36 [35], vgl. auch l. 3 eod.). A. M. Brinz 1. Aufl. S. 1129.

* Dig. 10, 3 Cod. 3, 37 communi dividundo. Cod. 3, 38 communia utriusque iudicii tam familiae erciscundae quam communi dividundo. — Glück XI S. 119—166; Unterholzner II § 529—531, Sintenis II § 122, Brinz 2. Aufl. II § 323, Dernburg I § 197, Zimmermann ACPra. XXXIV S. 192—207 (1851), Brinkmann Verhältniß der actio communi

Digitized by Google

verhältniß[1], dessen Inhalt im Einzelnen unter freiem richterlichen Ermessen steht[2], welches sich aber hauptsächlich in folgenden Punkten äußert[3].

[Vgl. ZGB. 242.]

dividundo und der actio negotiorum gestorum zu einander (Kiel 1855), Eck die doppelseitigen Klagen des röm. und heut. gem. deutschen R. (Berlin 1870) S. 88—140. (Darüber Göppert kr. VJS. XIV S. 548 fg.), Geib die rliche Natur der actio communi dividundo. Tüb. Diss. 1882. [Lammfromm Theilung, Darlehen, Auflage und Umsatzvertrag, Leipzig 1897. S. 1 fg., 236 fg. 251 fg. 262 fg. v. Seeler das Miteigenthum nach dem BGB. f. d. deutsche Reich. Halle 1899. bes. Kap. I. und III. Pernice Sav.-ZS. XI S. 171 fg.]

[1] Das Verpflichtungsverhältniß wird begründet durch die Thatsache, daß § 449.
ein dingliches R. mehreren Personen gemeinschaftlich ist; in welcher Weise die Thatsache entstanden ist, und namentlich ob sie durch Vertrag entstanden ist oder nicht, ist gleichgültig (l. 2 pr. D. 10, 3, l. 65 § 13 D. 17, 2). Neuere nennen die nicht durch Vertrag entstandene Gemeinschaft communio incidens (vgl. l. 31 D. 17, 2: „quum non affectione societatis incidimus in communionem", auch l. 25 § 16 D. 10, 2). — Das Verpflichtungsverhältniß wird begründet durch die Thatsache, daß ein dingliches R. mehreren Personen gemeinschaftlich ist: Eigenthum (welcher Fall der Haupt- und Normalfall ist, so daß in allen anderen Fällen nach römischer Auffassung und Ausdrucksweise nur actio utilis stattfindet), Emphyteusis (l. 7 pr. D. 10, 3), Superficies (l. 1 § 8 D. 43, 18), Nießbrauch (l. 7 § 7 D. 10, 3, l. 13 § 3 D. 7, 1, l. 4 i. f. D. 43, 20), Gebrauchsr. (l. 10 § 1 D. 10, 3), erbliches R. auf einzelne Nutzungen (l. 19 § 4 D. 10, 3), doch ist freilich das Verständniß dieser Stelle sehr bestritten, vgl. Schrader civ. Abhandlungen S. 300, Elvers röm. Servitutenlehre S. 109, Böcking Pand. II § 169 [18], Sintenis Anm. [39] und Anm. [3 Nr. 2], Vangerow I S. 714 7. Aufl., Brinkmann S. 116, Eck S. 128, Steinlechner die juris communio II S. 220 fg.), Pfandr. (l. 7 § 6. 12. 13 D. 10, 3, l. 2 C. 3, 37, l. 29 D. 10, 2), vgl. Eck S. 111 fg. In Betreff der Grunddienstbarkeiten s. l. 30 [31] § 7 D. 3, 5, l. 4 D. 43, 20 (welche Stelle übrigens hauptsächlich von dem Falle handelt, wo für die mehreren Berechtigten keine Identität des R. stattfindet, von dem Falle der Identität nur nebenbei, *vv.* cedi vel simul vel separatim), aber auch l. 19 § 4 D. 10, 3, vgl. noch l. 52 § 12 D. 17, 2 (l. 19 § 2 D. 10, 3 handelt von einem Falle, wo keine Identität des R. stattfindet). Vgl. Brinkmann S. 116 fg. 174 fg., Eck S. 127 fg., Steinlechner a. a. O. S. 217 fg., Rümelin die Theilung der Re S. 143, Brinz 2. Aufl. II § 676 [36]. Sf. XXIII. 128. Der wirklichen Berechtigung steht der redliche Erwerb gleich (l. 7 § 2. 3 D. 10, 3), ja schon die durch Einweisung in den Besitz erlangte „iusta causa possidendi" (l. 7 § 8 D. 10, 3, l. 15 § 19 D. 39, 2, vgl. l. 4 § 4. l. 7 § 9 D. 10, 3). Dagegen begründet Gemeinschaft des bloßen Besitzes das Verpflichtungsverhältniß nicht, l. 7 § 4. 5 D. 10, 3 vgl. Rümelin a. a. O. S. 110 fg.). Ebensowenig wird es durch die Gemeinschaft eines obligatorischen R. begründet, l. 7 § 11 D. 10. 3. — Das durch die Gemeinschaft begründete Verpflichtungsverhältniß wird in den Quellen als quasi ex contractu bezeichnet, § 3 I. 3, 27. Vgl. Steinlechner a. a O. S. 130 fg. Die demselben dienende actio heißt actio communi dividundo — eine ungenaue Bezeichnung, da der Theilhaber dem Theilhaber nicht bloß auf Theilung verpflichtet ist, und auf anderweitige Leistungen nicht bloß bei

Digitized by Google

1. Jeder Theilhaber ist verpflichtet, seinem Genossen denjenigen Gebrauch zu gestatten, zu welchem derselbe kraft seiner Mitberechtigung oder kraft getroffener Vereinbarung befugt ist, so wie sich seinerseits desjenigen Gebrauchs zu enthalten, welcher ihm durch die Mitberechtigung des Genossen oder durch getroffene Vereinbarung untersagt ist[4].

2. Jeder Theilhaber ist verpflichtet[4a], seinem Genossen zu ersetzen:

a) was er aus der Gemeinschaft in sein besonderes Vermögen gebracht hat[5], ebenso was er durch Vermittelung der Gemeinschaft aus dem Vermögen des Genossen in sein Vermögen gebracht hat[6].

Gelegenheit der Theilung. Ueber das Letztere s. l. 6 § 1. l. 9. 11. 25 D. 19, 3, l. 24 pr. l. 31 D. 10, 2 und die Stellen in Note [3]; vgl. Unterholzner S. 394. I. Sintenis Anm. 23. 24, Geib 11 fg. 29 fg. Sf. IV. 38, XL. 199 (RG.). — Die Eigenthümlichkeiten des Verpflichtungsverhältnisses aus Gemeinschaft einer Erbschaft (actio familiae arciscundae, Dig. 10, 2, Cod. 3, 36) gehören in das Erbr. Zulässigkeit der actio communi dividundo vor der Erbtheilungsklage: Sf. IV. 39, XIII. 222, RG. VI S. 180. — Gemeinschaftsverhältniß der Concursgläubiger: s. § 431, 4. b. Eck S. 132 fg. [[Gemeinschaftliche Brunnen: Sprenger ACPra. LXXVII S. 41 fg.]] [Vgl. ob. I § 169 a [2a]. Ueber Mauern nachzutragen: Horion die juristische Natur der gemeinschaftlichen Mauer nach gem. R. u. nach dem BGB. f. d. deutsche Reich. Erl. Diss. 1897. Wirtz über die Re an einer zwei Häusern gemeinsamen Scheidemauer nach r. R. unter besonderer Berücksichtigung der Particulargesetzgebung und des neuen BGB. Erl. Diss. 1898. — S. noch RG. XXIX S. 144 fg.]

[2] Die actio communi dividundo ist bonae fidei, l. 4 § 2. l. 14 § 1. l. 24 pr. D. 10, 3, § 28 I. 4, 6.

[3] Vgl. außerdem z. B. l. 41. l. 8 D. 9, 4, l. 16 § 6 D. 10, 2, l. 62 [61] pr. D. 47, 2; l. 19 § 2. l. 20 D. 15, 1.

[4] Vgl. I § 169a [4]. Diese Richtung der actio communi dividundo wird gewöhnlich ganz übersehen, ja in dem Urtheil bei Sf. IV. 268 ausdrücklich geleugnet (vgl. auch das. XIII. 24). Und doch ist sie in den Quellen so bestimmt anerkannt, wie irgend etwas. S. l. 12. l. 23 D. 10, 3, l. 26 D. 8, 2, l. 4 D. 33, 3, l. 3 § 1. 2 D. 39, 1, l. 13 § 3 D. 7, 1. Eck S. 98—100. A. M. Ubbelohde Gött. gel. Anzeigen 1883 S. 796. Gegen dens. G. Rümelin Jahrb. f. Dogm. XXVIII S. 400 fg. Sf. VIII. 345, XVI. 193. RG. XII S. 193. [Sf. LIII. 7. Theilungsklage behufs richterlicher Schlichtung einer Differenz über die fernere Verwaltung und Nutzung der gemeinschaftlichen Sache.] — Eine Untersuchung darüber, welche Klagen durch die actio communi dividundo ausgeschlossen werden, stellt an K. A. Schneider in Sell's Jahrb. I S. 391 fg.; vgl. auch Brinkmann S. 54 fg., Sintenis Anm. [3] a. E. S. noch Hesse Jahrb. f. Dogm. VIII S. 60 fg.

[4a] Absonderungsr. des Gläubigers im Concurse: KO. § 44 [51].

[5] L. 3 pr. l. 4 § 3. l. 6 § 1. 2. 4 D. 10, 3, l. 19 pr. D. 9, 4, l. 34 D. 17, 2, § 4. 5 I. 4, 17. Sf. IV. 37. Hat der Theilhaber nicht aus der

Digitized by Google

b) Er muß ferner ersetzen, worum er durch seine Schuld die Gemeinschaft[7], oder durch Vermittelung der Gemeinschaft das Vermögen des Genossen[8], geschädigt hat. Was Schuld sei, wird nach denselben Grundsätzen bemessen, wie bei der Gesellschaft, so daß der Theilhaber nur für relative Sorgfalt einsteht[9].

c) Endlich muß der Theilhaber ersetzen, was der Genosse aus seinem Vermögen im Interesse der Gemeinschaft[10], oder wegen der Gemeinschaft im Interesse des Theilhabers[11], aufgeopfert hat[11a].

Gemeinschaft, sondern aus dem Antheil des anderen Genossen etwas in sein Vermögen gebracht, so ist nicht actio communi dividundo, sondern actio negotiorum gestorum begründet, l. 6 § 2 D. 10, 3, l. 20 C. 3, 36, l. 19 D. 2, 18 [19]. Vgl. § 431 [13] und Brinkmann S. 72 fg. 100 fg.

[6] L. 24 D. 10, 3.

[7] L. 3 pr. l. 8 § 2. l. 10 pr. l. 20. l. 26. l. 28 D. 10, 3, l. 4 C. 3, 37, l. 34 D. 17, 2, l. 2 § 1 D. 11, 7, § 4. 5 I. 4, 17. Vgl. Sf. VII. 185. (?)

[8] L. 8 D. 9, 4, l. 62 [61] pr. D. 47, 2.

[9] L. 25 § 16 D. 10, 2.

[10] L. 3 pr. l. 4. l. 6 pr. — l. 3 § 12 D. 10, 3, l. 34 D. 17, 2. Im Interesse der Gemeinschaft: l. 6 § 12 cit. („si interfuit aedium hoc fieri"), vgl. l. 25 § 15 D. 10, 2 („cum hoc expediret", „cogente necessitate"), l. 18 § 1 C. 3, 36 („sumtus . . facti bona fide"). Vgl. Brinkmann S. 36 Nr. 9, Brinz 2. Aufl. II S. 673 [20], Dernburg I § 197 [10]. Im Interesse der Gemeinschaft: bei Aufopferungen, die nicht im Interesse der Gemeinschaft, sondern im Interesse des Antheils des andern Genossen gemacht worden sind, ist nur actio negotiorum gestorum begründet, l. 6 § 2 D. 10, 3, l. 39 [40] D. 3, 5, vgl. l. 3 C. 2, 18 [19], und auf der anderen Seite l. 18 § 6. 7. l. 25 § 14. 15 D. 10, 2, l. 78 § 2 D. 18, 1. S. § 431 [13] und Brinkmann S. 78 fg., Dernburg Pfandr. II S. 33. S. noch Sf. XXII. 120, XXXIII. 200. — Hält der Theilhaber sich für den allein Berechtigten, so fällt die actio communi dividundo weg, wie die actio negotiorum gestorum und die condictio sine causa wegfallen (§ 431 [18], § 422 [7]), und es besteht bloß Retentionsr., l. 14 § 1. l. 29 D. 10, 3. Aber gilt dieser Satz auch für den Fall, wo zunächst auf Theilung geklagt und nur bei dieser Gelegenheit Ersatz für die Verwendungen verlangt wird? Es ist unmöglich, diese Frage zu bejahen; war die Formel der actio communi dividundo doch auf bona fides gestellt! Ob aber hieraus in l. 14 § 1 cit. der mit den Worten „quae cum ita sint" beginnende Satz zu erklären ist, wie Witte Bereicherungsklagen S. 9 fg. auszuführen sucht, ist mir äußerst zweifelhaft. Andere Ansichten in Betreff dieses Satzes bei Glück XI S. 152 fg., Sintenis Anm. 22. Vgl. auch Brinkmann S. 58. — S. noch Brinkmann S. 35 Nr. 7 und 8 S. 60 Nr. 16.

[11] L. 27 § 8 D. 15, 1, l. 8 § 4. l. 9. l. 15. l. 25 D. 10, 3; l. 13 § 2. l. 14 D. 14, 3; l. 8. 17 pr. D. 9, 4, l. 8 § 3. l. 15 D. 10, 3.

[11a] Jhering Jahrb. f. Dogm. X S. 334 fg. will den unter c) bezeichneten Satz im Sinne des r. R. ausdehnen, allerdings nur was nothwendige Aufwendungen angeht, auf alle Verhältnisse einer untrennbaren Interessengemeinschaft". Gegen die Vieldeutigkeit und Gefährlichkeit dieser Kategorie hat sich bereits Eck a. a. O. S. 139. 140 erklärt, obgleich dieser Schriftsteller die einzelnen von

Digitized by Google

3. Jeder Theilhaber ist verpflichtet, auf Verlangen des Genossen mit demselben abzutheilen[12]. Dieses Recht wird selbst durch Verzicht nicht verloren[13]; nur ein Verzicht auf Zeit bindet[14]. Die Theilung kann entweder durch Uebereinkunft der Parteien geschehen[14a] oder durch den Richter. Durch den Richter erfolgt sie nicht nur dann, wenn ein Theilhaber sich der Theilung widersetzt, sondern es können auch die Theilhaber im Falle, wo sie über die Theilung selbst einig sind, die Ausführung derselben in die Hand des Richters legen[15] — in dem einen und dem anderen Falle aber ist die richterliche Theilung

Jhering angeführten Quellenentscheidungen als unter diese Kategorie gehörig anerkennt. Ich für meinen Theil glaube auch nicht so weit gehen zu dürfen, sondern bin der Ansicht, daß diese Entscheidungen sich vollkommen aus dem R. der negotiorum gestio und der condictio sine causa erklären. Vgl. § 431 [12. 13 - 18]. Wie gefährlich die aufgestellte Kategorie sei, hat sich sogleich bei Jhering selbst gezeigt, indem derselbe sich nämlich nicht hat entbrechen können, auf Grund dieser Kategorie den Correalgläubigern einen Regreß gegen einander schlechthin, auch wenn sie sich „obligatorisch beziehungslos gegenüberstehen", zu gewähren (vgl. § 294 [3]). Eck hat diese Consequenz nicht gezogen. In dem von Jhering a. a. O. bezeichneten besonderen Fall ist nach dem Willen des Urhebers der Obligation jeder Correalschuldner materiell nur zu seinem Theil verpflichtet, und ich würde keinen Anstand nehmen, auf Grund dieses Willens sogar einen Vermächtnißanspruch zu gewähren. Vgl. noch § 403 [15]. Gegen die Ansicht Jhering's auch Goldschmidt ZS. f. HR. XXXV S. 62, Heck das R. der großen Haverei S. 561—586. Vgl. auch Kohler Jahrb. f. Dogm. XXVII S. 113.

[12] L. 5 C. 3, 37. „In communione vel societate nemo compellitur invitus detineri". S. jedoch l. 19 § 1 D. 10, 3 und Sf. VII. 176, XV. 126, XXII. 138, XXIV. 239. Zimmermann ACPra. LIV S. 421 fg. — Ueber die Construction des R. auf Theilung vgl. Eck S. 100 fg., Bekker Aktionen I S. 364 fg., Göppert kr. VJS. XIV S. 548 fg., Hartmann die Obligation S. 143, Kohler ZS. für franz. CR. VIII S. 182, Geib S. 32 fg. (Resultat S. 89 fg.).

[13] L. 14 § 2 D. 10, 3. Sf. XXIII. 109.

[14] L. 14 § 2. 3 D. 10, 3. Auf welche Zeit? Auf solche Zeit, welche einem bestimmten Bedürfnisse oder Interesse entspricht. S. auch l. 14 § 2 D. 10, 3 (*vv.* quod etiam ipsius rei qualitati prodest). Der Vertrag, binnen einer gewissen Zeit nicht Theilung verlangen zu wollen, bindet auch die Sondernachfolger. L. 14 § 3 cit., l. 16 § 1 D. 17, 2. Vgl. hierzu l. 14 § 1 D. 10, 3, (*vv.* sed is qui a me emerit). Kohler a. a. O. S. 177 fg. und Jahrb. f. Dogm. XVIII S. 397 glaubt, dieß sei keine Ausnahme, gelte vielmehr für jede Verabredung der Miteigenthümer über die Benützung der gemeinschaftlichen Sache. Dawider Rümelin die Theilung der Re S. 51.

[14a] Vgl. Göppert Zur Lehre vom Miteigenthum nach dem Allgem. Preuß. Landr. S. 52 fg., Steinlechner die juris communio II S. 96 fg.

[15] Die Quellen bezeichnen nirgends einen Streit über das Ob der Theilung als Voraussetzung der richterlichen Theilung, l. 3 pr. l. 4 pr. § 3 D. 10, 3. § 20 l. 4. 6, vgl. l. 1 pr. l. 2 pr. D. 10, 2; ja sie setzen es als das Regelmäßige

Digitized by Google

ein Act nicht sowohl der streitigen, als der freiwilligen Gerichtsbarkeit[16]. Zum Zweck der Theilung hat der Richter die Befugniß, dingliche Rechte zu begründen[17]. Bei der Ausführung der Theilung muß er das Interesse der Parteien zur Richtschnur nehmen, und daher vorzugsweise etwaige Vereinbarungen derselben berücksichtigen[18]. Im Uebrigen hat er freie Hand, und kann namentlich nicht bloß dadurch theilen, daß er die gemeinschaftliche Sache zerlegt[19], oder die mehreren gemeinschaftlichen Sachen unter die einzelnen Theilhaber vertheilt[20], sondern auch dadurch, daß er dem einen Theilhaber das Gemeinschaftliche ganz, dem andern eine Entschädigung zuspricht, oder dadurch, daß er das Gemeinschaftliche einem Dritten verkauft und den Kaufpreis unter die Theilhaber vertheilt[21]. Bei Nutzungs- und Gebrauchsrechten kann auch die bloße Ausübung getheilt werden[22].

---

voraus, daß ein solcher Streit nicht stattfinde, l. 3 § 1. l. 13. l. 21 D. 10, 3, vgl. l. 1 pr. l. 5. l. 16 pr. l. 43 D. 10, 2.

[16] Auch im ersten Fall; auch in ihm entscheidet der Richter, indem er theilt, keinen Streit. Deßwegen bildet die dem Theilungsrichter zustehende Befugniß, den Kläger (bez. den die Theilung Beantragenden, vgl. l. 13. 14 D. 5, 1) selbst ohne Antrag des Gegners zu verurtheilen, im Grunde keine Ausnahme von dem Principe (vgl. I § 127 [2]). — S. über das in dieser und der vorigen Note Gesagte Zimmermann a. a. O. (Arch. XXIV) S. 195—207, welcher Schriftsteller übrigens die richterliche Theilung im ersten Fall nach heutigem R. als Executionsverfahren auffaßt. Ebenso Eck S. 156 fg. S. auch Sf. XXI. 53. (?) Neuestens: Degenkolb Einlassungszwang S. 67 fg., Geib S. 32 fg.

[17] Der Ausdruck dieser Befugniß in der römischen Formula war die adiudicatio. Gai. IV, 42.

[18] L. 21. l. 3 § 1 D. 10, 3. Sf. XXIII. 228, XXXIII. 23, XXXV. 23, XXXVI. 124.

[19] L. 6 § 8. l. 7 § 1 D. 10, 3, l. 1. 3 C. 3, 37, § 5 I. 4, 17, l. 34 § 2 C. 8, 53 [54]; l. 3 C. 3, 37, vgl. § 4. 5 I. 4, 17. Sf. XXVII. 127. [Theilung nach Stockwerken zu vermeiden, auch wenn rlich möglich: Sf. XLVII. 107.] — Begründung von Dienstbarkeiten an dem, was einem Theilhaber zugesprochen ist, zu Gunsten des andern, l. 7 § 1. l. 18 D. 10, 3.

[20] L. 6 § 8. 9. l. 19 § 3 D. 10, 3, l. 3 C. 3, 37, § 5 I. 4, 17. Sf. XVIII. 35 Eine Geldentschädigung kann auch bei der ersten Theilungsart vorkommen, wenn das jedem der Theilhaber Zugewiesene ihrem Antheil an der Gemeinschaft nicht entspricht, l. 3 C. 3, 37, § 20 I. 4, 6, § 5 I. 4, 17. — Daß der Richter zur Sicherheit der Geldentschädigung an dem dem Schuldner Zugewiesenen ein Pfandr. begründen kann, ist deßwegen nicht weniger sicher, weil es in den Quellen nicht ausdrücklich gesagt ist (I § 233 [1]). — Möglicherweise kann die Entschädigung auch darin bestehen, daß dem einen Theilhaber der Nießbrauch an der Sache zugesprochen wird, l. 6 § 10 D. 10, 3, l. 6 § 1 D. 7, 1. Vgl. auch Eck S. 102.

[21] L. 3 C. 3, 37. Vgl. Sf. I. 98. 261, XV. 125, XX. 32, XXII. 43, XXXIII. 287.

Digitized by Google

Ein gemeinschaftliches Pfandrecht wird dadurch getheilt, daß das Pfand dem einen Theilhaber gegen Ausbezahlung des andern ganz zugesprochen wird[23]. — Auf die Theilung, mag sie durch den Vertrag der Parteien oder durch den Richter erfolgt sein, finden die Grundsätze von der Entwehrung Anwendung, obgleich auch ohne Entwehrung ein Anspruch wegen Nichtverschaffung des gehörigen Rechts begründet sein kann[24]. — Angefochten werden kann die Theilung, richterliche oder vertragsmäßige, nur aus allgemeinen Gründen[25]. — Getheilt werden kann auch bloß unter Einigen der

[22] L. 7 § 10 i. f. D. 10, 3, l. 13 § 3 D. 7, 1, l. 19 § 4 D. 10, 3, l. 4. l. 5 pr. D. 43, 20. Vgl. auch Sf. XL. 199. — Theilung durch reale Zerlegung des Gegenstandes des Nutzungsr.: l. 7 § 10 D. 10, 3. — Theilung mit Hülfe einer Geldentschädigung: l. 7 § 10 cit. l. 10 § 1 D. 10, 3. — Eine Auseinandersetzung in Betreff der Ausübung kann auch nothwendig werden, ohne daß Indentität des R. für die mehreren Berechtigten stattfindet. L. 4 D. 43, 20, l. 25 D. 8, 3.

[23] Wobei jedoch in den Quellen die rliche Stellung des Ausbezahlenden nicht sowohl auf die Adjudication, als vielmehr auf die Ausbezahlung als solche gestützt wird. L. 7 § 12. 13 D. 10, 3, l. 29 D. 10, 2. Doch sind die Meinungen hier verschieden. Vgl. Dernburg Pfandr. II S. 393 fg., Schmid Cession I S. 226 fg., Eck S. 114 fg., und speciell zu l. 29 D. cit. die I § 233a [1] Genannten. — Theilung durch reale Zerlegung des Pfandgegenstandes ist principiell nicht ausgeschlossen, aber bedenklich, wegen der dadurch leicht herbeigeführten Werthminderung, welche der Schuldner sich nicht gefallen zu lassen braucht.

[24] S. 292 [3]. Dernburg Pfandr. II S. 35—37.

[25] Es wird behauptet: 1) daß das richterliche Urtheil auch wegen Verletzung über die Hälfte angefochten werden könne; dieß ist gewiß unrichtig. Glück XI S. 89 fg. 2) Es wird Anfechtbarkeit des Theilungsvertrages wegen Verletzung über die Hälfte behauptet. Die Richtigkeit dieser Meinung hängt davon ab, ob die für den Kauf gegebene Vorschrift (l. 2 C. 4, 44) auf andere gegenseitige Verträge auszudehnen ist; s. darüber § 396 [10]. 3) Es wird behauptet, daß der Theilungsvertrag wegen jeder (nicht ganz unerheblichen) Verkürzung angefochten werden könne. S. namentlich Glück a. a. O. S. 92 a. E., Holzschuher III § 309 Nr. 7. b, Sintenis Anm. 44, Arndts § 320 a. E. Diese Meinung wird gestützt auf l. 3 C. 3, 38. „Maioribus etiam, per fraudem vel dolum vel perperam sine iudicio factis divisionibus, solet subveniri; quia in bonae fidei iudiciis, quod inaequaliter factum esse constiterit, in melius reformabitur". Ich glaube nun zwar nicht, daß es gerechtfertigt ist, wie man von der anderen Seite gewollt hat, in dem Worte perperam einfach eine Wiederholung des Vorhergehenden (per fraudem vel dolum) zu sehen (vgl. übrigens die ursprüngliche Fassung der Stelle in Consult. II, 6 und Cod. Gregor. ed. Haenel p. 22), halte es aber auch für viel zu bedenklich, bloß auf Grund dieses ganz unbestimmten Ausdrucks einen von allgemeinen Grundsätzen so sehr abweichenden Satz einzuführen; um so mehr, als der Schluß der Stelle ja ausdrücklich auf die Regel der bonae fidei iudicia hinweist. Das versteht sich übrigens von selbst, daß wegen irriger Voraussetzung, und namentlich wenn der

Digitized by Google

Theilhaber; natürlich aber wird das Recht der Uebrigen durch eine solche Theilung nicht berührt[26].

[Nach dem BGB. tritt, wenn ein Recht Mehreren gemeinschaftlich zusteht, eine „Gemeinschaft nach Bruchtheilen" mit den daran geknüpften obligatorischen Wirkungen nur insoweit ein, als sich nicht aus dem Gesetz ein Anderes ergibt (741). Ein Anderes ergibt sich namentlich in den Fällen der gesammten Hand (Gesellschaft, eheliche Gütergemeinschaft, Erbengemeinschaft). Auf derartige Verhältnisse sind die Vorschriften des Titels von der Gemeinschaft nur soweit anwendbar, als sie darauf besonders übertragen sind (vgl. z. B. 731. — 2038. 2042. 2044. — 1477. 1498. 1546. Abs. 2. 1549).

a) Die Grundlage der einfachen Rechtsgemeinschaft kann danach z. B. Mitvermächtniß sein; ferner s. 947. 948. 963. Uebrigens aber wird auch vertragsmäßig eine einfache Rechtsgemeinschaft nach Bruchtheilen hergestellt werden können; die Nothwendigkeit, die vertragsmäßige Gemeinschaft als Gesellschaft im Sinne von §§ 705 fg. zu gestalten, waltet nicht ob.

b) Anlangend den Gegenstand der Gemeinschaft, so verlangt das Gemeinschaftsrecht nicht von sich aus, daß das gemeinschaftliche Recht ein solches besonderer Art sei, insbesondere nicht, daß es ein dingliches sei (vgl. [1]); nothwendig aber ist, daß das Recht seiner Natur nach eine Gemeinschaft nach Bruchtheilen zuläßt, wie insbesondere bei Eigenthum und Nießbrauch, Erbbaurecht der Fall ist. Auch diejenigen Rechte, welche einem Einzelnen an einem Bruchtheil eines Grundstücks nur zustehen können, wenn der Bruchtheil in dem Antheil eines Miteigenthümers besteht, s. 1106. 1114. 1192. 1199, können doch auch Mehreren zusammen an dem ganzen Grundstück nach Bruchtheilen getheilt zustehen. Rechte welche, wenn sie Mehreren gemeinschaftlich zustehen, nur im Ganzen ausgeübt werden können (432. 513. 356. 467. 1094), können als ihnen nach Bruchtheilen zustehend nicht gedacht werden; die analoge Anwendung der Vorschriften über die Gemeinschaft ist aber nicht abzuweisen, soweit dieselben nicht durch die Bruchtheilung bedingt sind (vgl.

Theilung ein nicht vorhandenes Berechtigungsverhältniß zu Grunde gelegt worden ist, ein Anfechtungsr. allerdings begründet ist, und gerade auf diesen Fall ist vielleicht das „perperam" der l. 3 C. cit. zu beziehen. S. l. 36 D. 10, 2 und das Urtheil des OAG. zu Lübeck bei Sf. XII. 30; auch das. IV. 222. Gegen die bei 3 bezeichnete Meinung das. I. 262. 263. Vgl. noch Mommsen Erörterungen II S. 25 [1], Geib S. 53 [150].

[26] L. 8 pr. D. 10, 3, l. 2 § 4 D. 10, 2, l. 17 C. 3, 36. Ein besonderer, sorgfältiger, Aufsatz über diesen Fall von Zimmermann (in Lübeck) „über die Theilung unter wenigen Kommunions-Interessenten": ACPra. XXXIV S. 323 fg. 192 fg. (1851). Dieser Schriftsteller weist namentlich nach, daß die Klage auf Theilung nicht durch die Einrede der Mehrheit der Mitberechtigten zurückgewiesen werden könne, andererseits es allerdings dem Beklagten unbenommen sei, seinerseits auch die übrigen Mitberechtigten mit in das Theilungsverfahren hineinzuziehen. Dagegen halte ich die Gründe, aus welchen Zimmermann behauptet, daß zwischen einigen Mitberechtigten eine Theilung durch körperliche Zerlegung der gemeinschaftlichen Sache nicht zulässig sei (S. 215 fg. 219), nicht für überzeugend. RG. I S. 319, XII S. 198. A. M. Dernburg I § 197 [22].

Digitized by Google

Mot. II. S. 874). Auch ist, wenn durch die Ausübung eines Rechts der fraglichen Art etwas der Bruchtheilung Zugängliches erlangt ist, wie z. B. bei Ausübung eines Vorkaufsrechts, der vollen Anwendung der Vorschriften über die Gemeinschaft der Weg gebahnt. Wenn eine Forderung mit theilbarem Gegenstande Mehreren zusteht, so liegen normaler Weise einfache Theilforderungen ohne Gemeinschaftsverhältniß vor (Mot. II S. 873). Ein Gemeinschaftsverhältniß kann aber auch hier durch besondere Umstände begründet werden, z. B. durch Verbindung der Forderung mit einer Hypothek, oder einem Pfandrecht, durch Existenz eines gemeinsamen Schuldscheins (952. 371). Der Besitz (vgl. [1]) kann mehreren gemeinschaftlich zustehen (866); ein nach Bruchtheilen getheilter Besitz ist das aber nicht. Ist auch der Besitz begrifflich ein Recht, so muß doch bei den Vorschriften über Rechte im BGB. stets besonders geprüft werden, ob sie vom Besitz mitverstanden werden wollen, und dieß ist bei § 741 ausgeschlossen. Die Bruchtheilung und die Anwendung der Vorschriften über die Gemeinschaft kann sich m. E. immer nur auf das dem gemeinschaftlichen Besitz zu Grunde liegende Rechtsverhältniß beziehen.

2. Die Antheile der Theilhaber sind im Zweifel gleich (742). Das Rechtsverhältniß bei währender Gemeinschaft gestaltet sich folgendermaßen:

a) Jedem Theilhaber gebührt ein seinem Antheil entsprechender Theil der Früchte (743 Abs. 1). Daß jeder Theilhaber, falls nicht §§ 955—957 zu abweichendem Ergebniß führen, gemäß § 953. 954 die Früchte als Miteigenthümer, Mitberechtigter, zu seinem Antheil erwirbt, steht ohnehin fest. Hier aber handelt es sich um die Pflicht zur reellen Theilung der so erworbenen Früchte, und zur Auskehrung eines entsprechenden Antheils auch derjenigen Früchte, an welchen Miteigenthum nicht entstanden ist, z. B. des Pachtzinses, den ein Theilhaber als bestellter Verwalter der Sache (745) eingehoben hat, oder zur Auskehrung eines Theils des in das Alleineigenthum eines Theilhabers übergegangenen Erlöses veräußerter Früchte (vgl. Text 2, a).

b) Jeder Theilhaber ist berechtigt zum Gebrauch des gemeinschaftlichen Gegenstandes, insoweit nicht der Mitgebrauch der übrigen Theilhaber dadurch beeinträchtigt wird (743 Abs. 2, vgl. Text 1). Daß der Gebrauch der übrigen Theilhaber durch den Gebrauch des Einen beeinträchtigt wird, ist durch das Gemeinschaftsverhältniß nothwendig gegeben; es darf nur der billige (242) Mitgebrauch der übrigen nicht beeinträchtigt werden.

c) Die Verwaltung des gemeinschaftlichen Gegenstandes steht den Theilhabern, wie im gemeinen Recht, gemeinschaftlich zu (744 Abs. 1), daher bedarf jede Maßregel der Verwaltung an sich der Einstimmigkeit, wie denn auch über den Gegenstand im Ganzen nur von Allen verfügt werden kann (747 S. 2). Nur die zur Erhaltung des Gegenstandes nothwendigen Maßregeln kann jeder ohne Zustimmung der andern treffen. Und um nicht nach Ausführung der Maßregel darüber streiten zu müssen, ob sie nothwendig war, kann er die Einwilligung der übrigen zu ihr im Voraus verlangen (744 Abs. 2).

d) Die vorigen Regeln über Verwaltung und Benutzung des Gegenstandes sind aber der Modification durch Vereinbarung, Mehrheitsbeschluß und Urtheil ausgesetzt.

α) Der Vereinbarung setzt das Gesetz keine besonderen Schranken.

Digitized by Google

β) Durch Stimmenmehrheit berechnet nach der Größe der Antheile (gegensätzlich: 709 Abs. 2) kann, entgegen dem gemeinen Recht, eine der Beschaffenheit des gemeinschaftlichen Gegenstandes entsprechende ordnungsmäßige Verwaltung und Benutzung beschlossen werden (745 Abs. 1). Der Beschluß ist nichtig, wenn er der Beschaffenheit des gemeinschaftlichen Gegenstandes nicht entspricht, oder die beschlossene Art der Benutzung oder Verwaltung keine ordnungsmäßige ist (vgl. Mot. II S. 876). Nichtig ist der Beschluß auch dann, wenn er eine wesentliche Veränderung des Gegenstandes verfügt, oder das Recht eines Theilhabers auf einen seinem Antheil entsprechenden Theil der Nutzungen ohne seine Zustimmung beeinträchtigt (745 Abs. 3).

γ) Sofern nicht die Verwaltung und Benutzung durch Vereinbarung oder (gültigen) Mehrheitsbeschluß geregelt ist, kann jeder Theilhaber eine dem Interesse Aller nach billigem Ermessen entsprechende Verwaltung und Benutzung verlangen (745 Abs. 2; vgl. [4]), d. h. er kann unter Vorlage eines Verwaltungs- und Benutzungsplanes die Uebrigen auf Einwilligung in denselben verklagen. Dieß ist bestimmt, um auch in Fällen, in denen die Auflösung der Gemeinschaft verlangt werden könnte, aber nicht im Interesse aller Theilhaber liegt, einen Weg zu eröffnen, auf dem sich zwangsweise eine im Interesse aller Theilhaber liegende Regelung erreichen läßt (Prot. d. II. Comm. S. 3069 fg.). Die Schranken des § 745 Abs. 3 (β a. E.) gelten auch hier.

δ) Die Regelung der Verwaltung und Benützung durch die Theilhaber, sei es durch Vereinbarung (vgl. [14 a. E.]), sei es durch Mehrheitsbeschluß oder durch das die Einwilligung der Verklagten ersetzende Urtheil (CPO. 894) wirkt auch für und gegen die Sondernachfolger (746; s. jedoch 1010).

e) Jeder Theilhaber kann über seinen Antheil verfügen (747 S. 1). Derselbe ist pfändbar; vgl. 751 S. 2 und dazu unten 3, a.

f) Inwieweit die Gemeinschafter Dritten gegenüber zur Geltendmachung des gemeinschaftlichen Rechts befugt sind, gehört nicht hierher. Vgl. 1011.

g) Lasten und Kosten hat im Verhältniß der Theilhaber unter einander jeder zu seinem Antheil zu tragen (748). Daraus ergibt sich auch der Ersatzanspruch des Theilhabers, der solche Lasten oder Kosten allein auf sich genommen hat (vgl. Text 2, b). Wie sich die Haftung den dritten Gläubigern gegenüber gestaltet, ist eine andere Frage. Vertragsschulden trägt, wer sie eingegangen ist oder für wen sie in befugter Vertretung contrahirt sind; für gemeinschaftliche Vertragsschulden haften die Theilhaber im Zweifel solidarisch (427). Ebenso können gesetzliche Verbindlichkeiten die Theilhaber solidarisch treffen, vgl. 833. 835. 836. 837 mit 840.

h) Die Gemeinschafter haften einander, anders als im gemeinen Recht (zu [3]), nach § 276 für jede Fahrlässigkeit, nicht, wie die Gesellschafter (708), nur für die Sorgfalt, die sie in eigenen Angelegenheiten aufzuwenden pflegen.

3. Aufhebung der Gemeinschaft.

a) Jeder Theilhaber kann im allgemeinen jederzeit Theilung verlangen (749 Abs. 1; vgl. zu [12]). Eine Vereinbarung, welche dieses Recht für immer oder auf Zeit ausschließt oder an eine Kündigungsfrist bindet, wirkt nicht, wenn ein wichtiger Grund für die Aufhebung vorliegt (749 Abs. 2. 3; vgl. [14]). Der Ausschluß durch Vereinbarung auf Zeit tritt im Zweifel mit dem

Digitized by Google

Tode eines Theilhabers außer Kraft (750); ist der Ausschluß für immer erfolgt, oder eine Kündigungsfrist festgesetzt, so kommt es darauf an, ob der Tod des Theilhabers einen wichtigen Grund der Aufhebung darstellt; nur dann kann sie, ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist, verlangt werden. Alle hier fraglichen Vereinbarungen wirken auch für und gegen die Sondernachfolger (751 S. 1; vgl. [14]), vgl. jedoch 1010. Ist der Antheil eines Theilhabers gepfändet und der Schuldtitel des Gläubigers nicht bloß vorläufig vollstreckbar, so ist der Gläubiger an die Vereinbarung nicht gebunden (751 S. 2). Das Gleiche gilt von dem vertragsmäßigen und gesetzlichen Pfandgläubiger nach Eintritt der Verkaufsberechtigung (1258 Abs. 2 S. 2). Auch gegen die Concursmasse wirkt die Vereinbarung nicht (KO. 16). Wohl dagegen wirkt sie gegen den Nießbraucher; vgl. 1066.

b) Die Ausführung der Theilung weicht von der gemeinrechtlichen (zu [17] fg.) wesentlich ab.

α) Das BGB. kennt kein dinglich wirkendes Adjudicationsurtheil und keine Theilung nach freiem richterlichem Ermessen. Der Theilungssucher muß einen gesetzlich gerechtfertigten Theilungsmodus bezeichnen und die übrigen Theilhaber auf Einwilligung in denselben verklagen. Eine gewisse Analogie zu dem Adjudicationsurtheil ergibt sich nur insofern, als das Urtheil die Einwilligungserklärung gemäß CPO. 894 ersetzt. (Vgl. Mot. V S. 883 fg.). Zweifellos ist danach die Klage auf Theilung eine echte Klage, das Verfahren gehört der streitigen Gerichtsbarkeit an, was übrigens doch wohl auch für das gemeine Recht (entgegen dem zu [16] Gesagten) zu behaupten war. Wird die Auseinandersetzung durch Zwangsversteigerung eines Grundstücks begehrt (vgl. 753, dazu unten), so ist eine vorgängige Verurtheilung der Theilhaber zur Duldung dieser Maßregel nicht nothwendig, sondern es genügt, daß der Antragsteller nach Maßgabe des Zwangsversteigerungsges. § 181 als an sich zum Verlangen der Theilung berechtigt sich legitimirt. Jedem Theilhaber bleibt überlassen, wegen Unzulässigkeit der Theilung überhaupt oder dieser Art der Theilung Widerspruchsklage gemäß CPO. 771 zu erheben.

β) Die Aufhebung der Gemeinschaft erfolgt, um den regelmäßig mit Verlust verbundenen Verkauf des Gegenstandes thunlichst hintan zu halten, in erster Linie durch Theilung in Natur, wenn nämlich der gemeinschaftliche Gegenstand oder die mehreren Gegenstände sich ohne Werthverringerung in gleichartige, den Antheilen der Theilhaber entsprechende Theile zerlegen lassen. Sind die Theile gleich, so ist um sie zu losen (752).

γ) Nur wenn die Theilung in Natur nach dem Vorigen ausgeschlossen ist, erfolgt Verkauf nach den Regeln des Pfandverkaufs, bei Grundstücken durch Zwangsversteigerung, und Theilung des Erlöses (753 S. 1, Zwangsversteiger.-Ges. § 180 fg.). Ist die Veräußerung an einen Dritten unstatthaft, so ist der Gegenstand unter den Theilhabern zu versteigern (753 Abs. 1 S. 2). Dieß kann nicht nur dann gelten, wenn die Veräußerung an einen Dritten nichtig ist, wie z. B., wenn die gemeinschaftliche Forderung vertragsmäßig an Dritte nicht cedirt werden kann (399), sondern auch dann, wenn die Veräußerung an Dritte zwar gültig sein, aber die Gemeinschafter mit Schadensersatzpflicht belasten würde (vgl. 137). — S. noch 753 Abs. 2.

Digitized by Google

δ) Der Verkauf einer gemeinschaftlichen Forderung ist nicht nur von der Voraussetzung des § 753 abhängig, sondern überhaupt nur zulässig, wenn die Forderung noch nicht eingezogen werden kann. Kann sie eingezogen werden, so kann jeder Theilhaber die gemeinschaftliche Einziehung verlangen, und es ist dann zur Theilung des eingezogenen Gegenstandes je nach seiner Art zu schreiten (754).

ε) Es ist möglich, daß die Theilhaber Gesammtschuldner sind in Bezug auf eine Verbindlichkeit, welche sie unter sich gemäß § 748 antheilsmäßig zu tragen haben (s. ob. 2, g), mag es eine ursprüngliche Kosten- oder Lastenschuld sein, oder eine solche, die die Theilhaber zur Berichtigung einer derartigen Schuld eingegangen sind. Derjenige, welcher eine solche Gesammtschuld berichtigt, hat gemäß § 748 Rückgriff gegen die übrigen Gemeinschafter. Ginge aber, wenn eine derartige Schuld schwebt, die Theilung ohne Rücksicht auf sie vor sich, so würde der demnächst Zahlende in seinem Regreßanspruch durch die Concurrenz der übrigen Gläubiger der Regreßschuldner gefährdet werden. Darum ist bestimmt, daß eine schwebende Gesammtschuld auf Verlangen eines Theilhabers vorweg aus dem gemeinschaftlichen Gegenstande berichtigt werden muß. (755 Abs. 1). Hiermit wird die antheilsmäßige Vertheilung der Schuld auf die Theilhaber von selbst durchgeführt. Soweit zur Berichtigung der Schuld der Verkauf des Gegenstandes erforderlich ist, hat er nach § 753 auch dann zu erfolgen, wenn der Verkauf zum Zwecke der Theilung ausgeschlossen ist (755 Abs. 3). Der Rest des Gegenstandes wird dann nach § 752 getheilt. Der Anspruch auf die Berichtigung der schwebenden Schuld kann auch gegen den Sondernachfolger erhoben werden (755 Abs. 2), vorbehaltlich der Vorschrift des § 1010. Als Sondernachfolger kommen hier in Frage diejenigen, welche Antheile nach Begründung der fraglichen Schuld erwarben, oder verpfändet (oder zu Nießbrauch) erhielten. Ist die Schuld nach Eintritt solcher Rechtsnachfolge oder Rechtsableitung entstanden, so bedarf es der Bestimmung des § 755 Abs. 2 nicht erst, um die jetzigen Theilhaber oder an dem Antheil Berechtigten der Hauptvorschrift des Paragraphen zu unterwerfen.

ξ) Es ist möglich, daß zur Zeit der Theilung Ansprüche eines oder mehrerr Theilhaber gegen einen oder mehrere oder alle übrigen bestehen, welche sich auf die Gemeinschaft gründen: aus Beschädigung des Gegenstandes, auf Antheil an Früchten, welche Einer hinter sich hat, auf antheilsmäßige Erstattung von Kosten und Lasten, die Einer abtrug. In solchen Fällen kann ebenfalls die Berichtigung der Schuld bei der Theilung verlangt werden (unter Anwendung von § 755 Abs. 2. 3), nur mit dem Unterschiede, daß hier nicht die Berichtigung der Schuld vorweg aus dem ganzen Gegenstande erfolgt (dann würde sie auf alle Theilhaber fallen), sondern vielmehr aus dem Antheil des Regreßschuldners.

η) Wenn in den Fällen ε ξ die Theilung ohne Berichtigung der Schuld vor sich gegangen ist, so hat der Regreßberechtigte mit Bezug auf den Antheil, welchen der oder die Regreßschuldner erhalten haben, vor deren übrigen Gläubigern keinen Vorzug. Ebenso hat im Concurse eines Theilhabers der andere das Absonderungsrecht des § 51 KO. nur dann, wenn zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens die Gemeinschaft noch besteht. (Vgl. Sarwey-Bossert KO. [4. Aufl. Berl. 1900] zu § 51, 5.)

ϑ) Die Zutheilung eines gemeinschaftlichen Gegenstandes an einen Theilhaber hat immer den Charakter der entgeltlichen Veräußerung; daher wendet folgerichtig

Digitized by Google

(vgl. 445. 493) das BGB. die Grundsätze von der Gewährpflicht des Verkäufers hier an 757.

ι) Unverjährbarkeit des Theilungsanspruchs: 758; vgl. I S. 475.

κ) Die Frage einer Theilung unter Einigen von mehr Theilhabern (zu [26]) ist nach dem BGB. dahin zu beantworten: Da jeder Theilhaber über seinen Antheil verfügen kann, kann er auch gegen eine Abfindung denselben an einen andern Theilhaber abtreten, oder sonstige Vereinbarungen mit demselben treffen, welche nur die beiderseitigen Antheile berühren; zu einer Theilung gemäß §§ 752 fg. dagegen haben Einige unter mehr Theilhabern nicht die erforderliche Verfügungsmacht. Die Klage auf Theilung kann jeder Theilhaber zunächst gegen Einzelne erheben; es ist nicht nothwendig, daß er Alle in einem Processe verklagt. Zwangsweise durchsetzbar ist die Theilung aber erst dann, wenn Alle zur Einwilligung verurtheilt sind. Bei dem Antrage auf Zwangsversteigerung hat jeder Theilhaber für sich das Widerspruchsrecht (s. α). Wird eine Auftheilung des Gegenstandes unter einige Theilhaber, als wären sie die einzigen, oder ein Verkauf zu ihren Gunsten allein durchgeführt, so ist es möglich, daß dabei das Recht des unberücksichtigten Theilhabers nach den Grundsätzen über die Rechtsableitung von Nichtberechtigten untergeht (vgl. Mot. II S. 881). Die Uebrigen haften ihm dann aber nicht nur aus § 816, sondern auch auf Schadensersatz wegen Verletzung der Gemeinschaftspflicht.]

2. Grenzverwirrung*.

§ 450.

Eine Gemeinschaft kann in gewissem Sinne auch durch die Grenzverwirrung[1] entstehen. Wenn nämlich auf Grenzberichtigung geklagt wird[2], so hat der Richter zwar zunächst die richtige Grenze

---

* Dig. 10, 1 Cod. 3, 39 finium regundorum. — Puchta ZS. f. R. und Gesetzgeb. in Kurhessen II S. 1 fg. kl. civ. Schriften Nr. 21 (1837). Wiederhold ZS. f. CR. u. Pr. XIII S. 35 fg. (1839). Sternburg das. XVII S. 426 fg. (1842). Rudorff ZS. für gesch. RW. X S. 343 fg. (1842). Ders. Schriften der röm. Feldmesser II S. 422 fg. (1852). Hoffmann ACPra. XXXI S. 493 fg. und XXXV S. 350 fg. (1848. 1852). Karlowa ✓ Beiträge zur Gesch. des röm. Civilproc. S. 141—162 (1865). Hesse Rverhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn 2. Aufl. S. 488 fg. (1880). Sintenis II S. 722—723. Vangerow III § 648 Anm. Dernburg I § 229. Ueber das Rhistorische s. namentlich Rudorff und Karlowa a. a. OO. ✓ [Rönnberg die Grenzscheidungsklage nach röm. u. gem. R. sowie nach den Entwürfen d. BGB. f. d. deutsche Reich ABR. XI S. 119 fg. 251 fg. (1896).]

§ 450. [1] Dieselbe ist nicht möglich zwischen angrenzenden Gebäuden. L. 2 pr. l. 4 § 10 D. 10, 1. S. auch l. 4 § 11. l. 5. 6 D. 19, 1. Vgl. Puchta a. a. O. kl. civ. Schr. S. 350 fg. Sf. XIV. 29. [LI. 97: wenn Grenzmauern eine unverrückbare Grenze abgeben.]

[2] Actio finium regundorum. Dieselbe ist zunächst nichts Anderes, als Inanspruchnahme eines Stückes Land, welches aus dem ruhigen Besitz hinausgekommen ist. Daher l. 1 D. 10, 1. „Finium regundorum actio in personam est, licet pro vindicatione rei est". Vgl. Sf. XVIII. 273, XXX. 6. —

Digitized by Google

aufzusuchen und demgemäß sein Urtheil zu fällen[3]; wenn er aber die wahre Grenze nicht auffinden kann, so bleibt ihm nichts Anderes übrig, als das streitige Stück als gemeinschaftlich zu behandeln und dasselbe zwischen den Parteien zu theilen[4]. Es ist ihm auch erlaubt, die wahre Grenze, um künftiger Grenzverwirrung vorzubeugen, zu verlegen[5], natürlich unter Zuerkennung einer Geldentschädigung an denjenigen, welcher dadurch verliert[6]. Er kann auch Maßregeln zum Schutze der Grenze anordnen[7]. Endlich kann er den Parteien auf ihren Antrag Ersatz für gezogene Nutzungen, erlittenen Schaden und gemachte Verwendungen zusprechen[8]. — Der Grenzberichtigungsanspruch kann nicht bloß von dem Eigenthümer und gegen denselben, sondern auch von dem Emphyteuta, Superficiar, Nießbraucher, Pfandberechtigten, und gegen diese Personen erhoben werden[9]. — Auf die ordentliche Ersitzung darf der Grenzrichter keine Rücksicht nehmen, wohl auf die dreißigjährige Verjährung[10].

Die Meinung von Wiederhold, daß actio finium regundorum wesentlich auf Abmarkung, und nur bei dieser Gelegenheit möglicherweise auch auf Grenzberichtigung gehe, findet in den Quellen keine Rechtfertigung. Man unterscheidet heutzutage wohl zwischen einer actio finium regundorum qualificata und simplex, je nachdem der Kläger eine bestimmte Grenze als die richtige behauptet oder nicht. Vgl. Puchta a. a. O. kl. Schr. S. 348. 353 fg. Sf. V. 16, XX. 33, XXI. 212, XXIII. 26, XXX. 5, XXXIV. 15. 184. — Vgl. noch Sf. XVIII. 243.

[3] L. 4 pr. D. 10, 1. Sf. XIV. 29. 136; auch V. 17.

[4] L. 2 § 1 D. 10, 1. Vorausgesetzt, daß nicht ein fester Besitzstand für eine der Parteien vorhanden ist? So Sf. XXIV. 215, vgl. Dernburg Preuß. Privatr. I § 216 zu [6] [Pand. I § 229 [15]]. Aber s. unten zu [10].

[5] Um ihm diese, so wie die zur folgenden Note bezeichnete Maßregel zu ermöglichen, stand in der Formula der actio finium regundorum, wie in der der eigentlichen Theilungsklagen, die adiudicatio, so wie eine duplex condemnatio. Gai. IV, 42, § 6 I. 4, 17, l. 10 D. 10, 1, l. 13 D. 5, 1, l. 37 § 1 D. 44, 7. [Sf. XLVII. 302: Feststellungsurtheil.]

[6] L. 2 § 1. l. 3 D. 10, 1, § 6 I. 4, 17.

[7] L. 4 § 3 D. 10, 1.

[8] L. 4 § 1. 2 D. 10, 1, § 6 I. 4, 17, l. 56 D. 10, 2. Ueber die Lesart in l. 4 § 1 cit. s. Glück X S. 445 [63]. L. 4 § 2 cit. verweist für die vor dem Proceß mala fide gezogenen und verzehrten Früchte auf eine condictio. Es ist kaum glaublich, daß der römische Grenzrichter nicht auch auf diese Früchte hätte sollen erkennen können; denn ohne Zweifel war die actio finium regundorum bonae fidei, wie die actio communi dividundo und familiae erciscundae. Jedenfalls ist für uns die Stelle ohne Bedeutung.

[9] L. 4 § 9 D. 10, 1. Sf. XXII. 44, XXVI. 14.

[10] L. 5, 6 C. 3, 39. — Ueber das Geschichtliche s. Rudorff und Karlowa a. a. O. Die Ansicht des Ersteren, welche bisher allgemeine Billigung gefunden hat, geht dahin: das ältere r. R. habe bei der actio finium regun-

Digitized by Google

[Nach BGB. (920) kommt es im Falle der Grenzverwirrung ebenfalls (vgl. zu [3]) zunächst darauf an, ob die richtige Grenze zu ermitteln ist. Ist das nicht der Fall, so entscheidet der Besitzstand. Ist dieser nicht festzustellen, so ist jedem Grundstück ein gleich großes Stück der streitigen Fläche zuzutheilen (vgl. zu [4]). Soweit aber die Befolgung dieser Vorschriften zu einem Ergebniß führen würde, das mit den ermittelten Umständen, insbesondere mit der feststehenden Größe der Grundstücke nicht übereinstimmt, ist unter Berücksichtigung dieser Umstände nach Billigkeit die Grenze zu ziehen. Das Urtheil ist auch hier nicht als Adjudicationsurtheil, sondern es ist als Feststellungsurtheil gedacht (Mot. III S. 273 vgl. [6]). Der Anspruch ist unverjährbar (924).]

III. Forderungen aus Vergehen und verwandte Fälle*.

[Es ist m. E. unerläßlich, die Vorschriften des BGB. über unerlaubte Handlungen ihrem Hauptinhalt nach hier eingangsweise zur übersichtlichen Darstellung zu bringen, da sie bei Einordnung in das Gefüge des Pandektenrechts zu sehr zerrissen werden würden. — Vgl. Lenel Deutsche Jur.-Zeit. II S. 409 fg. 1897. Lühl Gründe und Arten der Delictshaftung nach dem neuen BGB. f. d. deutsche Reich. Erl. Diss. 1897. v. Liszt die Delictsobligationen im System des BGB. Berlin 1898. Linckelmann die Schadensersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen nach dem BGB. f. d. deutsche Reich. Berl. 1898. Mittweg die unerlaubten Handlungen nach BGB. Erl. Diss. 1899.

1. Als allgemeine Thatbestände unerlaubter Handlungen stellt das BGB. folgende auf:

a) Während das Pandektenrecht (§ 451 [1]) von dem Grundsatz ausgeht, daß Derjenige, welcher einen Andern verletzt, ohne Eingreifen besonderer Umstände nur wegen Dolus, wegen Culpa dagegen nur bei Beschädigung und Abhandenbringen von Sachen und bei Tödtung und Körperverletzung haftet, dehnt das BGB. die Haftung wegen Fahrlässigkeit viel weiter aus. Es haftet auf

---

dorum unterschieden zwischen den Streitigkeiten über den technisch s. g. finis, d. h. den durch die 12 Taf. und die lex Mamilia geordneten fünffüßigen Grenzsaum und den Streitigkeiten, welche darüber hinausgingen (controversia de loco), und die Ersitzung nur bei Streitigkeiten der ersten Art ausgeschlossen, nicht bei Streitigkeiten der zweiten Art; im Jahre 385 n. Chr. aber sei durch die l. 4 C. Th. 2, 26 (verstümmelt als l. 5 C. 3, 39) die controversia de loco der controversia de fine in dieser, wie in jeder anderen Beziehung gleichgestellt worden. Dagegen hat neuerdings Karlowa auszuführen gesucht, daß das r. R. die controversia de loco nie als actio finium regundorum behandelt habe, vielmehr als rei vindicatio, und daß die Absicht der l. 4 cit. gewesen sei, die Anwendung der l. t. praescriptio auf den Streit über den finis auszuschließen. Vgl. jetzt auch Bekker die Aktionen I S. 235 fg., Dernburg a. a. O. Note [2] [Pand. I § 229 [3].]

[* Hauptsächlich processual ist Hoegel die Geltendmachung civilrlicher Ansprüche aus strafbaren Handlungen Grünh. ZS. XX S. 265 fg. (1893). — Vgl. auch I § 101 [8]. II § 257 [100] und Rümelin Culpahaftung und Causalhaftung ACPra.LXXXVIII S. 255 fg. 1898.]

Digitized by Google

Schadensersatz Jeder, der vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigenthum oder ein sonstiges Recht eines Andern widerrechtlich verletzt (823 Abs. 1). Dieß kann nicht nur gelten von der Verletzung absoluter Rechte, sondern muß auch auf die Verletzung relativer Rechte angewandt werden, soweit sie der Verletzung durch Dritte zugänglich sind. Wer einem Schuldner durch sein Verschulden unmöglich macht, die Leistung zu bewirken und hierdurch das Gläubigerrecht zerstört (275), verletzt dasselbe im Sinne des § 823. Vgl. ob. S. 86 fg. Dafür u. a. v. Liszt S. 21, Stammler Schuldverhältnisse, allgem. Lehren S. 10, dagegen u. a. Schollmeyer einz. Schuldverhältnisse S. 109 fg., Endemann I § 200 [7. 8], Oertmann zu § 823, 3, c, auch Mot. II S. 727. Ein der Verletzung zugängliches Recht ist an und für sich auch der Besitz (v. Liszt S. 21), aber die Schadensersatzklage setzt dennoch die Darlegung des Rechtsverhältnisses voraus, auf dessen Grund Jemand besitzt, weil ohne dieß sein Interesse an der Sache nicht bemessen werden kann. v. Liszt (S. 25 fg.) will unter dem sonstigen Recht des § 823 Abs. 1 jedes durch objective Rechtssätze geschützte Interesse verstehen und erklärt danach den § 823 Abs. 2 für überflüssig, soweit es sich um den objectiven Thatbestand handle. Damit vermag ich mich nicht zu befreunden, weil m. E. nicht jedes durch objective Rechtssätze geschützte Interesse ein subjectives Recht ist. Vgl. I § 37 [3].

Es ist nicht der Standpunkt des Gesetzes, daß der Schaden schuldhaft angerichtet sein muß, wozu gehören würde, daß der Thäter den Schaden voraussehen, wenigstens mit dessen Möglichkeit rechnen konnte und mußte, sondern es muß nur die Verletzung des Rechts vorsätzlich oder fahrlässig begangen sein. Dazu gehört nur, daß der Thäter das Recht kannte oder mit dessen möglicher Existenz rechnen mußte, und ferner voraussah oder voraussehen mußte, daß seine Handlung das Recht verletze. Ist dieß gegeben, so haftet er für allen daraus entstehenden Schaden; insoweit kommt es nur darauf an, daß er ihn verursacht hat. (Vgl. Prot. d. II. Comm. S. 2719. 2727), v. Liszt S. 28 fg. S. 68 fg.).

b) Auch wenn ein subjectives Recht eines Andern oder eines der in § 823 Abs. 1 genannten Güter nicht verletzt ist, so tritt nach § 823 Abs. 2 die Schadensersatzpflicht dennoch ein, wenn Jemand ein den Schutz eines Andern bezweckendes Gesetz verletzt (z. B. StGB. 299. 300). Von einem nur im Interesse der Allgemeinheit bestehenden Gesetze gilt das nicht (Prot. d. II. Comm. S. 2712. — Linckelmann die Bedeutung gesetzlicher Zwangspflichten für das Schadensersatzrecht ABR. XIII S. 79 fg. und in der ob. angef. Schr. S. 24 fg. 40 fg.). — Kann das Gesetz, seinem Inhalt zufolge, nur vorsätzlich verletzt werden, so ist auch die civilrechtliche Haftung vom Vorsatz abhängig; kann es dagegen schuldlos verletzt werden, so bleibt jene Haftung von Fahrlässigkeit abhängig. Auch hier ist nicht erforderlich, daß der Thäter den eingetretenen Schaden vorausgesehen hat oder voraussehen mußte. Es genügt vielmehr, daß der Thäter wußte oder wissen mußte, sein Verhalten sei ein solches, wie es gegen das Gesetz verstößt. (v. Liszt S. 33 fg.) Er muß z. B. gewußt oder in Folge von Fahrlässigkeit nicht gewußt haben, daß seine Treppe unbeleuchtet sei (v. Liszt S. 35).

c) Verletzt der Thäter weder ein Recht des Verletzten, noch eines der in § 823 Abs. 1 genannten Güter, noch ein den Schutz des Verletzten be-

Digitized by Google

zweckendes Gesetz, so haftet er für den Schaden gleichwohl, wenn er gegen die guten Sitten verstößt und den Schaden vorsätzlich zufügt (826). Hier also muß der Vorsatz sich auf die Anrichtung des Schadens beziehen (v. Liszt S. 43). Des Verstoßes gegen die guten Sitten andrerseits braucht der Thäter sich nicht bewußt zu sein. Die Ausübung eines Rechts ist im Allgemeinen der Vorschrift des § 826 nicht unterworfen, auch wenn sie hart ist und feinerem sittlichen Empfinden widerspricht. Ist aber die Ausübung nach § 226 unzulässig, so schützt der Charakter der Handlung als Rechtsausübung den Thäter gegen die Verantwortung aus § 826 nicht mehr. Wenn nach den Intentionen der Reichstagscommission (Ber. S. 58 [Heymann]) auch in anderen Fällen die sittenwidrige Rechtsausübung nach § 826 haftbar machen soll, so kann man das, will man nicht die Rechtsausübung überhaupt schwer gefährden, nur mit großer Vorsicht anwenden. Grundsätzlich ist der § 826 auch bei Unterlassungen anwendbar. Vgl. jedoch über die Gefahren, die dieser Satz mit sich bringt, v. Liszt S. 72 fg.

d) Ueber Vorsatz und Fahrlässigkeit im Allgemeinen vgl. I S. 452 fg. Daß die Handlung nicht fahrlässig ist, wenn der Thäter kraft entschuldbaren Irrthums sich ein Recht zu ihr zuschrieb (vgl. § 455 zu [12]), ist m. E. auch für das BGB. zu behaupten und wird durch die Ausnahmsvorschrift im § 231 bewiesen. A. M. v. Liszt S. 58 fg., Henrici Gruch. Beitr. XLII S. 625 fg. (1898).

e) Wenn die unerlaubte Handlung innerhalb eines Rechtsverhältnisses begangen wird, z. B. Sachbeschädigung durch Miether, Entleiher (vgl. unt. § 455 [12]), so ist mit v. Liszt S. 11 fg. anzunehmen, daß der Anspruch aus diesem Rechtsverhältniß mit dem Delictsanspruch concurrirt. Wird nach den Grundsätzen jenes Rechtsverhältnisses nicht für jedes Verschulden gehaftet, kraft Gesetzes oder kraft Vertrages (276), so kann auf die Grundsätze über unerlaubte Handlungen eine strengere Haftung nicht gestützt werden (v. Liszt S. 13 fg.). Jedoch ist dieser Satz nur dann anwendbar, wenn der Schuldner in Erfüllung seiner auf dem Rechtsverhältnisse ruhenden Verpflichtungen, oder in Ausübung seiner darauf ruhenden Rechte handelte. Begeht er eine Handlung, zu der ihm das Rechtsverhältniß nur Gelegenheit bietet, ohne daß doch die Handlung durch das Rechtsverhältniß begründet wird, so tritt die volle Haftung ein. So, wenn der Verwahrer (vgl. 690) die Sache hervorholt, um sie in eigenem Interesse zu besehen.

2. Neben den allgemeinen Thatbeständen hatte das BGB. für die Aufstellung besonderer Thatbestände nur geringen Bedarf. Es gehören dahin

a) die üble Nachrede im Sinne des § 824 (v. Liszt S. 36 fg. Biberfeld Gruch. Beitr. XLII S. 367 fg. 1898). Durch den § 823 Abs. 2 wird eine civilrechtliche Verantwortung wegen Beleidigung nur soweit begründet, als die Bestimmungen des Strafgesetzbuchs reichen. Danach aber begründet die Behauptung oder Verbreitung einer Thatsache, welche geeignet ist, Nachtheile für den Erwerb oder das Fortkommen des Beleidigten herbeizuführen, für sich allein eine solche Verantwortung nicht, sondern es wäre erforderlich, daß die Thatsache zugleich geeignet ist, den Beleidigten verächtlich zu machen oder in der öffentlichen Meinung herabzuwürdigen (StGB. 186. 187), oder daß sie geeignet ist, dessen Credit zu gefährden; letzteren Falls aber müßte hinzukommen, daß sie wider

Digitized by Google

besseres Wissen behauptet wird (StGB. 187). Der § 824 will aber die civilrechtliche Schadensersatzpflicht über diese Grenzen hinaus ausdehnen. Sie tritt ein, wenn eine Thatsache behauptet oder verbreitet wird, welche geeignet ist, den Credit eines Andern zu gefährden oder sonstige Nachtheile für dessen Erwerb oder Fortkommen herbeizuführen, auch wenn sie nicht zugleich geeignet ist, ihn verächtlich zu machen oder in der öffentlichen Meinung herabzuwürdigen, und auch wenn der Thäter die Unwahrheit nicht kennt, sofern nur seine Unkenntniß auf Fahrlässigkeit beruht. Hat der Mittheilende oder der Empfänger der Mittheilung an ihr ein berechtigtes Interesse, so haftet der Mittheilende nur, wenn er die Unwahrheit kennt.

Die einfache Beleidigung (StGB. 185) soll nach v. Liszt S. 23. 38 zu keiner civilrechtlichen Haftung führen. M. E. ist aber doch nicht zu bezweifeln, daß § 185 StGB. ein Schutzgesetz ist, dessen Verletzung nach § 823 Abs. 2 civilrechtlich haftbar macht. Nur liegt keiner der Fälle vor, in welchen Geldersatz für einen nicht vermögensrechtlichen Schaden verlangt werden könnte (253). Es bleibt aber immer der Anspruch auf Naturalherstellung, soweit diese möglich ist (249), also kann z. B. im Civilprocesse auf Entfernung eines beleidigenden Anschlags geklagt werden. Auch die Anwendbarkeit des § 842 kann gegebenen Falls nicht geleugnet werden.

b) Wer eine Frauensperson durch Hinterlist, durch Drohung oder durch Mißbrauch eines Abhängigkeitsverhältnisses zur Gestattung der außerehelichen Beiwohnung bestimmt, ist ihr zum Ersatze des daraus entstehenden Schadens verpflichtet (825).

Der Thatbestand war besonders zu normiren, weil er unter § 823 Abs. 2 nur zum Theil fällt (StGB. 182. 177. 174. 176. 240) und ebenso die Grenzen des § 823 Abs. 1 überschreitet. Auch hier muß der Schade nur verursacht sein. Es ist nicht Fahrlässigkeit mit Bezug auf den eingetretenen Schaden erforderlich, sondern nur Vorsatz in Bezug auf die grundlegende Handlung. Eine „Verführung" (vgl. III § 494 a. E.), welche nicht den Thatbestand des § 825 erfüllt, verpflichtet an sich nach BGB. zum Schadensersatz nicht, sondern nur, wenn sie einen Verstoß gegen ein den Schutz der Verführten bezweckendes Gesetz enthält (s. StGB. 179. 182). Allerdings glaubt v. Liszt S. 24. 40 fg. daß auch die Geschlechtsehre privatrechtlich nur in den Grenzen des § 825 geschützt ist. M. E. ist sie aber auch außerhalb dieser Grenzen geschützt, soweit ein Verstoß gegen ein Gesetz vorliegt, welches den Schutz der Frau bezweckt. Dieß geht aus § 847 deutlich hervor, eine Folgerung, gegen die sich v. Liszt S. 41 fg. vergebens zu vertheidigen sucht.

c) Verletzung der Amtspflicht, s. 839. 841; dazu unt. zu § 470. Die Erwägungen, auf welchen die Aufstellung dieses besonderen Thatbestandes beruht (Mot. II S. 823 fg.), treffen trotz der Veränderungen, welche er selbst (E. I 736) und die allgemeine Vorschrift des § 823 (E. I 704) erlitten haben, im Wesentlichen auch jetzt zu. Es soll klargestellt werden, daß der Beamte auch dann haftet, wenn er nicht ein subjectives Recht des Dritten verletzt, daß er andererseits nicht bei jeder Verletzung seiner Amtspflichten haftet, nämlich nicht für Verletzung von solchen Dienstvorschriften, welche ihn nur dem Dienstherrn, nicht Dritten gegenüber verpflichten. Für Verletzung der Dritten gegenüber bestehenden

Digitized by Google

Dienstpflicht haftet er auch dann, wenn sie nicht unmittelbar auf Rechtsnorm, sondern auf Dienstbefehl beruht. Vorsatz oder Fahrlässigkeit müssen sich auf die Amtspflicht beziehen. Diese also muß der Beamte kennen oder in Folge von Fahrlässigkeit nicht kennen.

3. Bei der im Gesetz geordneten Haftung für Beschädigung durch andere Personen (831. 832, s. unt. zu § 457), durch Thiere 833—835, s. unt. zu § 457) und durch Gebäudeeinsturz u. s. w. (836—838, s. unt. zu § 459) ist die Haftungsgrundlage niemals ein zu beweisendes Verschulden des Haftenden; zum Theil aber kann der an sich Haftende sich durch Sorgfaltsbeweis befreien.

4. Von der Zurechnungsfähigkeit handeln §§ 827—829, vgl. I S. 454 fg. v. Liszt S. 47 fg. — v. Liszt S. 50 erklärt die I S. 454 vertretene Ansicht, daß der Trunkene möglicher Weise wegen Vorsatzes hafte, für unmöglich; aber m. E. ist das ein zu starres Halten am Wortlaut des Gesetzes.

a) Ist die Verantwortung „in einem der in den §§ 823—826 bezeichneten Fälle" gemäß §§ 827. 828 ausgeschlossen, so hat der Urheber des Schadens, sofern der Ersatz desselben nicht von einem aufsichtspflichtigen Dritten (832) erlangt werden kann — sei es, daß ein haftpflichtiger Dritter nicht vorhanden ist, sei es, daß derselbe zahlungsunfähig ist — den Schaden insoweit zu ersetzen, als die Billigkeit nach den Umständen, insbesondere nach den Verhältnissen der Betheiligten eine Schadloshaltung fordert und dem Thäter nicht die Mittel entzogen werden, deren er zum standesmäßigen Unterhalte sowie zur Erfüllung seiner gesetzlichen Unterhaltspflichten bedarf (829), vgl. hierzu ob. S. 102 unter 2, a.

b) Die Vorschriften über den Ausschluß der Verantwortlichkeit wegen Unzurechnungsfähigkeit gelten für die Fälle, in denen Jemand wegen einer ihm zuzurechnenden That haftet. Dafür spricht, daß im § 829 nur der Fälle der §§ 823—826 gedacht ist. Entscheidend ist das freilich nicht. Denn die Anwendung der Schuldausschließungsgründe zu Gunsten eines nach § 839 in Anspruch genommenen Beamten ist nicht zu entbehren. Aber in allen den Fällen, in welchen nicht eine schuldhafte That die Grundlage der Haftung ist, ist es (entgegen v. Liszt S. 107. 108) unmöglich, Schuldfähigkeit des Haftenden zu fordern. So insbesondere bei der Haftung für Thierschaden (nach 833) und für Wildschaden (835) vgl. Oertmann zu § 833, 1, c. Namentlich im letzteren Falle ist das vollkommen deutlich. Die Haftung ist eine Last, welche an dem Jagdrecht (Jagdausübungsrecht) hängt. Ob der Jagdberechtigte ein Kind oder ein Geisteskranker ist, muß gleichgültig sein. Aber auch bei der Verantwortung für den Schaden, den ein „gehaltenes" Thier anrichtet, trifft die Verantwortung aus § 833 den Halter auch dann, wenn er unzurechnungsfähig ist. Ist ein fünfjähriges Kind Eigenthümer eines Gutes, so hält das Kind das darauf gehaltene Vieh und trägt die Last eines durch dasselbe angerichteten Schadens, nicht etwa sein Vormund. In den Fällen, in denen die gesetzliche Haftung durch Sorgfaltsbeweis abgewandt werden kann, ist eine entsprechende Anwendung der §§ 827 fg. allerdings anzuerkennen (v. Liszt S. 103). Zwar kann es nicht unmittelbar darauf ankommen, ob der Haftende zur Zeit der That des Dritten (831. 832) oder des Thieres (834) oder zur Zeit des Gebäudeeinsturzes (836—838) zurechnungsfähig ist. Aber bei Prüfung der Frage, ob er die im Verkehr erforderliche Sorgfalt angewandt hat, wird eine falsche Maßregel oder eine Unthätigkeit, begangen zu einer Zeit der Zurechnungsunfähig-

Digitized by Google

keit, ihm nicht zur Last gerechnet werden können, möge es sich um eine Zeit vor dem schadenstiftenden Ereigniß oder um die Zeit dieses Ereignisses selbst handeln. Wenn derjenige, welcher einen Anderen zu einer Verrichtung bestellt, bei der Leitung der Arbeiten eine Zeit lang in Ohnmacht gelegen hat, so ist er für Schäden, deren Wurzel in der Aufsichtslosigkeit der Arbeiter während dieser Zeit liegt, nicht verantwortlich, es wäre denn, daß er durch späteres Nachsehen nach Ueberwindung des Unwohlseins den Schaden hätte verhüten können und sollen. Wenn der Besitzer eines Gebäudes in Geisteskrankheit verfällt, so kann ihm eine Unthätigkeit in der Unterhaltung des Gebäudes während dieser Zeit nicht angerechnet werden. Er haftet nur, wenn er vor oder nach der Krankheit durch geeignete Maßnahmen den Schaden hätte verhüten können und für diese Zeiten den Sorgfaltsbeweis schuldig bleibt. Erkennt man dieß an, so muß man aber hinzufügen, daß dem Haftenden in entsprechender Anwendung des § 278 auch das Verschulden seines gesetzlichen Vertreters anzurechnen ist. Ist der Besitzer eines Gebäudes bevormundet, so haftet er für den Gebäudeschaden, wenn nicht sein Vormund die im Verkehr erforderliche Sorgfalt in Bezug auf die Unterhaltung des Gebäudes beobachtet hat. Insoweit aber in Fällen der hier fraglichen Art die normale Haftung durch Unzurechnungsfähigkeit ausgeschlossen ist, ist auch § 829 anwendbar (v. Liszt S. 103).

5. Allgemein spricht das BGB. aus, daß Mitthäter, Anstifter und Gehülfen nebeneinander für den vollen angerichteten Schaden haften und daß dasselbe gilt, wenn Mehrere an einer unerlaubten Handlung betheiligt sind, und sich nicht ermitteln läßt, auf wessen Handeln der angerichtete Schaden zurückzuführen ist (830); und zwar haften die Mehreren als Gesammtschuldner (840 Abs. 1). Dasselbe muß gelten, wenn die Haftungsgründe der §§ 831—838 bei Mehreren vorliegen; solidarisch haften danach: Mehrere, welche gemeinschaftlich einen Andern zu einer Verrichtung bestellt haben (831 Abs. 1), mehrere Aufsichtspflichtige (832), Mehrere, die zusammen ein Thier halten (833), mehrere Jagdberechtigte (hier nur mit der aus § 835 Abs. 3 ersichtlichen Ausnahme), Mitbesitzer eines Gebäudes u. s. w. (836. 837), Mehrere, welche gemeinschaftlich eine Verpflichtung gemäß § 831 Abs. 2. 832 Abs. 2. 834. 838 übernommen haben (vgl. v. Liszt S. 75 fg.). Möglich ist natürlich, daß ein zugelassener Entlastungsbeweis dem Einen für sich gelingt, dem Anderen nicht.

Wenn danach Mehrere als Gesammtschuldner haften, so regelt sich ihr Verhältniß unter einander im Allgemeinen nach § 426; sie haben unter sich die Last zu gleichen Theilen zu tragen; hiervon aber bestimmt das Gesetz wichtige Ausnahmen in § 840 Abs. 2. 3. 841. S. unt. zu § 457. 459. 470.

6. Der Schadenersatz, welcher wegen unerlaubter Handlung zu leisten ist, steht zunächst unter den allgemeinen Grundsätzen der §§ 249 fg. Das Gesetz gibt aber hier eine Reihe besonderer Vorschriften. Vgl. v. Liszt S. 1 fg. 61 fg. Linckelmann die Schadensersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen S. 60 fg. Seng zur Frage der Vergütung nicht ökonomischen Schadens aus Delicten. ABR. V S. 336 fg. 1891. Steinert d. Ersatz e. immateriellen Schadens. Erl. Diss. 1899.

a) Vorschriften in Betreff der Delicte gegen die Person:

α. Ist irgend welche unerlaubte Handlung gegen die Person begangen, so erstreckt sich die Verpflichtung zum Schadensersatze auch auf die Nachtheile,

Digitized by Google

welche die Handlung für den Erwerb oder das Fortkommen des Verletzten herbeiführt (842); man hat gesagt, es müsse nicht ein abschätzbarer Vermögensschaden vorliegen (Prot. d. II.Comm S. 2847 fg.), allein der Nachtheil für den Erwerb charakterisirt sich stets als ein Vermögensschaden, wenn auch in weiterem Sinne, und auch die Nachtheile für das Fortkommen sind als solche in Bezug auf das wirthschaftliche Fortkommen zu denken. Denn ein Schaden, der überhaupt nicht das Vermögen betrifft, soll nur im Falle des § 847 vergütet werden.

β. Wird in Folge einer Verletzung des Körpers oder der Gesundheit die Erwerbsfähigkeit des Verletzten aufgehoben oder gemindert, oder tritt eine Vermehrung seiner Bedürfnisse ein, so ist der Schadensersatz in Form einer Geldrente zu leisten (843) und zwar vierteljährlich im Voraus. Erlebt der Gläubiger den Beginn eines Vierteljahrs, so gebührt ihm der ganze Betrag für dasselbe (843 Abs. 2 S. 1). Sicherheitsleistung nach richterlichem Ermessen s. 843 Abs. 2 S. 2. Vgl. noch CPO. 323. 334. F. Jäger die Umwandlungsklage im deutschen Haftrecht jetzt und nach 1900. Erl. Diss. 1898. Statt der Rente kann der Verletzte aus wichtigem Grunde eine Abfindung in Capital verlangen (843 Abs. 3) und zwar auch dann, wenn die Rente bereits eine Zeit lang entrichtet sein sollte. Liegt ein rechtskräftiges Urtheil auf Leistung der Rente vor, so kann wegen veränderter Umstände gemäß § 323 CPO. dennoch Capitalsabfindung verlangt werden. Der Anspruch auf die Rente (oder Abfindung) wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß ein Anderer dem Verletzten Unterhalt zu gewähren hat (843 Abs. 4). Welchen Rückschlag die Schadensersatzpflicht ihrerseits auf eine solche Unterhaltspflicht ausübt, hängt von der Natur der letzteren Pflicht ab. Soweit ein gesetzlicher Unterhaltsanspruch die Bedürftigkeit des Berechtigten voraussetzt (vgl. 1360 Abs. 2. 1578 Abs. 2. 1602 Abs. 1. 1963.) wird derselbe durch die Verpflichtung des Schadensersatzpflichtigen ausgeschlossen, dafern dieser zahlungsfähig ist.

γ. Bei Verletzung des Körpers, der Gesundheit, und bei Freiheitsentziehung, ferner im Falle des § 825 und bei jedem gegen eine Frauensperson begangenen Verbrechen oder Vergehen wider die Sittlichkeit ist auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld zu leisten (847). v. Liszt S. 65 (auch Oertmann zu § 847, 3) schränkt das Gebiet des danach zu ersetzenden Schadens wesentlich ein; nur ein Schaden an der Gesundheit, dem Körper, der Freiheit, der Geschlechtsehre, also an den im § 847 genannten Gütern, soll zum Ersatz kommen. Wie mir scheint, ist es aber nicht die Absicht des Gesetzes, eine derartige Einschränkung zu dulden. Zu entschädigen ist der Verletzte für jeden wie immer gearteten Schaden, der in dem erforderlichen Causalzusammenhange mit dem Delict steht, und das Gesetz bindet den Richter an keine andere Schranke, als die der Billigkeit nach Ermessen des Richters. Der Ersatz umfaßt auch das s. g. Schmerzensgeld (s. unt. § 455, 7). Der Anspruch auf den Ersatz nach § 847 ist nicht übertragbar und geht nur dann auf die Erben über, wenn er durch Vertrag anerkannt oder rechtshängig geworden ist. Im Uebrigen bestehen über die Vererbung der Ansprüche und Verpflichtungen aus unerlaubten Handlungen keine besonderen Sätze.

δ. In einer Reihe von Vorschriften trifft das Gesetz Fürsorge für den durch ein Vergehen gegen die Person mittelbar Verletzten. Ueber solche Aus-

Digitized by Google

nahme-Vorschriften hinaus ist der mittelbar Verletzte nicht geschützt. Es ist aber sehr wohl möglich, daß durch dieselbe Handlung Delicte gegen Mehrere verübt sind (v. Liszt S. 97 fg.). Dazu gehört jedoch, daß der volle Thatbestand des Delicts gegen Jeden unter ihnen verwirklicht ist. Z. B. wenn Jemand einen vertragsmäßig Dienstpflichtigen dienstunfähig macht, so haftet er dem Dienstherrn, falls er dessen Dienstrecht kannte, oder mit dessen Existenz zu rechnen Anlaß hatte, wegen fahrlässiger Verletzung seines Forderungsrechtes. Die Vorschriften des § 844. 845 dagegen setzen keine Fahrlässigkeit gegenüber dem gesetzlichen Dienstrecht oder Unterhaltsanspruch voraus.

αα. Zunächst hat im Falle der Tödtung der Schuldige die Beerdigungskosten demjenigen zu ersetzen, den sie treffen (844 Abs. 1. Vgl. 1968. 1615 Abs. 2).

ββ. Im Falle der Tödtung hat der Ersatzpflichtige auch die dem Getödteten gegenüber gesetzlich Unterhaltsberechtigten zu entschädigen. (844 Abs. 2). Vorausgesetzt wird, daß der Getödtete zur Zeit der Verletzung gesetzlich unterhaltspflichtig war oder werden konnte. Auch dann also, wenn zur Zeit der Verletzung dem Getödteten ein näherer Unterhaltspflichtiger vorging (1606. 1608. 1709. 1739), tritt die Ersatzpflicht ein, jedoch erst von dem Augenblick an, in welchem der vorgehende Pflichtige wegfällt. Auch dann, wenn der Unterhaltsberechtigte erst nach der Verletzung geboren wird, aber vorher erzeugt war, findet die Ersatzpflicht statt. Voraussetzung ist, daß dem Unterhaltsberechtigten der Unterhaltsanspruch in Folge der Tödtung entzogen ist. Dieß geschieht im Falle des Unterhaltsanspruchs zwischen Verwandten gerader Linie unmittelbar durch die Tödtung. Wenn die Unterhaltspflicht des allein für schuldig erklärten Gatten (1582) und die des unehelichen Erzeugers (1712 Abs. 1) durch den Tod des Pflichtigen nicht erlöschen, so kann doch im ersteren Falle eine Minderung der Rente verlangt werden (1582 Abs. 2), und soweit diese Minderung erfolgt, muß der an dem Tode Schuldige mit seiner Ersatzpflicht eintreten. Beim Tode des außerehelichen Vaters kann der Erbe das Kind abfinden mit dem Pflichttheil aus dem Nachlaß, berechnet wie für ein eheliches Kind (1712 Abs. 2). Diese Abfindung beträgt vielleicht wenig oder gar nichts, wenn der Vater kein Vermögen hinterläßt, während in demselben Falle vielleicht das Kind aus laufendem Erwerb des Vaters auskömmlichen Unterhalt bezog. Auch eine solche Abfindung ist eine Entziehung des Unterhaltsanspruchs in Folge der Tödtung und muß die Ersatzpflicht des an dem Tode Schuldigen begründen, insoweit nicht die Abfindung das Maß des bisher bezogenen Unterhalts deckt.

Der Ersatzpflichtige hat Schadensersatz in Gestalt einer Geldrente in solange zu leisten, als der Getödtete während der muthmaßlichen Dauer seines Lebens zur Gewährung des Unterhalts verpflichtet gewesen sein würde (844 Abs. 2). Treten also Umstände ein, welche die Unterhaltspflicht auch bei Lebzeiten des Pflichtigen aufgehoben haben würden, so fällt auch die Ersatzpflicht fort; insbesondere geschieht dieß, wenn die Unterhaltspflicht auf Bedürftigkeit des Berechtigten ruht und diese wegfällt. Wenn der Unterhaltsanspruch zur Zeit der Verletzung noch nicht bestand, insbesondere noch von dem Wegfall eines Verpflichteten abhing, und dieser Wegfall jenseits der muthmaßlichen Lebensgrenze des Getödteten erfolgt, so tritt die Ersatzpflicht nicht ein. Die Geldrente steht unter den gleichen Vorschriften wie die nach § 843 zu leistende. Insbesondere wird auch hier der Anspruch nicht dadurch

Digitized by Google

ausgeschlossen, daß ein anderer Unterhaltspflichtiger vorhanden ist, d. h. ein solcher, dessen Pflicht nicht schon diejenige des Getödteten ausschloß.

γγ. Nicht nur im Falle der Tödtung, sondern auch im Falle der Verletzung des Körpers oder der Gesundheit, sowie im Falle der Freiheitsentziehung nimmt das Gesetz (845) auch Rücksicht auf diejenigen, welchen kraft Gesetzes (1356. 1617) der Verletzte zu Diensten im Hauswesen oder Gewerbe verpflichtet war. Ihnen ist für die entgehenden Dienste in einer Geldrente Ersatz zu leisten. Auch diese Rente untersteht denselben Vorschriften, wie die aus § 843 zu leistende.

δδ. Das mitwirkende Verschulden des Verletzten wirkt auf dessen eigenen Schadensersatzanspruch in der durch § 254 bestimmten Weise. Aber auch die Drittberechtigten, welche gemäß dem Vorigen Ansprüche an den Verletzer haben, sind dem Einwand des Mitverschuldens des Verletzten gemäß § 254 ausgesetzt (846).

b) In Betreff des Schadensersatzes wegen Entziehung oder Beschädigung von Sachen gilt Folgendes:

α. Wer zur Rückgabe einer Sache verpflichtet ist, die er einem Andern durch unerlaubte Handlung entzogen hat, haftet auch, wenn zufällig Untergang, sonstige Unmöglichkeit der Herausgabe, Beschädigung eintreten, es sei denn, er könnte beweisen, daß sie auch ohne die Entziehung eingetreten sein würden (848). Das ist im Wesentlichen die gleiche Haftung wie beim Verzuge (287). Diese Parallele wird auch in den Mot. II S. 740 gezogen, und es ist in der II. Comm. (Prot. S. 2790) in dieser Richtung nichts Abweichendes bemerkt worden. Die Fassung des § 287 . . . . es sei denn, daß der Schaden auch bei rechtzeitiger Leistung entstanden sein würde, und diejenige des § 848 . . . es sei denn, daß der Untergang, die anderweitige Unmöglichkeit der Herausgabe oder die Verschlechterung auch ohne die Entziehung eingetreten sein würde, weichen allerdings von einander ab. Im Falle des § 287 kann man sagen: hätte der Gläubiger den Gegenstand rechtzeitig erhalten, so hätte er ihn veräußern können, und der dann etwa entstandene Schaden wäre nicht sein Schade gewesen. Der Schuldner muß also zu seiner Entlastung beweisen, daß der Gläubiger den Gegenstand bis zum Eintritt des Untergangs, der Verschlechterung behalten haben würde. Nach den Worten des § 848 dagegen genügt zur Entlastung des Schuldners der Beweis, daß Untergang oder Verschlechterung auch ohne die Entziehung eingetreten sein würden, ohne Rücksicht darauf, ob diese Ereignisse die Sache bei dem Gläubiger oder anderswo getroffen haben würden. Allein nach dem allgemeinen Princip des Schadensersatzes hat doch der Schuldner den Verletzten in den Zustand zu setzen, als wäre die Sache nicht entzogen (249). Durch die Entziehung der Sache ist aber dem Eigenthümer auch die Möglichkeit der Veräußerung entzogen worden, und hierfür gebührt ihm Schadensersatz. Gesetzt auch, die Sache wäre auch ohne die Entziehung untergegangen oder verschlechtert, so hat doch, wenn der Eigenthümer sie vorher veräußert haben würde, die Entziehung es verschuldet, daß das Ereigniß die Sache im Vermögen des Gläubigers trifft. Nur wird im Falle des § 848 der Gläubiger beweisen müssen, daß er vorher veräußert haben würde.

β. Ist wegen Entziehung einer Sache ihr Werth, oder wegen Beschädigung derselben die Werthminderung zu ersetzen, so kann der Verletzte Zinsen des zu ersetzenden Betrages von dem Zeitpunkt an verlangen, welcher der Bestimmung des Werths zu Grunde gelegt wird (849). Das Gesetz spricht sich nicht darüber

Digitized by Google

aus, welches der zu Grunde zu legende Zeitpunkt ist. Der § 715 E. I wollte den Zeitpunkt der Entziehung oder Verschlechterung des Gegenstandes zu Grunde legen; den Werth einer späteren Zeit sollte der Gläubiger nur fordern können, wenn nach den Umständen anzunehmen sei, daß sein Schaden in der Entziehung des höheren Werthes bestehe. Eine entsprechende Bestimmung hatte E. I § 240 für den Fall des Untergangs oder der Verschlechterung des Schuldgegenstandes. Diese Vorschrift strich die II. Comm. (Prot. S. 638), weil sich gegen die Bestimmung, die sie über den maßgebenden Zeitpunkt treffe, gegründete Bedenken erheben ließen, und kein Bedürfniß bestehe, die Frage, welche bei jedem Schadensersatz auftauchen könne, für den Fall des § 240 besonders zu entscheiden. Im Gefolge davon wurde auch § 715 gestrichen (Prot. S. 2790). Wenn nun nach der allgemeinen Vorschrift des § 249 der Entzieher einer Sache schuldig ist, den Verletzten in den Stand zu setzen, als sei ihm die Sache nicht entzogen, wenn entgangener Gewinn zum Schadensersatz gehört (252), so wird der Verletzte nicht nur den Werth zur Zeit der Entziehung oder der Beschädigung fordern können, sondern auch den höheren Werth einer späteren Zeit. Denn er hätte die Sache, falls er sie gehabt, und sie unbeschädigt erhalten worden wäre, bis zu einer eingetretenen Werthsteigerung behalten können und hätte nun entweder die werthvollere Sache oder den höheren Erlös derselben. Und zwar wird er nicht beweisen müssen, daß er sie nicht veräußert haben würde (vgl. ob. § 258 [6]).

γ. Wegen Entziehung oder Beschädigung einer Sache haben Ersatzanspruch alle an der Sache Interessirten (vgl. v. Liszt S. 98 fg.), jeder nach Maßgabe seines Interesses, vorausgesetzt, daß der Thäter ihnen gegenüber in Vorsatz oder Fahrlässigkeit handelte, wozu gehört, daß er ihr Recht kannte oder mit der Möglichkeit seiner Existenz zu rechnen Anlaß hatte. Der § 851 erleichtert aber die Stellung des Ersatzpflichtigen für den Fall der Entziehung oder Beschädigung dadurch, daß er bestimmt: Wenn die Ersatzleistung an denjenigen erfolgt, in dessen Besitze sich die Sache zur Zeit der Entziehung oder Beschädigung befunden hat, so wird der Pflichtige auch dann befreit, wenn ein Dritter Eigenthümer der Sache war, oder ein sonstiges Recht an der Sache hatte, es sei denn, daß ihm bei der Leistung das Recht des Dritten bekannt oder in Folge grober Fahrlässigkeit unbekannt war, eine obligatorische Parallele zu den Grundsätzen über den Erwerb beweglicher Sachen im guten Glauben (vgl. Prot. d. II. Comm. S. 2792 fg.). Gemeint ist zunächst, daß der Pflichtige dem Besitzer wie einem Eigenthümer vollen Ersatz leistet (vgl. Prot. S. 2793). Dasselbe muß aber gelten, wenn der Ersatz mit Rücksicht auf das Nießbraucherinteresse oder das Pfandinteresse an den Besitzer als vermeintlichen Nießbraucher oder Pfandgläubiger erfolgt, während ein Anderer es ist. Eine derartige Ersatzleistung hat aber natürlich auf den Ersatzanspruch des Eigenthümers keinen Einfluß. Wenn umgekehrt dem Besitzer als dem Eigenthümer Ersatz nur in Ansehung der Sache selbst, nicht auch wegen Nutzungen geleistet wird, so wird zu unterscheiden sein, ob der Besitzer diese Leistung als gänzlichen Schadensersatz anerkannte oder nicht. Ersteren Falls werden die Ansprüche von unbekannten Nutzungsberechtigten ausgeschlossen. Blieb aber der Ersatz von Nutzungen vorbehalten, so sind die Ansprüche der Nutzungsberechtigten wegen des Entganges von Nutzungen bestehen geblieben. Obwohl § 851 nur von Rechten an der Sache spricht, muß doch m. E. Entsprechendes auch für die nur obliga-

Digitized by Google

(vgl. 445. 493) das BGB. die Grundsätze von der Gewährpflicht des Verkäufers hier an 757.

ι) Unverjährbarkeit des Theilungsanspruchs: 758; vgl. I S. 475.

κ) Die Frage einer Theilung unter Einigen von mehr Theilhabern (zu [26]) ist nach dem BGB. dahin zu beantworten: Da jeder Theilhaber über seinen Antheil verfügen kann, kann er auch gegen eine Abfindung denselben an einen andern Theilhaber abtreten, oder sonstige Vereinbarungen mit demselben treffen, welche nur die beiderseitigen Antheile berühren; zu einer Theilung gemäß §§ 752 fg. dagegen haben Einige unter mehr Theilhabern nicht die erforderliche Verfügungsmacht. Die Klage auf Theilung kann jeder Theilhaber zunächst gegen Einzelne erheben; es ist nicht nothwendig, daß er Alle in einem Processe verklagt. Zwangsweise durchsetzbar ist die Theilung aber erst dann, wenn Alle zur Einwilligung verurtheilt sind. Bei dem Antrage auf Zwangsversteigerung hat jeder Theilhaber für sich das Widerspruchsrecht (s. α). Wird eine Auftheilung des Gegenstandes unter einige Theilhaber, als wären sie die einzigen, oder ein Verkauf zu ihren Gunsten allein durchgeführt, so ist es möglich, daß dabei das Recht des unberücksichtigten Theilhabers nach den Grundsätzen über die Rechtsableitung von Nichtberechtigten untergeht (vgl. Mot. II S. 881). Die Uebrigen haften ihm dann aber nicht nur aus § 816, sondern auch auf Schadensersatz wegen Verletzung der Gemeinschaftspflicht.]

2. Grenzverwirrung*.

§ 450.

Eine Gemeinschaft kann in gewissem Sinne auch durch die Grenzverwirrung[1] entstehen. Wenn nämlich auf Grenzberichtigung geklagt wird[2], so hat der Richter zwar zunächst die richtige Grenze

---

* Dig. 10, 1 Cod. 3, 39 finium regundorum. — Puchta ZS. f. R. und Gesetzgeb. in Kurhessen II S. 1 fg. kl. civ. Schriften Nr. 21 (1837). Wiederhold ZS. f. CR. u. Pr. XIII S. 35 fg. (1839). Sternburg das. XVII S. 426 fg. (1842). Rudorff ZS. für gesch. RW. X S. 343 fg. (1842). Ders. Schriften der röm. Feldmesser II S. 422 fg. (1852). Hoffmann ACPra. XXXI S. 493 fg. und XXXV S. 350 fg. (1848. 1852). Karlowa Beiträge zur Gesch. des röm. Civilproc. S. 141—162 (1865). Hesse Rverhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn 2. Aufl. S. 488 fg. (1880). Sintenis II S. 722—723. Vangerow III § 648 Anm. Dernburg I § 229. Ueber das Rhistorische s. namentlich Rudorff und Karlowa a. a. OO. [Rönnberg die Grenzscheidungsklage nach röm. u. gem. R. sowie nach den Entwürfen d. BGB. f. d. deutsche Reich ABR. XI S. 119 fg. 251 fg. (1896).]

§ 450. [1] Dieselbe ist nicht möglich zwischen angrenzenden Gebäuden. L. 2 pr. l. 4 § 10 D. 10, 1. S. auch l. 4 § 11. l. 5. 6 D. 19, 1. Vgl. Puchta a. a. O. kl. civ. Schr. S. 350 fg. Sf. XIV. 29. [LI. 97: wenn Grenzmauern eine unverrückbare Grenze abgeben.]

[2] Actio finium regundorum. Dieselbe ist zunächst nichts Anderes, als Inanspruchnahme eines Stückes Land, welches aus dem ruhigen Besitz hinausgekommen ist. Daher l. 1 D. 10, 1. „Finium regundorum actio in personam est, licet pro vindicatione rei est“. Vgl. Sf. XVIII. 273, XXX. 6. —

Digitized by Google

aufzusuchen und demgemäß sein Urtheil zu fällen[3]; wenn er aber die wahre Grenze nicht auffinden kann, so bleibt ihm nichts Anderes übrig, als das streitige Stück als gemeinschaftlich zu behandeln und dasselbe zwischen den Parteien zu theilen[4]. Es ist ihm auch erlaubt, die wahre Grenze, um künftiger Grenzverwirrung vorzubeugen, zu verlegen[5], natürlich unter Zuerkennung einer Geldentschädigung an denjenigen, welcher dadurch verliert[6]. Er kann auch Maßregeln zum Schutze der Grenze anordnen[7]. Endlich kann er den Parteien auf ihren Antrag Ersatz für gezogene Nutzungen, erlittenen Schaden und gemachte Verwendungen zusprechen[8]. — Der Grenzberichtigungsanspruch kann nicht bloß von dem Eigenthümer und gegen denselben, sondern auch von dem Emphyteuta, Superficiar, Nießbraucher, Pfandberechtigten, und gegen diese Personen erhoben werden[9]. — Auf die ordentliche Ersitzung darf der Grenzrichter keine Rücksicht nehmen, wohl auf die dreißigjährige Verjährung[10].

Die Meinung von Wiederhold, daß actio finium regundorum wesentlich auf Abmarkung, und nur bei dieser Gelegenheit möglicherweise auch auf Grenzberichtigung gehe, findet in den Quellen keine Rechtfertigung. Man unterscheidet heutzutage wohl zwischen einer actio finium regundorum qualificata und simplex, je nachdem der Kläger eine bestimmte Grenze als die richtige behauptet oder nicht. Vgl. Puchta a. a. O. kl. Schr. S. 348. 353 fg. Sf. V. 16, XX. 33, XXI. 212, XXIII. 26, XXX. 5, XXXIV. 15. 184. — Vgl. noch Sf. XVIII. 243.

[3] L. 4 pr. D. 10, 1. Sf. XIV. 29. 136; auch V. 17.

[4] L. 2 § 1 D. 10, 1. Vorausgesetzt, daß nicht ein fester Besitzstand für eine der Parteien vorhanden ist? So Sf. XXIV. 215, vgl. Dernburg Preuß. Privatr. I § 216 zu [6] [Pand. I § 229 [15]]. Aber s. unten zu [10].

[5] Um ihm diese, so wie die zur folgenden Note bezeichnete Maßregel zu ermöglichen, stand in der Formula der actio finium regundorum, wie in der der eigentlichen Theilungsklagen, die adiudicatio, so wie eine duplex condemnatio. Gai. IV, 42, § 6 I. 4, 17, l. 10 D. 10, 1, l. 13 D. 5, 1, l. 37 § 1 D. 44, 7. [Sf. XLVII. 302: Feststellungsurtheil.]

[6] L. 2 § 1. l. 3 D. 10, 1, § 6 I. 4, 17.

[7] L. 4 § 3 D. 10, 1.

[8] L. 4 § 1. 2 D. 10, 1, § 6 I. 4, 17, l. 56 D. 10, 2. Ueber die Lesart in l. 4 § 1 cit. s. Glück X S. 445 [63]. L. 4 § 2 cit. verweist für die vor dem Proceß mala fide gezogenen und verzehrten Früchte auf eine condictio. Es ist kaum glaublich, daß der römische Grenzrichter nicht auch auf diese Früchte hätte sollen erkennen können; denn ohne Zweifel war die actio finium regundorum bonae fidei, wie die actio communi dividundo und familiae erciscundae. Jedenfalls ist für uns die Stelle ohne Bedeutung.

[9] L. 4 § 9 D. 10, 1. Sf. XXII. 44, XXVI. 14.

[10] L. 5, 6 C. 3, 39. — Ueber das Geschichtliche s. Rudorff und Karlowa a. a. O. Die Ansicht des Ersteren, welche bisher allgemeine Billigung gefunden hat, geht dahin: das ältere r. R. habe bei der actio finium regun-

Digitized by Google

[Nach BGB. (920) kommt es im Falle der Grenzverwirrung ebenfalls (vgl. zu [3]) zunächst darauf an, ob die richtige Grenze zu ermitteln ist. Ist das nicht der Fall, so entscheidet der Besitzstand. Ist dieser nicht festzustellen, so ist jedem Grundstück ein gleich großes Stück der streitigen Fläche zuzutheilen (vgl. zu [4]). Soweit aber die Befolgung dieser Vorschriften zu einem Ergebniß führen würde, das mit den ermittelten Umständen, insbesondere mit der feststehenden Größe der Grundstücke nicht übereinstimmt, ist unter Berücksichtigung dieser Umstände nach Billigkeit die Grenze zu ziehen. Das Urtheil ist auch hier nicht als Adjudicationsurtheil, sondern es ist als Feststellungsurtheil gedacht (Mot. III S. 273 vgl. [6]). Der Anspruch ist unverjährbar (924).]

III. Forderungen aus Vergehen und verwandte Fälle*.

[Es ist m. E. unerläßlich, die Vorschriften des BGB. über unerlaubte Handlungen ihrem Hauptinhalt nach hier eingangsweise zur übersichtlichen Darstellung zu bringen, da sie bei Einordnung in das Gefüge des Pandektenrechts zu sehr zerrissen werden würden. — Vgl. Lenel Deutsche Jur.-Zeit. II S. 409 fg. 1897. Lühl Gründe und Arten der Delictshaftung nach dem neuen BGB. f. d. deutsche Reich. Erl. Diss. 1897. v. Liszt die Delictsobligationen im System des BGB. Berlin 1898. Linckelmann die Schadensersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen nach dem BGB. f. d. deutsche Reich. Berl. 1898. Mittweg die unerlaubten Handlungen nach BGB. Erl. Diss. 1899.

1. Als allgemeine Thatbestände unerlaubter Handlungen stellt das BGB. folgende auf:

a) Während das Pandektenrecht (§ 451 [1]) von dem Grundsatz ausgeht, daß Derjenige, welcher einen Andern verletzt, ohne Eingreifen besonderer Umstände nur wegen Dolus, wegen Culpa dagegen nur bei Beschädigung und Abhandenbringen von Sachen und bei Tödtung und Körperverletzung haftet, dehnt das BGB. die Haftung wegen Fahrlässigkeit viel weiter aus. Es haftet auf

---

dorum unterschieden zwischen den Streitigkeiten über den technisch s. g. finis, d. h. den durch die 12 Taf. und die lex Mamilia geordneten fünffüßigen Grenzsaum und den Streitigkeiten, welche darüber hinausgingen (controversia de loco), und die Ersitzung nur bei Streitigkeiten der ersten Art ausgeschlossen, nicht bei Streitigkeiten der zweiten Art; im Jahre 385 n. Chr. aber sei durch die l. 4 C. Th. 2, 26 (verstümmelt als l. 5 C. 3, 39) die controversia de loco der controversia de fine in dieser, wie in jeder anderen Beziehung gleichgestellt worden. Dagegen hat neuerdings Karlowa auszuführen gesucht, daß das r. R. die controversia de loco nie als actio finium regundorum behandelt habe, vielmehr als rei vindicatio, und daß die Absicht der l. 4 cit. gewesen sei, die Anwendung der l. t. praescriptio auf den Streit über den finis auszuschließen. Vgl. jetzt auch Bekker die Aktionen I S. 235 fg., Dernburg a. a. O. Note [2] [Pand. I § 229 [3].]

[* Hauptsächlich processual ist Hoegel die Geltendmachung civilrlicher Ansprüche aus strafbaren Handlungen Grünh. ZS. XX S. 265 fg. (1893). — Vgl. auch I § 101 [8]. II § 257 [100] und Rümelin Culpahaftung und Causalhaftung ACPra. LXXXVIII S. 255 fg. 1898.]

Digitized by Google

Schadensersatz Jeder, der vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigenthum oder ein sonstiges Recht eines Andern widerrechtlich verletzt (823 Abs. 1). Dieß kann nicht nur gelten von der Verletzung absoluter Rechte, sondern muß auch auf die Verletzung relativer Rechte angewandt werden, soweit sie der Verletzung durch Dritte zugänglich sind. Wer einem Schuldner durch sein Verschulden unmöglich macht, die Leistung zu bewirken und hierdurch das Gläubigerrecht zerstört (275), verletzt dasselbe im Sinne des § 823. Vgl. ob. S. 86 fg. Dafür u. a. v. Liszt S. 21, Stammler Schuldverhältnisse, allgem. Lehren S. 10, dagegen u. a. Schollmeyer einz. Schuldverhältnisse S. 109 fg., Endemann I § 200 [7. 8], Oertmann zu § 823, 3, c, auch Mot. II S. 727. Ein der Verletzung zugängliches Recht ist an und für sich auch der Besitz (v. Liszt S. 21), aber die Schadensersatzklage setzt dennoch die Darlegung des Rechtsverhältnisses voraus, auf dessen Grund Jemand besitzt, weil ohne dieß sein Interesse an der Sache nicht bemessen werden kann. v. Liszt (S. 25 fg.) will unter dem sonstigen Recht des § 823 Abs. 1 jedes durch objective Rechtssätze geschützte Interesse verstehen und erklärt danach den § 823 Abs. 2 für überflüssig, soweit es sich um den objectiven Thatbestand handle. Damit vermag ich mich nicht zu befreunden, weil m. E. nicht jedes durch objective Rechtssätze geschützte Interesse ein subjectives Recht ist. Vgl. I § 37 [2].

Es ist nicht der Standpunkt des Gesetzes, daß der Schaden schuldhaft angerichtet sein muß, wozu gehören würde, daß der Thäter den Schaden voraussehen, wenigstens mit dessen Möglichkeit rechnen konnte und mußte, sondern es muß nur die Verletzung des Rechts vorsätzlich oder fahrlässig begangen sein. Dazu gehört nur, daß der Thäter das Recht kannte oder mit dessen möglicher Existenz rechnen mußte, und ferner voraussah oder voraussehen mußte, daß seine Handlung das Recht verletze. Ist dieß gegeben, so haftet er für allen daraus entstehenden Schaden; insoweit kommt es nur darauf an, daß er ihn verursacht hat. (Vgl. Prot. d. II. Comm. S. 2719. 2727), v. Liszt S. 28 fg. S. 68 fg.).

b) Auch wenn ein subjectives Recht eines Andern oder eines der in § 823 Abs. 1 genannten Güter nicht verletzt ist, so tritt nach § 823 Abs. 2 die Schadensersatzpflicht dennoch ein, wenn Jemand ein den Schutz eines Andern bezweckendes Gesetz verletzt (z. B. StGB. 299. 300). Von einem nur im Interesse der Allgemeinheit bestehenden Gesetze gilt das nicht (Prot. d. II. Comm. S. 2712. — Linckelmann die Bedeutung gesetzlicher Zwangspflichten für das Schadensersatzrecht ABR. XIII S. 79 fg. und in der ob. angef. Schr. S. 24 fg. 40 fg.). — Kann das Gesetz, seinem Inhalt zufolge, nur vorsätzlich verletzt werden, so ist auch die civilrechtliche Haftung vom Vorsatz abhängig; kann es dagegen schuldlos verletzt werden, so bleibt jene Haftung von Fahrlässigkeit abhängig. Auch hier ist nicht erforderlich, daß der Thäter den eingetretenen Schaden vorausgesehen hat oder voraussehen mußte. Es genügt vielmehr, daß der Thäter wußte oder wissen mußte, sein Verhalten sei ein solches, wie es gegen das Gesetz verstößt. (v. Liszt S. 33 fg.) Er muß z. B. gewußt oder in Folge von Fahrlässigkeit nicht gewußt haben, daß seine Treppe unbeleuchtet sei (v. Liszt S. 35).

c) Verletzt der Thäter weder ein Recht des Verletzten, noch eines der in § 823 Abs. 1 genannten Güter, noch ein den Schutz des Verletzten be-

Digitized by Google

zweckendes Gesetz, so haftet er für den Schaden gleichwohl, wenn er gegen die guten Sitten verstößt und den Schaden vorsätzlich zufügt (826). Hier also muß der Vorsatz sich auf die Anrichtung des Schadens beziehen (v. Liszt S. 43). Des Verstoßes gegen die guten Sitten andrerseits braucht der Thäter sich nicht bewußt zu sein. Die Ausübung eines Rechts ist im Allgemeinen der Vorschrift des § 826 nicht unterworfen, auch wenn sie hart ist und feinerem sittlichen Empfinden widerspricht. Ist aber die Ausübung nach § 226 unzulässig, so schützt der Charakter der Handlung als Rechtsausübung den Thäter gegen die Verantwortung aus § 826 nicht mehr. Wenn nach den Intentionen der Reichstagscommission (Ber. S. 58 [Heymann]) auch in anderen Fällen die sittenwidrige Rechtsausübung nach § 826 haftbar machen soll, so kann man das, will man nicht die Rechtsausübung überhaupt schwer gefährden, nur mit großer Vorsicht anwenden. Grundsätzlich ist der § 826 auch bei Unterlassungen anwendbar. Vgl. jedoch über die Gefahren, die dieser Satz mit sich bringt, v. Liszt S. 72 fg.

d) Ueber Vorsatz und Fahrlässigkeit im Allgemeinen vgl. I S. 452 fg. Daß die Handlung nicht fahrlässig ist, wenn der Thäter kraft entschuldbaren Irrthums sich ein Recht zu ihr zuschrieb (vgl. § 455 zu [13]), ist m. E. auch für das BGB. zu behaupten und wird durch die Ausnahmsvorschrift im § 231 bewiesen. A. M. v. Liszt S. 58 fg., Henrici Gruch. Beitr. XLII S. 625 fg. (1898).

e) Wenn die unerlaubte Handlung innerhalb eines Rechtsverhältnisses begangen wird, z. B. Sachbeschädigung durch Miether, Entleiher (vgl. unt. § 455 [12]), so ist mit v. Liszt S. 11 fg. anzunehmen, daß der Anspruch aus diesem Rechtsverhältniß mit dem Delictsanspruch concurrirt. Wird nach den Grundsätzen jenes Rechtsverhältnisses nicht für jedes Verschulden gehaftet, kraft Gesetzes oder kraft Vertrages (276), so kann auf die Grundsätze über unerlaubte Handlungen eine strengere Haftung nicht gestützt werden (v. Liszt S. 13 fg.). Jedoch ist dieser Satz nur dann anwendbar, wenn der Schuldner in Erfüllung seiner auf dem Rechtsverhältnisse ruhenden Verpflichtungen, oder in Ausübung seiner darauf ruhenden Rechte handelte. Begeht er eine Handlung, zu der ihm das Rechtsverhältniß nur Gelegenheit bietet, ohne daß doch die Handlung durch das Rechtsverhältniß begründet wird, so tritt die volle Haftung ein. So, wenn der Verwahrer (vgl. 690) die Sache hervorholt, um sie in eigenem Interesse zu besehen.

2. Neben den allgemeinen Thatbeständen hatte das BGB. für die Aufstellung besonderer Thatbestände nur geringen Bedarf. Es gehören dahin

a) die üble Nachrede im Sinne des § 824 (v. Liszt S. 36 fg. Biberfeld Gruch. Beitr. XLII S. 367 fg. 1898). Durch den § 823 Abs. 2 wird eine civilrechtliche Verantwortung wegen Beleidigung nur soweit begründet, als die Bestimmungen des Strafgesetzbuchs reichen. Danach aber begründet die Behauptung oder Verbreitung einer Thatsache, welche geeignet ist, Nachtheile für den Erwerb oder das Fortkommen des Beleidigten herbeizuführen, für sich allein eine solche Verantwortung nicht, sondern es wäre erforderlich, daß die Thatsache zugleich geeignet ist, den Beleidigten verächtlich zu machen oder in der öffentlichen Meinung herabzuwürdigen (StGB. 186. 187), oder daß sie geeignet ist, dessen Credit zu gefährden; letzteren Falls aber müßte hinzukommen, daß sie wider

Digitized by Google

besseres Wissen behauptet wird (StGB. 187). Der § 824 will aber die civilrechtliche Schadensersatzpflicht über diese Grenzen hinaus ausdehnen. Sie tritt ein, wenn eine Thatsache behauptet oder verbreitet wird, welche geeignet ist, den Credit eines Andern zu gefährden oder sonstige Nachtheile für dessen Erwerb oder Fortkommen herbeizuführen, auch wenn sie nicht zugleich geeignet ist, ihn verächtlich zu machen oder in der öffentlichen Meinung herabzuwürdigen, und auch wenn der Thäter die Unwahrheit nicht kennt, sofern nur seine Unkenntniß auf Fahrlässigkeit beruht. Hat der Mittheilende oder der Empfänger der Mittheilung an ihr ein berechtigtes Interesse, so haftet der Mittheilende nur, wenn er die Unwahrheit kennt.

Die einfache Beleidigung (StGB. 185) soll nach v. Liszt S. 23. 38 zu keiner civilrechtlichen Haftung führen. M. E. ist aber doch nicht zu bezweifeln, daß § 185 StGB. ein Schutzgesetz ist, dessen Verletzung nach § 823 Abs. 2 civilrechtlich haftbar macht. Nur liegt keiner der Fälle vor, in welchen Geldersatz für einen nicht vermögensrechtlichen Schaden verlangt werden könnte (253). Es bleibt aber immer der Anspruch auf Naturalherstellung, soweit diese möglich ist (249), also kann z. B. im Civilprocesse auf Entfernung eines beleidigenden Anschlags geklagt werden. Auch die Anwendbarkeit des § 842 kann gegebenen Falls nicht geleugnet werden.

b) Wer eine Frauensperson durch Hinterlist, durch Drohung oder durch Mißbrauch eines Abhängigkeitsverhältnisses zur Gestattung der außerehelichen Beiwohnung bestimmt, ist ihr zum Ersatze des daraus entstehenden Schadens verpflichtet (825).

Der Thatbestand war besonders zu normiren, weil er unter § 823 Abs. 2 nur zum Theil fällt (StGB. 182. 177. 174. 176. 240) und ebenso die Grenzen des § 823 Abs. 1 überschreitet. Auch hier muß der Schade nur verursacht sein. Es ist nicht Fahrlässigkeit mit Bezug auf den eingetretenen Schaden erforderlich, sondern nur Vorsatz in Bezug auf die grundlegende Handlung. Eine „Verführung" (vgl. III § 494 a. E.), welche nicht den Thatbestand des § 825 erfüllt, verpflichtet an sich nach BGB. zum Schadensersatz nicht, sondern nur, wenn sie einen Verstoß gegen ein den Schutz der Verführten bezweckendes Gesetz enthält (s. StGB. 179. 182). Allerdings glaubt v. Liszt S. 24. 40 fg. daß auch die Geschlechtsehre privatrechtlich nur in den Grenzen des § 825 geschützt ist. M. E. ist sie aber auch außerhalb dieser Grenzen geschützt, soweit ein Verstoß gegen ein Gesetz vorliegt, welches den Schutz der Frau bezweckt. Dieß geht aus § 847 deutlich hervor, eine Folgerung, gegen die sich v. Liszt S. 41 fg. vergebens zu vertheidigen sucht.

c) Verletzung der Amtspflicht, s. 839. 841; dazu unt. zu § 470. Die Erwägungen, auf welchen die Aufstellung dieses besonderen Thatbestandes beruht (Mot. II S. 823 fg.), treffen trotz der Veränderungen, welche er selbst (E. I 736) und die allgemeine Vorschrift des § 823 (E. I 704) erlitten haben, im Wesentlichen auch jetzt zu. Es soll klargestellt werden, daß der Beamte auch dann haftet, wenn er nicht ein subjectives Recht des Dritten verletzt, daß er andererseits nicht bei jeder Verletzung seiner Amtspflichten haftet, nämlich nicht für Verletzung von solchen Dienstvorschriften, welche ihn nur dem Dienstherrn, nicht Dritten gegenüber verpflichten. Für Verletzung der Dritten gegenüber bestehenden

Digitized by Google

Dienstpflicht haftet er auch dann, wenn sie nicht unmittelbar auf Rechtsnorm, sondern auf Dienstbefehl beruht. Vorsatz oder Fahrlässigkeit müssen sich auf die Amtspflicht beziehen. Diese also muß der Beamte kennen oder in Folge von Fahrlässigkeit nicht kennen.

3. Bei der im Gesetz geordneten Haftung für Beschädigung durch andere Personen (831. 832, s. unt. zu § 457), durch Thiere 833—835, s. unt. zu § 457) und durch Gebäudeeinsturz u. s. w. (836—838, s. unt. zu § 459) ist die Haftungsgrundlage niemals ein zu beweisendes Verschulden des Haftenden; zum Theil aber kann der an sich Haftende sich durch Sorgfaltsbeweis befreien.

4. Von der Zurechnungsfähigkeit handeln §§ 827—829, vgl. I S. 454 fg. v. Liszt S. 47 fg. — v. Liszt S. 50 erklärt die I S. 454 vertretene Ansicht, daß der Trunkene möglicher Weise wegen Vorsatzes hafte, für unmöglich; aber m. E. ist das ein zu starres Halten am Wortlaut des Gesetzes.

a) Ist die Verantwortung „in einem der in den §§ 823—826 bezeichneten Fälle" gemäß §§ 827. 828 ausgeschlossen, so hat der Urheber des Schadens, sofern der Ersatz desselben nicht von einem aufsichtspflichtigen Dritten (832) erlangt werden kann — sei es, daß ein haftpflichtiger Dritter nicht vorhanden ist, sei es, daß derselbe zahlungsunfähig ist — den Schaden insoweit zu ersetzen, als die Billigkeit nach den Umständen, insbesondere nach den Verhältnissen der Betheiligten eine Schadloshaltung fordert und dem Thäter nicht die Mittel entzogen werden, deren er zum standesmäßigen Unterhalte sowie zur Erfüllung seiner gesetzlichen Unterhaltspflichten bedarf (829), vgl. hierzu ob. S. 102 unter 2, a.

b) Die Vorschriften über den Ausschluß der Verantwortlichkeit wegen Unzurechnungsfähigkeit gelten für die Fälle, in denen Jemand wegen einer ihm zuzurechnenden That haftet. Dafür spricht, daß im § 829 nur der Fälle der §§ 823—826 gedacht ist. Entscheidend ist das freilich nicht. Denn die Anwendung der Schuldausschließungsgründe zu Gunsten eines nach § 839 in Anspruch genommenen Beamten ist nicht zu entbehren. Aber in allen den Fällen, in welchen nicht eine schuldhafte That die Grundlage der Haftung ist, ist es (entgegen v. Liszt S. 107. 108) unmöglich, Schuldfähigkeit des Haftenden zu fordern. So insbesondere bei der Haftung für Thierschaden (nach 833) und für Wildschaden (835) vgl. Oertmann zu § 833, 1, c. Namentlich im letzteren Falle ist das vollkommen deutlich. Die Haftung ist eine Last, welche an dem Jagdrecht (Jagdausübungsrecht) hängt. Ob der Jagdberechtigte ein Kind oder ein Geisteskranker ist, muß gleichgültig sein. Aber auch bei der Verantwortung für den Schaden, den ein „gehaltenes" Thier anrichtet, trifft die Verantwortung aus § 833 den Halter auch dann, wenn er unzurechnungsfähig ist. Ist ein fünfjähriges Kind Eigenthümer eines Gutes, so hält das Kind das darauf gehaltene Vieh und trägt die Last eines durch dasselbe angerichteten Schadens, nicht etwa sein Vormund. In den Fällen, in denen die gesetzliche Haftung durch Sorgfaltsbeweis abgewandt werden kann, ist eine entsprechende Anwendung der §§ 827 fg. allerdings anzuerkennen (v. Liszt S. 108). Zwar kann es nicht unmittelbar darauf ankommen, ob der Haftende zur Zeit der That des Dritten (831. 832) oder des Thieres (834) oder zur Zeit des Gebäudeeinsturzes (836—838) zurechnungsfähig ist. Aber bei Prüfung der Frage, ob er die im Verkehr erforderliche Sorgfalt angewandt hat, wird eine falsche Maßregel oder eine Unthätigkeit, begangen zu einer Zeit der Zurechnungsunfähig-

Digitized by Google

keit, ihm nicht zur Last gerechnet werden können, möge es sich um eine Zeit vor dem schadenstiftenden Ereigniß oder um die Zeit dieses Ereignisses selbst handeln. Wenn derjenige, welcher einen Anderen zu einer Verrichtung bestellt, bei der Leitung der Arbeiten eine Zeit lang in Ohnmacht gelegen hat, so ist er für Schäden, deren Wurzel in der Aufsichtslosigkeit der Arbeiter während dieser Zeit liegt, nicht verantwortlich, es wäre denn, daß er durch späteres Nachsehen nach Ueberwindung des Unwohlseins den Schaden hätte verhüten können und sollen. Wenn der Besitzer eines Gebäudes in Geisteskrankheit verfällt, so kann ihm eine Unthätigkeit in der Unterhaltung des Gebäudes während dieser Zeit nicht angerechnet werden. Er haftet nur, wenn er vor oder nach der Krankheit durch geeignete Maßnahmen den Schaden hätte verhüten können und für diese Zeiten den Sorgfaltsbeweis schuldig bleibt. Erkennt man dieß an, so muß man aber hinzufügen, daß dem Haftenden in entsprechender Anwendung des § 278 auch das Verschulden seines gesetzlichen Vertreters anzurechnen ist. Ist der Besitzer eines Gebäudes bevormundet, so haftet er für den Gebäudeschaden, wenn nicht sein Vormund die im Verkehr erforderliche Sorgfalt in Bezug auf die Unterhaltung des Gebäudes beobachtet hat. Insoweit aber in Fällen der hier fraglichen Art die normale Haftung durch Unzurechnungsfähigkeit ausgeschlossen ist, ist auch § 829 anwendbar (v. Liszt S. 103).

5. Allgemein spricht das BGB. aus, daß Mitthäter, Anstifter und Gehülfen nebeneinander für den vollen angerichteten Schaden haften und daß dasselbe gilt, wenn Mehrere an einer unerlaubten Handlung betheiligt sind, und sich nicht ermitteln läßt, auf wessen Handeln der angerichtete Schaden zurückzuführen ist (830); und zwar haften die Mehreren als Gesammtschuldner (840 Abs. 1). Dasselbe muß gelten, wenn die Haftungsgründe der §§ 831—838 bei Mehreren vorliegen; solidarisch haften danach: Mehrere, welche gemeinschaftlich einen Andern zu einer Verrichtung bestellt haben (831 Abs. 1), mehrere Aufsichtspflichtige (832), Mehrere, die zusammen ein Thier halten (833), mehrere Jagdberechtigte (hier nur mit der aus § 835 Abs. 3 ersichtlichen Ausnahme), Mitbesitzer eines Gebäudes u. s. w. (836. 837), Mehrere, welche gemeinschaftlich eine Verpflichtung gemäß § 831 Abs. 2. 832 Abs. 2. 834. 838 übernommen haben (vgl. v. Liszt S. 75 fg.). Möglich ist natürlich, daß ein zugelassener Entlastungsbeweis dem Einen für sich gelingt, dem Anderen nicht.

Wenn danach Mehrere als Gesammtschuldner haften, so regelt sich ihr Verhältniß unter einander im Allgemeinen nach § 426; sie haben unter sich die Last zu gleichen Theilen zu tragen; hiervon aber bestimmt das Gesetz wichtige Ausnahmen in § 840 Abs. 2. 3. 841. S. unt. zu § 457. 459. 470.

6. Der Schadenersatz, welcher wegen unerlaubter Handlung zu leisten ist, steht zunächst unter den allgemeinen Grundsätzen der §§ 249 fg. Das Gesetz gibt aber hier eine Reihe besonderer Vorschriften. Vgl. v. Liszt S. 1 fg. 61 fg. Linckelmann die Schadensersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen S. 60 fg. Seng zur Frage der Vergütung nicht ökonomischen Schadens aus Delicten. ABR. V S. 336 fg. 1891. Steinert d. Ersatz e. immateriellen Schadens. Erl. Diss. 1899.

a) Vorschriften in Betreff der Delicte gegen die Person:

α. Ist irgend welche unerlaubte Handlung gegen die Person begangen, so erstreckt sich die Verpflichtung zum Schadensersatze auch auf die Nachtheile,

Digitized by Google

welche die Handlung für den Erwerb oder das Fortkommen des Verletzten herbeiführt (842); man hat gesagt, es müsse nicht ein abschätzbarer Vermögensschaden vorliegen (Prot. d. II.Comm S. 2847 fg.), allein der Nachtheil für den Erwerb charakterisirt sich stets als ein Vermögensschaden, wenn auch in weiterem Sinne, und auch die Nachtheile für das Fortkommen sind als solche in Bezug auf das wirthschaftliche Fortkommen zu denken. Denn ein Schaden, der überhaupt nicht das Vermögen betrifft, soll nur im Falle des § 847 vergütet werden.

β. Wird in Folge einer Verletzung des Körpers oder der Gesundheit die Erwerbsfähigkeit des Verletzten aufgehoben oder gemindert, oder tritt eine Vermehrung seiner Bedürfnisse ein, so ist der Schadensersatz in Form einer Geldrente zu leisten (843) und zwar vierteljährlich im Voraus. Erlebt der Gläubiger den Beginn eines Vierteljahrs, so gebührt ihm der ganze Betrag für dasselbe (843 Abs. 2 S. 1). Sicherheitsleistung nach richterlichem Ermessen s. 843 Abs. 2 S. 2. Vgl. noch CPO. 323. 334. F. Jäger die Umwandlungsklage im deutschen Haftrecht jetzt und nach 1900. Erl. Diss. 1898. Statt der Rente kann der Verletzte aus wichtigem Grunde eine Abfindung in Capital verlangen (843 Abs. 3) und zwar auch dann, wenn die Rente bereits eine Zeit lang entrichtet sein sollte. Liegt ein rechtskräftiges Urtheil auf Leistung der Rente vor, so kann wegen veränderter Umstände gemäß § 323 CPO. dennoch Capitalsabfindung verlangt werden. Der Anspruch auf die Rente (oder Abfindung) wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß ein Anderer dem Verletzten Unterhalt zu gewähren hat (843 Abs. 4). Welchen Rückschlag die Schadensersatzpflicht ihrerseits auf eine solche Unterhaltspflicht ausübt, hängt von der Natur der letzteren Pflicht ab. Soweit ein gesetzlicher Unterhaltsanspruch die Bedürftigkeit des Berechtigten voraussetzt (vgl. 1360 Abs. 2. 1578 Abs. 2. 1602 Abs. 1. 1963.) wird derselbe durch die Verpflichtung des Schadensersatzpflichtigen ausgeschlossen, dafern dieser zahlungsfähig ist.

γ. Bei Verletzung des Körpers, der Gesundheit, und bei Freiheitsentziehung, ferner im Falle des § 825 und bei jedem gegen eine Frauensperson begangenen Verbrechen oder Vergehen wider die Sittlichkeit ist auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld zu leisten (847). v. Liszt S. 65 (auch Oertmann zu § 847, 3) schränkt das Gebiet des danach zu ersetzenden Schadens wesentlich ein; nur ein Schaden an der Gesundheit, dem Körper, der Freiheit, der Geschlechtsehre, also an den im § 847 genannten Gütern, soll zum Ersatz kommen. Wie mir scheint, ist es aber nicht die Absicht des Gesetzes, eine derartige Einschränkung zu dulden. Zu entschädigen ist der Verletzte für jeden wie immer gearteten Schaden, der in dem erforderlichen Causalzusammenhange mit dem Delict steht, und das Gesetz bindet den Richter an keine andere Schranke, als die der Billigkeit nach Ermessen des Richters. Der Ersatz umfaßt auch das s. g. Schmerzensgeld (s. unt. § 455, 7). Der Anspruch auf den Ersatz nach § 847 ist nicht übertragbar und geht nur dann auf die Erben über, wenn er durch Vertrag anerkannt oder rechtshängig geworden ist. Im Uebrigen bestehen über die Vererbung der Ansprüche und Verpflichtungen aus unerlaubten Handlungen keine besonderen Sätze.

δ. In einer Reihe von Vorschriften trifft das Gesetz Fürsorge für den durch ein Vergehen gegen die Person mittelbar Verletzten. Ueber solche Aus-

Digitized by Google

nahme-Vorschriften hinaus ist der mittelbar Verletzte nicht geschützt. Es ist aber sehr wohl möglich, daß durch dieselbe Handlung Delicte gegen Mehrere verübt sind (v. Liszt S. 97 fg.). Dazu gehört jedoch, daß der volle Thatbestand des Delicts gegen Jeden unter ihnen verwirklicht ist. Z. B. wenn Jemand einen vertragsmäßig Dienstpflichtigen dienstunfähig macht, so haftet er dem Dienstherrn, falls er dessen Dienstrecht kannte, oder mit dessen Existenz zu rechnen Anlaß hatte, wegen fahrlässiger Verletzung seines Forderungsrechtes. Die Vorschriften des § 844. 845 dagegen setzen keine Fahrlässigkeit gegenüber dem gesetzlichen Dienstrecht oder Unterhaltsanspruch voraus.

αα. Zunächst hat im Falle der Tödtung der Schuldige die Beerdigungskosten demjenigen zu ersetzen, den sie treffen (844 Abs. 1. Vgl. 1968. 1615 Abs. 2).

ββ. Im Falle der Tödtung hat der Ersatzpflichtige auch die dem Getödteten gegenüber gesetzlich Unterhaltsberechtigten zu entschädigen. (844 Abs. 2). Vorausgesetzt wird, daß der Getödtete zur Zeit der Verletzung gesetzlich unterhaltspflichtig war oder werden konnte. Auch dann also, wenn zur Zeit der Verletzung dem Getödteten ein näherer Unterhaltspflichtiger vorging (1606. 1608. 1709. 1739), tritt die Ersatzpflicht ein, jedoch erst von dem Augenblick an, in welchem der vorgehende Pflichtige wegfällt. Auch dann, wenn der Unterhaltsberechtigte erst nach der Verletzung geboren wird, aber vorher erzeugt war, findet die Ersatzpflicht statt. Voraussetzung ist, daß dem Unterhaltsberechtigten der Unterhaltsanspruch in Folge der Tödtung entzogen ist. Dieß geschieht im Falle des Unterhaltsanspruchs zwischen Verwandten gerader Linie unmittelbar durch die Tödtung. Wenn die Unterhaltspflicht des allein für schuldig erklärten Gatten (1582) und die des unehelichen Erzeugers (1712 Abs. 1) durch den Tod des Pflichtigen nicht erlöschen, so kann doch im ersteren Falle eine Minderung der Rente verlangt werden (1582 Abs. 2), und soweit diese Minderung erfolgt, muß der an dem Tode Schuldige mit seiner Ersatzpflicht eintreten. Beim Tode des außerehelichen Vaters kann der Erbe das Kind abfinden mit dem Pflichttheil aus dem Nachlaß, berechnet wie für ein eheliches Kind (1712 Abs. 2). Diese Abfindung beträgt vielleicht wenig oder gar nichts, wenn der Vater kein Vermögen hinterläßt, während in demselben Falle vielleicht das Kind aus laufendem Erwerb des Vaters auskömmlichen Unterhalt bezog. Auch eine solche Abfindung ist eine Entziehung des Unterhaltsanspruchs in Folge der Tödtung und muß die Ersatzpflicht des an dem Tode Schuldigen begründen, insoweit nicht die Abfindung das Maß des bisher bezogenen Unterhalts deckt.

Der Ersatzpflichtige hat Schadensersatz in Gestalt einer Geldrente in solange zu leisten, als der Getödtete während der muthmaßlichen Dauer seines Lebens zur Gewährung des Unterhalts verpflichtet gewesen sein würde (844 Abs. 2). Treten also Umstände ein, welche die Unterhaltspflicht auch bei Lebzeiten des Pflichtigen aufgehoben haben würden, so fällt auch die Ersatzpflicht fort; insbesondere geschieht dieß, wenn die Unterhaltspflicht auf Bedürftigkeit des Berechtigten ruht und diese wegfällt. Wenn der Unterhaltsanspruch zur Zeit der Verletzung noch nicht bestand, insbesondere noch von dem Wegfall eines Verpflichteten abhing, und dieser Wegfall jenseits der muthmaßlichen Lebensgrenze des Getödteten erfolgt, so tritt die Ersatzpflicht nicht ein. Die Geldrente steht unter den gleichen Vorschriften wie die nach § 843 zu leistende. Insbesondere wird auch hier der Anspruch nicht dadurch

Digitized by Google

ausgeschlossen, daß ein anderer Unterhaltspflichtiger vorhanden ist, d. h. ein solcher, dessen Pflicht nicht schon diejenige des Getödteten ausschloß.

γγ. Nicht nur im Falle der Tödtung, sondern auch im Falle der Verletzung des Körpers oder der Gesundheit, sowie im Falle der Freiheitsentziehung nimmt das Gesetz (845) auch Rücksicht auf diejenigen, welchen kraft Gesetzes (1356. 1617) der Verletzte zu Diensten im Hauswesen oder Gewerbe verpflichtet war. Ihnen ist für die entgehenden Dienste in einer Geldrente Ersatz zu leisten. Auch diese Rente untersteht denselben Vorschriften, wie die aus § 843 zu leistende.

δδ. Das mitwirkende Verschulden des Verletzten wirkt auf dessen eigenen Schadensersatzanspruch in der durch § 254 bestimmten Weise. Aber auch die Drittberechtigten, welche gemäß dem Vorigen Ansprüche an den Verletzer haben, sind dem Einwand des Mitverschuldens des Verletzten gemäß § 254 ausgesetzt (846).

b) In Betreff des Schadensersatzes wegen Entziehung oder Beschädigung von Sachen gilt Folgendes:

α. Wer zur Rückgabe einer Sache verpflichtet ist, die er einem Andern durch unerlaubte Handlung entzogen hat, haftet auch, wenn zufällig Untergang, sonstige Unmöglichkeit der Herausgabe, Beschädigung eintreten, es sei denn, er könnte beweisen, daß sie auch ohne die Entziehung eingetreten sein würden (848). Das ist im Wesentlichen die gleiche Haftung wie beim Verzuge (287). Diese Parallele wird auch in den Mot. II S. 740 gezogen, und es ist in der II. Comm. (Prot. S. 2790) in dieser Richtung nichts Abweichendes bemerkt worden. Die Fassung des § 287 . . . . es sei denn, daß der Schaden auch bei rechtzeitiger Leistung entstanden sein würde, und diejenige des § 848 . . . es sei denn, daß der Untergang, die anderweitige Unmöglichkeit der Herausgabe oder die Verschlechterung auch ohne die Entziehung eingetreten sein würde, weichen allerdings von einander ab. Im Falle des § 287 kann man sagen: hätte der Gläubiger den Gegenstand rechtzeitig erhalten, so hätte er ihn veräußern können, und der dann etwa entstandene Schaden wäre nicht sein Schade gewesen. Der Schuldner muß also zu seiner Entlastung beweisen, daß der Gläubiger den Gegenstand bis zum Eintritt des Untergangs, der Verschlechterung behalten haben würde. Nach den Worten des § 848 dagegen genügt zur Entlastung des Schuldners der Beweis, daß Untergang oder Verschlechterung auch ohne die Entziehung eingetreten sein würden, ohne Rücksicht darauf, ob diese Ereignisse die Sache bei dem Gläubiger oder anderswo getroffen haben würden. Allein nach dem allgemeinen Princip des Schadensersatzes hat doch der Schuldner den Verletzten in den Zustand zu setzen, als wäre die Sache nicht entzogen (249). Durch die Entziehung der Sache ist aber dem Eigenthümer auch die Möglichkeit der Veräußerung entzogen worden, und hierfür gebührt ihm Schadensersatz. Gesetzt auch, die Sache wäre auch ohne die Entziehung untergegangen oder verschlechtert, so hat doch, wenn der Eigenthümer sie vorher veräußert haben würde, die Entziehung es verschuldet, daß das Ereigniß die Sache im Vermögen des Gläubigers trifft. Nur wird im Falle des § 848 der Gläubiger beweisen müssen, daß er vorher veräußert haben würde.

β. Ist wegen Entziehung einer Sache ihr Werth, oder wegen Beschädigung derselben die Werthminderung zu ersetzen, so kann der Verletzte Zinsen des zu ersetzenden Betrages von dem Zeitpunkt an verlangen, welcher der Bestimmung des Werths zu Grunde gelegt wird (849). Das Gesetz spricht sich nicht darüber

Digitized by Google

aus, welches der zu Grunde zu legende Zeitpunkt ist. Der § 715 E. I wollte den Zeitpunkt der Entziehung oder Verschlechterung des Gegenstandes zu Grunde legen; den Werth einer späteren Zeit sollte der Gläubiger nur fordern können, wenn nach den Umständen anzunehmen sei, daß sein Schaden in der Entziehung des höheren Werthes bestehe. Eine entsprechende Bestimmung hatte E. I § 240 für den Fall des Untergangs oder der Verschlechterung des Schuldgegenstandes. Diese Vorschrift strich die II. Comm. (Prot. S. 638), weil sich gegen die Bestimmung, die sie über den maßgebenden Zeitpunkt treffe, gegründete Bedenken erheben ließen, und kein Bedürfniß bestehe, die Frage, welche bei jedem Schadensersatz auftauchen könne, für den Fall des § 240 besonders zu entscheiden. Im Gefolge davon wurde auch § 715 gestrichen (Prot. S. 2790). Wenn nun nach der allgemeinen Vorschrift des § 249 der Entzieher einer Sache schuldig ist, den Verletzten in den Stand zu setzen, als sei ihm die Sache nicht entzogen, wenn entgangener Gewinn zum Schadensersatz gehört (252), so wird der Verletzte nicht nur den Werth zur Zeit der Entziehung oder der Beschädigung fordern können, sondern auch den höheren Werth einer späteren Zeit. Denn er hätte die Sache, falls er sie gehabt, und sie unbeschädigt erhalten worden wäre, bis zu einer eingetretenen Werthsteigerung behalten können und hätte nun entweder die werthvollere Sache oder den höheren Erlös derselben. Und zwar wird er nicht beweisen müssen, daß er sie nicht veräußert haben würde (vgl. ob. § 258 [8]).

γ. Wegen Entziehung oder Beschädigung einer Sache haben Ersatzanspruch alle an der Sache Interessirten (vgl. v. Liszt S. 98 fg.), jeder nach Maßgabe seines Interesses, vorausgesetzt, daß der Thäter ihnen gegenüber in Vorsatz oder Fahrlässigkeit handelte, wozu gehört, daß er ihr Recht kannte oder mit der Möglichkeit seiner Existenz zu rechnen Anlaß hatte. Der § 851 erleichtert aber die Stellung des Ersatzpflichtigen für den Fall der Entziehung oder Beschädigung dadurch, daß er bestimmt: Wenn die Ersatzleistung an denjenigen erfolgt, in dessen Besitze sich die Sache zur Zeit der Entziehung oder Beschädigung befunden hat, so wird der Pflichtige auch dann befreit, wenn ein Dritter Eigenthümer der Sache war, oder ein sonstiges Recht an der Sache hatte, es sei denn, daß ihm bei der Leistung das Recht des Dritten bekannt oder in Folge grober Fahrlässigkeit unbekannt war, eine obligatorische Parallele zu den Grundsätzen über den Erwerb beweglicher Sachen im guten Glauben (vgl. Prot. d. II. Comm. S. 2792 fg.). Gemeint ist zunächst, daß der Pflichtige dem Besitzer wie einem Eigenthümer vollen Ersatz leistet (vgl. Prot. S. 2793). Dasselbe muß aber gelten, wenn der Ersatz mit Rücksicht auf das Nießbraucherinteresse oder das Pfandinteresse an den Besitzer als vermeintlichen Nießbraucher oder Pfandgläubiger erfolgt, während ein Anderer es ist. Eine derartige Ersatzleistung hat aber natürlich auf den Ersatzanspruch des Eigenthümers keinen Einfluß. Wenn umgekehrt dem Besitzer als dem Eigenthümer Ersatz nur in Ansehung der Sache selbst, nicht auch wegen Nutzungen geleistet wird, so wird zu unterscheiden sein, ob der Besitzer diese Leistung als gänzlichen Schadensersatz anerkannte oder nicht. Ersteren Falls werden die Ansprüche von unbekannten Nutzungsberechtigten ausgeschlossen. Blieb aber der Ersatz von Nutzungen vorbehalten, so sind die Ansprüche der Nutzungsberechtigten wegen des Entganges von Nutzungen bestehen geblieben. Obwohl § 851 nur von Rechten an der Sache spricht, muß doch m. E. Entsprechendes auch für die nur obliga-

Digitized by Google

torisch Berechtigten gelten, deren Recht der Leistende ohne grobe Fahrlässigket nicht kannte. Wird dem Besitzer als dem Miether Ersatz für den Entgang der Nutzungen der Sache während der Miethzeit geleistet, so muß der Anspruch des wahren Miethers getilgt sein, wenn der Besitzer fälschlich sich für ihn ausgab; dagegen bleibt das Eigenthümerinteresse unberührt. Wird dem Besitzer als dem Eigenthümer voller Ersatz in Ansehung der Sache geleistet, so fällt das Recht des Miethers fort.

Derjenige, dessen Anspruch durch Leistung an einen Andern nach Maßgabe des § 851 getilgt wird, hat gegen diesen Rückgriff nach § 816 Abs. 2.

7) Die Ansprüche aus unerlaubter Handlung unterliegen doppelter Verjährung: in drei Jahren, berechnet von Kenntniß des Verletzten von dem Schaden und der Person des Ersatzpflichtigen; in dreißig Jahren von der Begehung der Handlung an ohne Rücksicht auf jene Kenntniß. Immer bleibt, auch nach Ablauf der Verjährung, ein Anspruch auf Erstattung der ungerechtfertigten Bereicherung übrig, der aber natürlich seinerseits von seiner Entstehung, der Erlangung der Bereicherung, an verjährt (852).

8) Eine Forderung, welche Jemand durch eine von ihm begangene unerlaubte Handlung erlangt hat, ist auch nach Verjährung des Anspruchs auf Aufhebung derselben (wegen unerlaubter Handlung oder ungerechtfertigter Bereicherung) und auch nach Versäumniß der Anfechtung wegen Betruges oder Zwanges einer peremtorischen Einrede ausgesetzt (853, vgl. Prot. d. II. Comm. S. 252 fg. 472 fg. 3002 fg. 8493 fg.). Demnach ist auch Rückforderung des Geleisteten gemäß § 813 begründet, dafern nicht 814 im Wege steht.

9) S. 393. 273 Abs. 2.

10) Ueber die Aufrechterhaltung der Reichsgesetze über die Haftung aus Delicten s. zutreffend v. Liszt S. 45 fg.]

A. Arglist**.

§ 451.

Das römische Recht hat nicht den Satz aufgestellt, daß Jeder den durch seine Schuld[1], wohl aber den Satz, daß Jeder den durch seine Arglist entstandenen Schaden zu ersetzen verpflichtet sei[2].

** Dig. 4, 3 Cod. 2, 20 [21]. Glück V S. 513 fg.; Unterholzner II S. 74 fg. 747 fg., Sintenis II S. 730 fg., Brinz 2. Aufl. II § 344. Pernice Labeo II S. 97 fg. [2. Aufl. S. 200 fg.]

§ 451. [1] Jhering Jahrb. f. Dogm. IV S. 12. 24, Hefke APraktRW. N. F. XIV S. 213 fg. 224 fg. In diesem Sinne ist erkannt bei Sf. VIII. 137, XXIX. 26, XXXIII 302, RG. IX S. 163, Sf. XL. 20, XLII. 299, XLV. 91 180. Für das Gegentheil Sf. IX. 25. XVII. 224, XXI. 55 Nr. 2, XXXIII. 303, XLIV. 251. 252. 253. S. ferner das Erk. des OAG. zu Rostock vom 14. Jan. 1837 in: Sammlung von Entscheidungen des OAG. und der städtischen Gerichte in Rostock'schen Rfällen S. 489 (2. Aufl. S. 239), und vgl. Bl. für RAnw. zun. in Bayern Ergänz.-Bd. zu Bd. XXXI und XXXII S. 395 fg. (Bayer. Landr.). A. M. neuestens auch Henrici Gruch. Beiträge

Digitized by Google

Das arglistige Verhalten kann möglicherweise den Thatbestand eines besonderen Vergehens bilden; von diesen Fällen wird in den folgenden §§ besonders die Rede sein[3]. Wo dieß nicht der Fall ist, gelten folgende Regeln.

XXXII S. 161 fg. mit besonderer Beziehung auf den durch die Erwirkung eines ungerechtfertigten Arrestes verursachten Schaden. Für diesen Fall hat auch das OAG. zu Rostock in der Entscheidung bei Buchka und Budde II S. 223 fg. einen Schadensersatzanspruch anerkannt; ebenso macht Dernburg II § 135 für diesen Fall eine Ausnahme. [[RG. XXVI S. 208 behauptet dafür eine langjährige feststehende Praxis.]] [Für Schadensersatzpflicht auch ohne Verschulden: Henrici Gruch. Beitr. XLII S. 638 fg. (1898)]. [[Wiederaufhebung eines für vorläufig vollstreckbar erklärten Urtheils: Tinsch Bl. f. RAnw. LVI S. 1 fg, S. 17 fg., RG. VIII S. 16 fg.]] [Hier nimmt das RG. Haftung des unterlegenden Streittheils für allen Schaden des Gegners ohne Rücksicht auf Verschulden an.] [[RG. XI S. 415 fg.]] [gegen das vorige Urtheil. Verschulden verlangen auch RG. XI S. 422, XXX S. 418 fg., Sf. L. 167, vgl. XLIX. 94. Vgl. über die hier einschlagenden Fragen — es kommt auch die einstweilige Verfügung und das nach § 502 oder § 562 CPO. erlassene Vorbehaltsurtheil und das s. g. Theilurtheil unter Vorbehalt der Aufrechnung (274) in Betracht — die Commentare zu CPO. und die dort Citirten (Seuffert zu § 655, 2 Abs. 3, zu § 801. 802, 3 Abs. 2). In der neuen Gestalt stellt die CPO. die Haftung auf Schadensersatz auch ohne Verschulden außer Frage für den Fall des Urtheils unter Vorbehalt der Aufrechnung (§ 302), des Vorbehaltsurtheils im Urkunden- und Wechselproceß (600), der vorläufigen Vollstreckbarkeit (717), des Arrestes und der einstweiligen Verfügung (945). Werden dagegen in der Berufungsinstanz verschleppte Vertheidigungsmittel zurückgewiesen und unter deren Vorbehalt geurtheilt, so haftet der Sieger bei späterer Aufhebung des Urtheils nur nach den Vorschriften über die Herausgabe ungerechtfertigter Bereicherung (541). Dieß rechtfertigt sich dadurch, daß der Verurtheilte an der Zurückweisung der Vertheidigungsmittel selbst schuld ist. Vgl. Mot. zur Civilproceßnovelle (Reichstagsvorl.) zu § 503. Die Haftung wegen ungerechtfertigter Bereicherung ist aber insofern eine verschärfte, als der Empfänger der Leistung oder Zahlung vom Empfange an wie bei Rechtshängigkeit haftet (auch dann, wenn er die Unrechtmäßigkeit des Empfanges nicht kennt), CPO. 541 a. E. (vgl. BGB. 819).] Vgl. noch § 455 (6). [§ 412 21]. Deutsches R. und neuere Gesetzgebungen: Stobbe III § 200 Nr. 1. [3. Aufl. (Lehmann) § 259].

[2] Arglist, dolus. Ueber den Begriff desselben s. I § 101 6. Eine besonders wichtige Form des dolus ist der Betrug, eine so wichtige, daß auf denselben in l. 1 § 2 D. 4, 3. geradezu die Definition des dolus gestellt wird. Aber s. auf der andern Seite l. 7 § 3. 6. 8. 9. l. 9 § 4. l. 18 § 5. l. 19. 20. l. 32. 33. 34. 35 D. 4, 3., l. 14 § 13 D. 4, 2, l. 9 pr. D. 8, 5, l. 5 pr. D. 11, 6, l. 10 § 6 D. 15, 3, l. 15. l. 16 § 1 D. 19, 5, l. 8 § 2 D. 37, 5, l. 1 § 12 D. 39, 3. Vgl. Kierulff Entscheidungen des OAG. zu Lübeck 1865 Nr. 7 (Verleitung zu einem nichtigen Vertrag). RG. VIII S. 176. Sf. XLII. 211, XLIII. 271, RG. XXIII S. 130. Pernice a. a. O. verlangt zur Begründung der actio doli eine arglistige (hinterlistige) Veranstaltung zum Nachtheile eines Andern. — [Sf. L. 168 (RG)].

[3] L. 3 § 1 D. 47, 20. „Stellionatum autem obici posse his, qui dolo quid fecerunt, sciendum est, scilicet si aliud crimen non sit, quod

Digitized by Google

1. Der Umfang der Verpflichtung des Arglistigen bestimmt sich nach den Grundsätzen der Lehre vom Interesse[4].

2. Auf vollen Schadensersatz haftet der Arglistige nur zwei Jahre lang[5]; nach dieser Zeit beschränkt sich seine Verhaftung auf dasjenige, was durch seine Arglist in sein Vermögen gekommen ist[6].

[Vgl. §§§. 852].

3. Die Erben des Arglistigen haften nach allgemeinen Grundsätzen nur bis zum Belange der Erbschaft[7].

4. Ist die Arglist in Angelegenheiten eines Andern geübt worden, so haftet derselbe auf die Bereicherung[8]. Abgesehen von diesem Falle haftet der dritte Besitzer nicht[9. 10].

---

obiciatur. Quod enim in privatis iudiciis est de dolo actio, hoc in criminibus stellionatus persecutio. Ubicunque igitur titulus criminis deficit, illic stellionatus obiciemus".

[4] S. § 257. 258. L. 18 pr. § 1. 4 D. 4, 3.

[5] Nach der Vorschrift der l. 8 C. 2, 20 [21], durch welche ein biennium continuum an die Stelle des früheren annus utilis gesetzt worden ist. Die weitere Vorschrift dieser Stelle (vgl. l. 1 pr. C. Th. 2, 15), daß der Proceß in zwei Jahren auch zu Ende geführt sein müsse, wird heutzutage nicht mehr beachtet.

[6] Unabhängig davon, ob er es noch jetzt hat. Vgl. mit l. 28 i. f. D. 4, 3, l. 10 § 24 D. 42, 8, l. 4 D. 43, 1, l. 1 pr. D. 43, 16. Witte Bereicherungsklagen S. 318. Sf. XL. 203. [RG. XXXIV S. 159 fg.]

[7] Nach heutigem R., § 359 [16]; nach r. R. auf „quatenus ex ea re locupletior ad eum hereditas venerit", l. 26—28 D. 4, 3, l. 13 pr. l. 17 § 1 eod.

[8] L. 15 pr. § 1. 2 D. 4, 3.

[9] L. 15 § 3 D. 4, 3. Vgl. l. 10 C. 4, 44.

[10] Nach r. R. galten für die actio de dolo noch folgende besondere Sätze, welche ihren Grund in der infamirenden Wirkung derselben hatten (l. 1 § 4. l. 11 § 1 D. 4, 3, l. 1. l. 4 § 5 D. 3, 2), und mit dieser Wirkung heutzutage weggefallen sind (I § 56). a) Die actio de dolo wurde nur causa cognita gegeben, und namentlich nicht bei einem geringfügigen Schaden, d. h. einem Schaden unter 2 aurei. L. 9 § 5. l. 10. l. 11 pr. D. 4, 3. b) Ebensowenig wurde sie gegen Respectspersonen gegeben; gegen diese wurde aber eine actio in factum auf die Bereicherung gewährt, l. 11 § 1. l. 12 D. 4, 3. Vgl. übrigens § 514[3]. c) Die actio de dolo wurde nicht gewährt, wenn irgend ein anderer Weg der Rhülfe offen stand, l. 1 § 4 — l. 9 § 4. l. 18 § 2. 3. l. 25. l. 40 D. 4, 3, l. 2 C. 2, 20 [21]. Auch dann nicht, wenn von einem Dritten Schadensersatz zu erlangen war, l. 1 § 8 — l. 6 D. 4, 3. Vgl. über diese subsidiäre Natur der actio de dolo Schneider die allgemeinen subsidiären Klagen des r. R. S. 308 fg., welcher Schriftsteller übrigens den Grund der Subsidiarität nicht in der infamirenden Wirkung der Klage sieht, sondern die Subsidiarität historisch erklären will. Vgl. auch Pernice a. a. O. S. 98 [204 fg.] Brinz a. a. O. Note [28]. [RG. XXXIV S. 151 fg. Sf. LI. 57. Humblot du caractère subsidiaire de l'action de dol. Th. de Paris 1892. Jahr Ist die

Digitized by Google

[Nach BGB. geht die Arglist entweder in § 823 oder 826 oder in einem besonderen Delictsthatbestande auf. Der Auftraggeber haftet als Anstifter in vollem Umfange (830 Abs. 2). Ist Jemand als freiwilliger Geschäftsführer eines Andern thätig geworden und hat ihm durch Delict gegen Dritte eine Bereicherung verschafft, so wird der Geschäftsherr unzweifelhaft nach den Grundsätzen von der ungerechtfertigten Bereicherung haften. Hat der Thäter eines Delicts dasjenige, was er durch dasselbe erlangt hat, an einen Andern veräußert, so kann der Letztere möglicher Weise aus § 822 wegen ungerechtfertigter Bereicherung in Anspruch genommen werden, wenn nämlich das Delict ein fahrlässiges war und die Veräußerung unentgeltlich erfolgt. Ist aber das Delict vorsätzlich begangen, so ist die Anwendung des § 822 ausgeschlossen wegen 819. 818 Abs. 4. Vgl. oben S. 833. Eine Frage für sich ist, ob im Falle der Veräußerung der Empfänger ein eigenes Delict begeht.]

B. Entwendung*.

1. Begriff.

§ 452.

Für dieses Vergehen hat zwar die römische Sprache eine einheitliche Bezeichnung, nicht aber die deutsche; der Ausdruck Entwen-

---

actio de dolo subsidiär und wann beginnt im Falle einer subsidiären Anwendung die Verjährung? Erl. Diss. 1898.] Wollte man die zu c) gedachte Bestimmung heutzutage noch anwenden, so würde das — abgesehen von dem Fall der Verhaftung eines Dritten — den Sinn haben, daß gegen den Arglistigen die rlichen Grundsätze von der Arglist nur dann in Anwendung gebracht werden dürften, wenn kein anderer Rsatz Hülfe gewährte. — Die kurze Verjährung der actio de dolo beruht auf ihrer infamirenden Wirkung nicht (in l. 29 D. 4, 3 weist das „ideoque" auf den ersten Theil der Stelle, also auf die Verhaftung bloß bis zum Belange der Bereicherung zurück). — Vgl. über die verschiedenen Ansichten Glück V S. 528 fg., Hänel ACPra XII S. 413 fg., Schneider a. a. O. S. 332, Sintenis S. 730 [9], Dernburg II § 136 [6. 7]. Aus der Praxis: in Betreff der zweijährigen Verjährung Sf. XXIX. 142, XXXVIII. 204, XLII. 211, XLIV 255 (RG.); in Betreff der Subsidiarität: RG. XXIII S. 143 (Sf. XLIV. 254, für die heutige Geltung der Subsidiarität. In dem Erk. des RG. Entsch. IX S. 146 ist die Frage nicht entschieden).

* Inst. 4, 1 de obligationibus quae ex delicto nascuntur. Dig. 47, 2 de furtis, Cod. 6, 2 de furtis et servo corrupto. — Klien Revision der Grundsätze über das Verbrechen des Diebstahls, 1. (einziger) Band (1806). Dollmann die Entwendung nach den Quellen des gem. R. (1834). Wächter Art. Diebstahl in Weiske's Rlex. (1844). Unterholzner Verjährungslehre I § 62—67 (2. Ausg. 1858). Glück XIII S. 211 fg. Unterholzner (Schuldverhältnisse II S. 675—690. Sintenis II S. 728—729. Brinz 2. Aufl. II § 339. [[Ferrini appunti sulla teoria del furto in dir. romano ne' suoi rapporti colla teoria del possesso. Arch. giur. XLVII p. 423 s. (1891).]] [Dazu Schneider kr. VJS. XXXVI S. 30 fg. Treppoz le concept du vol. Th. de Lyon 1894. Labiche de l'action furti. Th. de Paris 1893.]

Digitized by Google

dung, welche hier im technisch-juristischen Sinne gebraucht wird, darf nicht im Sinne des Lebens verstanden werden[1]. Die Hauptform der Entwendung ist der Diebstahl; aber sie ist nicht der einzige[2]. Entwendung ist vielmehr[3] jede arglistige, d. h. bewußt widerrechtliche[4], Behandlung einer körperlichen beweglichen Sache in der Absicht, sich dadurch zu bereichern.

1. Behandlung einer Sache[5]. Nicht schon die widerrechtliche Absicht oder das Aussprechen derselben ist Entwendung; die Absicht muß durch die Herstellung des ihr entsprechenden körperlichen Verhältnisses zur Sache verwirklicht worden sein[6].

2. Behandlung in Bereicherungsabsicht. Die Absicht muß auf einen von der Sache zu gewinnenden Vermögensvortheil gerichtet sein[7]. Sie braucht aber nicht gerichtet zu sein auf Aneignung der gesammten

§ 452. [1] Die römische Bezeichnung ist furtum. Ein entsprechender deutscher Ausdruck ist der Rsprache Bedürfniß, und da die Sprache des Lebens einen solchen nicht darbietet, so muß er neu geschaffen oder durch Umprägung eines vorhandenen Ausdruckes gewonnen werden. In diesem Sinne wird hier der Ausdruck „Entwendung" verwerthet. Andere reden von „Dieberei" oder „Diebheit". Vgl. Wächter S. 388, Heffter Lehrb. des Strafr. § 488. Vgl. noch StGB. § 370, 5.

[2] Diebstahl ist: wissentlich widerrechtliche Wegnahme einer fremden Sache aus fremdem Gewahrsam in der Absicht, sich die Sache anzueignen. Vgl. StGB. § 242.

[3] Die Legaldefinition des furtum findet sich in l. 1 § 3 D. 4, 3. „Furtum est contrectatio rei fraudulosa, lucri faciendi gratia, vel ipsius rei, vel etiam usus eius possessionisve". Vgl. § 1 I. 4, 1.

[4] Contrectatio fraudulosa. Es ist also nothwendig Unr. und Bewußtsein des Unr.; Unr. ohne Bewußtsein des Unr. genügt ebenso wenig zur Entwendung, wie Bewußtsein des Unr. ohne Unr. L. 43 § 5. 6. 10. l. 46 § 7. 8 D. 47, 2, § 7. 8 I. 4, 1. (zu § 8 cit. vgl. l. 91 D. 47, 2, l. 20 C. 6, 2).

[5] Contrectatio rei.

[6] L. 52 § 19 D. 47, 2. „Neque verbo, neque scriptura quis furtum facit; hoc enim iure utimur, ut furtum sine contrectatione non fiat". Beim heutigen Diebstahl besteht die Contrectation in der Besitzergreifung der Sache. Vgl. Wächter S. 364. 369.

[7] Animus lucri faciendi. L. 1 § 3. l. 43. § 4. l. 66 [65] D. 47, 2. Wer sich an einer Sache vergreift in der Absicht, einem Anderen Schaden zuzufügen oder ihn zu kränken, begeht keine Entwendung. L. 22 pr. l. 54 [53] pr. D. 47, 2, l. 41 § 1 D. 9, 2, l. 14 § 2 D. 19, 5. Von der anderen Seite ist nicht nothwendig die Absicht, dasjenige, was man sich angeeignet hat, zu behalten. L. 55 [54] § 1 D. 47, 2. „Species . . lucri est, ex alieno largiri, et beneficii debitorem sibi acquirere. Unde et is furti tenetur, qui ideo rem amovet, ut eam alii donet". Deßwegen ist es irreführend, wenn man den animus lucri faciendi der Quellen im Deutschen durch „gewinnsüchtige" oder „habsüchtige" Absicht ausdrückt. Vgl. noch l. 15 D. 12, 4; l. 39. l. 83 [82] § 2 D. 47, 2, Paul. sentent. II, 31 § 12; l. 52 § 20 D. 47, 2.

Digitized by Google

Sache oder ihres gesammten Vermögenswerthes[8]; auch derjenige begeht eine Entwendung, welcher sich bloß durch den Gebrauch[9] der Sache bereichern will, oder durch den Besitz[10] derselben, oder in irgend einer andern Weise[11].

---

[8] L. 1 § 3 D. 47, 2: — „vel ipsius rei". Hierher gehört außer dem deutschen Diebstahl (2): a) die widerrechtliche Aneignung gefundener Sachen (l. 43 § 4. 11 D. 47, 2, l. 9 § 8. l. 31 § 1. l. 44 D. 41, 1; § 48 I. 2, 1); b) die Unterschlagung im engeren Sinne, d. h. die widerrechtliche Aneignung von Sachen, welche der Thäter bereits in Händen hat (l. 1 § 2. l. 68 [67] pr. D. 47, 2, l. 29 pr. D. 16, 3, l. 3 § 18 D. 41, 2; l. 72 [71] pr. D. 47, 2; l. 52 § 7 D. 47, 2, l. 43 § 1. l. 52 § 16 D. 47, 2, l. 7 C. 6, 2, l. 22 § 7 D. 17, 1, l. 25 D. 39, 5; l. 33 D. 47, 2, l. 1 § 22. l. 2 § 1 D. 27, 3; l. 46 § 6 D. 47, 2); c) die widerrechtliche Veräußerung fremder Sachen (§ 3 I. 2, 6, l. 74 [73] D. 47, 2, l. 6. 16 C. 6, 2, l. 78 D. 46, 3) [RG. XL S. 205 fg.] oder verpfändeter Sachen durch den Eigenthümer (l. 19 § 6. l. 67 [66] § 4 D. 47, 2); d) die widerrechtliche Annahme von Sachen, welche der Eigenthümer in Folge eines Irrthums ohne den Eigenthumsübertragungswillen (l. 44 § 1. l. 67 [66] § 4 D. 47, 2), oder zwar mit dem Eigenthumsübertragungswillen, aber unter einer irrigen Voraussetzung (§ 426 [16], § 427 [4]) gibt. S. auch l. 52 § 22 D. 47, 2. Der Satz zu c) ist neuerdings bestritten von Pfersche Privatrl. Abhandlungen S. 129 fg. 235 fg. und von Pampaloni Arch. giuridico XXVIII p. 273 s. Dagegen: Landsberg das furtum des bösgläubigen Besitzers. 1888. Ueber diese Schrift: Stampe Sav.-ZS. IX S. 432 fg., Mitteis kr. VJS. XXXI. S. 43 (Beide zustimmend), Pfersche Grünh. ZS. XVII S. 384 fg. (ablehnend).

[9] L. 1 § 3 D. 47, 2. — „vel etiam usus eius". L. 55 [54] § 1 D. 47, 2: — „ex quo satis apparet furtum fieri et si quis usum alienae rei in suum lucrum convertat". L. 40. l. 48 § 4. l. 55 [54] pr. l. 72 [71] pr. l. 77 [76] pr. l. 83 [82] pr. D. 47, 2, § 6. 7 I. 4, 1, l. 16 D. 13, 1, l. 5 § 8 D. 13, 6. Vgl. StGB. § 290. [Carl das furtum usus. Ein Beitrag zur Lehre vom röm. furtum. Erl. Diss. 1891. Brinck das furt. usus. Erl. Diss. 1895. Lezius z. Lehre v. furtum usus. Greifsw. Diss. 1897]

[10] L. 1 § 3 D. 47, 2 — „possessionisve". Hierher gehört der Fall, wo der Eigenthümer die Sache demjenigen wegnimmt, welcher zur Detention derselben berechtigt ist (l. 15 § 2. l. 20 § 1. l. 54 [53] § 4. l. 60 [59] D. 47, 2; l. 20 § 1. l. 54 [53] § 4 D. 47, 2; l. 15 § 2 D. 47, 2; l. 15 § 1. l. 20 § 1 D. 47, 2; l. 19 § 5. 6. l. 20 pr. D. 47, 2, § 10. 14 I. 4, 1, l. 36 pr. D. 13, 7). Andere (Marezoll ACPra. VIII S. 284 fg., v. Buchholtz jurist. Abhandlungen Nr. 26) beziehen mit Berufung auf die Autorität des Theophilus (zu § 1 I. 4, 1.) den Ausdruck furtum possessionis auf den Fall der Unterschlagung. S. darüber und dagegen Wächter S. 362, Bangerow III § 679 Anm. 1. — Ueber furtum usus und furtum possessionis neuestens: Bachem der Unterschied zwischen dem furtum des r. R. und dem Diebstahl nach dem deutschen RStGB. (Gött. Diss. 1880) S. 2 fg., Schirmer Sav. ZS. V S. 207 fg. (1884). — Vgl. StGB. § 289.

[11] Z. B. Jemand vernichtet die Schrift einer Urkunde in der Absicht, dadurch dem Andern ein Beweismittel gegen sich zu entziehen, l. 27 § 2. l. 31 § 1 D. 47, 2, l. 41 § 1 D. 9, 2, vgl. l. 52 § 23 D. 47, 2.

Digitized by Google

3. Die Entwendung setzt nicht voraus, daß die Sache aus fremdem Gewahrsam weggenommen werde[12]. Ebensowenig setzt sie voraus, daß die Sache nicht im Eigenthum des Entwendenden[13], wohl aber, daß sie überhaupt in einem Eigenthumsverhältniß stehe[14].

4. Die Entwendung setzt eine bewegliche Sache voraus[15]. Doch findet im Falle der gewaltsamen Wegnahme unbeweglicher Sachen ein Ersatzanspruch nach den Grundsätzen des Entwendungsanspruches statt[16].

[§§§. s. nach § 454.]

2. Verpflichtungen.

§ 453.

1. Aus der Entwendung entsteht ein Anspruch[1] auf Rückgabe des Entwendeten und Leistung des vollen Interesse[2]. Ob der Entwender das Entwendete noch hat, oder nicht, und wenn er es verloren hat, in welcher Weise er es verloren hat, ob mit oder ohne seine Schuld, ist gleichgültig[3]; selbst dann haftet er, wenn das Entwendete gar nicht in seine Hände gelangt ist[4]. Wie der Entwender haftet auch sein Gehülfe[5]. Mehrere Entwender haften als Solidar-

---

[12] S. die Fälle der Note [8].

[13] Furtum rei suae, § 10 I. 4, 1. S. die Fälle der Note [10]; ferner l. 19 § 6. l. 67 [66] pr. D. 47, 2 ([8 c]). Auch l. 26 § 1 D. 47, 2 (l. 12 § 5 D. 7, 1). — Entwendung einer gemeinschaftlichen Sache: l. 45 D. 47, 2.

[14] L. 43 § 5 D. 47 2, l. 6 D. 47, 19. [Vgl. Tobben Diebstahl an Erbschaftssachen. Gött. Diss. 1893.]

[15] — „abolita est enim quorundam veterum sententia (vgl. Gell. N. A. XI. 18) existimantium, etiam fundi locive furtum fieri", § 7 I. 2, 6, l. 38 D. 41, 3; l. 25 pr. D. 47, 2.

[16] L. 2 D. 13, 3, l. 25 § 1 D. 47, 2. Uebrigens ist der Ersatzanspruch bei unbeweglichen Sachen praktisch unendlich weniger wichtig, als bei beweglichen, da jene nicht verbracht werden können. Von Bedeutung wird er nur da, wo der Beschädigte kein R. an der Sache hat, als condictio possessionis.

§ 453. [1] Dig. 13, 1 Cod. 4, 8 de condictione furtiva. Der Anspruch ist ein Delictsanspruch im Gewande eines Anspruches aus ungerechtfertigter Bereicherung. S. § 425.

[2] L. 3 D. 13, 1 (§ 425 [2]), l. 10 pr. eod.

[3] — „semper enim moram fur facere videtur", l. 8 § 1 D. 13, 1; l. 8 pr. l. 16. 17. l. 20 D. 13, 1, l. 2 C. 4, 8. Vgl. § 278 [9].

[4] Dieß ist z. B. der Fall, wenn er zur Entwendung die Thätigkeit eines Andern benützt, und dieser ihm die Sache unterschlägt. L. 19 D. 25, 2. S. noch l. 7 § 7 D. 4, 3, l. 50 § 4 D. 47, 2.

[5] Dieser Satz ist nicht unzweifelhaft. Es liegt hier ein Widerspruch vor zwischen l. 6 D. 13, 1 und l. 53 § 2 D. 50, 16. Zu vereinigen sind m. E.

Digitized by Google

schuldner[6]. Der Anspruch steht zu: dem Eigenthümer[7], dem an der Sache sonst dinglich Berechtigten[8], dem juristischen Besitzer[9]; ferner muß er nach heutigem Recht auch dem Besitzer in fremdem Namen, welcher für die Sache verantwortlich ist, und um so mehr demjenigen, welcher an dem Haben und Behalten der Sache ein eigenes vermögensrechtliches Interesse hat[10], zugestanden werden[11]. Der An-

diese Stellen nicht (Versuche bei Glück XIII S. 228. 229, neuestens bei Cohn Beiträge zur Bearbeitung des r. R. II S. 22 fg., dawider Lenel Ed. perpetuum S. 262, bei Baron Abhandl. aus dem röm. Civilproz. I S. 258[4], bei Dernburg II § 139[6]; ich sehe vielmehr in ihnen einen Ausdruck der Doppelnatur der condictio furtiva (§ 425[4]). Sie heben sich also gegenseitig auf, und wir müssen eine Entscheidung aus der Natur der Sache treffen. Diese Entscheidung kann aber nicht zweifelhaft sein. Der Entwendungsanspruch ist Delictsanspruch, und es ist ihm das Gewand des Bereicherungsanspruches nur „odio furum" angezogen worden (§ 425[3]); folglich darf aus der Condictionennatur desselben, wo die Quellen uns nicht nöthigen, keine dem Beschädigten ungünstige Consequenz gezogen werden. S. auch l. 20 D. 25, 2. Vgl. Buchka und Budde Entscheidungen V S. 282—283 (Sf. XX. 134). — Hehler? Vgl. Sf. XVI S. 202 unt. 203, XXXI. 35.

[6] L. 1 C. 4, 8.

[7] Der Eigenthümer verliert den Anspruch durch Veräußerung der Sache, nicht durch sonstigen Verlust des Eigenthums. L. 10 § 2. 3. l. 11. l. 12 pr. § 1. l. 14 pr. D. 13, 1.

[8] Unmittelbar belegen läßt sich dieser Satz nur für den Pfandgläubiger, l. 12 § 2 D. 13, 1, l. 22 pr. D. 13, 7, vgl. l. 17 § 3. l. 18 D. 25, 2. Aber ein Anspruch, welcher dem bloßen Besitzer zugestanden wird ([9]), darf gewiß dem dinglich Berechtigten nicht vorenthalten werden. Vgl. auch Ihering Abhandlungen S. 132 fg., und speciell in Betreff des Pfandgläubigers Dernburg Pfandr. II S. 397—400. Vgl. noch Oertmann die fiducia S. 167 fg., der eine Interpolation in den Pandekten (pignus für fiducia) annimmt. — Wenn es in l. 1 D. 13, 1 heißt: „In furtiva re soli domino condictio competit", so ist das im Gegensatz zur actio furti gesagt, welche Jedem zusteht, „cuius interest non subripi" ([14]). S. l. 14 § 16 D. 47, 2. [Nuß (§ 400[18]).]

[9] L. 2 D. 13, 3, l. 25 § 1 D. 47, 2. Gegen die Beschränkung auf den redlichen Besitzer s. Bruns Besitz S. 30. 31. Besitzklagen S. 208. Vgl. I § 161[11]. Die condictio, welche l. 77 [76] § 1 D. 47, 2 gegen den Entwender einer entwendeten Sache dem Eigenthümer gibt, ist die condictio rei, nicht possessionis.

[10] Also namentlich dem zur Retention Befugten; ferner dem Pächter und Nießbraucher im Falle der Entwendung ungetrennter Früchte.

[11] Die genannten Personen hatten nach r. R. die actio furti ([14]) und in derselben einen Ersatz für die ihnen fehlende condictio furtiva (l. 14 § 16 cit., l. 12 § 5 D. 7, 1). Da nach heutigem R. die actio furti nicht mehr gilt ([16]), so ist hier eine Lücke, Ich würde es aber kaum für gerechtfertigt halten, diese Lücke ohne Weiteres durch Gewährung der condictio furtiva auszufüllen, wenn wir nicht in dieser Beziehung in l. 22 § 4 C. 6, 2 einen Anhalt hätten. In dieser Stelle gibt Justinian dem Manne gegen die Frau für

Digitized by Google

spruch geht auf die Erben des Verpflichteten unbeschränkt über[12] und verjährt in der gewöhnlichen Zeit.

2. Außerdem entstand nach römischem Recht aus der Entwendung ein Strafanspruch[13] zu Gunsten des Beschädigten[14] auf das Doppelte,

---

den Fall der Entwendung einer ihm von einem Dritten geliehenen Sache statt der nicht zulässigen actio furti (l. 1 D. 25, 2) die actio rerum amotarum, welche „condictio est", l. 26 D. eod. Vgl. auch l. 17 § 3. l. 18 D. 25, 2, und dazu Unterholzner § 329 e. Uebrigens ist die Frage nur die, ob der verantwortliche Besitzer die condictio furtiva ohne Weiteres hat; denn Cession kann er jedenfalls verlangen, wenn der Eigenthümer ihn bei seiner Verantwortlichkeit anfaßt (§ 264 [8]). — Eine Ausnahme muß jedoch gemacht werden für die Fälle: a) wo dem Besitzer in fremdem Namen eine Arglist zur Last fällt; b) wo er zahlungsunfähig ist; c) wo er den Besitz nicht von dem Eigenthümer empfangen hat. Denn in diesen Fällen hatte er auch die actio furti nicht. L. 14 § 8. 9 D. 47, 2; l. 12 pr. eod., § 13 [15] I. 4, 1; l. 53 [52] § 3. l. 72 [71] § 1 D. 47, 2. — Das in dieser Note Gesagte ist nicht allgemein anerkannt. Vgl. Glück XIII S. 223. 225, Wächter a. a. O. Note [86], Sintenis § 109 [125]. § 124 [3], Arndts § 333 a. E.

[12] S. § 359 [14].

[13] Actio furti. Vereinzelt wird dieser Ausdruck auch für den Ersatzanspruch aus der Entwendung gebraucht, so z. B. in l. 72 [71] pr. D. 47, 2.

[14] Die actio furti wird in den Quellen im Allgemeinen demjenigen gegeben „cuius interfuit non subripi", l. 10. l. 11. l. 12 § 2 D. 47, 2. Im Einzelnen: dem Eigenthümer, z. B. l. 81 [80] pr. § 1 D. 47, 2; dem gutgläubigen Besitzer, § 15 I. 4, 1, l. 12 § 1. l. 20 § 1. l. 52 § 10. l. 54 [53] § 4. l. 75 [74] D. 47, 2; dem Nießbraucher und dem Gebrauchsberechtigten, l. 15 § 1. l. 20 § 1. l. 46 § 1. 3 D. 47, 2; dem Pfandgläubiger, § 12 [14] I. 4, 1, l. 12 § 2. l. 14 § 5--7. l. 15 pr. l. 19 § 5. 6. l. 46 § 4. l. 67 [66] pr. l. 88 [87] D. 47, 2; dem Retentionsberechtigten, l. 54 [53] § 4. l. 60 [59] vgl. l. 14 § 1 D. 47, 2; dem Pächter wegen seines Interesse am Genusse der Sache, l. 14 § 2. l. 26 § 1. l. 83 [82] § 1 vgl. l. 52 § 8 D. 47, 2; dem an dem Inhalte eines Briefes (vermögensrlich Interessirten, l. 14 § 17 D. 47, 2. Dem zur actio furti an und für sich Berechtigten steht aber dieselbe dann nicht zu, wenn er sich wegen der Entwendung an einen Dritten halten kann, und dieser zahlungsfähig ist; vielmehr hat in diesem Fall der Dritte selbst die actio furti, § 13—15 [15—17] I. 4, 1, l. 12 pr. l. 14 § 3. 10—12. 14—17. l. 52 § 9. l. 79 [78] D. 47, 2. Jedoch erleidet dieser letztere Satz wieder eine Ausnahme für den Fall, wo Jemand ohne Auftrag des Eigenthümers fremde Sachen in Händen hat; hier kann der Inhaber nur Cession der actio furti von dem Eigenthümer verlangen, wenn er von demselben wegen der Entwendung in Anspruch genommen wird. L. 54 [53] § 3. l. 86 [85] D. 47, 2. Eine fernere Ausnahme in l. 22 C. 6, 2, vgl. 14 [16] I. 4, 1. Nicht steht die actio furti demjenigen zu, „cuius non ex honesta causa interest", l. 11. l. 12 § 1. l. 14 § 3. 4. 8. l. 77 [76] § 1 D. 47, 2, vgl. l. 72 [71] § 1 eod.; aber auch nicht dem auf die Sache Forderungsberechtigten, welcher nur Abtretung der actio furti oder Herausgabe ihres Ertrages verlangen kann, l. 14 pr. § 1. l. 81 [80] pr. D. 47, 2, l. 67 [66] § 5. l. 86 [85] vgl. l. 13 eod.; ebensowenig dem Bürgen des für die Entwendung Haftenden l. 14 § 10. l. 86

Digitized by Google

und wenn der Entwender bei der Entwendung ertappt worden war, auf das Vierfache des Werthes der entwendeten Sache bez. des erlittenen Schadens[15]. Dieser Anspruch gilt heutzutage nicht mehr[16].

[BGB. s. nach § 454.]

3. Besondere Fälle.

§ 454.

1. Raub[1]. In dem Raub ist eine Entwendung enthalten[2], und daher erzeugt er einen Ersatzanspruch nach den Grundsätzen derselben[3]. Er erzeugt aber auch als solcher einen besonderen Ersatzanspruch[4],

---

[85] D. 47, 2. Man sieht also, daß der Ausdruck der Quellen, die actio furti stehe demjenigen zu, „cuius interest", kein genauer ist. S. auch l. 49 § 1 eod. — Vgl. Hasse Culpa Kap. 10 und dazu Mommsen Beiträge III S. 383 fg.; ferner oben § 327[12] und speciell über l. 72 [71] § 1 cit. die § 258[1] Genannten. Bruckner die Custodia S. 96 fg. 134 fg. 235 fg.; die actio furti hat derjenige, der „rem tenuit domini voluntate" (l. 86 [85] D. 47, 2).

[15] L. 50 pr. l. 81 [80] § 1. l. 68 [67] § 1. 2 D. 47, 2, l. 27. l. 32 pr. eod.; l. 46 § 1 eod.; l. 46 § 4. l. 88 [87] eod.; l. 75 [74] eod.

[16] S. § 326[4] und StGB. § 242—248. 289—291. 370, 5. Nur beim Holzdiebstahl ist der genannte Anspruch principiell nicht ausgeschlossen. Einführungsgesetz zum StGB. § 2 Absatz 2.

[1] Inst. 4, 2 de vi bonorum raptorum. — Dig. 47, 8 bonorum raptorum et de turba. Cod. 9, 33 vi bonorum raptorum. — Unterholzner II S. 724—726, Sintenis II S. 738. § 454.

[2] Pr. I. 4, 2, l. 2 § 10 D. 47, 8, l. 14 § 12 D. 4, 2, l. 81 [80] § 5 D. 47, 2, l. 48 § 7. l. 53 [52 § 30] l. 90 [89] eod. Wendt Faustr. S. 15 bestreitet, daß immer im Raub ein furtum enthalten sei, mit Berufung auf l. 2 § 18 i. f. D. 47, 8 und l. 56 [55] D. 47, 2. Aber es ist nicht sicher, daß in der ersten Stelle das Vorhandensein eines furtum geleugnet werde. Auch sonst zeigen die Quellen Schwankungen in der Bestimmung des Begriffs des furtum. Vgl. l. 20 § 1 und l. 54 [53] § 4 D. 47, 2.

[3] L. 2 § 26. 27 D. 47, 8, l. 10 § 1 D. 13, 1

[4] Actio vi bonorum raptorum. Die actio vi bonorum raptorum ist übrigens eine actio mixta; sie fordert Ersatz und Strafe zugleich, und zwar eine Strafe des Dreifachen, so daß sie im Ganzen auf das Vierfache geht. Pr. I. 4, 2, l. 1 C. 9, 33, § 19 I. 4, 6. Vgl. unten Note [9]. — Die actio vi bonorum raptorum wurde in den Zeiten der bürgerlichen Kriege gegen Raub und Beschädigung hominibus armatis coactisque aufgestellt. In der Fassung des Prätorischen Edicts, wie sie in den Pandekten enthalten ist, sind die homines armati weggelassen (l. 1 pr. D. 47, 8), und die Interpretation ließ auch das Erforderniß der homines coacti fallen, indem sie sich mit der bloßen Gewalt begnügte (l. 2 § 7 D. 47, 8, wo zu lesen ist: hoc enim quod ait: *hominibus coactis*, sic accipere debemus: *etiam hominibus coactis*, ut sive solus vim fecerit, sive etiam hominibus coactis *cett.*). Vgl. Savigny ZS. f. gesch. RW. V S. 123 fg. und vermischte Schriften III S. 228 fg., Ph. Ed. Huschke

Digitized by Google

welcher folgende Eigenthümlichkeiten hat[5]. a) Dieser Anspruch ist begründet, sobald der Beraubte nur irgend welches Interesse, wenn auch kein vermögensrechtliches, nachzuweisen vermag[6]. b) Es haftet auch der Anstifter[7]; dagegen c) der Erbe nur mit der für Delictsansprüche überhaupt geltenden Beschränkung[8]. d) Ausgeschlossen ist der Anspruch beim Raub einer eigenen Sache[9]. — Der Strafanspruch aus dem Raube, welchen das römische Recht außerdem gewährte (auf das Dreifache des Werthes des Geraubten[10]), gilt heutzutage nicht mehr[11].

2. Der Ersatzanspruch, welchen das römische Recht aus Raub und Diebstahl bei Brand, Gebäudeeinsturz oder Schiffbruch, so wie aus Raub durch oder bei Ueberfall eines Gebäudes oder Schiffes gewährt[12], hat das Besondere, daß er auch gegen den Hehler geht[13].

---

in Im. G. Huschke Analecta lit. p. 76 sqq., Keller Semestria ad M. Tull. Cic. lib. III, neuestens M. Cohn zum röm. Vereinsr. S. 187 fg.

[5] Im Uebrigen geht der Anspruch ebenfalls auf das gesammte Interesse, l. 2 § 24 D. 47, 8. In Betreff von l. 2 § 13 D. 47, 8 vgl. l. 50 pr. l. 81 [80] § 1. l. 68 [67] § 1. 2. l. 27. l. 32 pr. D. 47, 2. Der Anspruch verjährt ebenfalls in der gewöhnlichen Zeit; nur in Betreff des Strafinhalts ist er auf einen annus utilis beschränkt. Pr. I 4, 2, l. 2 § 13 D. 47, 8, l. 2—5 C. 9, 33. — Für antiquirt hält den Anspruch Brinz 2. Aufl. II § 339 [14a].

[6] So wird zu verstehen sein l. 2 § 23. 24 D. 47, 8. „Et generaliter dicendum est: ex quibus causis furti mihi actio competit in re clam acta, ex iisdem causis habere me hanc actionem (vgl. § 2 I. 4, 2). Dicet aliquis: atquin ob rem depositam furti actionem non habemus (§ 15 [17] I. 4, 1, l. 14 § 3 D. 47, 2). Sed ideo addidi: si intersit nostra, non esse raptam. Nam et furti actionem habeo, si in re deposita culpam quoque repromisi, vel pretium depositionis, non quasi mercedem, accepi. Utilius dicendum est, etsi cesset actio furti ob rem depositam, esse tamen vi bonorum raptorum actionem (vgl. l. 14 § 3 cit.: — „quid enim eius interest, si dolo careat"?), quia non minima differentia est inter eum, qui clam facit, et eum, qui rapit, cum ille celet suum delictum, hic publice et crimen etiam publicum admittat. Si quis igitur interesse sua vel modice docebit, debet habere vi bonorum raptorum actionem".

[7] L. 81 [80] § 4 D. 47, 2, l. 2 § 2—6 D. 47, 8. Vgl. § 11 i. f. I. 4, 1, l. 53 § 2 D. 50, 16 und § 452 [5].

[8] S. § 359, 2. Nach r. R. haftet der Erbe nicht einmal auf die Bereicherung, — „quia putavit (praetor) sufficere condictionem", l. 2 § 27 D. 47, 8.

[9] L. 2 § 18 D. 47, 8.

[10] S. Note [4] z. A. L. 2 § 13 D. 47, 8.

[11] S. § 326 [4] und StGB. § 249 fg.

[12] Dig. 47, 9 de incendio ruina naufragio rate nave expugnata. Unterholzner II S. 690.

[13] L. 3 § 3. 4 D. 47, 8.

Digitized by Google

Nach römischem Recht hatte auch dieser Anspruch einen Strafzusatz (auf das Dreifache)[14].

3. Der Anspruch aus Raub und Diebstahl, welchen Pächter öffentlicher Einkünfte oder ihre Leute bei Ausübung ihres Geschäftes begehen[15], steigert sich, wenn nicht bis zum Urtheil freiwillige Restitution erfolgt, auf das Doppelte, jedoch nur dann, wenn binnen eines Jahres (tauglicher Zeit) geklagt wird. Da diese Steigerung als Proceßstrafe erscheint, so darf ihre Anwendbarkeit für das gegenwärtige gemeine Recht principiell nicht bestritten werden[15a].

4. Die Entwendung von Erbschaftssachen, welche der Erbe noch nicht in Besitz genommen hat, qualificirt das römische Recht nicht als Entwendung[16], sondern als besonderes Vergehen[17], und gewährt demzufolge aus derselben nicht den civilrechtlichen Ersatzanspruch[18]. Heutzutage wird die Entwendung von Erbschaftssachen der bezeichneten Art, insofern sie die Merkmale des Diebstahls an sich trägt, als solcher gestraft[19], und muß demnach auch civilrechtlich als Diebstahl behandelt werden. Abgesehen hiervon kann aus einer

---

[14] L. 1 pr. D. 47, 8.

[15] L. 1 pr. — § 5. l. 4 pr. l. 5. 6. 13 D. 39, 4. — Das r. R. enthält für diesen Fall noch die fernere besondere Bestimmung, daß, wenn das Vergehen durch einen Sclaven begangen worden sei, der Zollpächter den Sclaven stellen müsse, widrigenfalls er ohne das R. zur noxae datio hafte. L. 1 § 6. l. 2. 3. l. 12 D. tit. cit. Mit dieser Bestimmung verträgt sich nicht die Annahme, welcher man begegnet, daß der Zollpächter aus den Delicten seiner Leute unbedingt hafte. Vgl. von Wyß Haftung für fremde Culpa S. 62 fg., M. Cohn zum röm. Vereinsr. S. 207 fg., Wäntig über die Haftung für fremde unerlaubte Handlungen (1875) S. 58—61.

[15a] S. § 263 [12. 15].

[16] „Rei hereditariae furtum non fit", l. 6 D. 47, 19, l. 2 § 1 eod., l. 14 § 14 D. 47, 2. Dieser Satz erklärt sich aus der bei nicht besessenen Erbschaftssachen zulässigen usucapio pro herede (Gai. II, 52—58). Diese ist zwar später aufgehoben worden (Gai. II, 57); aber nichtsdestoweniger hat man jenen Satz festgehalten. Eine andere Herleitung desselben in l. 1 § 15 D. 47, 4. S. hierüber wie über das Folgende: Wächter Lehrb. des Strafr. II § 197 [98] und Rlex. (§ 452 *) S. 383—385, Arndts Rhein. Mus. II S. 132, Unterholzner Verjährungslehre I S. 209—212, Schirmer röm. Erbr. S. 20—21, Unger österr. Erbr. § 7 [15].

[17] Crimen expilatae hereditatis. Dig. 47, 19 expilatae hereditatis. Cod. 9, 32 de crimine expilatae hereditatis.

[18] Es verweist auf rei vindicatio, actio ad exhibendum, hereditatis petitio, actio familiae erciscundae. Außerdem konnte auch auf dem Wege der accusatio Ersatz erlangt werden. L. 2 § 1. l. 3 D. 47, 19 l. 4 C. 9, 32, l. 3 C. 3, 36. l. 6 C. 9, 32, l. 4 D. 47, 19.

[19] Vgl. Wächter Lehrb. II S. 332 und Rlex. S. 422.

Digitized by Google

solchen Entwendung auch heutzutage Ersatz nach den Grundsätzen der Entwendung nicht begehrt werden[20].

5. Die Entwendung, welche an den in ein Schiff, eine Gast- oder Stallwirthschaft eingebrachten Sachen von Leuten des Schiffers, Gast- oder Stallwirthes begangen wird, hat das Besondere, daß aus derselben auch der Principal in Anspruch genommen werden kann[21]. Nach römischem Recht ging dieser Anspruch auf das Doppelte[22].

6. Was das römische Recht Besonderes über den Fall der Entwendung zwischen Ehegatten mit Rücksicht auf eine beabsichtigte und wirklich vollzogene Ehescheidung enthält[23], ist heutzutage unpraktisch[24].

[Im BGB. gibt es kein besonderes Recht der Entwendung mehr. Das Delict geht auf in § 823.]

---

[20] Sondern nur, abgesehen von den aus dem verletzten R. zustehenden Rmitteln ([18]), nach den Grundsätzen der Arglist (§ 451). Daß die actio doli in den Quellen nicht ausdrücklich genannt wird, ist nur Zufall. Wenn Arndts § 323 [4] ganz allgemein sagt: „Nach heutigem R. ist auch diese Besonderheit von keiner Bedeutung mehr", so geht er damit m. E. zu weit.

[21] Dig. 47, 5 furti adversus nautas caupones stabularios. L. 6. 7 D. 4, 9, l. 5 § 6 D. 44, 7, § 3 I. 4, 5. Dieser Anspruch setzt, anders als die actio de recepto (§ 384), Uebernahme der entwendeten Sachen durch den Schiffer ꝛc. nicht voraus. Unterholzner II § 696, v. Wyß Haftung für fremde Culpa S. 57 fg., Goldschmidt ZS. f. HR. III S. 67 fg., Weis APraktRW. N. F. V S. 282 fg. 315. 374. 385, Wäntig über die Haftung für fremde unerlaubte Handlungen (1875) S. 51—58, Pernice Labeo II S. 249. Was für die Leute des Gastwirths, gilt auch für diejenigen, welche in dem Gasthofe bleibend wohnen, l. 1 § 6 D. 47, 5, l. 6 § 3 D. 4, 9. Vgl. Gimmerthal APraktRW. N. F. II S. 112 fg.

[22] L. 7 § 1 D. 4, 9, l. 1 § 2 D. 47, 5.

[23] Dig. 25, 2 de actione rerum amotarum. Cod. 5, 21 rerum amotarum.

[24] Für diesen Fall ist eine besondere Ersatzklage aufgestellt, die actio rerum amotarum, vgl. l. 1 D. 25, 2, l. 22 § 4 C. 6, 2; l. 17 pr. D. 25, 2, l. 2 C. 5, 21; l. 11. l. 17 § 1. l. 19. l. 21 pr. D. 25, 2; l. 6 § 5. l. 22 § 1 D. 25, 2. Dieselbe wird aber durch die condictio furtiva, welche neben ihr stattfindet (l. 24. l. 17 § 2 D. 25, 2), absorbirt. Denn die actio rerum amotarum gewährt kein größeres Maß von R., als die condictio furtiva. S. l. 26 D. 25, 2; l. 21 § 3. 4. l. 17 § 2. l. 3. § 3. l. 29 D. 25, 2; l. 21 § 1 D. 25, 2. l. 20 D. 25, 2 in Verbindung mit § 453 [5]; l. 19 D. 25, 2 handelt nicht von Anstiftung, sondern von Entwendung durch Benützung der Thätigkeit eines Andern, vgl. l. 21 § 1 D. 25, 2. Umgekehrt wird die actio rerum amotarum in einer Stelle gegen die Erben auf die Bereicherung beschränkt (l. 3 C. 5, 21 im Widerspruch mit l. 6 § 4 D. 25, 2. Vereinigungsversuche bei Glück XXVIII S. 16 fg., vgl. Francke Beiträge S. 38. 39). — Es wird kaum etwas Anderes übrig bleiben, als anzunehmen, daß die actio rerum amotarum ihre Entstehung einer Zeit verdanke, in welcher die condictio als Mittel, Schadensersatz aus der Entwendung zu erlangen, noch nicht anerkannt war. Darüber, daß die condictio furtiva auch in anderen Fällen der Entwendung zwischen Ehegatten, als dem im

Digitized by Google

C. Beschädigung.

1. Das Aquilische Gesetz und seine Erweiterungen*.

§ 455.

1. Das Aquilische Gesetz[1] und seine Erweiterungen beziehen sich auf Schadenszufügung an körperlichen Sachen. Das Aquilische Gesetz selbst nannte nur bestimmte Fälle der Verletzung der Integrität einer körperlichen Sache durch unmittelbare Einwirkung auf dieselbe[2];

Text bezeichneten, und auch während bestehender Ehe, zulässig ist, s. l. 3 § 2. l. 6 § 5. l. 25 D. 25, 2. — Abweichend Brinz 1. Aufl. S. 1303 (2. Aufl. III S. 788 fg.) und Baron Abhandl. aus dem röm. Civilproz. I S. 255 fg. Dieselben behaupten, wegen Entwendungen während bestehender Ehe sei nach r. R. abgesehen von dem Falle der actio rerum amotarum, nur die gewöhnliche condictio sine causa (ex iniusta causa), nicht die condictio furtiva zulässig gewesen, woraus sich dann freilich für die heutige Anwendbarkeit der actio rerum amotarum ein Gebiet ergeben würde. Ich glaube nicht, daß der Nachweis der bezeichneten Behauptung gelungen ist. Brinz fügt sogar hinzu: die condictio furtiva sei auch zwischen Ehegatten unzulässig gewesen; aber diese Behauptung jedenfalls wird durch l. 3 § 2 D. 25, 2 widerlegt. In der 2. Aufl. II S. 805. III S. 790 beruft sich Brinz für die heutige Anwendbarkeit der actio rerum amotarum auf l. 19 § 2 D. 25, 2, in welcher ich nur eine Anwendung des gem. R. des furtum sehe. — Für die heutige Anwendbarkeit auch Sintenis III § 132[1].

* Inst. 4, 3 de lege Aquilia. Dig. 9, 2 ad legem Aquiliam. Cod. 3, 35 de lege Aquilia. — A. Pernice zur Lehre von den Sachbeschädigungen nach r. R. (1867). (Darüber Exner kr. VJS. XI S. 312 fg.). v. Löhr Theorie der Culpa S. 81 fg. Hasse die Culpa des r. R. S. 17—72. Hefke APraktRW. N. F. XIV S. 213 fg. 321 fg. 373 fg. (1885. 1886). Glück X S. 306 fg.; Unterholzner II S. 690—703. Sintenis II S. 760—764. Vangerow III § 681 Anm. 1—3. Brinz 2. Aufl. II § 340. Lehrzwecke verfolgt E. Grueber the roman law of damage to property (Commentar des Pandektentitels, verbunden mit einer systematischen Darstellung), Oxford 1886. Darüber Waßerrab kr. VJS. XXVIII S. 426 fg., Hofmann Grünh. ZS. XIV S. 158 fg. [Willems la loi Aquilienne. Théorie du dommage aux choses en droit Romain. Louvain, Par., Berl. 1896. Riedemann Beiträge z. Lehre v. d. Sachbeschädigung. Erl. Diss. 1896. S. auch Eck Jahrb. f. Dogm. XXXV S. 287 fg.]

[1] Lex Aquilia. Ein Plebiscit eines Tribunen Aquilius, l. 1 § 1 D. 9, 2 § 455. Das Gesetz ist älter als das 7. Jahrhundert der Stadt; im Uebrigen ist die Zeit desselben ungewiß. Rudorff r. Rgesch. I § 41[3], Pernice S. 15 fg. Neuestens C. Sell, die actio de rupitiis sarciendis der XII Taf., Bonn 1877 (für das Jahr 467 d. St.). [Willems p. 9 s.: 186—178 v. Chr.]

[2] Die lex Aquilia bestimmte in ihrem caput primum (l. 2 pr. D. 9, 2, pr. I. 4, 3) über Tödtung eines Sclaven und eines pecus. Ueber den letzteren Begriff s. l. 2 § 2 D. 9, 2. — „servis . . exaequat quadrupedes, quae pecudum numero sunt et gregatim habentur"; ferner § 1 I. 4, 3, l. 65 § 4 D. 32, Paul. sentent. III, 6 § 73, nach welchen Stellen zu den pecudes

Digitized by Google

seine Bestimmungen sind aber ausgedehnt worden[3] auf jede Verletzung der Integrität einer körperlichen Sache[4], wenn auch nicht durch unmittelbare Einwirkung[5], ja sogar auf Schadenszufügung an körperlichen Sachen ohne Verletzung ihrer Integrität[6]. Sie sind ferner ausgedehnt worden auf die Verletzung freier Menschen[7].

[Im BGB. wird gehaftet für jede schuldhafte Rechtsverletzung, auch wenn eine körperliche Sache nicht in Mitleidenschaft gezogen wird (823). S. ob. S. 886 fg.]

---

im Einzelnen gezählt werden: Schafe, Ziegen, Rinder, Pferde, Esel, Maulesel, Schweine, auch Kameele und Elephanten, nicht aber Hunde. In ihrem caput tertium (l. 27 § 5 D. 9, 2, § 13 I. 4, 3) bestimmte die lex Aquilia über jede andere Beschädigung (einschließlich der Vernichtung) einer körperlichen Sache durch urere, frangere, rumpere. — Der Inhalt des caput secundum, von welchem die Institutionen lakonisch sagen: „in usu non est", erhellt aus Gai. III, 215. Vgl. Rudorff r. Rgesch. I S. 99. In Betreff der früheren Versuche, den Inhalt dieses caput secundum zu bestimmen, s. die Citate bei Vangerow III S. 598 (7. Aufl. S. 577) Nr. 2.

[3] Das formale Mittel dieser Ausdehnung war die Gewährung einer utilis actio legis Aquiliae oder einer actio in factum. Ein materieller Unterschied zwischen diesen beiden Klagformen ist nicht ersichtlich. Savigny Syst. V S. 95. 96, Vangerow III § 681 Anm. 1 Nr. II a. E. Pernice S. 157 fg. Lenel Ed. perpetuum S. 159 fg. Dernburg II § 131 [4]. Uebrigens glaubte man in manchen und wichtigen Ausdehnungsfällen auch mit einer actio directa legis Aquiliae ausreichen zu können. Denn eine althergebrachte Interpretation faßte das „rumpere" des caput tertium in dem Sinne von „corrumpere". L. 27 § 13 sqq. D. 9, 2, § 13 I. 4, 3 namentlich l. 27 § 20. 21 D. 9, 2 vgl. mit § 14 eod.

[4] Vgl. z. B. § 13 I. 4, 3, l. 27 § 15. 18. 19. 22. 25 D. 9, 2.

[5] L. 7 § 3. 6. l. 9 pr. § 1. 2. 3. l. 11 § 1. 5. l. 27 § 35. l. 29 § 5. 7. l. 30 § 3. l. 53 D. 9, 2, l. 6 C. 3, 35, § 16 I. 4, 3, l. 3 § 1. l. 4 D. 11, 3. l. 13 pr. D. 19, 2, l. 14 § 1 D. 19, 5, l. 51 D. 47, 2. l. 2 § 20 D. 47, 8. Vgl. Unterholzner § 674 c. Vangerow § 681 Anm. 1 Nr. II. 2, Pernice S. 144 fg., Hefke S. 323 fg. Ueber l. 57 D. 19, 2 (vgl. l. 18 D. 8, 2, l. 30 § 3 D. 9, 2) s. Löhr S. 158 fg., Hasse S. 30 [2], Zimmern Noxalklagen S. 2 fg., Reinhardt ACPra. XXX S. 224 [26], Pernice S. 176 fg., Hefke S. 336 fg.

[6] L. 27 § 21 D. 9, 2, § 16 i. f. I. 4, 3, l. 7 § 7 D. 4, 3, l. 14 § 2. l. 23 D. 19, 5, l. 55 D. 41, 1, l. 50 § 4 D. 47, 2; l. 30 § 2 D. 9, 2; l. 27 § 14 (vgl. § 20 D. 9, 2; l. 27 D. 20, 1. S. auch Sf. XVI. 114, XXIII. 246, XXXI, 35. [RG. XXXIII S. 207, XL S. 203 fg. — Rechtswidrige Pfändung: Sf. XLIX. 14 (RG.), XLIX. 94.] — Weiter, d. h. über das Moment der Schadenszufügung an einer körperlichen Sache hinaus, wie Manche auf Grund von § 16 I. 4, 3 und l. 33 § 1 D. 9, 2 behauptet haben, ist man aber nicht gegangen. Vgl. § 451 [1]. Das Reichsgericht hat neuestens entschieden (Entsch. XXII S. 208), daß die erweiterte actio legis Aquiliae auch dann stattfinde, wenn die Verfügung über eine körperliche Sache nur zeitweilig entzogen und dadurch Schaden verursacht worden sei. (In dem entschiedenen Fall war auf Grund einer falschen Anzeige wegen Patentverletzung das Waarenlager des Klägers unter Verschluß gelegt worden). [[Sf. XVIII. 236.]] [Be-

Digitized by Google

2. Die Beschädigung muß durch ein positives Thun herbeigeführt worden sein[8]; eine Unterlassung verpflichtet nur insofern, als das Thun durch eine vorhergehende oder begleitende Thätigkeit geboten war[9].

[Im BGB. ist nur zu verlangen, daß die Unterlassung schuldhaft erfolgt, was zwar eine Rechtspflicht zum Handeln, aber nicht nothwendig eine solche voraussetzt, welche durch eine vorhergehende oder begleitende Thätigkeit begründet war.]

3. Aus einer beschädigenden Handlung der bezeichneten Art entsteht ein Schadensersatzanspruch, wenn sie widerrechtlich war[10]. Zur Widerrechtlichkeit gehört: a) daß der Beschädigende kein Recht zur Beschädigung habe[11]; b) daß ihm die Beschädigung zur Schuld

---

hinderung in Benützung eines Grundstücks] [[Sf. XXXI. 35]] [Abhandenbringen einer Sache.]

[7] L. 13 pr. l. 5 § 3. l. 6. 7 D. 9, 2.

[8] L. 13 § 2 D. 7, 1.

[9] L. 8 pr. l. 27 § 9. l. 31 D. 9, 2, § 5. 6 I. 4, 3. Coll. XII, 7 § 7. Vgl. Wäntig über die Haftung für fremde unerlaubte Handlungen (1875) S. 8 fg. 37 fg., Brinz S. 809, Hefke a. a. O. S. 241 fg. A. M. Busch ACPra. XLV S. 139 fg., welcher behauptet, die Unterlassung verpflichte schon dann zum Schadensersatz, wenn das Thun durch „Gesetz oder Vertrag" geboten gewesen sei; ferner Pernice S. 164, welcher die Unterlassungen den Handlungen ganz gleich stellt, und nur darauf gesehen wissen will, ob wirklich in der Unterlassung eine Schuld lag. Ich glaube nicht, daß es diesen Schriftstellern gelungen ist, l. 13 § 2 D. 7, 1 (8) zu beseitigen, während mir l. 27 § 9 D. 9, 2 mit der hier vertretenen Meinung weniger schwer vereinbar scheint. Keine Beweiskraft gegen dieselbe haben l. 44. 45 pr. D. 9, 2; denn s. l. 2—5 D. 9, 4. — Die Unvereinbarkeit der l. 13 § 2 cit. mit seiner Ansicht gibt jetzt Pernice Labeo II S. 56 [2. Aufl. S. 128] zu, während er an dieser Ansicht für das Justinianische und heutige R. festhält. Für die weiter gehende Meinung auch Dernburg II § 131 [11]. [Beermann Findet die lex Aquilia bei Unterlassungen Anwendung? Gött. Diss. 1896.] Für dieselbe auch, zwar nicht übereinstimmend doch überwiegend, die Praxis. Sf. III. 55, IV. 96, X. 164. 165, XIII. 28, XV. 129, XVI. 220, XXV. 128, XXIX. 237, XXXI. 37. 229, XXXII. 238, XXXV. 25, XLV. 90. Budde und Schmidt Entscheid. des OAG. zu Rostock VI S. 254 fg. [RG. XXXIII S. 207, Sf. XLIX. 76 (RG.), L. 87, LII. 20. 155. 156 (RG.).] Deutsches R.: Stobbe III § 200 Nr. 2 [3. Aufl. (Lehmann) § 259, 2.]. — Ueber „die s. g. Kommissivdelicte durch Unterlassung" im Allgemeinen vgl. Binding Normen II S. 206 fg.

[10] Damnum iniuria datum. Das Wort iniuria war von der lex Aquilia selbst gebraucht. Pernice S. 26 fg.

[11] L. 151 D. 50, 17. „Nemo damnum facit, nisi qui id fecit, quod facere ius non habet". L. 55. l. 155 § 1 D. eod. Vgl. I § 121 [2]. Beispiele berechtigter Schadenszufügung: die Beschädigung wird zugefügt auf Grund einer zuständigen obrigkeitlichen Gewalt, l. 29 § 7 D. 9, 2, l. 13 D. 18, 6; auf Grund eines Züchtigungsr., l. 5 § 3 D. 9, 2; in Selbstvertheidigung, l. 4. l. 5 pr. l. 45 § 4. l. 52 § 1 D. 9, 2, § 2 I. 4, 3; l. 29 § 1 D. 9, 2;

Digitized by Google

angerechnet werden könne. Schuld ist hier schon Nachlässigkeit; Arglist wird nicht erfordert[12]. Durch einen entschuldbaren Irrthum,

---

um Schaden von sich selbst abzuwehren (im Fall eines Nothstandes), l. 29 § 3. l. 49 § 1 D. 9, 2, l. 3 § 7 D. 47, 9, l. 14 pr. D. 19, 5, vgl. l. 7 § 4 D. 43, 24, s. noch l. 30 pr. D. 9, 2. Pernice S. 34 fg., vgl. auch dens. Labeo II S. 10 fg. [2. Aufl. S. 47 fg.] ferner Lehmann Jahrb. f. Dogm. XIII S. 218 fg., v. Tuhr der Nothstand im Civilr. (1888) S. 120 fg. [dazu Bruckner kr. VJS. XXXV S. 521 fg.] Wendt Pand. S. 191, [Mathieu In welchen Fällen und in welcher Weise ist die Noth civilrlich von Bedeutung? Erl. Diss. 1894 S. 23 fg., Titze die Nothstandsre im deutschen BGB. u. ihre gesch. Entwickel. Leipz. 1897, Kroner die Verletzung von Rgütern eines Dritten bei der Nothwehr. Gött. Diss. 1897, Feuchtwanger das R. der Selbstvertheidigung nach dem deutschen BGB. Erl. Diss. 1898.] Sf. IV. 34, XIII. 30, XVII. 41, XXIII. 229, XXVII. 202, XLII. 295, XLIII. 190. RG. V S. 160. Vgl. Sf. XXII. 144. Einwilligung des Eigenthümers: Hefke S. 349 fg.

[12] L. 5 § 1. l. 31. l. 44 pr. D. 9, 2, § 3. 14 I. 4, 3. L. 31 cit.: — „culpam autem esse, quod, cum a diligente provideri potuerit, non esset provisum". L. 44 pr. cit. „In lege Aquilia et levissima culpa venit". Unterholzner II S. 697: „Das Aquilische Gesetz kommt . . zur Anwendung, wenn man es an der von einem ordentlichen Mann zu erwartenden Bedachtsamkeit hat fehlen lassen: gesetzt auch, daß noch so wenig daran gefehlt hätte". Hasse S. 63 fg.; Pernice S. 46 fg. Wasserrab (*) S. 431, gegen Grueber a. a. O. S. 226 fg. [Ein schwedisches Werk von Thyrén citirt CBl. f. RW. XII S. 397.] — Einzelnes: l. 7 § 2. 4. l. 9 § 4. l. 10. l. 11 pr. l. 27 § 33. l. 30 § 3. l. 31. l. 52 § 4 D. 9, 2, § 4—6 I. 4, 3; l. 7 § 8. l. 27 § 9 D. 9, 2, § 7. 8 I. 4, 3, l. 1 § 5 D. 9, 1, l. 132 D. 50, 17. Sf. IV. 48, VII. 320, XVII. 41, XXVI. 132, XXXIII 130, XLI. 271. [Ansteckung eines Mitreisenden durch einen kranken Eisenbahnreisenden, der seinen Zustand kennt oder sich der Möglichkeit einer ansteckenden Krankheit bewußt ist: Sf. LIII. 86. Vgl. noch Sf. LII. 18 (RG.), LIII. 227.] Verschulden durch Mangel an Sorgfalt bei der Auswahl oder bei der Beaufsichtigung von Anderen (namentlich bei der Beaufsichtigung von Kindern und Untergebenen): l. 27 § 11 D. 9, 2. Sf. VII. 318, XXXII. 238, XXXV. 204 [[XLVII. 196]]. [LIII. 226.]. Vgl. Wäntig über die Haftung wegen fremder unerlaubter Handlungen (1875) S. 41—46, Mandry Familiengüterr. II S. 620 fg., auch unten Note [27a]. — Dadurch, daß der Beschädigende zu dem Beschädigten in einem besonderen Verhältniß steht, welches ihn nur zur Verhaftung wegen Arglist verpflichtet, hört er nicht auf, aus der Beschädigung als solcher auch wegen Nachlässigkeit zu haften. Vgl. l. 13 pr. D. 40, 12, l. 1 § 2 D. 47, 4, auch l. 5 § 3 i. f. D. 9, 2. Jedoch sind Viele in dieser Beziehung anderer Meinung; s. darüber Vangerow III § 681 Anm. 3 Nr. II. Holzschuher III § 326 Nr. 5. Pernice S. 78 fg. Labeo II S. 371. [Buttenberg hat ein unter den Parteien bestehendes Vertragsverhältniß einen Einfluß auf die actio legis Aquiliae? Erl. Diss. 1896.] Vgl. Sf. XXXI 141. [L. 246.] — Den Beweis der Verschuldung muß, sofern dieselbe nicht aus den Umständen erhellt, der Kläger führen. Weber Beweisführung § 21, Wächter Württemberg. Privatr. II § 113. I, Busch ACPra. Pr. XLV S. 148 fg., Pernice S. 230 fg. A. M. Fitting die Grundlagen der Beweislast S. 71. RG. X S. 140, vgl. übrigens auch Sf. VII. 320. XVI.. 113.

Digitized by Google

kraft dessen der Beschädigende sich in dem Glauben befand, er dürfe die Beschädigung vornehmen, wird die Schuld ausgeschlossen[13].

[Trifft auch für BGB. zu, s. ob. S. 888 unter d.]

4. Der Anspruch steht zu: dem Eigenthümer[14], dem an der Sache sonst dinglich Berechtigten[15], dem gutgläubigen Besitzer[16], dem obligatorisch zum Fruchtgenuß Berechtigten, wenn ungetrennte Früchte beschädigt worden sind[17], dem Nichteigenthümer auch gegen den Eigenthümer selbst[18].

[Im BGB. hat den Anspruch auf Ersatz des ihm erwachsenen Schadens jeder aus beliebigem Grunde Berechtigte, dessen Recht verletzt wurde, vorausgesetzt, daß diesem Recht gegenüber Vorsatz oder Fahrlässigkeit bestand, d. h. daß der Thäter das Recht kannte oder doch Anlaß hatte, mit der Möglichkeit seiner Existenz zu rechnen. S. ob. S. 886 fg. 895 fg.]

5. Der Anspruch geht auf Leistung des gesammten Interesse[19]. Bei der Berechnung des Werthes der beschädigten Sache durfte nach

---

[13] Namentlich also dadurch, daß der Beschädigende sich kraft eines solchen Irrthums für den Eigenthümer hielt oder eine entgegenstehende Berechtigung eines Andern an der Sache nicht kannte. Stölzel ACPra. XXXIX S. 67—69, Pernice S. 194 fg., A. M. Henrici Gruch. Beitr. XXXII S. 176. 181. — Sf. XXXII. 237.

[14] L. 2 pr. l. 27 § 5 D. 9, 2, l. 11 § 6. l. 13 pr. l. 43 D. 9, 2. Die lex Aquilia nannte bloß den „dominus"; allen anderen Personen konnte daher nur eine utilis legis Aquiliae actio oder eine actio in factum gegeben werden. Vgl. Pernice S. 183 fg. [[Ueber einen Aufsatz von Longo s. Schneider kr. VJS. XXXIII S. 58 fg.]] [Zu l. 13 § 3 D. 9, 2 vgl. Vanni per il XXXV anno d'insegnam. di F. Serafini p. 173 s.]

[15] L. 11 § 10. l. 12. l. 17. l. 30 § 1 D. 9, 2, l. 17 § 3 D. 7, 1; l. 27 D. 20, 1, l. 5 § 2 (vgl. l. 1) D. 47, 7. Jhering Abhandlungen S. 129. 130. 138 fg. Pernice S. 198 fg. Grueber ACPra. LXXV S. 303 fg. [Nuß (§ 400 [1a]) Sf. LII. 143.]

[16] L. 11 § 8. l. 17 D. 9, 2.

[17] L. 27 § 14 D. 9, 2. [Zu dieser Stelle Pampaloni Bull. dell' istit. di dir. romano III p. 241 s. (1891)] Nicht aber dem sonst obligatorisch Berechtigten, l. 11 § 9 D. 9, 2, l. 18 § 5 D. 4, 3, l. 13 § 12 D. 19, 1. Hasse S. 244 [1], Bangerow § 681 Anm. 1 Nr. II. 1 a. E. Pernice S. 206 fg. Weiter geht Dernburg II § 131 [15]. RG. IX S. 163. Vgl. Sf. XXX 146, XLIII. 189. [[Fadda (§ 400 [1a] p. 33 s.]]. [Nuß (§ 400 [1a]].

[18] L. 12. l. 17 pr. D. 9, 2. Pernice S. 196—198.

[19] L. 21 § 2. l. 22. l. 23 pr. § 2. 4. l. 33 pr. i. f. l. 37 § 1. l. 55 D. 9, 2, § 10 I. 4, 3. Pernice S. 238 fg. [v. Tuhr zur Schätzung des Schadens in der lex Aquilia. Basel. Festschr. f. Jhering 1892 S. 9 fg.]. Ersatz von entbehrtem Gewinn: § 258 [16]. Ersatz von Schaden, welcher von dem Beschädigten hätte abgewendet werden können: das. Note [17. 18]. Speciell über den Inhalt des Anspruchs des Pfandgläubigers: Stölzel ACPra. XXXIX S. 47 fg., Schmidt Cession I S. 172 fg., Dernburg Pfandr. II S. 402 fg., Pernice S. 200 fg., Eisele ACPra. XL S. 73, — über den Inhalt des

Digitized by Google

römischem Recht auf eine gewisse Zeit vor der Beschädigung zurückgegriffen werden: wenn ein zur Klasse des Heerdenviehes gehöriges Stück Vieh getödtet worden war, auf ein Jahr[20], bei jeder anderen Beschädigung auf einen Monat[21]. Diese Art der Werthberechnung, welche eine Strafe für den Thäter enthält[22], gilt eben deßwegen seit dem Reichsstrafgesetzbuch nicht mehr[23]. Dagegen darf die heutige Geltung der nach römischem Recht durch die Ableugnung der Beschädigung ferner eintretenden Steigerung des Anspruchs auf das

---

Anspruchs des redlichen Besitzers: v. Madai ACPra. XXVI S. 219 fg., Ihering Abhandlungen S. 112 fg., Mommsen Beiträge II S. 242 fg., Windscheid Heid. kr. ZS. II S. 560, Stölzel a. a. O. S. 68 [69], Pernice S. 191 fg., Eisele ACPra. LXVII S. 41 fg. Verletzung eines freien Menschen: l. 13 pr. l. 5 § 3. l. 6. 7 D. 9, 2; Holzschuher III § 326 Nr. 4. b, Stobbe III S. 415 fg. [517 fg.], Buengner zur Theorie und Praxis der Alimentationspflicht (1879) S. 9 fg.; Sf. IV. 227, VIII. 222, IX. 111, XIII. 29. 215, XIV. 235, XVIII. 42, XXXI. 230, Nr. 3. [[Sf. XLVI. 18]]. [Vgl. ob. § 258 [17]. RG. XXXV S. 141 fg. Sf. LIV. 60]. Steht auch der Wittwe und den Kindern des Getödteten (überhaupt den ihm gegenüber Alimentationsberechtigten) ein Ersatzanspruch zu? Theoretisch läßt sich derselbe gewiß nicht rechtfertigen; aber es läßt sich eine anerkennende gemeinrliche Praxis nicht bezweifeln S. die bei Glück X S. 342 [13] Citirten, ferner Seuffert II § 402 a. E., Sintenis II § 125 [21], Stobbe III S. 410 [521 fg.] Buengner a. a. O. S. 16 fg., und Sf. XI. 44, XIII. 144, XXIX. 137, XXX. 145. 146, XXXI. 36, XXXIX. 301, XLIII. 21. [LII. 81]. Für diese Praxis hat sich auch das RG. ausgesprochen, Entscheidungen I S. 320, III S. 319, VII S. 139. X S. 133, vgl. XXI S. 172, XXIII S. 158. Reichsgesetz vom 7. Juni 1871 § 3 Nr. 1. [Kein Anspruch des Ehemannes wegen eigenen Schadens aus körperlicher Verletzung der Frau: RG. XXXV S. 141 fg.]. Eine besondere Gestalt hat die Entschädigung wegen Körperverletzung in der „Buße" des StrGB. (§ 231) angenommen. Vgl. § 326 [11]. Im Allgemeinen: v. Weinrich die Haftpflicht wegen Körperverletzung und Tödtung eines Menschen nach den im Deutschen Reich geltenden Ren (1883). [Hiestand der Schadensersatzanspruch des Versicherers gegen den Urheber der Körperverletzung oder Tödtung des Versicherten. Stuttg. 1896.]

[20] L. 2 pr. l. 21 pr. § 1. l. 23 § 2. 3. 5. 6. 7. l. 51 § 2. l. 55 D. 9, 2, § 9 I. 4, 3, § 19 I. 4, 6. Vgl. Note [2]. [v. Tuhr ([19]) S. 1 fg.]

[21] L. 27 § 5. l. 29 § 8 D. 9, 2, § 15 I. 4, 3. (Gai. III, 218.)

[22] § 9 I. 4, 3: „Qua ratione creditum est, poenalem esse huius legis actionem, quia non solum tanti quisque obligatur, quantum damni dederit, sed aliquando longe pluris". S. auch § 19 I. 4, 6, l. 11 § 2 D. 9, 2. Die actio legis Aquiliae ist freilich actio poenalis auch schon deßwegen, weil sie Delictsklage ist, vgl. l. 23 § 8 D. 9, 2, oben § 326 [10] und Pernice S. 116 fg.

[23] S. § 326 [4]. Das StGB. ordnet die „Materie" der Sachbeschädigung in den §§ 303—305, straft aber (hier, vgl. § 309. 314. 316. 318. 326) nur die vorsätzliche Sachbeschädigung. — Uebrigens war auch vor dem StGB. die

Digitized by Google

Doppelte[24] principiell nicht bestritten werden, obgleich dieselbe nicht mehr in lebendigem Gebrauch ist[25].

[S. ob. S. 891 fg. 894 fg.]

6. Ist die Beschädigung von Mehreren verübt worden, so haften alle solidarisch[26]. Wie der Beschädiger haftet auch derjenige, der ihn zur Beschädigung bestimmt hat[27]; nicht aber haftet derjenige, der einen Andern zu einer nicht beschädigenden Handlung bestimmt hat, wenn dieser bei Ausführung der Handlung schuldhaft Schaden

---

Geltung der römischen Bestimmung außerordentlich bestritten, und wurde selbst von solchen Schriftstellern in Abrede gestellt, welche sonst die römischen Privatstrafen im Princip nicht als aufgehoben betrachteten, so namentlich von Brunnemann (ad. l. 27 D. 9, 2 n. 9, anders freilich Paratitl. Wesenbec. h. t. qu. 9), von Schilter (exerc. 19 § 61), von Stryk (ad. D. 9, 2 § 2). S. ferner die bei Glück X S. 383 [43] Citirten und das Urtheil des OAG. zu Dresden bei Kritz Rfälle III S. 222 fg. (Sf. I. 66); Thibaut § 622, Seuffert § 422, Sintenis § 125 [17]. Bei Puchta (§ 388 [8]) findet sich die Behauptung, daß von den römischen Bestimmungen „jedenfalls" heutzutage noch die Anwendung zu machen sei, daß der Kläger den Beweis des Werthes nicht auf den Zeitpunkt der Beschädigung zu richten brauche, und dafür hat sich auch Arndts § 324 vor Note [1] ausgesprochen; wäre diese Meinung richtig, so könnte man daran denken, sie auch nach dem StGB. noch zur Geltung zu bringen. Ich weiß aber nicht, wie dieselbe gerechtfertigt werden soll. Vgl. übrigens: a) Ihering Geist des röm. R. II. S. 350 (1. Aufl.); b) oben § 258 [20. 21].

[24] S. § 263 [3].

[25] S. § 263 [15]. Daß in der Praxis auf das Doppelte nicht mehr gesprochen werde, erkennen an Schilter (exerc. 19 th. 65) und Stryk (ad. D. 9, 2 § 20), der Erste halb widerwillig, der Letztere tadelnd, vgl. ad. tit. Dig. XLIV, 7 § 5.

[26] S. § 298 [15]. Vgl. Sf. I. 66. [Sf. LI. 263.] Nach r. Re haftete wegen der Strafnatur der Klage jeder Beschädiger auf das Ganze. L. 11 § 2 D. 9, 2. — „nam ex lege Aquilia, quod alius praestitit, alium non relevat, cum sit poena". Dieß gilt heutzutage nicht mehr. [Crome von der Solidarität aus unerlaubten Handlungen nach den Entsch. des RG. und dem E. des BGB., zugleich ein Beitrag zur Lehre v. d. Bereicherungsklage. Jahrb. f. Dogm. XXXV S. 100 fg. (1896).]

[27] Vgl. l. 4 § 4—6. D. 47, 8, l. 7 § 4 D. 47, 7, l. 7 § 5 D. 2, 1, l. 5 § 14. l. 6 D. 43, 24, l. 1 § 12. 13. 15 D. 43, 16, l. 11 § 3—6 D. 47, 10. S. auch l. 169 pr. D. 50, 17. Wenn es in l. 37 D. 9, 2 heißt: „Liber homo si iussu alterius manu iniuriam dedit, actio legis Aquiliae cum eo est, qui iussit, si modo ius imperandi habuit. Quod si non habuit, cum eo agendum est, qui fecit", so ist das nicht dahin zu verstehen, daß der iubens nur im ersten Fall hafte, sondern dahin, daß er nur im ersten Fall allein (der Beschädiger nicht) haftet. S. auch l. 44 § 1. l. 45 pr. D. 9, 2 (dazu Note [9 a. E.] und Sf. XVI. 220). Wäntig über die Haftung für fremde unerlaubte Handlungen (1875) S. 25 fg. A. M. Hefke S. 344 fg. Sf. XV. 130, RG. X S. 132.

Digitized by Google

anrichtet[27a]. Die Erben haften der Regel gemäß auf den Bestand der Erbschaft[28]; auch die Verjährungszeit ist die regelmäßige.

[S. ob. S. 891 unter 5. 892 unter γ. 896 unter 7. Zu [27a] s. zu § 457.]

7. Bei der Verletzung eines freien Menschen kann nach heutigem Recht außer dem Ersatz des Vermögensinteresse ein s. g. Schmerzensgeld[29] gefordert werden[30]. Das Schmerzensgeld ist nicht Strafe, sondern Entschädigung[31]. Deßwegen besteht es a) nach dem Reichs-

---

[27a] Er haftet nur, wenn ihn eine eigene culpa trifft, in der Auswahl, oder in der Beaufsichtigung, oder er hat etwa zum Zweck der Ausführung der betreffenden Thätigkeit fehlerhafte Werkzeuge gestellt. Sf. XIII. 140, XIV. 35, XV. 26, XVII. 34 (anders X. 164 und XIV. 208, vgl. aber I § 160 [10]). Budde und Schmidt Entscheid. des OAG. zu Rostock VI S. 255. Vgl. Wäntig a. a. O. S. 32 fg. Daß er auch dann haftet, wenn der Schaden durch eine von dem Beauftragten oder Bediensteten gefertigte Arbeit angerichtet worden ist und er diese Arbeit sich als die seinige angeeignet hat, versteht sich von selbst (Sf. IV. 119, VIII. 53, XIV. 36; auch VII. 150 gehört wohl hierher, obgleich dieses Erkenntniß im Ausdruck weiter geht). Ausnahme § 457, 2. Vgl. auch Sf. XXXIV. 212. [Keine Haftung des schuldlosen Gläubigers für den Gerichtsvollzieher: Sf. XLIX. 14 (RG.). Keine Haftung des schuldlosen Schiffseigners für Verschulden des Schiffers: RG. XXXII S. 146 fg. Keine Haftung des Gesellschafters für Verschulden des Andern gegen Dritte: Sf. LII. 157.]

[28] Nach r. R. auf die Bereicherung, l. 23 § 8 D. 9, 2, § 9 I. 4, 3. S. § 359 [15. 16].

[29] Seitz Untersuchungen über die heutige Schmerzensgeldklage (1860). Wächter die Buße bei Beleidigungen und Körperverletzungen nach heutigem gem. Re. S. 72—86 (1874). S. auch Gensler ACPra. I S. 146—155 (1820). Stobbe III S. 146 fg. [526 fg.] Mandry § 22 bei [8]. [vgl. § 326 [11] und Bocksch die rliche Natur der gemeinrlichen Schmerzensgeldklage. Erl. Diss. 1898.]

[30] Dieser Satz beruht auf der Praxis, welche in der P. G. O. Art. 20. 21 einen Anhalt gefunden hat. (Es heißt hier, daß der Richter, welcher Jemanden ohne genügende Anzeige foltere, schuldig sei, dem Gefolterten „seine schmach, schmerzen, kosten und schaden der gebühre ergetzung zu thun".) Doch ist die gemeinrliche Geltung des Schmerzensgeldanspruches nicht unbestritten. Gegen dieselbe haben sich erklärt die bei Glück X S. 388 [61] und bei Wächter Lehrb. des Strafr. II S. 183 Genannten, nnd neuerdings wird sie auch von Seitz a. a. O. S. 120 fg. angefochten. Vgl. gegen denselben die Ausführung in der vierten Auflage dieses Lehrbuchs und die guten Bemerkungen von Stintzing kr. VJS. II S. 592 fg. und s. Wächter a. a. O. S. 84 [66]. Für die gemeinrliche Geltung des Schmerzensgeldanspruches haben erkannt die höchsten Gerichte zu Oldenburg, München, Cassel, Celle, Jena und Rostock (Sf. I. 220, IV. 227, VIII. 138, XIII. 31, XV. 131, XXIII. 31, XXVII. 30, Budde Entscheidungen ꝛc. VIII. Nr. 54 (= Sf. XXXI. 232) und das RG. (Sf. XXXVIII. 121); gegen dieselbe das OAG. zu Wiesbaden (Sf. XIII. 31: weil die behauptete Praxis gegen ein ausdrückliches Gesetz, l. 7 D. 9, 3, verstoße!). [[Sf. XLVI. 257.]]

Digitized by Google

strafgesetzbuch, welches das Schmerzensgeld nicht erwähnt, fort[32]; kann es b) gefordert werden auch wegen bloß fahrlässiger Körperverletzung, und haften c) mehrere Thäter nur solidarisch, nicht Jeder auf das Ganze. Die Erben des Thäters haften gemäß der Regel auf den Bestand der Erbschaft; dagegen geht der Anspruch auf die Erben des Verletzten nicht über[33] [34].

[S. ob. S. 892 unter γ.]

2. Andere Bestimmungen.

§ 456.

1. Aus gewaltsamer Beschädigung gewährt das römische Recht einen Anspruch nach den Grundsätzen des Raubes[1]. Der Strafzusatz dieses Anspruchs hat heutzutage ebensowenig Geltung, wie der Strafzusatz des Anspruchs aus dem Raube selbst[1a].

---

[31] A. M. Gensler a. a. O. S. 147[4], Puchta § 388[b], Seitz a. a. O. S. 164 fg., Köppen Erbr. S. 179[22] [Lehrbuch § 1[2].] Sf. VIII. 138, XXXII. 239. Auch ich habe in früheren Auflagen dieses Lehrbuchs [bis zur 3.] die entgegengesetzte Ansicht vertreten, bestimmt durch das Argument, daß Schmerzen und Geldleistung absolut unvergleichbare Größen seien, und daher das Schmerzensgeld Entschädigung nicht sein könne. Aber ich erkenne gegenwärtig die Richtigkeit der von Wächter in der Schrift über die Buße S. 79 fg. gemachten Entgegnung an; auch das ist Entschädigung, wenn die dem Verletzten verursachte schmerzliche Empfindung durch Verursachung einer angenehmen Empfindung wieder aufgewogen wird. Vgl. auch Thon Rnorm und subjectives R. S. 58, Kohler Patentr. S. 651. In diesem Sinne kann das Schmerzensgeld als Entschädigung allerdings aufgefaßt werden, und daß die Gewohnheit, durch welche es eingeführt worden ist, es in der That als Entschädigung aufgefaßt hat, darüber s. die Nachweisungen bei Wächter a. a. O. S. 73 fg. Die Schmerzensgeldklage ist daher eine utilis actio legis Aquiliae, keine utilis actio iniuriarum. Vgl. § 257[6]. S. auch das OAG. zu Rostock bei Budde Entscheidungen ꝛc. VIII Nr. 54 (= Sf. XXXI. 232). RG. VIII S. 117 fg., Sf. XXXIX. 302.

[32] A. M. das OAG. zu Lübeck bei Sf. XXXII. 239. Wohl dagegen wird das Schmerzensgeld ausgeschlossen durch die nach § 231 des StGB. erkannte Buße. S. § 326[11]. Sf. XXXI. 230 Nr. 1.

[33] Wenn auch das Schmerzensgeld nicht Genugthuung für eine dem Verletzten zugefügte Kränkung ist, so ist es doch Entschädigung für Etwas, das ebensowenig auf die Erben des Verletzten übergeht, wie die Kränkung. Wie die erlittene Kränkung, so stirbt mit dem Verletzten auch der von ihm erduldete Schmerz, während der Vermögensschaden dauert und auf die Erben übergeht. S. auch l. 5 § 5 D. 9, 3.

[34] Ausmessung des Schmerzensgeldes: s. Wächter a. a. O. S. 75. 76. Sf. XV. 131, XVIII. 138.

[1] L. 2 (s. namentlich pr. und § 9 das.) D. 47, 8. Unterholzner II § 689. § 456.

[1a] S. § 455[23].

2. Aus böswilliger Beschädigung in den in § 454 bei Ziff. 2 und 3 bezeichneten Fällen gewährt das römische Recht Ansprüche nach den daselbst bezeichneten Grundsätzen[2]. Für die heutige Anwendbarkeit des in diesen Ansprüchen enthaltenen Strafzusatzes gilt das Gleiche, wie am angeführten Orte bemerkt worden ist.

3. Der Ersatzanspruch aus böswilliger Beschädigung bei einem Auflaufe[3] hatte nach römischem Recht einen Strafzusatz[4] (auf das andere Einfache), was heutzutage nicht mehr gilt.

4. Ebensowenig gilt nach heutigem Recht der Strafzusatz, welchen das römische Recht dem aus dem Baumfrevel entstehenden Anspruch[5], ebenfalls auf das andere Einfache[6], gibt. Deßwegen hat heutzutage auch keine Bedeutung mehr die römische Vorschrift, daß dieser Anspruch zwar außer dem Eigenthümer auch dem Emphyteuta, nicht dagegen dem Nießbraucher zustehe[7].

5. Böswillige Verletzung eines Grabmals[8] erzeugte nach römischem Recht einen Anspruch für den Betheiligten[9] auf eine von dem Richter nach seinem Ermessen zu bestimmende Geldleistung[10]. Es überwog dabei jedoch über den Gesichtspunkt der Beschädigung der Gesichtspunkt der dem Betheiligten zugefügten Kränkung[11], und deßwegen ging der Anspruch auf die Erben des Verletzten nicht über[12].

---

[2] a) L. 1 pr. l. 3 § 4. 7 D. 47, 9; b) l. 1 pr. l. 12 § 1 D. 39, 4. Unterholzner II § 690. 693.

[3] L. 4 D. 47, 8. Unterholzner II § 680.

[4] L. 4 pr. cit.

[5] Dig. 47, 7 arborum furtim caesarum. Unterholzner II § 688.

[6] L. 7 § 7. l. 8 pr. D. 9, 2.

[7] L. 5 § 2 D. 9, 2. Vgl. Jhering Abhandlungen S. 130. 131. 140. Dafür daß in diesem Fall auch die gewöhnliche actio legis Aquiliae begründet sei, s. l. 1 D. 9, 2. — Ueber andere Punkte s. l. 3. 4 D. 9, 2; l. 5 pr. l. 7 § 2. 3 D. 9, 2; l. 7 pr. § 1. l. 8 § 1—3 D. 9, 2; l. 6 pr. § 1 D. 9, 2.; l. 7 § 6 D. 9, 2.

[8] Dig. 47, 12 Cod. 9, 19 D. de sepulcro violato. Unterholzner II § 733. Der Begriff des sepulcrum violatum wird sehr weit gefaßt; s. darüber l. 3 pr. § 3. 6. 11. l. 4. l. 11 D. 47, 12, l. 4. 5 C. 9, 19, l. 11 § 2. l. 22 § 4 D. 43, 24, Paul. sentent. I, 21 § 4. 5. 8. 9; l. 3 § 2 D. 9, 2, l. 2 § 5 D. 11, 7.

[9] „Ei ad quem pertinet". L. 3 pr. § 9. 10. l. 6 D. 47, 12.

[10] L. 3 pr. § 8. 9 D. 47, 12. L. 3 § 8 cit. „Qui de sepulcri violati actione iudicant, aestimabunt, quatenus intersit, scilicet ex iniuria quae facta est, item ex lucro eius, qui violavit, vel ex damno, quod contigit, vel ex temeritate eius, qui fecit".

[11] L. 6. l. 10 D. 47, 12. l. 20 § 5 D. 29, 2.

Digitized by Google

Heutzutage entsteht aus der Verletzung eines Grabmals der gewöhnliche Sachbeschädigungsanspruch[13] ohne allen Strafzusatz[14].

6. Aus unbefugter Bestattung eines Leichnams entspringt ein Anspruch auf Wegnahme des Leichnams oder Ersatz des Werthes des Grundstücks. Dieser Anspruch steht dem Eigenthümer, und analog auch dem sonst an dem Grundstück dinglich Berechtigten zu[15].

7. Ein Schadensersatzanspruch ist auch gegen denjenigen begründet, welcher durch fortgesetztes Gehen ein Stück von einem fremden Grundstück abtritt und zum Wege zieht[16].

[Im BGB. unterliegen die hier unter 1—7 berührten Handlungen nur den allgemeinen Vorschriften über die unerlaubten Handlungen.]

8. Wer auf einem fremden Grundstück etwas vorzunehmen an und für sich berechtigt ist, wird dazu nicht eher zugelassen, bis er Ersatz des etwa anzurichtenden Schadens versprochen hat[17].

[Vgl. BGB. 867. 1005. 258.]

9. Wegen Beschädigung des Geistes hat der Vater einen Anspruch gegen den Verführer seines Kindes. Die Bestimmung der Höhe der Leistung ist dem Ermessen des Richters überlassen; derselbe hat aber namentlich auf den durch den Verführten dem Vater zugefügten Vermögensschaden Rücksicht zu nehmen[18].

[Läßt sich nach BGB. nicht mehr vertheidigen (s. auch v. Liszt S. 65 fg.). Körperverletzung, Freiheitsentziehung gegen das Kind, Tödtung desselben s. 844. 845, dazu ob. S. 893 fg.]

---

[12] S. § 359, 1. In l. 10 § 1 cit. wird dem Erben die Klage nicht als Erben gegeben. S. auch l. 20 § 5 cit. und l. 5. l. 6 pr. D. 11, 7.

[13] Nach r. R. war die actio legis Aquiliae ausgeschlossen, weil das Grabmal kein Eigenthumsgegenstand war. L. 2 D. 47, 12.

[14] S. § 326 [4] und StGB. § 168. 304. 185. 188. — Das r. R. gewährte, wenn der Betheiligte den Anspruch nicht verfolgte, jedem Bürger das R., eine Strafe von 100 bez. von 200 aurei einzuklagen. L. 3 pr. l. 6. D. 47, 12. Vgl. Bruns ZS. f. RGesch. III S. 371—375 und § 326 [8].

[15] L. 2 § 1—3. l. 7. l. 8 § 4 D. 11, 7. Die in l. 2 § 2 cit. erwähnte „poena pecuniaria" ist keine Privatstrafe.

[16] Actio viae receptae (reiectae?). L. 3 pr. D. 43, 11. Vgl. StGB. § 370, 1.

[17] Damni infecti cautio (§ 460 [9]). L. 5 § 4. l. 9 § 1. l. 15 D. 10, 4, l. 19 § 4 D. 19, 2, l. 9 § 1. l. 30 D. 39, 2, l. 5 D. 39, 3, l. 3 § 11. l. 5 § 4 D. 43, 19, l. 1 § 38 D. 43, 20, l. 3 § 9 D. 43, 21, l. 1 pr. D. 43, 23. Vangerow III § 678 Anm. z. A. Sf. IV. 10.

[18] Das r. R. gibt dem Herrn gegen den Verführer seines Sclaven einen Anspruch auf das Doppelte seines Vermögensinteresse, actio de servo corrupto, Dig. 11, 3. Unterholzner II S. 703—705. Dieser Anspruch ist natürlich heutzutage unpraktisch. Nach l. 14 § 1 D. tit. cit. soll aber auch dem Vater

Digitized by Google

3. Beschädigung durch andere Personen und durch Thiere.

§ 457.

1. Für den Schaden, welcher durch Hinauswerfen oder Hinausgießen auf einen besuchten Ort angerichtet ist, haftet dem Beschädigten derjenige, welcher das Gemach oder den sonstigen Raum, aus dem hinausgeworfen oder hinausgegossen worden ist, bewohnt oder sonst benützt[1], vorbehaltlich seines Rückgriffs gegen den wirklichen Thäter[2]. Und zwar haftete er nach römischem Recht mit einem Strafzusatz (auf das andere Einfache des angerichteten Schadens, bei Körperverletzung nach Ermessen des Richters)[3], welcher heutzutage unanwendbar ist[4].

---

gegen den Verführer seines Kindes eine utilis actio gewährt werden. Daß auch diese utilis actio auf das Doppelte gehe, wie allgemein angenommen wird, ist in der genannten Stelle nicht gesagt; vielmehr zeigt dieselbe deutlich, daß bei dieser utilis actio der vorwiegende Gesichtspunkt gar nicht der des Vermögensinteresse ist, so daß sie auch da eintritt, wo es an einem zu Verdoppelnden ganz fehlt, weßwegen eben auf das richterliche Ermessen verwiesen wird. Von der anderen Seite läßt sich nicht annehmen, daß das r. R. dem Richter habe verbieten wollen, für den Fall, daß sich wirklich ein Vermögensschaden herausstellen sollte, auf denselben bei der Bestimmung der Leistungssumme Rücksicht zu nehmen, vgl. in dieser Beziehung l. 9 § 3 — l. 11 § 9 D. 11, 3. Für die heutige Anwendbarkeit dieser actio utilis erklären sich Schilter (exerc. 21 § 16) und Stryck (ad D. 11, 3 § 3); Anwendungsfälle berichtet Berger in der bei § 326 [5] angeführten Dissertation § 31. Für die Anwendbarkeit Sf. XLIV. 21 (München). — Man hat es vielfach versucht, diese actio utilis auf andere Fälle auszudehnen; namentlich hat man sie dem Ehemanne wegen Verführung der Ehefrau geben wollen. Vgl. Glück XI § 754. [Eisenberger über die actio servi corrupti directa et utilis und die Anwendung der Letzteren im heutigen R. Erl. Diss. 1889.]

§ 457. [1] Dig. 9, 3 de his qui effuderint vel deiecerint, § 1. 2 I. 4, 5. v. Wyß Haftung für fremde Culpa S. 66—70. Wäntig über die Haftung für fremde unerlaubte Handlungen S. 61—65 (1875). Glück X S. 392 fg. Unterholzner II § 730. 731. Kuntze bei Holzschuher III S. 1124. 1125. Wächter II S. 493. 494. — Besuchter Ort: l. 1 § 1. 2. l. 6 pr. § 1 D. 9, 3 Bewohnen: l. 1 § 4. 9. l. 5 § 1. 2. l. 6 § 2 D. 9, 3; l. 1 § 10. l. 5 pr. D. 9, 3. Sonstiger Raum und sonstige Benützung: l. 5 § 3. l. 6 § 3 D. 9, 3. RG. XIII S. 212.

[2] L. 5 § 4 D. 9, 3. Vgl. Pernice zur Lehre von den Sachbeschädigungen S. 227. [[Der Bewohner kann sich aber nicht befreien durch Nachweis des Thäters. Gegen die abweichende Bestimmung des E. des BGB. [729] wendet sich Unger Jahrb. f. Dogm. XXX S. 226 fg.]]

[3] L. 1 pr. § 6. l. 5 § 5 D. 9, 3. Es ist bestritten, ob die Geldleistung wegen Körperverletzung als Strafe oder als Schadensersatz zu verstehen sei, Wächter Lehrb. des Strafr. II S. 191. Aber s. gegenüber von § 1 I. cit. und l. 7 D. 9, 3: l. 5 § 5 D. 9, 3.

Digitized by Google

2. Schiffer, Gast- und Stallwirthe haften aus den von ihren Leuten an den eingebrachten Sachen angerichteten Beschädigungen in gleicher Weise, wie aus den von denselben verübten Entwendungen (§ 454 Ziff. 5)[5.5a].

3. Für den Schaden, welchen ein Thier gegen die Art und Weise seiner Gattung anrichtet[6], haftet dem dadurch in seinem In-

---

[4] S. § 326 [4] und StGB. § 303 fg., vgl. § 366 Ziff. 8. — Die Klage aus der Körperverletzung war nach r. R. actio popularis; wenn durch die Verletzung der Tod herbeigeführt worden war, ging dieselbe auf 50 aurei, l. 1 pr. D. 9, 3. Bruns ZS. für Rgesch. III S. 375—377. Vgl. § 326 [6]. — Das r. R. gab auch eine actio popularis auf 10 solidi gegen denjenigen, welcher auf einem Vorsprunge eines von ihm benützten Gebäudes Etwas in gemeingefährlicher Weise aufstellt, l. 5 § 6 sqq. D. 9, 3, § 1 I. 4, 5. Vgl. Bruns ZS. f. Rgesch. III S. 383—384. Die heutige Anwendbarkeit dieser Klage ist nicht bloß durch ihre Popularnatur, sondern auch durch StGB. § 366, 8 ausgeschlossen.

[5] S. § 454 [21. 22]. Vgl. HGB. Art. 451—452. [§ 485. 486.]

[5a] Aus dem neuen gemeinen R. gehört in diesen Zusammenhang das Reichsgesetz 7/6 71 „betr. die Verbindlichkeit zum Schadenersatz für die beim Betriebe von Eisenbahnen, Bergwerken ꝛc. herbeigeführten Tödtungen und Körperverletzungen", s. g. Haftpflichtgesetz. (Der Eisenbahnunternehmer haftet schlechthin, er müßte denn vis maior oder eigenes Verschulden des Verletzten nachweisen können. Der Unternehmer eines Bergwerks, eines Steinbruchs, einer Gräberei oder einer Fabrik haftet aus dem Verschulden seiner Angestellten.) Vgl. darüber Wäntig a. a. O. (1) S. 70—98, Eger die Reichshaftpflicht (1876), v. Weinrich (§ 455 [19 a. E.]) S. 140 fg., Stobbe III S. 395 fg. [512 fg.], Mandry § 49. Vgl. auch das Erk. des ROHG. vom 17. December 1873 bei Sf. XXX. 145 und über die Frage, ob es sich nicht vom gesetzgeberischen Standpunkte empfehle, den Arbeitgeber schlechthin für das Verschulden seiner Arbeiter haften zu lassen, die Verhandlungen des 17. deutschen Juristentags I S. 46 fg. 125 fg. 337 fg., II S. 80 fg. 284 fg., des 18. I S. 275 fg., II S. 67 fg.

[6] Inst. 4, 9 Dig. 9, 1 si quadrupes pauperiem fecisse dicatur. Thibaut Versuche II Nr. 8 (1801). Zimmern System der röm. Noxalklagen S. 79—217 (1818). Gesterding ZS. f. CR. u. Pr. IV S. 261—288 (1831, auch abgedruckt in der „Ausbeute von Nachforschungen" VI 2. Abth. S. 135—165). Radloff die Haftung des Eigenthümers für den durch Thiere angerichteten Schaden nach r. R. (Inaug.-Diss. 1883). Glück X S. 269 fg. Unterholzner II § 682. Sintenis II S. 780—783. Bangerow III § 689 Anm. Wächter II S. 494 fg. Dernburg II § 133. [[Sturm Beitr. z. r. R. (1891) S. 74 fg.]]. [Hoeniger die actio de pauperie. Freib. Diss. 1894. Hieronimi die Haftung des Eigenthümers für seine Thiere nach r. R. Erl. Diss. 1897. Isay Jahrb. f. Dogm. XXXIX S. 209 fg. (1898).] — L. 1 § 3 D. 9, 1. „Pauperies est damnum sine iniuria facientis datum; nec enim potest animal iniuriam fecisse, quod sensu caret". — Gegen die Natur seiner Gattung: l. 1 § 4—7. 10. 11. l. 5 D. 9, 1, pr. I. 4, 9. Vgl. hierzu Eisele Jahrb. f. Dogm. XXIV S. 480 fg. Thier: l. 4 D. 9, 1. Vgl. Sf. XXXI. 235. Schaden: das. XXXIII. 231. — Ist der

Digitized by Google

teresse Gekränkten[7] der Eigenthümer des Thieres mit der Maßgabe, daß er sich durch Preisgeben des Thieres befreien kann[8]. Wird das Thier veräußert, so geht der Anspruch auf den neuen Eigenthümer über[9]. Der gleiche Anspruch findet statt, wenn Vieh fremde Früchte abfrißt[10]. — Für den Schaden, welchen ein nicht gehörig bewachtes gefährliches Thier anrichtet, haftet derjenige, den die Schuld trifft, nach den Grundsätzen des Aquilischen Gesetzes[11].

Eigenthümer an der Beschädigung Schuld, so haftet er nach den Grundsätzen des Aquilischen Gesetzes, l. 1 § 5 D. 9, 1, l. 8 § 1 D. 9, 2 [Sf. LII. 155.]

[7] L. 2 pr. D. 9, 1. „Haec actio non solum domino, sed etiam ei cuius interest competit: veluti ei cui res commodata est, item fulloni; quia eo, quod tenentur, damnum videntur pati". RG. XX S. 201.

[8] Noxae datio. L. 1 pr. § 11—14. 16 D. 9, 1, pr. I. 4, 9, l. 7 § 1 D. 39, 2. Vgl. l. 12. 13. 17 D. 9, 4. Vgl. Sf. XXXII. 324, XXXIV. 221.

[9] Noxa caput sequitur. L. 1 § 12. 13. 17 D. 9, 1. Entscheid. des OAG. zu Rostock IX S. 140 fg. RG. XX S. 205. Mit dem Tode des Thieres fällt der ganze Anspruch weg, l. 1 § 13 D. 9, 1. (vgl. I § 128 [4]). — Auf diesen engen Raum haben sich die actiones noxales zurückgezogen, welche im r. Re so wichtig waren. Gai. IV, 75—79; Inst. 4, 8 Dig. 9, 4 Cod. 3, 41 de noxalibus. Sie galten, außer bei Thieren, bei Delicten der Sclaven, und im classischen R. auch bei Delicten der Hauskinder (im Justinianischen R. ist das Letzte verschwunden und von Justinian ausdrücklich aufgehoben, § 7 I. 4, 8). Vgl. Zimmern System der römischen Noxalklagen (1818). v. Wyß Haftung für fremde Culpa S. 8—47. Schlesinger ZS. f. RGesch. VIII S. 202 fg. C. Sell aus dem Noxalr. der Römer (1879). Bekker Besitz S. 50 fg. Baron Abh. aus dem röm. Civilproceß II S. 47 fg. Wendt Faustr. S. 268 fg. P. F. Girard les actions noxales. Paris 1888. Dazu Kipp Sav.-ZS. X S. 397 fg. [Dschenfzig Grund und Wesen der römischen Noxalklagen. Greifsw. Diss. 1892. Lenel Sav.-ZS. XX S. 5 fg.]

[10] Actio de pastu pecoris, deren Existenz übrigens bestritten ist. S. l. 14 § 3 D. 19, 5 in Verbindung mit Paul. sentent. I, 15 § 1; Zimmern S. 105 fg., Gesterding § 6, Unterholzner S. 172, Sintenis II § 127 [29] zweite Hälfte, Arndts § 327 [6], Pernice zur Lehre von den Sachbeschädigungen S. 222, Radloff S. 63 fg., Eisele a. a. O. (Note [6]) S. 495 fg. S. auch l. 9 § 1 D. 10, 4, l. 6 C. 3, 35.

[11] Vgl. l. 1 § 5 D. 9, 1, l. 8 § 1 D. 9, 2, l. 6 C. 3, 35. [[Sf. XLVII. 28.]] — Das r. R. enthält für diesen Fall (aus dem aedilicischen Edict) noch eine besondere Bestimmung: nach derselben geht gegen den Schuldigen eine actio popularis (Bruns ZS. f. RGesch. III S. 343) auf das Doppelte des angerichteten Schadens, außerdem bei Körperverletzung auf eine arbiträre Geldstrafe, bei Tödtung auf 200 solidi, l. 40 § 1. l. 41. l. 42 D. 21, 1. Dieser Anspruch ist für das heutige R., auch soweit er nicht populär ist, durch StGB. § 367, 11 beseitigt (§ 326 [4]). Vgl. übrigens auch § 1 I. 4, 9, und zu l. 1 § 10 D. eod. Pernice a. a. O. S. 225.

Digitized by Google

[I. Das BGB. kennt die Sätze unter 1. 2 nicht (E. I § 729 fg. strich die II. Comm. [Prot. S. 2863 fg.]), gibt aber über die Haftung für den von Dritten angerichteten Schaden allgemeine Vorschriften in §§ 831. 832; vgl. Nöldeke Gruch. Beitr. XLI S. 766 fg. (1897). Linckelmann (S. 886) S. 46 fg. v. Liszt S. 101 fg.

1. Wer einen Anderen zu einer Verrichtung bestellt, haftet für den Schaden, den der Bestellte in Ausführung der Verrichtung einem Dritten widerrechtlich zufügt. Die Haftung ruht nicht auf dem Beweise eines Verschuldens des Bestellenden (vgl. ob. § 455 [27a]), aber die Haftung des Geschäftsherrn wird ausgeschlossen durch den Beweis, daß derselbe bei der Auswahl der bestellten Person und sofern er Vorrichtungen oder Geräthschaften zu beschaffen oder die Ausführung der Verrichtung zu leiten hat, bei der Beschaffung oder der Leitung die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet, oder daß der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden sein würde.

a) Die Bestellung erfolgt durch Vertrag oder durch einen Befehl auf Grund eines Verpflichtungsverhältnisses. Es wird aber für die Haftung aus § 831 gleichgültig sein, ob der Vertrag gültig ist und ob der Dienstbefehl von dem Bestellten wirklich befolgt werden mußte; es genügt, daß der Bestellte thatsächlich auf Grund der Bestellung gehandelt hat.

b) Die Handlung, welche zu der Haftung Anlaß geben soll, muß innerhalb der Ausführung der Verrichtung liegen; ein nur bei Gelegenheit der Verrichtung begangenes Delict gibt zur Haftung des Geschäftsherrn keinen Grund ab.

Der Bestellte muß einem Andern widerrechtlich Schaden zugefügt haben. E. I §§ 711. 712 sprachen von Haftung für eine von dem Bestellten begangene unerlaubte Handlung (vgl. Mot. II S. 736 fg.); die jetzige Fassung verlangt nur objectiv einen rechtswidrig zugefügten Schaden. Diese Fassung verfolgt freilich nicht den Zweck, die Haftung gegenüber dem I. Entw. zu erweitern, sondern die II. Comm. wollte auf dem Boden des I. Entw. stehen bleiben (Prot. S. 2776 fg. 2784 fg.). Bei Prüfung der Frage aber, ob die Handlung des Dritten wirklich nur objectiv rechtswidrig sein, oder den vollen Thatbestand eines von ihm begangenen Delictes erfüllen, also vorsätzlich oder fahrlässig begangen sein muß, ist zu beachten, daß schon der I. Entw. (§ 713) ebenso wie das Gesetz selbst (840 Abs. 2) mit der Möglichkeit rechnet, daß der Handelnde für den von ihm angerichteten Schaden seinerseits nicht verantwortlich ist. Danach muß die Haftung des Geschäftsherrn aus § 831 in der That auch dann eintreten können, wenn der Bestellte Jemanden objectiv rechtswidrig geschädigt, aber seinerseits kein ihn verantwortlich machendes Delict begangen hat. (v. Liszt S. 102, Oertmann Comm. zu § 831 unter 1, c). Dabei ergeben sich zwei Möglichkeiten: der Bestellte war, obwohl schuldfähig, doch außer Verschulden, und: der Bestellte war schuldunfähig. Ob nur in einem, und welchem dieser Fälle oder ob in beiden der Geschäftsherr aus § 831 haften soll, klärt das Gesetz nicht weiter auf. Hält man sich an das Wort des § 831, so muß der Geschäftsherr in beiden Fällen haften. Zweifelhaft kann sein, ob dieß Ergebniß sachgemäß ist. Wenn der Bestellte in Ausführung seiner Verrichtungen den vollen Thatbestand eines Delicts verwirklicht, so rechtfertigt es sich, den Geschäftsherrn dafür

Digitized by Google

verantwortlich zu machen, wenn er nicht einen der in § 831 Abs. 1 vorbehaltenen Entlastungsbeweise führt. Es ist berechtigt, den gleichen Beweis von dem Geschäftsherrn dann zu fordern, wenn dem Bestellten ein Schuldausschließungsgrund zur Seite steht. Man kann dem Geschäftsherrn zum Vorwurf machen, daß er eine derartige Person bestellt, und wie der Schuldausschließungsgrund selbst beweisbedürftig ist, wird es mit Recht auch beweisbedürftig sein, daß der Geschäftsherr bei der Auswahl der Person und ihrer Leitung den Schuldausschließungsgrund und damit die Bedenklichkeit der Person nicht zu erkennen vermochte. Liegt aber ein Verschulden des Bestellten gar nicht vor, so sollte man erwarten, daß der Geschäftsherr nur dann haftet, wenn ihm ein Verschulden nachgewiesen werden kann. Handelt es sich nicht um Mithaftung für fremdes Delict, so kann es sich folgerichtig nur um Haftung für eigene mit fremder Kraft begangene unerlaubte That handeln, und dazu gehört nach allgemeinen Grundsätzen der Beweis, daß der Geschäftsherr den seinerseits schuldlosen Dritten durch eigene falsche Instruction, Leitung u. s. w. zur Schadenstiftung veranlaßt, oder den Dritten fahrlässig ausgewählt, somit in Wahrheit den Schaden selbst schuldhaft angerichtet hat. Für die Umkehrung der Beweislast auch in diesem Falle läßt sich aber sagen, daß das Handeln durch Andere in der That für Dritte leicht gefährlicher ist, als das eigene Handeln, und daß daher dem Geschäftsherrn nicht zuviel aufgebürdet wird, wenn er die Sorgfalt in der Auswahl des Bestellten, und wenn er ihn zu leiten hat, auch die Sorgfalt in der Verhinderung objectiver Rechtswidrigkeiten beweisen muß.

c) Sind die positiven Voraussetzungen des § 831 gegeben, so entgeht der Geschäftsherr der Haftung nur, wenn er sich in der bereits oben angedeuteten Weise entlastet. Der Beweis, daß der Schaden auch entstanden sein würde, wenn der Geschäftsher die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hätte, macht die weiteren Beweise überflüssig. Zum Sorgfaltsbeweis gehört immer der Beweis der Sorgfalt in Bezug auf die Auswahl der bestellten Person. Dagegen ist nach Lage des Falles zu beurtheilen, ob der Geschäftsherr Vorrichtungen oder Geräthschaften zu beschaffen oder den Bestellten zu leiten hat. Nur wenn dieß der Fall ist, muß er beweisen, daß er auch in dieser Beziehung die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat. Ob er zu jenen Thätigkeiten verpflichtet war, entscheidet sich nach dem Verhältniß zwischen dem Geschäftsherrn und dem Bestellten. Ueberläßt aber der Geschäftsherr die selbständige, ungeleitete Ausführung und die Beschaffung von Vorrichtungen und Geräthen dem Bestellten, so kann er möglicher Weise deßwegen haften, weil es nicht der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt entspricht, dieser Person solche selbständige Thätigkeit anzuvertrauen (Prot. d. II. Comm. S. 2777).

d) Ist der Bestellte seinerseits dem Geschädigten ersatzpflichtig, haften somit der Bestellte und der Geschäftsherr neben einander, so ist im Verhältniß beider der Bestellte allein zur Tragung der Last verpflichtet (840 Abs. 2).

e) Derjenige, welcher für den Geschäftsherrn durch Vertrag die Auswahl des zu Bestellenden oder die Beschaffung von Geräthschaften oder Vorrichtungen oder die Leitung des Bestellten übernimmt, haftet, wie der Geschäftsherr selbst (831 Abs. 2). Ob neben ihm der Geschäftsherr haftet, hängt davon ab, ob dieser durch die Uebertragung der fraglichen Thätigkeit und zwar auf diese

Digitized by Google

Person, seiner Sorgfaltspflicht genügt hat. Haftet der Bestellte neben dem nach § 831 Abs. 2 Haftenden, so kommt auch hier § 840 Abs. 2 zur Anwendung. Der Bestellte trägt im Verhältniß Beider die Last allein. In einem besonderen Rechtsverhältniß werden Beide zu einander regelmäßig nicht stehen, sondern Jeder steht im Rechtsverhältniß zu dem Geschäftsherrn. Trotzdem aber gibt § 840 Abs. 2 die erforderliche Grundlage nicht nur dafür, daß der Bestellte, wenn er zahlt, keinen Rückgriff gegen den nach § 831 Abs. 2 Haftenden hat, sondern auch umgekehrt für den Regreß des Letzteren, wenn dieser gezahlt hat.

Haftet der Geschäftsherr neben dem aus § 831 Abs. 2 Haftenden, so ist § 840 Abs. 2 nicht anwendbar, sondern die Frage, wer im Verhältniß Beider den Schaden trägt, aus dem Vertragsverhältniß zu beurtheilen. Regelmäßig wird demnach die Last auf den aus § 831 Abs. 2 Haftenden fallen.

2. Wenn eine Person, die wegen Minderjährigkeit oder wegen ihres geistigen oder körperlichen Zustandes der Aufsicht bedarf, einem Dritten widerrechtlich Schaden zufügt, so ist ersatzpflichtig Derjenige, welchem kraft Gesetzes die Führung der Aufsicht obliegt. Entlasten kann der danach Haftende sich entsprechend § 831 Abs. 1 S. 2 durch den Beweis, daß er seiner Aufsichtspflicht genügt hat, oder daß der Schaden auch bei gehöriger Aufsichtsführung entstanden sein würde (832 Abs. 1).

a) In diesem Falle ist zweifellos, daß die Bestimmung auch bei Schuldunfähigkeit des Thäters gilt. Gerade die Fälle der Schuldunfähigkeit werden Hauptanwendungsfälle der Vorschrift ergeben. Nothwendige Voraussetzung ist die Schuldunfähigkeit des Thäters dagegen nicht, wie deutlich daran zu erkennen, daß die Bestimmung in Ansehung aller Minderjährigen, auch derjenigen, welche über 18 Jahre alt sind, getroffen ist. Aber auch wenn der Schuldfähige schuldlos objectiv widerrechtlich handelt, ist die Haftung des Aufsichtspflichtigen begründet, vorbehaltlich des Entlastungsbeweises. Dafür sprechen dieselben äußeren Gründe wie im Falle des § 831. Es ist aber hier gegen das Resultat auch gar nichts zu sagen. Die Aufsichtspflicht erstreckt sich zweifellos auch darauf, den Beaufsichtigten von objectiven Rechtswidrigkeiten abzuhalten, bei denen er außer Schuld ist, insbesondere die derselbe als Rechtswidrigkeiten nicht erkennen konnte. Der Aufsichtspflichtige kann aber möglicherweise geltend machen, daß er keinen Anlaß zum Eingreifen eben deßwegen hatte, weil auch er die Rechtswidrigkeit oder die Schädlichkeit der Handlung nicht zu erkennen in der Lage war.

b) Wenn Jemand durch Vertrag die Führung der Aufsicht übernimmt, so haftet er, wie der gesetzlich Pflichtige (832 Abs. 2). Ob dieser neben ihm haftet, hängt wie im Falle des § 831 Abs. 2 davon ab, ob der gesetzlich Pflichtige durch Uebertragung der Aufsicht, und zwar an diese Person, seiner Pflicht genügt hat oder nicht.

c) Haftet auch der Thäter, so haftet er neben dem aus § 832 Abs. 1 oder 2 Haftenden als Gesammtschuldner. Im Verhältniß Beider trägt der Aufsichtspflichtige die Last allein (840 Abs. 2), denn er muß den Aufsichtsbedürftigen dagegen schützen, daß derselbe sich durch Rechtswidrigkeiten in Verpflichtungen stürzt. Haften neben einander der gesetzlich Aufsichtspflichtige und der, welcher die Aufsicht durch Vertrag übernommen hat, so entscheidet das Vertragsverhältniß; regelmäßig wird danach der Uebernehmer die Last zu tragen haben.

Digitized by Google

II. Für Thierschaden (Isay [6] S. 300 fg. Linckelmann S. 85 fg. v. Liszt S. 107 fg.) wird nach BGB. gehaftet, ohne daß es darauf ankommt, ob das Thier gegen die Art und Weise seiner Gattung handelt (vgl. [6]), nicht von dem Eigenthümer, sondern von dem „Halter" des Thieres, und ohne das Recht der noxae deditio (vgl. [6]) (833).

1. Gleichgültig ist, welcher Art das Thier ist, ob Hausthier oder wildes Thier, wofern nur Jemand da ist, der es hält.

2. Es kommen in Betracht Tödtung und Verletzung des Körpers oder der Gesundheit eines Menschen, sowie Sachbeschädigung.

3. Wer der Halter des Thieres ist, bestimmt das Gesetz nicht. Es wird darunter der Eigenbesitzer verstanden werden müssen (Isay S. 315 fg.). Auch bei Pacht, etwa eines Gutes mit lebendem Inventar ohne Eigenthumsübergang an diesem, oder bei Nießbrauch wird das Thier nicht vom Pächter oder Nießbraucher gehalten, sondern vom Verpächter oder Nießbrauchsbesteller. Es haften aber die bezeichneten Personen aus § 834. Der Satz noxa caput sequitur gilt nicht.

4. Ein Entlastungsbeweis ist dem Halter des Thieres nicht nachgelassen.

5. Wer für den Halter des Thieres die Führung der Aufsicht über dasselbe durch Vertrag übernimmt — dieß thut auch Miether, Pächter, Entleiher, Nießbraucher, Pfandnehmer — haftet dagegen nur mit Vorbehalt des Entlastungsbeweises (entsprechend § 831. 832), daß er bei der Führung der Aufsicht die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat, oder daß der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden sein würde (834). Er haftet stets neben dem Halter des Thieres, da dieser nie entlastet werden kann.

6. Aus § 840 Abs. 3 ist zu entnehmen, daß das mitwirkende Verschulden eines Dritten die Haftung aus §§ 833. 834 nicht ausschließt. Nur kann möglicher Weise der aus § 834 Haftende geltend machen, daß er den durch den Dritten mitverschuldeten Schaden auch durch gehörige Beaufsichtigung nicht abwenden konnte.

7. Der dritte Schuldige trägt gemäß § 840 Abs. 3 im Verhältniß zu einem aus § 833 oder 834 Haftenden den Schaden allein; über das innere Verhältniß des Thierhalters zu demjenigen, der die Aufsicht durch Vertrag übernahm, entscheidet das Vertragsverhältniß. Regelmäßig wird der aus § 834 Haftende im Verhältniß zu dem Halter den Schaden allein tragen müssen.

8. Ueber Wildschaden s. 835. 840 Abs. 1. 840 Abs. 3 EG. 70—72.]

4. Beschädigung durch Sachen*.

a. Durch Grundstücke**.

α. Das Allgemeine.

§ 458.

Für den Schaden, welcher von Grundstücken herkommt, kann Ersatz begehrt werden nach folgenden Grundsätzen[1].

---

* Genau genommen sollte gesagt werden: durch andere Sachen, da ja auch die Thiere (§ 457) Sachen sind.

** Dig. 39, 2 de damno infecto et de suggrundis et protectionibus. — Hesse die cautio damni infecti (2. Aufl. 1841). Bachofen das römische

Digitized by Google

1. Der Schaden braucht bloß dann ersetzt zu werden, wenn der Beschädigte sich vor dem wirklichen Eintreten desselben gerührt und ein Versprechen des Ersatzes von dem Gegner erlangt hat[2]. Nur wenn der Beschädigte das Seinige gethan hat, um ein solches Versprechen zu erlangen, dieß ihm aber trotzdem nicht gelungen ist, kann er Schadensersatz auch direct fordern[3]; abgesehen von diesem Fall hat er ohne Schadensersatzversprechen nur ein Retentionsrecht an den etwa in seinen Besitz gelangten Sachen[4].

Pfandr. S. 110 fg. 368 fg. (1847). Reinhard ACPra. XXX S. 226 fg. (1847). Hesse über die Rverhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn I S. 1—184 (1859). Zweite Aufl. (1880) S. 3 fg. Burckhard die cautio damni infecti (1875). Unterholzner II S. 714—721. Sintenis II S. 780—790. Bangerow III § 678 Anm. Brinz 2. Aufl. I § 172. Dernburg I § 230. 231. — Ueber das Geschichtliche der Lehre s. Huschke de actionum formulis, quae in lege Rubria exstant (1832), deutsch bearbeitet in dessen „Gajus" S. 203—242 (1855); Hesse Rverhältnisse ꝛc. S. 168 fg., Burckhard S. 63 fg. [Tjaben die Rmittel des Eigenthümers eines Hauses bei drohendem Einsturz des Nachbarhauses. Erl. Diss. o. J. (1892). Laun Haftung für Hauseinsturz. Erl. Diss. 1899.]

[1] Das Edict des Prätors in l. 7 pr. D. 39, 2. § 458.

[2] Cautio damni infecti. Mit dem Versprechen muß in gewissen Fällen Sicherheitsbestellung verbunden werden; darüber das Nähere im folgenden § (Ziff. 2). — Vgl. noch Ihering Jahrb. für Dogm. VI S. 98 fg. Schuldmoment S. 27. — Heutige Anwendbarkeit: Reinhard a. a. O. S. 246, Hesse Rverhältnisse ꝛc. S. 144. 182. 183 (2. Aufl. S. 148 fg.), Burckhard S. 630 fg., Dernburg S. 535 (537), Hellmann Festschrift für Planck S. 265. 269 (vgl. 249 fg.) Vgl. auch Bekker Aktionen II S. 49 [22]. Sf. XVII. 51, XXI. 211, XXXI. 144, XXXIII. 228, XXXVII. 214. [[Ubbelohde Interdicte III S. 232 fg.]]

[3] a) L. 7 pr. l. 4 § 2. l. 15 § 36. l. 16. 17. l. 18 § 13—15. l. 44 pr. D. 39, 2, l. 4 § 2 D. 43, 4: der Beschädigte hat einen richterlichen Befehl auf Leistung des Versprechens erwirkt, aber der Gegner dem Befehl nicht gehorcht. b) L. 15 § 28 D. 39, 2: der Beschädigte hat sich an den Richter gewendet, aber der Richter überlegt noch, ob er den Befehl ertheilen soll. c) L. 4 § 3 D. 43, 4: der Beschädigte konnte sich nicht an den Richter wenden, weil derselbe ihm nicht zugänglich war. d) L. 7 § 2 i. f. l. 8 l. 9 pr. D. 39, 2: der Beschädigte „non ipsius neglegentia, sed propter aliquod impedimentum sibi non prospexit". Sf. XXXII. 247, XXXIII. 30. In den drei ersten Fällen haftet der Verpflichtete auf Schadensersatz schlechthin, im letzten Fall mit der in Ziff. 2 bezeichneten Maßgabe. — Nach r. R. konnten auch die Municipalmagistrate auf Ersatz belangt werden, wenn durch deren Verschulden das Versprechen nicht geleistet worden war, l. 4 § 7 –10 D. 39, 2.

[4] L. 6. l. 7 § 2. l. 44 pr. D. 39, 2. — Vgl. zu dieser und der vorhergehenden Note Hesse Rverhältnisse ꝛc. S. 131 fg. (2. Aufl. S. 93 fg.), Bangerow Nr. IX, Burckhard S. 10 fg. 594 fg., Brinz 1. Aufl. S. 674 fg. Burckhard ist der Ansicht, der Beschädigte habe an dem Hinübergefallenen nicht bloß ein Retentionsr., sondern auch ein Klager. auf Wegnahme desselben, welchem Anspruch der Eigenthümer nur durch Dereliction des Grundstückes

Digitized by Google

2. Der Schaden braucht nicht über den Werth hinaus ersetzt zu werden, welchen das Grundstück für den Verpflichteten hat; dieser kann sich durch Preisgeben des Grundstücks von aller Verpflichtung befreien[5].

3. Es braucht nur derjenige Schaden ersetzt zu werden, welcher seinen Grund in einer fehlerhaften, nicht derjenige, welcher seinen Grund in der natürlichen Beschaffenheit des Grundstücks hat[6].

4. Dem Grundstück stehen gleich die auf dem Grundstück befindlichen Anlagen[7].

[§§§. S. zu § 459.]

β. Das Nähere.

§ 459.

1. Fordern kann[1] das Schadensersatzversprechen derjenige, welcher von dem drohenden Schaden betroffen werden wird: nicht bloß der Eigenthümer[2], welchem der redliche Besitzer gleichzustellen ist[3], sondern

---

entgehen könne. Burckhard's Ansicht beruht auf einer unzulässigen und unbewiesenen Auslegung der l. 8 D. 39, 2 und einem sehr bedenklichen arg. a contrario aus l. 9 § 2 i. f. D. 39, 2.

[5] Also derselbe Grundsatz, wie bei dem durch Thiere angerichteten Schaden, nur daß dieser Grundsatz nach dem im folgenden § (Ziff. 4) zu Sagenden hier in anderer Weise verwirklicht wird. L. 7 § 1 D. 39, 2: — „cum enim animalia, quae noxam commiserunt, non ultra nos solent onerare, quam ut noxae ea dedamus, multo magis ea, quae anima carent, ultra nos non deberent onerare, praesertim cum res quidem animales, quae damnum dederint, ipsae exstent, aedes autem, si ruina sua damnum dederunt, desierint extare". L. 9 pr. eod. Vgl. auch l. 5 D. 43, 8 (dazu Huschke a. a. O. S. 210. 211 der deutschen Bearbeitung).

[6] Es muß ersetzt werden der Schaden, welcher entstanden ist „vitio aedium, loci, operis", l. 24 § 12 D. 39, 2. S. ferner l. 24 pr. § 2. 5. 6. 9. l. 19 § 1 eod. Ueber den Begriff des vitium s. l. 24 § 2 D. 39, 2. „Vitium autem aedium et loci esse Labeo ait, quod accidens extrinsecus infirmiores eas facit; denique nemo dixit, palustris loci vel arenosi nomine quasi vitiosi committi stipulationem, quia naturale vitium est, et ideo nec ea stipulatio interponitur, neque interposita committetur". Nähere Ausführung im Verfolg der Stelle und in l. 43 pr. D. 39, 2. Vgl. noch l. 13 § 2 D. 39, 2. Hesse Rverhältnisse ꝛc. S. 59 fg. (2. Aufl. S. 41 fg.), Burckhard S. 138 fg. Vgl. Sf. XXXIV. 303.

[7] Es muß ersetzt werden der Schaden, welcher entstanden ist, „vitio aedium, loci, operis". Bei „opus" denken die Römer vorzugsweise an ein Bauwerk; aber auch jede andere Anlage gehört hierher, selbst das auf dem Grundstück Gewachsene, l. 24 § 9 D. 39, 2.

§ 459. [1] Hesse Rverhältnisse ꝛc. S. 80—96 (2. Aufl. S. 54—66), Burckhard S. 270—322. Vangerow a. a. O. Nr. II.

[2] L. 5 § 2. l. 20 D. 39, 2. Miteigenthum: l. 27 D. 39, 2.

Digitized by Google

auch der an der Sache sonst dinglich Berechtigte[4], ja auch der an der Sache nicht Berechtigte, wenn er[5] entweder dem Berechtigten den Schaden ersetzen muß[6], oder wenn er ein Forderungsrecht auf die Sache hat und der Schuldner ihm für den Schaden nicht einsteht[7]. Jedoch braucht bei der Forderung des Versprechens der Fordernde das Rechtsverhältniß, kraft dessen er von dem drohenden Schaden wird betroffen werden, nicht sofort auch zu beweisen: der Gegner kann einstweilen nur den Gefährdeeid verlangen, und zum Beweise kommt er erst dann, wenn aus dem geleisteten Versprechen auf Ersatz des wirklich eingetretenen Schadens geklagt wird[8]. — Ausnahmsweise kann der an und für sich Berechtigte das Versprechen dann nicht fordern, wenn er selbst früher dem Gegner das Versprechen verweigert und in Folge davon an denselben das Eigenthum des schadendrohenden Gegenstandes verloren hat[8a].

2. Verpflichtet[9] zur Leistung des Versprechens ist außer dem Eigenthümer[10], welchem auch hier der redliche Besitzer gleichsteht[11],

[3] Dieß ist bestritten wegen l. 11. l. 13 § 9 D. 39, 2, wo von Marcellus, unter Billigung von Ulpian, das Gegentheil ausgesprochen wird. Aber man muß dieß für eine von der Gesammtentwickelung des r. R. überholte Meinung halten. S. l. 18 pr. D. 39, 2: „Damni infecti stipulatio competit . . . ei, cuius in bonis res est", in Verbindung mit l. 49 D. 50, 16, und die Ausführung von Jhering Abhandlungen S. 106 fg., auch Hesse a. a. O. S. 84 (58) fg., Burckhard S. 306 fg. Auf der anderen Seite namentlich Bangerow a. a. O. und die daselbst Citirten.

[4] Genannt werden: Superficiar, l. 13 § 8. l. 39 § 2 D. 39, 2; Nießbraucher, l. 5 § 2. l. 13 § 8. l. 20 D. 39, 2; Pfandgläubiger, l. 11 D. 39, 2. (Dernburg Pfandr. II S. 392).

[5] L. 18 pr. D. 39, 2. „Damni infecti stipulatio competit non tantum ei, cuius in bonis res est, sed etiam cuius periculo res est". Vgl. andererseits l. 13 § 4 D. 39, 2.

[6] L. 21 D. 39, 2. In l. 13 § 5 D. 39, 2 fordern, wie Hesse S. 80 (55) richtig bemerkt, die inquilini das Versprechen nicht wegen des von ihnen gemietheten Hauses, sondern wegen der von ihnen eingebrachten Sachen. Burckhard S. 278 fg. 291 fg. [[Sf. XLVII. 110]] [nicht entscheidend.]

[7] L. 38 pr. D. 39, 2; vgl. l. 18 § 7—10 eod.

[8] L. 7 pr. l. 13 § 3. 12. 13 D. 39, 2. A. M. Hesse S. 117 fg. in der 1. Aufl. (anders 2. Aufl. S. 81).

[8a] L. 13 § 11 D. 39, 2. — S. auch l. 13 § 7 D. 39, 2.

[9] Hesse Rverhältnisse ꝛc. S. 96—104 (2. Aufl. S. 66—71), Burckhard S. 322 fg. Bangerow a. a. O. Nr. III. IV.

[10] L. 9 § 4. 5. l. 10. l. 15 § 27. l. 19 pr. l. 22 D. 39, 2. Wird über das Eigenthum Proceß geführt, so trifft die Verpflichtung den Besitzer, l. 39 § 1 D. 39, 2. Miteigenthum: l. 27. l. 40 § 3 D. 39, 2, l. 6 § 7 D. 10, 3.

[11] L. 13 pr. D. 39, 2.

Digitized by Google

jeder sonst an der Sache dinglich Berechtigte[12], mit Ausnahme des Grunddienstbarkeitsberechtigten[12a], — so jedoch, daß das Versprechen nicht von Mehreren zugleich verlangt werden kann[13]. Zwischen dem Eigenthümer und dem redlichen Besitzer einerseits und dem sonst an der Sache Berechtigten andererseits besteht aber der Unterschied, daß jene mit dem einfachen Versprechen genug thun, während dieser außerdem Bürgschaft stellen muß[14]. Auch derjenige muß Bürgschaft stellen, welcher auf einem öffentlichen Grundstück eine Anlage macht[15].

3. Gerichtet werden[16] muß das Versprechen auf Ersatz des in § 458 Ziff. 3 bezeichneten Schadens. Unter Schaden ist das gesammte Interesse zu verstehen[17], einschließlich des entbehrten Gewinnes[18]. — Das Versprechen braucht bloß für eine vom Richter zu bestimmende Zeit[19], bei Wasserbauten für 10 Jahre, geleistet zu werden[20]. — Das Versprechen berechtigt und verpflichtet natürlich auch die Gesammtnachfolger, aber ebenso natürlich nicht die Sondernachfolger[21].

---

[12] Emphyteuta und Superficiar: l. 9 § 4. l. 15 § 25. l. 19 pr. D. 39, 2. Nießbraucher: l. 9 § 5. l. 10. l. 15 § 25. l. 19 pr. D. 39, 2. Pfandgläubiger: l. 11. 12. l. 15 § 25. l. 19 pr. D. 39, 2.

[12a] So mit Recht Burckhard S. 342 fg. L. 13 § 1 und l. 30 D. 39, 2 handeln von dem Fall des folgenden §.

[13] L. 9 § 4. 5. l. 10 D. 39, 2. In diesen Stellen wird der Nichteigenthümer neben dem Eigenthümer alternativ („aut", „vel") genannt. Vgl. Note [27] a. E. und l. 22 § 1 D. 39, 2. Hinterherige Ausgleichung zwischen dem Eigenthümer und dem sonst dinglich Berechtigten: l. 9 § 5. l. 10. l. 22 pr. D. 39, 2, vgl. l. 17 § 1 D. 9, 4, l. 9 pr. § 3 D. 42, 5. Hesse a. a. O. S. 166 (136) fg., Bachofen a. a. O. S. 118 fg., Burckhard S. 398 fg., Elvers röm. Servitutenlehre S. 572 fg.

[14] L. 7 pr. D. 39, 2; l. 9 § 4. 5. l. 10. l. 22 D. 39, 2, l. 13 pr. D. 39, 2; l. 9 § 4. 5. l. 10. l. 11. l. 15 § 25. l. 19 pr. l. 22 pr. D. 39, 2.

[15] L. 7 pr. l. 13 pr. l. 15 § 2. 6. l. 24 pr. D. 39, 2. Burckhard S. 461 fg.

[16] Hesse Rverhältnisse 2c. S. 146 fg. (2. Aufl. S. 108 fg.), Burckhard S. 480 fg. Bangerow a. a. O. Nr. VI.

[17] L. 5 § 2. l. 18 § 10. l. 28. l. 37 D. 39, 2. S. noch l. 18 § 5. 6 D. 39, 2. l. 40 pr. eod. und dazu § 258 [2].

[18] L. 28. 29. 37 D. 39, 2.

[19] L. 4 pr. l. 13 § 14. l. 14. l. 15 pr. § 1 D. 39, 2.

[20] L. 7 pr. l. 15 § 2. 4. 6. 7 D. 39, 2.

[21] Aber es kann ausgemacht werden, daß der Versprechende auch für denjenigen Schaden haften solle, welcher eintreten werde, nachdem das Grundstück in andere Hände übergegangen sei. Dieß sagt l. 24 § 1 D. 39, 2. Vgl. l. 17 § 4. l. 18 § 10 eod. Bangerow Nr. VI. 6, Hesse S. 150—152 (2. Aufl. S. 112—115). Anders, aber gewiß nicht richtig, faßt die l. 24 § 1 cit. Schmidt ZS. f. CR. u. Pr. N. F. VIII S. 21 unt. 22.

Digitized by Google

4. Die Leistung des Versprechens wird nicht direct erzwungen. Die Folge seiner Verweigerung[22] ist vielmehr zuerst Einweisung in den Besitz des Grundstücks, von welchem der Schaden droht[23]; durch welche Einweisung jedoch der bisherige Besitzer nicht verdrängt wird[24]. Wird das Versprechen auch jetzt noch nicht geleistet[25], so wird dem Beklagten durch eine zweite richterliche Verfügung[26] sein Recht abgesprochen und dieses auf den Kläger übertragen[27].

---

[22] Hesse Rverhältnisse ꝛc. S. 152—166 (2. Aufl. S. 116—135), Burckhard S. 525 fg. Vangerow a. a. O. VII.

[23] L. 7 pr. D. 39, 2; l. 4 § 1. l. 15 § 11—14. l. 38 § 1 D. 39, 2, l. 1 D. 42, 4; l. 15 § 15. l. 40 § 4. l. 7 pr. i. f. D. 39, 2. Vgl. Glück XVIII S. 266, Sintenis II § 127[6], Dernburg Pfandr. I S. 416 lit. d, Burckhard S. 532 fg.

[24] L. 15 § 20 D. 39, 2. Der Zweck der Einweisung ist, dem Eingewiesenen „custodiam et observationem" zu verschaffen (l. 3 § 23 D. 41, 2, l. 12 D. 42, 4), nebenbei auch: „ut saltem taedio perpetuae custodiae extorqueat . . . cautionem" (l. 5 pr. D. 36, 4). Zur Reparatur ist der Eingewiesene zwar nicht verpflichtet (l. 15 § 30 D. 39, 2), wohl aber berechtigt, und er braucht, wenn er wirklich reparirt hat, den Besitz nicht eher zu verlassen, bis ihm außer dem Versprechen des Ersatzes des künftig eintretenden Schadens auch Ersatz der aufgewendeten Kosten geleistet worden ist (l. 15 § 21. 32 vgl. l. 34 D. 39, 2). Auf Ersatz dieser Kosten steht ihm übrigens auch ein Kläger. zu, l. 15 § 34 D. 39, 2. — Klage auf Zulassung: l. 1 § 3. l. 4 pr. D. 43, 4.

[25] L. 4 § 4—6. l. 15 § 21. 22. l. 19 pr. D. 39, 2. (l. 30 D. 9, 4).

[26] S. g. missio ex secundo decreto, vgl. l. 15 § 16 D. 39, 2.

[27] Der römische Magistratus konnte aber nicht das R. selbst, sondern nur gerichtlichen Schutz des dem Re entsprechenden factischen Zustandes verleihen; das R. selbst wurde erst durch die Ersitzung erworben. Daher edicirte der Prätor: „Eum, cui ita non cavebitur, in possessionem eius rei, cuius nomine ut caveatur postulabitur, ire, et cum iusta causa esse videbitur etiam possidere iubebo", l. 7 pr. D. 39, 2, und s. ferner l. 5 pr. l. 12. l. 15 § 16. 26. 27. l. 18 § 15 D. 39, 2, l. 3 § 33 D. 41, 2, während in anderen Stellen als Wirkung der zweiten Verfügung geradezu Entstehung des Eigenthumsr. bezeichnet wird, s. l. 15 § 16. 17. 33 D. 39, 2, l. 7 § 1 D. 7, 1, l. 1 pr. D. 23, 5; auch l. 26 § 6 i. f. D. 9, 4. Ist freilich der Gegner selbst nur redlicher Besitzer, so erhält auch der Eingewiesene bloß bonae fidei possessio, vgl. l. 28 D. 9, 4. Hesse a. a. O. S. 158 (127) fg. Burckhard S. 556 fg., Vangerow a. a. O. Nr. VII. 4. — Durch die Uebertragung des Eigenthums gehen dingliche Re, welche an der Sache zu Gunsten eines Dritten bestehen, nicht unter; aber auch sie werden dem Berechtigten abgesprochen, wenn auch er seinerseits die Caution verweigert. L. 44 § 1. l. 15 § 24. 25. l. 12. l. 9 § 4. 5 D. 39, 2, vgl. l. 17 § 1. l. 26 § 6 D. 9, 4. Ist die Caution bloß von dem an fremder Sache Berechtigten gefordert, so wird bei Verweigerung derselben auch bloß das R. an fremder Sache abgesprochen, und auf den Fordernden übertragen. L. 15 § 26 D. 39, 2, vgl. l. 27 D. 3, 4. Andere, so namentlich Elvers Servitutenlehre S. 525, Vangerow Nr.

Digitized by Google

5. Das Versprechen kann nicht gefordert werden, wenn ein Anspruch auf Ersatz des eintretenden Schadens schon anderweitig begründet ist[28].

[Das Recht der cautio damni infecti besteht nach BGB. nicht mehr. Dafür tritt ein ein nicht durch Caution vermittelter Schadensersatzanspruch nach folgenden Grundsätzen (836—838).

1. Objective Voraussetzung ist, daß durch den Einsturz eines Gebäudes oder eines anderen mit einem Grundstück verbundenen Werkes, oder durch die Ablösung von Theilen des Gebäudes oder des Werkes eine Tödtung, Verletzung des Körpers oder der Gesundheit eines Menschen, oder eine Sachbeschädigung verursacht ist, und zwar in Folge objectiv fehlerhafter Errichtung oder objectiv mangelhafter Unterhaltung (836 Abs. 1 S. 1).

2. Unter dieser Voraussetzung haftet auf Schadensersatz der Eigenbesitzer des Grundstückes (836 Abs. 1 S. 1. Abs. 3). Besitzt aber Jemand auf einem fremden Grundstück ein Gebäude oder ein Werk in Ausübung eines Rechtes, so trifft die Haftung ihn, nicht den Grundbesitzer. Es ist gleichgültig, ob das Recht ein dingliches ist (s. 95 Abs. 1 S. 2) oder ein obligatorisches. Wenn auf einem Grundstück der Pächter ein Bauwerk errichtet, so kann dasselbe gemäß § 865 von ihm besessen werden. Wie es gleichgültig ist, ob der Eigenbesitzer wirklich der Eigenthümer ist, so ist es auch gleichgültig, ob das ausgeübte Recht dem Besitzer wirklich zusteht oder nicht.

3. Die Ersatzpflicht ist ausgeschlossen, wenn der Besitzer beweist, daß er zum Zwecke der Abwendung der Gefahr die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat (836 Abs. 1 S. 2). Hierbei kann es auch wichtig werden, daß der

---

VII. 2. e, und in ausführlicher Darstellung Burckhard S. 344 fg., wollen die Entscheidung der l. 15 § 26 cit. auf den in derselben behandelten Fall der Emphyteuse beschränken. Ich halte das für bedenklich. Gewiß sehen die Quellen den Fall der Einweisung gegen den Eigenthümer als den regelmäßigen an, und der Bedrohte wird zu erwägen haben, ob er mit einem Vorgehen gegen den Nichteigenthümer etwas zu erreichen im Stande ist, was ihm dient, wie z. B. mit dem Vorgehen gegen den Pfandgläubiger. Aber daß ihm einseitiges Vorgehen z. B. gegen den Superficiar oder Nießbraucher verschlossen sein sollte, wenn es ihm paßt oder genügt, gerade deren Re zu erwerben bez. zur Ausübung sich zu verschaffen, oder wenn das Vorgehen gegen den Eigenthümer mit Schwierigkeiten verbunden ist, liegt gewiß nicht im Sinne der Quellen. Dernburg § 231 [15] will der Emphyteuse nur die Superficies gleichstellen. — Miteigenthum: l. 5 § 1 D. 39, 2. Einweisung Mehrerer: l. 5 § 1 cit., l. 15 § 15. 17. 18. l. 40 § 4 D. 39, 2.

[28] L. 32 D. 39, 2: — „et est plane nostrorum praeceptorum haec sententia, ut credamus, inutilem esse damni infecti stipulationem, quo casu damnum alia actione sarciri possit". S. ferner l. 13 § 6. l. 33 D. 39, 2; l. 18 § 2. l. 20 D. 39, 2; l. 18 § 4 D. 39, 2; l. 18 § 9 D. 39, 2. Hesse Averh. ꝛc. S. 122 (83) fg., Burckhard S. 250 fg., Vangerow Nr. X. Vgl. auch noch Schneider in Sell's Jahrb. I S. 423 fg., Schäffer APraktRW. II S. 272—294. Sf. VII. 185.

Digitized by Google

Nachbar den Besitzer auf eine Gefahr nicht aufmerksam gemacht hat. Wenn eine Gefahr vom Nachbargrundstück wahrnehmbar ist, vom Innern des bedrohenden Grundstückes aus dagegen nicht, so ist möglicherweise der Besitzer dieses Grundstückes nicht für nachlässig zu halten, wenn er gegen diese Gefahr keine Maßregeln ergriff; denn er kann nicht verpflichtet sein, sein Bauwerk alle Tage oder Wochen einer gründlichen Revision zu unterziehen.

4. Das mitwirkende Verschulden eines Dritten schließt die Haftung des Besitzers nicht aus, wie § 840 Abs. 3 zeigt. Aber es ist zu beachten, daß, wenn ein Dritter etwas von dem Gebäude abbricht oder sonst herabstürzt, dieß kein Einsturz und keine Ablösung im Sinne des § 836 ist, und wenn ein Dritter den Einsturz oder die Ablösung herbeiführt, ohne daß ihm dieß durch fehlerhafte Anlage oder mangelhafte Unterhaltung erleichtert wird, der Fall des § 836 ebenfalls nicht vorliegt. Ist dagegen ein fehlerhafter Zustand gegeben, so ist der Besitzer auch insofern zur Sorgfalt verpflichtet, als er Dritte, soweit thunlich, von Herbeiführung des Einsturzes oder der Ablösung abhalten muß; erfolgt aber ein solches Ereigniß unter Mitwirkung eines Dritten, obwohl der Besitzer seiner Sorgfaltspflicht auch nach dieser Richtung hin genügt hat, so ist er frei.

5. In gewissen Grenzen haftet auch der frühere Besitzer (836 Abs. 2), dann nämlich, wenn der Einsturz oder die Ablösung innerhalb eines Jahres nach der Beendigung seines Besitzes eintritt. Er entlastet sich durch den Beweis, daß er während seiner Besitzzeit die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat, oder daß ein späterer Besitzer die Gefahr durch Beobachtung dieser Sorgfalt hätte abwenden können.

6. Wer die Unterhaltung eines Gebäudes oder eines mit einem Grundstück verbundenen Werkes für den Besitzer übernimmt — auch hier wohl durch Vertrag — oder das Gebäude oder Werk vermöge eines ihm zustehenden Nutzungsrechtes zu unterhalten hat, ist in gleicher Weise verantwortlich wie der Besitzer (838). Ihm steht also auch der gleiche Entlastungsbeweis offen. Ob neben ihm der Besitzer haftet, hängt davon ab, ob der Letztere durch die Uebertragung der Unterhaltung, und zwar an diese Person, seiner Sorgfaltspflicht genügt hat. Auch im Falle des Nutzungsrechtes kann möglicherweise den Besitzer der Vorwurf treffen, dadurch, daß er dieser Person das Bauwerk und dessen Unterhaltung anvertraute, seine Sorgfaltspflicht verletzt zu haben. Auch kann er diese Pflicht dadurch verletzen, daß er den Nutzungsberechtigten nicht in der erforderlichen Weise zur Erfüllung seiner Verpflichtung anhält.

7. Wenn ein dritter Schuldiger neben dem Besitzer oder neben einem aus § 838 Haftenden verantwortlich ist, so trägt der Schuldige im Verhältniß Beider die Last allein (840 Abs. 3). Haftet der Besitzer neben einem aus § 838 Verantwortlichen, so entscheidet das zwischen ihnen bestehende Rechtsverhältniß, nach welchem regelmäßig der aus § 838 Haftende die Last zu tragen haben wird.

8. Bei drohender Gefahr kann nach Maßgabe von § 908 der Eigenthümer des bedrohten Grundstücks von Demjenigen, der nach § 836 Abs. 1. 837. 838 haftet, also (begreiflicher Weise) nicht auch vom ehemaligen Besitzer, verlangen, daß die zur Abwendung der Gefahr erforderlichen Vorkehrungen getroffen werden.]

Digitized by Google

γ. Zusätzliches*.

§ 460.

Das im Vorstehenden entwickelte Recht ist zum Theil übertragen worden auf den Schaden, welchen Jemand erleidet nicht durch die fehlerhafte Beschaffenheit eines fremden Grundstückes oder einer darauf befindlichen Anlage, sondern in Folge einer Thätigkeit, durch welche auf das fremde Grundstück eingewirkt wird[1]. Eine solche Thätigkeit kann möglicherweise zu Schadensersatz verpflichten nach dem Rechte des Aquilischen Gesetzes[2]; wo dieses Recht nicht aushilft[3], kann unter Umständen der Beschädigte zum Schadensersatz gelangen auf dem Wege eines vorgängig erlangten Schadensersatzversprechens[4]. Die dafür geltenden Regeln sind folgende.

---

* Das in diesem § Vorgetragene gehört eigentlich seinem systematischen Zusammenhange nach nicht hierher, weil es sich dabei nicht mehr um Beschädigung durch Sachen handelt; es gehört vielmehr eigentlich als Anhang in die Lehre vom R. der lex Aquilia. Die ihm hier gegebene Stellung empfiehlt sich aber dadurch, daß auch in diesem Falle Schadensersatz nur auf dem Wege vorgängigen Versprechens erlangt werden kann.

§ 460. [1] Auch von einem solchen Schaden kann man nämlich sagen, daß er „vitio operis" eingetreten sei, für welchen Fall das Edict die cautio damni infecti versprochen hatte (§ 458 [6]). Denn: a) opus bezeichnet nicht bloß das Resultat der Thätigkeit, sondern auch die Thätigkeit selbst, vgl. l. 5 D. 50, 16 und l. 18 D. 46, 8, in welcher letzteren Stelle als Formel der cautio damni infecti bezeichnet wird: „si quid . . . scindetur, fodietur, aedificabitur"; b) vitium hat nicht bloß die Bedeutung von fehlerhafter Beschaffenheit, sondern auch die Bedeutung von Schuld (vgl. z. B. l. 95 § 11 D. 46, 3), und zwar, in gleicher Weise wie dieß auch bei dem deutschen Ausdruck Schuld der Fall ist, ohne daß dabei immer an eine Zurechnung gedacht würde (vgl. z. B. Cic. Phil. 2 c. 18: fortunae vitio, non suo decoquere, — de har. resp. c. 26: honorem vitio civitatis, non suo non assequi). In gleich abgeblaßtem Sinne wird in l. 40 § 1 D. 39, 2, l. 7 § 13 D. 10, 3 und l. 46 pr. D. 47, 2 der Ausdruck beneficium gebraucht, so daß auch er nichts bezeichnet, als daß eine Wirkung in einer Person, Sache, Thatsache ihre Ursache habe. Vgl. auch Reinhard ACPra. XXX S. 229, Hesse Rverhältnisse ꝛc. S. 71 (41) fg., Burckhard S. 136 fg., Sf. XXXIII. 28. 29.

[2] Dann bleibt es natürlich dem Beschädigten unbenommen, sich auf dieses R. zu berufen; er kann aber auch, wenn er ein Schadensersatzversprechen erlangt hat, dieses geltend machen. L. 27 § 10 D. 9, 2 (vgl. Coll. XII, 7 § 8), l. 1 § 5 D. 43, 15, l. 18 D. 8, 2 (vgl. [9]). [Sf. LI. 7. 8. LIII. 150.]

[3] Entweder weil den Handelnden keine Verschuldung trifft (l. 18 § 4 D. 39, 2), oder weil der Schaden nicht an dem Körper einer Sache erlitten worden ist, z. B. die Miether ziehen aus (l. 37 vgl. l. 28. 29. l. 43 § 1 D. 39, 2). [RG. XXX S. 114 fg.]

Digitized by Google

1. Nicht einer jeden Thätigkeit gegenüber, durch welche der Eigenthümer auf seinen Grund und Boden einwirkt, kann das Schadensersatzversprechen begehrt werden; wo hier die Grenze zu ziehen sei, ist eine Frage, welche der Lehre von den Eigenthumsbeschränkungen angehört[4a]. Unter keinen Umständen braucht der Eigenthümer Ersatz zu versprechen für die Vortheile, welche er durch seine Thätigkeit dem benachbarten Grundstück entzieht[5].

2. Leistet der Eigenthümer das Versprechen nicht, wo er es leisten muß, so erfolgt nicht Einweisung in den Besitz und Aberkennung des Rechts[6], sondern der Eigenthümer wird in der Fortsetzung seiner Thätigkeit gehindert[7].

---

[4] L 24 § 12. l. 26 D. 39, 2, vgl. auch l. 29 D. 8, 2. [Sf. LIII. 150. RG. XXXV S. 151 fg.] Hier ist ein allgemeines Princip anerkannt. S. I § 169, 8. Für diese Anwendung der cautio damni infecti sprechen ferner folgende Gründe. a) In l. 15 § 2 sqq. l. 24 pr. D. 39, 2, vgl. l. 31 eod., heißt es von der cautio damni infecti, welche von demjenigen geleistet worden ist, der auf einem öffentlichen Grundstück ein „opus facit", daß kraft dieser Caution Ersatz alles aus dem opus entstandenen Schadens verlangt werden könne. Dabei wird zwar einerseits ausgegangen von dem Begriff „vitio operis", andererseits aber (vgl. [1]) so wenig eine fehlerhafte Beschaffenheit des opus verlangt, daß vielmehr dieser letztere Fall in l. 24 pr. cit. als ein besonderer ausdrücklich hervorgehoben wird. In l. 15 § 5 cit. heißt es denn auch, daß das „damnum ex opere" ersetzt werden müsse. Der gleiche Ausdruck in l. 39 pr. D. 39, 2, nur daß hier statt „damnum" „vitium" gesagt ist, worüber zu vergleichen ist l. 43 D. 39, 2, l. 1 § 3 D. 43, 13. b) Die cautio damni infecti kann nach dem in § 456 [17] und unten in diesem § unter Ziff. 4 Gesagten auch von demjenigen gefordert werden, welcher auf fremdem Grund und Boden etwas vornehmen will, wozu er an und für sich berechtigt ist. Auch in diesem Falle wird eine fehlerhafte Beschaffenheit des opus nicht verlangt; ja die Arbeiten, um die es sich hier handelt, sind zum Theil von der Art, daß in Betreff ihrer ein vitium operis in dem Sinne von fehlerhafter Beschaffenheit keinen Sinn hat, s. z. B. l. 9 § 1 D. 39, 2 (Wegnehmen von aufgetriebenen Sachen), l. 9 § 1 D. 10, 4 (Auflesen von Baumfrüchten), ferner l. 19 § 4 D. 19, 2, l. 5 D. 39, 3. c) Nach l. 35—37 D. 39, 2 ist derjenige, welcher eine gemeinschaftliche Mauer neu baut, aus der damni infecti cautio dem Miteigenthümer zum Schadensersatz verpflichtet, wenn in Folge des Neubaus dessen Miether ausziehen. Dabei wird nur vorausgesetzt, daß der Neubau unnöthig war, weil sonst der Bauende die Befugniß zu demselben ohne Rücksicht auf seine Folgen hatte; unter dieser Voraussetzung aber ist es der Neubau als solcher, welcher verpflichtet, nicht erst eine fehlerhafte Beschaffenheit desselben.

[4a] S. I § 169 [19]. [RG. XXXV S. 123 fg.: Glaubhaftmachung der Voraussetzungen des Cautionsanspruchs, auch der befürchteten Gefahr.]

[5] L. 24 § 12. l. 26 D. 39, 2, vgl. l. 21 D. 39, 3. Hesse Verhältnisse ꝛc. S. 64 (31), fg., Vangerow a. a. O. Nr. VI 4. Sf. XII. 124, XVIII. 12, XXVII. 93.

Digitized by Google

3. Der gleiche Nachtheil trifft denjenigen, welcher auf einem öffentlichen Grundstück eine Thätigkeit vornimmt, von welcher ein Anderer Schaden fürchtet[8].

4. Daß auch derjenige ein Schadensersatzversprechen leisten muß, der zu einer Thätigkeit auf fremdem Grund und Boden, zu welcher er an und für sich berechtigt ist, zugelassen werden will, und daß die Leistung des Versprechens die Bedingung seiner Zulassung ist, ist bereits oben bemerkt worden[9]. Bürgschaft braucht in diesem Falle nicht bestellt zu werden[10].

[S. §§§. 867. 1005. 258.]

b. Durch bewegliche Sachen.

§ 461.

Für Schaden, welcher Jemandem durch eines Andern bewegliche Sache zugefügt wird, kann er Ersatz nur insofern begehren, als er die Schaden stiftenden Sachen, wenn sie in seinen Besitz gelangt sind, vor geleistetem Schadensersatz nicht herauszugeben braucht[1].

[Dieser Satz besteht nach §§§. nicht. Das Zurückbehaltungsrecht gemäß § 273 Abs. 2 setzt voraus, daß nach anderen Vorschriften derjenige, welchem der Anspruch auf Herausgabe zusteht, für den durch die Sache angerichteten Schaden haftet. Dieß ist bei dem Thiere, bei dem abgelösten Gebäudetheil nach Maßgabe von §§ 833. 836 fg., bei der sonstigen beweglichen Sache aber nicht der Fall.]

---

[6] Wie die herrschende Meinung annimmt. Die hier vertretene Meinung ist namentlich ausgeführt worden von Bachofen Pfandr. S. 384 fg., welcher Schriftsteller aber darin zu weit geht, daß er den Ausdruck damnum vitio operis ausschließlich auf den hier verhandelten Fall bezieht. Vgl. noch Hesse a. a. O. S. 5. 153 unt. 154 (2. Aufl. S. 6. 116 fg.), Burckhard S. 42 fg. 163 fg.

[7] Durch den Richter, wenn der Eigenthümer auf den Einspruch des Gegners nicht hört — operis novi nuntiatio, interdictum quod vi aut clam. Vgl. namentlich l. 1 § 16. 17 D. 39, 1. Burckhard S. 525 fg.

[8] Nur daß in diesem Falle die Leistung des Versprechens umgekehrt die Bedingung ist, unter welcher der Handelnde gerichtlichen Schutz für die Fortsetzung seiner Thätigkeit erhält. L. 1 pr. D. 43, 15 in Verbindung mit l. 7 pr. D. 39, 2, l. 1 pr. D. 43, 11 in Verbindung mit l. 15 § 6 D. 39, 2, l. 1 pr. D. 43, 9 in Verbindung mit l. 15 § 9 D. 39, 2. — Ausgeschlossen ist die cautio damni infecti nach l. 15 § 10. l. 24 pr. D. 39, 2 in dem Fall, wo der Staat selbst die Anlage macht. Doch ist die heutige Anwendbarkeit dieser Bestimmung bestritten. Gegen die Anwendbarkeit Burckhard S. 662 fg.; für dieselbe das OL. zu Stuttgart bei Sf. XXIV. 37. [RG. XXXV S. 153 fg., vorausgesetzt, daß die Anlage auf locus publicus im engeren Sinne erfolgt.]

[9] S. § 456 [17]. Hierher gehört auch wohl l. 18 D. 8, 2.

[10] L. 13 § 1. l. 30 pr. § 1 D. 39, 2. Burckhard S. 473 fg. Anders ist entschieden bei Sf. IV. 11.

Digitized by Google

D. Zwang und Betrug.

§ 462.

Den Betrug stellt das römische Recht lediglich unter die allgemeine Kategorie der Arglist, der Betrug ist die wichtigste Art der Arglist[1]. Es gelten daher für den aus dem Betrug entstehenden Anspruch die in § 451 angegebenen Grundsätze[2].

Dagegen gelten für den Zwang[3], vorausgesetzt, daß er die erforderlichen[4] Eigenschaften hat, folgende besondere Bestimmungen.

1. Der Zwingende haftet auf vollen Schadensersatz[6] binnen der gewöhnlichen Verjährungsfrist[7]. Wird aber innerhalb eines

---

[1] L. 5 § 4 D. 10, 4, l. 9 § 3 D. 39, 2, l. 8 D. 47, 9. Heise und Cropp Abhandlungen 1 S. 20 fg. (über l. 9 § 2 D. 39, 2 das. S. 422. 423), Burckhard S. 25 fg. Sf. III. 59, IV. 53. § 461.

[1] Vgl. § 451 [2]. § 462.

[2] Nur Einen Fall des Betruges hebt das r. R. besonders hervor, den Betrug desjenigen, welcher wissend, daß er nicht Tutor ist, zu einer Rhandlung des Mündels seine Auctorität gibt. L. 7 pr. D. 27, 6. Unterholzner II § 338, Rudorff R. der Vormundschaft II S. 295—301. Für die Römer hatte diese besondere Hervorhebung die Bedeutung, daß die actio gegen den falsus tutor nicht den in § 451 [10] angegebenen Beschränkungen unterlag. Für uns ist die Unterscheidung dieses Falles ohne alles Interesse. Denn das R. des Betruges, wie es für uns gilt, ist nicht enger, sondern weiter, als das R. dieses besonderen Falles (oder kann doch weiter sein), da die actio de dolo erst in zwei Jahren verjährt (§ 451 [5]), die actio gegen den falsus tutor dagegen bereits in einem Jahre (tauglicher Zeit, l. 9 § 1 D. tit. cit.).

[3] Dig. 4, 2 quod metus causa gestum erit. Cod. 2, 19 [20] de his quae vi metusve causa gesta sunt. — Schliemann die Lehre vom Zwange S. 15—52. Kramer de leer van den psychischen dwang (Inauguralabhandlung 1864) S. 199 fg. Glück V S. 468 fg.; Unterholzner II § 339—341, Sintenis II S. 743—745. Gradenwitz die Ungültigkeit obligatorischer Rgeschäfte (1887) S. 9—64.

[4] Sie sind I § 80 [6] angegeben. [S. auch Sf. LII. 21.]

[5] Anwendbarkeit der actio doli: l. 14 § 13 D. 4, 2, — der condictio ob turpem causam: l. 4 § 2. l. 7 D. 12, 5 (§ 423 [4]).

[6] L. 9 § 7. 8. l. 10 § 1. l. 12 pr. l. 12 § 2. l. 21 § 2 D. 4, 2; l. 4 C. 2, 19 [20]. Er haftet unabhängig von aller Bereicherung: l. 14 § 5 D. 4, 2, l. 1 C. 2, 19 [20].

[7] Die actio quod metus causa ist nach classischem R. actio perpetua, l. 14 § 1 D. 4, 2. Allerdings heißt es, daß dieselbe post annum nur dann gegeben werden solle, wenn keine andere actio zu Gebote stehe (l. 14 § 1. 2 D. 4, 2, l. 4 C. 2, 19 [20], Schneider subsidiäre Klagen S 377 fg.); aber es ist nicht abzusehen, wie von diesem Satze noch heutzutage Gebrauch gemacht werden könnte, da auch aus dem Zwang als solchem nicht Mehr verlangt werden kann, als Ersatz des erlittenen Schadens. — Die Erben haften, wie bei allen andern Delictsansprüchen, nach r. R. auf die Bereicherung (l. 16 § 2. l. 17. 19. 20 D.

Digitized by Google

Jahres (tauglicher Zeit[8]) gegen ihn geklagt, so trifft ihn der fernere Nachtheil, daß er, wenn er bis zum Urtheil hartnäckig bleibt, auf das Vierfache verurtheilt wird[9]. Ob die erzwungene Handlung eine Rechtshandlung ist, oder eine Handlung thatsächlicher Natur, ist gleichgültig[10].

2. Aus dem Zwange entsteht ferner ein Anspruch gegen den dritten Unschuldigen, welcher dasjenige in Händen hat, was dem Gezwungenen durch den Zwang entzogen worden ist[11], oder welcher es arglistigerweise wieder verloren hat[12] — auf Herausgabe des in seinen Händen Befindlichen oder in der angegebenen Weise wieder Verlorenen. Auch dieser Anspruch verjährt in der gewöhnlichen Zeit und steigert sich ebenfalls binnen eines Jahres durch hartnäckige Verweigerung der Restitution auf das Vierfache[13]. Dieser Anspruch setzt aber voraus, daß die erzwungene Handlung eine Rechtshandlung sei[14].

[Nach BGB. bestehen über den Schadensersatz aus den hier fraglichen unerlaubten Handlungen keine besonderen Grundsätze. Von der Anfechtung wegen Zwanges und Betruges ist hier nicht die Rede.]

E. Verkürzung der Gläubiger.

§ 462a.

Für diese Materie bildet gegenwärtig das römische Recht nicht mehr das gemeine Recht Deutschlands. Dasselbe beruht vielmehr auf der Reichsconcursordnung § 22—34, und was die Anfechtung von Rechtshandlungen des Schuldners außerhalb des Concursverfahrens angeht, auf dem gleichzeitig mit der Concursordnung in Kraft ge-

---

4, 2), nach heutigem auf den Bestand der Erbschaft (§ 359 [15. 16]). Bereicherung; aber „sufficit semel pervenisse", durch Verzehrung wird der Erbe nicht frei. L. 17 cit. Gradenwitz S. 42.

[8] L. 14 § 2 D. 4, 2, l. 4 C. 2, 19 [20].

[9] L. 14 § 1. 4. 7. 9. 10. 14 D. 4, 2 l. 4 C. 2, 19 [20]. Die heutige Anwendbarkeit dieses Satzes ist freilich sehr bestritten, und jedenfalls ist er nicht mehr in lebendigem Gebrauch. S. § 263 [18. 15].

[10] Dieß wird gewöhnlich nicht beachtet. Aber s. l. 9 § 2 D. 4, 2 („vel aedificii depositionem"), l. 9 pr. eod. („si forte adhibita manu in meo solo per vim aedifices . . scilicet quoniam metu patior id te facere"). Schliemann S. 38—40, Kramer p. 56. 105 sqq.

[11] L. 9 § 1. 8. l. 10 pr. l. 11. l. 14 § 3. 5 D. 4, 2; vgl. l. 3 C. 2, 19 [20].

[12] L. 14 § 5. l. 18 D. 4, 2.

[13] L. 14 § 3 D. 4, 2. S. Note [9].

[14] Schliemann S. 40 [15].

Digitized by Google

tretenen Reichsgesetz vom 21. Juli 1879. Doch ist im Folgenden das frühere gemeine Recht noch dargestellt. Die hauptsächlichen Abweichungen des Reichsrechts sind in § 463a angegeben.

1. Das frühere gemeine Recht*.

§ 463.

Wenn ein Schuldner in der Absicht, seine Gläubiger zu verkürzen, eine Vermögensentäußerung vornimmt, so haftet nicht bloß er selbst den Gläubigern, sondern unter gewissen Bedingungen auch derjenige, zu Gunsten dessen er die Vermögensentäußerung vorgenommen hat[1]. Von praktischer Bedeutung ist natürlich allein das Letztere, da der Schuldner den Gläubigern ohnehin verpflichtet ist[1a].

---

* Dig. 42, 8 quae in fraudem creditorum facta sunt ut restituantur. Cod. 7, 75 de revocandis his quae in fraudem creditorum alienata sunt. — Dabelow ausführliche Entwickelung der Lehre vom Concurse der Gläubiger S. 375-477 (1801). Reinhardt Vermischte Aufsätze Heft 2 Nr. 29 (1823). v. Schröter ZS. f. CR. u. Pr. VI S. 131-137 (1833). Franke ACPra. XVI S. 125 fg. 251 fg. (1833). Laspeyres das. XXI S. 35 fg. (1838). Huschke ZS. f. CR. u. Pr. N. F. XIV S. 1 fg. (1857). Rudorff ZS. f. RGesch. VIII S. 62—99 (1869). Huschke das. IX S. 329—366 (1870). Reinhart die Anfechtungsklage wegen Verkürzung der Gläubiger (1871; darüber Czyhlarz und Brinz kr. VJS. XV S. 83 fg). O. Schönemann die Paulianische Klage (1873). Hasenbalg die Lehre von der Paulianischen Klage (1874; darüber Eck Jena. Lit. Zeit. 1874 S. 588 fg.). A. Maierini della revoca degli atti fraudolenti fatti in pregiudizio dei creditori. Firenze 1874. [3. Aufl. 1898] O. Fischer Anwendbarkeit der actio Pauliana auf Zahlung, Hingabe an Zahlungsstatt und Pfandbestellung (1875). v. Schey ZS. für RGesch. XIII S. 120—195 (1878). Otto die Anfechtung von Rhandlungen, welche ein Schuldner, zu dessen Vermögen Konkurs nicht eröffnet ist, zum Nachtheil seiner Gläubiger vornimmt, nach gemeinem, sächsischem und deutschem Reichsre (1881; darüber Eck ZS. f. HR. XXIX S. 296 fg.). Grützmann das Anfechtungsr. der benachtheiligten Konkursgläubiger nach gemeinem Re und nach der Reichs-Konkursordnung (1882; darüber Hellmann kr. VJS. XXVII S. 91 fg.). Außerdem gehören hierher die Inaugural-Dissertationen von Mankiewicz (Halle, S. a., 1875?) und von Claasen (Freiburg, 1879). Enrico Serafini della revoca degli atti frandolenti compiuti dal debitore secondo il diritto romano, vol. I 1887, vol. II 1889. Ueber den ersten Band Schneider kr. VJS. XXX S. 60 fg. Unterholzner II S. 92—100. 141. Sintenis II S. 734—738. Brinz 1 Aufl. § 123. 2. Aufl. II § 345. [zu Brezzo la revoca degli atti fraudolenti compiuti a danno dei creditori. Torino 1892 s. Sraffa Arch. giur. XLVIII p. 209 s.] — Ueber die actio Fabiana und die actio Calvisiana s. Francke Notherbenr. S. 486 fg., Schmidt Pflichttheilsr. des Patrons S. 92 fg.

[1] Das Prätorische Edict, die Quelle der hierher gehörigen Bestimmungen, § 463.
stellte den Gläubigern für den bezeichneten Fall sowohl eine actio zur Verfügung (l. 1 pr. D. 42, 8), als ein interdictum (l. 10 pr. D. 42, 8). Die

Digitized by Google

1. Vermögensentäußerung. Wie dieselbe geschieht, ist gleichgültig. Ein Hauptfall ist der der Veräußerung im engeren Sinn, d. h. der

---

actio wird in l. 38 § 4 D. 22, 1 Pauliana actio genannt; das interdictum kommt sonst unter dem Namen fraudatorium interdictum vor (l. 69 [67] § 1 D. 36, 1, l. 96 pr. D. 46, 3, l. 1 C. Th. 2, 16). Am Schlusse der zweiten Edictsstelle (l. 10 pr. cit.) wird noch eine actio in factum gegen den unschuldigen Erwerber versprochen, und in der Interpretation dieser Edictsstelle wird eine actio in factum auch gegen den der Arglist theilhaftigen Erwerber als das zutreffende Rmittel behandelt. Das Verhältniß dieser verschiedenen Rmittel zu einander ist nicht klar. Die gewöhnliche Ansicht, wie sie neuerdings von Reinhart vertreten wird, geht dahin, daß die actio Pauliana und die actio in factum identisch seien, und daß von beiden das interdictum fraudatorium nur processualisch (nach classischem R.), nicht aber materiell verschieden sei. Abweichende Ansichten nach sehr verschiedenen Richtungen haben Rudorff, Huschke und v. Schey entwickelt, worüber man sich am kürzesten aus dem Aufsatz des letztgenannten Schriftstellers unterrichten kann. Otto S. 1 fg., Grützmann S. 3 fg. Die Ansicht Lenel's Ed. perpetuum S. 398 geht dahin, die actio in factum sei der Ausdruck der Compilatoren für das interdictum. Eine Uebersicht der älteren Literatur bei Mankiewicz. S. auch unten in dieser Note und Note [1a. 6. 15. 17. 21. 28]. Neueres: Dernburg Pand. § 144, Serafini in der Note * citirten Schrift, Ubbelohde Fortsetzung von Glück Bücher 43 u. 44 I S. 167 fg. Dernburg: es sei unterschieden worden zwischen dem ordentlichen Concurs mit venditio bonorum und dem außerordentlichen mit Liquidation durch Curatoren. Serafini: es sei unterschieden worden zwischen Veräußerungen vor der missio in bona (interdictum fraudatorium, actio in factum, actio Pauliana) und Veräußerungen nach der missio (actio der l. 1 pr. D. 42, 8, actio in rem). Gegen Dernburg Enrico Serafini Arch. giur. XXXVIII p. 119 s., vgl. Schneider kr. VJS. XXXII S. 251 fg. Die Frage hat lediglich rhistorische Bedeutung. Wie es sich auch im r. R. verhalten haben mag, so haben wir jedenfalls heutzutage keinen Grund, zwischen den genannten Rmitteln zu unterscheiden: der Kläger kann heutzutage verlangen, was dem Römer das eine und das andere derselben gewährte. — Was im Besonderen das Interdict betrifft, so ist Huschke der Ansicht, dasselbe sei eingeführt worden, um den Gläubigern eine schleunigere Rhülfe zu gewähren, jedoch nur zum Zwecke der Zurückziehung der entzogenen Sachen zum Concursvermögen, um mit diesem verkauft zu werden; im Grundgedanken übereinstimmend, obgleich im Detail abweichend, v. Schey. Auch in der Praxis wird wohl mit Anknüpfung an das Interdict zu dem bezeichneten Zwecke ein schleuniges Rmittel gewährt, aber nur als provisorisches, und im Uebrigen mit dem R. der Pauliana. Huschke S. 129, Otto S. 163 (s. aber auch Petzold ZS. f. Rpfl. und Verwalt. für das KR. Sachsen N. F. XIX S. 485 [51]). — Ueber die in integrum restitutio wegen alienatio in fraudem creditorum s. I § 116 [2] und vgl. unten Note [15].

[1a] Deßwegen ist von diesem Fall in den Quellen kaum die Rede. S. l. 1 pr. i. f. l. 10 § 24. l. 12. l. 25 § 7 D. 42, 8, l. [69] 67 § 1 D. 36, 1. Vgl. übrigens auch Gimmerthal APraktRW. N. F. III S. 225 fg., v. Schey S. 147 fg., Otto S. 158, Grützmann S. 75, Lenel Ed. perpetuum S. 352. (Die von Huschke ZS. f. CR. u. Pr. S. 101 aufgestellte Behauptung, daß das Interdict nicht gegen den Fraudator selbst gewährt worden sei, gründet sich auf die von diesem Schriftsteller dem Interdicte beigelegte specifische

Digitized by Google

Rechtsübertragung[2]; aber ebenso gehört hierher der Fall der bloßen Aufgabe eines Rechts, mag dieselbe direct[3] oder indirect[4] geschehen, so wie der Fall der Begründung einer dinglichen oder obligatorischen Last[5]. Auch auf rein factischem Wege, durch Vernichten oder Verderben von Sachen, kann eine Vermögensentäußerung bewirkt werden; doch ist dabei die Verhaftung eines Dritten natürlich ausgeschlossen[6]. Dagegen gilt bloße Abweisung eines Erwerbes als Vermögensentäußerung nicht[7]; nur zu Gunsten des Fiscus wird in dieser Beziehung

Function [1], und auf die restitutorische Natur desselben. Aber auch die actio in factum war restitutorisch, und s. l. 10 § 24 cit. Huschke's Auslegung von l. 69 [67] § 1 cit. ist zwar nicht unmöglich, aber trägt in die Stelle eine Beschränkung hinein, welche sie nicht ausspricht. Vgl. auch v. Schey S. 169.)

[2] Vgl. I § 69 zu [9]. L. 1 § 2 D. 42, 8, l. 1 C. 7, 75, l. 3 pr. l. 9 D. 42, 8 l. 2. 3. 5 C. 7, 75, l. 43 § 7 D. 21, 1, l. 8 § 1 D. 42, 5. Bestellung eines das Eigenthumsr. beschränkenden R.: l. 10 § 13. l. 22 D. 42, 8.

[3] Aufgeben eines Pfandr., l. 2. l. 18 D. 42, 8, — eines Nießbrauchs, l. 10 § 15 D. 42, 8, — eines Forderungsr., l. 1 § 2. l. 3 pr. l. 17 pr. D. 42, 8, l. 9 § 5 D. 12, 2.

[4] Nichtunterbrechen einer Verjährung, l. 3 § 1. l. 4 D. 42, 8; absichtliche Herbeiführung des Verlustes eines Processes, l. 3 § 1 D. 42, 8 (vgl. l. 1 § 7 D. 38, 5); Dereliction einer Sache, damit sie ein Anderer occupire, l. 5 D. 42, 8.

[5] L. 1 § 2. l. 3 pr. l. 6 § 6. l. 10 § 13. l. 22 D. 42, 8. — Im Fall der Begründung einer Obligation ist jedoch der einfachere Weg der Rhülfe der der Zurückweisung der Forderung aus dem Concurse (exceptio, denegatio actionis). L. 25 D. 42, 5, l. 9 § 5 D. 12, 2. Vgl. Huschke S. 26—29, Voigt condictiones ob causam Note [752. 753], Schmidt a. a. O. S. 104, v. Schey S. 151 fg., Otto S. 52 fg.

[6] L. 25 § 7 D. 42, 8. — Das Prätorische Edict spricht bei der Aufstellung der actio von einem *gerere* fraudationis causa, bei der Aufstellung des Interdicts von einem *facere* fraudandi causa. Nach der Meinung Huschke's (ZS. f. CR. u. Pr. S. 81 fg.) ist dieser letztere Ausdruck mit Absicht gewählt, um dadurch auch den Fall der bloß factischen Vermögensverminderung (l. 25 § 7 cit.), so wie den Fall der indirecten Vermögenszuwendung zu treffen (l. 5 D. 42, 8.). Das mag sein; obgleich doch Ulpian bei der Erläuterung der die actio gewährenden Edictsstelle das gerere ganz unbedenklich mit facere wiedergibt (l. 1 § 2. l. 3 § 1. 2. l. 6 § 8 D. 42, 8.). Vgl. noch l. 1 pr. § 3 D. 38, 5 und s. l. 58 pr. D. 50, 16. Wenn aber Huschke hierauf, unter Herbeiziehung der Erzählung bei Cic. de orat. II, 69 § 280, eine Vermuthung über den Urheber des Interdicts baut (ZS. f. CR. u. Pr. S. 1—25. 121, vgl. ZS. f. RGesch. S. 332 fg.), so scheint mir das eine fast mehr als kühne Combination zu sein. Gegen Huschke auch Schmidt a. a. O. S. 98 [12], Reinhart S. 42 fg., v. Schey S. 144.

[7] L. 6 pr. — § 5 D. 42, 8, l. 69 [67] § 1 D. 36, 1, l. 134 pr. D. 50, 17. Vgl. l. 1 § 6 D. 38, 5. Als Abweisung eines Erwerbes gilt auch der Verzicht auf ein Vermächtniß, l. 6 § 4 D. 42, 8. Otto S. 32, Grützmann

Digitized by Google

eine Ausnahme gemacht[8]. Daß der Entäußerung ein entsprechender Erwerb des Entäußernden gegenübersteht, schließt den Begriff der Entäußerung nicht aus[8a].

2. Vermögensentäußerung in der Absicht, die Gläubiger zu verkürzen[9]. Diese Absicht ist regelmäßig anzunehmen, wenn der Schuldner, welcher die Vermögensentäußerung vornimmt, weiß, daß er zahlungsunfähig ist, oder sich durch die Vermögensentäußerung zahlungsunfähig macht[10], wie sie andererseits dieses Bewußtsein regelmäßig voraussetzt[10a].

S. 22[70]. Vgl. Holzschuher III § 232 Nr. 8. Sf. XXXVII. 313. [[Sf. XLVI. 259.]]

[8] L. 45 pr. D. 49, 14.

[8a] L. 3 § 2 D. 42, 8: — qui aliquid fecit, ut desinat habere quod habet, ad hoc edictum pertinet". Deßwegen haftet namentlich der Käufer nicht minder, als der Beschenkte, ja er erhält selbst das gezahlte Kaufgeld nur dann zurück, wenn es noch im Vermögen des Schuldners vorhanden ist, l. 8 D. 42, 8. — Es enthält jedoch die gegen ein entsprechendes Aequivalent erfolgende Entäußerung an sich keine Verkürzung der Gläubiger (Ziff. 3), und die Verkürzungsabsicht (Ziff. 2) setzt die fernere Absicht des Schuldners voraus, das Aequivalent den Gläubigern zu entziehen. — Aus dem Gesagten folgt, daß der in früheren Auflagen dieses Lehrbuchs [bis zur 3.] gebrauchte Ausdruck „Vermögensverminderung" ungenau und irreführend ist. Wirklich irre geführt worden ist durch denselben Hasenbalg a. a. O. S. 19 fg. Dagegen Otto S. 47 fg. Sf. XII. 113, XXI. 184, XXVIII. 90, XXIX. 197, XXXVI. 70. Vgl. noch v. Schey S. 136 fg.

[9] L. 1 pr. D. 42, 8.: „fraudationis causa", l. 10 pr. D. 42, 8: „fraudandi causa", § 3 I. 1, 6: „animo fraudandi". Vgl. l. 79 D. 50, 17. Ist auch erforderlich das Bewußtsein von der Widerrechtlichkeit dieser Absicht? Ja: Otto S. 101; nein: RG. IX S. 73. Nicht ist erforderlich, daß die Entäußerung zu dem Zwecke vorgenommen worden sei, um die Gläubiger zu schädigen. Otto S. 97 (und Citate das.), Grützmann S. 35 fg.

[10] L. 17 § 1 D. 42, 8. Die Verkürzungsabsicht ist in den genannten Fällen regelmäßig anzunehmen: anders aber z. B., wenn der Schuldner veräußert in der Hoffnung, durch den Erlös des veräußerten Gegenstandes den Concurs abwenden und demnach vielleicht zur vollen Befriedigung der Gläubiger gelangen zu können. Doch ist dieß ein bestrittener Punkt. Für die hier vertretene Meinung (anders frühere Ausgaben [bis zur 3.]): Dernburg Pfandr. I S. 198 fg., Reinhart S. 4 fg., Fischer S. 4 fg., v. Schey S. 131 fg., Otto S. 102 fg. 186, Grützmann S. 36 fg. Sf. III. 249, VII. 268, XXI. 184, XLIII. 22 (RG.). Buchka und Budde Entscheid. des OAG. zu Rostock V S. 284 fg. IX S. 136 fg. A. M. Scheurl kr. VJS. II S. 444, Hasenbalg S. 39 fg. Sf. XXXI. 88 (ROHG.). Begriff der Zahlungsunfähigkeit: Sf. XLIII. 192 (RG.).

[10a] Aber nicht nothwendig. „Wenn (ein noch solventer Schuldner) z. B. in naher Zukunft einen bedeutenden Vermögensverlust erwartet, den Untergang eines von ihm befrachteten Schiffes oder sonst den Ausgang eines gewagten Geschäftes fürchtet, und nun einem seiner Gläubiger eine Hypothek bestellt, um ihn

Digitized by Google

3. Die Verkürzungsabsicht muß wirklich erreicht worden sein[10b], und zwar an demselben Vermögen, an welchem die Entäußerung vorgenommen worden ist[11], und denjenigen Gläubigern gegenüber, welche zur Zeit der Entäußerung Gläubiger waren[12].

4. Ein Anspruch gegen den Dritten, zu Gunsten dessen die Vermögensentäußerung vorgenommen worden ist, ist begründet:

a) wenn der Dritte die betrügerische Absicht der Vermögensentäußerung gekannt hat[13]. In diesem Falle haftet er auf vollen Ersatz des den Gläubigern Entzogenen[14], wenn er es nicht mehr hat, nach den Grundsätzen vom Interesse[15], in gleicher Weise selbst

vor den übrigen gegen die Folgen dieses erwarteten oder nur befürchteten Vermögensverlustes zu sichern, so ist an seinem Bewußtsein, daß diese Hypothekbestellung die übrigen Gläubiger benachtheiligen werde oder könne, nicht zu zweifeln, der animus fraudandi des Schuldners daher als vorhanden anzunehmen". Erk. des OAG. zu Oldenburg bei Sf. V. 95. Otto S. 104 fg., Grützmann S. 44 fg. Vgl. Sf. XLIV. 182 (RG.).

[10b] L. 10 § 1 D. 42, 8. „Ita demum revocatur, quod fraudandorum creditorum causa factum est, si eventum fraus habuit". Grützmann S. 13—27. Sf. I. 393, III. 247. 248, V. 95, XII. 113, XIII. 307. Vgl. noch l. 10 § 10 D. 42, 8, l. 8 D. 26, 1.

[11] L. 10 § 9 D. 42, 8. „Si fraudator heredem habuit et heredis bona venierint, non est in bonis quibus de agitur factum et ideo cessat haec actio". Vgl. l. 10. § 10. 11 eod. Grützmann S. 30 fg.

[12] Ihnen stehen diejenigen Gläubiger gleich, mit deren Geld sie befriedigt worden sind. Wenn aber der geschädigte Gläubiger anderweitig befriedigt worden ist, so hat ein späterer Gläubiger das Anfechtungsr. nicht. L. 10 § 11. 15. 16 D. 42, 8; vgl. l. 1 § 27. D. 38, 5. Die citirten Stellen sind im Ausdruck nicht genau; sie sagen, es sei nothwendig, daß die Verkürzungsabsicht in der Person derjenigen Gläubiger erreicht worden sei, auf deren Schädigung die Absicht gerichtet gewesen sei. Hiernach würde ein zur Zeit der Anfechtung vorhandener Gläubiger das Anfechtungsr. nicht haben, wenn seine Forderung dem Schuldner unbekannt gewesen wäre, was gewiß nicht die Meinung der Quellen ist. Es ist das Verdienst Grützmann's S. 19. 40 fg., dieß ausgeführt zu haben. Sf. XXV. 95.

[13] L. 1 pr. D. 42, 8: „cum eo qui fraudem non ignoraverit"; l. 10 pr. D. 42, 8: „sciente te"; l. 10 § 1 D. 42, 8: „si particeps fraudis est". L. 5 C. 7, 75. Näheres: l. 6 § 8. l. 10 § 2—8. l. 25 § 3 D. 42, 8. Otto S. 109 fg., Grützmann S. 58 fg.

[14] L. 38 § 4 D. 22, 1: — „nam praetor id agit, ut perinde sint omnia, atque si nihil alienatum esset". L. 10 § 22 D. 42, 8: — „generaliter sciendum est, ex hac actione restitutionem fieri oportere in pristinum statum, sive res fuerunt sive obligationes, ut perinde omnia revocentur, ac si liberatio facta non esset". L. 10 § 15. 23. l. 14 pr. l. 17 pr. l. 18 D. 42, 8.

[15] Es gilt das Gleiche, wie bei der actio doli (§ 451 [4]). Die Kategorie des dolus wird auf den Erwerber geradezu angewendet in l. 9 pr. D. 42, 8. Allerdings paßt sie in den Fällen nicht, wo der Erwerber zur Entäußerung nicht

Digitized by Google

dann, wenn er es niemals gehabt hat[16]. Mit dem Empfangenen muß er allen Gewinn herausgeben, welchen er davon gezogen hat[17],

mitgewirkt hat (l. 25 pr. § 2 D. 42, 8 auch l. 3 § 1 D. 42, 8. kann hierher bezogen werden); aber die Quellen enthalten keine Andeutung davon, daß in diesen Fällen die scientia anders zu behandeln sei, als in den Fällen, wo sie geradezu dolus ist. Vgl. hierzu Grützmann S. 60 fg. 95. Sf. XXIX. 198. S. noch l. 25 § 1 D. 42, 8: der Empfänger hat mit der Auflage der Herausgabe an einen Dritten erhalten, und dieser Auflage genügt; er haftet nichtsdestoweniger. Wenn es in l. 9 D. 42, 8 heißt, daß der Empfänger, wenn er das Erhaltene verkauft habe, das Kaufgeld herausgeben müsse, so ist damit nicht gesagt, daß er bloß das Kaufgeld herausgeben müsse, falls damit das Interesse der Gläubiger nicht vollständig gedeckt ist. So wird auch in l. 12 D. 42, 8 dem Empfänger die Verpflichtung auferlegt, den Anspruch, welchen er gegen einen Dritten in Betreff des Erhaltenen habe, herauszugeben, obgleich er unzweifelhaft nicht minder auf das Erhaltene selbst haftet. — Huschke (ZS. f. CR. u. Pr. S. 49 fg. 100—103) behauptet, daß bloß das Interdict und die actio in factum unabhängig vom Besitze des Beklagten seien, nicht dagegen die actio Pauliana, während umgekehrt v. Schey S. 169 zwar die actio Pauliana gegen den Nichtbesitzer gewähren will, nicht aber das interdictum fraudatorium. — Die Ansicht von Huschke ist näher diese. Die actio Pauliana sei actio rescissoria *in rem*, und nicht bloß, wenn damit ein dingliches R. zurückgefordert werde (auf welchen Fall Huschke § 6 I. 4, 6 bezieht, vgl. Note [1 a. E.]), sondern auch in allen andern Fällen; denn sie mache immer das R. der Gläubiger am Vermögen geltend, und sei daher zu vergleichen mit der hereditatis petitio. Gegen diese Auffassung spricht das ausdrückliche Zeugniß der l. 38 § 4 in Verbindung mit dem pr. D. 22, 1, welche Stelle Huschke (S. 51. 52) sehr kurzweg beseitigt; für dieselbe so viel ich sehe, nur die Paraphrase des Theophilus zu der gedachten Institutionenstelle, und auch diese nur was den speciellen daselbst erwähnten Fall angeht. Voigt condictiones ob causam S. 784 fg., welcher die actio Pauliana für eine rescissorische Klage erklärt, freilich für in rem nur bei Veräußerung eines dinglichen R., läßt den Nichtbesitzer als fictus possessor haften, wozu doch l. 9 D. 42, 8, welche Voigt hierher bezieht, sehr schlecht paßt. In Betreff von l. 38 D. 22, 1 cit. ist Voigt nicht überzeugender (Note [754]) als Huschke. Für die rescissorische actio in rem auch Brinz (1. Aufl. § 123, 2. Aufl. II § 345 [12. 15], vgl. kr. VJS. XV S. 87), welchem folgt Spaltenstein Wiedereinsetzung in den vorigen Stand S. 16 fg.; ebenso Lenel Ed. perpetuum S. 352. Dernburg II § 145 [13]. [Für das just. R. gibt Dernburg nur die persönliche Klage zu.] Serafini (Note *). Dawider Schmidt Pflichttheilsr. des Patrons S. 96 [10], Reinhart S. 8. 33 fg., v. Schey S. 125 fg. 190 fg., Otto S. 4 fg., Grützmann S. 7 fg. Ich bleibe dabei stehen, daß § 6 I. 4, 6 von einer vorgängigen Restitution zu verstehen ist. [S. noch Pflüger ACPra. LXXIX S. 412.]

[16] L. 25 § 3 D. 42, 8. Unterholzner S. 95, Huschke S. 103, Otto S. 157, A. M. Sintenis Anm. [30].

[17] L. 10 § 19—21 D. 42, 8, l. 38 § 4 D. 22, 1. Nach l. 25 § 4—6 D. 42, 8 sollen aber bloß die bereits zur Zeit der Veräußerung vorhandenen Früchte herausgegeben werden müssen, ja es scheint, daß die betreffende Edictsstelle in dieser Beziehung eine ausdrückliche Bestimmung enthalten habe (l. 25 § 6 cit. „Fructus autem fundo cohaesisse, non satis intellegere se Labeo

Digitized by Google

oder welchen der Schuldner davon hätte ziehen können[18]. Für Gegenleistungen, welche er für den Erwerb gemacht hat, kann er seinerseits Ersatz nur dann verlangen, wenn sie noch vorhanden sind[19]. Ersatz für Verwendungen kann er nur dann verlangen, wenn dieselben nothwendig waren[20]. — Jedoch haftet der Erwerber in dieser Strenge nur binnen eines Jahrs (tauglicher Zeit), gerechnet von dem Zeitpunkt an, wo der Ausfall in der Befriedigung der Gläubiger festgestellt ist[21], später bloß auf die jetzt noch vorhandene Bereicherung[22]. Seine Erben haften nach der für Delictsansprüche geltenden Regel[23].

---

ait, utrum duntaxat qui maturi, an etiam, qui immaturi fuerint, praetor significet"). Wie es sich hiermit verhalte, bleibt dunkel. Die Annahme, daß in der zuletzt genannten Stelle nur von der Klage gegen den redlichen Erwerber die Rede sei (Unterholzner S. 98 fg., Reinhart S. 143), scheint mir ebensowenig gerechtfertigt, wie die von Göppert (über die organischen Erzeugnisse S. 229 fg.), daß die zuerst genannten Stellen auf die Zeit vor dem Proceßbeginn zu beziehen seien. (In Betreff der l. 38 § 4 cit. fügt Göppert mit einem „oder" hinzu, daß sie „wegen ihrer oberflächlich eilenden Aufzählung" keinen besonderen Werth habe.) Huschke (ZS. f. CR. u. Pr. S. 105 fg.) ist der Ansicht, daß die Beschränkung auf die fructus cohaerentes eine Eigenthümlichkeit der actio in factum gegenüber dem Interdict und der actio Pauliana gewesen sei, indem nämlich auch in l. 10 § 19—21 D. 42, 8 unter fructus nur fructus cohaerentes zu verstehen seien! Vgl. hiergegen namentlich auch § 22 das.: „generaliter sciendum est, ex hac actione restitutionem fieri oportere in pristinum statum" in Verbindung mit l. 38 § 4 D. 22, 1: praetor id agit, ut perinde sint omnia, atque si nihil alienatum esset", und mit dem weitern Inhalt des § 22. Eine neue Erklärung, welche Grützmann S. 82 fg. versucht, scheitert abgesehen von Anderem schon daran, daß sie den Verf. nöthigt, in l. 10 § 20 D. 42, 8 die Worte „a fraudatore" als Interpolation zu streichen. Eher muthet an die Erklärung aus der Wortfassung des interdictum fraudatorium, Schmidt Interdictenverfahren S. 42, v. Schey S. 164 fg.

[18] L. 10 § 20. 22 D. 42, 8. A. M. Huschke S. 70. 105 fg.

[19] L. 7. 8 D. 42, 8. Die Gegenleistung ist auch dann noch vorhanden, wenn das für sie Erworbene vorhanden ist. Sf. XII. 113, XXI. 184, XXVIII. 90, XXIX. 197, XXXII. 93.

[20] L. 10 § 20 D. 42, 8. Ius tollendi wegen anderer Verwendung vorbehalten.

[21] Als dieser Zeitpunkt erschien im r. R. der Zeitpunkt des Güterverkaufs. L. 10 § 18 D. 42, 8. „Annus huius in factum actionis computabitur ex die venditionis bonorum". Nach heutigem R. erfolgt die gleiche Feststellung bereits durch den Distributionsbescheid. Kommt es nicht zum Concurse, so wird auf die fruchtlos ausgefallene Execution gesehen werden müssen. Vgl. Schönemann S. 50 fg. Sf. XIX. 290. 291, XXVIII. 270. RG. IV S. 34. — In l. 6 § 14 D. 42, 8 heißt es einfach, daß die Verjährung laufe: „ex die factae venditionis". Huschke ZS. f. CR. u. Pr. S. 64 fg. versteht das Letztere von der fraudulösen Veräußerung, und begründet hierauf einen weiteren Unterschied zwischen der actio in factum und der actio Pauliana. Dawider spricht, daß der genannte § 14 am Ende einer Ausführung steht, welche durch-

Digitized by Google

b) Hat der Erwerber die betrügerische Absicht der Vermögensentäußerung nicht gekannt, so haftet er von vornherein nur auf die jetzt noch vorhandene Bereicherung[24].

5. Der Anspruch kann vor und nach Eröffnung des Concurses, und nach Eröffnung des Concurses nicht bloß von der Gesammtheit der Gläubiger bez. deren Vertreter, sondern auch von einem einzelnen Gläubiger geltend gemacht werden[25. 26]. Wird die Vermögensentäußerung selbst erst nach Eröffnung des Concurses vorgenommen,

---

weg von Rgeschäften überhaupt handelt, und dafür gewiß nicht, was Huschke geltend macht, daß die actio Pauliana in erster Linie dem curator bonorum, der doch mit dem Güterverkaufe aufhöre, versprochen sei; war ja, wie auch Huschke annimmt, die actio Pauliana nicht minder den Gläubigern selbst zugänglich. Wie Huschke auch Rudorff (vgl. [1]). Dawider Reinhart S. 52 fg., v. Schey S. 156 fg. Dieser letztere Schriftsteller läßt zwar die actio Pauliana von der Zeit der venditio bonorum an verjähren, das interdictum fraudatorium aber von der Zeit der Immission, S. 173 fg. Serafini (Note *): die Verjährung der actio in rem läuft von der Zeit der Veräußerung, die der actio in personam (actio Pauliana) von der Zeit der venditio bonorum. — Daß das Jahr utiliter berechnet werde: l. 1 pr. l. 6 § 14 D. 42, 8. Für die Verwandelung des annus utilis in ein quadriennium continuum nach l 7 C. 2, 52 [53] Sf. XVIII. 288, XIX. 290. 291.

[22] L. 10 § 24 D. 42, 8.

[23] R. R.: l. 10 § 25. l. 11 D. 42, 8. Heutiges R.: § 359, 2. Sf. XXX. 204. — Häufig wird angenommen (Sintenis Anm. [34], Brinz 2. Aufl. II S. 832, Arndts § 228 [6], v. Schey S. 147, Francke ACPra. LXII S. 468 fg., Otto S. 113 fg., Grützmann S. 76 fg.), auch der Sondernachfolger hafte, wenn er in bösem Glauben erworben habe. Mir erscheint der Schluß a contrario aus l. 9 D. 42, 8, auf welchen dieser Satz gestützt wird, zu wenig zwingend. Dawider auch Huschke S. 58. Dafür Sf. XX. 98, XXVIII. 92, XXXIII. 357.

[24] L. 10 pr. D. 42, 8: — „interdum causa cognita, etsi scientia non sit, in factum actionem permittam". L. 5 C. 7, 75: — „contra . . . eum, qui ex lucrativo titulo possidet, scientiae mentione detracta". Schenkung: l. 6 § 11 D. 42, 8, l. 3 C. 7, 75; Vermächtniß: l. 6 § 13 D. 42, 8; Bestellung einer Dos, in welcher aber bloß eine Schenkung an die Frau liegt, nicht an den Mann, l. 10 § 14. l. 25 § 1. 2 D. 42, 8. Erwerb durch einen Andern: l. 6 § 12. l. 10 § 5. l. 25 pr. D. 42, 8. Haftung auf die Bereicherung: l. 6 § 10—12. l. 10 § 5 D. 42, 8. Andere stellen die Regel enger als hier geschehen, und wollen nur den Erwerber aus Schenkung oder nur den Erwerber aus lucrativen Geschäften haften lassen. Vgl. Otto S. 123 fg., Grützmann S. 65 fg. — Sf. XI. 106, XVI 273, XXXIII. 91. — Vgl. l. 1 § 12—14. 16. 24. l. 10 D. 38, 5. Schmidt a. a. O. S. 118—119.

[25] Als der Normalfall erscheint der Fall, daß der Anspruch nach Eröffnung des Concurses von dem curator bonorum geltend gemacht wird. L. 1 pr. D. 42, 8 „Quae fraudationis causa gesta erunt . . . de his curatori bonorum . . . actionem dabo". Der Prätor fährt aber fort (l. 1 pr. cit.): „vel ei cui de ea re actionem dari oportebit". In dem zweiten Edict (l. 10 pr.

Digitized by Google

so ist sie nach heutigem Recht nichtig[27], ohne daß jedoch dadurch der persönliche Anspruch der Gläubiger ausgeschlossen wäre[28].

6. Zahlungen an einen Gläubiger unterliegen, vorausgesetzt daß sie nicht nach Eröffnung des Concurses erfolgt sind[29], der Rückforderung nicht[30], selbst dann nicht, wenn der Schuldner sie in der

D. 42, 8) verweist der Prätor auf dieses erste. Ein einzelner Gläubiger als Kläger erscheint in l. 10 § 6 D. 42, 8, l. 1 C. 7, 75, l. 96 pr. D. 46, 3, l. 1 C. Th. 2, 16. — Es ist jedoch nicht unbestritten, daß der Anspruch auch vor Eröffnung des Concursus erhoben werden könne, und namentlich Huschke (ZS. f. CR. u. Pr. S. 39 fg. 94 fg., vgl. ZS. f. RGesch. S. 393, s. außerdem Schweppe System des Concurses § 33, Laspeyres a. a. O. S. 40) hat die Behauptung aufgestellt, daß der Anspruch nur einem immittirten Gläubiger zustehe. Huschke gründet diese Behauptung, abgesehen von Schlüssen aus der Natur der actio Pauliana und des interdictum fraudatorium, wie er diese Natur construirt (Note [1·15]): a) auf § 6 I. 4, 6. s. darüber I § 116 [2] und oben Note [1·15]; b) auf l. 10 § 1. 9. 10. 18. l. 25 § 7 D. 42, 8, l. 5 C. 7, 75, aus welchen Stellen hervorgehe, daß die actio in factum von den immittirten Gläubigern sogar erst nach dem Güterverkauf habe erhoben werden können. Das Letztere könnte richtig sein, ohne daß deßwegen die Regel für das heutige R. anders gestellt werden müßte, als geschehen ist ([1]); aber auch in jener Beziehung darf gefragt werden, ob die erwähnten Stellen in der That die actio in factum auf die Zeit nach dem Güterverkaufe haben beschränken wollen. Für die gleiche Meinung ist neuerdings auch v. Schey S. 152 fg. aufgetreten, ebenso Grützmann S. 71 fg. Andere gewähren nach heutigem R. die actio Pauliana bei Concurs oder fruchtloser Execution, so Günther in Weiske's RLex. II S. 785 fg., Fitting ACPra. XLIX S. 313 fg. Für die Zuständigkeit der Klage bei jedem Nachweis einer Schädigung des Gläubigers, Schönemann S. 33 fg., Reinhart S. 55 fg. (s. aber auch S. 128), Otto S. 212 fg. Vgl. noch Gmelin die Lehre vom materiellen Concurs der Gläubiger S. 40—42, Kori System des Concursproz. § 41, Serafini (Note *): die actio in rem steht jedem Gläubiger zu, die actio in personam (actio Pauliana) nur den immittirten Gläubigern bez. dem Concurscurator.

[26] Aus dem Seuffert'schen Archiv gehören hierher folgende Erkenntnisse: a) Gegen die Nothwendigkeit der Concurseröffnung: II. 115, III. 247. 251, IV. 356 Nr. 2, XI. 321, XV. 6. 180, XVI. 171, XXXVII. 215; für diese Nothwendigkeit: III. 251, XIII. 202, XVIII. 86, XXXIII. 180. b) Für die Legitimation des Concurscurators: XIX. 289, XX. 97, XXIV. 298. c) Für die Legitimation des einzelnen Gläubigers nach eröffnetem Concurse: XIX. 96, XXII. 105, XXV. 198, XXVIII. 269, XXXIV. 259. Ueber die Frage, wem das von dem einzelnen Gläubiger Erstrittene gebührt, ihm oder der Concursmasse, s. XIX. 96 (dem einzelnen Gläubiger) und XXII. 105 (der Concursmasse). Für die letzte Meinung auch die Abhandlung in Bl. f. RAnw. zun. in Bayern XXX S. 129 fg.

[27] S. § 272 [8]; auch Franke a. a. O. S. 229 fg.

[28] Derselbe kann den Gläubigern von Wichtigkeit sein, wenn der Erwerber nicht mehr besitzt; ebenso in Betreff der nicht gezogenen Früchte.

[29] L. 6 § 7. l. 10 § 16 D. 42, 8.

Digitized by Google

Absicht gemacht hat, dadurch dem Empfänger auf Kosten der übrigen Gläubiger einen Vortheil zu verschaffen, und der Empfänger diese Absicht gekannt hat[31]. Anders, wenn der Schuldner nicht zahlt, sondern ein Pfand bestellt[32], anders auch, wenn er etwas Anderes

[30] Von dieser Frage speciell handeln die bei * angeführten Aufsätze von Franke und Laspeyres, so wie die Schrift von Fischer S. 9—37; s. ferner Vangerow III § 697 Anm.

[31] L. 6 § 7 und namentlich l. 24 i. f. D. 42, 8, s. auch l. 159 pr. D. 50, 17 (l. 6 § 6 D. 42, 8 handelt wohl nicht von Zahlung, sondern von Zahlungsempfang, Laspeyres S. 59 fg., Vangerow Nr. I., Huschke S. 31 Anm. 1). Anders früher die herrschende Meinung (Franke S. 134. 135), welche in neuerer Zeit, wenigstens dem Grundgedanken nach, wieder von Laspeyres in Schutz genommen worden ist (s. g. Gratificationstheorie); dawider Franke a. a. O., Vangerow a. a. O., Huschke ZS. f. CR. u. Pr. S. 32—34, Fischer a. a. O., Reinhart S. 111 fg., Schönemann S. 15 fg., Sintenis a. a. O. [16], Arndts § 228 [3], Otto S. 61 fg., Grützmann S. 47 fg. Jene hier verworfene Meinung wird hauptsächlich auf l. 6 § 1. 2 D. 42, 5 und l. 24 D. 42, 8 im ersten Theil, vgl. auch l. 61 D. 12, 6, ferner auf l. 96 pr. D. 46, 3 gestützt, welche Stellen aber von anderen Fällen handeln (die ersten: es hat ein Erbe gezahlt, welcher später von dem beneficium abstinendi Gebrauch macht; die letzte: es hat der Schuldner den einen Gläubiger mit dem Geld des andern bezahlt). Für jene Meinung auch Sf. IV. 276 und die Württembergische Praxis nach dem Bericht das. XXXVIII. 314; dawider II. 352, IV. 272, VI. 305, IX. 356 Nr. 4, XII. 228. Für die Gratificationstheorie nach dem R. der KO.: RG. XVI S. 62.

[32] L. 2. l. 6 § 6. l. 10 § 13. l. 22 D. 42, 8. Von dieser Frage speciell handelt die bei * citirte Schrift von Hasenbalg, sowie die Schrift von Fischer S. 51 fg. S. ferner Franke S. 259—262, Dernburg Pfandr. I S. 197—200, Scheurl kr. VJS. II S. 444, Schönemann S. 28 fg, Reinhart S. 122 fg., Grützmann S. 56. Sf. I. 392, II. 116. 352, III. 249, IV. 274, VI. 124, XX. 98, XXI. 187, XXII. 286, XXVII. 194, XXXIII. 355. — Man hat gefragt, wie sich dieser Satz mit dem Satz vertrage, daß dem Schuldner erlaubt sei, zu zahlen, da ja Verpfändung nichts sei, als indirecte Zahlung. Die Sache ist doch sehr einfach. Es ist dem Schuldner erlaubt, einem Gläubiger zum Nachtheil der übrigen zu leisten, was ihm gebührt: aber es ist dem Schuldner nicht erlaubt, die gesetzliche Regel über die Ordnung, in welcher die Gläubiger künftig befriedigt werden sollen, zum Nachtheil eines derselben zu verkehren. Er darf, wie l. 2 D. 42, 8 sagt, keinen Gläubiger dem andern „praeponere". A. M. Fischer a. a. O. Dieser Schriftsteller glaubt, nicht das in der Verpfändung liegende praeponere sei der Grund der Unerlaubtheit der Verpfändung, sondern die Möglichkeit, daß durch dieselbe den Gläubigern Mehr entzogen werde, als der Betrag der Schuld, indem nämlich die Pfandsache ungenügend verwerthet oder den Gläubigern der Ueberschuß des Erlöses über die Schuld entfremdet werden könne. Fischer geht so weit, zu behaupten, daß, weil diese Gefahr nach heutigem R. wegen der Oeffentlichkeit des Pfandverkaufes und wegen der Theilnahme der Pfandgläubiger am Concurse ausgeschlossen sei, eben deßwegen die Anfechtbarkeit der Verpfändung nach heutigem R. nicht mehr stattfinde. Aber diese Meinung steht in Widerspruch mit den Quellen, welche die Verpfändung als solche, nicht die Verpfändung unter Voraussetzung eines bestimmten Erfolges

Digitized by Google

an Zahlungsstatt gibt[33]. Und zwar ist in diesen Fällen Wissen des Erwerbers von der betrügerischen Absicht des Schuldners nicht erforderlich[33a], ausgenommen natürlich der Fall, wo der Erwerber für

derselben als anfechtbar bezeichnen. — Nur dann wird man die Verpfändung nicht als unerlaubt ansehen dürfen, wenn sie der Preis ist, welcher dem Gläubiger für das Abstehen von dem zwangsweisen Vorgehen gegen den Schuldner gegeben worden ist. Wäre er davon nicht abgestanden, so würde er zu seiner Befriedigung gelangt sein, und über seine Befriedigung hätten sich die übrigen Gläubiger nicht beklagen dürfen. Vgl. übrigens Hasenbalg S. 61 fg., welcher in dieser Beziehung anderer Meinung ist.

[33] Franke S. 262—266, Laspeyres S. 71—74, Vangerow Nr. 5, Römer Leistung an Erfüllungsstatt S. 149 fg., Schönemann S. 25 fg., Otto S. 78 fg, Grützmann S. 55. Sf. III. 250, IX. 356 Nr. 4, XII. 228, XVIII. 202, XXI. 185. 186, XXII. 106, XXV. 94, XXVII. 193. 285, XXX. 203, XXXI. 89, XXXIII. 356, vgl. XXXVII. 216 (RG.), A. M. Puchta Vorles. zu § 380, Brinz 1. Aufl. S. 531, Reinhart S. 125 fg., Struckmann Jahrb. f. Dogm. XII S. 277 fg. (1873), Fischer S. 40 fg., Sf. IV. 276, VI. 305, vgl. VI. 125, XXXIX. 15. Für den aufgestellten Satz gibt es ein ausdrückliches Quellenzeugniß nicht; aber er folgt unmittelbar aus dem für die Verpfändung Anerkannten. Wenn es dem Schuldner nicht gestattet ist, einen Gläubiger vor dem andern durch Anweisung auf ein bestimmtes Vermögensobject zu bevorzugen, so kann es ihm noch viel weniger gestattet sein, eine solche Bevorzugung durch Hingabe eines Vermögensobjectes zu bewirken. Auch hier begegnet man, wie bei der Verpfändung, dem Argument, daß der Gläubiger durch Hingabe an Erfüllungsstatt nur erhalte, was ihm gebühre. Allein das ist nur in dem Sinne richtig, daß er den ihm gebührenden Vermögenswerth erhält, nicht aber in dem Sinne, daß er denjenigen Leistungsgegenstand erhält, welcher ihm gebührt. Wäre die datio in solutum gestattet, so wäre auch der Verkauf iusto pretio gestattet, und das behauptet Niemand. Die datio in solutum ist eine Entäußerung, und als solche ist sie verboten. Allerdings liegt auch in der Hingabe des Leistungsgegenstandes zum Zweck der Erfüllung eine Entäußerung. Aber diese Entäußerung ist eben gestattet; man hat kein Recht, aus der Gestattung dieser Entäußerung auf das Gestattetsein anderer Entäußerungen, die nur im Allgemeinen aber nicht im Besonderen die gleiche Natur haben, zu schließen.

[33a] Denn er erhält in diesen Fällen einen reinen Gewinn, und daher greift die Regel der Ziff. 4 lit. b Platz. Das Gesagte ist deßwegen nicht weniger wahr, weil der Erwerber Gläubiger ist. Denn er erhält eben nicht den ihm gebührenden Leistungsgegenstand, sondern einen Vorzug vor den übrigen Gläubigern, darin liegt sein Gewinn. Speciell bei der datio in solutum gibt er für das, was er erhält, sein Forderungsr. weg; aber es ist ihm eben nicht gestattet, zum Nachtheil der übrigen Gläubiger sein Forderungsr. in einer andern Weise zu verwerthen, als dadurch, daß er sich gerade dasjenige verschafft, was ihm verschuldet wird. Deßwegen liegt auch kein Gegenargument in l. 1 § 19 D. 38, 5. Der nicht wissende Gläubiger gibt aber eben auch nur die Bereicherung heraus und erhält daher sein Forderungsr. wieder. — Der aufgestellte Satz ist weit davon entfernt, unbestritten zu sein; ja die herrschende Meinung verwirft ihn, und ich finde ihn überhaupt nur für die Verpfändung, nicht für die datio in solutum anerkannt. So Reinhart S. 125, Hasenbalg S. 80 fg.; Sf.

Digitized by Google

das empfangene Pfandrecht eine Gegenleistung gemacht hat[33b]. Daß die getilgte Schuld eine bloß natürliche war, begründet ein Rückforderungsrecht nicht[34]; ebensowenig, daß sie noch nicht fällig war, doch muß in diesem letzteren Fall der durch die verfrühte Zahlung erlangte Vortheil herausgegeben werden[35]. Ein unbedingtes Rückforderungsrecht Zahlungen gegenüber hat der Fiscus[36].

2. Das heutige Reichsrecht*.

§ 463a.

Die hauptsächlichen Abweichungen dieses Rechts von dem bisherigen gemeinen Recht sind folgende.

XXI. 187, XXII. 286, XXXIII. 355, RG. III S. 169. Dagegen Sf. IV. 274, XX. 98, RG. XIII S. 301.

[33b] Dieselbe kann auch darin bestehen, daß er auf die Betreibung seiner Forderung zu einer Zeit, wo sie noch möglich gewesen wäre, verzichtet. Dernburg Pfandr. I S. 200, Hasenbalg a. a. O. Sf. XXI. 187, XXII. 286. RG. III S. 169.

[34] L. 19. 20 D. 42, 8. Daß Leistung zum Zweck der Erfüllung im Bewußtsein, daß Zwang zur Erfüllung nicht besteht, als Erfüllung gilt, ist die leiseste rliche Wirkung einer natürlichen Verbindlichkeit; wo auch diese Wirkung fehlt, ist für das R. überhaupt keine natürliche Verbindlichkeit mehr vorhanden. Uebereinstimmend Vangerow Nr. III, Brinz 1. Aufl. S. 531, Reinhart S. 122, Grützmann S. 54 fg. A. M. Franke S. 269, Huschke S. 32. Unterscheiden will Fischer S. 34 fg. Nichtgeltendmachung des beneficium competentiae zu Gunsten der Gläubiger gegenüber einem Schenkungsversprechen ist als Grund der actio Pauliana anerkannt in dem Erk. des OAG. zu Lübeck bei Kierulff Sammlung 1865 S. 109 (97).

[35] L. 10 § 12. l. 17 § 2 D. 42, 8. Nach einer anderen Meinung Franke S. 266 fg., Laspeyres S. 75 fg., Petzold ZS. f. RPfl. u. Verwalt. f. d. Königr. Sachsen N. F. XIX S. 481—504, v. Schey S. 135 fg, Otto S. 72 fg., Grützmann S. 80 fg., Sf. IV. 275 soll, wenn die Schuld erst nach Eröffnung des Concurses fällig wird, allerdings das Gezahlte zurückgefordert werden können; s. dagegen Vangerow Nr. II, Sintenis Anm. [26] Nr. 5, Schönemann S. 23, Reinhart S. 118 fg., Fischer S. 28 fg.

[36] L. 18 § 10. l. 21 D. 49, 14. Vgl. Dernburg Pfandr. II S. 440, Fischer S. 89 fg., Holzschuher III S. 1161. Sf. XVIII. 27.

* KO. § 22–34. Reichsgesetz „betreffend die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Concursverfahrens" vom 21. Juli 1879. — Die Literatur ist sehr reich. Ich hebe außer den bei § 463 genannten Schriften von Otto und Grützmann hervor: Cosack das Anfechtungsr. der Gläubiger eines zahlungsunfähigen Schuldners innerhalb und außerhalb des Concurses nach deutschem Reichsr. (1884), welche Schrift ein competenter Beurtheiler (Eck ZS. f. HR. XXXI S. 492) „entschieden die bedeutendste zur Zeit vorhandene Leistung" nennt. Mandry § 50. Dernburg II § 146. 147. [Jäger KO. 3. Heft (1899) S. 213 fg. Sarwey-Bossert KO. 4. Aufl. I (1900 S. 133 fg. Weitere Literatur bei den Genannten.]

Digitized by Google

1. Die Arglist des Erwerbers (welche die des Schuldners voraussetzt) braucht in gewissen Fällen [— den Urfall: Anfechtung wegen erwiesener und dem Erwerber erweislich bekannter Benachtheiligungsabsicht des Schuldners s. KO. 24, 1, RGes. § 3, 1 —] nicht bewiesen zu werden.

a) Bei Verträgen, welche der Schuldner binnen des letzten Jahres vor Eröffnung des Concurses bez. vor der Rechtshängigkeit des Anfechtungsanspruchs mit seinem Ehegatten oder gewissen nächsten Verwandten oder Verschwägerten abgeschlossen hat, Gegenbeweis des Erwerbers vorbehalten. [Der Gegenbeweis ist dahin zu führen, daß der Erwerber bei dem Vertragsschluß eine Absicht des Schuldners, die Gläubiger zu benachtheiligen, nicht kannte] [1].

b) Bei Rechtsgeschäften, welche der Schuldner nach der Zahlungseinstellung oder dem Antrag auf Eröffnung des Concurses vorgenommen hat, wenn dem Erwerber die Zahlungseinstellung oder der Eröffnungsantrag bekannt war. [In diesem Falle kommt es nur darauf an, daß die Rechtshandlung des Gemeinschuldners objectiv die Gläubiger benachtheiligt. Selbst der Beweis, daß der Gemeinschuldner dieß nicht beabsichtigte, oder daß der Begünstigte die Absicht nicht kannte, hilft dem Erwerber nichts.] [2]

2. Der Erwerber aus einer unentgeltlichen Verfügung haftet auf die Bereicherung auch ohne Arglist des Schuldners, wenn die Verfügung in dem letzten Jahre [2a], zu Gunsten des Ehegatten in den letzten zwei Jahren, vor Eröffnung des Concurses bez. vor der Rechtshängigkeit des Anfechtungsanspruchs getroffen worden ist [3].

3. Befriedigung oder Sicherung eines Gläubigers [3a] ist anfechtbar, wenn sie nach der Zahlungseinstellung [3b] oder dem Antrag auf Eröffnung des Concurses erfolgt ist und dem Gläubiger diese Thatsachen bekannt waren. [Diese Bekanntschaft muß ihm bewiesen werden. Aber es muß nicht ein Dolus des Gemeinschuldners bewiesen werden. Nicht einmal der Beweis, daß ein solcher nicht obwaltete, oder dem

[1] KO. § 24 Ziff. 2, Reichsges. § 3 Ziff. 2, vgl. § 4. § 463a.

[2] KO. § 23 Ziff. 1.

[2a] Gebräuchliche Gelegenheitsgeschenke ausgenommen. KO 25, 1, RGes. § 3, 3.]

[3] KO. § 25. 30 Abs. 2, RGes. § 3 Ziff. 3. 4. § 7 Abs. 2 [S. auch § 4.]

[3a] Hier muß nicht nothwendig eine Rhandlung des Gemeinschuldners vorliegen. Vgl. Jäger S. 223 unter 2. Sarwey-Bossert S. 147 unter 2.]

[3b] Eine Zeitschranke für den Fall der Anfechtung auf Grund erwiesener oder vermutheter Kenntniß der Zahlungseinstellung: KO. 26.]

Digitized by Google

Begünstigten nicht bekannt war, hilft diesem.] Gewährt die Befriedigung oder Sicherung dem Gläubiger etwas, worauf er keinen Anspruch hatte, so braucht seine Bekanntschaft mit den bezeichneten Thatsachen nicht bewiesen zu werden, Gegenbeweis des Gläubigers vorbehalten. [Der Gegenbeweis muß umfassen, daß dem Gläubiger weder der Eröffnungsantrag und die Zahlungseinstellung, noch eine Absicht des Gemeinschuldners, ihn vor den übrigen Gläubigern zu begünstigen, bekannt war]. Auch genügt es [zur Anfechtung einer Befriedigung oder Sicherung, auf welche der Gläubiger keinen Anspruch hat], daß die Befriedigung oder Sicherung in den letzten zehn Tagen vor der Zahlungseinstellung oder dem Antrage auf Eröffnung des Concurses erfolgt sei. [In diesem Falle ist der Gegenbeweis des Gläubigers nur darauf zu richten, daß ihm eine Absicht des Gemeinschuldners, ihn vor den übrigen Gläubigern zu begünstigen, nicht bekannt war.][4]

4. Nach eröffnetem Concurs kann der Anspruch eines Concursgläubigers nur von dem Concursverwalter geltend gemacht werden[5].

5. Der Erbe haftet wie der Erblasser. Auch der Sondernachfolger haftet im Fall der Arglist[6] [d. h. wenn ihm zur Zeit seines Erwerbes bekannt war, daß der Schuldner die Rechtshandlung in der Absicht vorgenommen hat, seine Gläubiger zu benachtheiligen. Gehört aber der Rechtsnachfolger zu den in KO. 24 Ziff. 2, RGes. § 3 Ziff. 2 bezeichneten Personen (s. ob. 1, a), so haftet er schon dann, wenn er nicht beweist, daß ihm zur Zeit seines Erwerbes die Umstände nicht bekannt waren, welche die Anfechtung gegen seinen Rechtsvorgänger begründen.

5a. Für die Anfechtung außerhalb des Concurses ist grundsätzliches Erforderniß, daß der Gläubiger einen vollstreckbaren Schuldtitel erlangt hat und seine Forderung fällig ist; ferner, daß die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners zu einer vollständigen Befriedigung des Gläubigers nicht geführt hat, oder daß anzunehmen ist, sie werde nicht dazu führen[6a].

5b. Der Anspruch richtet sich außerhalb des Concurses darauf, daß, soweit es zur Befriedigung des anfechtenden

---

[4] KO. § 23.
[5] KO. § 29, Reichsges. § 13. Vgl. Reichsges. § 2.
[6] KO. § 33, Reichsges. § 11.
[[6a] RGes. § 2, vgl. § 4. 5. 10.]

Digitized by Google

Gläubigers erforderlich ist, dasjenige, was durch die anzufechtende Handlung aus dem Vermögen des Schuldners veräußert, weggegeben, oder aufgegeben ist, als noch zu demselben gehörig zurückgewährt werde, im Concurse schlechtweg auf Rückgewähr des Veräußerten u. s. w. zur Concursmasse. Innerhalb wie außerhalb des Concurses bleibt die Beschränkung der Haftung des gutgläubigen Empfängers einer unentgeltlichen Zuwendung auf die Bereicherung vorbehalten[6b]. Wegen einer Gegenleistung oder im Falle einer anfechtbaren Leistung wegen seiner Forderung kann sich der Empfänger des anzufechtenden Erwerbs außerhalb des Concurses nur an den Schuldner halten[6c]. Im Concurse haftet die Masse für die Rückgewähr der Gegenleistung nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung. Insoweit liegt Masseschuld vor. Darüber hinaus kann der Empfänger nur als Concursgläubiger auftreten. Im Falle einer anfechtbaren Leistung an einen Gläubiger tritt durch Rückgewähr der Leistung die Forderung wieder in Kraft[6d].].

6. Der Anspruch verjährt in einem Jahre nach Eröffnung des Concurses, außerhalb des Concurses in zehn Jahren[7]. [Die letztere Verjährung gilt nur für den Anspruch aus § 3 Ziff. 1 des RGes., denn in allen anderen Fällen tritt an Stelle der Verjährung die Vorschrift, daß die Rechtshängigkeit des Anfechtungsanspruchs binnen einer bestimmten Frist nach der anzufechtenden Handlung eintreten muß[8].]

[Die Novelle zur KO. und diejenige zu dem Anfechtungsgesetz (enthalten in Art. VII des EG. zur Concursnovelle) haben das Anfechtungsrecht in einzelnen Punkten abgeändert, aber auch dadurch, daß sie die Anfechtung durch einseitige Willenserklärung des Berechtigten nach Art der Anfechtung des BGB. erfolgen lassen, eine Veränderung der Natur des Anfechtungsrechts hervorgerufen, deren Tragweite freilich streitig ist.

I. Die einzelnen Aenderungen sind folgende:

1. Der unentgeltlichen Verfügung zu Gunsten des Ehegatten des Schuldners stand bisher gleich eine von ihm bewirkte Sicherstellung oder Rückgewähr eines Heirathsgutes oder des gesetzlich in die Verwaltung des Mannes gekommenen Vermögens der Frau, falls sie nicht geschah in Erfüllung einer gesetzlichen oder vor der zweijährigen Frist vertragsmäßig übernommenen

[6b KO. 30, RGes. § 7.]
[6c RGes. § 8.]
[6d KO. 31. 52, 332.]
[7 KO. § 34, Reichsges. § 12.
[8 RGes. § 3 Ziff. 2—4. § 4.]

Digitized by Google

Verpflichtung (KO. 25, 2 [alter Zählung], RGes. § 3 Ziff. 4). Diese Bestimmungen sind gestrichen, weil gemäß § 1391. 1418 Abs. 1 Nr. 1 BGB. die Verpflichtung zur Sicherheitsleistung eben dann eintritt und die Klage auf Aufhebung der Verwaltung und Nutznießung begründet wird, wenn das Verhalten des Mannes die Besorgniß rechtfertigt, daß die Rechte der Frau in einer das eingebrachte Gut erheblich gefährdenden Weise verletzt werden (1391 Abs. 1) oder wenn die der Frau aus der Verwaltung und Nutznießung zustehenden Ansprüche auf Ersatz des Werthes verbrauchbarer Sachen erheblich gefährdet sind (1391 Abs. 2). Diese Sachlage setzt nicht nothwendig eine ungünstige Vermögenslage des Mannes voraus, wird aber sehr häufig mit einer solchen zusammentreffen. Und im Falle des § 1391 Abs. 2 kann die ungünstige Vermögenslage des Mannes allein ausreichend sein, um die Gefährdung als gegeben erscheinen zu lassen. In derartigen Fällen würden auch die Gläubiger des Mannes ein Interesse an der Anfechtung haben; sie würde ihnen aber gerade dann nicht zustehen, weil die Sicherheitsleistung oder Herausgabe des eingebrachten Gutes in Erfüllung gesetzlicher Verpflichtung erfolgen würde. Erfolgt dagegen die Sicherheitsleistung oder Auslieferung des Vermögens der Frau freiwillig ohne jene Voraussetzungen, so wird es meistens auch an einem genügenden Grunde für die Gewährung des Anfechtungsrechts fehlen. Angesichts dessen hat man das ganze Anfechtungsrecht fallen lassen. Vgl. Mot. zur Concursnov. zu § 25 (Guttentag S. 20. 21).

2. Andererseits ist den unentgeltlichen Verfügungen des Schuldners gleichgestellt die Erfüllung von Pflichttheilsansprüchen, Vermächtnissen und Auflagen durch den Erben aus dem Nachlasse. Das Anfechtungsrecht steht den Nachlaßgläubigern zu, welche im Nachlaßconcurs dem Empfänger der Leistung im Range vorgehen oder gleichstehen würden (KO. 226). Der gutgläubige Empfänger haftet nur auf die Bereicherung (KO. 222. 37 Abs. 2, RGes. § 3a. § 7 Abs. 2).

3. Die Haftung des Rechtsnachfolgers ist erweitert. Nach dem bisherigen Recht fand die Anfechtung im Allgemeinen gegen den Sondernachfolger nur statt, wenn der Schuldner die Handlung dolos begangen hatte und dieß dem Rechtsnachfolger bekannt gewesen war. Eine Handlung, welche der Schuldner ohne Dolus vorgenommen hatte, die aber aus anderen Gründen dem ersten Erwerber gegenüber anfechtbar war, konnte dem Rechtsnachfolger gegenüber im Allgemeinen nicht angefochten werden. Anders war es nur bei den dem Schuldner nahestehenden Personen (vgl. Text Ziff. 5). Nunmehr ist für alle Sondernachfolger bestimmt, daß die Anfechtung, die aus beliebigem Grunde gegen den Rechtsvorgänger möglich ist, auch gegen sie erfolgen kann. Es kommt darauf an, ob ihnen die Umstände, welche die Anfechtung gegen den Rechtsvorgänger begründen, bei ihrem Erwerbe bekannt sind. Dieß muß im Allgemeinen bewiesen werden. Zu Ungunsten der dem Schuldner nahestehenden Personen dagegen kehrt sich, wie früher, die Beweislast um (KO. 40 Abs. 2 Ziff. 1. 2), (RGes. § 11 Abs. 2 Ziff. 1. 2). Der Rechtsnachfolger eines Rechtsnachfolgers ist der Anfechtung nie ausgesetzt, wenn nicht sein unmittelbarer Vormann derselben ausgesetzt war; anders auch nicht, wenn er weiß, daß ein weiterer Vormann auf anfechtbare Weise erwarb.

Digitized by Google

Kraft neuer Vorschrift ist der Rechtsnachfolger, welcher unentgeltlich empfängt, der Anfechtung immer ausgesetzt, wenn ihr sein unmittelbarer Vormann unterliegt, ohne jede Rücksicht auf seine Kenntniß von dem Anfechtungsgrunde. Seine Haftung beschränkt sich aber, wenn er nicht erweislich bösgläubig ist, auf die Bereicherung (KO. 40 Abs. 2 Ziff. 3. Abs. 3, RGes. § 11 Abs. 2 Ziff. 3. Abs. 3).

4. Die Anfechtung im Concurse trifft nicht nur die vor der Eröffnung des Verfahrens vorgenommenen Handlungen, sondern auch die nachher vorgenommenen, wenn dieselben ausnahmsweise den Concursgläubigern gegenüber wirksam sind (KO. 42, vgl. 7, BGB. 892. 893, KO. 113).

II. Nach der bisher durchaus herrschenden Auffassung ist der Anfechtungsanspruch ein obligatorischer auf Rückübereignung (Rückauflassung u. s. w.). Für das neue Recht dagegen vertritt Hellwig Verträge auf Leistung an Dritte S. 379 fg. und ZS. f. CPr. XXVI S. 474 fg. mit Entschiedenheit die Ansicht, daß die Anfechtung dinglich wirkt. Gegen ihn Jäger S. 217 fg., auch Sarwey-Bossert bleibt bei der alten Ansicht (S. 140 fg. 149 fg.), hat aber Hellwig noch nicht benutzt. Die Mot. zur Concursnovelle (Guttentag S. 22 fg.) bestreiten dem Anfechtungsrecht den Charakter eines Anspruchs, und fassen es vielmehr auf als ein Recht zur Anfechtung durch einseitige Willenserklärung nach Art der Anfechtung eines Rechtsgeschäfts wegen Drohung oder Betruges (oder Irrthums). Dementsprechend ist der „Anfechtungsanspruch" im Allgemeinen aus dem RGes. verschwunden, und es ist hier wie in der KO. statt dessen von Anfechtung, Anfechten, Ausübung des Anfechtungsrechts die Rede. Wo früher von Rechtshängigkeit des Anfechtungsanspruchs gesprochen wurde, ist jetzt die Anfechtung, das Erfolgen der Anfechtung eingesetzt. Ges. § 3 Ziff. 2. 3. 4. § 4. § 13. Statt der Erhebung des Anfechtungsanspruchs ist im § 11 Abs. 4 ebenfalls das Erfolgen der Anfechtung gesetzt. Es gibt keine Verjährung des Anfechtungsanspruchs mehr, sondern nur Fristen für Vornahme der Anfechtung (Ges. § 12, KO. § 41).

Bei der Frage nach den Wirkungen dieser durch Rechtsgeschäft bethätigten Anfechtung geht Hellwig mit Recht davon aus, daß die Satzungen der KO. und des RGes. nunmehr im Zusammenhange des BGB. gelesen werden müssen. Bisher hatte das Recht der Gläubigeranfechtung überhaupt kein einheitliches bürgerliches Recht hinter sich, und man mußte sich mit der obligatorischen Wirkung der Anfechtung begnügen, weil aus dem Text der KO. und des RGes. eine dingliche Wirkung allerdings nicht nachgewiesen werden konnte. Dennoch kam schon bisher der Gedanke solcher dinglichen Wirkung manchmal zum Durchbruch (s. Hellwig ZS. S. 474—476. Jäger S. 216 [1]). Nun aber gewinnen die Bestimmungen der KO. und des RGes. an dem BGB. einen festeren Rückhalt. Die Anfechtung eines Rechtsgeschäfts nach dem BGB. hat die Wirkung, daß dasselbe rückwirkend vernichtet wird (142). Man kann keineswegs mit Jäger (S. 216) sagen, daß diese Anfechtung nur aus Mängeln des Geschäfts im Interesse eines Geschäftsgenossen vorkommt. Wenn sie sich gegen ein Rechtsgeschäft richtet, so erfolgt sie allerdings aus Mängeln des Geschäfts; aber keineswegs immer im Interesse einer Person, die man einen Geschäftsgenossen nennen kann (vgl. 2080). Die Anfechtung im ganz gleichen Sinne kann sich aber auch gegen einen Rechtszustand richten, der nicht auf Rechtsgeschäft beruht. So im

Digitized by Google

Falle der Anfechtung der Versäumniß der Ausschlagungsfrist (1956); denn daß diese Versäumniß die Annahme ersetzt, macht sie nicht selbst zum Rechtsgeschäft. Ebenso im Falle der Anfechtung des Erbschaftserwerbes, des Vermächtniß- oder Pflichttheilsanspruchs wegen Erbunwürdigkeit (2340 fg. 2345, s. auch 1506). Hier handelt es sich keineswegs um die Anfechtung der Folgen eines Rechtsgeschäfts. Mindestens nicht, wenn gesetzliches Erbrecht oder Pflichttheilsanspruch angefochten werden; also kann es sich auch nicht um Anfechtung aus Mängeln des Geschäfts zu Gunsten eines Geschäftsgenossen handeln. Daß die Anfechtung des Erbschaftserwerbes (s. auch 1506) durch Klage erfolgt (2342), kann nicht stören; das Rechtsgeschäft der Anfechtung ist dann in der Klage enthalten. Pflichttheil und Vermächtniß werden durch einseitige Erklärung angefochten. Danach ist unzweifelhaft, daß die Anfechtung einer Rechtshandlung durch die Gläubiger im Rahmen des neuen bürgerlichen Rechts sehr wohl eine Anfechtung mit derselben dinglichen Wirkung und zwar Rückwirkung sein kann. Nur kann sie nicht absolute Nichtigkeit hervorrufen, sondern sie ruft relative hervor. Die Handlung kann als den Concursgläubigern, dem anfechtenden Gläubiger gegenüber unwirksam angefochten werden (KO. 29, RGes § 1). Soll das neue Recht einheitlich gedacht werden, so ist anzunehmen, daß durch die Anfechtung derselbe Zustand hervorgerufen wird, den §§ 135. 136 BGB. im Auge haben, die relative Nichtigkeit, daß die Anfechtung im Concurse denselben Zustand hervorruft, der bei Handlungen des Gemeinschuldners nach der Eröffnung des Verfahrens von selbst eintritt, ein Zustand, den KO. 7 mit denselben Worten beschreibt, wie KO. 29: den Concursgläubigern gegenüber unwirksam, und der für den Bereich des § 7 als relative Nichtigkeit anerkannt ist; wie denn auch die Mot. zur Concursnovelle für diesen § ausdrücklich auf BGB. 135 verweisen (Guttentag S. 10). Hierzu paßt auch vortrefflich, daß nach KO. 42 diejenigen Rechtshandlungen, welche ausnahmsweise trotz Vornahme nach der Eröffnung des Verfahrens den Concursgläubigern gegenüber wirksam sind, durch Anfechtung ihnen gegenüber unwirksam gemacht werden können.

Wirkt die Anfechtung relative Nichtigkeit, so kann der Concursverwalter das Veräußerte, Weggegebene, Aufgegebene zur Concursmasse deßhalb zurückverlangen, weil es im Verhältnisse zu den Gläubigern noch dazu gehört, die Rückgewähr zur Masse im Sinne des § 37 KO. muß erfolgen, weil rechtlich das Veräußerte Bestandtheil der Masse ist, nicht hat Rückübereignung zu erfolgen. Ebenso hat auf Grund der Anfechtung außerhalb des Concurses derjenige, gegen den sich die Anfechtung richtet, die Zwangsvollstreckung in das Empfangene zu dulden, wie wenn es dem Schuldner noch gehörte (RG. § 7). Im Concurse des Anfechtungsgegners findet auf Grund der Anfechtung Aussonderung statt.

So führt die Ansicht Hellwigs, wie auch Jäger (S. 217) anerkennt, zu klaren Ergebnissen, und bringt die Anfechtung der Gläubiger in vollen Einklang mit der Anfechtung des BGB. Daß die Haftung des Anfechtungsgegners sich unter Umständen nach den Sätzen über ungerechtfertigte Bereicherung beschränkt, ist sehr wohl möglich, auch wenn der Anspruch ein dinglicher ist. Obligatorisch muß er natürlich dann werden, wenn nach Lage der Sache statt des Erlangten ein Ersatz zurückverlangt werden muß, wie in dem nächstliegenden Falle, daß eine bereits verbrauchte Geldsumme gefordert wird.

Digitized by Google

Ohne alle Bedenken ist die Ansicht von Hellwig freilich keineswegs. Jäger macht geltend, daß KO. 39 der dinglichen Wirkung der Anfechtung widerspreche, da die Forderung, welche durch die anfechtbare Leistung getilgt wurde, erst mit der Rückgewähr der Leistung wieder auflebt. In der That forderte die Consequenz, daß, wenn das Leistungsgeschäft durch die Anfechtung den Concursgläubigern gegenüber nichtig würde, gemäß § 139 BGB. auch die Tilgung der Forderung ihnen gegenüber von selbst wieder wegfiele. Hier aber läßt sich sagen, daß zum besseren Schutz der Gläubiger diese Folgerung abgelehnt, und erst mit der reellen Herausgabe des Empfangenen das Wiederaufleben der Forderung anerkannt wird. Der Anspruch auf Rückerstattung der Gegenleistung aus der Concursmasse ist gemäß KO. 38 jedenfalls nur ein obligatorischer. Aber auch dieß spricht nicht entscheidend gegen Hellwig (vgl. Jäger S. 288). Ist die Rechtshandlung des Schuldners relativ nichtig, durch welche er etwas fortgegeben hat, so folgt daraus nicht, daß das Leistungsgeschäft des Anfechtungsgegners, welches von der Handlung des Schuldners vollkommen getrennt sein kann (so daß BGB. 139 nicht in Frage kommt), von den Gläubigern ebenfalls als zu ihren Ungunsten relativ nichtig anerkannt werden müßte. Und gesetzgeberisch konnte wiederum zum besseren Schutze der Gläubiger die Rückleistungspflicht der Masse als nur obligatorische und von der thatsächlichen Restitution seitens des Anfechtungsgegners abhängige hingestellt werden.

Richtig ist, daß die Revisoren des Anfechtungsgesetzes die rechtsgeschäftliche Anfechtung keineswegs überall durchgeführt haben. Nicht zu beanstanden ist freilich § 9. „Erfolgt die Anfechtung im Wege der Klage", denn das kann rechtsgeschäftliche Anfechtung in processualer Gestalt sein. Aber überall, wo von dem Anfechtungsanspruch die Rede ist (§ 5. 10. 13) oder von der Verfolgung von Anfechtungsrechten (§ 13), liegt jedenfalls insofern ein Fassungsfehler vor (wiewohl Jäger einen solchen leugnet), als bei der rechtsgeschäftlichen Anfechtung nur von einem auf Grund der Anfechtung bestehenden Anspruch, nicht aber von einem Anfechtungsanspruch gesprochen werden kann. Aber dieser Fassungsfehler bleibt der gleiche, mag man nun den auf Grund der Anfechtung bestehenden Anspruch sich dinglich oder obligatorisch denken. Deßhalb sprechen jene Stellen des Gesetzes nicht gegen Hellwigs Ansicht. Gegen ihn spricht nur § 5, indem er von der Erhebung des Anfechtungsanspruchs im Wege der Einrede handelt. Der obligatorische Anspruch auf Grund der erfolgten Anfechtung kann eine Einrede gegen einen andern Anspruch begründen. Ist aber durch die Anfechtung ein Recht des Anfechtungsgegners vernichtet, so kann diese Rechtsvernichtung niemals als Einrede, sondern nur als Einwendung geltend gemacht werden. Es muß also, um die Ansicht Hellwigs zu halten, hier ein sachlicher Fehler der Revisoren angenommen werden.

Darin ist ferner Jäger zuzustimmen, daß die Revisoren die bewußte Absicht nicht gehabt haben, auch in den Wirkungen die Gläubigeranfechtung derjenigen des BGB. gleichzustellen. Als man in der Reichstagscommission versuchte, die Neuerung in Bezug auf die Ausübung des Anfechtungsrechtes fern zu halten, wurde seitens der verbündeten Regierungen diesem Versuch entgegengetreten mit der Erklärung: „das Anfechtungsrecht selbst sei kein Anspruch im Sinne des BGB. (§ 194), vielmehr würden erst durch die Anfechtung Ansprüche

Digitized by Google

begründet. Ebenso wie im BGB. bei der dinglich wirkenden Anfechtung die Anfechtungserklärung und beim Rücktritte von einem Vertrage die Rücktrittserklärung genüge, ohne daß es einer Klage bedürfe, so müsse hier bei dem Anfechtungsrecht die Erklärung des Concursverwalters gegenüber dem Anfechtungsgegner genügen, daß er anfechte." Wenn nun Jäger meint, daß damit die Gläubigeranfechtung in einen unverkennbaren Gegensatz zu der dinglich wirkenden Anfechtung des BGB. gestellt sei, so kann man allerdings die Frage aufwerfen, ob der Gegensatz der dinglich wirkenden Anfechtung nicht vielleicht nur der Rücktrittserklärung gegenüber zu verstehen ist. Aber die weiteren Erklärungen des Regierungsvertreters zeigen, daß derselbe als Folge der Anfechtung der Gläubiger sich nur obligatorische Ansprüche gedacht hat. Er bemerkte, gegenüber einer Verzögerung der gerichtlichen Geltendmachung der aus der Anfechtung hervorgehenden Ansprüche könne der Anfechtungsgegner sich mit negativer Feststellungsklage helfen. Dies ist begreiflich, wenn die Anfechtung obligatorische Ansprüche gegen den Gegner begründet, deren Existenz er bestreitet. Begründet die Anfechtung den Zustand, daß der Gegner der Concursmasse gegenüber nicht als Eigenthümer des Erlangten erscheint, so muß er, wenn er die Wirkung der Anfechtung bestreitet, die positive Feststellungsklage auf Feststellung seines Eigenthums erheben können.

Dem Allen nach handelt es sich darum, ob man für ausschlaggebend halten will, daß die Verfasser der Concursnovelle, wenigstens ihren gedruckten Aeußerungen zufolge, die Einführung der dinglichen Wirkung der Anfechtung nicht beabsichtigt haben und einen Paragraphen (5) des Anfechtungsgesetzes unverändert ließen, der gegen diese Wirkung spricht, oder ob man sagen will, daß durch die Gestaltung der Anfechtung als einer durch Rechtsgeschäft erfolgenden auch ungewollt kraft der Einordnung des Anfechtungsrechts in den Rahmen des neuen bürgerlichen Rechts die Anfechtung solche dingliche Wirkung angenommen hat, welche schon bisher trotz der herrschenden gegentheiligen Theorie nach Anerkennung rang. Diese Frage stehe ich nicht an mit Hellwig im letzteren Sinne zu beantworten.]

F. Widerrechtliche Störung factischer Zustände.

1. Störung des Besitzes.

§ 464.

Die Verpflichtungen, welche sich aus der widerrechtlichen Störung [1] des Sachbesitzes ergeben, sind schon oben im Zusammenhang der Lehre vom Besitz dargestellt worden; ebenso die Verpflichtungen aus der Störung des Besitzes an dinglichen Rechten [2]. Hier ist hinzuzufügen, daß auch die Störung des Besitzes anderer Rechte [3] Verpflichtungen erzeugt. Die Frage, an welchen anderen

§ 464. [1] Der Ausdruck „Störung" wird hier im weiteren Sinne genommen, so daß er die Entziehung des Besitzes mit umfaßt.

[2] S. I § 159—162. 164.

Digitized by Google

Rechten, außer den dinglicheu, Besitz rechtlich anerkannt sei, ist dahin zu beantworten, daß der Besitz principiell bei keinem Recht ausgeschlossen ist, welches eine dauernde Ausübung zuläßt [4], daß aber die gegenwärtig in Deutschland herrschende Doctrin und Praxis

---

[3] Auf das Unzutreffende des, allerdings bequemen, Ausdrucks „Besitz eines R." ist bereits oben (I § 163) aufmerksam gemacht worden. Was man Besitz eines R. nennt, ist thatsächliche Geltendmachung eines Willensinhaltes, dessen rliche Anerkennung ein bestimmtes R. ausmachen würde.

[4] Daher auch bei Obligationen nicht, wenn dieselben eine dauernde Ausübung zulassen. Nach einer andern sehr verbreiteten Meinung soll der Besitz bei Obligationen begriffsmäßig ausgeschlossen sein, s. namentlich Savigny Besitz S. 508 der 7. Aufl., Puchta Vorl. zu § 137, Arndts § 218, Unger I S. 547 [25], Sintenis I S. 43 [19]. Dawider namentlich Bruns Besitz S. 480 fg., Randa der Besitz nach österr. R. § 24, 4. In der That kann die Frage nur die sein, ob es Obligationen gibt, welche eine dauernde Ausübung zulassen: daß, wenn es solche gibt, an ihnen auch Besitz denkbar ist, sollte nicht bezweifelt werden; weder der Begriff des Besitzes noch der der Obligation legt irgendwelche Schwierigkeit in den Weg. Von der bezeichneten Art sind aber zuvörderst alle Obligationen auf ein Unterlassen; ferner die Reallasten (und diese sind als möglicher Besitzgegenstand in Theorie und Praxis allgemein anerkannt [5], freilich von Vielen nur auf Grund der Annahme, daß sie dingliche Re seien [s. § 291 [6], auch Randa a. a. O. § 24 [37]]), Rentenforderungen, Zinsforderungen, Forderungen aus dem Miethverhältnisse ꝛc. Bruns a. a. O. ist der Meinung, daß Einheit der Obligation mit dauernder Ausübung (im Gegensatz des Falles, wo jedem Ausübungsact eine besondere Obligation entspricht) nur da angenommen werden dürfe, wo die Obligation „an dauernde personenrliche Verhältnisse geknüpft, oder dauernd auf Sachen, namentlich Immobilien, radicirt" sei. Bruns hat die Berechtigung dieser Beschränkung nicht nachgewiesen, und ich sehe für dieselbe keinen Grund. Bruns leugnet den Besitz namentlich bei Capital- und Miethzinsen (bei den ersten auch Randa § 24 [52]); hier bilde „jede Leistung eine selbständige Obligation", es liege nicht die fortdauernde Ausübung einer Obligation, sondern nur . . . „die sich stets erneuernde Ausübung einer sich stets erneuernden Obligation" vor. Aber wenn gefragt wird, worauf die Einheit einer Obligation beruht, so wird keine andere Antwort gegeben werden können, als: auf der Einheit des Entstehungsgrundes, und es wird im gegebenen Fall nur zuzusehen sein, ob auch wirklich, und nicht bloß scheinbar, Einheit des Entstehungsgrundes vorliegt. Wer sich versprechen läßt: das Grundstück A und das Grundstück B, läßt sich zweimal versprechen, und nur in der Abkürzung der Rede erscheint der doppelte Act als Einer; der Vermächtnißnehmer dagegen, welcher sich die Auszahlung der ihm hinterlassenen Vermächtnisse versprechen läßt, läßt sich nur einmal versprechen, denn er faßt die mehreren Vermächtnisse als Einheit zusammen. So wörtlich l. 29 pr. D. 45, 1. Die Anwendung hiervon auf Zinsen und Miethgeld braucht nicht erst nachgewiesen zu werden. Ueberdieß ausdrücklich: l. 58 pr. D. 46, 1 („Si a colono stipulatus fideiussorem accepi, una stipulatio est plurium pensionum"), l. 75 § 9 D. 45, 1 („Qui sortem stipulatur et usuras quascumque, certum et incertum stipulatus videtur, et tot sunt stipulationes, quot res"). Vgl. § 252 [9]. — Ueber Besitz an „Personenren" s. Bruns S. 483 fg. 495 fg.

Digitized by Google

Besitzesschutz in diesem Umfange zu gewähren nicht geneigt ist und denselben namentlich bei obligatorischen Rechten, welche nicht auf Grund und Boden radicirt sind, entweder ganz ausschließt oder doch bedeutend beschränkt [5].

[5] Das r. R. ist mit dem Besitzesschutz nicht über den Kreis der dinglichen Re hinausgegangen (I § 163). Das c. R. dagegen nimmt Besitz und Besitzesschutz an: bei kirchlichen und weltlichen Hoheitsren, bei kirchlichen Aemtern und Würden, bei Beneficien und Pfründen, beim Patronate und dem Besetzungsre der Aemter, bei Ehrenren, bei Regalien, bei Reallasten, namentlich Zehnten, bei dem ehelichen Verhältniß. S. die Nachweisungen bei Bruns S. 186 fg. Dabei tritt nirgends hervor, daß der Besitz gerade nur dieser Re zu schützen sei; sie werden nicht ausschließlich, sondern in Anwendung eines Principes genannt. Auf demselben Standpunkt steht die an das c. R. sich anlehnende Doctrin und Praxis des kirchlichen und weltlichen R. bis zum Schluß des Mittelalters. Bruns § 24. 34. Nur bei nicht dinglich radicirten Obligationen war keine Einigkeit der Meinungen vorhanden, indem hier eine Partei die Möglichkeit des Besitzes ganz leugnete (unter Berufung darauf, daß c. 24 X. I, 6 nur von Grundzinsen rede, was ohne Zweifel richtig ist, Bruns S. 190), eine andere Partei wenigstens einen besitzähnlichen, wie Besitz zu schützenden status percipiendi annahm. Bruns S. 242. 277. Diese Theorie ist denn auch in Deutschland recipirt worden. Im 16., 17. und 18. Jahrhundert hat man in Deutschland Besitz anerkannt: bei Familienren (Ehe, väterlicher Gewalt), Zustandsren (Adel, Bürgerr., persönlicher Freiheit, Verwandtschaft), Aemtern, Ehren-, Rang-, Zunftren, bei allen Arten von Grundlasten, bei Bannren, Zöllen, Hoheitsren — während der Streit über die Möglichkeit des Besitzes an (rein persönlichen) Obligationen fortdauerte. Bruns S. 383. 384. 407. 408. Auch in Reichsgesetzen hat diese Auffassung Ausdruck gefunden, Sanct. pragm. 1439 tit. X, R. A. 1548 § 56. 59. 63, Landfriede 1548 § 1, I. P. O. art. V § 46. Im 19. Jahrhundert dagegen hat die Ansicht Savigny's (Besitz § 49), welcher Besitz nur an solchen Ren anerkennt, die „mit dem Besitz und Genuß des Bodens verbunden" sind (im Einzelnen nennt er kirchliche und weltliche Hoheitsre und Grundlasten, und schließt namentlich „Re des persönlichen Zustandes und Obligationen" aus), in der Theorie überwiegenden Eingang gefunden, und nur Einzelne gehen über Savigny hinaus. S. die Citate bei Bruns S. 421. Randa § 24 [34]. Ueber und gegen die Ansicht Dunkers (ZS. f. deutsches R. II S. 28 fg.), daß Besitz nur bei solchen Ren anzuerkennen sei, bei welchen im älteren deutschen R. eine Gewere stattgefunden habe, s. Bruns S. 421 und an den das. Note [5] citirten Stellen, Randa § 24 [26 fg.]. Im Allgemeinen vgl. über das Gesagte noch Randa § 24, Meischeider Besitz und Besitzschutz S. 395 fg. kr. VJS. XIX S. 285 fg., neuestens Bähr Urtheile des Reichsger. S. 48. Die gegenwärtige Praxis ist, hier wie überall, schwer zu constatiren; nur das steht fest, daß der Besitz an Grundlasten allgemein anerkannt wird. Sf. V. 173, VII. 42. 43, VIII. 14, XII. 241, XIV. 8, XV. 149, XVI. 5. 174. 175, XVII. 46, XXII. 249; s. auch I. 183. 317. Die Zulässigkeit des Besitzesschutzes an reinen (nicht dinglich radicirten) Obligationen leugnen die Urtheile bei Sf. I. 183 und 223 (OT. zu Stuttgart, vgl. Bruns § 422 [1]), XXXVII. 191 (RG.); dagegen schützen den Besitz von Staats- und Kirchendienern (nicht Privatdienern) an ihren Besoldungen die Urtheile I. 61 und III. 99 (OAG. zu Cassel — das letztere Urtheil mit Berufung darauf, daß jenen Personen ein quasidingliches R.

Digitized by Google

Die Grundsätze, nach welchen der Besitzesschutz, wo er wirklich eintritt, gewährt wird, sind die für den Besitzesschutz überhaupt geltenden [6], nur daß körperliche Störung des Besitzes nicht erforderlich ist [7. 8].

2. Handeln gegen fremden Willen*.

§ 465.

Handeln gegen fremden Willen erzeugt unter Umständen selbst

an Staats- und Kirchenvermögen zustehe), XIII. 32 (OAG. zu Darmstadt: Staats- und andere öffentliche, selbst standesherrliche Diener), Sf. XXII. 233, XXIII. 32 (Darmstadt und Wolfenbüttel: Privatdiener). Noch weiter gehen die Urtheile IX. 126, XIII. 32 (OAG. zu Darmstadt), VII. 269 (OAG. zu Jena), XVI. 5 (OAG. zu Dresden), XXXVII. 96 (München), welche Besitzesschutz resp. Ersitzung bei allen Forderungsrechten annehmen, welche auf sich wiederholende Leistungen von juristischen Personen (Corporationen) oder dauernden Personenclassen gehen (die Bruns'sche Idee, s. Note [4]). Den Besitz der Mutter an dem Kinde schützt das OAG. zu Cassel (Bruns S. 422 [3]) anders Sf. XLIII. 31, den Besitz am Präsentationsr. das OAG. zu Jena (Sf. VIII. 232), dasselbe den Besitz an dem Rechte, allein einen Gasthof zu haben (Sf. XVI. 168), das OAG. zu Celle den Besitz an dem Rechte, „als Reihestellbesitzer an allen ein bestimmtes Kohlenbergwerk betreffenden Versammlungen, Berathungen und Beschlüssen der Gemeinde, so wie an den Aufkünften des fraglichen Kohlenbergwerks . . . Theil zu nehmen" (Sf. XV. 27). Dagegen hat das frühere OAG. zu Zerbst possessorischen Schutz des R., „um Lohn zu kochen, zu backen, und sogenannte Aschkuchen zu backen" verweigert (Sf. I. 317). S. auch Sf. XIX. 151. Meischeider a. a. O. S. 414 fg.

[6] Die Decretalen (Bruns S. 205—207) gewähren das interdictum uti possidetis und eine Klage nach Analogie des interdictum unde vi. Die spätere Theorie und Praxis hat von jeher sowohl beide römische Rmittel als die Spolienklage und das Summariissimum für anwendbar erachtet. Bruns S. 243 fg. 279 fg. 384 fg. 408.

[Ueber BGB. vgl. I S. 747 fg.]

[7] Bei obligatorischen Leistungen reicht bloße Verweigerung hin. So schon die Decretalen (Bruns S. 207 fg.), und constant die folgende Theorie und Praxis. Bruns S. 244. 280 fg. 384. 408. 409, vgl. auch S. 496 fg., Randa a. a. O. § 35 zu [38 fg.], neuestens Bruns Besitzklagen S. 252 fg. Sf. I. 66, III. 99, V. 173, VII. 42. 43, VIII. 221, XII. 340, XIII. 32, XVI. 115. 174, 175, XVII. 46, XVIII. 250, XXIV. 35; entgegengesetzt vereinzelt I. 223. 224, XII. 241, XXIX. 7. S. noch XVII. 45, XXI. 124. — Störung durch Dritte? Bruns S. 214 fg. 280. Sf. XVI. 168.

[8] Für den Erwerb und Verlust des Besitzes gelten die I § 163 entwickelten Grundsätze. Vgl. Randa a. a. O. § 25. 26. 29—36. (Die citirten §§ 29 u. 30 handeln speciell von dem Erwerb des Besitzes an Reallasten und Bannren.)

* Dig. 43, 24 quod vi aut clam. — Die ausführlichste Bearbeitung dieser Lehre ist die von Stölzel: die Lehre von der operis novi nuntiatio und dem interdictum quod vi aut clam S. 341—522. 556—594 (1865). S. außerdem: G. Hasse Rhein. Mus. IV S. 1 fg. (1830). Francke ACPra. Pr. XXII S. 350 fg. (1839). Schmidt (von Schwerin) ZS. f. CR. u. Pr. N. F. I

Digitized by Google

dann Verpflichtungen, wenn dadurch kein fremder Besitz verletzt wird [1].

1. Die Handlung muß eine Handlung sein, durch welche auf ein Grundstück oder einen Bestandtheil eines Grundstücks eingewirkt wird [2].

2. Die Handlung muß entweder in Widerspruch mit einem von der Gegenseite eingelegten Verbot erfolgt sein [3], oder es muß

S. 347 fg. (1845) und ZS. f. RGesch. VIII S. 25 fg. (1869). Schäffer APraktRW. I S. 2 fg. II S. 16 fg. (1852. 1853). Zimmermann ACPra. XXXVII S. 230 fg. (1854). XLI S. 182 fg. (1858). LII S. 464 fg. (1869). Hesse die Rverhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn I S. 265—268. II S. 62—79 (1859. 1861). 2. Aufl. S. 423—449 (1880). v. Duhn ACPra. XLVIII S. 43 fg. (1865). Marlowa Beiträge zur Geschichte des röm. Civilprocesses S. 89—100 (1865). Hesse das Einspruchsr. gegen Bauunternehmungen und andere Veränderungen an Grundstücken S. 1—91 (1866). Baron Rec. der Schrift von Stölzel, kr. VJS. VII S. 489—511 (1865, aber später ausgegeben als die Schrift von Hesse). Stölzel Jahrb. für Dogm. VIII S. 139 fg. (1866). Wendt Faustr. S. 81—115 (1883). Unterholzner II S. 179—186, Sintenis II S. 745—750, Vangerow III § 677 Anm., Brinz 2. Aufl. I § 174, Dernburg I § 234.

§ 465. [1] L. 16 pr. D 43, 24. „Competit hoc interdictum etiam his, qui non possident, si modo eorum interest".

[2] Opus in solo factum. L. 1 § 4. l. 7 § 5 D. 43, 24. Im Einzelnen wird in den Quellen genannt: Graben, l. 7 § 8. l. 9 § 3. l. 22 § 1 D. 43, 24; Pflügen, l. 9 § 3. l. 22 § 1 D. 43, 24; Steine werfen, l. 15 § 1 D. 43, 24; Erde aufkarren, l. 15 § 2 D. 43, 24; zu starkes Düngen, l. 7 § 6 D. 43, 24; Verunreinigung eines Brunnens, l. 11 pr. D. 43, 24; Abschneiden und Beschädigen von Bäumen und Pflanzen, l. 7 § 5. l. 9 pr. 11 § 3. l. 13 pr. § 3. 4. 7 D. 43, 24, l. 11 D. 47, 7 APraktRW. VI S. 225 fg.); Herüberziehen von Pflanzen, l. 22 pr. D. 43, 24; Errichten eines Gebäudes, l. 7 § 2 D. 43, 24 in Verbindung mit l. 1 § 11 D. 39, 1, l. 11 § 5 D. 43, 24; Abbrechen eines Gebäudes, l. 7 § 9 D. 43, 24; Abdecken eines solchen, l. 7 § 10, l. 8, l. 9 pr. D. 43, 24, Wegnahme von Statuen, l. 9 § 2. l. 11 § 1. 2 D. 43, 24, l. 2 D. 47, 12; Anbringen eines Anschlags an dem Gebäude eines Andern, l. 22 § 2 D. 43, 24. (Stölzel S. 407 fg., Baron S. 468 Note *, Stölzel ZS. f. RGesch. VI S. 96 fg.); Anbringen eines Bordachs oder einer Wasserabfalleinrichtung über dem Grundstück eines Andern, l. 22 § 4 D. 43, 24. Dagegen wird das interdictum q. v. a. cl. nicht begründet durch: Gehen über ein Grundstück l. 22 § 3 D. 43, 24; Auseinanderwerfen oder Anzünden eines auf dem Grundstücke liegenden Haufens, l. 9 § 3. l. 10 D. 43, 24; Wegnahme oder Beschädigung von Früchten, l. 7 § 5 D. 43, 24; Wegnahme von Schlössern, Schlüsseln, Gittern, Fensterscheiben, l. 9 § 1 D. 43, 24. S. noch l. 20 § 4 D. 43, 24. „Quod in navi fit, vel in alia qualibet re vel amplissima, mobili tamen, non continetur hoc interdicto".

[3] Eine solche Handlung ist nach römischer Redeweise ein vi factum (I § 159 [4]. § 160 [5]). L. 1 § 5 D. 43, 24. „Vi factum videri Q. Mucius scripsit, si quis contra quam prohiberetur fecerit". Auf die Art und Weise der Einlegung des Verbots kommt nichts an, l. 20 § 1. l. 1 § 7 D. 43, 24.

Digitized by Google

der Handelnde in anderer Weise gewußt haben, daß ihm das Recht zur Handlung bestritten werde [4]. Dem Wissen von der Bestreitung steht gleich, daß der Handelnde von der Bestreitung hätte wissen sollen [5].

3. Die Bestreitung muß eine an und für sich begründete gewesen sein [6]. Auf eine an und für sich nicht begründete Bestreitung braucht nicht gehört zu werden [6a]. Dagegen darf eine an und für

Die Einlegung kann auch durch eine symbolische Handlung erfolgen, wo eine solche allgemein verstanden wird (bei den Römern durch einen „iactus lapilli", l. 1 § 6. l. 20 § 1 D. 43, 24, l. 6 § 1 D. 8, 5, l. 5 § 10 D. 39, 1; vgl. Stölzel S. 345—355, Hesse Einspruchsr. S. 15. 16). Verbot durch Andere: l. 3 pr. l. 17 D. 43, 24, l. 17 D. 39, 1. S. noch l. 1 § 8. l. 20 pr. D. 43, 24; l. 1 § 10. 11. l. 2 D. 43, 24; l. 1 § 9. l. 3 § 1. 2. 3. l. 20 § 2. 3 D. 43, 24; l. 13 § 5 i. f. l. 11 § 9 eod. (Vangerow Nr. I 5).

[4] Eine solche Handlung bezeichnen die Quellen als clam factum. Das clam factum setzt ebensowenig eine besondere Veranstaltung zum Zweck der Verheimlichung voraus, wie das vi factum Gewalt. Wer weiß, daß ihm das R. zu der Handlung, welche er vornehmen will, bestritten wird, soll sie nicht vornehmen ohne dem Gegner davon Anzeige zu machen; unterläßt er die Anzeige, so handelt er eben deßwegen clam. L. 3 § 7 — l. 5 § 7. l. 11 § 11. l. 18 § 1 l. 21 § 1. l. 22 § 5 D. 43, 24, l. 73 § 2 D. 50, 17. Sf. IX. 292; vgl. XXI. 125, XXXIII. 226. Kierulff Entscheidungen des OAG. zu Lübeck 1866 Nr. 2. Budde u. Schmidt Entscheidungen des OAG. Rostock VI. 64 Nr. I.

[5] L. 3 § 7. 8. l. 4 D. 43, 24, l. 43 i. f. D. 9, 2. L. 4 cit.: — „ne melioris condicionis sint stulti quam periti". Vgl. Sf. V. 25.

[6] D. h. es muß ihr ein Verhältniß zur Seite stehen, aus welchem sich in Ermangelung besonderer Gegengründe die Ungerechtfertigtheit der vorgenommenen Handlung ergibt. Von welcher Art dieses Verhältniß sei, ist gleichgültig Es kann Eigenthumsr. sein (s. z. B. l. 11 § 14. l. 12 D. 43, 24. [Miteigenthum, l. 13 § 3 D. 43, 24]), oder ein sonstiges dingliches R. (z. B. Nießbrauch oder Grunddienstbarkeit gegenüber dem Eigenthumsr., l. 13 pr. D. 43, 24, l. 6 D. 7, 4, l. 6 § 1 D. 8, 5, l. 21 39, 3), oder ein obligatorisches R. (z. B. Pachtr. gegenüber dem Eigenthumsr., l. 12 in Verbindung mit l. 13 pr. D. 43, 24, a. M. Thon Norm und subjectives R. S. 317 [72], der aber das hier betonte „in Verbindung" nicht beachtet). Ferner kann das interdictum q v. a. cl. auf eine gesetzliche Eigenthumsbeschränkung (l. 4 § 2. 3. l. 5 l. 13. l. 14 pr. D. 39, 3), oder auf die Vorschriften über die Benützung öffentlicher Sachen (nach r. R. ist hinzuzufügen: von res sacrae und religiosae, l 20 § 5. l. 7 § 8. l. 11 § 1. 2. l. 13 § 5. l. 15 § 2. l. 22 § 4 D. 43, 24), oder auf die Verpflichtung des Beklagten, cautio damni infecti zu leisten (l. 3 § 6 D. 43, 24, vgl. l. 13 § 10 D. 39, 2) gegründet werden.

[6a] Mit anderen Worten: das interd. q. v. a. cl. bringt nur dann durch, wenn ein Verhältniß der bezeichneten Art entweder vom Beklagten zugestanden oder vom Kläger nachgewiesen wird. Der Beweis für diesen Satz, mit welchem die herrschende Meinung nicht übereinstimmt (s. darüber das Nähere in Note [18]) liegt zum Theil schon in dem, was die Quellen über die Nothwendigkeit des Vorhandenseins eines Interesse in der Person des Klägers sagen ([11]). Damit ein solches Interesse angenommen werden könne, ist regelmäßig erforderlich ([12]),

Digitized by Google

sich begründete Bestreitung selbst dann nicht mißachtet werden, wenn dem Handelnden ein Gegenrecht zusteht, welches die Bestreitung überwindet [7]; der Handelnde muß mit der Handlung einhalten, bis er entweder sein Gegenrecht klagend dargethan, oder bis er dem Gegner zur Sicherheit der von diesem zu erhebenden Klage Bürgschaft geleistet hat [8].

4. Fährt der Handelnde mit der Handlung fort, ohne Eines von Beiden gethan zu haben, so ist er, ohne sich auf sein Gegen-

daß ein dieses Interesse begründendes Verhältniß feststehe, und aus diesem Verhältniß wird sich in vielen Fällen sofort ergeben, daß die Handlung des Beklagten eine an und für sich unberechtigte ist. Allerdings nicht immer; und namentlich ergibt sich aus dem Eigenthumsr. an einem Grundstück nicht, daß eine dieses Grundstück schädigende, auf einem fremden Grundstück vorgenommene Handlung eine ungerechtfertigte ist. Aber gerade für diesen Fall enthält einen entscheidenden Beweis l. 21 D. 39, 3, auf welche zuerst aufmerksam gemacht zu haben, Stölzel's Verdienst ist. „Si in meo aqua erumpat, quae ex tuo fundo venas habeat, si eas venas incideris, et ob id desierit ad me aqua pervenire, tu non videris vi fecisse, si nulla servitus mihi eo nomine debita fuerit, nec interdicto quod vi aut clam teneris". Wenn man gegen die Beweiskraft dieser Stelle eingewendet hat (Schmidt ZS. f. RGesch. VIII S. 30, das in Note [18 a. E.] citirte Rostocker Erkenntniß S. 243), dieselbe wolle nur ausdrücken, daß ein bloß factisches Interesse zur Begründung des interd. q. v. a. cl. nicht ausreiche, womit näher gesagt sein soll, daß ein Verbietungsr. wenigstens behauptet sein müsse, so ist zu bemerken, daß die Stelle nicht von Behauptung, sondern von Zuständigkeit einer Servitut redet. Weniger beweisend sind l. 15 D. 8, 2 (wo der Ausdruck „prohiberi potest, si servitus debeatur" möglicherweise auch auf die Verhinderung durch Anstellung der actio confessoria gedeutet werden kann, vgl. l. 6 § 1 D. 8, 5) und l. 9 D. eod., welche Stelle, ohne unrichtig zu sprechen, das interdictum q. v. a. cl. unbeachtet lassen durfte. Aber mit Recht macht Stölzel auch darauf aufmerksam, daß es bei dem interdictum q. v. a. cl., im Gegensatz zur operis novi nuntiatio (§ 466 [9. 10]), weder remissorischen Proceß noch Gefährdeeid gibt. Endlich aber wird erst durch den hier vorgetragenen Satz das interdictum q. v. a. cl. verständlich; abgesehen von diesem Satz ist dasselbe ein so exorbitantes Rmittel, daß es geradezu als Räthsel erscheint (vgl. [18]). Gegen das hier Gelehrte hat man namentlich die Worte des Edicts (l. 1 pr. D. 43, 24) angeführt, nach welchen für das Interdict weiter nichts nothwendig sei, als die Thatsache des vi oder clam factum. Aber darauf hat schon Stölzel (S. 494) geantwortet, daß, wenn man annehmen wollte, in diesen Worten seien die Erfordernisse des Interdicts erschöpfend angeführt, auch kein Interesse in der Person des Klägers erfordert werden dürfe.

[7] Z. B. er hat dem Eigenthumsr. oder der gesetzlichen Eigenthumsbeschränkung gegenüber eine Servitut oder eine obligatorische Gestattung, der Servitut gegenüber obligatorische Gestattung.

[8] L. 3 § 5 D. 43, 24. Stölzel S. 459 fg. versteht die in dieser Stelle erwähnte cautio von einer cautio iudicio sisti, ebenso Hesse Einspruchsr. S. 17 fg. Aber es heißt: „si modo satis offerat, *et* defendere paratus est, si quis agat". Vgl. auch Hesse a. a. O. S. 14—19, Brinz Note [5].

Digitized by Google

recht berufen zu dürfen [9], verpflichtet, den früheren Zustand wiederherzustellen und vollen Schadensersatz zu leisten [10]. Dieser Anspruch

[9] In diesem Sinne heißt es in l. 1 § 2 D. 43, 24 „Et parvi refert, utrum ius habuerit faciendi, an non. Sive enim ius habuit, sive non, tamen tenetur interdicto, propter quod vi aut clam fecit; tueri enim ius suum debuit, non iniuriam commiisci". Ebenso l. 1 § 3 D. 43, 24. Es hilft dem Beklagten nicht sein *ius faciendi*; aber auf Seiten des Klägers muß ein *ius prohibendi* (in eigener Person, oder der Person eines Dritten, z. B. des Verpächters, s. Note [12] a. E.) vorhanden sein. — Nur in Einem Fall darf der Beklagte sich auf sein ius faciendi allerdings berufen; es ist dieß der Fall, wo das ius faciendi rkräftig feststeht. In diesem Falle hat der Beklagte bereits dasjenige gethan, auf dessen Unterlassung der Vorwurf formalen Unr. gegen ihn begründet wird — dem Gegner gegenüber sein R. erstritten. Francke S. 368 fügt den Fall hinzu, wo der Kläger das ius faciendi des Beklagten anerkenne. Gewiß ist in diesem Falle das interdictum q. v. a. cl. nicht begründet. Aber ebenso gewiß ist richtig, und dieß ist ohne Zweifel auch die Meinung Francke's, daß der Kläger zu einer Erklärung darüber, ob er das ius faciendi anerkenne, oder nicht, nicht genöthigt werden kann. — Wie ist es aber, wenn der Beklagte dem interdictum q. v. a. cl. gegenüber geltend macht, daß er im Besitze des ius faciendi sei? Hätten wir bloß die oben mitgetheilten Stellen, so müßten wir ohne Zweifel sagen, daß der mit dem interdictum q. v. a. cl. Belangte den Kläger ebensowenig nöthigen könne, sich auf einen Besitzesstreit einzulassen, wie auf einen Streit über das R. und dieß ist denn auch die Meinung Francke's S. 369. Aber zu dem entgegengesetzten Resultat führt l. 3 § 8 D. 43, 21. In dieser Stelle ist zwar nur von der operis novi nuntiatio die Rede; aber der Schluß von derselben auf das interdictum q. v. a. cl. ist nicht abzuweisen, und nichts verräth, daß, wie Francke a. a. O. behauptet, diese Stelle von einem rkräftig feststehenden oder anerkannten Besitz handele, s. auch Stölzel S. 491. Sf. IX. 157. A. M. Vangerow 7. Aufl. III S. 549. Wendt S. 83 fg. Aus dem Gesagten folgt aber nicht, daß, wie Stölzel (S. 415 fg.) und Zimmermann (XXXVII S. 231 fg. XLI S. 185 fg.) annehmen, der Beklagte sich auch durch Nachweis des Sachbesitzes (des Besitzes des Grundstückes, auf welchem er die schädigende Handlung vorgenommen hat) dem interdictum q. v. a. cl. des Eigenthümers, d. h. des sein Eigenthum nachweisenden Klägers, entziehen könne. Hier handelt es sich nicht um den Besitz eines Gegenres gegenüber dem vom Kläger geltend gemachten Re, sondern um den Besitz gerade desjenigen R, welches auch der Kläger geltend macht, und von welchem feststeht oder der Kläger nachgewiesen hat, daß es ihm, und folglich nicht dem Beklagten, zustehe — und man kann sich nicht einer auf das R. gestützten Rverfolgung gegenüber mit der Berufung auf den Besitz vertheidigen. Was die genannten Schriftsteller an Beweisen für ihre Behauptung beibringen, hat m. E. keine Bedeutung. Vgl. auch Hesse Einspruchsr. S. 59 fg.

[10] L. 15 § 7 D. 43, 24. „Hoc interdicto tanti lis aestimatur, quanti actoris interest, id opus factum esse, Officio autem iudicis ita oportere fieri restitutionem iudicandum est, ut in omni causa eadem condicio sit actoris, quae futura esset, si id opus, de quo actum est, neque vi neque clam factum esset". L. 11 § 4. 8. l. 15 § 8—12. l. 16 § 1. 2. l. 21 pr. § 3 D. 43, 24; l. 7 § 7. l. 18. l. 22 § 3 D. 43, 24. Zu l. 15 § 9 cit. vgl. I § 133 [15]. Haftung Mehrerer: l. 15 § 2. l. 6. l. 13 § 7 D. 43, 24.

Digitized by Google

setzt in der Person des Klägers ein durch die Handlung verletztes Interesse voraus [11], aber nicht nothwendig, daß dieses Interesse von vermögensrechtlicher Art sei [12]. Gegen dritte Besitzer des Grundstücks geht der Anspruch insoweit, daß von denselben Gestattung der Wiederherstellung des früheren Zustandes auf eigene Kosten des Interessirten verlangt werden kann [13].

4. Der Anspruch verjährt in Einem Jahr tauglicher Zeit [14]. Auf die Erben geht er nach den für die Delictsansprüche geltenden Grundsätzen über [15]. Er fällt weg, wenn unter obrigkeitlicher Ermächtigung [16], oder zum Zweck der Beseitigung Desjenigen gehandelt worden ist, was der Gegner seinerseits mit formaler Widerrechtlichkeit gethan hat [17].

Ribbentrop Correalobl. S. 95 fg. Schmidt Interdictenverfahren S. 200 fg. (§ 298 [15]).

[11] L. 11 § 14 D. 43, 24. „Idem Iulianus scribit, interdictum hoc non solum domino praedii, sed etiam his, quorum interest, opus factum non esse, competere". L. 16 pr. eod.

[12] So kann klagen wegen Wegnahme einer Statue derjenige, dem zu Ehren die Statue aufgestellt worden ist, l. 11 § 1 D. 43, 24. S. auch l. 16 § 1 D. 43, 24. — Ist das Interesse, wie regelmäßig, ein Vermögensinteresse, so setzt der Nachweis desselben den Nachweis eines Rverhältnisses in der Person des Klägers voraus, aus welchem hervorgeht, daß gerade sein Vermögen von dem angerichteten Schaden betroffen worden ist. Die Quellen nennen: Eigenthumsr., l. 11 § 14. l. 12. l. 13 § 3. 5. l. 16 § 1. l. 17. l. 22 pr. D. 43, 24, l. 13 § 2 D. 7, 1, l. 27 § 14 D. 9, 2; Nießbrauch, l. 12. l. 16 § 1 D. 43, 24, l. 5 § 3. l. 6 D. 7, 4, l. 22 pr. D. 39, 3; Grunddienstbarkeit, l. 15 D. 8, 2, l. 6 § 1 D. 8, 5, l. 21 D. 39, 3; Pachtr. oder sonstiges obligatorisches Nutzungsr., l. 11 § 12 l. 12. l. 19. l. 13 § 4 D. 43, 24. Nicht aber steht das int. q. v. a. cl. demjenigen zu, welcher ein bloßes Forderungsr. auf Leistung der Sache hat, und daher nicht dem Käufer als solchem, wenn ihm nicht provisorisch der Besitz eingeräumt ist, l. 11 § 9—13 D. 43, 24, vgl. l. 14 pr. § 1. l. 81 [80] pr. l. 67 [66] § 5. l. 86 [85] D. 47, 2 (§ 453 [14]) und Hesse S. 27 fg., Stölzel S. 392 fg., Baron S. 497 fg. Vgl. noch l. 11 § 2. l. 13 § 5. l. 22 § 4 D. 43, 24.

[13] L. 7 pr. § 1. l. 11 § 6. l. 14. l. 15 pr. § 1. l. 16 § 2 D. 43, 24.

[14] L. 1 pr. l. 15 § 3—6. l. 22 pr. D. 43, 24. Ueber l. 1 pr. cit. s. Schmidt Interdictenverfahren S. 102. 103, Stölzel S. 355—378, und gegen Letzteren Schmidt kr. VJS. VII S. 289 *.

[15] S. § 359, 2. R. R.: l. 15 § 3 D. 43, 24. Den Uebergang auf die Erben des Klägers bestreitet Savigny System II S. 125 fg. mit Rücksicht auf l. 13 § 1 D. 43, 24, l. 9 D. 44, 7. S. dagegen Schmidt Interdictenverfahren S. 139, Vangerow I § 145 Nr. I. 8.

[16] L. 7 § 4. l. 3 § 4 D. 43, 24, l. 7 § 2 eod. Budde Entsch. des OAG. zu Rostock VIII S. 188 fg.

[17] L. 7 § 3. l. 22 § 2 D. 43, 24. Jedoch soll nach der zuerst genannten Stelle die Berufung auf die formale Widerrechtlichkeit des Klägers nur „ex magna

Digitized by Google

Die hier gegebene Darstellung entspricht übrigens in einem wesentlichen Punkte der herrschenden Ansicht nicht, worüber das Nähere in der Note [18] bemerkt ist.

[Das BGB. kennt das interdictum quod vi aut clam nicht. Vgl. Mot. II S. 759 fg.]

---

et satis necessaria causa" gestattet werden, und der Richter im einzelnen Fall nach seinem Ermessen zu entscheiden haben. v. Duhn a. a. O. nimmt an, die erstgenannte Stelle setze den Fall voraus, daß der Beklagte ein auf dem Eigenthum des Klägers, Stölzel S. 407 fg. (Jahrb. S. 163 fg.), daß er ein auf dem Besitzthum des Klägers errichtetes Werk zerstört habe. [Sf. XLVII. 11. (RG.)]

[18] Die herrschende Auffassung des interdictum q. v. a. cl. (s. Francke S. 350, aber auch Stölzel S. 479 fg.) verlangt, wie bereits in Note [6a] angedeutet wurde, für das interdictum q. v. a. cl. nicht, daß die Bestreitung der vorzunehmenden Handlung eine an und für sich begründete gewesen sei (Ziff. 3), sondern gesteht einer jeden Bestreitung, vorausgesetzt daß sie nur von einem Interessirten ausgeht, die Kraft zu, den Unternehmer zu nöthigen, sich die Befugniß zu dem, was er vornehmen will, erst durch Klage zu erstreiten, oder, wenn er das nicht will, Bürgschaft zu stellen Dieß erscheint erträglich, wenn Jemand auf fremdem Grund und Boden, unerträglich, wenn er auf eigenem etwas thut. Man hat daher verschiedene Wege eingeschlagen, um diesen Satz dem Verständniß näher zu rücken. Zimmermann a. a. O. hat (unter Zustimmung von Hesse und Holzschuher III S. 1075) die Behauptung aufgestellt, ursprünglich habe nicht jedes Verbot respectirt zu werden brauchen, sondern nur ein solches, welches ergangen sei, nachdem der Unternehmer seinem Nachbar die vorzunehmende Handlung angezeigt, und dadurch dessen mögliches Interesse anerkannt habe: erst später sei das Interdict auf den Fall des Verbots ohne Anzeige ausgedehnt worden. Aber die hier behauptete ursprüngliche Beschränkung ist vollkommen unbewiesen; und warum hat man sie später fallen lassen? Wenn hierauf Zimmermann gegenwärtig (LII S. 483) antwortet: „Was . . gewöhnlich geschieht, das kann man auch, ohne sich einer Inconsequenz schuldig zu machen, als geschehen annehmen oder fingiren", so ist dieser Ausweg zwar recht bequem, aber, gelind gesagt, nicht zum Ziele führend. Schmidt, welchem Vangerow, Sintenis, Arndts § 329[2] und Rudorff zu Puchta § 386[q] in der 9. Aufl. (anders in der 10.) gefolgt sind (dagegen Karlowa (S 95 fg.), lehrt: der Unternehmer werde allerdings durch die Bestreitung zur Klage genöthigt, aber in dieser Klage brauche er nicht nothwendigerweise sein R. auszuführen, es genüge, wenn er seinen Besitz darthue. Aber so bleibt immerhin übrig, daß mein Nachbar durch ein vielleicht vollkommen frivoles Verbot mich zur Erhebung eines Processes nöthigen kann. Wendt S. 103 fg. beruhigt sich mit der Annahme, auf das interdictum q. v. a. cl. sei das Remissionsr. der operis novi nuntiatio übertragen worden (allerdings möge das den römischen Juristen nicht zum Bewußtsein gekommen sein; aber das Gegentheil sei unbillig!). Wendt Pand. S. 367 fg. — Schmidt und Sintenis behaupten frisch weg, das interdictum q. v. a. cl. sei bei uns nicht recipirt, weil — kein Mittel ausgebildet sei, um den Besitzer gegen ein Verbot dritter Unberechtigter zu schützen! Uebrigens hat Schmidt gegenwärtig (ZS. f. RGesch. VIII S. 49) diese Ansicht zurückgenommen. Dagegen wird die heutige Unanwendbarkeit ferner behauptet von Hesse (Rverhältnisse II S. 77 2. Aufl. S 447, Einspruchsr. S. 88); über dessen Auffassung im

Digitized by Google

Uebrigen s. in dieser Note unten. — Das m. E. Richtige, wie es oben dargestellt ist, hat in seinen Grundzügen zuerst Francke entwickelt, und Stölzel näher ausgeführt; übereinstimmend auch Karlowa S. 99 fg. (dessen Berichtigung S. 91 Francke nicht trifft), Brinz 2. Aufl. S. 697 fg. und in der Sache auch Dernburg Note [7]. Es kann mich eben nicht Jeder zum Proceß nöthigen, sondern nur derjenige, welcher ein R. hat, welches ich durch ein Gegenr. erst überwinden muß. Namentlich wenn ich auf meinem Grund und Boden, oder auf Grund u. Boden, von welchem ich behaupte, daß er der meinige sei, etwas thue, kann ich das Verbot eines Jeden mißachten, dem gegenüber ich nicht anerkenne oder der mir nicht darthun kann, daß nicht ich, sondern er der Eigenthümer sei, oder daß er auch als Nichteigenthümer ein Verbietungsr. habe. Stölzel hat aber der Auffassung Francke's, gegen welche er in unbegründeter Weise polemisirt, eine m. E. unrichtige Beimischung gegeben, indem er nämlich einerseits das int. q. v. a. cl. dem obligatorisch zur Detention Berechtigten (auch gegen Dritte) kraft eigenen R. (Gegensatz: kraft des R. des Verpächters ꝛc.) gibt, andererseits behauptet, daß der Besitzer als solcher gegen das Verbot geschützt sei (s. [9]), von welchem Ausgangspunkte er zu dem Resultate gelangt, daß das int. q. v. a. cl. dem Besitzer gegenüber auch nicht durch den Nachweis einer zum Verbot berechtigenden Servitut begründet werden könne, wenn nicht zugleich Besitz der Servitut dargethan werde (s. freilich auch Baron S. 503). Stölzel beruft sich natürlich auf l. 6 § 1 D. 8, 5 (S. 442 fg.), in welcher Stelle aber auch nach meiner Ansicht „possessor" nur denjenigen bezeichnet, dessen Rbehauptung der factische Zustand entspricht, gleichgültig ob kraft seines Willens oder nicht. Vgl. über diese Stelle I § 163 [4]. Für den Vorzug des Besitzers auch Dernburg Note [20]. [21]; gegen denselben Baron a. a. O., welcher im Uebrigen zu den gleichen Resultaten gelangt, wie Stölzel, ferner Brinz 1. Aufl. S. 694, Wendt S. 82 fg. Gegen Stölzel überhaupt Hesse Einspruchsr. S. 53 fg. (vgl. Rverhältnisse 2. Aufl. S. 437), welcher das int. q. v. a. cl. „ein Sachenr. oder ein sonst zustehendes R. auf den Gebrauch und die Benutzung eines Grundstücks", für dieses R. aber nur Bescheinigung verlangt, Zimmermann Arch. LII S. 464 fg., welcher jetzt ebenfalls Bescheinigung des Verbietungsr. verlangt, mit Ausnahme des Falles jedoch, wo über das Verbietungsr. bereits gestritten worden sei, Bangerow Nr. III a. E. in der 7. Aufl., Schmidt ZS. f. RGesch. VIII S. 29 fg. (vgl. [6]), Wendt S. 90 fg. — Eine große Rolle hat in der Frage über die Erfordernisse des int. q. v. a. cl. die l. 5 § 10 D. 39, 1 gespielt, welche von den verschiedenen Schriftstellern in der verschiedensten Weise ausgelegt worden ist; s. Hasse S. 42 fg., Francke S. 380 fg., Schmidt S. 373 fg., Bangerow S. 563. 564, Karlowa S. 94. 95 und S. 97 [65], Baron S. 412, Burckhard Operis novi nunciatio S. 185 fg. Nimmt man diese Stelle, wie sie jetzt in unseren Ausgaben lautet, beim Worte, so sagt sie, daß das int. q. v. a. cl. gegen den Eigenthümer nicht zulässig sei, und das ist entschieden falsch (l. 13 pr. § 6. 7 D. 43, 24, l. 6 D. 7, 4. l. 6 § 1 D. 8, 5, l. 21 D. 39, 3). Nach meiner Meinung sind die Worte „id est lapilli iactum" Glossem (so auch Mommsen in seiner Ausgabe Praef. p. LXXXVI), und die Stelle spricht in ihrem ersten Theil gar nicht von dem int. q. v. a. cl., sondern von Selbstvertheidigung („per manum") und dem int. uti possidetis („per praetorem"). Diese Hülfsmittel seien, sagt sie, ausgeschlossen, wenn ein Anderer auf seinem Besitzthum etwas thue: dann müsse man zur operis novi nunt. greifen, wobei diese allein genannt wird nicht, weil das int. q. v. a. cl. ausgeschlossen werden soll, sondern, weil der Tractat, welchem die Stelle angehört, überhaupt nur von der op. novi

Digitized by Google

3. Handeln gegen Einspruch*.

§ 466.

Besondere Grundsätze gelten für den Fall, wo Einspruch gegen eine Bauthätigkeit erhoben wird [1], mag dieselbe in Errichtung oder Niederreißung eines Bauwerks bestehen [2].

nunt. handelt. Wird aber Jemand, fügt die Stelle hinzu, auf seinem Besitzthum fortdauernd belästigt, so daß ihm Selbsthülfe nicht mehr ausreicht und richterliche Hülfe wünschenswerth erscheint, so sind int. q. v. a. cl. oder int. uti possidetis die zutreffenden Rmittel. — Ueber die Praxis, welche sehr verschiedene Standpunkte vertritt, s. die Urtheile bei Sf. XVI. 223; XVII. 245; VIII. 51, IX. 292, XII. 160, XV. 28; XXVII. 132; VII. 45, XXI. 236, XXII. 47, XXVI. 33, XXXIII. 30 a. E. (die fünf letztgenannten Urtheile wie hier) [[ebenso RG. XXVIII S. 169 fg.]] [Sf. XLVIII. 169.] — sowie die Mittheilungen und Nachweisungen bei Zimmermann XXXVII S. 238 fg., XLI S. 189 fg., LII S. 485 fg., Stölzel S. 459 fg., Hesse Einspruchsr. S. 87 fg.

* Dig. 39, 1 de operis novi nuntiatione. L. 14 C. 8, 10 (Cod. 8, 11 de operis novi nuntiatione). — Hauptwerke: die im vorigen § bei * citirte Schrift von Stölzel S. 15 fg. (1865), und Burckhard die operis novi nuntiatio (1871). Ueber die letztere Schrift Brinz kr. VJS. XVII S. 242 fg. S. ferner: Kaemmerer de operis novi nuntiatione (1807). Reinhardt ausführliche Erläuterung des Pandektentitels de novi operis nuntiatione (1820). G. Hasse über die operis novi nuntiatio, Rhein. Mus. III S. 579—631 (1829). Wiederhold das interdictum uti possidetis und die Novi operis Nuntiatio S. 65 fg. (1831). Schmidt (von Ilmenau) ZS. f. CR. u. Pr. N. F. VIII S. 17 fg. (1851). Zimmermann ACPra. XXXVII S. 218 fg. (1854). Rudorff Jahrb. des gem. R. IV S. 112 fg. (1860). Schmidt (von Ilmenau) das. IV S. 210 fg. (1860). Hesse die Verhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn II S. 79—102 (1861). 2. Aufl. S. 352—422 (1880). Schmidt (von Ilmenau) über die oben genannte Schrift von Stölzel, kr. VJS. VII S. 287—304 (1865). Karlowa Beiträge zur Geschichte des römischen Civilprocesses S. 59—89 (1865). Hesse das Einspruchsr. gegen Bauunternehmungen und andere Veränderungen an Grundstücken S. 92—166 (1866). Baron Rec. der Schrift von Stölzel, kr. VJS. VII S. 483—489. 511—530 (1865, vgl. § 465 bei * a. E.). Heinzerling ACPra. LIII S. 236 fg. (1870). Wendt Faustr. S. 72—81 (1883). Schott das ius prohibendi und die formula petitoria, in der Festschrift für B. Windscheid S. 1—47 (1889). Unterholzner II S. 169—179, Sintenis II S. 750—754, Vangerow III § 676 Anm., Brinz 2. Aufl. I § 175, Holzschuher III § 319, Dernburg I § 233. [Wolff z. Lehre v. d. operis novi nuntiatio. Gött. Diss. 1891.]

[1] Die technische Bezeichnung des r. R. für den Einspruch gegen eine Bauthätigkeit ist: operis novi nuntiatio. Die Grundsätze über die operis novi nuntiatio sind ein Stück des römischen Stadtr., das interdictum quod vi aut clam ist ein Stück des römischen Reichsr. Jene haben ihre Ausbildung ohne Zweifel durch das Edict des praetor urbanus erhalten, das interdictum quod vi aut clam gehört dem Edict des praetor peregrinus an. Vgl. übrigens über die Quellen der operis novi nuntiatio auch Stölzel S. 116. 117 und die daselbst Citirten, Schmidt VJS. S. 292, Burckhard S. 6 fg. § 466.

[2] L. 1 § 11—14 D. 39, 1. Vgl. l. 5 § 11 D. 39, 1, l. 3 § 8 D. 43, 21. Sf. XV. 226; vgl. aber auch Stölzel S. 528, Burckhard S. 17.

Digitized by Google

1. Damit diese besonderen Grundsätze eintreten, ist erforderlich:

a) daß der Einspruch gegen die Unternehmung selbst, d. h. nicht an die Person des Unternehmers als solche, sondern an eine bei der Unternehmung gegenwärtige Person gerichtet werde [3];

b) daß der Einspruch gegründet werde entweder; α) auf die Freiheit des Eigenthums [4], oder eine negative Dienstbarkeit [5], oder

[3] L. 5 § 1—4. l. 1 § 5. l. 10. 11 D. 39, 1. Sonstige positive Vorschriften über die Art und Weise der Erhebung des Einspruches gibt es nicht. Vgl. noch l. 1 § 2. 4. 8. l. 5 § 15. 16. l. 8 § 1. 5. l. 16. l. 19 D. 39, 1; l. 5 § 6. l. 18 pr. D. 39, 1, l. 1 § 3. l. 5 § 18. l. 13 pr. l. 5 § 1 D. 39, 1. Stölzel S. 20—24, Burckhard S. 28—52, und die daselbst Citirten. Sf. V. 28 c. Ueber l. 5 § 7 D. 39, 1. s. Vangerow S. 548 (7. Aufl. S. 532).

[4] Die Freiheit des Eigenthums vertreten (mit der actio negatoria) kann aber außer dem Eigenthümer selbst (l. 1 § 3 D. 43, 25, l. 5 § 8 D. 39, 1) auch der redliche Erwerber (I § 199 [3], Jhering Abhandl. S. 108), so wie der Emphyteuta, der Superficiar und der Pfandgläubiger (welchen utilis rei petitio zusteht, s. auch l. 3 § 3 D. 39, 1 in Verbindung mit l. 2 pr. D. 8, 5, vgl. I § 219 [11]. § 223 [9], Jhering a. a. O. S. 124. 125; a. M. Stölzel S. 55—57 [dagegen Vangerow 7. Aufl. S. 531]). Der Miteigenthümer ist dem Miteigenthümer gegenüber zur operis novi nunt. nicht berechtigt, l. 3 § 1. 2 D. 39, 1. Stölzel S. 59 fg., Burckhard S. 95 fg., Brinz I[e] § 175 [9], Steinlechner iuris communio II S. 158 fg., Schott S. 16 fg.

[5] Die Quellen nennen die servitus non altius aedificandi und die servitus ne luminibus oder ne prospectui officiatur (l. 2. l. 5 pr. D. 39, 1, l. 15 D. 8, 2), ferner die servitus oneris ferendi, l. 6 § 7 D. 8, 5 (s. unten), und schließen ausdrücklich aus die servitus viae, l. 14 D. 39, 1. Der Gedanke, welcher der Beschränkung der operis novi nunt. auf die negativen Servituten zu Grunde liegt, ist dieser: sie soll zulässig sein nur auf Grund derjenigen Rechte, welche ein Verbietungsr. unmittelbar enthalten, nicht erst durch einen Schluß ergeben, oder in der Sprache des classischen R. ausgedrückt, aus welchen man die Formel begehren kann: ius adversario non esse . . invito me, oder: ius mihi esse prohibendi adversarium (vgl. l. 1 pr. D. 43, 25, l. 1 § 4 eod., l. 2. l. 21 pr. D. 39, 1). Was die servitus oneris ferendi angeht, s. Stölzel S. 35, und vgl. dens. überhaupt S. 24 fg., und über die verschiedenen Meinungen die das. und S. 527 Citirten, auch Vangerow Nr. I. 2. a, Holzschuher III § 319 Nr. 2, Hesse Jahrb. f. Dogm. VIII S. 77 fg. und Einspruchsr. S. 115 fg., Burckhard S. 70 fg., Schott S. 24 fg. — Auch die Servitut kann, wie die Freiheit des Eigenthums, nicht bloß von dem Eigenthümer des herrschenden Grundstückes geltend gemacht werden. Deßwegen sind auf Grund einer negativen Servitut zur operis novi nunt. ferner berechtigt: der redliche Erwerber (I § 217 [7]), der Emphyteuta und der Superficiar (l. 3 § 3 D. 39, 1, l. 16 D. 8, 1), der Pfandgläubiger (l. 9 D. 39, 1, l. 1 § 5 D. 43, 25, l. 16 D. 8, 1). In Betreff des Nießbrauchers stritten die römischen Juristen darüber, ob derselbe die dem Nießbrauchsgrundstück zustehenden Servituten als solche klagend verfolgen könne, oder ob er Schutz in diesen Servituten nur auf dem Wege der vindicatio ususfructus erlangen könne, l. 1 pr. l. 5 § 1 D. 7, 6, l. 1 § 20. l. 2 D. 39. 1, l. 1 § 4 D. 43, 25. Dieser Streit

Digitized by Google

eine gesetzliche Eigenthumsbeschränkung, deren unmittelbarer Inhalt ein Nichtthun des Eigenthümers ist [6]; oder β) auf die gesetzlichen Vorschriften über die Benützung öffentlicher Sachen [7]; oder γ) auf die Verpflichtung des Gegners, Sicherheit für befürchteten Schaden zu leisten [8].

2. Sind diese Erfordernisse erfüllt, so darf

a) der Einspruch selbst dann nicht mißachtet werden, wenn der Unternehmer sich demselben gegenüber nicht auf ein Gegenrecht beruft, sondern ihn als an und für sich unbegründet bestreitet. Vielmehr muß der Unternehmer auch in diesem Falle mit seiner Thätigkeit so lange innehalten, bis er richterliche Aufhebung des Einspruches [8a] erwirkt hat. Dieselbe wird ihm ertheilt: 1) für den Fall daß der Einsprechende nicht binnen einer vom Richter zu bestimmenden kurzen Frist den Proceß auf Anerkennung seines Einspruchsrechts erhebt [9]; 2) wenn der Einsprechende nicht den ihm auf

muß für die Compilation, nach der Art und Weise, wie in derselben l. 2 cit. eingeschoben worden ist, und nach der Art und Weise, wie l. 1 § 4 cit. redet oder von den Compilatoren zugeschnitten worden ist, wenigstens was die operis novi nunt. angeht, als dahin erledigt angesehen werden, daß allerdings auch der Nießbraucher auf Grund einer dem Nießbrauchsgrundstück zustehenden negativen Servitut zur operis novi nunt. berechtigt ist. Vgl. Stölzel S. 48, Burckhard S. 86 fg., Brinz 1. Aufl. S. 268 [2. Aufl. I § 175 [9]], auch Ihering Abhandlungen S. 127.

[6] L. 1 § 17 D. 39, 1, l. 3 pr. D. 11, 8.

[7] L. 1 § 16. 17. l. 5 § 9 D. 39, 1. Für das r. R. sind hinzuzufügen die res sacrae und religiosae. Ferner stand nach r. R. wegen Verletzung der Vorschriften über den Gebrauch öffentlicher Sachen jedem Bürger die operis novi nunt. zu, nicht bloß dem dadurch Benachtheiligten, l. 3 § 4. l. 4 l. 5 pr. vgl. mit l. 1 § 19 D. 39, 1. Stölzel S. 136 fg., Burckhard S. 118 fg.

[8] L. 1 § 16—18 D. 39, 1. Stölzel S. 118 fg., Burckhard S. 145 fg.

[8a] Remissio nuntiationis. Dig. 43, 25 de remissionibus.

[9] Der Hauptfall der Remission; derselbe ist vorgesehen in der in l. 1 pr. tit. cit. enthaltenen Edictsstelle. Quod ius sit illi prohibere ne se invito fiat in eo nuntiatio teneat; ceterum nuntiationem missam facio". Vgl. dazu l. 2 § 2 D. eod., l. 1 pr. D. 39, 1. Die bezeichneten Worte sind das Formular für den Wiederaufhebungsausspruch, welchen der Prätor im gegebenen Fall auf einseitiges Begehren des Unternehmers nach Art eines Interdicts ertheilte, woraus sich die Stellung des Titels de remissionibus mitten unter Interdicten erklärt. Vgl. namentlich Schmidt Zeitschr. S. 42 fg., sodann Stölzel S. 170 fg., und wieder Schmidt VJS. S. 299, neuestens Burckhard S. 298 fg., 389 fg. (welcher den Remissionsausspruch sogar für ein wirkliches Interdict erklärt, s. diese Note a. E.). Aber so wenig derjenige, gegen welchen ein Interdict erlassen worden war, sich demselben ohne Weiteres zu fügen brauchte, so wenig brauchte sich der Nuntiant dem Remissionsausspruch ohne Weiteres zu fügen;

Digitized by Google

vielmehr konnte Dieser, wie Jener, ein (durch sponsio und restipulatio vermitteltes) Judicium über die Begründetheit des prätorischen Spruches begehren. Hierfür läßt sich zwar kein directes Quellenzeugniß beibringen: aber es scheint mir nach der Analogie des Interdictenverfahrens vollkommen sicher. Vgl. mit Gai. IV, 141 l. 1 § 9 D. 39, 1 (in welcher Stelle die „praetoria iurisdictio" nicht zur Annahme eines Verfahrens extra ordinem nöthigt). Der materielle Gehalt dieses iudicium war durch den Remissionsausspruch vorgezeichnet; derselbe hatte sich ausdrücklich an das Bestehen eines ius prohibendi gebunden. Da er aber nicht gesagt hatte: ich hebe den Einspruch auf, wenn kein ius prohibendi besteht, sondern: ich hebe den Einspruch auf und halte ihn nur für den Fall aufrecht, daß ein ius prohibendi besteht, so traf den Nuntianten die Beweislast. In diesem Sinne sagen die Quellen: „in operis novi nuntiatione possessorem adversarium facimus" (l. 1 § 6. l. 5 § 10 D. 39, 1; vgl. über die verschiedenen Auffassungen, welche dieser Satz erfahren hat, Wiederhold S. 91 fg., Hasse S. 613, Francke ACPra. XVII S. 376, Schmidt Zeitschr. S. 19. 30 fg., Rudorff S. 129, Stölzel S. 256 fg., Baron S. 484 fg., Burckhard S. 174 fg.). Nach Justinianischem und nach heutigem R. wird der dargestellte Rzustand dadurch wiedergegeben, daß der Richter auf Antrag des Unternehmers dem Einsprecher eine kurze Frist zur Anbringung einer Klage setzt, in welcher Letzterer ein den Einspruch rechtfertigendes R. zu behaupten und zu beweisen hat. Vgl. Stölzel S. 534—536, Francke ACPra. XXII S. 379. — Uebrigens ist das hier Ausgeführte weit davon entfernt, allgemein anerkannt zu sein; vielmehr findet sich über die Bedeutung der Remission eine bunte Verschiedenheit der Ansichten. Vgl. die Nachweisungen bei Stölzel S. 271—291, Karlowa S. 95, Burckhard S. 277 fg. 1) Im Wesentlichen stimmen mit dem hier Gesagten überein Hasse S. 615 fg., Francke ACPra. XXII S. 376 fg., Stölzel S. 166 fg. Wenn aber dieser letztere Schriftsteller (nach dem Vorgange von Wiederhold S. 111 fg.) hinzufügt, daß es dem Unternehmer verwehrt gewesen sei, in dem Remissionsproceß gegenüber dem an und für sich begründeten Verbietungsr. des Einsprechenden ein etwaiges Gegenr. geltend zu machen, so ist dieß nicht haltbar. Jedenfalls durfte der Unternehmer der Berufung auf das Eigenthumsr. gegenüber sich auf eine Servitut berufen, weil, diese vorausgesetzt, ein ius prohibendi auf Seiten des Eigenthümers eben nicht vorhanden war (Schmidt VJS. S. 294 fg., Karlowa S. 76. 77, Burckhard S. 288), und es ist nicht abzusehen, warum der Prätor die Einrückung einer exceptio zum Zweck der Geltendmachung einer obligatorischen Gestattung oder eines sonstigen Gegenr. hätte verweigern sollen. Aus l. 8 § 4 D. 39, 1, auf welche sich Stölzel beruft, geht allerdings hervor, daß nach ertheilter Remission möglicherweise das ius aedificandi noch in Frage stehen konnte; aber Remission wurde nicht bloß wegen materieller Unbegründetheit des Einspruches ertheilt ([10. 11]), und wie, wenn der Einsprechende sich dem Remissionsdecret gefügt hatte? 2) Andere lassen in dem Remissionsverfahren die Frage der materiellen Begründetheit des Einspruches nur provisorisch auf Grund summarischer Cognition, entschieden werden, und behalten dem Unterliegenden ein künftiges Petitorium vor. S. die bei Stölzel S. 273. 274, Karlowa S. 65 [18], Burckhard S. 278 Genannten, ferner Hesse Einspruchsr. S. 130 fg., vgl. dens. Rverhältnisse ꝛc. S. 94. 2. Aufl. S. 394. 3) Noch Andere schließen die Frage nach der materiellen Begründetheit des Einspruchsr. aus dem Remissionsverfahren ganz aus. Dabei finden sich noch verschiedene Auffassungen, welche aber zum Theil mit einander combinirt werden.

Digitized by Google

Antrag des Unternehmers richterlich aufzuerlegenden Gefährdeeid ausschwört [10]; 3) im Fall, wo der Einspruch im Namen eines Andern erhoben wird, wenn nicht für die Genehmigung desselben Sicherheit gegeben wird [11]. Fährt der Unternehmer vor Aufhebung des Einspruches in seiner Thätigkeit fort, so ist er zur Wiederherstellung des früheren Zustandes und zum Schadensersatz verpflichtet [12],

a) Die Remission werde ertheilt wegen formaler Mängel des Einspruches oder wegen späterer Entkräftigung desselben (s. im Text Ziff. 3). Bangerow S. 553 (7. Aufl. S. 537), Schmidt Zeitschr. S. 39. 40, Rudorff S. 139. 140; dagegen Karlowa S. 60 fg., Burckhard S. 330. b) Sie werde ertheilt auf Grund der geleisteten Caution. So Schmidt Zeitschr. S. 40 fg. VJS S. 301, welcher Schriftsteller die Bedeutung der Nuntiation eben darin sieht, daß durch dieselbe die Leistung der Caution indirect habe erzwungen werden sollen. Dagegen Rudorff S. 142, Stölzel S. 284 fg., Karlowa S. 66 fg.; dafür Burckhard S. 337 fg., Brinz a. a. O. S. 951 fg. Pandekten 2. Aufl. I S. 705, Dernburg I § 233 [18]. (Was hier D. gegen mich bemerkt, ist nur bei der Annahme erklärlich, daß er bloß den Text zu dieser Note, nicht die Note selbst gelesen hat.) c) Die Remission werde ohne Weiteres ertheilt, so daß der Unternehmer sofort in seiner Thätigkeit fortfahren dürfe, bis der Einsprechende ihm sein Einspruchsr. bewiesen habe (im Petitorium: Rudorff S. 140, — im interd. demolitorium: Karlowa S. 65 fg. [vgl. dens. Rgeschäft S. 82 [1]], Baron S. 519 fg, welche letztere Schriftsteller sich noch dadurch unterscheiden, daß Jener den Gegenbeweis eines ius aedificandi zuläßt, Dieser nicht.) Vgl. noch Donellus comm. de iure civ. lib. XV c. 46 § 18. Dawider Burckhard S. 291 fg. — Was die eigene Ansicht dieses letztgenannten Schriftstellers, des neuesten Bearbeiters unserer Lehre angeht, so ist bereits bemerkt worden, daß derselbe sich der Schmidt'schen Ansicht anschließt, nach welcher die Remission um den Preis einer vom Unternehmer zu leistenden Caution erkauft werden muß. Eigenthümlich ist die Ansicht Burckhard's, daß derselbe (S. 298 fg. 389 fg.) annimmt, in der Remission liege ein zu Gunsten des Einsprechenden ertheiltes prohibitorisches Interdict, und das Verbietungsr. des Einsprechenden sei nach classischem r. R. in dem an dieses Interdict sich anschließenden Verfahren ausgeführt worden. Dawider Brinz I S. 70. Dafür Lenel Ed. perpetuum S. 388 [7]. Was das Justinianische R. angeht, so ist Burckhard (S. 553 fg.) in dieser Beziehung mit dem oben Gesagten im Wesentlichen einverstanden.

[10] L. 5 § 14 D. 39, 1. Allerdings sagt die Stelle nicht, daß die Folge der Eidesverweigerung Remission sei, und es läßt sich nicht wohl bestreiten, daß die Eidesverweigerung auch ohne Remission dem int. demolitorium gegenüber geltend gemacht werden könne. Aber das Nächstliegende ist es doch, daß der Richter bei der Eidesauflage sogleich das Präjudiz der Remission hinzufügt. Vgl. Stölzel S. 238 fg., Karlowa S. 60. 61, Burckhard S. 247 fg. 333, Brinz 1. Aufl. S. 258. Dernburg I § 233 [17].

[11] L. 5 § 18 D. 39, 1. „Qui procuratorio nomine nuntiaverit, si non satisdabit, eam rem dominum ratam habiturum, nuntiatio omnimodo remittitur, etiamsi verus sit procurator". Stölzel S. 246. Ueber l. 13 pr. § 1 s. Bangerow I. 4 a. E., Stölzel S. 247. 248.

[12] S. g. interdictum demolitorium, l. 20 pr. — § 8 D. 39, 1. Hasse S. 595 fg., Schmidt Zeitschr. S. 32 fg., Rudorff S. 131 fg., Stölzel

Digitized by Google

ohne jetzt die Frage der materiellen Berechtigung zur Sprache bringen zu dürfen [13].

b) Auch durch Sicherheitsleistung [14] kann in diesem Fall der Unternehmer sich nicht sofort das Recht zur Fortsetzung seiner Thätigkeit erkaufen, sondern muß dem Gegner drei Monate zur Ausführung seines Verbietungsrechts lassen [15]. Von der anderen

---

S. 210 fg., Baron S. 528 fg., Burckhard S. 189 fg. Der Anspruch verjährt in der gewöhnlichen Zeit, l. 20 § 6 D. 39, 1. Dagegen gelten für die Verhaftung der Erben, wie beim interd. q. v. a. cl., die Grundsätze von den Delictsansprüchen (§ 359 Ziff. 2; r. R.: l. 20 § 8. l. 22 D. 39, 1). In welchem Sinne man hier von einem Delictsanspruche (l. 22 cit.: poena) gegenüber l. 1 § 5. l. 10. 11 D. 39, 1 reden könne, darüber s. Stölzel S. 217 fg., Burckhard S. 198 fg. Ein Anspruch gegen den dritten unschuldigen Besitzer, wie beim int. q. v. a. cl., ist hier nicht bezeugt, l. 22 D. 39, 1 handelt nur vom Erben; dawider spricht l. 5 § 5. l. 18 D. 39, 1, und eher dawider als dafür l. 3 § 3 D. 4, 7 in Verbindung mit § 2 und 4 eod. Stölzel S. 214 fg., Baron S. 259; anders Hasse S. 600 fg., Vangerow S. 552 (7 Aufl. S. 535), Schmidt Zeitschr. S. 37, Burckhard S. 204 fg.

[13] L. 20 pr. § 1. 3. 4. l. 1 pr. § 7 D. 39, 1. Hasse S. 607, Vangerow S. 552 (7. Aufl. S. 535), und nach ihnen Karlowa S. 62 fg. (vgl. auch die Angaben bei Stölzel S. 540. 541), stellen die Behauptung auf, in dem interd. demolitorium müsse der Einsprechende jedenfalls beweisen, daß er ein R. habe, das Grundstück, für welches der Einspruch erhoben worden sei, zu vertreten. Die dafür beigebrachten Gründe sind nicht überzeugend. S. auch Stölzel S. 227, Burckhard S. 240 fg.

[14] Dieselbe muß auch hier, wie beim interdictum q. v. a. cl., regelmäßig durch Bürgschaft erfolgen; bloßes Versprechen genügt nur in dem Falle, wo die Bauthätigkeit auf einem öffentlichen Grundstück vorgenommen wird, l. 8 § 3 D. 39, 1, l. 1 § 6 D. 46, 5. Vgl. überhaupt l. 5 § 17. l. 8 § 3. 4. l. 12. l. 20 pr. § 1. 9. 13. l. 21 D. 39, 1, l. 2 § 1 D. 46, 5, l. un. C. 8, 11. Hasse S. 620, Schmidt Zeitschr. S. 22 fg., Rudorff S. 143 fg., Schmidt Jahrb. S. 215 fg., Stölzel S. 105 fg., Schirmer prätorische Judicialstipulation S. 85 fg, Ubbelohde ZS. f. CR. u. Pr. N. F. XVIII S. 101 fg. und Lehre von den untheilbaren Obligationen S. 99 fg., Karlowa S. 82 fg., Hesse Einspruchsr. S. 143 fg., Burckhard S. 420 fg. — Wenn zum Zwecke der Erlangung von Sicherheit für Ersatz befürchteten Schadens Einspruch erhoben wird, so wird natürlich das R. zur Fortsetzung der Bauthätigkeit durch Leistung dieser Sicherheit erlangt.

[15] So, in Abänderung des bis dahin geltenden R., Justinian in l. un. C. 8, 11 (wiederholt in c. 3. 4. X. 5, 32). Ob nicht die l. un. C. cit. anders angedeutet werden kann, so daß das alte Cautionsr. neben ihr fortbestehen würde? Hasse S. 619. 622 (dawider Vangerow S. 555 [7. Aufl. S. 539], wo aber Hasse's Meinung nicht vollständig referirt ist), Schmidt Jahrb. S. 222 fg (dawider Arndts § 330 [5], Karlowa S. 81), Stölzel S. 314 fg, Burckhard S. 523 fg. (welcher glaubt, die Caution sei bereits vor Justinian außer Gebrauch gekommen, und von Justinian für den bezeichneten Fall neu wieder eingeführt worden), Dernburg I § 233 [21], Sf. VII. 44. S. noch die Angaben bei Stölzel S. 528—533.

Digitized by Google

Seite wird der Unternehmer aber auch, wenn er Sicherheit geleistet oder der Gegner die angebotene nicht angenommen hat, nach dieser Zeit in der Fortsetzung seiner Thätigkeit richterlich geschützt [16].

3. Der Einspruch verliert auch abgesehen von dem Fall der richterlichen Aufhebung seine Kraft durch den Tod des Einsprechenden und durch die Veräußerung des Grundstückes, für welches er erhoben worden ist [17]. Er bewährt nicht seine Kraft gegenüber einer Thätigkeit, welche im öffentlichen Interesse liegt, oder bei welcher Gefahr im Verzuge ist [18].

Ein Einspruch, welcher nach den hier dargestellten Grundsätzen zu wirken nicht im Stande ist, behält immer diejenigen Wirkungen, welche ihm nach § 465 zukommen [19. 20].

[Das BGB. kennt die operis novi nuntiatio nicht. Vgl. Mot. II S. 759 fg.]

---

[16] Aber unter allen Umständen nur, wenn er Sicherheit durch Bürgschaft geleistet bez. angeboten hat. L. 20 § 9—15 D. 39, 1, l. 5 § 20. l. 6. 7 pr. eod. Stölzel S. 111 fg.

[17] L. 8 § 6 D. 39, 1. Anders beim interdictum q. v. a. cl., l. 13 § 5 i. f. l. 11 § 9 D. 43, 24. Dagegen wirkt der Einspruch gegen den Erben und Sondernachfolger des Unternehmers fort. L. 8 § 7. l. 23 D. 39, 1 (vgl. l. 20 § 3 D. 43, 24). Ueber l. 3 § 3 D. 4, 7 s. Hasse S. 603 fg., Bangerow Nr. II. 2. a, Stölzel S. 224 fg., Hesse Einspruchsr. S. 111 fg., Burckhard S. 216 fg. — Im classischen r. R. erlosch die Wirkung der operis novi nunt. auch durch Ablauf eines Jahres, l. un. C. 8, 11. Vgl. Karlowa S. 80 fg., Burckhard S. 521. Daß ihre Wirkung durch Vertrag der Parteien aufgehoben wird (l. 1 § 10 D. 39, 1), versteht sich von selbst.

[18] L. 5 § 11—13 D. 39, 1. Vgl. Sf. V. 28 f.

[19] Daß eine gültige operis novi nunt. auch das interdictum q. v. a. cl. erzeuge, sagt ausdrücklich l. 7 § 2 D. 43, 24. Es ist aber ferner nicht abzusehen, weßwegen eine ungültige deßwegen nicht als Verbot schlechthin wirken sollte, weil sie als qualificirtes Verbot zu wirken nicht im Stande ist. Sf. XIX. 234.

[20] Man hat behauptet (von Neueren gehören hierher namentlich Sintenis S. 753 Anm. Col. 2, Stölzel S. 353. 527. 550), die operis novis nunt. habe nach r. R., um als solche zu wirken, durch ihre Form oder durch ihren Wortausdruck (nuntiare) sich von einem gewöhnlichen Verbote unterscheiden müssen; da nun das heutige Rleben eine entsprechende Form oder einen entsprechenden Wortausdruck nicht mehr kenne, so sei eben deßwegen die römische Theorie von der operis novi nunt. unanwendbar. Aber die erwähnte Behauptung ist vollkommen unbewiesen. Es mag sein, daß die Römer für das Bauverbot eine hergebrachte Formel gehabt haben — was Niemand weiß; jedenfalls machen unsere Quellen die eigenthümlichen Wirkungen des Bauverbotes von dem Gebrauch dieser Formel nirgends abhängig, und diese eigenthümlichen Wirkungen treten daher überall ein, wo die materiellen Voraussetzungen vorhanden sind, welche für die operis novi nunt. verlangt werden. — Man hat die heutige Anwendbarkeit der römischen Theorie von der operis novi nunt. auch deßwegen bestritten, weil

Digitized by Google

G. Verletzung der Vorschriften über den Gebrauch öffentlicher Sachen.*

§ 467.

Die Privatansprüche, welche das römische Recht aus der Verletzung dieser Vorschriften entstehen läßt, haben zwar heutzutage durch die weitere Ausdehnung des polizeilichen Schutzes zum großen Theil ihre Bedeutung verloren [1]; principiell darf aber ihre Anwendung nicht bestritten werden [2].

1. Vorrichtung auf einem öffentlichen Grundstück zum Nachtheil eines Andern [3]. Derjenige, welcher durch die Vorrichtung benach-

man behauptet, die operis novi nunt. sei im heutigen Rleben durch ein vom Richter zu erwirkendes provisorisches Inhibitionsdecret verdrängt worden; so namentlich Zimmermann, Sintenis, Hesse, Dernburg. Aber ein abschaffendes Gewohnheitsr. ist so wenig nachweisbar, daß allein das Seuffert'sche Archiv eine ganze Reihe von Erkenntnissen enthält, in denen die operis novi nunt. als praktisches Rsinstitut behandelt wird (III. 58. 174, V. 28. 78, VII. 44. 45, IX. 161, XIV. 139, XV. 226, XIX. 234, XXI. 56, XXII. 230, XXXI. 41, XXXII. 16, XXXIII. 202 a. E.), theilweise unter ausdrücklicher Verwerfung der entgegengesetzten Ansicht (III. 58, IX. 161, XXXV. 207), und nur zwei, in welchen die letztere anerkannt würde (XVIII. 139 [OAG. zu Wiesbaden], XXVIII. 134 [OAG. zu Berlin]). S. auch Entsch. des OAG. zu Rostock IX S. 132 fg., Heinzerling a. a. O. S. 239 fg. und die Ausführungen bei Stölzel S. 536 fg. und bei Burckhard S. 537 fg. — Die citirten Erkenntnisse beziehen sich aber theilweise auf ein gerichtliches Bauverbot. Gegen die heutige Geltung der privaten O. N. N. E. Beling die gemeinrliche Geltung der O. N. N. Bresl. Diss. 1890.

[*) Ubbelohde Interdicte IV. 1893.]

[1] Darauf, daß diese Ansprüche nur Aushülfe bei Ermangelung polizeilichen Schutzes sein sollen, weisen die Quellen selbst hin. L. 2 § 17. 24. 25 D. 43, 8. S. auch Dig. 43, 10 de via publica et si quid in ea factum esse dicatur.

[2] Vgl. Puchta § 35a i. A., Sintenis I S. 413, Bruns ZS. f. RG. III S. 410, Rsprüche und Gutachten der Juristenfacultät zu Rostock (Berlin 1846) S. 152. 153. Zahlreiche Anwendungsfälle aus Sf. s. in den folgenden Noten, und vgl. auch das. XVII. 99. 224. S. ferner die citirten Rsprüche ꝛc. Nr. 8. — Nur soweit das r. R. aus der Verletzung dieser Vorschriften einen Anspruch auch dem dadurch nicht Benachtheiligten gewährte (Bruns ZS. f RG. III S. 388 fg.), ist es heutzutage unanwendbar (§ 326 [6]). Sf. XXXII. 47, XXXVI. 199, XL. 51. d. RG. I S. 158. (Unklar Sf. XXXVI. 95.) Hiermit ist auch die heutige Anwendbarkeit des interdictum ne quid in loco sacro fiat (Dig. 43, 6) beseitigt (vgl. I § 147 zu [4]). — Daß in den hierher gehörigen Fällen unter Umständen auch Schutz durch die operis novi nunt. und das interdictum q. v. a. cl. erlangt werden kann, ist bereits gesagt worden (§ 465 [6], § 466 [7]). — Bekker Pand. I S. 342 will neben den römischen Interdicten actio quasi confessoria und actio quasi negatoria gewähren.

[3] L. 2 pr. — § 19. l. 6. 7 D. 43, 8. Unterholzner II S. 186—188, Heimbach im Rlexikon V S. 591—593, Reinhard ACPra. XXXII

Digitized by Google

theiligt wird, kann gegen die Errichtung derselben ein gerichtliches Verbot erwirken, und hat einen Anspruch auf Wiederherstellung des früheren Zustandes, wenn gegen das Verbot fortgefahren wird [4]. Wer die Nutzungen eines öffentlichen Grundstückes gepachtet hat, hat gegen denjenigen, welcher ihn in dem ihm zuständigen Gebrauch stört, einen Anspruch auf Unterlassung und Schadensersatz [4a].

2. Vorrichtung auf einem öffentlichen Wege, durch welche derselbe schlechter wird. Der dadurch Benachtheiligte hat einen Anspruch gegen den Thäter auf Wiederherstellung und Schadensersatz, gegen den dritten unschuldigen Besitzer auf Gestattung eigener Wiederherstellung [5].

S. 201—208, Stölzel Jahrb. für Dogm. VIII S. 156 fg. [Ubbelohde S. 213 fg.] Sf. X. 166, XXXVI. 5. Ueber den Begriff der „Vorrichtung" (römisch: „facere immittere") vgl. Schmidt (von Ilmenau) ZS. f. gesch. RW. XV S. 60—62.

[4] L. 7 D. 43, 8. Ohne vorherige Erwirkung eines gerichtlichen Verbotes hat er einen Anspruch auf Wiederherstellung (nach diesem Rsatz, aber s. auch Note [2a. E.]) nicht. L. 2 pr. D. 43, 8. „De eo quod factum erit, interdictum non dabo." L. 2 § 17 eod. Vgl. Schmidt Interdictenverfahren S. 332. 333, auch S. 59. 60; Buchka und Budde Entscheidungen ꝛc. V S. 136. 287 fg. (= Sf. XXII. 144, XXIX. 141). Anders die in Note [2] citirten Rsprüche ꝛc. S. 153. 154, Stölzel a. a. O. beschränkt den angeführten Satz auf Grund von l. 2 § 17 cit. mit Unrecht auf Bauten. — Es kann auch der Richter Caution wegen Nichtfortsetzung der Thätigkeit auferlegen (l. 2 § 18 D. 43, 8, vgl. übrigens Schmidt Interdictenverfahren S. 278. 279. 329), heutzutage: die Fortsetzung bei Strafe verbieten. — Wie ist es, wenn die Vorrichtung von einer öffentlichen Behörde ausgeht? Zimmermann ZS. für CR. u. Pr. N. F. XII S. 96 fg., Hesse Rverhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn II S. 131 fg. Bekker Pand. I S. 345 fg. Sf. V. 27. 134, X. 166, XVIII. 141, XXIX. 243. 244, XXXI. 41, XXXIV. 306. Buchka und Budde Entscheidungen ꝛc. V S. 287—296 (= Sf. XXII. 144). Vgl. auch die in Note [6 a. E.] citirten Entscheidungen des Reichsgerichts.

[4a] Dig. 43, 9 de loco publico fruendo. L. 1 pr. tit. cit.: — „vim fieri veto". Nach classischem r. R. entstand also ein Schadensersatzanspruch erst aus den nach Auswirkung des Interdicts vorgenommenen Handlungen. Vgl. Schmidt a. a. O. S. 55. 328 fg. (I § 159 [3]). [Ubbelohde S. 284 fg.] S. auch l. 1 § 7 D. 43, 14. Anwendungsfälle in Sf. VIII. 261, XVII. 224.

[5] L. 2 § 20—44 D. 43, 8. Unterholzner II S. 189—191, Heimbach im Rlex. V S. 593—595, Reinhard a. a. O. S. 208—212. [Ubbelohde S. 259 fg. 271 fg.] Das praetorische Edict stellte für diesen Fall ein doppeltes Interdict auf, ein prohibitorisches (l. 2 cit. § 20—34) und ein restitutorisches (l. 2 cit. § 35—44). Im Justinianischen R. setzt auch das erste Interdict nicht mehr vorgängige Erwirkung eines richterlichen Verbotes voraus, ist also ebenfalls restitutorisch geworden; doch hat neben demselben das restitutorische Interdict immer noch Bedeutung wegen seiner Richtung gegen den dritten Besitzer. L. 2 cit. § 37. 38. 43. Ueber die Anwendbarkeit des restitutorischen

Digitized by Google

3. Störung in dem Gebrauch oder in der Ausbesserung eines öffentlichen Weges. Anspruch für den Benachtheiligten auf Unterlassung der Störung und Schadensersatz [6].

4. Vorrichtung in einem öffentlichen fließenden Gewässer oder auf dessen Ufer, durch welche Vorrichtung die Schifffahrt beeinträchtigt wird. Wie bei Ziff. 2 [7].

5. Vorrichtung in einem öffentlichen fließenden Gewässer oder auf dessen Ufer, durch welche Vorrichtung der Lauf des Wassers im Verhältniß zum nächstvorhergehenden Sommer abgeändert wird. Ebenso [8].

Interdicts gegen den nicht mehr besitzenden Errichter s. das. § 39. 40. 42. Vgl. Schmidt a. a. O. S. 388–331. Beide Interdicte beziehen sich übrigens nicht auf Stadtstraßen, l. 2 cit. § 24. 36. Vgl. Sf. XXIX. 140. S. noch l. 3 pr. D. 43, 7 und Sf. XIX. 235, XXVII. 135.

[6] L. 2 § 45 D. 43, 8, Dig. 43, 11 de via publica et itinere publico (beide Male: „vim fieri veto", vgl. Note [5]). Unterholzner II § 382. 412, Heimbach im Rlex. V S. 595—597. 585—586, Reinhard a. a. O. S. 212—214. [Ubbelohde S. 278 fg. 315 fg.] Sf. XXXVI. 199, XLV. 183. RG. I S. 156, XXI S. 191. S. auch RG. III S. 173, VI S. 160, XXI S. 191, RG. 21/3 89 bei Sf. XLIV. 188: gegen Einziehung oder Veränderung des öffentlichen Weges durch das competente Gemeinwesen ist ein Anspruch nicht begründet. S. auch Sf. XXIX. 243, XLV. 99. Dawider Bekker I S. 347.

[7] L. 1 D. 43, 12. Unterholzner II § 403. 404, Heimbach im Rlexicon V S. 543 fg. [Ubbelohde S. 323 fg.] Auch hier stellte der Prätor ein doppeltes Interdict auf, ein prohibitorisches und ein restitutorisches, vgl. Note [5]. Daß der dritte unschuldige Besitzer nur auf patientia restituendi hafte, ist hier nicht ausdrücklich bezeugt, aber deßwegen nicht weniger sicher. Vgl. Schmidt ZS. für gesch. RW. XV S. 64. Interdictenverf. S. 37. Eine Beeinträchtigung der Schifffahrt liegt auch in der Beeinträchtigung der „statio", d. h. desjenigen „locus . . ubicunque naves tuto stare possunt", l. 1 cit. § 13. Welche fließende Gewässer öffentliche Gewässer seien, darüber I § 146 [2]. Analoge Ausdehnung auf Anlagen im Meere, l. 1 cit. § 17. Bei Anlagen in nicht schiffbaren öffentlichen Gewässern hat der dadurch Benachtheiligte nur einen Anspruch auf patientia restituendi l. 1 cit. § 12. 18. Vgl. Sf. IX. 161 Nr. 1; IX. 293.

[8] Dig. 43, 13 ne quid in flumine publico fiat, quo aliter aqua fluat atque uti priore aestate fluxit". Unterholzner § 405. 406, Heimbach im Rlexicon V S. 589 fg. [Ubbelohde S. 514 fg.] Auch hier enthielt das Edict zwei Interdicte, ein prohibitorisches und ein restitutorisches, vgl. Note [5]. Eine Ausnahme gilt nach richterlichem Ermessen für den Fall, wo die Anlage den Schutz des Ufers zum Zweck hat, l. 1 § 6 D. tit. cit. Vgl. auch § 7 eod., wo die Schlußworte zu beachten sind: „sine iniuria utique accolarum". Sf. IX. 161 Nr. 2. S. noch das. X. 167. 168, XIV. 38, XVII. 246, XIX. 118, XXII. 115. 116. 197, XXIII. 104, XXX. 114 Nr. 8, XXXII. 141, XXXIII. 131, XLII. 8. Buchka und Budde Entscheidungen ꝛc. V S. 83—99. VI S. 247 fg. VII S 222 fg. RG. VIII S. 137, XV S. 183, XVIII S. 258.

Digitized by Google

6. Störung in der Benützung eines öffentlichen fließenden oder sonstigen Gewässers zur Schifffahrt oder zu einem sonstigen erlaubten Zweck; Störung in der bezeichneten Benützung der Ufer eines solchen Gewässers zum Zweck der Schifffahrt; Störung in der Wiederherstellung und Befestigung der Ufer eines solchen Gewässers. Wie bei Ziff. 3[9].

7. Vorrichtung, durch welche ein öffentlicher Abzugsgraben verschlechtert wird. Wie bei Ziff. 2[10].

[Das BGB. hat auch über die hier fraglichen Gegenstände keine besonderen Vorschriften. Vgl. Mot. II S. 764 fg. Es kommen nur die allgemeinen Vorschriften über unerlaubte Handlungen zur Anwendung. Ziffer 4. 5. 6 sind jedoch als wasserrechtliche Vorschriften und demgemäß als nach EG. 65 aufrecht erhalten anzusehen.]

H. Störung des Begräbnißrechts.

§ 468.

Wer einen Andern unbefugterweise an der Beerdigung eines Leichnams oder an der Errichtung eines Grabmals hindert, haftet auf Unterlassung der Störung und Schadensersatz[1]. Der Anspruch geht auf die Erben des Berechtigten nicht über, auf die Erben des Verpflichteten nach allgemeinen Grundsätzen[2].

[BGB. hat auch hier keine besonderen Vorschriften. Vgl. Mot. II. S. 766.]

---

[9] Dig. 43, 14 ut in flumine publico navigare liceat. Dig. 43, 15 de ripa munienda. Unterholzner II § 386. 419, Heimbach im Lexicon V S. 625 fg. 570 fg. [Ubbelohde S. 532 fg. 538 fg.] Fließendes oder sonstiges öffentliches Gewässer: lacus, fossa, stagnum, l.1 pr. D. 43, 14. Benützung zu einem sonstigen erlaubten Zweck: l. 1 § 9 D. 43, 14 nennt, gewiß nur beispielsweise, die Viehtränke. Fischerei: l. 1 § 7 D. 43, 14. Sf. XLII. 32. L. 76. Wiesenberieselung: RG. XVI S. 144. S. aber auch Sf. XXXII. 141. Im Edict war noch besonders vorgesehen der Fall, wo Jemand von der zuständigen Behörde das R. der Wasserleitung aus einem öffentlichen Wasserbehälter (castellum) erlangt hat, l. 1 § 38 sqq. D. 43, 20. Benützung der Ufer eines solchen Gewässers: l. 1 pr. § 9 D. 43, 14 nennt nur die ripa fluminis, kaum in ausschließendem Sinne. Auch Dig. 43, 15 spricht nur von ripa fluminis, und s. § 6 eod.: „Illud notandum, quod ripae, lacus, fossae, stagni muniendi nihil praetor hic cavit; sed idem erit observandum, quod in ripa fluminis munienda".

[10] L. 1 § 15. 16 D. 43, 23. Schmidt (von Ilmenau) ZS. f. gesch. RW. XV S. 51—76.

[1] Dig. 11, 8 de mortuo inferendo et sepulcro aedificando (interdictum prohibitorium). L. 9 D. 11, 7 (actio in factum). Vgl. l. 6 C. 9, 19. Unterholzner II S. 168. 209. Heimbach im Lexicon V S. 563 fg. 573 fg. § 468.

[2] L. 9 D. 11, 7. *cit.*: „Unde miror, quare constare videatur, neque heredi neque in heredem dandam hanc actionem; nam, ut apparet, pecuniariae quantitatis ratio in eam deducitur". Man hat diese Stelle dahin ver-

Digitized by Google

I. Störung der Rechtshülfe.

§ 469.

1. Wer sich der Verwirklichung einer richterlichen Einweisung in den Besitz, gleichviel ob vor oder nach der Besitzergreifung, arglistigerweise widersetzt, haftet dem Eingewiesenen auf Zulassung und Schadensersatz[1]. Der Anspruch verjährt in einem Jahre tauglicher Zeit, und verbindet die Erben nur nach den für die Delictsansprüche geltenden Grundsätzen; mit Ausnahme jedoch des Falles, wo die Einweisung zum Zweck der Sicherung des Vermächtnißnehmers erfolgt[2].

2. In gleicher Weise haftet derjenige, welcher eine Proceßpartei arglistigerweise am Erscheinen in einem gerichtlichen Termine verhindert, mag der dadurch Benachtheiligte der Verhinderte sein oder der Gegner[3]. — Außerdem gewährt das römische Recht gegen denjenigen, welcher einen Geladenen gewaltsam am Erscheinen vor Gericht verhindert, dem Ladenden binnen Jahresfrist einen Strafanspruch auf den Betrag seiner Klagforderung[4].

3. Auf Schadensersatz haftet auch derjenige, welcher eine Sache in der Absicht veräußert, um einem Andern die Verfolgung seines Rechtes zu schmälern[5]. Verjährung und Vererblichkeit des Anspruches wie bei Ziff. 1[6].

---

stehen wollen, es werde durch sie der aufgestellte Satz mißbilligt (Heimbach S. 565), was offenbar ungerechtfertigt ist. Vgl. § 359 [6. 12].

§ 469. [1] Dig. 43, 4 ne vis fiat ei, qui in possessionem missus erit. Unterholzner II § 373. 712. Bachofen Pfandr. S. 467—475. [[Ubbelohde Interdicte III S. 192 fg. 221 fg.]]

[2] L. 1 § 8 D. 43, 4; § 359, 2.

[3] Dig. 2, 10 de eo per quem factum erit, quominus quis in iudicio sistat. Glück III S. 485 fg., Unterholzner II § 709.

[4] Dig. 2, 7 ne quis eum, qui in ius vocabitur, vi eximat. Glück III S. 421 fg., Unterholzner II § 726. Die Strafnatur des Anspruches ergibt sich aus l. 5 § 1. l. 6 D. 2, 7. Für die heutige Anwendbarkeit dieses Anspruchs muß die Ansicht maßgebend sein, welche man über die heutige Anwendbarkeit der römischen Privatstrafen hat (§ 326). Das RStGB. enthält eine diese „Materie" betreffende Bestimmung nicht.

[5] Dig. 4, 7 Cod. 2, 54 [55] de alienatione iudicii mutandi causa. Unterholzner II § 342. 343, Wächter Württemb. Privatr. II S. 542 fg. Veräußerung: l. 3 § 1. l. 4 § 2. 4. l. 8 § 2 — l. 10 pr. l. 11 D. 4, 7; l. 10 § 1 eod. Böse Absicht: l. 1 § 1 — l. 3. § 3. l. 3 § 5. l. 4 pr. l. 12 D. 4, 7. Schadensersatz: l. 3 § 4. 5. l. 8 pr. D. 4, 7; s. auch l. 12 pr. D. 4, 7. (vgl. Sintenis II § 124 [24]). Verhältniß zu dem Satze, daß der Besitzer haftet, si dolo desiit possidere: l. 4 § 1 D. 4, 7 (vgl. I § 193 [8], aber auch Francke Commentar zum Pandektentitel de her. pet. S. 149. 270). In integrum restitutio wegen alienatio iudicii mutandi causa? S. I § 116 [2 a. E.].

[6] L. 4 § 6 — l. 7 D. 4, 7 in Verbindung mit § 359, 2.

Digitized by Google

[§§§. hat auch für die hier besprochenen Handlungen keine besonderen Vorschriften. Die römische Besitzeinweisung kommt nicht mehr vor. Die Verletzung der durch Vollstreckungsmaßregeln, Arrestvollziehung oder einstweilige Verfügung, oder deren Vollziehung begründeten Rechte untersteht den gewöhnlichen Vorschriften über unerlaubte Handlungen. Das Gleiche gilt für den Fall, daß Jemand einen Andern am Erscheinen vor Gericht verhindert. Der Satz unter 3 war schon angesichts der bisherigen Bestimmung der CPO. § 236 Abs. 1 (jetzt 265 Abs. 1) nicht mehr aufrecht zu halten.]

K. Verletzung der Amtspflicht.

§ 470.

Aus der Verletzung der Amtspflicht entsteht ein Schadensersatzanspruch für den Beschädigten dann, wenn dieser Verletzung Arglist oder grobe Nachlässigkeit zu Grunde liegt. Dieß gilt namentlich für die Thätigkeit des Richters bei Fällung eines Urtheils[1]; es gilt aber

---

[1] Die Klage gegen den ein ungerechtes Urtheil fällenden Richter hat man § 470.
im Mittelalter Syndicatsklage genannt. S. über die Benennung Schilter Exerc. ad Pand. X § 60, G. L. Boehmer Electa iur. civ. II exerc. 4 c. I § 14 — und über die Sache die Abhandlungen von: G. Weber ZS. f. CR. u. Pr. VII S. 1 fg. (1834), Strippelmann Neue Sammlung ꝛc. III S. 289 fg. (1845), Schwarze ZS. f. RPflege u. Verw. zunächst f. d. KR. Sachsen N. F. XI S. 113 fg. XII S. 289 fg. XVIII S. 193 fg. (1853. 1854. 1859), Schlayer ZS. f. CR. u. Pr. N. F. XIII S. 128 fg. (1856), v. Völderndorff APraktRW. N. F. XII S. 1 fg., Hafner Tübinger Diss. 1885; ferner Unterholzner II § 689—700, Sintenis II S. 766—773, Bayer Civilproc. S. 275—281, Heffter Civilproc. § 91, Wetzell Civilproc. § 36 [14], G. Pfizer ACPra. LXXII S. 105 fg. (1888). [mit zwei Nachträgen in dessen Antiseuffert (1897) S. 155 fg. Sturm Beitr. z. r. R. Naumb. 1891 S. 59 fg. Klewitz die Entschädigungsansprüche aus rwidrigen Amtshandlungen unter Berücksichtigung des E. e. deutschen BGB. Berlin 1891. Bellanger du juge qui fait le procès sien. Th. de Paris 1892. Perreau de la responsabilité civile et pénale des fonctionnaires publics en droit Romain. Th. de Bordeaux 1894. Nöldeke die civilrliche Haftung des Richters nach dem BGB. Gruch. Beitr. XLII S. 795 fg. (1898). Geser die civilrliche Verantwortlichkeit der Beamten aus rwidriger Amtshandlungen gegenüber Privaten und gegenüber dem Staate mit bes. Berücks. des schweiz. R. Freib. (Schweiz) 1899. Kayser Staatsamt und Staatsdienst nach dem BGB. Erl. Diss. 1899 S. 43 fg.] — Das R. der Syndicatsklage ist äußerst bestritten. Und zunächst fragt es sich, ob der Richter in der That auch wegen grober Nachlässigkeit und nicht bloß wegen Arglist, oder ob er umgekehrt nicht bloß wegen grober, sondern auch wegen gewöhnlicher Nachlässigkeit in Anspruch genommen werden kann. Das Material der Entscheidung ist folgendes. a) Das r. R. gibt einen Anspruch gegen den Richter nicht bloß wegen dolus, sondern auch wegen „imprudentia" (l. 15 § 1. l. 16 D. 5, 1, l. 2 C. 7, 49, — l. 5 § 4 D. 44, 7, l. 6 D. 50, 13, pr. I. 4, 5), im ersten Fall auf „vera aestimatio litis", im zweiten Fall auf „quantum de ea re aequum religioni iudicantis visum fuerit". Ein Widerspruch zwischen den an-

Digitized by Google

geführten Stellen ist in der Sache nicht, und nur im Ausdruck insofern vorhanden, als sie die Bezeichnung: litem suam facere zum Theil auf den Fall des dolus beschränken, zum Theil auf den Fall der imprudentia erstrecken. Auch in anderen Stellen des r. R. wird ein Anspruch gegen den Richter wegen Pflichtverletzung überhaupt, nicht bloß wegen doloser Pflichtverletzung anerkannt. Dig. 27, 8 de magistratibus conveniendis, l. 4 § 7 D. 39, 2, l. 29 C. 2, 3, l. 13 § 6 C. 3, 1, l. 19 C. 4, 20. Vgl. übrigens Karlowa Rgeschäft S. 153 [2], Lenel Ed. perpetuum S. 135. b) Durch die KGO. von 1555 Thl. III Tit. 53 § 4. 5. 6. 10 ist aber die Syndicatsklage ausdrücklich auf den Fall der Arglist beschränkt worden, s. auch J. R. A. § 157. Man hat dieß geleugnet mit Berufung auf die Worte des § 6 cit.: „oder anderer dergleichen Ursachen", welche von culpa lata zu verstehen seien (Sintenis S. 770 in der Anm.); diese Behauptung, obgleich wie es scheint, in dem Urtheile bei Sf. XIV. 140 einfach adoptirt, ist kaum begreiflich. Von Anderen sind andere Wege eingeschlagen worden, um der reichsgesetzlichen Bestimmung gegenüber eine weitergehende Verhaftung des Richters zu rechtfertigen. Heffter a. a. O. leugnet (ebenso Hafner S. 55 fg.), daß durch die reichsgesetzliche Bestimmung gem. R. begründet worden sei; man wird sich, wenn man dieß annimmt, entschließen müssen, die KGO. überhaupt nicht als Quelle des gem. R. anzusehen. Man hat sodann gesagt, dem dolus stehe die lata culpa gleich (Wetzell a. a. O.). Dieser letztere Weg führt m. E. zum Ziel. Zwar halte ich den allgemeinen Satz, daß lata culpa dem dolus auch außerhalb contractlich oder sonst begründeter obligatorischer Verhältnisse in allen Fällen gleichzustellen sei, für äußerst bedenklich (vgl. I § 101 [10] a. E.); aber gerade für den vorliegenden Fall findet derselbe einen Anhalt in den Bestimmungen des r. R. über den mensor. Das r. R. faßt die Stellung des mensor ebenso auf, wie die des Richters; es wird nach römischer Anschauung mit dem mensor ebensowenig ein Contract geschlossen, wie mit dem Richter (§ 404 [4]). Deßwegen läßt das r. R. den mensor zunächst nur wegen dolus haften. L. 1 § 1 D. 11, 6. „Haec actio dolum malum dumtaxat exigit; visum est enim, satis abundeque coerceri mensorem, si dolus malus solus conveniatur eius hominis, qui civiliter obligatus non est . .". Dann aber wird hinzugefügt: „Lata culpa plane dolo comparabitur". Für die hier vertretene Meinung sind (im Resultat) außer Wetzell a. a. O.: Sintenis a. a. O., Arndts § 338, Pfeiffer prakt. Ausführungen II S. 365, so wie das OAG. zu Lübeck bei Kierulff Entscheidungen ꝛc. 1866 S. 650 fg. (= Sf. XXII. 48); für die Beschränkung der Verhaftung auf dolus: Weber (welcher aber diese Beschränkung bereits im r. R. begründet findet), Strippelmann (S. 311, s. aber auch S. 316), Schwarze (XI S. 133, s. aber auch S. 141), Schlayer, Unterholzner, Bayer, Freund Arch. für öffentliches R. I S. 365 fg., Sf. XXIV. 241 (ebenfalls bereits nach r. R.). Umgekehrt sind für die Erstreckung der Verhaftung auf omnis culpa, welche nach dem Gesagten gar keinen Anhalt hat, die bei Sintenis S. 768 in der Anm. Genannten v. Völderndorff S. 25 fg., Hafner S. 60 fg.; s. auch Note [3]. [Jedenfalls keine Haftung für mehr als für lata culpa: RG. XL S. 202 fg.] Pfizer a. a. O. behauptet ein Gewohnheitsr., durch welches die Syndicatsklage gegen den Richter ganz abgeschafft sei. — Man streitet ferner darüber, ob die Syndicatsklage subsidiarisch sei, oder nicht, d. h. ob sie voraussetze, daß die zu Gebote stehenden Rmittel gegen das Urtheil angewendet worden seien, und ob sie demnach wegfalle, wenn die unterliegende Partei sich in dieser Beziehung ein Versäumniß habe zu Schulden kommen lassen. Für die Bejahung dieser Frage sind: Weber

Digitized by Google

ferner auch für jede andere Thätigkeit des Richters bei Ausübung der streitigen oder der freiwilligen Gerichtsbarkeit[2], und ebenso gilt es für die amtliche Thätigkeit eines jeden nicht richterlichen Beamten[2]. Aus der Verletzung der obervormundschaftlichen Amtspflicht wird ausnahmsweise schon wegen gewöhnlicher Nachlässigkeit ein Anspruch ge-

S. 36 fg., Strippelmann S. 346 fg., Schwarze XII S. 292 fg., Unterholzner § 698 k, v. Völderndorff S. 34, Hafner S. 65 fg.; für die Verneinung: Heffter S. 98, Bayer S. 280, Sintenis S. 772 in der Anm., Zachariä deutsches Staats- und Bundesr. II § 140 a. E., Sf. XIV. 140, XXV. 214. Ich glaube nicht, daß die Bejahung gerechtfertigt ist. Die Frage führt zurück auf die andere Frage: ob ein Schaden deßwegen nicht vorhanden ist, weil Wiederaufhebung der beschädigenden Thatsache verlangt werden kann, — und diese Frage muß verneint werden. Man hat sich für das Gegentheil auf l. 3 § 2. 3 D. 11, 6 berufen. Aber diese Stelle will nur sagen, daß derjenige, welcher Eigenthum verloren und dafür einen obligatorischen Anspruch erworben hat, effectiv noch nicht ärmer geworden sei, indem sie nämlich voraussetzt, daß der Anspruch sich ohne Mühe oder sonstige Aufopferung werde realisiren lassen. Wäre dem Verfasser der Stelle die Frage vorgelegt worden, ob der Beschädigte, wenn er die mit der Realisirung des Anspruches verbundenen Aufopferungen nicht übernehmen wolle, nicht gegen Abtretung seines Anspruches sofort Schadensersatz begehren könne, so würde der Verfasser sich gewiß nicht bedacht haben, diese Frage zu bejahen. Will man, was die vorliegende Frage betrifft, weit gehen, so wird man vielleicht dem belangten Richter das R. einräumen können, von der beschädigten Partei zu verlangen, daß dieselbe gegen Vorschuß der nöthigen Kosten ihrerseits den Rweg beschreite. Vgl. l. 60 § 2 D. 19, 2. In keinem Falle aber wird man dem Richter das R. geben dürfen, sich darauf zu berufen, daß die Partei die Benützung eines ihr zu Gebote stehenden Rmittels versäumt habe. Anders dann, wenn die Partei das Rmittel nicht versäumt, sondern freiwillig von demselben keinen Gebrauch gemacht hat; sie hat dann das Urtheil anerkannt. [Sf. LI. 91 (bei Klage gegen einen Gerichtsvollzieher) nimmt an, daß die Unterlassung des Gebrauchs eines Rbehelfes dem Kläger dann nicht nachtheilig ist, wenn sie auf einer nach den Umständen des Falles entschuldbaren Rsunkenntniß beruht. — Sf. L. 18 (jedenfalls keine Subsidiarität in dem Sinne, daß die Klage nur begründet wäre, wenn sonst kein Schadensersatzpflichtiger vorhanden ist, oder der vorhandene insolvent ist).] — Ueber den Fall, wo das Urtheil von einem Richtercollegium gesprochen worden ist, s. v. Langenn und Kori Erörterungen prakt. Rfragen II Nr. 3, Schwarze a. a. O. Bd. XVIII, Sintenis Anm. [39], Hafner S. 69 fg. und vgl. auch § 445 [7. 8]; Sf. V. 298, XI. 252, XIV. 140. Vgl. Bl. f. RAnw. zun. in Bayern XXXIV S. 198 fg. [Keine Klage gegen ein Beamtencollegium: Sf. LIV. 224. — Vgl. noch RG. XXXIII S. 238 fg.: Verspätung der Terminsbestimmung auf die Klage. — RG. XXXV S. 214 fg.: Unterlassene Prüfung der Indentität der Person bei freiwilliger Gerichtsbarkeit. — Auch dann, wenn der Beamte irrig außerhalb seiner Zuständigkeit handelt, haftet er ebenso, wie wenn die Handlung in seiner Zuständigkeit liege: Sf. L. 248 (RG.).]

[2] Nach der Analogie der Syndicatsklage und der Bestimmungen über den mensor. [Gerichtsvollzieher: Sf. L. 18, LI. 91, LII. 160; vgl. Sf. XLVIII. 6 (RG.). — Hypothekenschätzer: Sf. L. 91. S. auch EG. z. BGB. 79.]

Digitized by Google

währt[3]. Sehr bestritten ist die Frage, ob neben dem Beamten auch der Staat haftet, welcher ihn angestellt hat[3a]. Es ist zu sagen, daß sich der Beweis nicht führen läßt, daß die Verhaftung des Staates für das Verschulden seiner Beamten gemeines Recht Deutschlands sei[4].

S. [3] § 445 [2]. — Die Praxis zeigt eine entschiedene Neigung, einen jeden Beamten, richterlichen oder sonstigen, abgesehen von dem Falle des unrechtmäßigen Urtheils, wegen omnis culpa haften zu lassen. Sf. I. 166, II. 54, III. 326. 327, V. 135. 174. 287, VII. 331, X. 51, XIV. 140, XV. 189, XVI. 113, XVII. 120. 123, XX. 38, XXI. 57. 126, XXII. 240, XXV. 110 (Budde und Schmidt Entscheidungen des OAG. zu Rostock VI S. 159 fg.). Bl. f. RAnw. zun. in Bayern XXXV S. 259 fg. Vgl. Sf. XLIV. 24. Pfizer a. a. O. S. 66 fg. will zwischen den verschiedenen Arten der nichtrichterlichen Beamten unterscheiden, und sie theilweise nur für dolus, theilweise für omnis culpa haften lassen. [Erheblicheres Verschulden verlangt bei der Obervormundschaft Sf. XLVII. 246. Einrede der Theilung? Sf. L. 249 (RG.).]

[3a] Für die Bejahung dieser Frage sind namentlich eingetreten Pfeiffer prakt. Ausführungen II Nr. 12 und Zachariae deutsches Staats- und Bundesr. II § 140 Nr. I B. 3. Ausg. (1867) und ZS. f. die gesammte Staatswissenschaft XIX S. 582 fg. (1863). S. auch Stobbe III S. 400. [Anders Lehmann in der 3. Aufl. S. 558 fg.] Roth Bayr. Civilr. I S. 226 und die früheren Ausgaben dieses Lehrbuchs [bis zur 5.]. Dawider E. Loening die Haftung des Staates aus rwidrigen Handlungen seiner Beamten nach deutschem Privat- und Staatsr. (1879), im Besonderen S. 93 fg.

[4] Vgl. I § 59 a. E. Hier handelt es sich bloß um das Verhalten des Beamten in seiner Eigenschaft als Organ der Staatsgewalt. Man ist darüber einverstanden, daß die für das gem. R. maßgebenden Gesetze eine Entscheidung nicht enthalten, und eine feste ein Gewohnheitsr. begründende Praxis hat sich nicht gebildet, wenn auch nicht zu leugnen ist, daß die Praxis überwiegend die Neigung zeigt, den Staat haftbar zu machen. Für unbedingte Haftung: Sf. II. 54, III. 326, V. 281 Nr. 2, XIX. 46, XXV. 244, vgl. auch I. 166, VI 199. Für subsidiarische Haftung: V. 174 (aber nicht wegen richterlicher Thätigkeit), XXXIV. 214. Für Haftung wegen culpa in eligendo: V. 281 Nr. 1 (und nur subsidiarisch), XXV. 237. Für Haftung aus Verschulden des Grundbuchbeamten: XVII. 145, XXIII. 139. Für Haftung aus den „Geschäften der freiwilligen Gerichtsbarkeit, bei denen der Staat die Privaten gesetzlich nöthigt, die Hülfe der Gerichte in Anspruch zu nehmen, wie bei Depositen, Bestätigungen und dgl., allenfalls auch . . . bei dem gerichtlichen Notariatswesen": XXIII. 139. Gegen die Verhaftung des Staates das RG., Entscheid. XI S. 206 (welches es jedoch unerörtert lassen will, ob der Staat nicht wegen culpa in eligendo in Anspruch genommen werden könne), vgl. auch die Entscheidung des RG. bei Sf. XXXVII. 30. Am Wenigsten wird von der Praxis die Verpflichtung des Staates aus Depositen bezweifelt. Vgl. § 347 [24]. — Unter allen Umständen wird der Staat so lange nicht in Anspruch genommen werden können, als noch Mittel, Wiederaufhebung der betreffenden Verfügung zu erlangen, zu Gebote stehen; vorher liegt eine definitive Handlung des Staates nicht vor. Ist ein solches Mittel durch die Schuld der Betheiligten verloren gegangen, so haftet der Staat gar nicht. — Mit der in dieser Note besprochenen Frage hat sich auch der deutsche Juristentag beschäftigt. Für denselben sind zwei Gutachten verfaßt worden, eines von Bluntschli gegen die Haftpflicht des Staates, ein anderes von

Digitized by Google

Das Gesagte gilt nur für die eigentlichen Beamten, d. h. für diejenigen Personen, welche berufen sind, als Organe der Staatsordnung in deren Namen thätig zu werden. Personen dagegen, welche auf Grund einer staatlichen Concession, Approbation, Anstellung, dem Publicum ihre Dienste darbieten, haften demjenigen, welcher ihre Dienste benützt, nach den Grundsätzen des Vertrages, also wegen aller Nachlässigkeit[5], Dritten subsidiarisch wegen Arglist und grober Nachlässigkeit[6].

[Das BGB. macht jeden Beamten haftbar für die vorsätzliche oder fahrlässige Verletzung der ihm einem Dritten gegenüber obliegenden Amtspflicht (839 Abs. 1). Vgl. darüber im Allgemeinen ob. S. 889 fg. unter c. Wegen Verletzung der Amtspflicht bei dem Urtheil in einer Rechtssache tritt die Haftung nur dann ein, wenn die Pflichtverletzung mit einer im Wege des gerichtlichen Strafverfahrens zu verhängenden öffentlichen Strafe bedroht ist. Dieß ist aber nur unter Voraussetzung des Vorsatzes der Fall (StGB. 336). Das Privilegium bezieht sich aber nur auf die Verantwortlichkeit für den Inhalt des Urtheils, nicht auf pflichtwidrige Verweigerung oder Verzögerung der Ausübung des Amtes; es bezieht sich nur auf das Urtheil im strengen Sinne des Worts, nicht auch auf Beschlüsse. Die Entwürfe hatten übereinstimmend von der Leitung oder Entscheidung einer Rechtssache gesprochen (I 736 Abs. 3, II 762 Abs. 2, III 823 Abs. 2). Der Reichstag jedoch strich zunächst in zweiter Lesung die Worte „Leitung oder" (Sten. Ber. Sonderabdr. Heymann S. 136 fg. 151 fg.). In dritter Lesung wurde sodann statt der Worte „bei der Entscheidung einer Rechtssache" gesetzt „bei dem Urtheil in einer Rechtssache" um das Privilegium möglichst eng einzuschränken. Der Hinweis des Bundesrathscommissars, daß es vielfach Beschlüsse gebe, welche sachlich den Urtheilen gleichstehen und daher auch nach Seite der Haftung ihnen gleichgestellt werden sollten, blieb vergebens (S. 351 fg.).

Dagegen genießt das Privilegium nicht nur der ordentliche Richter, sondern auch der Richter des besonderen Gerichts und des Verwaltungsgerichts. Die in Note [1] g. E. behandelte Frage entscheidet das BGB. dahin, daß die Verant-

---

v. Kießling für die Haftpflicht. Der Juristentag selbst hat sich schließlich im Princip für dieselbe ausgesprochen. S. Verhandlungen des sechsten Juristentages I S. 45 fg. III S. 54 fg. 323 fg., des achten I S. 388 fg., des neunten III S. 26 fg. 340 fg. R. Piloty die Haftung des Staats für rwidrige Handlungen und Unterlassungen seiner Beamten bei Ausübung staatlicher Hoheitsrechte, Annalen des deutschen Reichs für Gesetzgebung, Verwaltung und Statistik XXI S. 245 fg. [Vgl. I § 59 [10]. Nachzutragen: RG. XXXIX S. 183 fg. Eck Jahrb. f. Dogm. XXXVI S. 288 fg.]

[5] S. § 404 [3].

[6] Nach der Analogie des mensor, dessen R. in dieser Beziehung noch anwendbar ist. S. l. 3 § 1 D. 11, 6. „Competit autem haec actio ei, cuius interfuit, falsum modum renuntiatum non esse, hoc est vel emtori vel venditori, cui renuntiatio obfuit". S. ferner l. 3 § 4 eod. (der mensor wird vom Richter zugezogen). Subsidiarität der Haftung, l. 3 § 2. 3 eod. Sf. XXV. 113, XLII. 299.

Digitized by Google

wortung des Beamten nicht eintritt, wenn der Verletzte vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen hat, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden (839 Abs. 3). Aber auch insofern ist die subsidiäre Natur des Anspruchs gegen den Beamten anerkannt, als ein auf Fahrlässigkeit gestützter Anspruch nur platzgreift, wenn der Verletzte nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag, sei es, daß Niemand sonst haftet, oder daß der Haftende unvermögend ist (839 Abs. 1 S. 2).

Mehrere Schuldige haften nach 830. 840 Abs. 1 als Gesammtschuldner, und, wie immer, ohne Einrede der Theilung. Ihr Verhältniß unter sich bemißt sich nach § 426. Für den Fall, daß ein Beamter, der vermöge seiner Amtspflicht einen Andern zur Geschäftsführung für einen Dritten zu bestellen oder eine solche Geschäftsführung zu beaufsichtigen oder durch Genehmigung von Rechtsgeschäften bei ihr mitzuwirken hat, wegen Verletzung dieser Pflichten neben dem Andern für den von diesem verursachten Schaden verantwortlich ist, bestimmt § 841, daß in ihrem Verhältniß unter einander der Andere allein die Last trägt. Dieß gilt namentlich von dem Vormundschaftsrichter. Er haftet gemäß § 1848 (s. auch 1897. 1915. 1674) nach den Bestimmungen des § 839. Neben dem schuldigen Vormund haftet er danach nur im Falle des Vorsatzes; im Falle der Fahrlässigkeit haftet er hinter ihm (839 Abs. 1 S. 2). Aber auch in diesem Falle wird ihm § 841 zu statten kommen. Hat er dem Mündel wegen dermaliger Vermögenslosigkeit des Vormundes zahlen müssen, so hat er Rückgriff gegen den Vormund, der ihm von Werth sein kann, wenn der Vormund später Vermögen erwirbt.

Die Haftung des Staates berührt das BGB. nicht S. EG. 77.]

L. Ungerechter Proceß*

§ 471.

Wenn sich Jemand etwas geben läßt[1], um einen ungerechten Proceß zu führen oder um von einem solchen abzustehen[2], so greifen zwar im Uebrigen die Grundsätze von der ungerechtfertigten Bereicherung Platz[3], mit der Maßgabe jedoch, daß, wenn zum Zwecke der Führung eines ungerechten Processes gegeben worden ist, an die Stelle des nach den bezeichneten Grundsätzen nicht begründeten[4] Rückforde-

* Dig. 3, 6 de calumniatoribus. Vgl. tit. Cod. de calumniatoribus 9, 46. — Unterholzner II § 728.

§ 471. [1] L. 1 § 4. l. 2. l. 3 pr. D. 3, 6.

[2] Als Kläger oder als Beklagter. Ueber den letzteren Fall s. l. 7 § 2 D. 3, 6. Civil- oder Criminalproceß: l. 1 § 1. l. 8 D. 3, 6.

[3] Condictio ob turpem causam (§ 423 [5], § 428 [9. 11]). L. 3 § 3. l. 5 § 1. l. 7 pr. § 3 D. 3, 6.

[4] L. 5 § 1 D. 3, 6: — „Condictio competit, si sola turpitudo accipientis versetur; nam si et dantis, melior causa erit possidentis". L. 3 § 3 D. 3, 6.

Digitized by Google

rungsrechts des Gebers ein Rückforderungsrecht des Bedrohten tritt[5]. Auf die Erben des Bedrohten geht dieses letztere Rückforderungsrecht nicht über[6].

[Dem BGB. nicht bekannt. Vgl. BGB. 817. S. übrigens über „ungerechten Proceß" ob. § 451 [1].]

M. Injurie (Beleidigung)*.

§ 472.

Injurie ist jede Handlung, durch welche eine Mißachtung der fremden Persönlichkeit rechtswidrig an den Tag gelegt wird[1]. Es ist nicht erforderlich, daß die Handlung zu dem Zweck vorgenommen worden sei, um eine Mißachtung der fremden Persönlichkeit an den Tag zu legen; wohl aber ist erforderlich das Bewußtsein des Handelnden, daß in seiner Handlung der Ausdruck der Mißachtung enthalten sei. Von welcher Beschaffenheit eine Handlung sein müsse, damit in

---

[5] Actio calumniae. L. 3 § 3 D. 3, 6. Nach r. R. war die actio calumniae nicht eine Ergänzung der condictio ob turpem causam, sondern sie concurrirte mit derselben. L. 3 § 3. l. 5 § 1. l. 7 pr. § 1 D. 3, 6. Mit anderen Worten: die actio calumniae war Strafklage (wozu allerdings nicht paßt, daß, wenn beide Klagen demselben Subject zustanden, die Durchführung der einen die andere ausschloß, l. 5 § 1 D. 3, 6, vgl. Vangerow III § 694), und die Strafe, auf welche sie ging, steigerte sich sogar, wenn binnen eines Jahres geklagt wurde, auf das Vierfache, l. 1 pr. l. 6 D. 3, 6. Diese Strafe der calumnia ist durch das RStGB. beseitigt. S. § 326 [4] und StGB. § 164. 165. 253. Deßwegen geht auch die actio calumniae nach heutigem R. nicht mehr auf Herausgabe des Empfangenen schlechthin, sondern auf Herausgabe nach den Grundsätzen von der ungerechtfertigten Bereicherung. Vgl. l. 4. l. 5 pr. D. 3, 6. „Haec actio . . . in heredem . . competit in id quod ad eum pervenit. Nam est constitutum, turpia lucra heredibus quoque extorqueri".

[6] Die actio calumniae ist eine s. g. actio vindictam spirans. L. 4 D. 3, 6. Vgl. l. 7 § 1 eod. („et patri").

* Inst. 4, 4, de iniuriis. Dig. 47, 10 de iniuriis et famosis libellis. Cod. 9, 35 de iniuriis. — A. D. Weber über Injurien und Schmähschriften (1793) 3. Aufl. 1820. Walter über Ehre und Injurie nach r. R. R. Arch. f. Criminalr. IV Nr. 5. 12 (1821). Heffter die Begriffsverschiedenheit der römischen und deutschen Injurie, Arch. für Criminalr. N. F. 1839 S. 237 fg. Ihering Rschutz gegen injuriöse Rverletzungen, Jahrb. f. Dogm. XXIII S. 155—338 (1885). Landsberg Iniuria und Beleidigung (1886). Darüber Brunnenmeister Sav.-Z. VIII S. 265 fg. Unterholzner II S. 759—781. Sintenis II S. 754—759. Seuffert II § 406—410. Holzschuher I § 47. Keller Institutionen S. 141 fg. [Hitzig Iniuria im griech. u. röm. R. Münch. 1899.] S. auch die Lehrbücher des Strafr.

[1] Die Quellen bezeichnen die „iniuria" als contumelia, ὕβρις, pr. I. 4, 4, l. 15 § 46 D. 47, 10, l. 5 § 1 D. 9, 2. [Sf. LI. 179.] § 472.

Digitized by Google

ihr der Ausdruck der Mißachtung gefunden werden könne, überläßt das römische Recht dem Ermessen des Richters. Die in den Quellen enthaltenen Einzelentscheidungen gehen zum Theil weit in der Annahme einer Injurie[1a]; ja sie finden eine Injurie in jeder bewußten Rechtsverletzung[1b]. Aus der Injurie entstand nach römischem Recht für den Gekränkten ein Strafanspruch auf Leistung einer Geldsumme, deren Höhe er selbst ansetzen, der Richter aber ermäßigen konnte[2]. Der Anspruch verjährte in einem Jahre tauglicher Zeit[3], mit Ausnahme der thätlichen Injurie und des gewaltsamen Eindringens in die Wohnung[4], in welchen Fällen der Anspruch der gewöhnlichen

[1a] Vgl. l. 13 § 7. l. 24 D. 47, 10, l. 25 D. 19, 1, l. 2 § 9 D. 43, 8; l. 44. l. 15 § 31 D. 47, 10; l. 5 § 2—5. l. 23 D. 47, 10, l. 21 § 7 D. 47, 2, l. 15 § 1 D. 47, 10, Paul. sent. V, 6 § 5; l. 20 D. 47, 10; l. 11 § 9. l. 12. l. 13 § 3. l. 15 § 33. l. 19 D. 47, 10, l. 1 § 8 D. 25, 4; l. 15 § 32 D. 47, 10, l. 5 § 1 D. 2, 8, l. 31 § 5 D. 42, 5; l. 8 pr. D. 11, 7; l. 1 § 38 D. 16, 3, l. 15 pr. D. 47, 10. Aus der Praxis in Betreff des Begriffs der Injurie: Sf. I. 64, II. 51, III. 57. 171, VI. 195. 196, VII. 38. 39, VIII. 137, X. 50, XVII. 43, XXXI. 311.

[1b] Nur daß, wenn die Handlung unter die Kategorie eines anderen Vergehens fällt, die Strafe dieses Vergehens und nicht die der Injurie eintritt. S. die sechs ersten der in Note [1a] citirten Stellen. In der That liegt in jeder bewußten Verletzung der Re eines Andern eine Ueberhebung, eine ὕβρις. — Ihering a. a. O. bestreitet das Gesagte, indem er behauptet, iniuria sei nach der Auffassung des r. R. nur die offene, frivole, schnöde, freche Verletzung. Näher wird das dahin präcisirt: es muß entweder ein R. des Handelnden gar nicht möglich gewesen sein, oder er muß doch ein R. nicht behauptet haben. Aber ist derjenige, welcher lügnerischerweise ein R. in Anspruch nimmt, von dem er weiß, daß es ihm nicht zusteht, anders zu beurtheilen, als derjenige, welcher sich auf ein R. gar nicht beruft? S. auch l. 12. l. 15 § 33. l. 19 D. 47, 10. — Ganz anders bestimmt Landsberg a. a. O. den Begriff der römischen iniuria. Abgesehen von der Körperverletzung sei iniuria (die iniuria als contumelia) die Verletzung eines Interesses, welches lediglich Affectionsinteresse sei, oder neben welchem doch nur zufällig in ganz untergeordneter Weise ein Vermögensinteresse einhergehe (s. namentlich S. 52 fg.). Aber es leuchtet nicht ein, warum die Verletzung eines Interesse contumelia sein sollte. Und welches Interesse ist z. B. im Fall der l. 25 D. 19, 1 außer dem Vermögensinteresse (actio ad exhibendum!) vorhanden, als das Interesse — nicht injuriirt zu werden?

[2] Dieser Anspruch beruhte auf dem prätorischen Edict (l. 7 pr. l. 15 § 2. 25. 26. 34. l. 17 § 5. 10 D. 47, 10, l. 15 § 28. l. 21 eod., § 7 I. 4, 4, Gai. III, 223. 224, Coll. II, 6), für gewisse Fälle der Injurie ([4. 5]) auch auf der lex Cornelia de iniuriis (l. 5. l. 37 § 1 D. 47, 10, § 8 I. 4, 4, Paul. sentent. V, 4 § 8).

[3] L. 5 C. 9, 35, l. 17 § 6 D. 47, 10, pr. I. 4, 12.

[4] Pulsare, verberare, domum vi introire. L. 5 § 1 D. 47, 10. „Inter pulsationem et verberationem hoc interest, ut Ofilius scribit: verberare est cum dolore caedere, pulsare sine dolore". Ueber domum vi introire s. l. 5 § 2—5 D. 47, 10.

Digitized by Google

Verjährungszeit unterlag[5]. Der Anspruch ging weder auf die Erben des Verpflichteten, noch auf die des Berechtigten über[6]. Der Anstifter haftete wie der Beleidiger selbst[7]. Dieser Strafanspruch ist gegenwärtig durch das Reichsstrafgesetzbuch beseitigt[7a]. Ebenso ist durch dieses Gesetzbuch beseitigt worden der Anspruch auf Ehrenerklärung, Widerruf und Abbitte, welche das frühere gemeine Recht dem Beleidigten neben dem Geldanspruch gewährte[8].

[SGB. Vgl. ob. S. 888 fg. unter 2, a.]

---

[5] Es sind dieß die Fälle der lex Cornelia, deren actio der Regel gemäß (pr. I. 4, 12) perpetua war.

[6] L. 13 pr. l. 15 § 14. l. 28 D. 47, 10. § 1 I. 4, 12. S. auch § 359 [7. 14].

[7] L. 11 pr. § 3—6. l. 15 § 2. 8. l. 17 § 2 D. 47, 10, § 11 I. 4, 4.

[7a] So weit nicht andere, in der iniuria mit befaßte Delicte in Betracht kommen (Landsberg S. 97 fg.) durch § 185 fg. EG. z. StGB § 2 Abs. 1, s. auch EG. z. StPO. § 11. Uebereinstimmend Mandry § 22 zu [6]; a. M. das OT. zu Stuttgart, Sf. XXXI. 142. — A. M. auch Ihering a. a. O. aber nicht für die eigentliche Ehrverletzung, sondern für die injuriöse Verletzung fremder Re ([1b]). Freilich nimmt Ihering für die actio iniuriarum auch die Function in Anspruch, daß der iudex außer auf Genugthuung für die persönliche Kränkung auf Herstellung des dem klägerischen R. entsprechenden Zustandes und auf Sicherung gegen die Wiederholung der Eingriffe habe verurtheilen können. Ich bezweifele, daß der dafür angetretene Beweis (S. 265 fg.) gelungen ist. Ihering's Meinung ist angenommen von Dernburg II § 137 a. E.; gegen dieselbe Wendt S. 657. — Nicht so weit geht Landsberg a. a. O. Er will den römischen (gemeinrlichen) Rsatz festhalten nur für den Fall der Verhinderung „an der freien Benutzung solcher Gegenstände, welche unserem Privatr. oder dem gemeinen Gebrauch unterworfen sind", indem er zugleich den daraus entstehenden Anspruch auf den Weg der strafrlichen Privatklage (StPO. § 414, EG. zur StPO. § 11 Abs. 1) verweist. Ich kann auch dem nicht zustimmen. Die bezeichnete Verhinderung erzeugt die actio iniuriarum nur insoweit sie contumelia ist, und das Reichsstrafgesetzbuch hat nach meiner Auffassung die „Materie" die „contumelia" geordnet. A. M. in dieser Beziehung Binding Strafr. I S. 305. Gegen Landsberg Brunnenmeister a. a. O. — Dagegen hat das Reichsstrafgesetzbuch neu eingeführt (§ 188) für die Verleumdung eine durch den Strafrichter neben der Strafe der Verleumdung auf Verlangen des Verleumdeten zu erkennende „Buße". Vgl. § 326 [11]. [Noch jetzt actio iniur. auf Schadensersatz; Sf. LI. 179.]

[8] Dieser Anspruch war durch die Praxis unter dem Einfluß altdeutscher und kirchlicher Ideen (vgl. c. 5 Dist. 46) eingeführt und in der Reichsgesetzgebung (P. G. O. Art. 216, K. G. O. II. 28 § 4, s. auch den R. A. Anfang v. 1670 a. E.) anerkannt worden. Ueber das Geschichtliche s. namentlich v. Wallenrodt ZS. f. RGesch. III S. 238—300. Der Anspruch auf Abbitte ist seiner Natur nach Strafanspruch (Selbstdemüthigung des Beleidigers); aber auch der Anspruch auf Ehrenerklärung und Widerruf ist es im Laufe der Entwickelung geworden. v. Wallenrodt S. 292. Vor dem Reichsstrafgesetzbuch stritt man darüber, ob dieser Anspruch zu der actio aestimatoria in dem Verhältniß der cumulativen oder dem der electiven Concurrenz stehe (Wächter Strafr. II S. 103, Heffter

Digitized by Google

IV. Andere gesetzliche Forderungsrechte.

A. Forderungsrechte aus gesetzlichen Eigenthumsbeschränkungen.

§ 473.

Die hierher gehörigen Fälle sind bereits oben I § 169 genannt worden[1]. Näher ist hier von dem Satz zu handeln, daß der natürliche Ablauf des Regenwassers nicht zum Nachtheil des benachbarten Grundstücks abgeändert werden soll[2. 3].

1. Es soll der Ablauf des Regenwassers nicht abgeändert werden[4]. Regenwasser hört aber dadurch nicht auf, Regenwasser zu sein, daß es sich mit anderem Wasser mischt[5].

Strafr. § 308, v. Wallenrodt S. 294; Unterholzner S. 779, Sintenis S. 758, Plenarbeschluß des OAG. zu München vom 27. Mai 1845 bei Sf. I. 62). Auch über sein Verhältniß zur öffentlichen Strafe war man nicht einig (s. einerseits die bei v. Wallenrodt S. 293—296 Citirten, Heffter a. a. O., andererseits v. Wallenrodt und Wächter a. a. OO.). In Betreff des heutigen R. vgl. noch Meyer Strafr. § 101 a. E., Binding Strafr. I S. 304—306, Mandry § 22 zu [8].

§ 473. [1] S. das. Note [1. 9. 10. 18].

[2] Dig. 39, 3 de aquae et aquae pluviae arcendae (in welchem Titel aber l. 8 — l. 12 pr. l. 17. 21. 26 von der vorliegenden Materie nicht handeln). — Das Hauptwerk ist: Burckhard die actio aquae pluviae arcendae, Fortsetzung von Glück, Serie der Bücher 39 und 40, dritter Theil (1881). Frühere Literatur: Gesterding ACPra III S. 74 fg. Ders. Ausbeute V. 1 S. 1 fg. (1833). K. A. Schneider ZS. f. CR. und Pr. V S. 325 fg. (1832). Elvers Themis N. F. I S. 497—508 (1833). Schmidt (von Ilmenau) civil. Abhandlungen S. 90—168 (1841), Habicht rliche Erörterungen I S. 518—542 (1843). Schäffer APraktRW. II S. 16—45 (1854). Hesse über die Rverhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn I S. 184—271 (1859). 2. Aufl. S. 155 fg. (1880). Bekker Jahrb. des gem. R. V S. 176—185 (1862). S. auch Hesse Jahrb. f. Dogm. VII S. 215 fg. 234 fg. (1865). Lang Handbuch des im KR. Württemberg geltenden Sachenr. § 26. 66 (1876). — Unterholzner II S. 194—201, Sintenis II S. 477, Dernburg I § 232.

[3] Ueber die Quelle des Satzes vgl. l. 21 pr. D. 40, 7, die Inscription der l. 13 D. 39, 3 und Schneider S. 325, Schmidt S. 92, Hesse S. 193 (160), Burckhard S. 49 fg.

[4] L. 1 pr. § 2. 15. 16. l. 3 § 1 D. 39, 3. Ueber l. 3 pr. D. 39, 3 s. Schneider S. 334, Schmidt S. 99—102, Hesse S. 200—202, (168—170), Burckhard S. 152 fg.; über l. 1 § 23 und l. 2 § 9 D. 39, 3 s. Schneider S. 328—333, Schmidt S 102—105, Burckhard S. 147 fg. Sf XXVII. 94, XXXVI. 183.

[5] L. 1 pr. cit.: — „sive per se haec aqua coelestis noceat, sive cum alia mixta sit". L. 1 § 15 cit.: — „aqua pluvia vel quae pluvia

Digitized by Google

2. Es soll der natürliche Ablauf des Regenwassers nicht abgeändert werden[6]. Für den durch künstliche Anlagen regulirten Ablauf des Regenwassers gilt das Gleiche nur dann, wenn die Anlagen auf obrigkeitlicher Anordnung beruhen oder seit unvordenklicher Zeit bestehen[7].

3. Es soll der Ablauf des Regenwassers nicht abgeändert werden, d. h. es soll keine Aenderung durch Menschenhand bewirkt werden[8]. Jedoch kann gegenüber einer von selbst eintretenden Abänderung wenigstens Gestattung und Wiederherstellung des früheren Zustandes verlangt werden, vorausgesetzt daß der Eigenthümer keinen Schaden davon hat[9].

4. Es soll der Ablauf des Regenwassers nicht zum Schaden

---

crescit". L. 1 § 2 cit. „Neratius scribit, opus, quod quis fecit, ut aquam excluderet, quae exundante palude in agrum eius refluere solet, si ea palus aqua pluvia ampliatur, eaque aqua repulsa ex opere agris vicini noceat, aquae pluviae actione cogetur tollere". Muß die Verbindung des Regenwassers mit dem anderen Wasser schon stattgefunden haben? Burckhard S. 135 fg.

[6] L. 1 § 1 D. 39, 3: — „cum quis manu fecerit, quo aliter flueret, quam natura soleret". L. 1 § 22 D. 39, 3. Burckhard S. 173 fg.

[7] L. 1 § 22 i. f. 23 D. 39, 3. In die erste Stelle muß die Voraussetzung der zweiten hineingetragen werden („denique ait"). Die zweite spricht übrigens nicht von einer Abänderung der Anlage, sondern von dem Verfall derselben, daher: „non ergo cogemus vicinum aggeres munire, sed nos in eius agro muniemus", während es in der ersten einfach heißt: „aquae pluviae arcendae actione agi posse". Burckhard S. 174 fg. — Ueber die Bedeutung der in l. 23 cit. und l. 2 D. 39, 3 erwähnten „lex" s. l. 23 D. 39, 3 und Schmidt S. 115 fg, Savigny System IV S. 488, Burckhard S. 354 fg. — Sf. I. 68, XVII. 48, XXVII. 134, XXXV. 26, (XLII. 14.).

[8] „Opere manu facto". L. 1 § 1. 10. 14. 15 D. 39, 3; l. 3 § 2. l. 24 § 1. 2 D. 39, 3. Burckhard S. 187 fg. Sf. V. 141.

[9] Doch gab es über diesen Punkt zwischen den römischen Juristen verschiedene Meinungen, und die mildere im Text bezeichnete ist erst allmählich zur Herrschaft gelangt. S. l. 2 § 5 D. 39, 3 („haec aequitas suggerit, etsi iure deficiamur"). l. 2 § 7 eod. („sed nos etiam in hunc casum aequitatem admisimus"). Das Verhältniß der l. 2 § 5 cit. zu l. 2 § 1 eod. bleibt dunkel; ebenso das Verhältniß der l. 2 § 4 und 7 D. 39, 3 zu dem sonst Anerkannten (l. 11 § 6. l. 1 § 22. l. 2 § 1. 5 i. f. D. 39, 3). Beruht der bisherige Ablauf des Regenwassers auf einer künstlichen Vorrichtung, so ist hier (vgl. [7]) gesetzliche Anordnung oder Unvordenklichkeit nicht erforderlich, l. 2 § 5. 6 citt. Natürlich kann aber Gestattung der Wiederherstellung nur dann verlangt werden, wenn Wiederherstellung überhaupt möglich ist; deßwegen l. 14 § 1 D. 39, 3. — Vgl. über die verschiedenen Ansichten: Schneider S. 341—348, Schmidt S. 137—142. 163—165, Hesse S. 215—218. 248—256 (176 fg. 218 fg.), Burckhard S. 571 fg.

Digitized by Google

des benachbarten Grundstücks abgeändert werden[10]; Entziehung eines Vortheils ist erlaubt[11].

5. Das benachbarte Grundstück muß ein Feldgrundstück sein[12].

6. Der aus der unerlaubten Abänderung entstehende Anspruch geht auf Wiederherstellung des früheren Zustandes[13], auf Schadensersatz nur in Betreff des nach dem Streitbeginn entstandenen Schadens[14]. — Der Anspruch steht nicht zu gegen den Abändernden als solchen, sondern gegen den Abändernden in seiner Eigenschaft als Eigenthümer des Grundstücks, an welchem die Aenderung vorgenommen worden ist[15], so daß der Abändernde nicht mehr haftet, wenn er das Eigenthumsrecht am Grundstück verloren hat[16]. Dem Eigenthümer

---

[10] L. 1 § 1. 11. 13. 21 D. 39, 3. Burckhard S. 217 fg. Der Schaden braucht noch nicht eingetreten zu sein. L. 1 § 1. l. 24 § 2. 6. 8 D. 39, 3. Burckhard S. 253 fg. Ueber l. 2 § 9 D. 39, 3. s. Schneider S. 352—356, Schmidt S. 142—145, Hesse S. 22—226 (190 fg.), Burckhard S. 227 fg.

[11] L. 1 § 11. 21 D. 39, 3. Sf. I. 5, XXI. 11.

[12] L. 1 § 17—20 D. 39, 3. Vgl. Schneider S. 357—358, Schmidt S. 106—108, Hesse S. 233—241 (204 fg.). Burckhard S. 258 fg. Sf. VII. 47, X. 259, XX. 228, XXXVI. 183, XXXVII. 214.

[13] Restitutio: l. 6 § 6. l. 22 § 1 D. 39, 3. Tollere opus: l. 6 § 7 l. 7 D. 39, 3. L. 24 § 2. l. 22 § 1 D. 39, 3. Burckhard S. 445 fg. Sf. XXXIV. 122. — Ueber die Fassung der formula s. Burckhard S. 554 fg., Lenel Ed. perpetuum S. 301 fg.

[14] L. 6 § 6. 8. l. 14 § 3 D. 39, 3, vgl. l. 6 § 4. l. 11 § 3. l. 14 § 2 eod. In Beziehung auf den früher entstandenen Schaden verweist l. 14 § 3 cit. auf das interdictum quod vi aut clam. D. h. also: für den früher entstandenen Schaden kann Ersatz begehrt werden nur wo die Voraussetzungen des bezeichneten Interdicts gegeben sind. Es versteht sich aber von selbst, daß im heutigen Proceß der Richter, wenn diese Voraussetzungen gegeben sind, dem Antrag auf Ersatz auch des früheren Schadens ohne Weiteres Folge geben muß, und daß der Kläger nicht etwa ausdrücklich zu erklären braucht, er stelle neben der actio aquae pluviae arcendae auch das interdictum q. v. a. cl. an. Vgl. Budde Entscheid. des OAG. zu Rostock VII. 52.

[15] L. 4 § 2. l. 18 pr. D. 39, 3. Daher entsteht die actio aquae pluviae arcendae nicht aus einer Anlage, welche auf einem locus publicus gemacht worden ist, l. 3 § 3. l. 18 pr. D. 39, 3. Vgl. übrigens Sf. X. 169, XVI. 116. — Mehrheit der Eigenthümer: l. 6 § 1. 2. l. 11 § 1—3. D. 39, 3. Ubbelohde die Lehre von den untheilbaren Obligationen S. 196 fg., Burckhard S. 492 fg. Vgl. § 299 [7].

[16] L. 12. 13. 14. D. 39, 3. (s. über diese Stelle Hasse ZS. f. gesch. RW. III S. 53 fg., Burckhard S. 424), l. 16 i. f. eod. Jedoch befreit Veräußerung nach dem Proceßbeginn (CPO. § 239 [267] nicht, l. 4 § 1 D. 39, 3; über l. 16 i. f. D. 39, 3. vgl. Schmidt S. 150 [80], Hesse S. 258 (224), Francke Commentar zum Pandektentitel de her. pet. S. 57 fg., Burckhard S. 428 fg. Ferner soll der Erbauer eines sepulcrum fortfahren zu haften,

Digitized by Google

stehen gleich der Nießbraucher, der Emphyteuta und der Superficiar[17]. Gegen den Eigenthümer, welcher die Abänderung nicht selbst vorgenommen hat, geht der Anspruch nur auf Gestattung der Wiederherstellung[18]. — Ebenso steht der Anspruch zu dem Eigenthümer als solchem, nicht demjenigen, welcher zur Zeit der Abänderung Eigenthümer war[19]; neben dem Eigenthümer auch dem sonst an dem Grundstück dinglich Berechtigten[20].

7. Der Anspruch fällt weg gegenüber den Veranstaltungen, welche im Interesse der Fruchterzeugung nöthig sind[21]. Ferner kann sich der in Anspruch Genommene vertheidigen mit Berufung auf Gestattung des Gegners[22], obrigkeitliche Verfügung[23], Servitut[24], Unvordenklichkeit[25].

[BGB. Das Recht der actio aquae pluviae arcendae bleibt als ein wasserrechtliches Institut aufrecht erhalten. Zu diesem Zwecke ist E. I § 256 gestrichen. Vgl. Prot. der II. Comm. S. 3551.]

---

wenn er das Grundstück durch Einbringung eines Leichnams zum fundus religiosus mache, l. 4 pr. D. 39, 3 Veräußerung des Nießbrauchs befreit den Eigenthümer nicht, l. 22 pr. D. 39, 3.

[17] Bezeugt ist die Gleichstellung (actio utilis) nur für den Nießbraucher, l. 22 § 2 D. 39, 3; aber daß der Emphyteuta und der Superficiar bei ihrem weitergehenden R. nicht anders behandelt werden können, versteht sich von selbst. Vgl. auch l. 23 § 1 D. 39, 3 ([20]). Mit der l. 22 § 2 cit. wird man die l. 3 § 4 D. 39, 3 im Sinne der Justinianischen Compilation in der Weise in Einklang bringen müssen, daß die letztere nur die Klage gegen den nicht selbst abändernden Nießbraucher leugnet. Burckhard S. 413.

[18] L. 4 § 2. 3. l. 5. l. 6 § 7. l. 7. l. 11 § 2. l. 12 D. 39, 3. Schmidt S. 150—154, Burckhard S. 462-478.

[19] L. 6 § 4 D. 39, 3. Jedoch nimmt Veräußerung nach dem Proceßbeginn den Anspruch nicht, l. 16 D. 39, 3. Veräußerung des Nießbrauchs schadet dem Eigenthümer nicht, l. 22 D 39, 3. Mehrheit der Eigenthümer: l. 6 § 1. 2. l. 11 § 1. 4 D. 39, 3. Ubbelohde die Lehre von den untheilbaren Obligationen S. 196 fg.

[20] Für den Emphyteuta: l. 23 § 1 D. 39, 3, l. 5 § 3 D. 47, 7. Der Superficiar fällt hier weg, weil das beeinträchtigte Grundstück ein Feldgrundstück sein muß. In Betreff des Nießbrauchers widersprechen sich l. 3 § 4 und l. 22 pr. D. 39, 3. Dieser Widerspruch muß im Sinne der Compilation als zu Gunsten des Nießbrauchers gelöst deßwegen angesehen werden, weil dieselbe eine Stelle aufgenommen hat, in welcher sogar dem Inhaber einer Grunddienstbarkeit die actio aquae pluviae arcendae zugestanden wird, l. 25 D. 39, 3. Vgl. Schmidt S. 148. 149, Hesse S. 241. 242 (210 fg.), Burckhard S. 391 fg., auch Ihering Abhandlungen S. 138. 140, Dernburg Pfandr. II S. 391.

[21] „Agri colendi causa". L. 1 § 3—9. 15. l. 3 § 2. l. 24 pr. D. 39, 3. Schneider S. 359—361, Schmidt S. 131—133, Hesse S. 226—229 (195 fg.), Lang S. 151, Burckhard S. 377 fg. Sf. VII. 46, XVII 48, XXXV. 126, XXXVIII. 29.

[22] L. 19. 20. D. 39, 3. Burckhard S. 307 fg.

[23] L. 2 § 3. l. 23 pr. D. 39, 3. Burckhard S. 352 fg. Sf. XIII. 252.

[24] L. 2 § 10 D. 39, 3.

[25] L. 2 § 3 D. 39, 3. Burckhard S. 362 fg.

Digitized by Google

B. Verpflichtung zum Vorweisen*

§ 474.

Wer eine Sache inhat, ist verpflichtet, dieselbe einem Jeden vorzuweisen, welcher in Ansehung derselben einen Anspruch geltend machen will[1].

1. Vorweisen heißt: die Sache zu Jemandem in ein solches körperliches Verhältniß bringen, daß derselbe sich über ihre Identität und ihre Beschaffenheit unterrichten kann[1a]. Vorweisen ist nicht herausgeben[2]; wenn aber der Anspruch, welchen der die Vorweisung Begehrende auf die Sache selbst erhebt, von dem Inhaber nicht bestritten wird, so ist das Resultat der Vorweisung allerdings das gleiche, als wenn die Sache herausgegeben worden wäre[3]. Ist die Sache als Bestandtheil mit einer andern verbunden, so setzt Vorweisung Trennung voraus[4].

2. Berechtigt, Vorweisung zu verlangen, ist Jeder, welcher einen Anspruch in Ansehung der Sache geltend machen will[5], d. h. einen

* Dig. 10, 4 Cod. 3, 42 ad exhibendum. — Einert de actione ad exhibendum (1816). Bühler die actio ad exhibendum (1859). Demelius die Exhibitionspflicht in ihrer Bedeutung für das klassische und heutige R. (1872). Glück XI S. 167 fg. Unterholzner II S. 141—153. Sintenis II S. 776—780. Vangerow III § 707. 708. Brinz 2. Aufl. II § 324. Holzschuher III § 321. 322. [Rensburg die Anwendungsfälle der actio ad exhibendum. Erl. Diss. 1896.]

§ 474. [1] Ueber die praktische Bedeutung dieses Satzes für das römische und heutige Rleben vgl. Demelius S. 64 fg. 275 fg., auch Bekker die Aktionen I S. 225 fg., Dernburg Pand. I § 135 Ziff. 2 („heutzutage wenig in Gebrauch"). — Ueber die Conception der Formel im classischen röm. Proceß: Demelius S. 7 fg., Lenel Ed. perpetuum S. 172 fg.

[1a] L. 2 (5). l. 9 § 5 D. 10, 4, l. 3 § 8 D. 43, 5, l. 3 § 8 D. 43, 29, l. 22. l. 246 pr. D. 50, 16. Demelius S. 50 fg. — Der Ort der Vorweisung bestimmt sich nach der Regel (§ 282 [9]), l. 11 § 1 D. 10, 4, l. 12 § 1 D. 16, 3. Demelius S. 56 fg. 198 fg. behauptet, die Exhibitionspflicht gehe auf Vorweisung vor Gericht, mit Berufung auf l. 3 § 8 D. 10, 4 „in publicum producere". Gegen diese Auslegung spricht l. 3 § 8 D. 43, 29 und ein arg. a contrario aus l. 3 § 9 D. 43, 5.

[2] L. 22. l. 246 D. 50, 16. — Im weiteren nicht technischen Sinne bezeichnet exhibere leisten, gewähren überhaupt (s. z. B. l. 2 § 1 D. 18, 6, l. 57 D. 30, l. 1 § 4 D. 50, 4), oder geradezu herausgegeben (l. 47 D. 19, 1).

[3] Daraus erklären sich l. 3 § 11. l. 5 § 2—6. l. 9 § 1. l. 15 D. 10, 4, l. 17 § 6. l. 25 D. 19, 1, l. 16 D. 19, 5, l. 7 § 1 D. 13, 1, l. 22 § 1 D. 25, 2, l. 1 § 6. 32 D. 43, 16. Demelius S. 59 fg. 71 fg. Sf. VIII. 49. [Duldung der Fortschaffung einer Sache, die sich auf fremden Grundstück befindet: Sf. XLVII. 7.]

[4] L. 6 pr. l. 7 § 1. 2 D. 10, 4, l. 23 § 5 D. 6, 1. Vgl. I § 189 [4].

[5] L. 2 D. 10, 4. „Exhibere est facere in publico potestatem, ut ei, qui agat, experiundi sit copia". L. 9 § 5 D. 10, 4: — „ut quis copiam

Digitized by Google

Anspruch entweder auf die Sache oder gegen die Sache[6]. Der Anspruch kann ein dinglicher[7] oder ein obligatorischer[8] sein. Er kann auch ein alternativer sein und die Vorweisung zum Zweck der Wahl begehrt werden[9]. Wird der Anspruch vom Inhaber bestritten, so tritt summarische Cognition ein[10]. Es versteht sich von selbst, daß

rei habens possit exsequi actione(m), quam destinavit" (über die Lesart des Folgenden s. Vangerow S. 664 [7. Aufl. S. 636] und die das. Citirten, Mommsen in seiner Ausgabe ad h. l., Demelius S. 28 [2]. L. 3 § 11 i. f. D. 10, 4. In anderen Stellen wird die actio ad exhibendum Jedem zugeschrieben, cuius interest (l. 3 § 9. 12. l. 7 § 7. l. 13. l. 19 D. 10, 4); aber daß dieß ein zu allgemeiner Ausdruck sei, erkennen die Quellen selbst an (l. 3 § 11. l. 19 D. 10, 4). L. 3 § 14 D. 10, 4 bezieht sich nur auf die Vorweisung von Urkunden, s. unten bei Ziff. 6. Doch erklärt auf Grund dieser Stelle ein jedes rliche Interesse zur Begründung der actio ad exhibendum für hinreichend das Urtheil bei Sf. XVI. 48, Anders das. XXV. 27. Vgl. Degenkolb Einlassungszwang S. 49 fg. — Muß der Anspruch, um dessentwillen Vorweisung begehrt wird, ein Vermögensanspruch sein? Dawider spricht l. 12 pr. D. 10, 4 (vindicatio in libertatem); dafür beruft man sich (Glück XI S. 177, Unterholzner S. 143, Vangerow S. 644 [7. Aufl. 636]) auf l. 13 D. 10, 4, indem man an die Stelle der Lesart der florentinischen Handschrift „peculiariter" (genau: „peculiater") die den Basiliken entsprechende „pecuniariter" setzt (so auch Mommsen in seiner Ausgabe). Aber die florentinische Lesart hat guten Sinn: der Anspruch muß ein Privatanspruch sein, nicht ein Anspruch, durch welchen Erfüllung einer allgemeinen Bürgerpflicht verlangt wird, wie das in dem von der l. 13 cit. ausgeschlossenen Fall (Freiheitsberaubung) allerdings der Fall ist, vgl. l. 3 § 9 D. 43, 29). Für pecuniariter auch Demelius S. 89 fg. Vgl. Sf. VIII. 223.

[6] Gegen die Sache: damit soll der Fall der actio noxalis wegen (des Delicts einen Sclaven oder) der Beschädigung durch ein Thier bezeichnet sein. L. 3 § 7. l. 12 § 2 D. 10, 4, vgl. l. 2 C. 3, 42. [Sf. XLIX. 214, LIII. 197 (RG.).]

[7] Der Hauptfall ist der des Eigenthumsanspruchs. L. 1 D. 10, 4. „Haec actio . . . . maxime propter vindicationes inducta est". L. 3 § 12. l. 12 § 2 D. 10, 4, l. 1. 6. 8 C. 3, 42. Sonstige dingliche Ansprüche: l. 3 § 3. 4 D. 10, 4. l. 7 § 4 D. 4, 3, l. 3 D. 13, 7, l. 27 D. 20, 1. (Vindicatio in libertatem: l. 12 pr. D. 10, 4.)

[8] L. 3 § 5. 11. 12 D. 10, 4. S. ferner die Stellen der Note [6]. L. 12 § 2 D. 10, 4 („furti actione"). Vgl. l. 16 D. 1, 18. Demelius S. 147 fg. will nicht über die actio noxalis und das (alte) interdictum utrubi hinausgehen. Ebenso Brinz Note [7. 11. 13. 19]. Dagegen Wendt S. 669 fg.

[9] L. 3 § 6. 10. l. 12 § 2 D. 10, 4, l. 8 § 3 D. 33, 5. Demelius S. 96 fg.

[10] L. 3 § 9. 13 D. 10, 4. Ueber den Begriff des „summatim cognoscere" vgl. die gemeine Meinung bei Wetzell Civilproc. § 29 [2. 21] fg. und die abweichende Ansicht von Briegleb Einleitung in die Theorie der summarischen Processe S. 240—245. 358—359, mit welcher im Wesentlichen übereinstimmt Demelius S. 158 fg. Sf. IV. 10. — Führung des Beweises durch Calumnieneid? L. 15 D. 10, 4. Wetzell a. a. O. Note [21] fg. Dawider Demelius S. 165 fg.

Digitized by Google

bei Erhebung des Anspruchs das Vorzuweisende in hinreichend genauer Weise bezeichnet werden muß[11].

3. Verpflichtet zur Vorweisung ist Jeder, welcher als Inhaber der Sache zur Vorweisung im Stande ist[12]. Juristischer Besitz ist zur Begründung der Verpflichtung weder nothwendig[13] noch hinreichend[14]. Wie der Inhaber haftet auch derjenige, welcher sich arglistigerweise des Inhabens entäußert hat[15], sowie derjenige, welcher sich arglistigerweise als Inhaber auf den Proceß einläßt[16].

4. Verliert der auf Vorweisung Belangte die Inhabung nach Beginn des Processes, so gelten die gewöhnlichen Grundsätze[17]. Ebenso gelten die gewöhnlichen Grundsätze in Betreff des sonstigen Einflusses des Processes auf den Vorweisungsanspruch[18].

5. Der Anspruch auf Vorweisung findet der Natur der Sache

---

[11] L. 3 pr. D. 10, 4 (eine andere Erklärung dieser Stelle bei Demelius S. 32 fg.). Sf. IX. 38.

[12] L. 5 pr. i. f. § 6 D. 10, 4, l. 7 C. 3, 42. Vgl. im Allgemeinen Demelius S. 196 fg.

[13] L. 3 § 15 — l. 5 § 1. l. 12 § 1. l. 15 D. 10, 4.

[14] L. 5 § 6 D. 10, 4.

[15] Er haftet auf das Interesse, d. h. auf Alles, was der Kläger gehabt haben würde, wenn ihm die Sache vorgewiesen worden wäre, und er in Folge davon den Hauptanspruch hätte erheben können. Daher vertritt in diesem Fall die actio ad exhibendum den Hauptanspruch (das „iudicium directum", vgl. l. 3 § 13. l. 17 D. 10, 4). Der dabei an und für sich erforderliche Beweis des Hauptanspruches ging auf in dem dem Kläger nach allgemeinen Grundsätzen (I § 133 [14—17]) gestatteten Würderungseid. L. 5 § 2. l. 8. l. 9 pr. — § 4. l. 14. 15 D. 10, 4, l. 5 C. 3, 42, l. 11 i. f. D. 12, 1, l. 23 § 6 D. 6, 1, l. 1 § 2 D. 47, 3, § 2 I. 2, 8 u. a. m. Demelius S. 185 fg. 218 fg. Sf. XXI. 335. Gegenwärtiges R.: CPO. § 260 [287].

[16] Dieß ist nicht ausdrücklich bezeugt, aber bei der sonstigen Gleichstellung zwischen demjenigen, qui liti se obtulit, und demjenigen, qui dolo desiit possidere (I § 196 [8]), wohl unzweifelhaft. Arndts § 346 [3]. A. M. Demelius S. 191 fg.

[17] L. 7 § 5. 6. l. 12 § 4 D. 10, 4, und vgl. dazu I § 124[9]. Demelius S. 211 fg. will auch den gutgläubigen Besitzer, abgesehen von besonderen Umständen, für Zufall haften lassen, „da ja die Vorweisung ohne jeden Nachtheil und unter Erhaltung des vollsten Vertheidigungsr. geschehen kann". Aber deßwegen ist sie nicht weniger eine Beschränkung der Freiheit, welche sich Niemand ohne Grund gefallen zu lassen braucht.

[18] L. 9 § 5. 6. 7. 8. l. 10. l. 11 pr. l. 17 D. 10, 4 l. 7 C. 3, 42, § 3 I. 4, 17, und vgl. dazu I § 124. Demelius S. 205 fg. 214 fg. — Gehorcht der Verurtheilte dem Urtheil nicht, so hat der Kläger die Wahl zwischen Naturalexecution und Forderung des Interesse. L. 3 § 2 D. 10, 4, l. 4 C. 3, 42; vgl. I § 193 [1—3].

Digitized by Google

nach seine Hauptanwendung bei beweglichen Sachen[19], ist aber bei unbeweglichen nicht unbedingt ausgeschlossen[20].

6. Besonderes ist bestimmt über die Verpflichtung zur Vorweisung von Urkunden; Vorweisung einer in den Händen eines Andern befindlichen Urkunde kann Jemand schon auf Grund davon verlangen, daß die Urkunde eine von ihm oder für ihn gemachte Bekundung über eine Thatsache enthält, welche auf die Gestaltung seiner Vermögensverhältnisse eingewirkt hat[21]. — Ueber die Verpflichtung zur Vorweisung einer Testamentsurkunde ist im Erbrecht, über die Verpflichtung zur Vorweisung einer in den Händen des Proceßgegners befindlichen, auf den geführten Proceß bezüglichen Urkunde im Proceßrecht zu handeln[22. 22a].

1. Das BGB. gewährt unter ähnlichen Bedingungen, wie das gemeine Recht, einen Anspruch auf Vorlegung einer Sache, genauer darauf, daß der Besitzer die Sache dem Berechtigten zur Besichtigung vorlegt oder ihm die Besichtigung gestattet (809). Gleichgültig ist, ob die Sache beweglich oder unbeweglich ist (vgl. Text 5). Der Satz zu [3] war wohl schon im römischen und gemeinen Recht nur in dem Sinne richtig, daß an die Vorweisung sich die Herausgabe thatsächlich anschließen wird, wenn der Besitzer den Anspruch, um dessen willen die Vorweisung begehrt wurde, nicht bestreitet, und dieß wird unter der Herrschaft des BGB. ebenso sein. Ist die Sache als Bestandtheil mit einer anderen verbunden, so kann nach BGB. jedenfalls nicht immer die Trennung zum Zwecke der Vorlegung (vgl. zu [4]) verlangt werden; insbesondere deßwegen nicht, weil die Trennung nicht mehr wie im römischen Recht ([4]) als Vorbereitung der Klage auf Herausgabe nothwendig ist. Zunächst wird vielmehr nur die Vorlegung der ganzen

[19] Daher l. 56 D. 3, 3, l. 38 D. 5, 1, l. 1 § 6 D. 43, 16, l. 4 C. 9, 32.

[20] S. das Erkenntniß des OAG. zu Cassel bei Sf. XVI. 48 (im Princip gebilligt das. XXV. 27); auch l. 8 D. 10, 4. A. M. Demelius S. 62 fg., Brinz Note [9], und es ist zuzugeben, daß die Sache zweifelhaft ist.

[21] L. 3 § 14 D. 10, 4, l. 9 C. 3, 42. Demelius S. 127 verlangt, wenn der Kläger eine Urkunde nicht selbst geschrieben habe, Auftrag desselben. L. 9 cit. bezieht Demelius nicht auf die actio ad exhibendum. Sf. I. 130, IV. 169, XX. 39, XL. 208. — Speciell war im prätorischen Edict vorgesehen die Editionspflicht der argentarii und nummularii, l. 4—13 D. 2, 13. Vgl. darüber Wetzell Civilproc. § 24 [11] fg., Demelius S. 250—253. — Die viel weiter gehende l. 22 C. 4, 21 ist nicht glossirt. Vgl. über die Lehre überhaupt: Vangerow § 708 Nr. I, Bayer Vorträge S. 955 fg., Wetzell Civilproc. § 24 [102. 108], Demelius S. 269—274. Sf. I. 134. [RG. XXXII S. 166 fg. Unbeglaubigte Abschrift: Sf. XLVI. 31. Vertrauliches Auskunftsschreiben: RG. XXXV S. 105 fg.]

[22] Vgl. III § 567 [2] und Vangerow a. a. O. Nr. II, Bayer Vorträge S. 962 fg., Wetzell Civilproc. § 24 [104. 105]. CPO. § 387 [422] fg.

[[22a] Keine Verpflichtung des Prozeßgegners, Untersuchungen an seinem Körper zu gestatten: Sf. XLIX. 112.]

Digitized by Google

Sache verlangt werden können zum Zwecke der Besichtigung des Bestandtheils. Wenn aber das Besichtigungsinteresse nicht ohne die Trennung befriedigt werden kann, so wird allerdings auch die Trennung verlangt werden können, aber nur unter der Voraussetzung, daß der Bestandtheil nicht ein wesentlicher Bestandtheil des Ganzen geworden ist; denn im letzteren Falle kann derjenige, welcher die Vorlegung begehrt, nach den Principien der §§ 93. 946 fg. nur einen Anspruch in Ansehung der ganzen Sache haben. Auch sein Verwendungsanspruch oder Schadensersatzanspruch wegen Verlustes seiner zum wesentlichen Bestandtheil gewordenen Sache ist dann nicht mehr ein Anspruch in Ansehung dieser Sache, sondern ein solcher in Ansehung des Ganzen. Die Vorlegung des Ganzen kann er verlangen; aber er kann nicht Veränderungen an dem Ganzen verlangen. Wenn nach Maßgabe des § 997 in Verbindung mit § 258 unter Umständen auf Duldung der Abtrennung eines wesentlichen Bestandtheils geklagt werden kann, so ist das etwas dem Vorlegungsanspruch gegenüber Selbständiges. Nicht etwa kann auf Grund des § 809 die Trennung verlangt werden zu dem Zwecke, damit man sich vergewissere, ob der Trennungsanspruch aus § 997 besteht.

2. Der Anspruch auf Vorlegung ist begründet, wie im gemeinen Recht, wenn in Ansehung der Sache ein Anspruch besteht oder der die Vorlegung Begehrende sich Gewißheit verschaffen will, ob ihm ein solcher Anspruch zusteht (809, vgl. Text unter 2). Der Anspruch muß ein solcher gegen den Besitzer sein. Hinzukommen muß ein Interesse an der Besichtigung der Sache. Es ist nicht, wie im gemeinen Recht, Glaubhaftmachung ausreichend, sondern alle Voraussetzungen des Vorlegungsanspruchs sind zu beweisen. (Vgl. Prot. d. II. Comm. S. 8484). Der Beweis des Anspruchs reicht für sich allein nicht aus; denn normaler Weise kann der Berechtigte diesen Anspruch verfolgen, ohne vorgängig die Sache besichtigen zu müssen. Es muß also zudem das Besichtigungsinteresse bewiesen werden, wie z. B. das Interesse, die alternativ geschuldeten Gegenstände zum Zwecke der Wahl zu besichtigen; sind diese Gegenstände dem Wahlberechtigten hinlänglich bekannt, so kann er die Vorlegung nicht beanspruchen. Wird der Vorlegungsanspruch darauf gestützt, daß man sich Gewißheit verschaffen wolle, ob man einen Anspruch in Ansehung der Sache hat, so kann natürlich nicht der Beweis des Anspruchs gefordert werden, sondern nur der Beweis eines Interesses an der Besichtigung zum Zwecke der Vergewisserung. Hierzu wird der Beweis gehören, daß der Kläger einen Anspruch in Ansehung einer Sache hat, welche möglicher Weise mit dem Gegenstande, dessen Vorlegung begehrt wird, identisch ist, oder daß er einen Anspruch in Ansehung dieser Sache hat unter der Voraussetzung einer gewissen Beschaffenheit derselben, über deren Vorliegen eben er sich vergewissern will.

3. Verpflichtet ist nach BGB. der Besitzer der Sache (809). Schon der I. E. 774 wollte (entgegen dem gemeinen Recht [zu [14]]) auch den Besitzer treffen, der nicht Inhaber ist. Die II. Commission hat nicht beabsichtigt, sachliche Aenderungen an dem § 774 vorzunehmen (Prot. S. 3117), und es kann danach nicht zweifelhaft sein, daß nach BGB. auch der mittelbare Besitzer belangt werden kann. Dem beklagten unmittelbaren Besitzer steht, da er als Besitzer verklagt wird, gemäß CPO. 76 das Recht der Benennung des mittelbaren Besitzers zu.

4. Die Vorlegung hat an dem Orte zu geschehen, wo sich die Sache befindet; doch kann aus wichtigem Grunde jeder Theil die Vorlegung an einem

Digitized by Google

andern Orte verlangen. Gefahr und Kosten trägt stets derjenige, welcher die Vorlegung verlangt. Der Besitzer kann die Vorlegung verweigern, bis wegen der Kosten Vorschuß, wegen der Gefahr Sicherheit geleistet wird (811).

5. Gesondert von dem Vorlegungsanspruch des BGB., aber zum Theil die Functionen der gemeinrechtlichen actio adexhib. erfüllend sind die Ansprüche aus BGB. 867. 1005.

6. Die Gestattung der Einsicht einer Urkunde kann verlangen, wer ein rechtliches Interesse daran hat, sie einzusehen, wenn die Urkunde in seinem Interesse errichtet ist, oder in der Urkunde ein zwischen ihm und einem andern bestehendes Rechtsverhältniß beurkundet ist, oder die Urkunde Verhandlungen über ein Rechtsgeschäft enthält, die zwischen ihm und einem andern oder zwischen einem von beiden und einem gemeinschaftlichen Vermittler gepflogen worden sind (810). Die Vorschriften des § 811 (s. ob. 4) sind auch für diesen Fall gegeben. Die CPO., welche die Editionspflicht des Proceßgegners wie Dritter bisher theils durch Bezugnahme auf das bürgerliche Recht, theils selbständig in ähnlicher Weise wie nun das BGB. geregelt hatte (§§ 387. 388. 394), konnte nunmehr einfach auf das bürgerliche Recht Bezug nehmen (§§ 422. 429). Eine Besonderheit besteht nur noch insofern, als der Proceßgegner auch dann zur Vorlegung verpflichtet ist, wenn er auf die Urkunde im Processe zur Beweisführung Bezug genommen hat (CPO. 423 [früher 388]). Uebrigens ist zu beachten, daß der Gläubiger die Herausgabe eines Schuldscheines und der sonst unter § 952 BGB. fallenden Urkunden verlangen kann, weil er Eigenthümer ist. — S. noch BGB. 79. 716. 1342 Abs. 2, 1563. 1597 Abs. 2, 1953 Abs. 3, 2010. 2081 Abs. 2, 2146 Abs. 2, 2228. 2264. 2384 Abs. 2.]

C. Alimentationsverbindlichkeit*

§ 475.

Eine Alimentationsverbindlichkeit kann begründet werden durch Vertrag[1], Vermächtniß[2], Delict[3]. Eine gesetzliche Alimentationsverbindlichkeit besteht zwischen Ascendenten und Descendenten[3a], und

* Unterholzner II S. 568—584. R. Buengner zur Theorie und Praxis der Alimentationspflicht. Leipzig 1879. Der Aufsatz von Schanze ACPra. LXIX S. 241 fg. (1885) bezieht sich nicht bloß auf das gemeine R. und betont vornehmlich den Gegensatz zwischen eigentlicher Alimentation und einer fixirten Leistung zum Zweck der Alimentation. Vgl. § 335[6]. [Hussarek d. familienrliche Alimentation nach österr. R. Grünh. ZS. XX S. 481 fg. 649 fg. (1893). Neubauer ABR. X S. 149 fg. (1895). (Rsprechung, meist preußischrlich).]

[1] Vgl. l. 8 C. 4, 64, l. 1 C. 8, 54 [55]. Eine besonders wichtige Anwendung findet der Alimentenvertrag im deutschen R. bei der bäuerlichen Gutsübergabe. Buengner S. 1 fg. § 475.

[2] Dig. 34, 1 de alimentis et cibariis legatis. Buengner S. 4 fg.

[3] Vgl. l. 7 D. 9, 3 und oben § 455[9]. Buengner S. 9 fg.

[3a] Glück XXVIII S. 50 fg., Sintenis III S. 129—137, Holzschuher I § 66 Nr. 5—18 und III § 324. Reinhard ZS. f. CR. u. Pr. N. F. XIII S. 140 fg. Mandry das gemeine Familiengüterr. I S. 246 fg. Buengner S. 30 fg.

Digitized by Google

zwar als gegenseitige, so daß sowohl diese jene, als jene diese zu alimentiren verpflichtet sind[4]. Von den Ascendenten[4a] haftet zuerst der Vater[4b], dann die Mutter, dann die Großeltern und die weiteren Ascendenten[5]. Die Verbindlichkeit setzt hinreichendes Vermögen auf der einen Seite[6], Mangel auf der anderen voraus[7]; ferner daß der Fordernde sich nicht seinerseits gegen die verwandtschaftlichen Pflichten verfehlt habe[8]. Das Maß der Alimente ist nach den Verhältnissen

---

[4] L. 5 pr. § 1—6. 13 D. 25, 3, l. 1—4 C. 5, 25, l. 8 § 4 C. 6, 61, l. 5 C. 8, 46 [47], Nov. 117 c. 7.

[4a] Ueber die Alimentationspflicht der Descendenten im Besonderen vgl. Buengner S. 167 fg.

[4b] Auch wenn ihm bei der Scheidung die Erziehung der Kinder entzogen worden ist. RG. VIII S. 186.

[5] Von Anderen wird behauptet, daß die väterlichen Ascendenten vor der Mutter haften (s. die bei Glück XXVIII S. 209 Citirten, Puchta § 316, Arndts § 348 [nicht mehr in der 9. Auflage]), wenigstens dann, wenn sich die Descendenten in ihrer Gewalt befinden (Glück a. a. O., Sintenis S. 131, Mandry a. a. O. S. 253, Sf. XI. 154). Aber dafür läßt sich ein Beweis aus den Quellen nicht erbringen. L. 8 D. 25, 3, auf welche man sich vorzüglich beruft, setzt voraus, daß die Mutter (als vermögenslos oder gestorben) nicht in Betracht komme; will man dieß nicht annehmen, so muß man auf Grund der genannten Stelle auch die mütterlichen Ascendenten vor der Mutter haften lassen („nisi pater aut non sit superstes aut egens est"). Auch nennt Nov. 117 c. 7 hinter dem Vater nur die Mutter. Buengner S. 37 fg. — Daß nicht die väterlichen Ascendenten vor den mütterlichen haften: Sf. XIII. 265, XXXI. 242. RG. IV S. 151. S. auch Holzschuher I § 66 Nr. 18. A. M. Buengner S. 39 für den Fall, daß der väterliche Großvater den Enkel in der Gewalt hat. — Daß die Alimentationsverbindlichkeit des in zweiter Linie Haftenden auch bei Auswanderung des in erster Linie Haftenden eintrete: Sf. III. 266.

[6] L. 5 § 13 D. 25, 3, l. 2 C. 5, 25. Holzschuher I § 66 Nr. 7, Brinz 1. Aufl. S. 1298, Mandry a. a. O. S. 263 fg., Buengner S. 41 fg., Sf. I. 233, VI. 204, X. 262, XII. 45. 169, (IX. 190 Nr. 3), XIV. 43, RG. IV S. 153 [Sf. XLVIII. 38]. Aufwendung aus dem Kapitalsvermögen? Sf. XLII. 300.

[7] L. 5 § 7. 13 vgl. § 19. 25 D. 25, 3, l. 8 § 5 C. 6, 61. Puggé Rhein. Mus. III S. 569—574, Brinz 1. Aufl. S. 1296 fg., Mandry a. a. O. S. 261 fg., Buengner S. 43 fg., Sf. X. 179, XII. 45. 169, XXVIII. 228, XLIV. 259 [L. 180]. Ueber die Beweislast s. die Aufsätze von Hofmann und Scholz dem Dritten in ZS. f. CR. u. Pr. XVI. 4 und XVIII. 4.

[8] L. 4 C. 5, 25. „Si patrem tuum officio debito promerueris, paternam pietatem tibi non denegabit". L. 5 § 11 vgl. § 23 D. 25, 3. Puggé a. a. O. S. 559—568, Reinhard a. a. O. S. 150 fg., Holzschuher I § 66 Nr. 11, Mandry a. a. O. S. 264 fg., Buengner S 47 fg., Sf. V. 285 a. E., XXIV. 255 Nr. 1, XXVIII. 229. Gegen die Ansicht, daß im Fall der Verschuldung doch der nothdürftigste Lebensunterhalt zu gewähren sei: RG. V S. 154.

Digitized by Google

zu bestimmen, namentlich nach dem Stande des Berechtigten und dem Vermögen des Verpflichteten[9]. Zu den Alimenten gehört nur das zur Erhaltung und Pflege des Körpers[10], nicht auch das zur Entwickelung und Ausbildung des Geistes Erforderliche[11]; doch sind Eltern ihren Kindern gegenüber zur Gewährung des Letzteren (Erziehungskosten) ebenfalls verpflichtet[12]. Die Erben des Verpflichteten haften nur im Falle äußerster Noth des Berechtigten[13]. Mehrere Verpflichtete haften solidarisch[13a]. — Uneheliche Kinder haben der Regel gemäß einen Alimentationsanspruch gegen ihre Mutter und deren Ascendenten, wie eheliche[14]; außerdem aber[15] nach Gewohnheitsrecht[16]

---

[9] L. 5 § 7. 10 vgl. 19. 25 D. 25, 3 l. 3. 4 C. 5, 25, l. 1 § 19 D. 37, 9. Vgl. Nov. 89 c. 12 § 9: „secundum substantiae mensuram a bono viro arbitratam". Buengner S. 54 fg. Sf. XXIV. 41. Vgl XXIX. 144.

[10] L. 6. 23 D. 34, 1, l. 5 pr. l. 1 § 19 D. 37, 9, l. 43. 44. l. 234 § 2 D. 50, 16. Ueber das Einzelne s. Walther ZS. f. CR. u. Pr. XX S. 361 fg, Buengner S. 50 fg. Natural- oder Geldprästation? Puggé a. a O. S. 574 fg., Buengner S. 55 fg.; Sf. X. 264, Budde Entscheid. d. OAG. zu Rostock VIII. 64 (= Sf. XXXI. 43), Sf. XLII. 213. [XLVIII. 38, LIII. 16, s. auch XLVIII. 93.] Proceßkosten? Buengner S. 52. Sf. XXX. 84 und Citate das. — Anspruch auf Nachzahlung? Bedeutung der Rparömie in praeteritum non vivitur: Schanze S. 246 fg. Sf. XII. 273. [Sf. LII. 161. — Ersatz ausgelegter Unterhaltskosten: Sf. LIV. 207.]

[11] L. 6 D. 34, 1, l. 6 § 5 D. 37, 10. l. 4 D. 27, 2. A. M. Walther a. a. O. S. 371 fg., wo auch über abweichende Meinungen Anderer berichtet ist, ferner Mandry a. a. O. S. 258 fg., Dernburg II § 31. S. auch Sintenis Anm. 56.

[12] L. 5 § 12 D. 25, 3, l. 6 § 5 D. 37, 10. Unterholzner S. 575, Sintenis a. a. O., Reinhard a. a. O. S. 145—146.

[13] L. 5 § 17 D. 25, 3. Wenn man die Verpflichtung des Erben an die fernere Voraussetzung knüpft, daß der Erblasser bei seinen Lebzeiten schon Alimente verabreicht habe (Holzschuher I § 66 Nr. 14, Seuffert § 449, Sf. VI. 205), so findet das in der citirten Stelle keine Rechtfertigung („dabit"). Eher rechtfertigt diese Stelle die Beschränkung auf den Vater (wo man aber dann neben den Großeltern auch die Mutter ausschließen muß). Mandry a. a. O. S. 250 fg., Buengner S. 58, Sf. VI. 205, XXX. 2, RG. IV S. 211.

[13a] Sf. XXXI. 242, XXXIV. 299. RG. IV S. 151.

[14] L. 5 § 4 D. 25, 3.

[15] Vgl. zum Folgenden: Glück XXVIII S. 183 fg. (1826). Busch theoretisch-praktische Darstellung der Re geschwächter Frauenspersonen gegen ihre Verführer und der unehelichen Kinder gegen ihre Erzeuger S. 214 fg. (1828). Gett über die Rverhältnisse aus der außerehelichen Geschlechtsgemeinschaft S. 84—207 (1836). Ferner Spangenberg ACPra. I S. 83 fg. (1820). Kaucher das. III S. 441 fg. (1822). Busch in Elvers' Themis II S. 189 fg. (1829). Kämmerer das. S. 202 fg. (1829). Duntze ACPra. XII S. 115 fg. (1829). Heerwart das. XIV S. 435 fg. (1831). v. Schröter ZS. f. CR. u. Pr. V S. 303 fg. (1832). Heerwart ACPra. XVII S. 77 fg. (1834). Busch das. XXIII S. 216 fg. (1841). Heerwart ZS. f. CR. u.

Digitized by Google

auch gegen denjenigen Mann, welcher innerhalb der kritischen Zeit[17] mit der Mutter den Beischlaf vollzogen hat[18]. Diese letztere Ver-

---

Pr. XVII S. 327 fg. (1842). v. Buttel Arch. f. d. Prax. des in Oldenburg geltenden R. I Nr. 3 (1844). Schöman ZS. f. CR. u. Pr. N. F. I S. 117 fg. (1845). v. Preuschen das. IV S. 139 fg. (1847). Busch ACPr. XLVI S. 215 fg. (1863). Buengner S. 62 fg., Sintenis III S. 131—133, Vangerow I § 260 Anm., Holzschuher I § 49. Böhlau Mecklenburg. Landr. II S. 21 fg. Ueber neuere Gesetzgebungen s. v. Krähwel ACPra. L S. 341 fg. Ausländisches R.: Neubauer ZS. f. vergleichende RW. III S. 321 fg. IV S. 362. [Zirndorfer Sav.-ZS. XX S. 33 fg. (1899) gibt reichhaltige Dogmengeschichte.]

[16] Dieses Gewohnheitsr. (vgl. Schöman S. 131) hat sich namentlich angeschlossen an c. 5 X. 4, 7, obgleich diese Stelle nach der unzweifelhaft richtigen Auslegung nichts von den Grundsätzen des r. R. Abweichendes enthält, s. auch c. 13 X. 4, 17. Vgl. Spangenberg S. 88 fg., Kaucher S. 442 fg., Schröter S. 308, Schöman S. 128—130, Roth bayer. Civilr. I § 83 [5], Buengner S. 64 fg. Das r. R. gewährt den unehelichen Kindern einen Alimentationsanspruch gegen den unehelichen Vater nicht, erst Nov. 89 c. 12 § 6. c. 13. 15 den Concubinenkindern.

[17] D. h. innerhalb des 182. und 300. Tages vor der Geburt. S. I § 56 b [3]. Vgl. Holzschuher I § 49 Nr. 6. 7. Buengner S. 103 fg. St. I. 227, V. 175, IX. 124. 162, X. 170, XII. 161, XIII. 123, XV. 98, XVII. 115, XVIII. 108. 109, XXIV. 117, XXV. 250 (vgl. auch I. 161, VI. 210 a. E., VIII. 229, XI. 11, XII. 36).

[18] Der aufgestellte Satz selbst ist vollkommen unbezweifelt: aber welches ist sein Grund? Hierüber gibt es zwei entgegengesetzte Meinungen. Nach der einen ist die Verpflichtung des Concumbenten eine Delictsobligation; so Bülow und Hagemann Erörterungen IV Nr. 70, Kämmerer S. 225 fg., Duntze S. 130, Puchta § 316 und Vorl. dazu, vgl. auch Glück XXVIII S. 197. Nach einer andern Meinung haftet der Concumbent als Vater (Glück S. 184, Gett § 28, Heerwart ACPra. XIV u. XVII a. a. O. ZS. f. CR. u. Pr. XVII a. a. O., Martin APraktRW. N. F. V S. 244 fg., Emminghaus das. VIII S. 176 fg., Böhlau S. 24 fg., Buengner S. 72 fg.) oder, wie Andere es ausgedrückt haben (v. Schröter S. 309—313, Busch XXIII und XLVI, v. Buttel S. 66 fg., Schöman S. 133 fg.), aus der Thatsache der Erzeugung (vgl. [21]). M. E. ist die zweite Auffassung unhaltbar. Der Schluß von dem Beischlaf auf Vaterschaft oder Erzeugung ist anerkanntermaßen kein nothwendiger Schluß: warum soll er hier gemacht werden? Man meint: daß der Concumbent wirklich der Vater sei, ist sicher, sobald es sicher ist, daß die Mutter mit einem anderen Manne sich nicht in geschlechtliche Verbindung eingelassen habe; dieß wird aber stillschweigend angenommen, bis der in Anspruch Genommene das Gegentheil bewiesen hat. Aber warum soll es stillschweigend angenommen werden? Trägt man in den gewohnheitsrlichen Satz nichts hinein, was er nicht enthält, so kommt man nicht weiter, als dahin: der Concumbent haftet als möglicher Vater. Und wenn gefragt wird, wie kommt das R. hier dazu, die Möglichkeit der Wirklichkeit gleichzustellen? so ist die Antwort diese: weil der Concumbent eine unerlaubte Handlung begangen hat. In diesem Sinne ist der Delictsstandpunkt anzuerkennen. — Gegen diese Auffassung haben sich ausgesprochen Emminghaus a. a. O., Brinz 1. Aufl. S. 1296. 2. Aufl.

Digitized by Google

bindlichkeit wird auch dadurch nicht ausgeschlossen, daß die Mutter sich in der gleichen Zeit mit mehreren Männern in geschlechtliche Verbindung eingelassen hat[19]; diese Mehreren haften solidarisch[20]. Mit

III S. 779, Buengner S. 74 fg. Die Sache ist doch sehr einfach: kein Delict ist die Erzeugung des Kindes (wie kann man sagen, daß der Vater gegen das Kind durch Hervorrufung seiner Existenz ein Delict begehe?), aber Delict ist der Beischlaf mit der Mutter. Daß das einfache stuprum heutzutage nicht mehr unter öffentlicher Strafe steht, ist gleichgültig: denn Delict ist jede Handlung, welche das R. zu dem Ende besonders verboten hat, um an die Uebertretung des Verbots eine dem Thäter nachtheilige Folge zu knüpfen. Die nachtheilige Folge ist hier, daß der Concumbent die Verpflichtungen eines wirklichen Vaters tragen muß, obgleich er nur möglicher Vater ist. Vielleicht könnte man auch im Sinne des r. R. sagen, er hafte, wenn nicht ex delicto, doch quasi ex delicto, „utique peccasse aliquid videtur" (pr. I. 4, 5). — Böhlau a. a. O. (namentlich S. 27[28]) gibt zu, daß der Concumbent nur möglicherweise Vater sei. Aber, meint er, über die Möglichkeit der Vaterschaft komme man überhaupt nicht hinaus; zur rlichen Wirklichkeit werde diese Möglichkeit bei der ehelichen Zeugung nur durch positiven Rsatz; hier, wo dieser positive Rsatz ausfalle, bleibe nichts übrig, als jede Möglichkeit für Wirklichkeit zu nehmen. Darauf ist zu antworten: warum soll überhaupt hier eine Wirklichkeit angenommen werden, wo nur eine Möglichkeit vorliegt? Bei der ehelichen Zeugung gelangt das R. zur Annahme einer Wirklichkeit auf Grund des Zutrauens zur ehelichen Treue, bei der unehelichen Zeugung muß das andere x gesucht werden, welches das R. bewegt, den möglichen Vater als wirklichen zu behandeln.

[19] Sie alle sind mögliche Väter. Die zweite der vorhin erwähnten Auffassungen führt umgekehrt dazu, die s. g. exceptio plurium concumbentium (constupratorum) als zulässig anzuerkennen, und daher keinen der Concumbenten haften zu lassen, wie dieß wirklich thun Gett S. 142 fg. und die das. Citirten, Busch theor.-prakt. Darstellung ꝛc. S. 325. Themis S. 189. 190. Arch. XXIII S. 228 fg., Heerwart XIV S 447 fg., v. Preuschen a. a. O., Buengner S. 113 fg. Nur Schröter hat es versucht, auch von dieser Auffassung aus die Unzulässigkeit der genannten Einrede zu rechtfertigen; aber der Trugschluß, welchen er dabei macht (S. 313) liegt auf der Hand (s. dawider auch Busch Arch. XXIII S. 229 fg.). S. auch Köppen System des Erbr. S. 173. — Eine wunderliche Modification der Zulässigkeitstheorie (Busch theoret.-prakt. Darstellung ꝛc. S. 245 fg.) ist die, daß ein Anspruch gegen die mehreren Concumbenten doch wieder im Falle der Unvermöglichkeit der Mutter begründet sei (actio in factum ex lege Aquilia, weil jeder Concumbent das Kind in die Lage versetzt habe, die Paternitätsklage nicht geltend machen zu können, — dawider Heerwart XIV S. 450 fg., (vgl. auch Schöman S. 134.). Auch die Meinung ist aufgestellt worden, daß von den mehreren Concumbenten derjenige hafte, dessen Beischlaf der Zeit nach mit der Niederkunft der Mutter am besten zusammentreffe. Waldeck Controversenentscheidungen des OAG. zu Wolfenbüttel I S. 191—207; dawider Busch in dem Aufsatz in der Themis. — Gegen die Zulässigkeit der exc. plurium concumbentium, zum Theil mit Berufung auf den gemeinrlichen Gerichtsgebrauch: Sf. IV. 51, IX. 167, X. 171, XVI. 17, XXXV. 27, ferner ein Plenarbeschluß des OAG. zu München vom 23. Juni 1841, Reg.-Bl. von 1841 Nr. 33 S. 636—640; dafür Sf. XVIII. 253 (welches Erk. sich aber vielleicht auf den Deflorationsanspruch bezieht, wie

Digitized by Google

dem Manne haften nicht auch seine Ascendenten[21], wohl dagegen seine Erben nach der für Delictsansprüche geltenden Regel[22]. Daß der Mann Ehemann ist, schließt seine Verbindlichkeit nicht aus[23], wohl, daß die Mutter Ehefrau ist[24], es müßte denn in diesem letzteren Fall die Nichterzeugung durch den Ehemann feststehen[25].

---

gewiß VII. 183), XXXII. 281, XXXVII. 314. Ueber die Behandlung dieser Einrede in der Particulargesetzgebung s. Busch XLVI S. 219 fg.; über die Verhandlungen des dritten deutschen Juristentages in Betreff derselben, das. II S. 223 fg.

[20] Die Meinung, daß die mehreren Concumbenten jeder pro rata haften, läßt sich in keiner Weise rechtfertigen.

[21] Das Gegentheil müssen diejenigen annehmen, welche den Vaterschaftsstandpunkt festhalten; doch geschieht es nicht immer, s. Glück S. 221 fg., Gett S. 97—99, Vangerow a. a. O. Nr. 6, Buengner S. 91 fg. Der bezeichneten Consequenz glauben diejenigen entgehen zu können, welche die Alimentationsverpflichtung nicht auf die Vaterschaft (Verwandtschaft), sondern auf die Thatsache der Erzeugung gründen. „Als ob man nicht eben durch die Erzeugung der Vater und also verwandt würde"! (Keller Pand. S. 783.) Vgl. auch Holzschuher a. a. O. Nr. 2 und III S. 1096. 1097. Gegen die Verbindlichkeit der Ascendenten: Sf. III. 175. IV. 50; für dieselbe XXII. 241. Vgl. auch XXX. 222.

[22] Also mit Beschränkung auf die Kräfte der Erbschaft. — Der Uebergang der Obligation auf die Erben des Concumbenten scheint in der Praxis nie bestritten worden zu sein. Busch XXIII S. 222. 223 und dazu Heerwart ZS. XVII S. 331. 334. Holzschuher a. a. O. Nr. 26 und III S. 1094. Sf. XI. 42, XIX. 47. Buchka und Budde Entsch. des OAG. zu Rostock II S. 219 fg, S. freilich auch RG. XXIV S. 155 fg. Das Argument, welches sich daraus gegen die Vaterschaftstheorie ergibt, liegt auf der Hand (vgl. übrigens Köppen System des Erbrechts S. 173). Der Uebergang wird aber eben auf Grund der Vaterschaftstheorie geleugnet von Heerwart XIV S. 441 und XVII S. 335, Vangerow Nr. 3, Buengner S. 137 fg., während die Erzeugungstheorie sich auch gegen diese Consequenz gedeckt glaubt, Schröter S. 312.

[23] Das r. R., welches den adulterini und den incestuosi allen Alimentationsanspruch versagt (Nov. 74 c. 6, Nov. 89 c. 15), ist durch Gewohnheitsr. auch in dieser Beziehung überwunden worden. Vgl. die oben citirten Aufsätze von Spangenberg, Kaucher, Duntze, Schröter; auch Holzschuher Nr. 4, Buengner S. 83 fg. Sf. XXVII. 38, vgl. VII. 49.

[24] Die Ansicht, daß der Concumbent schlechthin hafte, wird namentlich von Schröter a. a. O. verfochten. Aber das von einer Ehefrau geborene Kind hat, auch wenn der Ehebruch der Mutter nachgewiesen ist, rlich zum Vater den Ehemann derselben (I § 56 b [2]), und das R. kann nicht den Einen als wirklichen Vater anerkennen und daneben einen Andern als möglichen Vater behandeln. S. auch Heerwart Arch. XVII S. 86 fg., Vangerow Nr. 2, Buengner S. 85 fg. Die Ansicht von Schröter liegt dem Urtheil bei Sf. IV. 234 zu Grunde, vgl. auch XVII. 50; dawider das. II. 186. 296, VI. 46, X. 54 (V. 176), XXXIV. 87, Buchka und Budde Entscheidungen ꝛc. III. 38. [Sf. LIV. 23.]

[25] Fernere Fragen. 1) Haftet auch der unzurechnungsfähige Concumbent? Nach der hier vertretenen Auffassung: nein. A. M. Heerwart XIV S. 438, Vangerow Nr. 5, Buengner S. 122; Sf. VI. 47, XII. 162. 2) Kann der

Digitized by Google

Geschwister haben einen Alimentationsanspruch gegen einander nicht[26]. Ueber den Alimentationsanspruch zwischen Ehegatten s. die Lehre von der Ehe[27].

[Das BGB. gewährt, wie das gemeine Recht, gesetzlichen Unterhaltsanspruch nur zwischen Verwandten grader Linie (1601, vgl. zu [3a. 4]) nicht unter Geschwistern (vgl. zu [26]).

1. Wie bisher (zu [7]) ist unterhaltsberechtigt nur wer außer Stande ist, sich selbst zu unterhalten. (1602 Abs. 1). Nur minderjährige unverheirathete Kinder können von den Eltern Unterhalt verlangen, auch wenn sie Vermögen haben, insoweit die Einkünfte desselben und der Ertrag ihrer Arbeit zum Unterhalt nicht ausreicht. Sie müssen also nicht ihr Kapital angreifen (1602 Abs. 2). Verheiratheten Kindern ist der gleiche Vorzug versagt, weil sie aus dem engeren Familienverbande ausgeschieden sind (Mot. IV S. 682 fg.).

2. Unterhaltspflichtig ist nicht (vgl. zu [6]) wer bei Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen außer Stande ist, ohne Gefährdung seines standesmäßigen Unterhalts den Unterhalt zu gewähren.

Concumbent seiner Verpflichtung auch dadurch genügen, daß er sich erbietet, das Kind bei sich aufzuziehen? Nein; denn er ist nicht Vater und kann nicht verlangen, daß die Mutter sich von dem Kinde trenne. Für diese Entscheidung Kämmerer in der Themis II S. 202 fg., Busch XXIII S. 235 fg., Buttel S. 70, Buengner S. 130 fg., Sf. IV. 230. XII. 163, XXVII. 32; a. M. Gett S. 116, Heerwart XIV S. 442 fg. und ZS. XVII S. 343 fg., Fabricius Jahrb. d. gem. R. VI S. 365 fg. Vgl. auch Holzschuher a. a. O. Nr. 9. 10 und III S. 1094. 1095. Ebensowenig kann der Concumbent sich seiner Verpflichtung durch Anbieten der Ehe mit der Mutter entziehen: Sf. XXXV. 28. 3) Welches R. entscheidet, das R. des Ortes des vollzogenen Beischlafs oder das R. des Wohnortes des Concumbenten? Läßt man überhaupt für Delictsobligationen das R. des Delictsortes maßgebend sein (vgl. I § 35 [8]), so muß man auch hier für die erste Alternative entscheiden ([22]). Vgl. Holzschuher Nr. 27, Stobbe I § 34 [32b] fg., Roth I § 51 [82] fg. und die das. Citirten, Martin APraktRW. N. F. V S. 244 fg., Buengner S. 81 fg. Sf. XIV. 196 und die das. citirten Urtheile; ferner XIX. 212, XXII. 1, XXIV. 103, XXX. 222, XXXI. 1. 196, XXXII. 3. 4) Umfang der Alimentationsverbindlichkeit: Gett S. 107 fg. 110 fg., Holzschuher Nr. 10a. 14, Buengner S. 125 fg.; Sf. VI. 203, X. 53, XI. 245, XII. 35, XXV. 132. 5) Zeitliche Grenze: Gett S. 114 fg., Holzschuher Nr. 8, Buengner S. 134 fg. Sf. I. 228, VII. 49, XI. 41; VI. 202. XII. 273, XVII. 250, XXI. 238, XXIV. 243, XLI. 107. Buchka und Budde Entscheidungen ꝛc. V S. 297. 298. 6) Klage der Mutter: Holzschuher Nr. 5; Sf. II. 55, IV. 49, XI. 43, XVII. 49. 50, XXXII. 49, XXXIV. 125. 7) Verhältniß der Verhaftung der Mutter zu der des Concumbenten: Buengner S. 95 fg. 8) Beweis: Sf. VI. 201, XVII. 247. [S. noch Sf. XLIX. 95.]

[26] Man (namentlich Thibaut Versuche I. 12) hat es behauptet wegen l. 4 D. 27, 2, l. 1 § 2 D. 27, 3 in Verbindung mit l. 12 § 3. l. 13 § 2 D. 26, 7. S. dagegen Müller ACPra. XIII S. 234 fg., Vangerow I § 260 Anm. 2, Mandry S. 248 fg., Buengner S. 171 fg. Vgl. Holzschuher a. a. O. Nr. 3 und III S. 1096. Sf. XXIX. 31. 242.

[27] § 491 [2] § 493 [3].

Digitized by Google

(1603 Abs. 1). Unverheirathete minderjährige Kinder sind aber auch in dieser Beziehung bevorzugt. Die Eltern sind im Falle des § 1603 Abs. 1 verpflichtet, alle verfügbaren Mittel zu ihrem und der Kinder Unterhalte gleichmäßig zu verwenden. Diese Steigerung der Unterhaltspflicht der Eltern wird aber auch dann ausgeschlossen, wenn der Unterhalt des Kindes aus seinem Stammvermögen bestritten werden kann; sie ist ferner ausgeschlossen, wenn ein anderer unterhaltspflichtiger Verwandter für das Kind vorhanden ist (1603 Abs. 2). Bei der Bemessung der Leistungsfähigkeit des Pflichtigen bleibt die gesetzliche ehemännliche und elterliche Nutznießung an seinem Vermögen außer Ansatz (1604 Abs. 1. 1605). — Gütergemeinschaften: 1604 Abs. 2.

3. Die Reihenfolge der Pflichtigen bestimmt sich so: Es haften Abkömmlinge vor den Ascendenten; sind mehrere Abkömmlinge in Frage, so haften sie in der Reihenfolge und mit dem Theilungsmaßstab der gesetzlichen Erbfolge. Solidarische Haftung mehrerer auf gleicher Stufe Stehender (zu [13a]) ist nicht anerkannt (1606 Abs. 1). Unter den Ascendenten haftet der Vater vor der Mutter; nur wenn diese die Nutznießung am Kindesvermögen hat (1684 Abs. 1 Ziff. 2, auch Ziff. 1 im Falle der Todeserklärung; 1685 Abs. 2) haftet sie vor dem Vater; sonst haften die Ascendenten in der Reihenfolge des Stammbaumes aufwärts; gleichstehende zu gleichen Theilen (1606 Abs. 2). Soweit ein an sich Pflichtiger wegen Unvermögens nach § 1603 nicht pflichtig ist, hat der nach ihm Haftende den Unterhalt zu gewähren (1607 Abs. 1). Der nach ihm Haftende ist derjenige, welcher statt seiner auch dann haften würde, wenn er nicht lebte. Danach fällt die Last bei Unvermögen eines Ascendenten zunächst auf den Gleichstehenden. Bei Unvermögen eines Sohnes, der Kinder hat, trifft die Last zunächst nicht seine Geschwister, sondern seine nach der Erbfolgeordnung ihn ersetzenden Kinder. In derselben Weise trifft die Haftung die gleichstehenden oder ferneren Pflichtigen, wenn die Rechtsverfolgung gegen einen Verwandten im Inlande ausgeschlossen oder erheblich erschwert ist (1607 Abs. 2).

Ist die Haftung des Näherstehenden gemäß § 1603 ausgeschlossen, so hat natürlich der statt seiner Eintretende keinerlei Rückgriff gegen ihn. Wer dagegen für den früher Haftenden gemäß § 1607 Abs. 2 leistet, erwirbt dafür den Unterhaltsanspruch des von ihm Unterhaltenen, soweit die Befriedigung desselben geht. Soweit dieß nicht der Fall ist, geht der dem Unterhaltsberechtigten verbliebene Theil des Anspruchs dem auf den Befriediger übergegangenen Theil desselben vor (1607 Abs. 2 S. 2. 3). Da nun aber nach § 1613 für die Vergangenheit Erfüllung des Unterhaltsanspruchs oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung nur verlangt werden kann von der Zeit an, zu welcher der Verpflichtete in Verzug gekommen oder gegen ihn Rechtshängigkeit eingetreten ist, so kann auch auf den Befriediger nicht mehr Recht übergehen. Was er geleistet hat für eine im Augenblick seiner Leistung zukünftige Zeit, ist doch, wenn er später an den Regreßpflichtigen herantritt, soviel die Zwischenzeit angeht, für die Vergangenheit geleistet und kann von dem Regreßnehmer dem Regreßpflichtigen nur abgefordert werden, wenn die Voraussetzungen des § 1613 vorliegen. Ist daher der Nächstverpflichtete nicht schon im Verzuge oder Rechtshängigkeit gegen ihn begründet, so wird der Befriediger wohl daran thun, ihn baldigst, nöthigenfalls nach § 132 Abs. 2, zu mahnen oder Rechtshängigkeit gegen ihn herbeizuführen. Was der Befriediger

Digitized by Google

für eine im Augenblick der Leistung bereits vergangene Zeit leistet, war der Nächstverpflichtete nur schuldig, wenn für jene Zeit die Voraussetzungen des § 1613 bereits vorlagen; also kann auch nur unter diesen Voraussehungen ein Anspruch auf den Befriediger übergehen. Der § 1607 Abs. 2 schließt einen selbständigen Regreß des Befriedigers, insbesondere nach den Grundsätzen von der Geschäftsführung ohne Auftrag, nicht aus. Daß fremde Geschäfte durch Berichtigung einer Unterhaltsschuld geführt werden können, zeigt 679 a. E. Der Anspruch aus der freiwilligen Geschäftsführung auf Ersatz berichtigter Alimente ist zwar von den besonderen Voraussetzungen des § 1613 unabhängig, setzt aber auch seinerseits voraus, daß das Geleistete von dem Geschäftsherrn wirklich geschuldet wird. Aus Befriedigung für eine bei der Leistung vergangene Zeit entspringt daher auch die Geschäftsführungsklage nicht, wenn der Nächstverpflichtete nicht gemahnt war. Was dagegen für die auf die Leistung folgende Zeit entrichtet ist, kann später mit der Geschäftsführungsklage auch für die Zwischenzeit gefordert werden, ohne daß inmittels Mahnung erfolgt sein muß. Der Zweck des § 1613: der Unterhaltspflichtige soll nicht haften für eine Zeit, für welche er keine Gelegenheit hatte, seine eigene Lebenshaltung nach der Unterhaltsschuld einzurichten, wird aber hier durch BGB. 681 erreicht. Der Befriediger muß die Befriedigung, sobald thunlich, dem Geschäftsherrn anzeigen, und bei Verletzung dieser Pflicht kann der Geschäftsherr die verpflichtende Kraft der Geschäftsführung als einer nicht seinem Interesse gemäß vorgenommenen bestreiten. Ferner aber kommt in Betracht, daß ein Anspruch des Befriedigers nach den Grundsätzen der Geschäftsführung nicht begründet ist, wenn er bei der Befriedigung nicht die Absicht hatte, Ersatz zu verlangen (685 Abs. 1), also namentlich nicht, wenn er leistet, als sei er selbst der Nächstverpflichtete, indem er von der Verpflichtung des Vorgehenden nichts weiß; dann steht auch 687 Abs. 1 dem Anspruch aus der Geschäftsführung entgegen. Die fragliche Einschränkung gilt jedoch für die Geltendmachung des nach § 1617 auf den Befriediger übergegangenen Anspruchs nicht (Vgl. Prot. des II. Comm. S. 5844 fg.)

Die Verwandten haften im Allgemeinen hinter dem Ehegatten (1608 S. 1). In Betreff des Unterhalts der Frau ergibt dieß schon 1360 Abs. 1 in Verbindung mit 1602 Abs. 1; die Frau, welche Unterhaltsanspruch gegen den Mann hat, unterhält sich den Verwandten gegenüber aus eigenem Vermögen. Der Mann dagegen hat Unterhaltsanspruch gegen die Frau wie gegen die Verwandten nur, wenn er sich nicht selbst unterhalten kann (1360 Abs. 2). Hier also ist die Vorschrift, daß die Haftung der Frau derjenigen der Verwandten vorgeht, von selbständiger Bedeutung. Vgl. Mot. IV S. 689.) Die Haftung des Mannes wie diejenige der Frau treten aber hinter die Haftung der Verwandten zurück, soweit der Ehegatte bei Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen nicht im Stande ist, ohne Gefährdung seines standesmäßigen Unterhalts den Unterhalt zu gewähren (1608 Abs. 1 S. 2). Ist die Rechtsverfolgung gegen den zunächsthaftenden Ehegatten im Inlande ausgeschlossen oder wesentlich erschwert, so haften die Verwandten mit den Maßgaben des § 1607 Abs. 2. Haften die Verwandten vor dem Ehegatten und liegt jene Voraussetzung bei dem nächsthaftenden Verwandten vor, so kommt nicht der Ehegatte, sondern zunächst die übrigen Verwandten an die Reihe, da der Gatte hinter allen Verwandten haften soll. (1608 Abs. 1 S. 3.) — S. noch 1608 Abs. 2. 1578 fg.

Digitized by Google

4. Sind mehrere Bedürftige vorhanden und ist der Pflichtige außer Stande, allen Unterhalt zu gewähren, so findet die Rangfolge des § 1609 statt.

5. Es ist standesmäßiger Unterhalt zu gewähren (1610 Abs. 1; vgl. zu [9]), bei Erziehungsbedürftigen einschließlich der Erziehungskosten und der Kosten der Vorbildung für einen Beruf (1610 Abs. 2; vgl. [11. 12]). Wer indessen durch sein sittliches Verschulden unterhaltsbedürftig geworden ist, kann nur den nothdürftigen Unterhalt verlangen (1611 Abs. 1). Dasselbe gilt, wenn der Berechtigte sich einer Verfehlung schuldig macht, die den Verpflichteten zur Entziehung des Pflichttheils berechtigt oder (bei ferneren Ascendenten) berechtigen würde (nach Maßgabe der Entziehung des Elternpflichttheils) (1611 Abs. 2). Für die hiernach eintretende Beschränkung des Anspruchs kann der Berechtigte nicht bei anderen Pflichtigen Ersatz suchen (1611 Abs. 3). Dagegen gibt es keine Fälle, in denen der Unterhaltsanspruch wegen Unwürdigkeit ganz verwirkt würde (vgl. zu [8]).

6. Der Unterhalt ist im Allgemeinen als Geldrente vierteljährig im Voraus zu entrichten. Hat der Berechtigte den Beginn eines Vierteljahres erlebt, so gebührt ihm der Betrag für das ganze Vierteljahr (1612 Abs. 1 S. 1. Abs. 3. 760). Aus besonderen Gründen kann aber der Pflichtige verlangen, daß ihm die Gewährung des Unterhalts in anderer Art gestattet werde. (1612 Abs. 1 S. 2). Eltern, welche unverheirathete Kinder zu unterhalten haben, können, auch wenn die Kinder volljährig sind, die Art und die Zeitabschnitte der Unterhaltsleistung selbst bestimmen, vorbehältlich der Abänderung ihrer Bestimmung durch das Vormundschaftsgericht (1612 Abs. 2).

7. Für die Vergangenheit (vgl. [10]) kann nach § 1613 der Unterhalt nur gefordert werden, wenn entweder der Verpflichtete in Verzug gekommen oder Rechtshängigkeit eingetreten war. Letztere genügt, auch wenn sie Verzug wegen § 285 nicht begründet. Bei außergerichtlicher Mahnung dagegen bleibt der Anspruch für die Vergangenheit ausgeschlossen, wenn die Mahnung nicht wahren Verzug herbeiführt (vgl. die abweichende Fassung in § 1427 Abs. 2 S. 2!).

8. Die Vorausleistung (1614 Abs. 2) wirkt befreiend auch einer erneut eintretenden Dürftigkeit gegenüber in dem Normalfall der Geldrente auf drei Monate; wird der Unterhalt in anderer Art geleistet, auf die der Beschaffenheit und dem Zweck der Leistungen entsprechende Zeit (vgl. 760 Abs. 2). Für Eltern im Verhältniß zu unverheiratheten Kindern gilt ohne Rücksicht auf die Art der Leistung, daß sie für einen den Umständen nach angemessenen Zeitabschnitt befreit. Es kann also, auch wenn eine Correctur der elterlichen Bestimmung durch das Vormundschaftsgericht nicht erfolgt ist, mit Rücksicht auf die unangemessene Länge des Zeitraumes, für welchen die Vorausleistung erfolgt war, erneute Leistung begehrt werden.

9. Verzicht für die Zukunft ist ausgeschlossen (1614 Abs. 1), nur auf geschuldete Rückstände kann verzichtet werden.

10. Der Anspruch erlischt mit dem Tode des Berechtigten oder des Verpflichteten, soweit es sich um künftig fällig werdende Leistungen handelt. Geschuldete Rückstände und fällig gewordene Leistungen auch für die Zeit nach dem Tode (der Beginn eines Vierteljahres wurde erlebt!) können auch durch die Erben gefordert und gegen sie geltend gemacht werden. Beim Tode des Berechtigten haftet der Pflichtige für die Beerdigungskosten hinter dem Erben (1615).

Digitized by Google

II. Das uneheliche Kind hat Unterhaltsanspruch gegen Mutter und mütterliche Ascendenten wie das eheliche (1705, vgl. zu [14]), ferner gegen seinen Vater (vgl. 1717).

1. Die exceptio plurium (vgl. [19]) hat das BGB. angenommen (1717 Abs. 1 S. 1); sie fällt nur fort, wenn zu Gunsten des anderen Beischläfers die Voraussetzungen des § 1717 Abs. 1 S. 2 vorliegen, sowie dann, wenn der Vater seine Vaterschaft nach der Geburt des Kindes in einer öffentlichen Urkunde anerkannt hat (1718).

2. Der Unterhalt umfaßt nach BGB. den gesammten Lebensbedarf nach der Lebensstellung der Mutter, einschließlich der Erziehungs- und Vorbildungskosten bis zur Vollendung des 16. Lebensjahres (1708 Abs. 1. 2). Insoweit kommt es auf die Leistungsfähigkeit des Vaters und die Bedürftigkeit des Kindes überall nicht an. Vom 16. Lebensjahre ab dagegen schuldet der Vater den Unterhalt nur unter der doppelten Voraussetzung, daß das Kind in Folge körperlicher oder geistiger Gebrechen, welche schon zur Zeit der Vollendung des 16. Lebensjahres vorliegen, außer Stande ist, sich selbst zu unterhalten, und daß nicht dem Vater der Einwand eigenen Bedarfs nach Maßgabe des § 1603 Abs. 1 zur Seite steht (1708 Abs. 3). Ist das Kind vermögend genug, um sich selbst zu unterhalten, so haben diejenigen Gebrechen, welche ein vermögensloses Kind hindern würden, sich selbst zu unterhalten, diese Folge nicht, und der Unterhaltsanspruch ist daher nicht gegeben. Die Reichstagscommission (Ber. S. 157 [Heymann]) wollte nur arme Kinder durch den § 1708 Abs. 3 schützen.

3. Der Vater haftet vor Mutter und mütterlichen Verwandten. Unterhält die Mutter oder ein unterhaltspflichtiger mütterlicher Verwandter das Kind, so geht dessen Anspruch auf den Befriediger wie im Falle des § 1607 Abs. 2 über (1709). Die Mutter kann also nicht ohne Weiteres den Unterhaltsanspruch des Kindes geltend machen (vgl. [25] unter 6), sondern sie kann ihn nur als den ihrigen erheben, nachdem sie ihn erworben hat.

4. Der Unterhalt ist schlechthin in Geldrente zu leisten (1710 Abs. 1). Erbieten zu anderweitiger Unterhaltung, wie in § 1617 Abs. 1 S. 2, steht dem Vater nicht zu. Die Rente ist wie sonst dreimonatig im Voraus zu zahlen und zwar für ein Vierteljahr, dessen Beginn das Kind erlebte, ganz (1710 Abs. 2 S. 1. Abs. 3). Vorausleistung für mehr als ein Vierteljahr befreit den Vater nie (1710 Abs. 2 S. 2). Er kann wiederholt in Anspruch genommen werden ohne den Beweis erneuter Dürftigkeit des Kindes (vgl. anders 1614 Abs. 2). Kann er aber beweisen, daß das Kind den Geldbetrag, der auf die Zeit entfällt, für welche die erneute Forderung gestellt wird, noch hat, so muß damit die erneute Forderung geschlagen werden. Ist die Zeit, für welche die Vorausleistung erfolgte, inzwischen vergangen, so kann das Kind an sich auch für die nunmehr vergangene Zeit den Unterhalt erneut verlangen (1711). Hier aber wird der Vater doch den (von ihm zu erweisenden) Einwand geltend machen können, daß in jener Zeit von dem Gezahlten der Unterhalt bestritten worden ist. Die Absicht des § 1710 Abs. 2 S. 2 kann nur sein, daß das Kind unbedingt dasjenige zum zweiten Male fordern kann, was den Unterhaltszweck nicht erfüllt hat.

5. Der Unterhalt kann ohne die Schranken des § 1613 auch für die Vergangenheit gefordert werden (1711).

Digitized by Google

6. Der Unterhaltsanspruch erlischt nicht mit dem Tode des Vaters. Die Verpflichtung geht vielmehr auf seine Erben über (vgl. zu [22]); sie tritt zu Lasten der Erben ein, wenn der Vater vor der Geburt des Kindes stirbt (1712 Abs. 1). Jedoch können die Erben das Kind mit einer dem Pflichttheil eines ehelichen Kindes entsprechenden Summe abfinden (1712 Abs. 2). Die Ascendenten des Vaters haften nicht (vgl. zu [21]).

7. Bei dem Tode des Kindes gelten dieselben Sätze, wie bei der Unterhaltspflicht unter Verwandten (1713, vgl. 1615).

8. Verzicht ist hier auch für die Zukunft zulässig, jedoch nur als entgeltlicher; ein Abfindungsvertrag bedarf der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts (1714). — Vgl. noch 1715. 1716.]

V. Haftung für Verbindlichkeiten Anderer.

A. Bürgschaft*.

1. Begriff und Abschluß.

§ 476.

Die Bürgschaft hat den gleichen Zweck, wie die Verpfändung: einem Gläubiger Sicherheit zu verschaffen für die Befriedigung seiner Forderung. In der Verpfändung wird dieser Zweck dadurch erreicht, daß an die Forderung eine Sache gebunden wird, durch deren Verwerthung der Gläubiger sich selbst Befriedigung verschaffen kann; in der Bürgschaft wird der bezeichnete Zweck dadurch erreicht, daß dem Gläubiger ein zweiter Schuldner gegeben wird, an welchen er sich halten kann, wenn er von seinem eigentlichen Schuldner, dem Hauptschuldner, nicht befriedigt wird. Im Uebrigen kann der Bürgschaftsvertrag einen verschiedenen Inhalt haben. 1) Der Bürge nimmt die Verbindlichkeit des Hauptschuldners auf sich; er begründet nicht eine neue Verbindlichkeit für sich, sondern erstreckt die Verbindlichkeit des Hauptschuldners auf sich, so daß er neben demselben Coreal-

* Inst. 3, 20 de fideiussoribus. Dig. 46, 1 Cod. 8, 40 [41] de fideiussoribus et mandatoribus. — Kritz Pandektenr. Thl. I Bd. 1 S. 115—239 (1835), Liebe im Rlex. V S. 512—525 (1844). Girtanner die Bürgschaft nach gemeinem Civilr. (1850. 1851). Hasenbalg die Bürgschaft des gemeinen R. (1870). (Darüber: Baron kr. VJS. XVI S. 31—46.) Unterholzner II S. 801—849. Vangerow III § 578. 579. Sintenis II S. 826—837. Brinz 2. Aufl. II § 255—257. Dernburg II § 76—82. Hasenöhrl Oesterr. Obligationenr. II § 80. [Corsi la fidejussione considerata nei rapporti del codice civile coi principii del diritto romano etc. 3. ed. Bol. 1893. Geib zur Dogmatik des röm. Bürgschaftsr. Tüb. 1894. Hauptsächlich über das Verhältniß der Obligation des fideiussor zu der des Hauptschuldners (S. 11—143). S. auch Pernice Sav.-ZS. XIX S. 126 fg. 179 fg. (1898).]

Digitized by Google

schuldner wird. 2) Der Bürge begründet für sich eine besondere Verbindlichkeit, aber auf eine Leistung, welche zum Inhalt die Erfüllung der Verbindlichkeit des Hauptschuldners hat; er macht sich neben demselben zum (bloßen) Solidarschuldner. 3) Der Bürge begründet für sich eine besondere Verbindlichkeit auf eine Leistung, welche zum Inhalt nicht die Erfüllung der Verbindlichkeit des Hauptschuldners hat, sondern den Ersatz des Schadens, welcher dem Gläubiger durch Nichterfüllung der Verbindlichkeit des Hauptschuldners erwachsen werde. Das römische Recht hat für jede dieser Willensrichtungen eine besondere Vertragsform ausgebildet, und stellt jede dieser Vertragsformen unter ihre besonderen Regeln. Der ersten Willensrichtung entspricht die fideiussio[1], der zweiten das constitutum[2], der dritten das mandatum[3]. Auch im heutigen Recht ist es nicht ausgeschlossen, daß die Vertragschließenden einen dieser Wege zur Erreichung des Bürgschaftszweckes mit Abweisung der übrigen erwählen und als gewollt unzweifelhaft bezeichnen; aber die Regel wird dieß nicht sein. Regelmäßig werden sie sich darauf beschränken, nur im Allgemeinen den

[1] Die fideiussio wurde durch Stipulation mit Gebrauch des Wortes fideiubere § 476. („idem fide tua esse iubes"?) geschlossen. Im classischen R. dienten dem gleichen Zweck noch zwei andere Stipulationsformen, die sponsio („idem dare spondes"?) und die fidepromissio („idem fidepromittis"?), für welche auch in mannigfacher Beziehung besonderes R. galt; im Justinianischen R. sind dieselben verschwunden. Vgl. mit Gai. III, 115—127 den Titel der Institutionen de fideiussoribus. Girtanner S. 4—46, Bekker proc. Consumption S. 182—207, Hasenbalg S. 3—26. Wo in der Justinianischen Compilation das Wort spondere vorkommt, geht es auf die (Stipulations-) Bürgschaft überhaupt; vgl. § 1. 3. 4. 8 I. 3, 26, l. 26 C. 8, 40 [41]. Girtanner S. 102—105. [Geib (*). Desticker des conditions de formation du contrat de fidéjussion. Th. de Lille 1891. La Fonta de l'adpromissio. Th. de Paris 1893.]

[2] Das s. g. constitutum debiti alieni. Dasselbe bedurfte, wie jedes constitutum, der Stipulationsform nicht. Vgl. über das constitutum überhaupt oben § 284; über die Anwendung desselben auf fremde Schulden l. 2. l. 5 § 2—4 l. 26—28 D. 13, 5. Zimmern in seinen und Neustetels römisch-rlichen Untersuchungen S. 255 fg., Girtanner S. 47—59, Bruns ZS. f. RGesch. I S. 97—101, Hasenbalg S. 744 fg. [Geib S. 180 fg.]

[3] Das s. g. mandatum qualificatum. S. § 412, 2 und speciell Note [19. 20]; Zimmern in dem in der vorigen Note citirten Aufsatz, Girtanner S. 60—72. [Rothenberg der Creditauftrag. Beurtheilung des § 680 der E. e. BGB. f. d. deutsche Reich nebst Abänderungs- und Ergänzungsvorschlägen. ACPra. LXXVII S. 323 fg. 1891. Oesterley über das mandatum qualificatum. Gött. Diss. (1890/1891). Sokolowski die Mandatsbürgschaft nach röm. u. gemeinem R. Halle 1891 (dazu H. Krüger kr. VJS. XXXIV S. 534 fg.) Geib S. 149 fg. Babeau du mandatum pecuniae credendae. Th. de Paris 1893. Courtray idem. Th. de Paris 1895.]

Digitized by Google

Bürgschaftswillen, mit oder ohne Gebrauch des Wortes Bürgschaft[3a], auszudrücken. In diesem Falle nun darf 1) nicht angenommen werden, daß die Vertragschließenden einen bloßen Schadloshaltungsvertrag gewollt haben[4]; 2) was den Gegensatz zwischen fideiussio und constitutum angeht, so ist zu sagen, daß das Bewußtsein der Vertragschließenden für diesen Gegensatz im Zweifel unempfindlich ist[5]; wo sich aber ein Bedürfniß ergibt, zwischen dem Recht der fideiussio und dem des constitutum zu unterscheiden, ist das erstere, nicht das letztere zur Anwendung zu bringen[6.7].

Geschlossen wird der Bürgschaftsvertrag durch die Erklärung des Vertragswillens; einer Form bedarf diese Erklärung nicht[7a]. Untersagt ist die Bürgschaft den Frauen[8]; für gewisse Verpflichtungen den Soldaten und Geistlichen[9].

[3a] Vgl. Sf. XXXII. 9, XXXVI. 39.

[4] Die Intention der Vertragschließenden ist im Zweifel darauf gerichtet, daß der Bürge schuldig werden solle, was der Hauptschuldner schuldig ist, daß der Bürge verpflichtet werden solle, statt des Hauptschuldners zu leisten. Sf. XXXVII. 25.

[5] Die Vertragschließenden wissen sehr genau, daß der Bürge verpflichtet werden soll, eine Verbindlichkeit zu erfüllen, die ihm materiell eine fremde ist; aber sie würden wohl regelmäßig sehr in Verlegenheit kommen, wenn sie Antwort auf die Frage geben sollten, ob sie wollen, daß diese Verbindlichkeit als solche auf den Bürgen übergehen solle, oder ob sie wollen, daß für denselben eine besondere Verbindlichkeit zur Erfüllung der Verbindlichkeit des Hauptschuldners entstehen solle.

[6] Und zwar deßwegen, weil die fideiussio den Bürgschaftswillen, d. h. den Willen, nur zur Sicherheit des Gläubigers zu haften, am reinsten und unmittelbarsten zum Ausdruck bringt. Die fideiussio als solche enthält den Ausdruck des Bürgschaftswillens, nicht aber enthält den Ausdruck des Bürgschaftswillens das constitutum als solches; das constitutum kann auch in dem Sinne gemacht werden, daß die Verpflichtung, die fremde Verpflichtung zu erfüllen, schlechthin übernommen wird. RG. X S. 186.

[7] Ueber die verschiedenen Ansichten in Betreff der heutigen Bedeutung der römischen Unterscheidung zwischen den verschiedenen Bürgschaftsformen s. Girtanner S. 163 fg. 373 fg., Hasenbalg S. 817 fg., Liebe S. 515 fg., Vangerow III § 579 a. E., Sintenis Anm. 36, Arndts § 353, Samhaber Correalobligg. S. 173 fg., Bruns ZS. f. RGesch. I S. 97 fg. v. Holtz. Encycl. I § 69, Brinz S. 194 fg. 202, Dernburg II § 76. 77.

[7a] Stillschweigende Annahme durch den Gläubiger: Sf. LIV. 79. Verbürgung durch Mitunterschrift eines Schuldscheins. Sf. LII. 238.]

[8] Durch das SC. Velleianum, welches sich aber nicht bloß auf Bürgschaften bezieht. S. darüber § 485 fg.

[9] Soldaten sollen nicht Bürgen werden für Pacht- und Miethverträge, l. 31 C. 4, 65; Geistliche sollen nicht Bürgen werden für Pachtungen von Gütern oder öffentlichen Gefällen, für Verwaltungen, für Führung fremder Processe. Nov. 123 c. 6, vgl. c. 29 C. 6 qu. 1, c. 1 X 3, 22. Jedoch ist die heutige Anwend-

Digitized by Google

[Im BGB. ist der Sinn des Bürgschaftsvertrages einheitlich dahin aufgefaßt: der Bürge verpflichtet sich gegenüber dem Gläubiger eines Dritten, für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Dritten einzustehen (765 Abs. 1). Es ist schriftliche Ertheilung des Bürgschaftsversprechens erforderlich; aber der Mangel der Form wird durch Leistung geheilt (766). Die Sätze zu [8] und [9] bestehen nicht mehr. Ueber den Creditauftrag (BGB. 778) s. ob. S. 764.]

2. Verpflichtung des Bürgen.

a. Im Allgemeinen.

§ 477.

Die Verpflichtung des Bürgen steht unter freiem richterlichen Ermessen; im Folgenden sind nur die Hauptpunkte angegeben[1].

[Vgl. BGB. 242.]

1. Der Bürge ist nicht schuldig, wenn der Hauptschuldner nicht schuldig ist[1a].

a. Besteht von allem Anfang an eine Verbindlichkeit für den Hauptschuldner nicht, während der Bürge das Bestehen einer solchen irrigerweise angenommen hat, so wird auch der Bürge nicht verpflichtet[2]. Ist die Bürgschaft für eine künftige Verbindlichkeit über-

barkeit dieser Bestimmung nicht allgemein anerkannt. Entschieden unanwendbar ist die Bestimmung in Betreff der curiales in l. 30 C. 4, 65. Vgl. Girtanner S. 143 fg. 283 fg. 368 fg., Hasenbalg S. 224 fg. — Auf Grund von l. 1. 2 C. 5, 10 wird auch wohl ein Verbot der Bürgschaft für Restitution einer Dos behauptet; jene Stellen handeln aber nur von dem R., Bürgschaft zu verlangen. Glück XXVII S. 231, Girtanner S. 144, Hasenbalg S. 112 fg.

[1] Der Bürgschaftsvertrag ist nach heutigem R. bonae fidei contractus in dem Sinne, in welchem es bei den Römern Kauf, Miethe ꝛc. war. D. h. die Parteien bezeichnen in demselben nur im Allgemeinen ihre Intention; sie legen aber nicht im Besonderen auseinander, was dieser Intention gemäß ist. Sf. XXIII. 29. § 477.

[[1a] Zum Folgenden: Köttgen Zulässigkeit der Bürgschaft ohne Hauptschuld. Erl. Diss. 1896. Eigenthümlicher Fall der Verbürgung für mehrere Gläubiger zusammen: RG. XXXV S. 290 fg. Verbürgung ohne Bestimmung des Gläubigers: Sf. LI. 177. Anders wenn der Gläubiger bestimmt ist und statt seiner ein anderer creditirt: Sf. XLVIII. 261. Bürgschaft für eine Wechselverbindlichkeit, Verhältniß zu den Indossataren des Wechsels: RG. XLI S. 170 fg., vgl. Sf. LII. 239. — Selbständige Cession der Bürgschaftsforderung: Sf. LIII. 149.]

[2] L. 16 pr. l. 29. l. 37. l. 47 pr. l. 56 pr. § 2. l. 70 § 4 D. 46, 1 l. 1 § 1. 6. 8 D. 13, 5. Wie sich zu den zuerst genannten Stellen l. 25 D. 46, 1 verhalte, bleibt dunkel. Vgl. Girtanner S. 20—26, Hasenbalg S. 93—99. Ubbelohde in Grünh. ZS. IV S. 684, Dernburg II § 78[4]. — Irrthum über den Grund der Schuld schadet nicht. Sf. V. 20. Ebensowenig schadet der Irrthum über die Person des Gläubigers; wohl der über die Person des Schuldners. Sf. III. 169, IV. 225; III. 168, VII. 19. 50. 51. Vgl.

Digitized by Google

nommen[3], so entsteht für den Bürgen eine Verbindlichkeit nur dann, wenn für den Hauptschuldner eine entsteht[3a]. Die Verbindlichkeit des Hauptschuldners braucht aber, um den Bürgen haftbar zu machen, keine juristische zu sein[4]; wenngleich nicht eine jede natürliche Verbindlichkeit hinreicht[5]. Von der anderen Seite haftet der Bürge nicht nur dann nicht, wenn die Hauptschuld an und für sich nicht besteht, sondern auch dann nicht, wenn sie durch eine Einrede entkräftet ist: die Einreden des Hauptschuldners stehen auch dem Bürgen zu[6]. Doch läßt dieser letztere Satz Ausnahmen zu[7]. Wo aber auch immer nach den hier aufgestellten Regeln der Bürge haftet, ohne daß der Hauptschuldner in Anspruch genommen werden kann[8], haftet er doch in dem Falle nicht, wo er einen Rückgriff gegen den Hauptschuldner hat,

---

Girtanner S. 334, Hasenbalg S. 31 fg. Beweis des Irrthums: Sf. II. 181. Beweis der Schuld durch Anerkenntniß des Hauptschuldners? Sf. II. 185, XV. 23, XVII. 35, XXII. 143, XXV. 108. — Convalescenz der Hauptschuld, vgl. Hasenbalg S. 121 fg.

[3] Was zulässig ist, l. 6 § 2 D. 46, 1, l. 2 C. 4, 18; vgl. Girtanner S. 105 fg, Bruns ZS. f. RGesch. I S. 71. 89, Hasenbalg S. 101 fg.

[3a] L. 6 § 2 cit.

[4] L. 6 § 2. l. 7. l. 16 § 3 D. 46, 1, § 1 I. 3, 20, l. 1 § 7 D. 13, 5. Hasenbalg S. 143 fg.

[5] S. § 288 [4], § 289. Vgl. Hasenbalg S. 151 fg. Sf. XX. 130.

[6] L. 19 D. 44, 1, l. 32 D. 41, 1 (zu den Worten: „et quidem invito reo" vgl. Sf. IX. 290 [II. 185]), § 4 I. 4, 14; l. 7 § 1 D. 44, 1, l. 15 pr. l. 49 pr. D. 46, 1, l. 14 § 6 D. 4, 2, l. 16 § 1 D. 16, 1, l. 4. 5 D. 16, 2, l. 12 C. 4, 30; l. 3 § 1 D. 13, 5. Die Einreden des Hauptschuldners stehen dem Bürgen als solchem zu, unabhängig davon, ob er einen Rückgriff gegen den Hauptschuldner hat, oder nicht. Doch sind die Ansichten über diesen Punkt getheilt. Vgl. Girtanner S. 40 fg. 384 fg., Vangerow § 578 Anm. 2 Nr. II. 2, Hasenbalg S. 295 fg., Baron S. 43, Mandry Familiengüterr. I S. 477 fg., Brinz II § 255 [27], Gradenwitz Ungültigkeit obligatorischer Rgeschäfte S. 274 fg. [Vgl. für das heutige R. Geib S. 178 fg. — Strube Inwiefern stehen die Einreden des Hauptschuldners dem Bürgen zu? Erl. Diss. 1895.]

[7] L. 7 pr. D. 44, 1 sagt (mit unmittelbarer Beziehung auf den Bürgen): „exceptiones, quae personae cuiusque cohaerent, non transeunt ad alios". Aber welche Einreden sind exceptiones personae cohaerentes? Die citirte Stelle nennt als Beispiel die Einrede aus dem s. g. beneficium competentiae (§ 268 [8]). Diese Einrede steht aber dem Bürgen schon deßwegen nicht zu, weil sie sich nicht sowohl auf die Schuld, als vielmehr auf die Vollstreckbarkeit der selben bezieht (§ 268 [11]). Die sonst in den Quellen noch genannten Fälle von Einreden, welche auf den Bürgen nicht übergehen, setzen spätere Entstehung der Einrede voraus. S. Note [15]. Mitteis Jahrb. für Dogm. XXVIII S. 140 fg.

[8] Also a) wenn der Hauptschuldner nur natürlich verpflichtet ist ([4]); b) wenn dem Hauptschuldner eine Einrede zusteht, welche der Bürge nicht entgegensetzen kann ([7]). S. jedoch in Betreff des letzteren Falles die folgende Note.

Digitized by Google

so daß seine Leistung auf den Hauptschuldner zurückfallen würde[9]. — Kennt der Bürge die Ungültigkeit der Verbindlichkeit, für welche er sich verbürgt, so kann er sich auf ihre Ungültigkeit nicht berufen[10.11].

b. Wird die Verbindlichkeit des Hauptschuldners hinterher aufgehoben[11a], so hört auch die Verbindlichkeit des Bürgen auf[12]. In

[9] L. 9 § 3 D. 14, 6. Andere sehen in dieser Stelle einen Beweis für die Behauptung, daß der Bürge sich der Einreden des Hauptschuldners überhaupt nur im Falle eines begründeten Rückgriffsr. bedienen könne (6). — Bei dem aufgestellten Satz wird jedoch vorausgesetzt, daß das R. wirklich den Schuldner auch gegen indirecte Nöthigung zur Zahlung schützen will. Es ist aber zuzusehen, ob nicht das R., indem es dem Bürgen eine dem Hauptschuldner zustehende Einrede versagt, dem Bürgen damit auch den an und für sich begründeten Regreß gegen den Hauptschuldner abspricht. Dieß ist ohne Zweifel gerade bei der in Note [7] genannten Einrede aus dem beneficium competentiae der Fall, arg. l. 58 § 1 D. 17, 1.

[10] In diesem Sinne heißt es in l. 37 D. 46, 1: — „*erroris* fideiussio nulla est". Doch ist es sehr zweifelhaft, ob gerade die fideiussio nach r. R. auch dann gültig war, wenn sie für eine nichtige Verbindlichkeit in Kenntniß ihrer Nichtigkeit übernommen wurde. Vgl. l. 11 D. 46, 1. l. 18 D. 14, 6. Jedenfalls war sie gültig für eine durch Einrede entkräftete Verbindlichkeit; und auch die Verhaftung für eine nichtige Verbindlichkeit konnte unzweifelhaft wirksam durch mandatum übernommen werden. Vgl. l. 13 pr. D. 4, 4, l. 12 § 13 D. 17, 1. Heutzutage ist eine für eine nichtige Verbindlichkeit wissentlich übernommene Bürgschaft aufzufassen als Versprechen der Schadloshaltung für den Fall, daß der als verpflichtet Bezeichnete die Leistung, zu welcher er rlich nicht verbunden ist, nicht freiwillig machen sollte. Vgl. Arndts § 352[2], Bruns in v. Holtz. Encycl. I S. 342 (406. 433. 448), Hasenbalg S. 99 fg. 117 fg., Brinz II § 255[23. 24. 31.], Stammler ACPra. LXIX S. 38 fg.

[11] Abgesehen von dem Falle, wo die Ungültigkeit auf einem Verbot beruht (Sf. XXX. 245: Spielschuld) und vorbehaltlich an und für sich auch hier des Falles, wo die Leistung des Bürgen auf den Hauptschuldner zurückfallen würde. Jedoch ist in letzterer Beziehung auch hier zu erwägen: a) ob nicht das R. gegen eine indirecte Nöthigung des Schuldners zur Zahlung nichts zu erinnern hat; b) ob nicht nach Lage der Umstände eher dem Bürgen der Regreß gegen den Hauptschuldner zu entziehen ist, als dem Gläubiger sein Forderungsr. gegen den Bürgen; es wird dieß dann das Zutreffende sein, wenn den Gläubiger beim Geschäfte kein Vorwurf trifft. Vgl. mit l. 9 § 3 D. 14, 6 (welche Stelle zwischen Wissen und Nichtwissen des Bürgen nicht unterscheidet) l. 12 § 13 D. 17, 1. Und endlich ist c) zu erwägen, ob nicht in der Bestellung der Bürgschaft durch den Hauptschuldner eine gültige Bestätigung der Hauptschuld gefunden werden muß; wie z. B. wenn der Gezwungene nach Aufhören des Zwanges einen Bürgen gibt. [Vgl. für das heutige R. Geib S. 143 fg. 177 fg.]

[11a] Hasenbalg S. 632 fg. 798 fg.

[12] L. 43 D. 46, 3, l. 60 D. 46, 1. — Galt diese Regel auch für das constitutum debiti alieni? Für das constitutum als solches nicht; denn das constitutum als solches geht auf die Leistung dessen, was der Andere jetzt (zur Zeit des constitutum) schuldig ist. L. 18 § 1 D. 13, 5. Der Untergang der

Digitized by Google

Betreff des Näheren gelten die gleichen Grundsätze wie im vorigen Fall. Also: 1) es macht keinen Unterschied, ob die Verbindlichkeit des Hauptschuldners direct aufgehoben wird[13] oder ob nur eine Einrede gegen dieselbe begründet wird[14], obgleich es auch hier Einreden gibt, welche ausnahmsweise dem Bürgen nicht zustehen[15]. 2) Für die Fortdauer der Verbindlichkeit des Bürgen reicht die Fortdauer einer natürlichen Verbindlichkeit in der Person des Hauptschuldners hin[16]. 3) Wenn auch der Bürge an und für sich fortfährt zu haften, so kann er sich auf die Befreiung des Hauptschuldners doch in dem Falle berufen, wo seine Leistung auf den Hauptschuldner zurückfallen würde[17].

Hauptschuld befreit hier den accessorischen Schuldner nur nach den für die (bloße) Solidarobligation geltenden Regeln (§ 284 [4. 5]). Es konnte aber ohne allen Zweifel das constitutum auch gerichtet werden auf dasjenige, was der Hauptschuldner schuldig ist und bleiben wird. Ein Erfüllungsversprechen dieser letzteren Art ist das Bürgschaftsversprechen, wenn es Erfüllungsversprechen ist, gewiß.

[13] Die Quellen nennen speciell außer der Erfüllung: Novation (l. 4 C. 8, 40 [41]) und Confusion (l. 21 § 3. l. 71 pr. D. 46, 1, l. 38 § 5 D. 46, 3). [Kein Einfluß nachträglicher Vereinbarungen zwischen Gläubiger und Hauptschuldner über die Verrechnung der geleisteten Zahlung: Sf. XLVIII. 28.]

[14] Die Quellen nennen speciell die exc. iurisiurandi (l. 28 § 1 D. 12, 2, l. 7 § 1 D. 44, 1) und die exc. pacti (l. 21 § 5 D. 2, 14, l. 29 pr. D. 17, 1, l. 5 pr. D. 34, 3, l. 7 § 1 D. cit.; über l. 62 und l. 27 § 2 D. 2, 14 s. Bangerow S. 154. 155 [7. Aufl. S. 138. 139]; Sf. II. 185). Einrede aus der liberatio legata, vgl. mit l. 2 pr. D. 34, 3 l. 49 pr. D. 46, 1. In Betreff der Wiedereinsetzung s. [18] und Hasenbalg S. 356 fg. — Die Unterbrechung der Verjährung der Hauptschuld wirkt auch gegen den Bürgen, wie umgekehrt. S. § 295 [11]. Hasenbalg S. 291 fg. Sf. XIV. 31. [Einrede des Bürgen aus Verjährung der Hauptschuld: RG. XXXIV S. 153 fg.]

[15] So die Einrede aus dem pactum de non petendo in personam, l. 22 D. 2, 14, l. 5 pr. D. 34, 3 (für welche Einrede sich jedoch nach neuestem und heutigem R. das benef. excussionis geltend macht, § 478 [6]). Ferner die Einrede aus dem erzwungenen Nachlaßvertrag, l. 58 § 1 D. 17, 1, welcher Einrede die Einrede aus einem erzwungenen Stundungsvertrag (und aus einem dem Schuldner auf Grund des früheren gem. R. ertheilten Moratorium) gleichzustellen ist (§ 275 [2. 3].) [RO 178, jetzt 193. Sf. XLIX. 250.]; die Einrede aus dem beneficium competentiae ([7], vgl. § 267, 1. 3. 5). Die Einrede aus der cessio bonorum, welche § 4 I. 4, 14 ebenfalls hierher rechnet, hat heutzutage keine Bedeutung mehr (§ 266).

[16] L. 60 D. 46, 1. A. M. Hasenbalg S. 345 fg.

[17] L. 32 D. 2, 14. Sf. XXXII. 235. Es sind aber auch hier die in Note [9] bezeichneten Maßgaben hinzuzufügen. Daß dem Bürgen mit der Einrede des Hauptschuldners auch der Regreß gegen den Hauptschuldner versagt werde, ist bei sämmtlichen in Note [15] genannten Einreden, mit Ausnahme der aus dem pactum de non petendo in personam, nach und arg. l. 58 § 1 D. 17, 1 anzunehmen.

Digitized by Google

4) Der Wegfall der Verbindlichkeit des Hauptschuldners thut der Verbindlichkeit des Bürgen keinen Eintrag, wenn der Bürge sich gerade mit Rücksicht auf den möglichen, nun eingetretenen Fall des Wegfalles derselben verbürgt hat[18]. — Eine besondere Vorschrift enthält das römische Recht für den Fall, wo der Bürge durch seine Schuld die Erfüllung der Verbindlichkeit des Hauptschuldners unmöglich macht; hier wird der Hauptschuldner befreit, und der Bürge fährt fort zu haften[19.20].

---

[18] Im Speciellen heißt es in den Quellen, daß die dem minderjährigen Hauptschuldner ertheilte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand dem Bürgen nicht zu Gute komme, wenn derselbe sich gerade mit Rücksicht auf die Minderjährigkeit des Hauptschuldners verbürgt habe. S. I § 120 [18]. Vgl. übrigens auch Brinz II § 255 [38]. [Geib S. 137 fg.]

[19] Es macht sich hier eine allmälige Entwickelung des r. R. bemerklich. Zuerst wurde der Regel gemäß gesagt, daß der Bürge von der Bürgschaftsverpflichtung frei werde, aber aus seinem dolus hafte; dann wurde die Bürgschaftsklage gegen ihn als utilis, und zuletzt schlechthin gegeben. Alle diese Auffassungen sind in den Quellen vertreten. S. l. 19 D. 4, 3; l. 32 § 5 D. 22, 1, l. 38 § 4 D. 46, 3; l. 95 § 1 D. eod., l. 88. l. 91 § 4 D. 45, 1. [Geib S. 98 fg. will nicht gelten lassen, daß hier eine Ausnahme von der accessorischen Natur der Bürgschaft vorliege. Es sei nur relativ, im Verhältniß zum Hauptschuldner, die Hauptschuld untergegangen. In Ansehung des fideiussor werde die Hauptschuld als noch bestehend in Rechnung gezogen. Aber ist dieß keine Fiction, (gegen deren Annahme sich Geib S. 100 fg. wehrt)?]

[20] Eine eigenthümliche Ansicht über die Fortdauer der Verbindlichkeit des Bürgen nach Wegfall der Verbindlichkeit des Hauptschuldners hat Girtanner S. 80 fg. 480 fg. 495 fg. aufgestellt. Nach dieser Ansicht soll der Schuldner nur befreit werden: 1) durch diejenigen in der Person des Hauptschuldners eintretenden Befreiungsgründe, welche auch seinen Correalschuldner befreien; 2) durch Confusion; 3) die in der Person des Hauptschuldners entstehenden Einreden sollen dem Bürgen nur insofern zu Gute kommen, als er einen Rückgriff gegen den Hauptschuldner habe (vgl. Note [6]). Girtanner beruft sich für diese Theorie auf l. 18 § 1 D. 13, 5, s. darüber Note [12]; auf die Möglichkeit der Fortdauer der Verpflichtung des Bürgen nach einer dem Hauptschuldner ertheilten Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, s. darüber Note [18]; auf l. 32 D. 2, 14, welche von einem pactum de non petendo in personam zu verstehen ist, vgl. l. 7 § 1 D. 44, 1; auf die zur Note [19] erwähnte Bestimmung, welche offenbar den Charakter einer Ausnahmebestimmung hat, und nur der auch sonst begründeten Verhaftung des Bürgen einen neuen Ausdruck gibt; endlich auf die Fortdauer der Verhaftung des Bürgen bei capitis diminutio und unbeerbtem Tod des Schuldners (l. 5 pr. D. 2, 8, l. 1 C. 8. 40 [41], l. 1 § 14 D. 16, 3, l. 95 § 1 D. 46, 3), in welchen Fällen eine Verhaftung, wenn auch nicht des Schuldners, doch des Vermögens fortdauert (l. 2 pr. D. 4, 5, vgl. l. 22 D. 46, 1). Gegen Girtanner s. Vangerow § 578 Anm. 2, Sintenis Anm. [39], Arndts § 357 Anm. 3, und was die Einreden angeht Hasenbalg S. 296 fg., welcher im Uebrigen im Princip mit Girtanner einverstanden ist (S. 633 fg). Vgl. noch Unger Jahrb. f. Dogm. X S. 21 [24], Schwanert Naturalobligat. S. 397 fg.

Digitized by Google

[1. Das BGB. bemerkt zur Vermeidung von Mißverständnissen (Mot. II S. 659) ausdrücklich (765 Abs. 2), daß die Bürgschaft auch für eine künftige und eine bedingte Verbindlichkeit übernommen werden kann. Daß der Bürge in diesem Falle erst zu der gleichen Zeit oder nur unter derselben Bedingung verpflichtet wird, wie der Hauptschuldner (zu [3. 3a]), folgt aus § 765 Abs. 1. 767 Abs. 1 S. 1.

2. Der Möglichkeit einer Bürgschaft für eine naturalis obligatio (zu [4. 5. 16]) gedenkt das BGB. nicht, weil es diesen Begriff nicht anerkennt (vgl. ob. S. 171 fg.). Es ist bei denjenigen Erscheinungen, welche man hierherstellen kann, vielmehr einzeln zu untersuchen, wie eine Verbürgung wirkt. Für eine verjährte Schuld kann gültig ein Bürge eintreten (vgl. 222 Abs. 2). In den Fällen der §§ 656. 762 (763. 764) ist die Bürgschaft nichtig, weil die Hauptschuld nichtig ist, nicht nur, wenn der Bürge sich unmittelbar für eine Schuld an Ehemakellohn, eine Spielschuld, Differenzschuld verbürgt, sondern auch, wenn er sich für eine zum Zwecke der Erfüllung einer solchen Schuld vom Hauptschuldner eingegangene Verbindlichkeit verbürgt. Die Leistung seitens des Bürgen wird aber ebensowenig wie die des Hauptschuldners wegen dieser Nichtigkeit zurückgefordert werden können. Das Gleiche gilt bei der Verbürgung für ein der vorgeschriebenen Form entbehrendes Schenkungsversprechen (518), und bei der Afterverbürgung für einen formlos eingetretenen Bürgen (766). Hat sich Jemand für eine Verbindlichkeit verbürgt, deren Zweck ein unsittlicher oder unerlaubter ist (817), so hat er Einrede und Rückforderungsrecht in Bezug auf sein Versprechen, wie der Hauptschuldner, selbst dann, wenn er an der Unsittlichkeit betheiligt ist. Was der Bürge dagegen zur realen Erfüllung geleistet hat, kann er dann nicht zurückfordern, wenn ihn selbst der Vorwurf einer Unsittlichkeit oder Verbotswidrigkeit trifft. Ist der leistende Bürge vorwurfsfrei und nur der Hauptschuldner an der Unsittlichkeit oder Verbotswidrigkeit betheiligt, so wird man dem Bürgen die Condiction nach § 817 nicht versagen können.

3. Dem Bürgen stehen, gleichviel ob von Anfang an oder später begründet, sämmtliche Einreden des Hauptschuldners zu (768) und selbstverständlich auch sämmtliche Einwendungen desselben, die nicht Einreden sind (vgl. zu [6 fg. 11a fg.]). Letzteres folgt auch aus § 767 Abs. 1 S. 1. Dem Bürgen kommt daher auch der Erlaß der Hauptschuld immer zu statten. Er kann sich auf die Rechtskraft des zu Gunsten des Hauptschuldners gegen den Gläubiger gesprochenen Urtheils berufen und die Verjährung der Hauptschuld geltend machen, während bei dem Gesammtschuldner das alles anders liegt (423. 425). Der Bürge verliert eine Einrede nicht dadurch, daß der Hauptschuldner auf sie verzichtet (768 Abs. 2). Dasselbe muß von den Einwendungen gelten; dies ergibt sich auch aus § 767 Abs. 1 S. 2. Nicht hat der Bürge Einreden aus der beschränkten Haftung des Erben des Hauptschuldners (768 Abs. 1 S. 2); bestehen bleibt, daß der Bürge auf den Zwangsvergleich des Hauptschuldners sich nicht berufen kann (KO. 178, jetzt 193, vgl. [15]). Daß dem Bürgen eine Einrede oder Einwendung versagt würde zur Vermeidung seines Rückgriffs gegen den Hauptschuldner (zu [8. 9. 17]), kommt nicht vor.

4. Eine besondere aufschiebende Einrede hat der Bürge aus der Existenz eines Anfechtungs- oder Aufrechnungsrechts des Hauptschuldners (vgl. ob. S. 440 fg. unter 3). Diese Einrede besteht nur solange, wie jene Rechte des

Digitized by Google

Hauptschuldners. Sie kann also auch durch Verzicht des Hauptschuldners auf Anfechtungsrecht oder Aufrechnungsrecht vernichtet werden. Jedoch steht, wenn die Anfechtbarkeit wegen Betruges oder Zwangs begründet war, gemäß § 853 neben dem Anfechtungsrecht eine selbständige Einrede des Hauptschuldners und diese kann dem Bürgen durch Verzicht des Hauptschuldners nicht genommen werden (768 Abs. 2).

5. Weiß der Bürge bei der Verbürgung, daß der angebliche Schuldner nicht verpflichtet ist, oder Einreden hat (vgl. zu [10. 11]), so kommt eine Verbindlichkeit des Bürgen jedenfalls nicht als wirksame Bürgschaft zu standen. Der Bürge kann, wenn er arglistig dem Gläubiger die ihm bekannten Mängel verschweigt, aus unerlaubter Handlung in Anspruch genommen werden auf Ersatz des Schadens, den der Gläubiger durch das falsche Vertrauen auf die Gültigkeit der Bürgschaft erleidet (negatives Interesse). Wenn in beiderseitiger Kenntniß von den Mängeln der Hauptschuld über dieselbe ein als Bürgschaft bezeichneter Vertrag geschlossen wird, so garantirt der sg. Bürge, daß der Hauptschuldner die Leistung machen werde, obwohl er dazu nicht verpflichtet ist (vgl. [10]). Einem solchen Vertrage steht an sich nichts im Wege; er ist aber keine Bürgschaft und dieß ist namentlich nach einer Seite wichtig. Die Bürgschaft bedarf dem Gläubiger gegenüber keines besonderen Rechtsgrundes. Ihre causa ist die Sicherung der existirenden Hauptschuld. Wie der Bürge dazu kommt, sich für den Hauptschulder zu verbürgen, geht den Gläubiger nichts an. Jener Garantievertrag aber bedarf eines Rechtsgrundes zwischen Gläubiger und Versprechenden, und der Letztere hat bei dessen Mangel Einrede und Rückforderung nach den gewöhnlichen Grundsätzen (812 fg. 821). Deßgleichen kann der Bürge als Bürge nur haften, solange die Hauptschuld besteht. Uebernimmt er die Forthaftung für einen Fall des Untergangs der Hauptschuld (zu [18]), so ist insoweit nicht Bürgschaft gegeben, und das Versprechen bedarf insoweit, wie im vorigen Falle, der besonderen causa.

6. Macht der Bürge dem Hauptschuldner die Leistung fahrlässig unmöglich, und geht dadurch, wie regelmäßig der Fall, die Hauptschuld unter, so erlischt an sich nach BGB. auch die Bürgschaft. Denn das Gegentheil hätte der Bestimmung bedurft und ist absichtlich nicht bestimmt (vgl. Mot. II S. 666). Nach der Ansicht der Mot. a. a. O. soll der Bürge aus unerlaubter Handlung haften; soweit aber diese Sätze nicht reichen, soll die Wissenschaft beantworten, ob der Bürge wegen Verletzung seiner Vertragspflichten haftet. M. E. haftet der Bürge im Fragefalle immer gemäß § 823 Abs. 1, weil er fahrlässig das Recht des Gläubigers gegen den Hauptschuldner zerstört hat und der Schadensersatz, den er zu leisten hat, läuft nach § 249 darauf hinaus, daß er die Hauptschuld erfüllen oder vielmehr wegen deren Nichterfüllung vollen Ersatz leisten muß. Daß der Bürge zugleich gegen seine Vertragspflichten verstoßen hat, und seine Haftung auch hierauf gestützt werden kann, scheint unbedenklich bejaht werden zu müssen. Wichtig ist dieß wegen der längeren Verjährungsfrist.]

2. Der Bürge ist nicht Mehr schuldig, als der Hauptschuldner schuldig ist; er ist nicht unter härteren Modalitäten[21] schuldig als

[21] Bedingung, Befristung, Leistungsort, andere Nebenbestimmungen, namentlich in Betreff des Wahlres bei alternativen Obligationen. Vgl. § 5 I. 3, 20.

Digitized by Google

der Hauptschuldner schuldig ist. Wird das Gegentheil ausdrücklich ausgemacht, so liegt, so weit die dem Bürgen auferlegte Leistung die dem Hauptschuldner obliegende übersteigt, keine Bürgschaft vor[22]; es kann aber der weiter gehende Wille der Parteien aufrecht erhalten werden als Schenkungsversprechen, Entschädigungsversprechen, Schuldübernahme[23]. — Uebernimmt der Bürge nicht eine schwerere, sondern nur eine andere Leistung, so ist wirklich Bürgschaft vorhanden, aber mit Hinzufügung eines Vertrages über Leistung an Erfüllungsstatt[24].

3. Der Bürge ist nicht Weniger schuldig, als der Hauptschuldner schuldig ist; er ist nicht unter leichteren Modalitäten schuldig, als der Hauptschuldner schuldig ist. Doch kann das Gegentheil ausgemacht

---

(„Non solum enim in quantitate, sed etiam in tempore minus aut plus intellegitur") und § 33 I. 4, 6 („plus autem quatuor modis petitur: re tempore, loco et causa"). L. 8 D. 13, 4. [Erfüllungsort und Erfüllungszeit selbständig nach dem Bürgschaftsvertrage zu prüfen: RG. XXXIV S. 15 fg.]

[22] Nach r. R. war die fideiussio in duriorem causam ganz nichtig, während das constitutum abweichende Modalitäten der Leistung wohl vertrug, und wenn es auf ein Mehr ging, bloß auf das Maß der Verbindlichkeit des Hauptschuldners herabgesetzt wurde. L. 8 § 7—10. l. 16 § 1. 2. 5. l. 34. l. 70 pr. § 1 D. 46, 1, § 5 I. 3, 20, Gai. III, 126; l. 1 § 8. l. 11 § 1. l. 12. l. 19 pr. l. 3 § 2. l. 4. l. 5 pr. l. 25 pr. D. 13, 5. Nach heutigem R. kann die theilweise Gültigkeit der Bürgschaft in duriorem causam nicht bezweifelt werden, und wird auch nicht bezweifelt. Die Schriftsteller sind aber nicht einverstanden darüber, wie dieses heutige R. zu rechtfertigen sei. Die Einen sagen, die römische Bestimmung über die fideiussio gelte deßwegen nicht für uns, weil sie ihren Grund gehabt habe in der Strenge, mit welcher man die Stipulationsformel geglaubt habe interpretiren zu müssen; nach der Meinung der Anderen ist eine Bürgschaft der bezeichneten Art als constitutum debiti alieni aufzufassen. Zu dem oben (§ 476 [5. 6]) Gesagten stimmt nur die erste Auffassung. Vgl. Girtanner S. 31—39. 170 fg., Vangerow § 578 Anm. 1, Samhaber Correalobligat. S. 174. 175, Hasenbalg S. 179 fg. 760 fg. 854 fg. 865.

[23] Es entscheidet der Wille der Parteien und nicht der Ausdruck. Wer erklärt, für eine bedingte Schuld unbedingt bürgen zu wollen, schenkt dem Gläubiger für den Fall des Ausfalles der Bedingung. Wer erklärt, daß er sich für eine Schuld von 100 auf 150 verbürge, verbürgt sich wirklich auf 100, und verspricht außerdem dem Gläubiger 50 als Ersatz für den ihm durch das Ausbleiben der Leistung des Schuldners erwachsenden Schaden. Wer erklärt, er verbürge sich für eine in einem Jahre fällige Schuld in der Weise, daß er sie in einem Monat zahlen wolle, verbürgt sich gar nicht, sondern übernimmt einfach die Leistung einer Schuld.

[24] Nach r. R. war die fideiussio in diesem Fall ebenfalls nichtig (l. 42. l. 8 § 8. l. 38 pr. l. 70 § 2 D. 46, 1), nicht das constitutum (l. 1 § 5 D. 13, 5). Vgl. Girtanner S. 28 fg. 170 fg. 377 fg., Hasenbalg S. 160 fg. 758 fg. 850 fg. 865.

Digitized by Google

werden[25]. Erleidet die Hauptschuld eine Aenderung, oder erhält sie einen Zuwachs, so haftet der Bürge auch dafür[26]. Für selbständige[27] Nebenverbindlichkeiten der Hauptschuld haftet der Bürge an und für sich nicht[28]; doch kann die Verhaftung dafür auch stillschweigend übernommen werden[29].

[1. Nach dem BGB. ist für die Verpflichtung des Bürgen der jeweilige Bestand der Hauptverbindlichkeit maßgebend, möge sie sich mehren oder mindern. Nur für eine durch Rechtsgeschäft von dem Hauptschuldner nach Abschluß des Bürgschaftsvertrags herbeigeführte Erweiterung der Hauptschuld haftet der Bürge nicht. (767 Abs. 1 S. 1. 3), was auch für das gemeine Recht zutrifft. Im Uebrigen ist besonders hervorgehoben (vgl. [26]), daß die Haftung des Bürgen je nach dem Bestande der Hauptschuld auch gilt, wenn die Verbindlichkeit des Hauptschuldners durch seinen Verzug oder sein Verschulden sich ändert (anders beim Gesammtschuldverhältniß [425 Abs. 2]), und daß der Bürge

[25] Auch bei der römischen fideiussio, l. 8 § 7. l. 34. l. 6 § 1. l. 9. l. 68 § 1 D. 46, 1. Vgl. Hasenbalg S. 235 fg. [Theilbeschränkung: RG. XXXV S. 290 fg., Sf. XLVII. 26.]

[26] Aenderung: z. B. durch verschuldete Herbeiführung der Unmöglichkeit der Erfüllung, l. 58 § 1 D. 46, 1, l. 49. l. 88. l. 91 § 4 D. 45, 1. [Der Hauptschuldner geräth in Concurs, seine Schuld gilt als fällig (KO. 58 [65]; Wirkung zu Lasten des Bürgen? Bejaht aus muthmaßlichem Willen: RG. XXXV S. 290 fg. 293. An sich nicht so: RG. III S. 356 fg.] Zuwachs z. B. durch Verzugszinsen, l. 24 § 1 D. 22, 1, l. 54 pr. D. 19, 2, l. 10 D. 46, 6, l. 3 § 1 [l. 2 § 12] D. 50, 8, l. 5 C. 4, 54; l. 68 § 1 D. 46, 1. [vgl. Sf. XLVIII. 180]. Proceßkosten: Sf. III. 325, XX. 226. Sf. XLVI. 188 [LI. 177]. — In Betreff der Verzugszinsen sind a. M. Wolf Mora S. 207 fg., Madai Mora S. 419 fg., Hasenbalg S. 267 fg., welche den Bürgen nur dann für Verzugszinsen haften lassen, wenn er ausdrücklich erklärt habe, daß er sich für das gesammte Schuldverhältniß verbürge. Für das römische, nicht für das heutige R. theilen diese Meinung Girtanner S. 411 fg, Kniep Mora I S. 250 fg. Es kommt darauf an, ob die fideiussio in omnem causam, von welcher die Quellen reden, von einer ausdrücklich erstreckten, oder von einer nicht ausdrücklich beschränkten fideiussio zu verstehen ist. Ich sehe keinen Grund, welcher zu der erstgenannten Interpretation nöthigte. Vgl. l. 3 § 1 [l. 2 § 12] D. cit.: — „nisi proprie quid in persona eorum verbis obligationis expressum est". L. 56 § 2. D. 46, 1.: — „si in omnem enim causam acceptus videtur, quae ex ea numeratione nasci potest". Für die hier vertretene Meinung auch Holzschuher III § 311 Nr. 5. Vgl. auch M. Cohn die s. g. actio de eo quod certo loco S. 172 fg. Sf. I. 213, III. 325, XX. 226. Zu der citirten l. 54 pr. D. 19, 2 vgl. noch l. 17 § 7 D. 22, 1, l. 21 § 1 D. 50, 1, l. nn. C. 11, 39 [38].

[27] D. h.: der Hauptschuld gegenüber eine besondere Obligation ausmachende.

[28] So namentlich nicht für versprochene Zinsen und Conventionalstrafen. L. 10 C. 8, 40 [41], l. 9 [8] C. 4, 26; vgl. l. 68 pr. D. 41, 1. Girtanner S. 387 fg., Hasenbalg S. 249 fg. [vgl. Sf. XLVIII. 180].

[29] Vgl. Sf. IV. 44 XIV. 30. [S. auch LI. 177].

Digitized by Google

auch für die von dem Hauptschuldner zu ersetzenden Kosten der Kündigung und der Rechtsverfolgung haftet (767 Abs. 1 S. 2. Abs. 2). Für die Kosten der Kündigung sollte nach der Auffassung der Motive (II S. 665) der Bürge nicht haften, weil es sich um eine rechtsgeschäftliche Erweiterung der Hauptschuld handle (aber doch nicht um eine solche durch Rechtsgeschäft des Hauptschuldners, sondern des Gläubigers!); die II. Comm. wollte mit Recht die Kosten der Kündigung dem Bürgen auferlegen (Prot. S. 2511). In Bezug auf die Kosten der Rechtsverfolgung halten die Motive II S. 665 es nicht für zweifellos, ob sie an sich nicht ebenfalls entsprechend den rechtsgeschäftlichen Erweiterungen der Hauptschuld dem Bürgen nicht zur Last fallen würden; aber diese Consequenz wollte schon der I. Entw. (672 Abs. 2) ausdrücklich abschneiden. Auf Grund von KO. 65 wird auch in Zukunft die Bürgschaftsverbindlichkeit nicht von selbst fällig (vgl. [26]).

2. Schuldet der Hauptschuldner aus selbständigem Versprechen Nebenleistungen (vgl. [27]), so ist es reine Auslegungsfrage, ob diejenige Schuld, für welche sich der Bürge verbürgt, auch die Verpflichtungen aus dem Nebenvertrage umfaßt (vgl. Mot. II S. 666). Ist das nicht der Fall, so steht der Bürge auch nicht für diejenigen Nebenleistungen ein, welche nach der Verbürgung anfallen. Hat er z. B. sich nur für das Capital und nicht für die versprochenen Zinsen verbürgt, so haftet er auch nicht für die nach der Verbürgung fällig werdenden Zinsen; denn diese sind nicht ein Zuwachs der Hauptschuld, für welche er sich verbürgt hat. Ist dagegen der Hauptschuldner gesetzliche Nebenleistungen schuldig aus einem Grunde, der vor dem Bürgschaftsvertrage liegt, ist er insbesondere schon vorher in Verzug gekommen, so haftet der Bürge zwar für die vor der Verbürgung angefallenen Nebenleistungen — frühere Zinsen, bis dahin aufgelaufenes Zögerungsinteresse — nur, wenn er sich auch hierfür verbürgte; dagegen trifft ihn die Haftung für später anfallende Nebenleistungen dieser Art ohne Weiteres, weil sie Zuwachs der verbürgten Hauptschuld sind.

3. Daß die Verbürgung auf einen Theil der Hauptschuld beschränkt werden kann (zu [25]), bleibt ebenso richtig wie (zu [21] fg.), daß eine über die Hauptschuld hinausgehende Verbürgung insoweit keine Bürgschaft mehr ist [28]. Zu dem bei [24] Bemerkten s. Mot. II S. 661. Die dort erwähnte Möglichkeit, daß nicht Vertrag über datio in solutum, sondern eine dem Bürgen eingeräumte facultas alternativa vorliege, ist anzuerkennen.]

b. Rechtswohlthat der Vorausklage*.

§ 478.

Der Bürge haftet in zweiter Linie; er kann verlangen, daß der Gläubiger vorher seine Befriedigung bei dem Hauptschuldner suche, und zwar durch Ausklagung desselben[1]. Dieses Recht fällt jedoch

* Girtanner S. 113 fg. 200 fg. 423 fg. Hasenbalg S. 549 fg. 787 fg.

§ 478. [1] S. g. beneficium excussionis oder ordinis. Eingeführt durch Nov. 4 c. 1. Vorher konnte der Gläubiger nach seiner Wahl den Bürgen oder den

Digitized by Google

weg: 1) wenn der Hauptschuldner abwesend ist[2]. Vermag in diesem Fall der Bürge den Hauptschuldner nicht binnen einer vom Richter

Hauptschuldner in Anspruch nehmen, und nicht bloß bei der fideiussio, sondern auch bei dem constitutum und dem mandatum credendi. L. 3. 5. 19. 23 C. 8, 40 [41]. l. 7 D. 14, 5, l. 56 pr. l 60 pr. D. 17, 1, l. 7 C. 4, 35, l. 19 C. cit. Doch konnte das Gegentheil ausgemacht werden, l. 5. 19 C. 8, 40 [41]. Es konnte der Zweck auch dadurch erreicht werden, daß der Gläubiger sich vom Dritten versprechen ließ, „quanto minus a debitore consequi posset". L. 42 pr. D. 12, 1, l. 41 pr. D. 46, 1, l. 116 D. 45, 1, l. 6 pr. D. 46, 2, l. 21 D. 46, 3. In diesem Sinne kann auch heute noch contrahirt werden; man gebraucht dafür den Ausdruck fideiussio indemnitatis (Schadlosbürgschaft) [Sf. LI. 178]. Vgl. noch Salkowski zur Lehre von der Novation S. 238 fg., Hasenbalg S. 520 fg. 719 fg. [Geib (§ 476 *) S. 17 fg. unterscheidet ein selbständiges Versprechen der Schadloshaltung und eine fideiussio indemnitatis (quanto minus a Titio debitore exegissem, tantum fideiubes [l. 6 pr. D. 46, 2]). Er sieht darin eine Verbürgung für die Hauptschuld, wie sie nach der Litiscontestation gegen den Hauptschuldner bestehen wird, und damit ein Mittel des vorjustinianischen R., die Subsidiarität der Haftung des Bürgen mit Vermeidung der Gefahr der processualen Consumtion des R. gegen den Bürgen durch Klage gegen den Hauptschuldner vollkommen zu vereinbaren. M. E. trifft seine Auffassung zu.] — Es ist bezweifelt worden, ob die Bestimmung der Nov. 4 c. 1 auch für das constitutum gelte, weil die Vulgata die griechische Bezeichnung für den Constituenten: ὁ ἀντιφωνητής, ὁ ἀντιφωνήσας, ὁ τὴν ἀντιφώνησιν ὑπελθών durch die Ausdrücke: sponsor, qui sponsioni se subiecit wiedergibt. Aber auf wen sollen diese Ausdrücke gehen, wenn nicht auf den Constituenten? In anderen Stellen (Nov. 115 c. 6, Nov. 136 pr. c. 1) übersetzt die Vulgata auch wirklich ἀντιφώνησις, ἀντιφωνητής mit constituta pecunia, constitutae pecuniae reus. Ebenso sicher ist es freilich, daß die Novelle nur das Constitutum zum Zweck der Bürgschaft, nicht das Constitutum als solches im Sinne hat. Vgl. Zimmern in seinen und Neustetels r.-rl. Untersuchungen S. 276 fg., Girtanner S. 429, Vangerow III § 579 Anm. 3, Hasenbalg S. 788 fg., auch unten Note [9]. — Begründet die gesetzliche Vorschrift nur eine Einrede, oder erhebt sie die fruchtlose Ausklagung des Hauptschuldners zum Klagefundament? Gewiß das Erstere; anders nur bei der Schadlosbürgschaft (s. namentlich l. 116 D. 45, 1). Girtanner S. 200 fg. 223 fg. 424 fg., Hasenbalg S. 533 fg., Dernburg II S. 217. Sf. II. 182. — Die Rwohlthat gibt die Befugniß, die Zahlung abzulehnen, nicht aber die Befugniß, das Gezahlte zurückzufordern, selbst dann nicht, wenn irrthümlich gezahlt worden ist. Arg. l. 49 § 1 D. 46, 1, § 4 i. f. I. 3, 20 (§ 479 [2] a. E.). — Von einer Rechtswohlthat spricht man übrigens mit Grund nicht bloß den Bestimmungen des früheren r. R., sondern auch dem heutigen Bürgschaftswillen gegenüber. Dieser Wille läßt zwar darüber keinen Zweifel, daß der Bürge erst solle in Anspruch genommen werden können, wenn der Hauptschuldner seiner Verbindlichkeit nicht nachkomme: aber welche Schritte der Gläubiger thun müsse, um von dem Hauptschuldner Befriedigung zu erlangen, darüber gibt der Bürgschaftsvertrag als solcher keinen Aufschluß. — Kann der Gläubiger den Bürgen sofort mit dem Hauptschuldner (auf den Ausfall) belangen? Sf. III. 264. — Verschiedenheit des örtlichen R. für Hauptschuld und Bürgschaftsschuld: RG. VIII S. 143.

[2] D. h. wenn der Bürge seinen Gerichtsstand am Wohnort des Gläubigers, der Hauptschuldner auswärts hat. Vgl. Girtanner S. 439, Hasenbalg

Digitized by Google

zu bestimmenden Frist zu stellen, so wird der Klage gegen den Bürgen freier Lauf gelassen[3]. Das bezeichnete Recht fällt ferner weg: 2) wenn die Ausklagung des Hauptschuldners aus einem anderen Grunde schwieriger ist, als die des Bürgen[4]; 3) wenn feststeht, daß die Ausklagung des Hauptschuldners fruchtlos sein wird[5]; 4) wenn eine Klage gegen den Hauptschuldner gar nicht begründet ist[6]; 5) wenn der Bürge

---

S. 583 fg., Dernburg II § 79 [11]. Wie wenn beide ihren Gerichtsstand auswärts haben? Sf. II. 46: es ist zuzusehen, ob nicht der Hauptschuldner „noch viel weiter entfernt und schwerer zu belangen ist" (der Bürge lebte in Hamburg, der Hauptschuldner in New-York). S. auch Sf. V. 21, VI. 42, XIX. 150, XXV. 25 Nr. IV. (RG. VI S. 154).

[3] Nov. 4 c. 1 cit.

[4] Das Gesetz enthält diese Bestimmung nicht unmittelbar; aber es ist nicht zu gewagt, dieselbe durch Auslegung (s. g. analogische Ausdehnung, I § 22) in das Gesetz hineinzutragen. Daß dabei die Eigenschaft des Gesetzes als ins singulare kein Hinderniß ist, darüber s. I § 29 [3] (vgl. übrigens auch Brinz I. § 256 [30]). Wollte man bei der unmittelbaren Bestimmung des Gesetzes stehen bleiben, so müßte man den Gläubiger auch dann zur Ausklagung des Hauptschuldners nöthigen, wenn der Hauptschuldner z. B. in Australien wohnt, während der Bürge seinen Wohnsitz in einem wenige Meilen entfernten Orte hat ([2]). Auch ist für die analogische Ausdehnung des Gesetzes von jeher die in Doctrin und Praxis vorherrschende Meinung gewesen. Girtanner S. 205 fg. 226 fg., Hasenbalg S. 593 fg. Girtanner (S. 444 fg) nimmt dafür sogar ein Gewohnheitsr. an; dazu stimmen aber nicht die Entscheidungen bei Sf. X. 48, XII. 158. Der Hauptfall, um welchen es sich dabei immer gehandelt hat, ist der des Concurses des Hauptschuldners. Vgl. über diesen Fall speciell aus der neueren Zeit: für die Ausdehnung W. Sell ZS. f. CR. u. Pr. III S. 243 fg. (welcher aber die gewiß richtige Beschränkung hinzufügt, daß darauf gesehen werden müsse, ob in dem gegebenen Fall der Concursweg auch wirklich schwieriger sei), Heimbach das. XIII S. 387 fg. (dieser mit einer Wendung, welche ich für unrichtig halte), Dernburg Pfandr. II S. 346—387, Holzschuher III § 311 Nr. 11, a, Hasenbalg S. 610 fg.; gegen die Ausdehnung: Chop ACPra. XV S. 50 fg. Aus der Praxis: für die Ausdehnung: Sf. IV. 42. VII. 314, XXII. 141, XXVI. 18, XXVII. 130 (Budde Entscheid. des OAG. zu Rostock VII. 44), XXVIII. 204, (RG. IV S. 123); dawider Sf. X. 48, XII. 158. Für die Ausdehnung noch, jedoch ohne specielle Beziehung auf den Concurs: Sf. II. 46, XXIV. 221. — Girtanner S. 450 fg. fügt aber die gewiß richtige Beschränkung hinzu, daß die Ausklagung des Hauptschuldners aus Rechtsgründen schwieriger sein müsse, nicht aber weil derselbe z. B. streitsüchtig, chikanös, potentior sei. S. auch Hasenbalg S. 601 fg.

[5] Die Insolvenz des Hauptschuldners ist notorisch. — Diese, wie die folgende Ausnahme, sind ebenfalls im Gesetze nicht ausdrücklich enthalten; aber beide sind zweifellos. Vgl. Nov. 99 c. 1 und Girtanner S. 437—438, Hasenbalg S. 581—582, Dernburg Pfandr. II S. 384. Sf. XIV. 34, XXIV. 221.

[6] Der Hauptschuldner ist nur naturaliter verpflichtet. Der Hauptschuldner ist durch eine Einrede gedeckt, welche dem Bürgen nicht zu Gute kommt. Der Bürge hat sich für eine ungültige Verbindlichkeit in Kenntniß ihrer Ungültigkeit

Digitized by Google

auf die Rechtswohlthat verzichtet hat[7]; 6) wenn er die Bürgschaft arglistigerweise abgeleugnet hat[8]; 7) bei der Bürgschaft für einen Zwangsvergleich[8a]; 8) in Handelssachen[9. 9a]

oder für den nun eingetretenen Fall der Aufhebung der Hauptschuld verbürgt. S. über diese Fälle § 477, 1. Im Einzelnen ist aber zu bemerken, daß das beneficium excussionis nicht wegfällt, wenn der Hauptschuldner durch ein vom Gläubiger mit ihm geschlossenes pactum de non petendo in personam gedeckt ist (§ 477 [15]); das Gegentheil annehmen, würde heißen, es von der Willkür des Gläubigers abhängig machen, ob der Bürge die ihm gesetzlich zustehende Rwohlthat genießen soll oder nicht. Girtanner S. 247, Hasenbalg S. 554; über l. 15 § 1 D. 46, 1. s. § 479 [7]. Sf. VI. 40. Anders natürlich, wenn der Bürge sich damit einverstanden erklärt hat, daß das pactum nur dem Hauptschuldner zu Gute kommen solle, wie in dem Falle bei Sf. IV. 43 (pactum de non petendo in tempus).

[7] Genügt genereller Verzicht? Der Verzicht muß so speciell sein, daß daraus erkannt werden kann, es habe diese bestimmte Rwohlthat dem Bewußtsein des Verzichtenden vorgeschwebt. Vgl. l. 4 § 4 D. 2, 11, l. 1 D. 2, 5. Girtanner S. 436, Hasenbalg S. 604, Holzschuher § 311 Nr. 2. Vgl. Sf. XI. 40. Ein Verzicht liegt auch in dem Versprechen, an einem bestimmten Tage Zahlung leisten zu wollen. Sf. XIV. 33. Liegt ein Verzicht auch in der Erklärung, als Selbstschuldner haften zu wollen? Die Frage wird bejaht von Girtanner S. 240 fg. 319 fg. und von den bei Holzschuher § 311 Nr. 11. c. Genannten; ferner bei Sf. III. 167, IV. 226, V. 132, VII. 312, XIII. 223, XVII. 36, XXII. 141, XXXII. 42. 322. S. auch Hasenbalg S. 68 fg. Ist aber die oben § 293 [8] vorgetragene Auffassung der Nov. 99 c. 1 richtig, so ist auf Grund dieser Novelle zu behaupten, daß der Bürge durch eine solche Erklärung zwar das R., Vorausklage, nicht aber das R., gleichzeitige Belangung des Hauptschuldners zu begehren, verliere. [Vgl. RG. XXXIV S. 153 fg.]

[8] Arg. l. 10 § 1 D. 46, 1. Für die Ausdehnung ist von jeher die herrschende Meinung gewesen. Girtanner S. 208. 229. 239 fg. 453. 454. Sf. XXXII. 137, XXXV. 122. A. M. Hasenbalg S. 606.

[8a] KO. § 179 [194; d. h. soweit die Einrede nicht besonders vorbehalten ist.]

[9] Näher: „wenn die Schuld aus einem Handelsgeschäft auf Seiten des Hauptschuldners hervorgeht, oder wenn die Bürgschaft selbst ein Handelsgeschäft ist". HGB. Art. 281 Absatz 2 [auf Seiten des Bürgen oder des Gläubigers! HGB. Art. 277. RG. XXIX S. 20 fg.; anders nunmehr: HGB. §§ 349. 351]. Ueber das R. vor dem HGB. vgl. Girtanner S. 236 fg. 454 fg., Hasenbalg S. 608 fg.

[9a] Nach der Behauptung von Vangerow (III S. 160 [7. Aufl. S. 144]) soll die Rwohlthat auch beim constitutum wegfallen, wenn nicht „die Verbindlichkeit des Constituenten in keiner Beziehung von der des Hauptschuldners sich unterscheidet, und das Constitutum also in der That nur den Zweck der Sicherstellung des Gläubigers hat", s. auch Sambaher Correalobligat. S. 175, Hasenbalg S. 787 fg. Nach meiner Ansicht gilt die Rwohlthat beim constitutum nie, wenn dasselbe in der Absicht gemacht worden ist, die Schuld des Andern einfach auf sich zu nehmen (Sf. IV. 45, XIV. 32); sie gilt immer, wenn dasselbe in Bürgschaftsabsicht gemacht worden ist. Dadurch, daß der Leistung, zu welcher sich der Bürge verpflichtet, ein anderer Inhalt oder eine andere

Digitized by Google

Ist der Grund, weßwegen der Gläubiger keine Befriedigung von dem Hauptschuldner erlangen kann, Nachlässigkeit des Gläubigers, so kann der Bürge gar nicht in Anspruch genommen werden[10.10a].

[Nach BGB. geht die Einrede der Vorausklage (771) dahin, daß der Gläubiger die Zwangsvollstreckung gegen den Hauptschuldner versucht haben muß (zu der er möglicher Weise ohne Klage gelangen kann [CPO. 794]) und zwar bei Geldforderungen in der im § 772 näher bestimmten Weise.

Die Ausnahmefälle, in denen die Einrede wegfällt, gestalten sich nicht unerheblich anders als im gemeinen Recht. Statt der unter 1. 2 bezeichneten Ausnahmen versagt das BGB. die Einrede nur dann, wenn in Folge einer nach

---

Modalität gegeben wird, als der Leistung, zu welcher der Hauptschuldner verpflichtet ist, kann möglicherweise der Bürgschaftswille ausgeschlossen sein; so weit dieß nicht der Fall ist (§ 477 zu [23. 24]), sehe ich keinen Grund, dem Eintretenden die Rwohlthat der Vorausklage zu entziehen. Indem er für den Fall der Nichterfüllung der Hauptschuld Mehr oder Anderes zu leisten verspricht, verspricht er nicht weniger, für den Fall der Nichterfüllung der Hauptschuld zu leisten.

[10] Dieser Satz galt im classischen R. nicht für die gewöhnliche fideiussio (l. 62 D. 46, 1, vgl. übrigens auch l. 18 C. 8, 40 [41]), wohl für die fideiussio eius quod a debitore servari non potest l. 41 pr. D. 46, 1.). Seit Nov. 4 c. 1 muß er auch für die gewöhnliche Bürgschaft gelten. Daß die Verpflichtung, zuerst seine Befriedigung beim Hauptschuldner zu suchen, durch das Gesetz und nicht durch die Bestimmung des Bürgschaftsvertrages auferlegt ist, kann keinen Unterschied machen. Girtanner S. 211 fg. 248 fg. 468 fg., Hasenbalg S. 536—577. 629 fg. Vangerow III § 578 Anm. 4; vgl. auch Arndts § 357 Anm. 2, Dernburg II § 82 [7]. A. M. Jäger ZS. für CR. u. Pr. V. 16. v. Bothmer ZS. f. Civil- und Criminalrpflege im Königr. Hannover I Heft 1 S. 15 fg. Girtanner S. 483 fg. und Hasenbalg S. 545 fg. glauben mit Unrecht, daß der hier gelehrte Satz sich unmittelbar aus den Worten der Novelle „si non valuerit creditor a debitore recipere aut in totum" rechtfertige; diese Worte wollen, wie der Zusammenhang lehrt, nur sagen: wenn der Gläubiger durch die angestellte Klage sich seine Befriedigung zu verschaffen nicht vermag. Auch mit dem beneficium cedendarum actionum (§ 481 [6]) ist der aufgestellte Satz vielfach in Verbindung gebracht worden. Vgl. in dieser Beziehung noch Hasenbalg S. 404 fg. Sf. VI. 41, VII. 34. 311. 312 Nr. 2. — Eine Nachlässigkeit des Gläubigers liegt an und für sich nicht schon in der Gewährung einer Zahlungsfrist, Vangerow S. 158 (142); Sf. VII. 33. 177, XII. 240, XXVII. 230, XXXIX. 12 (RG.). A. M Hasenbalg S. 555. Vgl. noch Sf. VII. 312, XI. 243, XII. 159, XVI. 112, XXXII. 322, XXXVI. 40 (RG.), RG. XVIII S. 237, XL 107, Sf. XLVI. 95. [Der Bürge des Cassiers kann mangelhafte Controlle nur bei Dolus oder grober Nachlässigkeit des Cassenherrn geltend machen: RG. XXIX S. 141 fg. Gegenüber dem selbstschuldigen Bürgen ist der Gläubiger nicht verpflichtet, sich im Concurse des Hauptschuldners zu melden: Sf. L. 165. — Mode Befreiung des Bürgen durch Nachlässigkeit des Gläubigers in Wahrnehmung seiner Re gegen dritte Personen. Erl. Diss. 1896.]

[10a] Befreiung des Bürgen, wenn der Gläubiger nicht dem Anspruch auf volle Rechtsabtretung genügen kann, s. § 481 [6].]

Digitized by Google

der Uebernahme der Bürgschaft eingetretenen Aenderung des Wohnsitzes, der gewerblichen Niederlassung oder des Aufenthalts des Hauptschuldners die Rechtsverfolgung gegen ihn wesentlich erschwert ist (773 Abs. 1 Ziff. 2).

Die Ausnahme zu 3 besteht dem Wesen der Sache nach fort (773 Abs. 1 Ziff. 4). Ihr tritt zur Seite als selbständiger Ausnahmefall: wenn der Concurs über das Vermögen des Hauptschuldners eröffnet ist (773 Abs. 1 Ziff. 3, vgl. [4]). Auf einen Streit darüber, ob nicht der Gläubiger im Concurse volle Befriedigung erhalten werde, braucht der Gläubiger sich nicht einzulassen.

Insoweit der Gläubiger sich befriedigen kann aus einer beweglichen Sache des Hauptschuldners, an welcher er ein Pfandrecht oder Zurückbehaltungsrecht hat, kann er die Zulässigkeit der Einrede nicht mit Rücksicht auf die Concurseröffnung oder die Aussichtslosigkeit einer Zwangsvollstreckung bestreiten. Haftet ihm jedoch dieselbe Sache noch für eine andere Forderung, so gilt das Gesagte nur, wenn der Werth der Sache beide Forderungen deckt (773 Abs. 2; vgl. 772 Abs. 2 und CPO. 777). Soviel den Concurs angeht, kann natürlich § 773 Abs. 2 nur anwendbar sein, wenn dem Gläubiger trotz der Concurseröffnung das Recht zusteht, sich aus der Sache zu befriedigen, also wenn er ein Absonderungsrecht hat. Dieß ist der Fall bei dem Pfandrechte (KO. 48. 49 Ziff. 2), bei dem Zurückbehaltungsrechte dagegen nicht immer (vgl. KO. 49, 1. 3. 4). Ein Zurückbehaltungsrecht wegen Verwendungen gibt Absonderungsrecht im Concurse nur in Höhe des noch vorhandenen durch die Verwendung hervorgerufenen Vortheils (KO. 49 Ziff. 3), während die Verwendungsforderuug selbst und damit die Haftung des dafür eingetretenen Bürgen keineswegs immer auf diesen Betrag beschränkt ist. In Betreff des Verhältnisses von § 773 Abs. 2 zu Abs. 1 Ziff. 4 daselbst könnte man sagen: die Aufstellung der Ausnahme sei überflüssig, weil, soweit der Gläubiger Befriedigung aus der in seinen Händen befindlichen Sache erlangen kann, die Zwangsvollstreckung eben nicht aussichtslos sei. Allein man hat gemeint, der Deutlichkeit halber dennoch die Vorschrift aufnehmen zu sollen, da bei der Befriedigung aus dem Pfande es sich nicht immer um Zwangsvollstreckung handele (Prot. der II. Comm. S. 2528). Von § 773 Abs. 1 Ziff. 2 macht Abs. 2 keine Ausnahme. Man hat aber in der II. Comm. (Prot. S. 2528 fg.) mit Recht darauf hingewiesen, daß die Einrede der Vorausklage zufolge § 772 Abs. 2 den Gläubiger zwinge, die Befriedigung aus der Pfandsache oder zurückbehaltenen Sache zu suchen, und daß, wenn diese Rechtsverfolgung (wie regelmäßig) dem Gläubiger durch die Wohnsitzänderung u. s. w. des Schuldners nicht (oder nur unwesentlich) erschwert werde, der Fall der Vorschrift der Ziffer 2 von selbst nicht gegeben sei.

Soweit nach BGB. es überhaupt vorkommt, daß der Bürge haftet, der Hauptschuldner nicht (vgl. 4) — beschränkte Haftung des Erben des Hauptschuldners, Zwangsvergleich des Hauptschuldners, s. ob. S. 1018, 3 — ist es selbstverständlich, daß eine Einrede der Vorausklage nicht besteht.

Durch Verzicht (Text 5) wird auch nach BGB. die Einrede der Vorausklage ausgeschlossen (773 Abs. 1 Ziff. 1). Es wird selbstverständlich sein, daß dieser Verzicht als eine Verstärkung der bürgschaftlichen Verpflichtung der Schriftform des § 766 bedarf, auch wenn er dem Bürgschaftsversprechen folgt. In anderen Beziehungen als in Bezug auf die Einrede der Vorausklage steht der Bürge,

Digitized by Google

welcher verzichtet, insbesondere sich als Selbstschuldner verbürgt hat, als Bürge da, nicht etwa als Gesammtschuldner.

Die Ausnahme unter 6 fällt fort; diejenige unter 7 bleibt bestehen (jetzt KO. 194). Die handelsrechtliche Ausnahme (8) trifft jetzt nur noch den Fall, daß die Bürgschaft selbst und zwar für den Bürgen Handelsgeschäft ist (HGB. § 349). Auch diese Ausnahme fällt fort, wenn der Bürge Minderkaufmann ist (HGB. § 351).

Etwas Weiteres als die Wahrung der Vorschriften über die Borausklage legt das BGB. dem Gläubiger nicht auf (Mot. II S. 678, Prot. d. II. Comm. S. 2536). Der Bürge kann sich, wenn jene Vorschriften gewahrt sind, auf Nachlässigkeit des Gläubigers in der Verfolgung des Hauptschuldners (entgegen dem Satz zu [10. 10a]) nicht berufen. Entlastend wirkt für den Bürgen nur, wenn der Gläubiger durch Aufgabe eines Nebenrechts dem Bürgen den Uebergang der Rechte aus § 774 verkümmert hat (776) (s. unt. zu § 481). Ferner ist Säumniß des Gläubigers bei der Bürgschaft auf Zeit von Bedeutung (s. unt. zu § 480).]

c. Mehrheit der Bürgen*. Afterbürge.

§ 479.

Mehrere Bürgen, welche für dieselbe Schuld eingetreten sind, haften zwar an und für sich Jeder für das Ganze[1], genießen aber eine ähnliche Rechtswohlthat, wie der Bürge gegenüber dem Hauptschuldner. Jeder Bürge kann nämlich verlangen, daß, wenn sein Mitbürge zahlungsfähig ist[1a], der Gläubiger seine Forderung zwischen ihm und dem Mitbürgen theile[2]. Leugnet der Gläubiger die Zah-

* Girtanner S. 90 fg. 457 fg. Hasenbalg S. 466 fg. 784 fg. Rückert principia iuris Romani de exceptione quam vocant divisionis (1852), Grotefend de exceptione divisionis disquisitiones (1852). Dedekind de exceptione divisionis disquisitiones (1853). [Knoll das beneficium divisionis des Bürgen. Bresl. Diss. 1895.]

§ 479. [1] Gai. III, 121. 133, § 4 I. 3, 20 [Theilbeschränkung: RG. XXXV S. 290 fg.]

[1a] Das Gleiche gilt natürlich in dem Fall, wo der Bürgen mehr als zwei sind.

[2] S. g. beneficium divisionis. Eingeführt durch ein Rescript von Hadrian. Gai. III, 121. 122, § 4 I. 3, 20. S. über dieses Rescript außer den im Folgenden genannten Stellen noch: l. 26. l. 27. l. 51 pr. D. 46, 1. l. 3. l. 10 § 1 C. 8, 40 [41]. Das Rescript nannte außer den fideiussores auch die mandatores (l. 3 C. 4, 18, vgl. l. 7 D. 27, 7); daß es in gleicher Weise für das constitutum gelte, hat Justinian in der cit. l. 3 C. 4, 18 ausdrücklich anerkannt. — Die Behauptung, daß diese Rwohlthat nur solchen Bürgen zukomme, welche gemeinschaftlich für dieselbe Schuld eingetreten sind (Kritz Pandektenr. I. 1 S. 122 fg. 178 fg., Seuffert Pand. § 385 [17], vgl. dens. in seinem Archiv VI S. 58 Anm. 2; Sf. III. 263, XIII. 27, XIV. 234 — dawider VI. 43, XI. 40, XXV. 25 Nr. I), läßt sich nicht rechtfertigen, und wird sogar, wenigstens was den später eingetretenen Bürgen angeht, durch l. 48 § 1 D. 46, 1 direct widerlegt. Vgl. Note [7a. E.] und Dedekind

Digitized by Google

lungsfähigkeit des Mitbürgen, so liegt nicht ihm der Beweis der Zahlungsunfähigkeit, sondern dem in Anspruch Genommenen der Beweis der Zahlungsfähigkeit ob[3]. Vorausklage kann der in Anspruch Genommene nur verlangen, wenn er gleichzeitig Sicherheit dafür anbietet, daß der Gläubiger bei Fruchtlosigkeit der Vorausklage Befriedigung für den betreffenden Theil bei ihm finden werde[4], und auch in diesem Falle nicht, wenn der Mitbürge abwesend oder seine Belangung aus anderen Gründen schwieriger ist[5]. Das Recht auf Theilung[5a] selbst wird durch die zuletzt bezeichneten Umstände nicht ausgeschlossen[6]. Auch durch Ungültigkeit der Mitbürgschaft wird das Recht auf Theilung nicht unbedingt ausgeschlossen; es besteht trotz dieser Ungültigkeit, wenn der Bürge guten Grund hatte, sich darauf zu verlassen, daß er nur zu seinem Theile haften werde[7]. Dagegen

---

§ 39, Girtanner ACPra. XLIII S. 275 fg., Hasenbalg S. 477 fg. — Die Rwohlthat gibt das R., die Zahlung abzulehnen, nicht aber das R., das Gezahlte zurückzufordern, selbst wenn irrthümlich gezahlt worden ist. L. 49 § 1 D. 46, 1, § 4 I. 3, 20. Vgl. Erxleben condictiones sine causa I S. 109. 110.

[3] Er schützt sich mit einer Einrede (l. 28 D. 46, 1), die er beweisen muß wie jede andere Einrede. S. auch l. 3 C. 4, 19. Vgl. Sf. V. 297, XXV. 25 Nr. V. Das Gegentheil wird angenommen in dem Erk. bei Sf. XIII. 95. — Sokolowski Sav.-ZS. XI S. 278 fg. 1890. [[Die Frage der Zahlungsfähigkeit sei in Rom zunächst von dem Prätor in iure ohne eigentliches Beweisverfahren entschieden worden (Bescheinigung), ausnahmsweise sei es zur exceptio gekommen, wo dann der Bürge den Beweis der Zahlungsfähigkeit des Mitbürgen habe führen müssen. Für das heutige R. empfehle es sich für den Bürgen, den Weg der Caution zu beschreiten.]] [Vgl. schon Lenel Edictum Perpetuum S. 171 fg.]

[4] L. 10 pr. D. 46, 1. Die Stelle verlangt speciell Anbieten von Bürgschaft. — Ich zweifele nicht daran, daß die Sicherheitsleistung im classischen r. R. hauptsächlich mit Rücksicht auf die Klagenconsumtion erfordert wurde (vgl. l. 22 § 2 D. 17, 1, l. 7 D. 27, 7); aber ich halte es für zu gewagt, zu behaupten, daß der Schutz des Gläubigers gegen die Klagenconsumtion ihr einziger Zweck gewesen sei. Jedenfalls haben die Compilatoren ihr, indem sie die l. 10 pr. cit. trotz l. 28 C. 8, 40 [41] aufgenommen haben, eine von der Klagenconsumtion unabhängige Bedeutung gegeben.

[5] L. 10 pr. cit.: — „ita tamen, si ... confideiussores, qui idonei esse dicuntur, praesto sint". Die Ausdehnung auf andere Gründe größerer Schwierigkeit der Belangung rechtfertigt sich durch die Analogie der Nov. 4 c. 1 (§ 478[4]). — Daß das R. auf Vorausklage ebenfalls bei notorischer Insolvenz des Mitbürgen wegfällt, versteht sich auch hier von selbst.

[5a] Mit anderen Worten: das R., durch Beweis der Zahlungsfähigkeit des Mitbürgen Abweisung des Gläubigers für den Theil des Mitbürgen zu erlangen.

[6] Es heißt in den Quellen immer nur, die Forderung müsse zwischen den Bürgen getheilt werden, die „solvendo" oder „idonei" seien. Dedekind § 45.

[7] Dazu wird erfordert: a) daß er nicht vor dem Mitbürgen, sondern zugleich mit demselben, oder nach demselben, eingetreten sei; b) daß er sich in Be-

Digitized by Google

wird das Recht auf Theilung, wie das Recht auf Vorausklage, verloren durch Verzicht[7a] und durch arglistige Ableugnung der Bürgschaft[8]; außerdem fällt es weg bei Bürgen, welche ein Vormund seinem Mündel gibt[9]. — Ist die Forderung einmal getheilt worden, so schadet die nun eintretende Zahlungsunfähigkeit des Mitbürgen demjenigen, welchem gegenüber getheilt worden ist, nicht mehr[10]. Auch

---

treff der Ungültigkeit der Mitbürgschaft in einem entschuldbaren Irrthum befunden habe. L. 48 D. 46, 1. Wenn in dieser Stelle auch demjenigen das R. auf Theilung nicht versagt wird, welcher sich neben einem Minderjährigen verbürgt hat, „propter incertum aetatis ac restitutionis", so ist das so zu verstehen: 1) weil er sich über das Alter des Mitbürgen täuschen konnte; 2) weil er hoffen durfte, der Minderjährige werde Restitution nicht erbitten oder sie werde ihm nicht ertheilt werden. Freilich wird diese Stelle sehr verschieden erklärt. Vgl. Girtanner S. 462 fg., dens. ACPra. XLIII S. 286 fg., Dedekind p. 123 sqq., Hasenbalg S. 507 fg., und die von diesen Schriftstellern Citirten, Dernburg II § 81 [6]. Goldschmidt Jahrb. f. Dogm. XXVI S. 354 fg. 370 fg. G. bemerkt mit Recht, daß dem Bürgen, auch wenn er vor dem Mitbürgen eingetreten sei, das R. auf Theilung dann gewährt werden müsse, wenn ihm der Gläubiger das Eintreten des Mitbürgen zugesichert habe. — Für die nachträgliche Ungültigkeit gilt natürlich das Gleiche, wie für die ursprüngliche. Aber ebenso sehr versteht es sich von selbst, daß der Gläubiger durch Befreiung des einen Bürgen, dem andern das benef. divisionis nicht nehmen kann. In l. 15 § 1 D. 46, 1 ist entweder mit Girtanner ACPra. XLIII S. 281 fg. „nulla exceptione" bloß auf die exceptio pacti zu beziehen, oder mit Dedekind p. 123 sqq. statt „quindecim" zu lesen „decem". A. M. Hasenbalg S. 488, vgl. auch Dernburg II § 81 [7. 8]. Goldschmidt Jahrb. f. Dogm. XXVI S. 366 fg. — Aus l. 48 cit. darf man nicht ein Argument für die Behauptung herleiten wollen, daß bei Ungleichzeitigkeit des Eintretens der mehreren Bürgen der vorher Eingetretene das R. auf Theilung überhaupt nicht (auch nicht bei Gültigkeit der Mitbürgschaft) habe (vgl. [2]), indem man etwa so schlösse: auf die ungültige Mitbürgschaft kann man den Gläubiger nur dann verweisen, wenn man sich auf die Theilhaftung verlassen hat; also ist das Sichverlassen auf die Theilhaftung der Grund des R. auf Theilung. Der wahre Gedankenzusammenhang ist vielmehr dieser: 1) der Mitbürge hat das R. auf Theilung als Mitbürge; 2) er hat es nur dann, wenn der Mitbürge auch wirklich haftet; 3) er müßte sich denn auf bloße Theilhaftung mit Grund verlassen.

[7a] Sf. XI. 40. — Liegt ein solcher Verzicht in dem Sichverpflichten „als Selbstschuldner"? Im Zweifel gewiß, und auch Nov. 99 c. 1 (§ 478 [7]) steht hier nicht entgegen. Hasenbalg S. 67. 514. Anders Sf. XIII. 134, XXV. 25 Nr. III.

[8] L. 10 § 1. D. 46, 1. Der Bestimmung wird die heutige Geltung abgesprochen in dem Erk. bei Sf. XVII. 37; dawider XXXV. 122. Vgl. § 263 [15].

[9] L. 17 D. 46, 6, und vgl. § 444 [2].

[10] L. 51 § 4. l. 52 § 1 D. 46, 1, l. 16 C. 8, 40 [41]. In diesen Stellen wird gesagt, daß nach der Litiscontestation mit einem Bürgen (auf seinen Theil) die nun eintretende Insolvenz der Mitbürgen ihm nicht mehr schade. In

Digitized by Google

die vor der Theilung eintretende Zahlungsunfähigkeit schadet dann nicht, wenn der Gläubiger in der Beitreibung seiner Forderung nachlässig gewesen ist[11]. —

[Nach SGB. sind mehrere Bürgen Gesammtschuldner ohne Einrede der Theilung. Wenn sie die Bürgschaft gemeinschaftlich übernehmen, so folgt das schon für den Zweifelsfall aus § 427. Es ist aber in § 769 auch für den Fall bestimmt, daß sie sich nicht gemeinschaftlich verbürgen. Daß aber eine Theilung der Haftung verabredet werden kann, ist zweifellos.]

---

diesen Stellen wird aber von der Annahme ausgegangen, daß der Proceß zugleich gegen sämmtliche Bürgen, gegen jeden auf seinen Theil, angestellt worden sei, und man könnte daher der Ansicht sein, der Grund der definitiven Befreiung eines jeden der Belangten werde lediglich darin gefunden, daß durch die Belangung auch der Uebrigen die gesammte actio consumirt sei. Es ist auch keinem Zweifel unterworfen, daß die genannten Stellen in ihrem ursprünglichen Sinne in dieser Weise ausgelegt werden können. Aber einerseits halte ich es für viel zu gewagt, zu behaupten, daß sie in dieser Weise ausgelegt werden müssen — sie können auch sehr wohl den Gedanken ausdrücken wollen, daß zwischen den zur Zeit der Litiscontestation Solventen eine definitive Theilung eintrete kraft des Gesetzes —: und andererseits ist es im Zusammenhange der Compilation wegen l. 28 C. 8, 40 [41] geradezu unzulässig, jene Stellen aus der Klagenconsumtion, und daher nothwendig, sie in der so eben bezeichneten Weise zu erklären. Wie aber ist es, wenn ein Mitbürge auf seinen Theil nicht belangt, sondern dieser Theil außergerichtlich von ihm beigetrieben, oder wenn sein Theil auf sein Erbieten vom Gläubiger angenommen wird? L. 16 D. 46, 7 setzt offenbar voraus, daß in diesem Falle Alles so gehalten werden solle, als wenn es zur Litiscontestation gekommen wäre. Auf der anderen Seite sagt zwar l. 51 § 1 D. 46, 1, daß „fideiussor, qui partem pecuniae suo nomine vel rei promittendi solvit", auch den Rest noch zahlen müsse, wenn der Mitbürge hinterher insolvent werde; aber diese Stelle kann sehr wohl von dem Falle verstanden werden, wo ein Bürge einen Theil der Schuld schlechthin, nicht aber seinen Theil, gezahlt hat, und die Worte „vel rei promittendi" scheinen diese Auslegung sogar nothwendig zu machen. A. M. Hasenbalg S. 494. Vgl. Goldschmidt Jahrb. für Dogm. XXVI S. 365. 398. — Die einem Mitbürgen gegenüber erfolgte Theilung wirkt nur diesem, nicht den anderen Mitbürgen gegenüber. Wenn z. B. für eine Schuld von 300 drei Bürgen eingetreten sind, und von Einem werden seine 100 eingefordert, so bleiben die onderen Zwei in der Weise verhaftet, daß bei Insolvenz des Einen der Andere die ganzen 200 zahlen muß. Vgl. über die in dieser Note behandelten Fragen: Zimmern in seinen und Neustetel's r.-rl. Untersuchungen I S. 269 fg., v. Wening-Ingenheim ZS. f. CR. u. Pr. IV S. 382 fg., Girtanner S. 457 fg., Dedekind p. 94 sqq., Hasenbalg S. 495 fg., und die von diesen Schriftstellern Citirten

[11] Dieß muß nach Analogie des für das Verhältniß des Bürgen zum Hauptschuldner Geltenden (§ 478 [10]) behauptet werden. — Nach der Praxis des früheren gem. R. konnte der Bürge auch darauf klagen, daß der Gläubiger mit seiner Forderung sofort gegen ihn auftrete, bei Strafe, sich auf die später eintretende Insolvenz des Mitbürgen nicht mehr berufen zu dürfen, s. g. provocatio ex l. Si contendat. Bayer summ. Proc. § 58, Wetzell Civilproc. S. 97 fg. (3. Aufl. S. 111 fg.), Hasenbalg S. 627 fg. EG. z. CPO. § 14. [Seuffert CPO. zu § 231 unter 4, e. Dernburg II § 81 [10].]

Digitized by Google

Für den Bürgen kann wieder ein Bürge angenommen werden (Afterbürge, Nachbürge). Für denselben ist der erste Bürge Hauptschuldner. Besondere Grundsätze gelten für diesen Fall der Bürgschaft nicht[12].

[Ebenso ist es im ßGß.]

d. Beendigung der Verpflichtung des Bürgen.

§ 480.

Die der Bürgschaftsverpflichtung eigenthümlichen Beendigungsgründe sind:

1. Wegfall der Hauptschuld. Hiervon ist bereits gehandelt worden § 477 Ziff. 1. b).

2. Zusammenkommen der Hauptschuld und der Bürgschaftsverpflichtung in derselben Person[1]. Doch besteht in diesem Falle die Bürgschaftsverpflichtung fort, wenn sie wirksamer ist, als die Hauptschuld[2].

[E. I. ßGß. § 678 hatte ebenso bestimmt, die II. Commiss. strich jedoch die Vorschrift, weil ihr Inhalt von einer unbefangenen Gesetzesanwendung nicht werde verkannt werden, und es gleichgültig sei, wie Wissenschaft und Praxis sich das Ergebniß zurechtlegen würden (Prot. S. 2534). Diese Zurechtlegung kann m. E. nicht wohl anders als durch die Annahme erfolgen, daß die Hauptschuld wie die Bürgschaft in der That fortbestehe, wie denn auch ein entscheidender Grund dafür zu vermissen ist, warum nicht im Falle der Vereinigung eine Person die doppelte Rolle des Hauptschuldners und des Bürgen übernehmen sollte. In dem Hauptfall, dem der Beerbung des Bürgen durch den Hauptschuldner oder umgekehrt, liegt das praktische Interesse der Sache darin, daß die ererbte Verbindlichkeit Nachlaßverbindlichkeit ist, die eigene des Erben nicht. Haftet der Bürge als Erbe des Hauptschuldners beschränkt, so kann er doch als Bürge unbeschränkt

---

[12] L. 8 § 12. l. 27 § 4 D. 46, 1, l. 38 § 5 D. 46, 3. Goldschmidt Jahrb. f. Dogm. XXVI S. 345 fg Sf. III. 217, XIII. 223, XXVI. 241.

§ 480. [1] L. 5. l. 14 D. 46, 1, l. 13 D. 45, 2. Hasenbalg S. 661 fg., vgl. auch die § 352 * citirte Dissertation von Friedemann S. 71 fg. — Gilt dieser Satz auch für das constitutum? Für das constitutum als solches gewiß nicht (vgl. Hasenbalg S. 809 fg.), da dasselbe ja hauptsächlich auf eigene Schulden berechnet ist; für das constitutum zum Zweck der Bürgschaft aber allerdings, nach demselben Grundsatz, nach welchem jener Satz für den fideiussor im Gegensatz zum gewöhnlichen Correalschuldner gilt.

[2] L. 21 § 2 D. 36, 1, l. 95 § 3 D. 46, 3, l. 4 pr. D. 42, 6. Daß aber für die Bürgschaftsverpflichtung wieder eine Bürgschaft bestellt ist, erhält sie nicht aufrecht, l. 38 § 5 D. 46, 3. A. M. Girtanner S. 492; übereinstimmend Hasenbalg S. 680. [[Dernburg II § 82 [6] hält die Entscheidung der l. 38 § 5 cit. für antiquirt.]] [Geib S. 94 fg. Favreau über die Confusio von Bürgschaft und Hauptschuld nach gem. R. und BGB. Erl. Diss. 1898. Kretschmar Theorie der Confusion. Leipz. 1899 S. 70 fg. 224 fg.]

Digitized by Google

in Anspruch genommen werden. Andererseits kommt, wenn der Bürge den Hauptschuldner beerbt, dem Gläubiger mit Rücksicht auf die Hauptschuld die Separationswirkung der Nachlaßverwaltung und des Nachlaßconcurses zu statten. Beerbt der Hauptschuldner den Bürgen, so kann bei Unzulänglichkeit des Vermögens des Hauptschuldners dem Gläubiger die Separation des Nachlasses des Bürgen ebenfalls von Werth sein.]

3. Wenn der Hauptschuldner die Befriedigung des Gläubigers ungebührlich verzögert, oder sein Vermögen verschwendet, so kann der Bürge verlangen, daß der Hauptschuldner ihm Befreiung verschaffe[3].

[BGB. Ueber Ziffer 3 des Textes s. unt. zu § 481. Zu gedenken ist hier noch der auf Zeit übernommenen Bürgschaft. Auch nach gemeinem Recht kann die bürgschaftliche Haftung zeitlich begrenzt werden. Das BGB. gibt eine Entscheidung über die Frage, wie dieß zu verstehen ist. Wird für eine bestehende Schuld auf Zeit die Bürgschaft übernommen, so erlischt die Haftung des Bürgen nicht unmittelbar mit Ablauf der Zeit, sondern der Gläubiger hat nur ohne schuldhaftes Zögern nach Ablauf der Zeit den Hauptschuldner nach Maßgabe von § 772 in Anspruch zu nehmen, das Verfahren ohne wesentliche Verzögerung fortzusetzen und nach dessen Ende ohne schuldhaftes Zögern dem Bürgen anzuzeigen, daß er ihn in Anspruch nehme. Unterbleibt hiervon etwas, so wird der Bürge frei. Hat der Bürge (was der Gläubiger auf eigene Gefahr prüfen muß), die Einrede der Vorausklage nicht, so muß der Gläubiger ohne vorher gegen den Hauptschuldner vorzugehen, dieselbe Anzeige machen, widrigenfalls wiederum der Bürge frei wird. Die rechtzeitige Anzeige dagegen hindert die Befreiung des Bürgen, aber dessen Haftung wächst durch Zuwachs der Hauptverbindlichkeit nicht mehr an, und zwar, wenn die Einrede der Vorausklage besteht, vom Ende des Verfahrens gegen den Hauptschuldner an, anderenfalls von Ablauf der Bürgschaftszeit an. (777).

Ist die Bürgschaft auf Zeit für künftige Verbindlichkeiten übernommen, so gelten die obigen Vorschriften nicht. Das BGB. behandelt diesen Fall überhaupt nicht. Es ist anzunehmen, daß eine Verbürgung für die innerhalb der bestimmten Zeit entstehenden Verbindlichkeiten gemeint ist.]

3. Rückgriff des Bürgen*.

§ 481.

1. Ob der Bürge, welcher geleistet hat, auf den Hauptschuldner zurückgreifen kann, hängt von dem zwischen ihm und dem Hauptschuldner bestehenden Rechtsverhältniß ab. Er kann es nicht, wenn er die Bürgschaft für eine Schuld übernommen hat, welche eigentlich

[3] L. 38 § 1 D. 17, 1, l. 10 C. 4, 35. Vgl. Girtanner S. 529 fg. Auf den Fall der Auftragsbürgschaft will dieß beschränken Hasenbalg S. 695 fg. 711 fg. 813. 815. Vgl. Sf. XXXI. 133. 134, XLV. 249. — Vgl. noch Sf. XXXII. 321.

[* La Roche der Regreß des Bürgen nach gem. deutsch. Re unter Berücksichtigung des E. des deutsch. BGB. Leipz. o. J. (nicht vor 1891).]

Digitized by Google

ihn angeht[1], oder zwar für eine auch materiell fremde Schuld, aber ohne die Absicht den Hauptschuldner zu verpflichten[2]. Sonst kann er zurückfordern nach den Regeln entweder des Auftrags oder der Handlung in fremdem Interesse[3]. Auch wenn er geleistet hat, wozu er nicht verpflichtet war, kann er das Geleistete dann zurückfordern, wenn ihn keine Schuld trifft[4]; und er kann zurückfordern, ohne überhaupt geleistet zu haben, wenn der Gläubiger ihm die Schuld in der Absicht erlassen hat, dadurch ihn zu bereichern[5]. — Dem Bürgen kann zur Sicherheit seines Rückforderungsrechts von dem Hauptschuldner seinerseits ein Bürge gegeben werden (Rückbürge). Besondere Grundsätze gelten für diesen Fall der Bürgschaft nicht[6].

2. So weit der Bürge einen Rückgriff gegen den Hauptschuldner hat[7], kann er von dem Gläubiger verlangen, daß dieser ihm seine Forderung gegen den Hauptschuldner abtrete[8].

---

§ 481. [1] Vgl. l. 24 D. 2, 14, l. 8 § 1 D. 2, 8. [RG. XLII S. 36 fg.]

[2] Z. B. er will dem Hauptschuldner eine eventuelle Schenkung machen, l. 6 § 2 D. 17, 1, l. 9 § 3 D. 14, 6. Oder er verbürgt sich im Hinblick auf einen Dritten, mit oder ohne Absicht, denselben zu verpflichten, oder lediglich in Erfüllung einer ihm auferlegten Verbindlichkeit. L. 53. l. 60 § 1 D. 17, 1, l. 8 D. 7, 5. Vgl. Sf. XXXIV. 210, XXXVI. 126 (RG. I S. 344).

[3] Actio mandati oder actio negotiorum gestorum contraria. L. 6 § 2. l. 18. l. 20 § 1. l. 21. l. 22 pr. § 1. l. 40. l. 60 § 1 D. 17, 1, § 6 I. 3, 20. Condictio, l. 52 D. 17, 1, vgl. l. 53 eod.

[4] L. 10 § 12. l. 29 D. 17, 1, l. 10 C. 4, 35, l. 67 D. 46, 1.

[5] Z. B. um ihm zu schenken, oder auch aus irgend einem andern Grund. Vgl. l. 10 § 13. l. 12 pr. § 1. 2 D. 17, 1, und dazu § 368 [11 a. E.]. Zu l. 11 eod. vgl. § 352 [4]. — Auch schon auf Grund der Verurtheilung hat der Bürge einen Anspruch gegen den Hauptschuldner, natürlich nur auf Liberation. L. 38 § 1 D. 17, 1.

[6] L. 4 pr. D. 46, 1. Budde und Schmidt Entscheidungen des OAG. zu Rostock VI. 52.

[7] Diese Beschränkung wird gewöhnlich nicht hinzugefügt, und ist auch in den Quellen nicht ausdrücklich anerkannt; aber ich halte sie für unzweifelhaft. Hat der Bürge einen Rückgriff gegen den Hauptschuldner deßwegen nicht, weil er demselben das von ihm Gezahlte doch hätte ersetzen müssen, oder weil er auf den Rückgriff verzichtet hat ([1. 2]), so würde ihm auch die vom Gläubiger freiwillig abgetretene Forderung nichts helfen; um so weniger darf er ihre Abtretung verlangen. Hat der Bürge sich gegen das Verbot des Hauptschuldners verbürgt, so darf er sich einen Regreßanspruch, den dieser ausdrücklich abgelehnt hat, auch auf einem Umwege nicht verschaffen. Hasenbalg S. 421; a. M. Brinz 2. Aufl. § 256 [28]. Arndts § 356 [3] gibt dem Bürgen, welcher keinen Rückgriff hat, zwar einen Anspruch auf Abtretung der Forderung, aber gegen diese dem Schuldner doli exceptio. So auch Dernburg II § 80 [8].

[8] S. g. beneficium cedendarum actionum. L. 36 D. 46, 1, l. 2. 21 C. 46, 1, l. 95 § 11 D. 46, 3, Nov. 4 c. 1; vgl. l. 27 § 5. l. 28 D. 17, 1,

Digitized by Google

3. Mitbürgen, welche mehr als ihren Theil geleistet haben, haben einen directen Rückgriff gegen die anderen Mitbürgen nicht[9], wohl aber das Recht auf Forderungsabtretung gegen den Gläubiger, welchen sie befriedigen[10].

[1. Das BGB. hat nicht das System des beneficium cedendar. act. (Text 2) angenommen, sondern sich dahin entschieden, daß die Forderung gegen den Hauptschuldner durch Befriedigung des Gläubigers seitens des Bürgen von selbst auf den Bürgen übergeht, jedoch mit Vorzug des Gläubigers für den Rest seiner Forderung im Falle der Theilbefriedigung (774 Abs. 1 S. 1. 2.). Dieser Uebergang setzt nicht voraus ([7]), daß der Bürge einen anderweit begründeten Regreß gegen den Hauptschuldner hat; es bleiben nur Einwendungen des Hauptschuldners gegen den Bürgen auf Grund ihres Rechtsverhältnisses unter einander gewahrt (774 Abs. 1 S. 3); vgl. insbesondere den Fall bei [1]. Zufolge § 412. 401 gehen mit der Forderung auch Vorzugsrechte, Hypotheken und Pfandrechte über. Von dem Rechte gegen einen Mitbürgen dagegen gilt das nur beschränkt. Mitbürgen

l. 13 D. 46, 1, l. 95 § 10 D. 46, 3; Girtanner S. 211 fg. 248 fg. 468 fg. 533 fg., Hasenbalg S. 401 fg. 651 fg. 784 fg. W. Bischer der Rückgriff des Bürgen nach Schweiz. Obligationenr., ZS. für Schweiz. R. XXIX S. 1 fg. [Lacour de la subrogation entre les codébiteurs solidaires, les cautions et le tiers détenteurs. Origines Romaines. Th. de Paris 1894. Abegg der Einfluß des benefic. cedend. action. auf die Haftung des Bürgen. Erl. Diss. 1896. Brockhues Re und Pflichten des zahlenden Bürgen bezüglich der vom Schuldner oder Dritten gestellten Pfänder. Ein Beitrag z. Lehre von benef. ced. act. Erl. Diss. 1896. Walter die Fälle des benef. ced. act. und ihre juristische Natur nach Pandektenr. unter Berücksichtigung des BGB. f. d. deutsche Reich. Erl. Diss. 1899.] Im Besonderen zu l. 36 cit. vgl. Girtanner S. 535 fg., Hasenbalg S. 414 fg., Hartmann die Obligation S. 47 fg. Re an eigener Sache S. 47 fg., Scheurl kr. VJS. XVIII S. 503 fg, Mitteis die Individualisirung der Obligation S. 10 fg. Vgl. Knorr ACPra. XXVIII S. 170 fg. und Holzschuher III § 311 Nr. 16. Fr. Keil zur Lehre vom beneficium ced. act. Hall. Diss 1880. Sf. VII. 313, XII. 117, XVII. 40, XXII. 142, XXXI. 33, XXXII. 138, XXXVI. 197 (RG., Entsch. III S. 183), RG. XVIII S. 240. [Der Gläubiger braucht nicht abzutreten, wenn die Cession ihn mit Nachtheilen bedroht, und deßhalb regelmäßig nicht bei bloßer Theilbefriedigung: Sf. LIV. 150 (RG.). — Befreiung des Bürgen, soweit der Gläubiger ihm den Ersatz abschneidet, indem er ein Pfandr. oder eine sonstige Sicherheit aufgibt oder fahrlässig verloren gehen läßt, die bei der cessio actionum auf den Bürgen mit übergehen würde: Sf. LII. 154 (OLG. Hamburg und RG.). S. auch Mode (§ 478 [10]) S. 54 fg.]

[9] L. 39 D. 46, 1, l. 11 C. 6, 40 [41], § 4 I. 3, 20. A. M. Girtanner S. 538 [9]. — Sf. XVII. 39, XX. 132, XXII. 237, XXVIII. 225. Bl. f. Rsanwendung zum. in Bayern XXXIII S. 150 fg. 391 fg. [Vereinbarung: s. die Urkunde bei RG. XXXV S. 291.]

[10] L. 17. l. 36. l. 41 § 1 D. 46, 1. l. 11 C. 8, 40 [41], l. 12 D. 46, 6. Dedekind (§ 479) p. 129—133, Hasenbalg S. 428 fg., Goldschmidt Jahrb. für Dogm. XXVI S. 374 fg., A. M. Savigny Obl. I S. 273 fg., Sf. XVII. 144, XX. 46, XXXII. 235, XL. 19.

Digitized by Google

(vgl. 3) haben unter einander im Zweifel Rückgriff zu gleichen Theilen mit Eintritt der Solventen für die Insolventen, und nur soweit der Befriediger Rückgriff hat, geht die Forderung des Gläubigers gegen die Mitbürgen auf ihn über (774 Abs. 2. 426). Hat der Gläubiger ein Vorzugsrecht, Pfandrecht, eine Hypothek, das Recht gegen einen Mitbürgen, aufgegeben, so kann dasselbe auf den befriedigenden Bürgen natürlich nicht übergehen, und derselbe hat eine um soviel geringere Aussicht auf Ersatz. Zu solcher Schmälerung der Ersatzaussichten des Bürgen ist aber der Gläubiger nicht befugt, ohne Rücksicht darauf, ob das Nebenrecht zur Zeit der Verbürgung schon vorhanden war oder später hinzutrat. Der Bürge wird vielmehr insoweit seinerseits befreit, als er aus dem aufgegebenen Rechte hätte Ersatz erlangen können, wenn dasselbe auf ihn übergegangen wäre (776).

2. Ob der Bürge einen eigenen, von dem Uebergang der Forderung des Gläubigers auf ihn unabhängigen Rückgriff gegen den Hauptschuldner hat, richtet sich nach dem unter ihnen bestehenden Rechtsverhältniß. Das Gesetz nimmt Rücksicht auf die beiden Hauptfälle, daß nämlich der Bürge als Beauftragter oder als Geschäftsführer ohne Auftrag Rückgriff nach Auftragsgrundsätzen hat und bestimmt für diese Fälle, daß der Bürge vom Hauptschuldner Befreiung von der Bürgschaft verlangen kann, wenn in näher bestimmter Weise (775 Abs. 1 Ziff. 1—4) für den Bürgen die Gefahr näher gerückt ist, in Anspruch genommen zu werden. Dabei geht das BGB. wesentlich weiter als das gemeine Recht (vgl. § 480, 3. § 481 [5 a. E.]); es genügt schon einfacher Verzug des Hauptschuldners (775 Ziff. 3). Für die oben genannten Hauptfälle bleibt der Satz zu [4] auch im BGB. richtig (vgl. 670. 683). Auch daran wird vom Standpunkte des BGB. kein Zweifel sein, daß, wenn der Gläubiger sich durch Vertrag als vom Bürgen befriedigt bekennt, dieselben Folgen eintreten, als hätte der Bürge ihn wirklich befriedigt (vgl. zu [5]).

3. Für den Rückbürgen zu [6] hat auch das BGB. keine besonderen Vorschriften.]

B. S. g. actiones adjecticiae qualitatis*.

1. Actio quod iussu[1], actio institoria[2], actio exercitoria[2].

§ 482.

* Inst. 4, 7 Dig. 14, 5 Cod. 4, 26 quod cum eo, qui in aliena potestate est, negotium gestum esse dicetur. — Ruhstrat Arch. f. die Prax. des im GH. Oldenburg geltenden R. I S. 16 fg. Buchka Lehre von der Stellvertretung S. 22—61. Brinz kr. Bl. II S. 10—20. Savigny Obl. II S 24 fg. 51 fg. Mandry das gemeine Familiengüterr. II S. 209—611. Baron die adjecticischen Klagen (Abhandlungen aus dem röm. Civilproc. II) 1882. Unterholzner I S. 414—438, Sintenis II S. 378—383, Brinz 2. Aufl. II § 258. 259, Dernburg II S. 34—40. (Die beiden zuerst genannten Darstellungen schließen die actio de peculio aus. Die Schrift von Baron ist überwiegend rhistorischen Inhalts. Vgl. noch Lenel Ed. perpetuum S. 203—228.) F. Frese die gemeinrliche Lehre von der beauftragten Vermögensverwaltung und Willensvertretung (1889) S. 131 fg. (actio quod iussu, institoria, exercitoria).

§ 482. [1] Dig 15, 4 quod iussu. — Thibaut ACPra. XII S. 174 fg. (1829). Müller civilist. Abhandlungen Nr. 4 (1833). Schmid ACPra. XXIX

Digitized by Google

Mit dem Namen actiones adiecticiae qualitatis[3] werden hergebrachtermaßen eine Reihe von Fällen bezeichnet, in welchen Jemand aus den Verpflichtungen eines Andern als Selbstschuldner nach gesetzlicher Regel haftet. Das Gesetz gibt dem Gläubiger zu demjenigen, welcher zunächst sein Schuldner wird, einen zweiten Schuldner; das Verhältniß zwischen diesen beiden Schuldnern ist näher zu denken als Correalverhältniß[4].

Auf die ersten der hierher gehörigen Fälle gehen die in der Ueberschrift des § genannten Klagnamen. Diese Klagnamen bezeichnen folgenden Satz: als Selbstschuldner haftet neben dem ein Rechtsgeschäft Abschließenden derjenige, welcher die Erklärung abgegeben hat, daß das Rechtsgeschäft rechtlich als mit ihm abgeschlossen gelten solle[5]. Diese Erklärung kann direct gegenüber dem anderen Contrahenten ab-

---

S. 111 fg. (1846). Chambon Beiträge zum Obligationenr. S. 179—268 (1851). Mandry a. a. O. S. 543—611 (1877). Drechsler die actio quod jussu (Habilitationsschrift, 1877). Vangerow I § 240 Anm. [Küster über die actio quod iussu. Jen. Diss. 1890.]

[2] Dig. 14, 1 de exercitoria actione; 14, 3 de institoria actione. Cod. 4, 25 de institoria et exercitoria actione. — C. A. Weiske skeptisch-praktische Behandlung einiger civilrl. Gegenstände Nr. 2 (1829). Kritz Pandektenr. I. 1 S. 288—347 (1835). Thöl HR. I § 55. 73—76. [[E. Costa le azioni exercitoria e institoria nel dir. rom. Parma 1891.]] [Schloßmann das Contrahiren mit offener Vollmacht. Kieler Festg. f. Ihering 1892 S. 215 fg. (S. auch Note [9]). Veyrières l'action exercitoire. Th. de Paris 1893. Panhard de l'action institoria. Th. de Paris 1893. Lacroix de l'action institoire. Th. de Paris 1893. Terquem de la responsabilité des propriétaires de navires à raison des faits et actes du capitaine. Th. de Paris 1894. Geppert die Haftung des Rheders aus Handlungen des Schiffers nach r. u. heut. R. Greifsw. Diss. 1894. Brun des actions exercitoria et institoria. Th. de Grenoble 1894. Kleineidam die Haftung des Geschäftsherrn mit der actio institoria und exercitoria nach r. R. Bresl. Diss. 1895. Brasseur de la responsabilité du préposant à raison des faits et des actes de son institor. Th. de Paris 1895. Baudano-Voccolini il mandato commerciale nel dir. rom. Arch. giur. LV p. 399 s. 1895. Rocco le limitazioni alla responsabilità degli armatori. Arch. giur. LIX p. 67 s. 281 s. 495 s., bes. p. 72 s. 1897. Brünell gehören die actiones qu. iussu, institoria und exercitoria noch dem heutigen Re an? Erl. Diss. 1898. Gandolfo la priorità nei rapporti cronologici tra le actiones institoria e exercitoria. Arch. giur. LXIV p. 45 s. 1900.]

[3] Derselbe beruht auf l. 5 § 1 D. 14, 1: — „hoc . . edicto non transfertur actio sed adicitur". Vgl. l. 1 § 17. 24 D. eod., l. 17 § 1 D. 14, 3.

[4] S. § 297 [6], und vgl. über die verschiedenen Auffassungen Mandry S. 288 fg. und Citate das., Baron S. 142 fg., Brinz Pand. II S. 203 fg.

[5] L. 1 pr. D. 15, 4. „Merito ex iussu domini in solidum adversus eum iudicium datur; nam quodammodo cum eo contrahitur qui iubet". L. 5 § 3 D. 14, 4.

Digitized by Google

gegeben werden[6], sie liegt aber auch schon darin, daß Jemand zur Besorgung eines gewissen Geschäftskreises angestellt wird[7], ja sie liegt

[6] Auf diesen Fall geht die actio quod iussu. Das Wort iussus hat hier den technischen Sinn, welcher in § 412 [8a] bezeichnet worden ist; es bedeutet nicht Befehl, sondern Verweisung, Anweisung. Indem man diese technische Bedeutung von iussus verkannte und zu gleicher Zeit in's Auge faßte, daß die actio quod iussu auf den Fall berechnet ist, wo Jemand durch gewaltunterworfene Personen verpflichtet werden will ([10]), hat man die Behauptung aufgestellt, daß der iussus an den Gewaltunterworfenen gerichtet werden müsse, oder doch, daß dieß der Normalfall der actio quod iussu sei. Vgl. den Bericht bei Vangerow a. a. O. Nr. 1. Die Quellen sprechen fast allein von einem iussus an den Dritten (s. namentlich l. 1 § 8. 9. l. 2 pr. § 1. 2. l. 3. l. 4. l. 5 § 1 D. 15, 4, § 1. 5 I. 4, 7, l. 13 C. 4, 26), und die einzige Stelle (zu l. 1 § 2 D. 15, 4 vgl. l. 12 D. 14, 6), in welcher der iussus unzweifelhaft auf den Gewaltunterworfenen bezogen wird, l. 2 D. 14, 5, hat nicht die Absicht, die Voraussetzungen gerade der actio quod iussu anzugeben. Ein Geheiß an den Gewaltunterworfenen kann die actio quod iussu nur insofern begründen, als in diesem iussus indirect ein iussus auch an den Dritten liegt (vgl. [7]), und in diesem Sinne wird aus einem solchen Geheiß — jedoch ohne daß es als iussus bezeichnet wird — die actio quod iussu allerdings gegeben in l. 5 § 2 D. 15, 3, l. 10 § 2 D. 46, 1, vgl. l. 1 § 8. 9 D. 15, 4; s. andererseits aber auch l. 6 C. 4, 25 ([8]). — Der iussus enthält eine Verpflichtungserklärung. Dieß leugnet Mandry a. a. O., indem er behauptet, das Wesen des iussus bestehe in der Zustimmung zu dem von dem Anderen abgeschlossenen Rgeschäft. Der eigentliche Grund der actio quod iussu (wie aller actiones adiecticiae qualitatis gegen den Gewalthaber) sei „die Concentration alles Erwerbes des Gewaltunterworfenen im Vermögen des Hausherrn", welche es billig erscheinen lasse, daß der Hausherr auch die von dem Gewaltunterworfenen begründeten Verpflichtungen trage, und die Bedeutung des iussus sei nur die, daß durch denselben das Hinderniß hinweggeräumt werden solle, welches darin liege, daß Niemand sich ohne seinen Willen eine Einwirkung auf sein Vermögen gefallen zu lassen brauche. Ich muß gestehen, daß es mir schwer wird, mir den Unterschied des so gefaßten iussus von einer Verpflichtungserklärung zu denken. Soll die Einwirkung auf mein Vermögen erst durch meinen Willen möglich werden, so muß doch mein Wille auf diese Einwirkung gerichtet sein. In der That fügt denn auch Mandry hinzu, daß der Grund, weßwegen die Zustimmung des iubens verlangt werde, „die Nothwendigkeit einer ermächtigenden Erklärung" sei, und er bestimmt geradezu das Wesen des iussus als Ermächtigung. Ermächtigung wozu? — wenn nicht zur Belastung des iubens mit einer Verpflichtung. So liegt das Eigenthümliche der Auffassung Mandry's nur darin, daß er den Verpflichtungswillen des iubens erst in die zweite Linie, und in die erste Linie den Erwerb des Gewaltunterworfenen für den Gewalthaber stellt. Erwägt man nun, daß dieses letztere Moment bei der actio institoria und exercitoria wegfällt, so wird die Richtigkeit der Auffassung Mandry's doch recht zweifelhaft. Gegen Mandry auch Drechsler S. 106 fg. — Noch andere Auffassungen der Bedeutung des iussus bei Brinz Pand. II S. 204 fg., Baron die Condictionen (Abhandlungen aus dem röm. Civilproz. I) S. 247 fg. [S. noch Wendt Anweisungsr. S. 24 fg. 29 fg.]

[7] Hierauf beruhen die actio institoria und die actio exercitoria (vgl. § 304 [10]). Die actio institoria ist begründet gegen denjenigen, welcher einen

Digitized by Google

in jedem Auftrag zum Abschluß eines Rechtsgeschäftes, welcher Jemandem ertheilt wird[8]. Nur ist in diesen letzteren Fällen erforderlich, daß das Rechtsgeschäft mit Bezugnahme auf Anstellung bez. Auftrag abgeschlossen worden sei, näher, daß der dritte Vertragschließende nicht bloß die Anstellung bez. den Auftrag gekannt habe, sondern daß auch sein Wille, eben wegen der Anstellung bez. des Auftrags den

institor, d. h. einen Gewerbeführer, Gewerbeverwalter angestellt hat (§ 2 I. 4, 7, l. 3 — l. 5 § 8. l. 18 D. 14, 3 Thöl § 55. Die actio exercitoria ist eine Anwendung der actio institoria für einen besonderen Fall (l. 1 pr. D. 14, 1, l. 4 C. 4, 25, l. 7 § 1. l. 13 § 2 D. 14, 3); sie ist begründet gegen den Schiffsrheder (exercitor), welcher einen Schiffsführer (magister navis) angestellt hat (§ 2 I. 4, 7, l. 1 pr. — § 5. 15. 16 D. 14, 1). Vgl. § 8 I. 4, 7: „Ei quoque, qui vel exercitoria vel institoria actione tenetur, directo posse condici placet; quia huius quoque iussu contractum intellegitur". L. 1 § 2 D. 14, 1: — „siquidem, qui magistrum praeponit, contrahi cum eo permittit". L. 29 D. 12, 1. Ueber die in dieser Stelle, wie in § 8 I. 4, 7. (vgl. l. 84 D. 17, 2), erwähnte condictio vgl. Pernice Labeo I S. 511 fg., Bekker Aktionen II S. 123 fg., Mandry S. 326 fg., Brinz Pand. S. 213[47], Baron ([6] a. E.) S. 241 fg. — Bedeutung einer dem institor ertheilten nicht bekannt gemachten Instruction: Sf. XXIII. 227. [Kipp in Paulys Realencyklop. s. v. Condictio II, 1, d. a. E.]

[8] Die Quellen sagen, in diesem Falle sei eine actio ad exemplum institoriae actionis, eine utilis institoria, quasi institoria actio begründet. L. 30 [31] pr. D. 3, 5, l. 19 pr. D. 14, 3, l. 10 § 5 D. 17, 1, l. 13 § 25 D. 19, 1, l. 5. 6 C. 4, 25. In der citirten l. 30 [31] pr. D. 3, 5 wird die „ad exemplum institoriae actionis" gegebene actio als actio negotiorum gestorum bezeichnet. Das ist eine Frage der Formelconception; auch die Formel der actio negotiorum gestorum befähigte den iudex, die Verpflichtung des Auftraggebers ꝛc. zur Geltung zu bringen. Anders Ruhstrat Magazin für das deutsche R. der Gegenwart III S. 1 fg. und IV S. 161 fg. (der erste Aufsatz auch besonders erschienen u. d. T.: die actio neg. gest. des dritten Kontrahenten, Hannover 1883). Ruhstrat sieht in der actio neg. gest. der l. 30 [31] cit. eine eigentliche, aus einem Verzicht des Contrahenten auf sein Forderungsr. gegen den Geschäftsführer, durch welchen Verzicht auch der Geschäftsherr von dem Forderungsr. des Geschäftsführers befreit werde, entstandene actio neg. gest. und auf einen gleichen Verzicht führt Ruhstrat die actio neg. gest. der l. 6 § 1 [§ 5 § 3] D. 3, 5 und die Entscheidung der l. 5 § 1 i. f. D. 26, 9 zurück. Ich halte diese von Ruhstrat neu entdeckte actio neg. gest. für möglich (vgl. auch Sf. XXXIX. 299), glaube aber nicht, daß sie in einer der genannten Stellen enthalten ist. Jedenfalls ist für dieselbe erforderlich, daß der Verzicht des Contrahenten auf sein Forderungsr. gegen den Geschäftsführer im Interesse des Geschäftsherrn ꝛc. gelegen habe, was Ruhstrat IV S. 162 selbst hervorhebt, aber nicht genügend verwerthet. Vgl. auch Kohler Jahrb. f. Dogm. XXV S. 127. Ruhstrat hat seitdem seine actio negotiorum gestorum ad exemplum actionis institoriae wiederholt verfochten, Jahrb. f. Dogm. XXVI S. 462 fg. XXVII S. 129 fg., Sav.-ZS. X S. 323 fg., ZS. f. HR. XXXVII S. 43 fg. — Schloßmann Jahrb. f. Dogm. XXVIII S. 287 fg.: die actio neg. gest. der l. 30 [31] cit. sei die actio des Bürgen; daß die Stelle die gleiche

Digitized by Google

Vertrag abzuschließen, erkennbar hervorgetreten sei[9]. Der im Voraus abgegebenen Erklärung steht hinterherige Genehmigung gleich[9a]. Ob derjenige, welcher das Rechtsgeschäft abschließen soll, in der Gewalt des Erklärenden steht oder unabhängig von ihm ist, ist gleichgültig[10]. Ebenso ist gleichgültig, ob das Rechtsgeschäft die Angelegenheiten des Abschließenden oder die des Erklärenden betrifft[11]. Nur muß, wenn

Klage auch dem Darlehensgeber gewähre, beruhe auf Interpolation oder Textverderbniß.

[9] L. 1 § 9 D. 14, 1. Thöl § 74. A. M. (für beide genannte Punkte) Mandry kr. VJS. XIV S. 395 fg. und a. a. O. S. 601 fg., Hellmann Stellvertr. S. 80 fg. Für die hier vertheidigte Ansicht Zimmermann stellvertretende Negotiorum Gestio S. 105 fg., Mitteis Stellvertretung S. 25 fg. (mit Berufung namentlich auf l. 5 § 17 D. 14, 3); vermittelnd Brinz Pand. S. 225. 236. Noch weiter geht Ruhstrat a. a. O. III S. 36 fg. Er hält die actio inst. nur dann für begründet, „wenn die eigentliche Stellvertretung beabsichtigt wurde, so weit sie möglich war"; im Fall des Vertragsschlusses bloß contemplatione domini sei nur die in Note [8] bezeichnete actio neg. gest. möglich. — Gegen die von Savigny Obl. II S. 61—69 aufgestellte Ansicht, daß der Geschäftsherr aus den Rgeschäften seines Geschäftsführers unter allen Umständen hafte, s. namentlich Jhering Jahrb. f. Dogm. I S. 312 fg. 335 fg. Sf. XVIII. 241, XLII. 13. [Schloßmann (2); es ist nur objectiver Zusammenhang zwischen dem Geschäft des institor und der ihm übertragenen Geschäftssphäre erforderlich. Gegen ihn Lenel Jahrb. f. Dogm. XXXVI S. 131 fg. (1896): der institor muß dem Gegner erkennbar gemacht haben, daß er als Angestellter handle; Vertheidigung Schloßmanns das. XXXVIII S. 138 fg. 1898.]

[9a] L. 1 § 6 vgl. § 4 D. 15, 4.

[10] Die actio quod iussu setzt allerdings Gewaltunterworfenheit des Abschließenden voraus, während die actio institoria und die actio exercitoria auch aus Geschäften unabhängiger Personen gegeben werden (§ 2 I. 4, 7). Die actio quasi institoria (8) aber deckt alle Fälle der actio quod iussu. (A. M. in dieser letzteren Beziehung Mandry S. 583 fg.)

[11] Dieß ist bestritten. Nach der Meinung Anderer soll die actio quod iussu (bei der actio institoria und der actio exercitoria ist es von selbst klar, daß es sich um Angelegenheiten des Erklärenden handelt) nur dann begründet sein, wenn das Rgeschäft die Angelegenheiten des Contrahirenden, oder umgekehrt nur dann, wenn es die Angelegenheiten des Erklärenden betrifft; s. den Bericht bei Bangerow a. a. O. Nr. 2, Mandry S. 552, Drechsler S. 68 fg. Aber die erste Meinung beruht auf einer offensichtlich falschen Erklärung der l. 5 pr. D. 15, 4 und l. 4 C. 4, 26, und steht in Widerspruch mit l. 5 § 2 D. 15, 3. Wenn die zweite Meinung richtig wäre, so müßte die actio quod iussu auch bei Rgeschäften in Betreff des peculium concessum unzulässig sein — denn auch diese sind für den Herrn und Vater negotia aliena, da er aus ihnen nur bis zum Belange des peculium haftet — und dieß, wie es bei der allgemeinen Ausdrucksweise der Quellen an und für sich unwahrscheinlich ist, wird direct wiederlegt durch l. 9 § 8 D. 15, 1, l. 10 § 10 D. 15, 3. S. auch l. 1 C. 4, 26, l. 7 D. 26, 1, l. 21 D. 26, 7, Paul. sentent. I, 4 § 6. Eine historische Entwickelung nimmt an Pernice Labeo I S. 514. Ueber l. 25 D. 16, 1 und l. 1 § 5 D. 15, 4 s. die folgende Note. Gegen die hier vertretene Ansicht ausführlich

Digitized by Google

es die Angelegenheiten des Abschließenden betrifft, die Erklärung in dem Sinne erfolgt sein, daß die zu begründende Verbindlichkeit nicht bloß formal sondern auch materiell eine eigene Verbindlichkeit des Erklärenden werden soll; sonst gilt das Recht der Bürgschaft[12]. Betrifft ferner das Rechtsgeschäft die Angelegenheiten des Erklärenden, so wird regelmäßig der Abschließende bei dem Abschluß an den Tag legen, daß er nicht in eigenem Namen sondern im Namen des Erklärenden zu handeln gemeint sei, und dann haftet nach dem im heutigen Recht anerkannten Princip der directen Stellvertretung der Abschließende gar nicht, und nur der Erklärende haftet[13]; ausgeschlossen ist es jedoch nicht, daß der Abschließende auch in eigenem Namen handele, und also zunächst sich, und erst durch sich den Erklärenden, zum Schuldner mache[14]. — Im Einzelnen ist noch Folgendes zu bemerken. 1) Haftet der Erklärende für die Schuld des Abschließenden

---

Drechsler a. a. O., für dieselbe Mandry a. a. O., gegen dieselbe wieder Brinz Pand. S. 222.

[12] Es muß die Erklärung eben nicht zum Zweck der Sicherstellung des dritten Contrahenten abgegeben worden sein. Zu diesem Satze paßt zwar nicht ganz das „periculo meo" in l. 1 § 1 D. 15, 4; aber seine Annahme wird unbedingt nothwendig durch l. 25 D. 16, 1. „Si domina servo suo credi iusserit, actione honoraria tenetur. Quod si pro eo fideiusserit, exceptione SC[i] Velleiani iudicio conventa adversus creditorem tueri se poterit, nisi pro suo negotio hoc fecerit". Ließe die actio quod iussu zu, daß die zu begründende Verbindlichkeit als materiell fremde übernommen werde, so hätte die Haftung der Frau aus der actio quod iussu nicht als unbedingt hingestellt werden können. Vgl. auch l. 1 § 5 D. 15, 4. „Quid ergo si fideiusserit pro servo? Ait Marcellus, non teneri quod iussu; quasi extraneus enim intervenit". — Viel eher könnte man auf Grund dieser Stellen die Behauptung aufzustellen geneigt sein, daß die durch den iussus übernommene Verbindlichkeit nicht bloß eine materiell eigene werden, sondern von Anfang an eine materiell eigene gewesen sein müsse; aber dem steht das in der vorigen Note Bemerkte entgegen.

[13] S. oben § 313.

[14] Man unterscheide folgende Fälle. a) Das Rgeschäft ist von der Art, daß es im Namen des Erklärenden gar nicht vorgenommen werden kann. Von dieser Art ist die Bürgschaft für den Erklärenden; s. l. 10 § 2 D. 46, 1, welche Stelle aus einer von dem Sohne für den Vater geleisteten Bürgschaft gegen den Letzteren die actio quod iussu gibt. b) Das Rgeschäft könnte auch im Namen des Erklärenden vorgenommen werden; aber während der Erklärende den iussus direct an den dritten Contrahenten richtet (actio quo iussu), beauftragt er den Abschließenden ebenso ausdrücklich, in seinem eigenen (des Abschließenden) Namen abzuschließen. c) Die Erklärung an den Dritten liegt in der Anstellung des Abschließenden, in dem ihm ertheilten Auftrag (actio institoria, exercitoria, quasi institoria). In diesem Falle ist, damit die actio institoria etc. überhaupt begründet sei, beim Abschluß des Rgeschäfts Bezugnahme auf die Anstellung ꝛc. erforderlich (9), und es ist zuzugeben, daß in Folge dieser Bezugnahme regel-

Digitized by Google

nur in derjenigen Gestalt, in welcher sie durch den Abschluß des Rechtsgeschäftes begründet worden ist, oder ergreift ihn diese Schuld auch in derjenigen Gestalt, welche sie durch ein späteres rechtswidriges Verhalten des Abschließenden annimmt? Es ist das Letztere zu sagen; nur mit der Maßgabe, daß, wenn das Rechtsgeschäft die Angelegenheiten des Erklärenden betrifft, der Erklärende für die Rechtswidrigkeit des Abschließenden bloß dann haftet, wenn es mit seinem Willen geschehen ist, daß derselbe in eigenem Namen und nicht im Namen des Erklärenden abgeschlossen hat[15]. 2) Mehrere

---

mäßig auch ein Contrahiren im Namen des Prinzipals vorhanden sein wird; aber nothwendig ist dieß nicht. Wie, wenn der Angestellte ꝛc. ausdrücklich erklärte, daß er zwar in Ausführung des ihm ertheilten Auftrages, aber nichtsdestoweniger im eigenen Namen abzuschließen gewillt sei: würde man auch in diesem Falle nicht ihn, oder umgekehrt nur ihn, wollen haften lassen? Nur ihn — wo dieß doch genau der Fall wäre, auf welchen die actio institoria und exercitoria berechnet sind? Und was ausdrücklich erklärt wirksam ist, sollte das weniger wirksam sein, wenn es aus den Umständen als gewollt unzweifelhaft erkannt werden kann? Der hier vertheidigten Ansicht sind Sintenis II S. 370. 362 in der Anm., Brinz 1. Aufl. S. 1617. 2. Aufl. II S. 226, Zaun APraktRW. N. F. I S. 40, 41, Ruhstrat Jahrb. f. Dogm. X S. 209 unt. 210, Hellmann Stellvertretung S. 94, Sf. XXXVI. 31. Dawider namentlich Thöl § 74. III; s. auch Laband ZS. f. HR. X S. 196 fg., Zimmermann stellvertretende Negotiorum Gestio S. 124 fg., Mitteis Stellvertretung S. 308 fg, Dernburg II § 13, 3, Ruhstrat Jahrb. f. Dogm. XXVI S. 497 fg. RG. II S. 166. Auch das HGB. kennt nur Contrahiren in eigenem Namen schlechthin und Contrahiren in fremdem Namen, kein Mittleres (Art. 52 [Gestrichen wegen BGB. 164.]). — Ueber die heutige Anwendbarkeit der actio quod iussu speciell s. die verschiedenen Ansichten bei Chambon S. 253 fg. Vangerow a. a. O. Nr. 3, Sintenis § 102[91], Drechsler S. 89 fg, Brinz II S. 222. 223.

[15] L. 5 § 8. 10 D. 14, 3. Thöl § 86 Nr. 2 schließt die Verhaftung des Prinzipals für unerlaubte Handlungen des Institor unbedingt aus. „Denn so weit der Institor nicht contrahirt, ist er gar nicht in seiner Sphäre als Institor.“ Ich meine, der römische Institor, welcher eben in eigenem Namen contrahiren sollte, war in seiner Sphäre als Institor auch nachdem er contrahirt hatte. Ein unmittelbarer Beweis liegt in den zu Anfang dieser Note genannten Stellen. Thöl meint, in diesen Stellen würden die unerlaubten Handlungen des Institor nicht als die Handlungen eines Institor, sondern als die Handlungen eines Gehülfen, durch welchen der Principal die vom Institor für ihn begründete Verbindlichkeit erfüllen lasse, in Betracht gezogen. Aber der Satz, daß der Schuldner unbedingt für die Handlungen des Gehülfen einstehe, dessen er sich bei der Erfüllung seiner Verbindlichkeiten bedient, kann als richtig nicht anerkannt werden (§ 401 [5]); und auch abgesehen hiervon wäre es doch auffallend, wenn die Frage, ob Jemand Institor sei — denn nur um diese Frage handelt es sich im Zusammenhang jener Stellen — mit Beziehung auf einen Fall erörtert würde, in welchem der Institor als Institor gar nicht in Betracht kommt. Was hätte den Juristen bewegen können, in die Frage, welche er wirklich beantworten will, eine ganz andere Frage hineinzuwerfen und diese nebenbei und ganz stillschweigend mit abzumachen? Wie

Digitized by Google

Erklärende haften jeder auf das Ganze[16]; sie sind, wie mit dem Abschließenden, so unter sich Correalschuldner[16a]. 3) Der Abschließende haftet ebenso unbedingt, wie der Erklärende, und auch wenn er als Geschäftsführer gehandelt hat, nicht etwa nur so lange,

Thöl: Burchardi Verantwortlichkeit des Schuldners für seine Gehülfen S. 166 fg, Ubbelohde ZS. f. HR. VII S. 281. Sf. IV. 35, vgl. V. 164, VI. 190. Gegen Thöl auch v. Wyß Haftung für fremde Culpa S. 122 fg., Goldschmidt ZS. f. HR. XVI S. 331 fg. — Die l. 5 § 10 cit. ist in der neueren Zeit der Gegenstand sehr eingehender Erörterungen geworden, welche sich aber nicht auf die hier verhandelte Frage, sondern auf die Erklärung des Zusammenhanges der Stelle beziehen. Es sind darüber fünf verschiedene Meinungen aufgestellt worden: 1) die von Puchta § 278 [d] (es sei zu lesen: imperarem), vertheidigt von Rudorff das. bis zur 11. Aufl., Dedekind ACPra. XLI S. 192 fg., Burchardi a. a. O.; 2) die von Vangerow III § 661 (Mühlenbruch Cession S. 143 [287], Kritz a. a. O. S. 315 fg.), vertheidigt von Keller Jahrb. d. gem. R. II S. 218 fg. und Rudorff zu Puchta in der 11. Aufl.; 3) die von Thöl a. a. O., vertheidigt im Wesentlichen von Ude ACPra. LIII S. 269 fg., Goldschmidt ZS. f. HR. XVI S. 335; 4) die mit der Thöl'schen Meinung sachlich übereinstimmende Meinung von Ihering Jahrb. f. Dogm. II S. 78 fg. (es sei zu lesen: discipul*us* *ser*vis); 5) Mommsen in seiner Ausgabe emendirt imper*are*nt, was in der Sache mit der Puchta'schen Auffassung übereinzustimmen scheint; zustimmend Pernice Labeo II S. 351 [24]. Von diesen verschiedenen Meinungen würde auf die hier verhandelte Frage nur die Vangerow-Keller'sche von Einfluß sein, nach welcher die Personen des Institor und des die unrmäßige Handlung Begehenden nicht zusammenfallen, dieser letztere vielmehr nur als Gehülfe erscheint. Aber gegen diese Erklärung spricht: 1) daß auch in den beiden vorhergehenden §§ der Institor und der die unrmäßige Handlung Vornehmende dieselbe Person sind; 2) daß es in der von Keller angezogenen Stelle aus den sententiae des Paulus II, 8 § 3 heißt: „quod cum discipulis . . . contractum est", wonach also das Thöl-Ihering'sche Bedenken aufrecht bleibt; 3) wenn die Lehrlinge durch ihr Annehmen den Institor verpflichten können, warum nicht auch den abwesenden Principal, welcher sein Geschäft in seiner Abwesenheit durch einen „procurator" weiter treiben läßt? Mir scheint von allen jenen Erklärungen die Ihering'sche noch am Meisten für sich zu haben. Die Puchta'sche hat, wie ich glaube, durch die von Rudorff in der 8. Aufl. am Schluß hinzugefügte Bemerkung nicht gewonnen. Zu dem letzten Satz der Stelle vgl. noch l. 5 pr. D. 15, 4, l. 4 C. 4, 26. Der seit der 5. Aufl. erschienene Aufsatz von Schloßmann ACPra. LXIII S. 208 fg. beschäftigt sich hauptsächlich mit dem „procurator" der Stelle; im Uebrigen geht er von der oben bei 2 bezeichneten Auffassung aus.

[16] L. 5 § 1 D. 15, 4, l. 1 § 25 — l. 4 § 2 D. 14, 1, l. 13 § 2. l. 14 D. 14, 3. Thöl HR. § 118 S. 396 fg. behauptet, die solidarische Verhaftung falle weg, wenn der Regreß gegen den Genossen aus rlichen oder factischen Gründen ausgeschlossen sei. Er beruft sich dafür weniger auf l. 14 D. 14, 3 (a. a. O. [15]), als auf l. 13 § 2 eod. in Verbindung mit l. 27 § 8. l. 28 D. 15, 1, in welchen letzteren Stellen aber von Fällen die Rede ist, in denen eine solidarische Verhaftung des Genossen gar nicht stattfindet. Vgl. auch Vangerow III S. 494, Gensel APraktRW. N. F. I S. 191.

[16a] Denn sie haften aus derselben Obligation.

Digitized by Google

nur in derjenigen Gestalt, in welcher sie durch den Abschluß des Rechtsgeschäftes begründet worden ist, oder ergreift ihn diese Schuld auch in derjenigen Gestalt, welche sie durch ein späteres rechtswidriges Verhalten des Abschließenden annimmt? Es ist das Letztere zu sagen; nur mit der Maßgabe, daß, wenn das Rechtsgeschäft die Angelegenheiten des Erklärenden betrifft, der Erklärende für die Rechtswidrigkeit des Abschließenden bloß dann haftet, wenn es mit seinem Willen geschehen ist, daß derselbe in eigenem Namen und nicht im Namen des Erklärenden abgeschlossen hat[15]. 2) Mehrere

---

mäßig auch ein Contrahiren im Namen des Prinzipals vorhanden sein wird; aber nothwendig ist dieß nicht. Wie, wenn der Angestellte ꝛc. ausdrücklich erklärte, daß er zwar in Ausführung des ihm ertheilten Auftrages, aber nichtsdestoweniger im eigenen Namen abzuschließen gewillt sei: würde man auch in diesem Falle nicht ihn, oder umgekehrt nur ihn, wollen haften lassen? Nur ihn — wo dieß doch genau der Fall wäre, auf welchen die actio institoria und exercitoria berechnet sind? Und was ausdrücklich erklärt wirksam ist, sollte das weniger wirksam sein, wenn es aus den Umständen als gewollt unzweifelhaft erkannt werden kann? Der hier vertheidigten Ansicht sind Sintenis II S. 370. 362 in der Anm., Brinz 1. Aufl. S. 1617. 2. Aufl. II S. 226, Zaun APraktRW. N. F. I S. 40, 41, Ruhstrat Jahrb. f. Dogm. X S. 209 unt. 210, Hellmann Stellvertretung S. 94, Sf. XXXVI. 31. Dawider namentlich Thöl § 74. III; s. auch Laband ZS. f. HR. X S. 196 fg., Zimmermann stellvertretende Negotiorum Gestio S. 124 fg., Mitteis Stellvertretung S. 308 fg, Dernburg II § 13, 3, Ruhstrat Jahrb. f. Dogm. XXVI S. 497 fg. RG. II S. 166. Auch das HGB. kennt nur Contrahiren in eigenem Namen schlechthin und Contrahiren in fremdem Namen, kein Mittleres (Art. 52 [Gestrichen wegen BGB. 164.]). — Ueber die heutige Anwendbarkeit der actio quod iussu speciell s. die verschiedenen Ansichten bei Chambon S. 253 fg. Vangerow a. a. O. Nr. 3, Sintenis § 102 [91], Drechsler S. 89 fg, Brinz II S. 222. 223.

[15] L. 5 § 8. 10 D. 14, 3. Thöl § 86 Nr. 2 schließt die Verhaftung des Prinzipals für unerlaubte Handlungen des Institor unbedingt aus. „Denn so weit der Institor nicht contrahirt, ist er gar nicht in seiner Sphäre als Institor." Ich meine, der römische Institor, welcher eben in eigenem Namen contrahiren sollte, war in seiner Sphäre als Institor auch nachdem er contrahirt hatte. Ein unmittelbarer Beweis liegt in den zu Anfang dieser Note genannten Stellen. Thöl meint, in diesen Stellen würden die unerlaubten Handlungen des Institor nicht als die Handlungen eines Institor, sondern als die Handlungen eines Gehülfen, durch welchen der Principal die vom Institor für ihn begründete Verbindlichkeit erfüllen lasse, in Betracht gezogen. Aber der Satz, daß der Schuldner unbedingt für die Handlungen des Gehülfen einstehe, dessen er sich bei der Erfüllung seiner Verbindlichkeiten bedient, kann als richtig nicht anerkannt werden (§ 401 [5]); und auch abgesehen hiervon wäre es doch auffallend, wenn die Frage, ob Jemand Institor sei — denn nur um diese Frage handelt es sich im Zusammenhang jener Stellen — mit Beziehung auf einen Fall erörtert würde, in welchem der Institor als Institor gar nicht in Betracht kommt. Was hätte den Juristen bewegen können, in die Frage, welche er wirklich beantworten will, eine ganz andere Frage hineinzuwerfen und diese nebenbei und ganz stillschweigend mit abzumachen? Wie

Digitized by Google

Erklärende haften jeder auf das Ganze[16]; sie sind, wie mit dem Abschließenden, so unter sich Correalschuldner[16a]. 3) Der Abschließende haftet ebenso unbedingt, wie der Erklärende, und auch wenn er als Geschäftsführer gehandelt hat, nicht etwa nur so lange,

Thöl: Burchardi Verantwortlichkeit des Schuldners für seine Gehülfen S. 166 fg, Ubbelohde ZS. f. HR. VII S. 281. Sf. IV. 35, vgl. V. 164, VI. 190. Gegen Thöl auch v. Wyß Haftung für fremde Culpa S. 122 fg., Goldschmidt ZS. f. HR. XVI S. 331 fg. — Die l. 5 § 10 cit. ist in der neueren Zeit der Gegenstand sehr eingehender Erörterungen geworden, welche sich aber nicht auf die hier verhandelte Frage, sondern auf die Erklärung des Zusammenhanges der Stelle beziehen. Es sind darüber fünf verschiedene Meinungen aufgestellt worden: 1) die von Puchta § 278 [d] (es sei zu lesen: imperar*em*), vertheidigt von Rudorff das. bis zur 11. Aufl., Dedekind ACPra. XLI S. 192 fg., Burchardi a. a. O.; 2) die von Vangerow III § 661 (Mühlenbruch Cession S. 143 [287], Kritz a. a. O. S. 315 fg.), vertheidigt von Keller Jahrb. d. gem. R. II S. 218 fg. und Rudorff zu Puchta in der 11. Aufl.; 3) die von Thöl a. a. O., vertheidigt im Wesentlichen von Ude ACPra. LIII S. 269 fg., Goldschmidt ZS. f. HR. XVI S. 335; 4) die mit der Thöl'schen Meinung sachlich übereinstimmende Meinung von Jhering Jahrb. f. Dogm. II S. 78 fg. (es sei zu lesen: discipul*us* ser*vis*); 5) Mommsen in seiner Ausgabe emendirt imperar*ent*, was in der Sache mit der Puchta'schen Auffassung übereinzustimmen scheint; zustimmend Pernice Labeo II S. 351 [24]. Von diesen verschiedenen Meinungen würde auf die hier verhandelte Frage nur die Vangerow-Keller'sche von Einfluß sein, nach welcher die Personen des Institor und des die unrmäßige Handlung Begehenden nicht zusammenfallen, dieser letztere vielmehr nur als Gehülfe erscheint. Aber gegen diese Erklärung spricht: 1) daß auch in den beiden vorhergehenden §§ der Institor und der die unrmäßige Handlung Vornehmende dieselbe Person sind; 2) daß es in der von Keller angezogenen Stelle aus den sententiae des Paulus II, 8 § 3 heißt: „quod cum discipulis . . . contractum est", wonach also das Thöl-Jhering'sche Bedenken aufrecht bleibt; 3) wenn die Lehrlinge durch ihr Annehmen den Institor verpflichten können, warum nicht auch den abwesenden Principal, welcher sein Geschäft in seiner Abwesenheit durch einen „procurator" weiter treiben läßt? Mir scheint von allen jenen Erklärungen die Jhering'sche noch am Meisten für sich zu haben. Die Puchta'sche hat, wie ich glaube, durch die von Rudorff in der 8. Aufl. am Schluß hinzugefügte Bemerkung nicht gewonnen. Zu dem letzten Satz der Stelle vgl. noch l. 5 pr. D. 15, 4, l. 4 C. 4, 26. Der seit der 5. Aufl. erschienene Aufsatz von Schloßmann ACPra. LXIII S. 208 fg. beschäftigt sich hauptsächlich mit dem „procurator" der Stelle; im Uebrigen geht er von der oben bei 2 bezeichneten Auffassung aus.

[16] L. 5 § 1 D. 15, 4, l. 1 § 25 — l. 4 § 2 D. 14, 1, l. 13 § 2. l. 14 D. 14, 3. Thöl HR. § 118 S. 396 fg. behauptet, die solidarische Verhaftung falle weg, wenn der Regreß gegen den Genossen aus rlichen oder factischen Gründen ausgeschlossen sei. Er beruft sich dafür weniger auf l. 14 D. 14, 3 (a. a. O. [15]), als auf l. 13 § 2 eod. in Verbindung mit l. 27 § 8. l 28 D. 15, 1, in welchen letzteren Stellen aber von Fällen die Rede ist, in denen eine solidarische Verhaftung des Genossen gar nicht stattfindet. Vgl. auch Vangerow III S. 494, Gensel APraktRW. N. F. I S. 191.

[16a] Denn sie haften aus derselben Obligation.

Digitized by Google

wie seine Geschäftsführung dauert[17]. 4) Ein Forderungsrecht aus dem abgeschlossenen Rechtsgeschäft hat der Erklärende, abgesehen von der Einwirkung eines zwischen ihm und dem Abschließenden bestehenden Gewaltverhältnisses, der Regel nach nicht[17a], und nur in Ausnahmefällen wird ihm ein solches auch ohne Cession gewährt[18].

2. Actio de in rem verso*.

§ 483.

Als Selbstschuldner haftet neben dem ein Rechtsgeschäft Abschließenden auch der durch dieses Rechtsgeschäft Bereicherte[1] bis zum

---

[17] Denn er hat sich in eigenem Namen verpflichten wollen. L. 67 D. 3, 3. Man hat das Gegentheil behauptet wegen l. 20 D. 14, 3, welche aber von einem Falle handelt, in dem angenommen wird, daß der Geschäftsführer gar nicht die Absicht gehabt habe, überhaupt eine Verpflichtung für sich zu begründen („nec iure bis verbis obligatum"). Ruhstrat (Note *) S. 45. 46 und ACPra. XXX S. 345, Thöl § 75 [35], Vangerow III § 661 Anm. — Noch viel weniger begründet ist die Behauptung, daß der Geschäftsführer auch bei währender Geschäftsführung nicht genöthigt werden könne, den Gläubiger aus eigenem Vermögen zu befriedigen. Vgl. Vangerow a. a. O. und andererseits Holzschuher III § 276 Nr. 5.

[17a] L. 49 § 2 D. 41, 2. Sf. XXVI. 213.

[18] Namentlich im Fall des Concurses des Abschließenden. L. 2 D. 14, 3: — „si modo aliter rem suam servare non potest". L. 5 D. 46, 5: — „bonis eius venditis". S. ferner l. 1 § 18 D. 14, 1: — propter ministerium annonae"; l. 26 D. 12, 1; l. 10 D. 3, 4; l. 5 D. 46, 5, l. 27 § 1. l. 28 D. 3, 3. Wie die Compilatoren die in der citirten l. 2 D. 14, 3 bezeichnete Maßgabe der l. 1 eod. hinzugefügt haben, so ist mit derselben auch l. 13 § 25 D. 19, 1 zu verstehen. Mühlenbruch Cession S. 145. 146. Thöl § 75. II, Schmid Cession I S. 403 fg. 422 fg., Jhering APraktRW. N. F. IV S. 335 fg. Der letztgenannte Schriftsteller versteht jetzt (Jahrb. f. Dogm. XII S. 378 fg.) die citirte l. 13 § 25 D. 19, 1 von einer Widerklage. (Die dabei in Note [74] gegen mich gemachte Bemerkung [„ähnlich Windscheid § 313"] ist ungerechtfertigt, da in § 313 ausdrücklich auf § 482 verwiesen ist.) S. auch Zimmermann stellvertretende Negotiorum Gestio S. 117 fg. Für unbedingten Uebergang der Forderung auf den Geschäftsherrn Ruhstrat Jahrb. f. Dogm. XXVI S. 481 fg.

* Dig. 15, 3 de in rem verso. — S. außer den bei § 482 Note * genannten Schriftstellern (Mandry S. 454—543): Keller commentatio ad L. Si ex duobus 32 pr. § 1 ff. de peculio (1822). Kritz Pandektenr. I. 1 S. 429—476 (1835). Leist civilistische Studien II S. 61—102 (1855). H. Witte Bereicherungsklagen S. 256—273 (1859). Th. Löwenfeld die selbständige Actio de in rem verso (Münch. Diss. 1873). Ruhstrat Jahrb. f. Dogm. XV S. 268—311 (1877). Ders. das. XIX S. 416—458 (1881). [Schloßmann über die s. g. act. negotior. gestorum ad exemplum institoriae Jahrb. f. Dogm. XXVIII S. 287 fg. bes. S. 331 fg. 1889.] [V. Mori caratteri dell' actio de in rem verso nel dir. rom. ed italiano. Firenze

Digitized by Google

Belange der Bereicherung; jedoch nur mit folgenden Maßgaben. 1) Es muß die Bereicherung dem Bereicherten in einer Weise zugegangen sein, daß er dadurch zum Ersatz an den Abschließenden verpflichtet wird[2]; auch muß die Verpflichtung nicht hinterher wieder

---

1891]]. [Lenel ACPra. LXXVIII S. 354 fg. 1892. v. Tuhr actio de in rem verso. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Geschäftsführung. Freib. u. Leipzig 1895. Dazu Schloßmann Jahrb. f. Dogm. XXXV S. 78 fg. (1896). Hellmann kr. VJS. XXXVIII S. 43 fg. (1896), Vertheidigung v. Tuhrs gegen Schloßmann Jahrb. f. Dogm. XXXV S 431 fg. (1896); sodann Schloßmann das. XXXVI S. 316 fg. (1896), Brühl die Voraussetzungen der Klage aus der nützlichen Verwendung nach gem. u. preuß. R. Erl. Diss. 1898. Mancaleoni la in rem versio nel diritto giustinianeo. Filangieri XXIV No. 5 p. LVII s. (1899).]

[1] L. 1 pr. D. 15, 3: — „tenentur . . . si in rem eorum, quod acceptum est, conversum sit, quasi cum ipsis potius contractum videatur". § 483.

[2] Mit Rücksicht auf den gewöhnlichen Fall, wo die Bereicherung dem Bereicherten durch den das Rgeschäft Abschließenden selbst zugeht ([7]), heißt es in den Quellen, dieser dürfe dem Bereicherten nicht animo donandi, er müsse ihm animo negotia gerendi die Bereicherung zugewendet haben. L. 7 pr. l. 10 § 2 D. 15, 3, l. 5 § 3 eod. Auch l. 3 § 2 D. 15, 3. („Et regulariter dicimus, toties de in rem verso esse actionem, quibus casibus procurator mandati, vel qui negotia gessit negotiorum gestorum haberet actionem") darf hierher gezogen werden, obgleich diese Stelle, wie der Zusammenhang lehrt, unmittelbar nur von der Frage handelt, wann man sagen dürfe, daß der Herr wirklich bereichert worden sei. — Witte a. a. O. führt, namentlich auf Grund der zuletzt genannten Stelle, in weiterer Entwickelung eines Gedankens von Keller, die actio de in rem verso auf eine Fiction der Cession der dem Abschließenden gegen den Bereicherten zustehenden actio mandati oder negotiorum gestorum zurück, indem er für den Fall, von welchem das r. R. ausgegangen ist, dem, wo der Abschließende der Gewalt des Bereicherten unterworfen ist ([4]), die weitere Fiction hinzunimmt, daß dem Abschließenden eine Klage gegen den Gewalthaber wirklich zustehe. Ich glaube nicht, daß dieß der Gedankenzusammenhang des r. R. ist. Mir ist es nicht zweifelhaft, daß der wirkliche Anlehnungspunkt der actio de in rem verso die actio de peculio ist. Wenn der Gewaltunterworfene ein peculium hat und die actio de peculio noch begründet ist, so ist die actio de in rem verso überflüssig, indem die natürliche Verbindlichkeit, welche für den Gewalthaber aus der zu seinen Gunsten gemachten Verwendung entstanden ist, bei der Berechnung des peculium mit in Anschlag gebracht wird (l. 1 § 2. l. 19 D. 15, 3). In der actio de in rem verso wird nun die natürliche Verbindlichkeit des Gewalthabers aus der Verwendung auch für den Fall zur Geltung gebracht, wo die actio de peculio entweder nie begründet gewesen ist oder begründet zu sein aufgehört hat. Auf diesen Zusammenhang weist auch hin, daß beide Klagen in derselben Formel zusammengefaßt wurden (Gai. IV, 73, § 4 I. 4, 7). Vgl. l. 19 cit. i. f.: — „quae tamen adiectio tunc necessaria est, cum annus post mortem filii excessit". Vgl. Lenel Ed. perpetuum S. 23 fg. Noch weiter geht Baron (§ 482 Note *) S. 6 fg.); derselbe glaubt, die actio de in rem verso setze das Dasein eines peculium zur Zeit der Verwendung voraus. S. darüber Bekker Sav.-ZS. IV S. 101.

Digitized by Google

weggefallen sein[3]. Doch ist das Erforderniß der Ersatzverpflichtung des Bereicherten gegenüber dem Abschließenden nicht unbestritten, und zwar nicht bloß für den Fall, wo der Abschließende ein selbständiger Mensch ist, sondern auch für den Fall, wo er der väterlichen Gewalt des Bereicherten unterworfen ist[4]. 2) Ist der Abschließende der väterlichen Gewalt des Bereicherten nicht unterworfen,

[v. Tuhr S. 16 fg.: der juristische Grund der actio de in rem verso liegt in den Naturalansprüchen des Sklaven oder Haussohnes aus Auftrag und Geschäftsführung. Ihre Grundlage ist nicht Bereicherung des Herrn, sondern die für ihn (S. 173 fg. 188 fg.) nicht animo donandi unternommene (S. 196 fg.) nützlich begonnene Geschäftsführung, wobei die Gefahr des so begonnenen Geschäfts auf den Herrn fällt (S. 208 fg.). Dementsprechend ist auch Fortdauer einer Bereicherung nicht zu fordern (S. 224 fg.); der Kenntniß des Gläubigers von der Geschäftsführungsabsicht bedarf es nicht (S. 171 fg.). Der Gewaltunterworfene hat (naturale) Forderung auf Liberation, wenn er sich im Interesse des Gewalthabers zum Schuldner macht (S. 130). Wie nun, wenn ein Gemeinschuldner einen Liberationsanspruch hat, die Geltendmachung dieses Anspruchs eben seines Inhalts wegen nur zur Befriedigung des Gläubigers führt, von dessen Forderung der Gemeinschuldner befreit zu werden verlangen kann (S. 123 fg.), so kann auch bei der actio de peculio ein anderer Gläubiger (A) als derjenige (B), zu dessen Schuldner der Gewaltunterworfene sich im Interesse des Herrn gemacht hat, zwar auf das Peculium im Uebrigen greifen, aber nicht auf den naturalen Liberationsanspruch des Gewaltunterworfenen gegen den Herrn. Denn der Inhalt dieses Anspruchs ist nur Befreiung von der Forderung des B. B dagegen kann sowohl auf das Peculium im Uebrigen greifen, wie den Anspruch des Unterworfenen auf Befreiung von der Forderung des B selbst geltend machen. Das sind dann die beiden Condemnationsclauseln der a. de peculio deque eo quod in rem domini versum est, und das zweite ist dasjenige, was die nach Erlöschen der a. de peculio verbleibende actio de in rem verso geltend macht (S. 130 fg 135 fg.). Die actio de in rem verso fällt fort, wenn der Herr dem Sklaven zahlt, d. h. ihm die zu seiner Befreiung nöthige Summe übergibt (S. 225 fg), oder schon vor der Verpflichtung ihn mit entsprechendem Vorschuß ausstattet (S. 227 fg) (renumeratorische Schenkung s. S. 226 fg., Compensation S. 229 fg.). Diese von v. Tuhr sehr folgerichtig durchgeführte Theorie ist zwar nicht über alle Zweifel erhaben, aber innerlich durchaus einleuchtend.]

[3] L. 10 § 6—9 D. 15, 3. Sf. VI. 192.

[4] Der Fall, wo der Abschließende der Gewalt des Bereicherten unterworfen ist, ist der ursprüngliche Fall der actio de in rem verso; erst später ist sie auf Rgeschäfte Unabhängiger ausgedehnt worden. S. Note [5]. Was nun das Erforderniß der Ersatzverpflichtung des Bereicherten für diesen letzten Fall angeht, s. über die verschiedenen Meinungen die genannte Note. Für Rgeschäfte von Personen unter Gewalt wird das bezeichnete Erforderniß von der herrschenden Meinung anerkannt. Gegen dieselbe haben sich erklärt Brinz kr. Bl. II S. 16, Löwenfeld und Mandry a. a. OO. Diese Schriftsteller wollen unterscheiden, ob der Gewaltunterworfene das Rgeschäft direct für den Vater abgeschlossen habe oder für sein Peculium; nur in letzterem Fall, von welchem l. 7 pr. D. 15, 3 handele, sei es erforderlich, daß die Verwendung des durch das Rgeschäft Erlangten in das Vermögen des Gewalthabers mit der Wirkung erfolgt sei, den-

Digitized by Google

so ist außer dem Moment der Ersatzverpflichtung des Bereicherten noch erforderlich, daß das Rechtsgeschäft in des Bereicherten Angelegenheiten und mit Hinweisung darauf, daß es dessen Angelegenheiten betreffe, abgeschlossen worden sei[5]. Nach einer andern Meinung

selben zum Ersatz zu verpflichten. Es ist auch zuzugestehen, daß Manches in den Quellen vorliegt, was gegen das Erforderniß der Ersatzverpflichtung spricht. So vor Allem l. 7 § 1 D. 15, 3. („Plane si mutuum servus acceperit et donandi animo solvit, dum non vult eum debitorem facere peculiarem, de in rem verso actio est"), welcher Stelle gegenüber ich bereits in den früheren Ausgaben vorgeschlagen habe, statt „est" zu lesen „cessat". Ferner machen, wie nicht zu leugnen ist, der herrschenden Ansicht Schwierigkeit l. 3 pr. D. 15, 3, und l. 12 D. 14, 3, wenn auch nicht, wie mir scheint, die ferner von Mandry genannten l. 17 § 4 eod. und l. 10 § 5 D. 15, 3. Von der anderen Seite steht l. 10 § 2 D. 15, 3, und was l. 7 pr. D. 15, 3 angeht bleibt die Frage, warum denn bei der Verwendung aus dem Peculium animus obligandi erforderlich sein soll, wenn er bei der directen Verwendung nicht erforderlich ist. Was die genannten Schriftsteller in Betreff des einen und des anderen Punktes vorbringen, übrigens theilweise von einander abweichend, hat mich nicht überzeugt, und so habe ich, obgleich ich zugestehe, daß Zweifel übrig bleiben, es nicht für angezeigt gehalten, die herrschende Meinung zu verlassen. Neuere Literatur: Brinz Pand. II S. 220, Huschke Darlehn S. 72. S. auch Ruhstrat in dem zweiten der in Note * genannten Aufsätze. Neuestens Dernburg II § 14, 3.

[5] Wenn der das Rgeschäft Abschließende der Gewalt des Bereicherten unterworfen ist, so ist es nicht erforderlich, daß das Rgeschäft in Angelegenheiten des Gewalthabers abgeschlossen worden sei. L. 5 § 3. l. 3 § 1 i. f. D. 15, 3, l. 3 pr. l. 7 § 3 eod. Die gegentheilige Behauptung Leist's S. 64, welcher sogar so weit geht, zu verlangen, daß auch der dritte Contrahent im Hinblick auf den Gewalthaber abgeschlossen habe, findet weder in l. 3 § 9 D. 15, 3, noch in den übrigen von Leist angeführten Stellen eine Stütze. Zu Paul. sentent. II, 9 § 1 vgl. die Note von Huschke in seiner Ausgabe. Der animus negotia gerendi des Abschließenden beim Abschluß des Geschäfts ist nur insoweit nöthig, als im gegebenen Fall ohne ihn kein Ersatzanspruch gegen den Bereicherten begründet sein würde (Note [6] und l. 7 § 4 D. 15, 3. [7]). S. auch Witte S. 270 fg. Ist dagegen der das Rgeschäft Abschließende der Gewalt des Bereicherten nicht unterworfen, so ist die actio de in rem verso gegen den Bereicherten nur dann begründet, wenn sowohl: a) das Rgeschäft in dessen Angelegenheiten abgeschlossen worden, als auch b) der Abschließende dabei als Geschäftsführer hervorgetreten ist. Das erste Erforderniß ist früher vielfach verkannt worden, woraus sich eine ganz ungebührliche Ausdehnung der actio de in rem verso ergeben hat; jetzt wird es wohl nicht mehr bestritten. S. Kämmerer ZS. f. CR. u. Pr. VIII S. 350 fg., Fritz Erläuterungen II S. 248, Witte S. 268, Sintenis § 102 [86], Ude ACPra. L S. 374 fg. Was die Praxis angeht: Sf. I. 211, IV. 221, VIII. 257, XVI. 44, XXXIII. 22, XXXVI. 31, Bl. f. RAnw. zum. in Bayern XXIII S. 184 [Sf. LIII. 84.]. Das zweite Erforderniß wird auch heutzutage bei Weitem nicht allgemein anerkannt. Für dasselbe mit Lebhaftigkeit Ihering Jahrb. f. Dogm. I S. 339 fg., Sf. XLII. 13 [RG. XLIII S. 161 fg.]; dagegen Ruhstrat in dem § 482* cit. Aufsatz 49 fg. und Magazin f. d. deutsche R. der Gegenwart III S. 19—60

Digitized by Google

geht die durch Rechtsgeschäfte Selbständiger für dieselben begründete Verbindlichkeit auf den Bereicherten überhaupt nicht über[5a].

(s. aber auch das. IV S. 219 fg.), Thöl 4. Aufl. § 27b a. E., Dernburg II § 14 a. E., Sf. XXIX. 29. Aus den Quellen läßt sich eine directe Entscheidung nicht gewinnen. In l. 13 C. 4, 2 auf welche sich früher Ruhstrat berief (an dem zuerst genannten Ort, anders Magazin ꝛc. S. 20 fg.), wird das Gewicht des „principaliter obligatum" durch die von Jhering angeführte l. 4 C. 2, 24 [25] gebrochen. L. 7 § 1 C. 4, 26, l. 82 D. 17, 2 verlangen Geschäftsführung im Allgemeinen, ohne es besonders hervorzuheben, daß der Geschäftsführer als solcher hervorgetreten sein müsse (aus den Worten „et eius personam elegisti" geht nur hervor, daß der dritte Contrahent seine Qualität als Geschäftsführer gekannt habe) — obgleich andererseits auch nichts die Annahme verbietet, und es sogar wahrscheinlich ist, daß sie dieß als selbstverständlich voraussetzen. Für mich ist entscheidend die Analogie der actio institoria (§ 482 [9]). Wenn der Dritte selbst aus seiner Erklärung nicht haftet, ohne daß das Rgeschäft in ausgesprochenem Hinblick auf seine Person abgeschlossen worden ist, so kann er auch aus seiner Bereicherung ohne eine solche Bezugnahme nicht haften. [S. noch Sf. XLIX. 81, L. 19.]

[5a] Es wird behauptet, in l. 7 § 1 C. 4, 26 sei nur eine actio negotiorum gestorum anerkannt. S. Kämmerer a. a. O. S. 351, Fritz a. a. O. S. 248 [432], Zimmermann Stellvertretende Negotiorum Gestio S. 317 fg., Hellmann Stellvertretung S. 61 fg., Baron die adjecticischen Klagen S. 40 fg., Huschke Darlehn S. 74 fg., Brinz kr. VJS. XXV S. 202 (etwas anders Pand. II § 259 [22]); auch Puchta Vorl. zu § 279 a. E. Sf. XLIII. 18. Mandry Familiengüterr. II S. 332 fg. 461 fg. erklärt die einschlagenden Quellenstellen aus der Annahme, daß durch Darlehnsgabe für einen Andern dieser im Fall der Bereicherung (und zwar ausschließlich er) verpflichtet werde. — Andere (Savigny Obl. II S. 32, Arndts § 248 [3]) nehmen zwar eine Verpflichtung des Bereicherten aus der Verpflichtung des Geschäftsführers an, aber führen dieselbe nicht auf eine Ausdehnung der actio de in rem verso, sondern auf eine fingirte Cession der Klage des Geschäftsführers gegen den Geschäftsherrn zurück. — Für die actio de in rem verso neuestens Ruhstrat Magazin f. d. deutsche R. der Gegenwart IV S. 218 fg. (der aber für den § 482 [9] bezeichneten Fall die in Note [8] das. charakterisirte actio negotiorum gestorum annimmt), Kohler Jahrb. für Dogm. XXV S. 128. [[Lenel ACPra. LXXVIII S. 354 fg.; die entscheidenden Worte der l. 7 C. cit. seien aber interpolirt.]] [v. Tuhr S. 314 fg. (über die Quellen S. 298 fg.) gründet die a. de in rem verso utilis, seiner ganzen Auffassung entsprechend ([2]) auf die Voraussetzungen eines Liberationsanspruches eines Geschäftsführers im weiteren Sinne, der von vornherein in Geschäftsführungsabsicht, nicht donandi animo gehandelt hat; Kenntniß des Gläubigers von dieser Absicht ist nicht erforderlich. — Gegen die actio de in rem verso utilis ist Schloßmann Jahrb. f. Dogm. XXVIII S. 331 fg. XXXVI S. 316 fg. Die früher von ihm gegebene Auslegung der l. 7 § 3 [1] C. 4, 26 (der liber rem agens ein filius familias) gibt Schl. in dem zweiten Aufsatze auf, und nimmt an, daß der Satz mit nisi ein Einschiebsel ist. Er läßt aber dahingestellt, ob ein Glossem oder eine Interpolation, und behauptet für letzteren Fall, daß die Interpolation nur eine versehentliche sei. Für echt möchte auch ich den fraglichen Satz nicht (mit v. Tuhr S. 305 [18]) halten, sondern für eine Interpolation, aber mit Lenel und Mancaleoni (*) für eine rsändernde.]

Digitized by Google

Die Bereicherung[5b] kann dem Bereicherten möglicherweise schon durch den Abschluß des Rechtsgeschäfts selbst zugehen, wenn ihm dadurch nämlich die Eingehung einer eigenen Verbindlichkeit erspart, oder er von einer eigenen Verbindlichkeit befreit wird[6]; möglicherweise erst dadurch, daß dasjenige, was der Gläubiger bei dem Rechtsgeschäft seinerseits aufgeopfert hat, in sein Vermögen verwendet wird[7]. Ist die Bereicherung dadurch bewirkt worden, daß dem Bereicherten eine eigene Aufopferung erspart worden ist, so schadet es nicht, daß das durch Eingehung der Verbindlichkeit Gewonnene hinterher wieder verloren worden ist[8].

3. Actio de peculio*.

§ 484.

Der Vater[1] haftet als Selbstschuldner aus den Verpflichtungen der seiner Gewalt unterworfenen Kinder mit Allem, was er denselben zum factisch selbständigen Haben überlassen hat, so daß es,

---

[5b] Vgl. zum Folgenden namentlich Leist S. 66 fg., Mandry S. 484 fg.

[6] L. 17 pr. l. 19. l. 10 § 1. 2 D. 15, 3. Vgl. l. 15 D. 15, 3; aber auch l. 10 § 2 D. 46, 1.

[7] Diese Verwendung wird regelmäßig durch den Abschließenden erfolgen; daß dieß aber nicht der einzig mögliche Fall ist, zeigen l. 7 § 4 D. 15, 3. (Verwendung durch den Gläubiger selbst), l. 19 eod. (der Vater nimmt eine von dem Sohne gekaufte Toga, nicht wissend, daß sie zu dessen peculium gehört, an sich). Von jenem regelmäßigen Falle handeln l. 3 § 1. 3—8. 10. l. 5 pr. § 2. l. 7 § 5. l. 8. 9. l. 10 pr. l. 12. 15. 19. l. 20 pr. l. 21 D. 15, 3. Zu l. 3 § 3 cit. vgl. Sf. IX. 305. 306, X. 61, XVII. 64.

[8] L. 3 § 7. 8. 10. l. 17 pr. D. 15, 3. Im Uebrigen s. l. 10 § 6 D. 15, 3: „Versum autem sic accipimus, ut duret versum". Mandry S. 481 fg. 531 fg. Vgl. dazu aber auch Ruhstrat in dem zweiten der in Note * citirten Aufsätze. [v. Tuhr S. 224 fg. bezieht l. 10 § 6 cit. nur auf den Fall, daß der Regreßanspruch des Gewaltunterworfenen durch Zahlung u. s. w. aufgehoben wird, nicht darauf, daß die Bereicherung des Herrn fortdauern muß. M. E. dem Zusammenhange nach mit Recht. Vgl. auch S. 208 fg.]

* Dig. 15, 1 de peculio 15, 2 quando de peculio actio annalis sit. — Marezoll ZS. f. CR. u. Pr. R. F. V S. 173 fg. (1848). Dietzel Jahrb. d. gem. R. II S. 1 fg. 415 fg. III S. 60 fg. (1858. 1859). Keller das. III S. 153 fg. (1858). Rösler ZS. f. HR. IV S. 300—318 (1861). Bekker das. IV S. 501—537 (1861). Mandry über Begriff und Wesen des Peculium (1869). Ders. Peculium duplicis iuris, ZS. f. RGesch. VIII S. 382 fg. (1869). Ders. das gemeine Familiengüterr. S. 1 fg. 351 fg. (1876). Außerdem gehört hierher die im vorigen § bei * citirte Dissertation von Keller. S. auch dens. Litiscontestation und Urtheil S. 420 fg. 544 fg. [Auger de l'action de peculio et de l'action tributoria. Th. de Paris 1893. Ferrini la consunzione processuale dell' actio de peculio. Arch. giur. LXIV p. 78 s. (1900).]

Digitized by Google

ohne rechtlich aus dem Vermögen des Vaters auszuscheiden, äußerlich als Vermögen des Kindes erscheint (Peculium, Sondergut)[2]. Dieser Satz hat für das heutige Rechtsleben eine unendlich geringere Bedeutung, als er für das römische Recht hatte[3]; unanwendbar ist er aber auch heutzutage nicht[4]. Das Nähere ist Folgendes.

---

§ 481. [1] „Vater" wird hier repräsentativ für den Inhaber der Gewalt gesagt. Das Gleiche, wie für den Vater gilt für den Großvater ꝛc., in dessen Gewalt der Enkel ꝛc. steht.

[2] L. 39 D. 15, 1. „Peculium ex eo consistit, quod . . . velut proprium patrimonium servum suum habere quis voluerit". L. 47 § 6 eod.: — „quia quasi patrimonium liberi hominis peculium servi intellegitur". L. 32 pr. i. f. D. 15, 1. Vgl. Mandry Begriff ꝛc. ꝛc. S. 1—20. Familiengüterr. S. 6—22 („factisches Vermögen"). — Nach r. R. ist Peculium Alles, was aus dem Vermögen des Vaters an das Kind gelangt, selbst wenn der Vater es mit dem Willen dem Kinde überlassen hat, daß es in das Vermögen des Kindes übergehen solle: das Kind kann vom Vater nicht erwerben. Pr. I. 2, 9, l. 6 pr. C. 6, 61. Ob dieß noch heutzutage gilt, ist bestritten. Es findet sich die Behauptung (s. [4]), daß heutzutage Schenkungen des Vaters an das Kind gültig seien. Diese Behauptung darf jedenfalls nicht darauf gestützt werden, daß, wie auch ich annehme, im heutigen R., anders als im römischen, Rgeschäfte zwischen dem Vater und dem Kinde in der Gewalt zulässig sind. Denn der Satz, daß Alles, was ex substantia patris an das Kind kommt, Vermögen des Vaters bleibe, wird in den Quellen nicht als Consequenz der Unzulässigkeit von Rgeschäften zwischen Beiden, sondern als directe Consequenz der Erwerbsunfähigkeit des Kindes, welche in dieser Beziehung aufrecht erhalten wird, behandelt. Wie die Unzulässigkeit von Rgeschäften zwischen Vater und Kind beim peculium castrense wegfällt (l. 2 pr. D. 18, 1), so muß sie auch beim peculium adventicium wegfallen, und es ist Zufall oder Nachlässigkeit, daß dieß in den Quellen nicht ausdrücklich ausgesprochen worden ist. Vgl. § 519 [5]. Dagegen ist die Erwerbunfähigkeit des Kindes in der bezeichneten Beziehung von den Compilatoren mit vollem Bewußtsein aufrecht erhalten worden. Es kann sich daher nur darum handeln, ob nicht Schenkungen zwischen Vater und Kind durch ein modernes, gerade auf Schenkungen gerichtetes Gewohnheitsr. zulässig geworden sind. Ich bin nun allerdings der Ansicht, daß ein solches Gewohnheitsr. nicht ganz wird geleugnet werden können, glaube aber nicht, daß es sich in weiterem Umfang nachweisen läßt, als in Betreff Dessen, was der Vater dem Kinde zum Zweck der Begründung einer selbständigen Wirthschaft oder zum Zwecke der Abschichtung aus der väterlichen Erbschaft zuwendet. S. Sf. XIV. 44; VII. 195, IX. 44. 304, XV. 30; II. 305; I. 353, XVII. 255. Kierulff Entscheidungen des OAG. zu Lübeck 1865 S. 109 (88). Budde Entsch. des OAG. zu Rostock VII. 57 (= Sf. XXVII. 38). Das. VII S. 246. 247. Für die Gültigkeit der Schenkung RG. XVI S. 113 und danach Sf. XLII. 307.

[3] Weil bei uns die väterliche Gewalt aufhört, sobald das Kind im Stande ist, für sich selbst zu sorgen, und in Folge davon einen selbständigen Haushalt begründet. Bei den Römern war die Einräumung eines Peculium hauptsächlich gerade auf den Fall berechnet, wo das Kind nach Außen hin selbständig geworden war; die ihm auch jetzt noch fehlende Vermögensfähigkeit sollte ihm durch das

Digitized by Google

1. Der Vater haftet mit Allem, was er dem Kinde in der bezeichneten Weise überlassen hat[5]. Das Ueberlassen kann in einem

---

Peculium ersetzt werden. — Eine noch wichtigere Anwendung fand das Peculium im römischen Rleben bei den Sclaven.

[4] Für die heutige Unanwendbarkeit der actio de peculio und der römischen Grundsätze vom s. g. peculium profecticium überhaupt hat sich namentlich die gewichtige Stimme Kraut's ausgesprochen, Vormundschaft II S. 640 fg.; nach ihm Dollmann Bl. f. RAnwend. zunächst in Bayern XIV S. 129 fg.; ferner Seuffert Pand. III § 485. 486, Savigny Oblig. II S. 52, Brinz 1. Aufl. S. 1204 fg. 2. Aufl. II S. 218; von Aelteren s. die bei Kraut S. 641 [25] Genannten. Kraut's Argumentation ist diese: nach heutigem R. sind die Rgeschäfte zwischen Vater und Kind erlaubt, also auch Schenkungen, das Geschenkte wird also pec. adventicium und nicht pec. profecticium; insofern aber der Vater dem Sohne ein Vermögen zur eigenen Disposition ohne die Absicht zu schenken übergibt, führen die heutzutage über freie Stellvertreter geltenden Grundsätze zu dem gleichen Resultat, wie die actio de peculio. Ich halte aber nun zunächst das Letztere für entschieden irrig. Nach dem heutigen Re der Stellvertretung haftet der Vater auf das Ganze, wenn das Kind in des Vaters Namen contrahirt hat; hat aber das Kind in eigenem Namen contrahirt, und darauf ist ja eben die actio de peculio berechnet, so haftet der Vater gar nicht. Was sodann die Behauptung der unbedingten heutigen Gültigkeit von Schenkungen zwischen Vater und Kind angeht, s. die Note [2]. Diese letztere Behauptung stellt auch Seuffert auf; außerdem macht derselbe geltend, worauf nebenbei auch Kraut hinweist, daß das dem Sohne zur Begründung einer eigenen Wirthschaft übergebene Vermögen eben auch den Austritt aus der väterlichen Gewalt begründe. Aber kann nicht der Vater dem Kinde Vermögen zur Begründung einer eigenen Wirthschaft auch ohne die Absicht zu schenken überlassen, so daß das Kind fortfährt, aus den Mitteln des Vaters zu leben? Savigny beruft sich ohne nähere Ausführung darauf, daß das heutige Peculium nicht mehr die römische Bedeutung habe. Brinz 1. Aufl.: „Peculien wären möglich, aber sie sind nicht mehr Uebung" (2. Aufl.: „von unerweislichem Vorkommen"). Wie hier: Stobbe IV S. 347, Roth II S. 342. — Eine ganz eigenthümliche Stellung zur Frage nimmt Dietzel in den bei * genannten Aufsätzen ein. Er behauptet nämlich, daß die actio de peculio bereits im Justinianischen Re weggefallen sei. Denn peculium sei nach classischem Re nicht das dem Kinde vom Vater überlassene Vermögen, sondern alles vom Kinde erworbene Vermögen, auch ohne Concession des Vaters; die Grundlage der actio de peculio sei also nicht das peculium, sondern die „Peculienfähigkeit" des Kindes gewesen, und diese habe sich im Justinianischen R. in eine Vermögensfähigkeit verwandelt. In dem zweiten Aufsatz sucht er dann noch auszuführen, daß durch Schenkungen des Vaters an das Kind bereits nach classischem R. kein peculium erzeugt worden sei, d. h. daß das Geschenkte Vermögen des Vaters geblieben sei, ohne daß derselbe mit der actio de peculio haftbar geworden wäre. In Beziehung auf den ersten Punkt darf hier auf die Gegenausführung von Keller Jahrb. des gem. R. a. a. O. verwiesen werden; die zweite Behauptung halte ich für ebenso willkürlich, s. l. 15 pr. D. 49, 17, l. 31 § 2 D. 39, 5, l. 37 § 1 D. 41, 1, in Betreff der l. 31 § 1 D. 39, 5 auf welche sich Dietzel beruft, s. l. 9 § 3 D. 23, 3, in Betreff von Vat. fr. 294 s. l. 31 § 2 cit. Vgl. auch Sintenis III § 141 [67], Mandry Begriff 2c. S. 10 fg. 33 fg. Familiengüterr. S. 14 fg. 78 fg.

Digitized by Google

Geben[6] bestehen, aber auch in einem Nichtwegnehmen des vom Kinde anderweitig Erlangten[7].[7a]

2. Der Vater haftet für alle Verbindlichkeiten des Kindes[8], mit Ausnahme der Verbindlichkeiten aus Schenkungen[9], aus Delicten[10], und derjenigen Verbindlichkeiten, welche das Kind mit Rücksicht auf sein eigenthümliches Vermögen eingegangen ist[11]. Im Uebrigen befreit den Vater nicht einmal die ausdrückliche Erklärung, für die Verbindlichkeiten des Kindes nicht haften zu wollen[12].

3. Bei der Berechnung des Sondergutes wird auf die Zeit des Urtheils gesehen[13]. Eingerechnet wird in das Sondergut Alles, was der Vater dem Sondergute schuldig ist[14]; dagegen darf der Vater abziehen, was er seinerseits von dem Sondergut zu fordern hat[15]. Dieses Abzugsrecht fällt nur dann weg, wenn das Kind mit dem

---

[5] L. 4 pr. § 1. 2. l. 5 § 3. 4. l. 6. l. 7 pr. — § 5. l. 39. l. 40 pr. D. 15, 1 S. noch l. 25. 40 § 1 eod. Dazu Ubbelohde ZS. f. CR. u. Pr. N. F. XVI S. 423 fg., Mandry Begriff ꝛc. S. 41 fg. Familiengüterr. S. 84.

[6] L. 8 D. 15, 1. „Non statim, quod dominus voluit ex re sua peculii esse, peculium fecit; sed si tradidit, aut, cum apud eum esset, pro tradito habuit". Vgl. l. 49 § 2 D. 15, 1, „Ut debitor vel servus domino vel dominus servo intellegatur, ex causa civili computandum est; ideoque si dominus in rationes suas referat se debere servo suo, cum omnino neque mutuum acceperit neque ulla causa praecesserit debendi, nuda ratio non facit eum debitorem". L. 4 § 1 eod., l. 6 § 4 D. 33, 8. Mandry Begriff ꝛc. S. 21—33. Familiengüterr. S. 57—69.

[7] L. 4 § 2. l. 39. l. 49 pr. D. 15, 1. In l. 7 § 1 D. 15, 1 ist von einem andern Falle die Rede, von dem Nichtzurückziehen eines früher eingeräumten Peculium.

[7a] Vermehrung des Peculium aus sich selbst: Mandry Begriff ꝛc. S. 43 fg. Familiengüterr. S. 58 fg. Aufhören des Peculium: daselbst S. 71 fg. und S. 163 fg.

[8] L. 3 § 5. 9. 11. 13. l. 5 pr. § 1. 2 D. 15, 1, l. 23 § 4. l. 57 § 1 D. 21, 1, l. 1 C. 4, 26 u. a. m. Der pater arrogator haftet nicht „ex ante gesto", l. 42 D. 15, 1. S. andererseits l. 27 § 2 D. 15, 1. Mandry Familiengüterr. S. 132 fg. Cohn Beiträge I. 2 S. 306.

[9] Die Schenkungsbefugniß muß dem Kinde besonders eingeräumt werden, was übrigens auch stillschweigend geschehen kann. L. 7 D. 39, 5, l. 28 § 2 D. 2, 14 Vgl. übrigens Mandry Familiengüterr. S. 140 fg.

[10] Aus Delicten haftet der Vater nur bis zum Belange der Bereicherung des Peculium. L. 3 § 12 D. 15, 1, l. 30 pr. D. 19, 1; l. 1 § 7 D. 9, 3, l. 58 D. 50, 17. Anders aber, wenn das Kind aus dem Delict verurtheilt worden ist, l. 3 § 11 D. 15, 1, l. 35 D. 9, 4 (I § 129[3]). Vgl. v. Wyß die Haftung für fremde Culpa S. 49—53, Mandry Familiengüterr. S. 234 fg.

[11] L. 18 § 5 D. 49, 17.

[12] L. 29 § 1. l. 47 pr. D. 15, 1.

[13] L. 30 pr. D. 15, 1, l. 53 D. 24, 3, l. 7 § 15 D. 42, 4.

[14] L. 7 § 6. l. 9 pr. § 1. l. 17 i. f. D. 15, 1, l. 38 § 2 D. 12, 6.

Digitized by Google

Sondergut unter Zustimmung des Vaters ein Gewerbe getrieben hat; in diesem Falle wird der Vater mit den übrigen Gläubigern nach gleichem Verhältniß befriedigt[16]. Eingerechnet wird in das Sondergut ferner, was der Vater dem Sondergut arglistigerweise entzogen hat[17]. Insoweit der Vater dasjenige, was von den Gläubigern in Folge des Geschäftes an das Kind gelangt ist, in Händen hat, haftet er auch über den Betrag des Sondergutes hinaus[18].

4. Mit dem Tode des Vaters oder des Kindes, ebenso mit der Emancipation des Kindes, hört das Sondergut auf; nach dieser Zeit

---

[15] Darauf wird sogar die Definition des Peculium gestellt. L. 5 § 4 D. 15, 1: — „deducto inde si quid domino debetur"; l. 11 § 7 eod.: — „non est in peculio, quod domino deletur". L. 16 D. 15, 3. Vgl. l. 9 § 2 D. 15, 1: — „quia praevenisse dominus et cum servo suo egisse creditur". Mandry Begriff ꝛc. S. 74 fg. Familiengüterr. S. 47 fg. Ueber die Natur der deductio vgl. noch Kretschmar Secum pensare S. 34 fg. Vgl. ferner einerseits l. 4 § 5 D. 15, 1, andererseits l. 6 pr. 8 pr. D. 33, 8, und dazu Dernburg Compensation S. 119 fg. (2. Aufl. 117 fg.), Jhering Geist des röm. R. III zu [71], Pernice Labeo I S. 131 fg. 391, Mandry Familiengüterr. S. 390 fg. 394 fg. — Selbst den Gläubigern mit einem Concursprivilegium geht der Vater vor, l. 52 D. 15, 1, l. 22 § 13 D. 24, 3. Auch dasjenige kann der Vater abziehen, was den Personen geschuldet wird, deren Geschäfte er führt, l. 9 § 4 D. 15, 1. Ausnahmsweise gilt das Abzugsr. nicht für Strafforderungen, l. 9 § 6 D. 15, 1 (vgl. l. 4 § 4. l. 27 § 1 eod., l. 30 pr. D. 19, 1). Vgl. im Uebrigen l. 9 § 2 — l. 19 § 1. l. 22. l. 47 § 5. l. 56 D. 15, 1. Mandry Familiengüterr. S. 380 fg.

[16] Actio tributoria. Dig. 14, 4 de tributoria actione. Zustimmung: dieselbe braucht keine ausdrückliche zu sein; das Edict spicht nur von scientia patris. L. 1 pr. § 3 D. 14, 4 (l. 1 § 3 cit.; — scientiam . . eam accipimus, quae habet et volutatem; . . non . . velle debet dominus, sed non nolle . ."). Gewerbe: nicht bloß Handelsgewerbe, l. 1 § 1 D. 14, 4. Der Vater wird mit den übrigen Gläubigern nach gleichem Verhältniß befriedigt: d. h. er soll das Peculium zwischen den sämmtlichen Gläubigern, sich selbst mit eingeschlossen, vertheilen (tribuere, distribuere), § 3 I. 4, 7, l. 5 § 19. l. 7 § 2 D. 14, 4. Betreibt das Kind zwei verschiedene Geschäfte, so haftet das Vermögen eines jeden dieser Geschäfte nur dessen Gläubigern, nicht den Gläubigern des andern Geschäfts, l. 5 § 15. 16 D. 14. 4. Ueber die Fassung der formula s. Keller Jahrb. für Dogm. III S. 195, Mandry Familiengüterr. S. 452 fg., Lenel Ed. perpetuum S. 215 fg., Baron S. 170 fg. Ueber die actio tributoria überhaupt vgl. Dietzel ZS. f. HR. II S. 1—18. Mandry Familiengüterr. II S. 420—454.

[17] L. 5 pr. l. 21 pr. — § 3. l. 26 D. 14, 4., l. 1 pr. D. 15, 2, l. 9 § 2 D. 14, 4, l. 19 D. 15, 3. Die Einrechnung findet jedoch nur innerhalb der Verjährungszeit der actio doli statt, und gegen die Erben nur auf die Bereicherung, l. 30 § 6. 7. l. 31 D. 14, 4. Mandry Familiengüterr. S. 401 fg.

[18] Kraft der Clausel si quid dolo malo patris captus fraudatusque actor est. L. 36 D. 14, 4, l. 5 pr. eod., l. 3 § 5 D. 13, 6, l. 1 § 42 D. 16, 3.

Digitized by Google

haften der Vater bez. seine Erben noch während eines Jahres tauglicher Zeit)[19]. Miterben haften nur bis zu dem Belange, bis zu welchem das Sondergut an sie gelangt ist[20]. Dagegen befreit Vermächtniß des Sondergutes an einen Dritten den Erben von Verhaftung nicht[21].

[Das BGB. kennt die actiones adiecticiae qualitatis nicht mehr. Vgl. Mot II S. 871 fg., IV S. 730.]

C. Uebernahme fremder Verbindlichkeiten durch Personen weiblichen Geschlechts*.

1. Das Recht des Vellejanischen Senatsbeschlusses.

§ 485.

Nach dem Vellejanischen Senatsbeschlusse[1] ist die Uebernahme fremder Verbindlichkeiten (Intercession[2]) für Personen weiblichen Ge-

---

[19] Dig. 15, 2 quando de peculio actio annalis est. Daß die Zeit utiliter berechnet wird: l. 1 § 2 tit. cit. In der Einziehung des Peculium, welche an und für sich dem Vater unbedingt freisteht (l. 4 pr. l. 8. l. 40 § 1 D. 15, 1), liegt, wenn sie ohne Befriedigung der Gläubiger erfolgt, ein dolus gegen die Gläubiger, und deßwegen entscheiden die Grundsätze der Note 17. L. 21 pr. D. 15, 1. „Sed dolum malum accipere debemus, si ei ademit peculium . . .“ Mandry Familiengüterr. S. 413 fg.

[20] L. 30 § 1. 2. l. 32 pr. l. 29 pr. D. 15, 1, l. 7 § 5. l. 9 § 2 D. 14, 4. Ist der Sohn selbst unter den Miterben, so haftet er zwar als Principalschuldner den Gläubigern auf das Ganze, kann aber das Geleistete von seinen Miterben bis zum Belange der auf sie gefallenen Sondergutsantheile zurückfordern. L. 30 § 3 D. 15, 1, l. 38 pr. D. 12, 6, l. 18 § 5 D. 10, 2, l. 13 C. 3, 36. Consequent muß man dem Sohne ein Rückforderungsr. auf das Ganze geben, wenn von dem Sondergute gar nichts an ihn gelangt ist. Mandry Peculium duplicis iuris S. 349 fg. — Bekker in dem bei * genannten Aufsatz findet in der Beschränkung der Verhaftung des Erben auf den an ihn gelangten Sondergutsantheil den Ausdruck des Gedankens, daß die Verpflichtung auf dem Sondergut als solchem ruhe und mit demselben auf Jeden übergehe, an welchen das Sondergut gelange. Mir scheint das nicht richtig. Der Erbe haftet nicht, weil er das Sondergut hat, sondern weil er Erbe ist; er haftet nur, wie auch der Vater selbst, nicht weiter als er das Sondergut hat. Das hat wohl auch Bekker selbst nicht verkannt. Auch was Bekker sonst für den bezeichneten Satz beibringt, kann ihn m. E. nicht rechtfertigen. Umgekehrt haftet nach l. 27 § 2 D. 15, 1 der Käufer des Sclaven mit der actio de peculio nur dann, wenn er das an ihn gelangte Peculium dem Sclaven läßt, und nach l. 1 § 7 D. 15, 2 und l. 18 D. 33, 8 haftet nicht derjenige, welchem das Peculium vermacht worden ist. Die entgegengesetzte Ansicht von Julian, l. 1 § 10 D. 33, 4, ist nicht durchgedrungen. Vgl. Mandry a. a. O. S. 402. Familiengüterr. S. 417 fg. Für die Bekker'sche Ansicht neuerdings Baron S. 89 fg. Neuestens Bekker selbst Pand. I S. 151.

Digitized by Google

schlechts unverbindlich. — Damit die Vorschrift des Senatsbeschlusses Platz greife, ist im Einzelnen erforderlich[3]:

---

[21] Denn er braucht das Sondergut nur nach Abzug der auf demselben haftenden Schulden herauszugeben. L. 1 § 7 D. 15, 2, l. 9 § 2 D. 14, 4. l. 18 D. 33, 8. — In Betreff der Frage nach der Verhaftung des Herrn, welcher den Sclaven mit dem peculium veräußert hat, sind die Quellen nicht ohne Schwierigkeit. L. 11 § 7. l. 32—34 D. 15, 1. L. 37 § 2 D. 15, 1 handelt nicht von dem Fall der Veräußerung cum peculio.

* Dig. 16, 1 Cod. 4, 29 ad Senatusconsultum Velleianum. Kritz Pandektenr. I S. 240—287 (1835). Sintenis ZS. f. CR. und Pr. X S. 38 fg. (1837). Kattenhorn über Intercessionen der Frauen nach r. Ren (1840). Sintenis Sell's Jahrb. II S. 343 fg. (1843). Deurer ACPra. XXVIII S. 407 fg. (1846). Bachofen ausgewählte Lehren des r. Civilr. Nr. 1 (1848). Windscheid ACPra. XXXII S. 283 fg. (1849). Girtanner Bürgschaft S. 133 fg. 258 fg. 335 fg. (1850. 1851). Fuhr APraktRW. II S. 68 fg. 102 fg. (1854). Hasenbalg Beiträge zur Lehre von der Intercession 1. (einziges) Bändchen (1856). Bürgschaft S. 74 fg. (1870). Gradenwitz die Ungültigkeit obligatorischer Rgeschäfte (1887) S. 69—190. (Dazu Eck kr. VJS. XXX S. 82 fg., Mitteis Grünh. ZS. XVI S. 647 fg.) Glück XIV S. 433—472. XV S. 1—58. Sintenis II § 129, Vangerow III § 577. 581, Brinz 2. Aufl. II § 261—263. [Rossi le garanzie delle donne per i debiti altrui in dir. rom. Arch. giur. LII p. 54 s. (1894)].

[1] Aus der Regierung des Kaisers Claudius (Glück XIV S. 438 fg., Bachofen S. 3). Die Worte des Senatsbeschlusses in l. 2 § 1 D. 16, 1. Derselbe bestätigte nur eine bereits geltende Praxis („tametsi ante videtur ius ita dictum esse"). Vorhergegangen waren Gesetze (edicta) von Augustus und Claudius, durch welche Ehefrauen die Intercessionen für ihre Ehemänner untersagt wurden. § 485.

[2] Der Ausdruck intercessio wird in den Quellen in einem doppelten Sinne gebraucht. In weiterem Sinne bezeichnet er eine jede Uebernahme einer fremden Verbindlichkeit; in engerem Sinne aber wird nur eine solche Uebernahme einer fremden Verbindlichkeit intercessio genannt, welche unter die Senatsvorschrift fällt (s. [3]). Der erste Sinn ist der gewöhnliche; in Betreff des zweiten vgl. z. B. l. 3. 14. 16. 23. 26. D. 16, 1.

[3] Der Senatsbeschluß selbst hat für unverbindlich nicht die Uebernahme fremder Verbindlichkeiten erklärt (obgleich allerdings im Eingange desselben von Frauen die Rede ist, „quae pro aliis reae fierent"), sondern zwei einzelne Formen der Uebernahme fremder Verbindlichkeiten, Bürgschaft und Darlehnsaufnahme für einen Andern. Die Jurisprudenz aber hat anerkannt, daß der eigentliche Gedanke (vgl. I § 22) der Senatsvorschrift auf die Uebernahme fremder Verbindlichkeiten als solche gehe (alienam obligationem in se suscipere, l. 2 § 5. l. 8 § 1 D. 16, 1, l. 1. 8. 16. 18 C. 4, 29), andererseits freilich nicht auf Alles, was Uebernahme einer fremden Verbindlichkeit an und für sich genannt werden kann. Der eigentliche Gedanke der Senatsvorschrift ist aber der, daß der Frau wegen ihrer Unerfahrenheit und leicht beweglichen Gutmüthigkeit (l. 2 § 2. 3 D. 16, 1) Schutz gegen Rgeschäfte gewährt werden soll, welche sie deßwegen für ungefährlich hält, weil sie vertraut, daß eine Verbindlichkeit von demjenigen, welchen sie angeht, auch werde erfüllt werden. Alle Rgeschäfte, welche Frauen in diesem Glauben und Vertrauen abschließen, aber auch nur solche, fallen unter die

Digitized by Google

1) daß die Frau eine fremde Verbindlichkeit übernommen habe. Unter Uebernahme einer fremden Verbindlichkeit wird hier verstanden: sich in die Lage versetzen, eine fremde Verbindlichkeit statt des eigentlichen Schuldners erfüllen oder sonst eine Aufopferung zu Gunsten derselben machen zu müssen[4]. Eine fremde Verbindlichkeit erfüllen, oder sonst eine Aufopferung zu Gunsten derselben machen, ist nicht Uebernahme der fremden Verbindlichkeit[5]. Ebensowenig liegt eine Uebernahme einer fremden Verbindlichkeit in dem Versprechen dem Schuldner ersetzen zu wollen, was derselbe seinerseits zum Zweck der Erfüllung seiner Verbindlichkeit werde aufgeopfert

Bestimmung des Senatsbeschlusses. In dieser Weise ist der eigentliche Gedanke des Senatsbeschlusses in dem oben bei * citirten Aufsatz von mir bestimmt worden; übereinstimmend Girtanner, Hasenbalg, Bangerow (S. 166 unt. 7. Aufl. S. 149), Kohler Jahrb. für Dogm. XVI S. 154, und, in der Formulirung, wenngleich nicht in den Consequenzen, Fuhr. Ueber die Ansichten Anderer s. den genannten Aufsatz S. 310 fg.; und vgl. noch Arndts § 359 [3], Brinz § 261, Dernburg II § 81 [7] (gegen das hier Bemerkte vgl. unten Note [22].). — An dem angeführten Orte habe ich übrigens nicht von dem „eigentlichen Gedanken", sondern von dem „Principe" des Senatsbeschlusses gesprochen, und ich halte das auch jetzt noch für einen ganz passenden Ausdruck. Jedenfalls habe ich dafür gesorgt, daß darüber, was unter „Princip" des Senatsbeschlusses zu verstehen, ein Mißverständniß nicht möglich sei, indem ich die Frage: welches ist das Princip des Senatsbeschlusses? durch die andere Frage wiedergegeben habe: welches sind die charakteristischen Eigenschaften derjenigen Rgeschäfte, auf welche sich die Bestimmung des Senatsbeschlusses bezieht? Nichtsdestoweniger hat sich Sintenis Civilr. a. a. O. Anm. [78a] erlaubt, über meine Ansicht von der Unterstellung aus abzusprechen, als gehe dieselbe nicht von dem klaren hier bezeichneten Begriff, sondern von der unbestimmten Vorstellung aus, welche er selbst mit den Ausdrücken „Zweck und Absicht" verbindet. [v. Tuhr actio de in rem verso S. 47 fg. [55]: die Frau hat exc. SC[1] Vellej. überall da, wo sie einen Liberationsanspruch gegen denjenigen hat, zu dessen Gunsten sie intercedirte.]

[4] Ueber das Letztere s. Note [7. 8. 11. d.].

[5] Erfüllung: l. 4 § 1 D. 16, 1, l. 4. 9 C. 4, 29. Sonstige Aufopferung: Geben an Erfüllungsstatt, l. 5 D. 16, 1; Delegation des Schuldners, l. 8 § 5 D. 16, 1; Verzicht auf Pfandr., l. 8 pr. D. 16, 1, l. 11. 21 C. 4, 29. L. 8 § 5 cit.: — „mulier enim per SC^m relevatur, non quae deminuit restituitur". — Ueber l. 32 § 2 D. 16, 1 s. Windscheid S. 291 fg., Hasenbalg S. 17 fg., Bangerow § 577 Anm. Nr. I. 1, Brinz § 262 [13], Gradenwitz S. 166 fg. Ich halte es jetzt für das Wahrscheinlichste, daß die Stelle von einem Verkaufe an einen Gläubiger spricht, welchem die Frau gegen den Senatsbeschluß ein Pfandr. an der verkauften Sache bestellt hat. Die Frau verkauft ihm, weil er sonst seinerseits ihr die Sache wegverkaufen würde, so daß ihr Verkauf nur pignoris exsecutio ist. Vgl. den vorhergehenden § 1. „Sed si creditor, qui pignus per intercessionem acceperit, hoc alii vendidit . . ." Dann fährt unser § fort: „Item si mulier creditori viri fundum vendidit . . ."

Digitized by Google

haben [6]. — Im Uebrigen kann die Uebernahme einer fremden Verbindlichkeit in sehr verschiedener Weise geschehen. Sie kann nicht bloß durch Sichverpflichten geschehen, sondern auch durch Verpfändung [7]. Auch in dem Verzichte auf einen Pfandvorzug zu Gunsten einer fremden Verbindlichkeit liegt eine Uebernahme derselben [8]; doch ist dieser Verzicht durch eine positive Bestimmung des römischen Rechts für gültig erklärt worden [8a]. Die Uebernahme einer fremden Verbindlichkeit

---

[6] L. 8 § 1. l. 19 pr. § 1 D. 16, 1, l. 2 C. 5, 46. Wenn die Frau in diesem Falle erwartet, daß sie von dem abgeschlossenen Rgeschäft keinen Schaden haben werde, so thut sie das entweder kraft des Leichtsinnes, welcher nicht daran denkt, daß übernommene Verbindlichkeiten auch werden erfüllt werden müssen, oder vielleicht in der Hoffnung, daß für den Schuldner selbst eine Verbindlichkeit nicht werde existent werden, und gegen die nachtheiligen Folgen dieses Leichtsinnes und dieser Hoffnung soll sie eben nicht geschützt werden. Damit der Gedanke des Senatsbeschlusses Platz greife, ist nothwendig, daß ein Anderer vorhanden sei, von dem als eigentlichem Schuldner die Frau die Erfüllung der übernommenen Verbindlichkeit erwarten kann. L. 19 pr. cit.: — quando vix sit, ut aliqua apud eundem pro eo ipso intercessisse intelligi possit". L. 8 § 1 cit.: — „Papinianus . . non putat, eam intercessisse; nullam enim obligationem alienam recepisse, neque veterem, neque novam, sed ipsam fecisse hanc obligationem". — Die in dieser Note genannten Stellen sind (alle oder theilweise, allein oder mit anderen) für Andere (Sintenis, Deurer, Vangerow) die Veranlassung gewesen, in die Definition der Intercession das Moment: Uebernahme einer fremden Verbindlichkeit durch Verhandlung mit dem Gläubiger aufzunehmen. Vgl. darüber Note [8 a. E.].

[7] L. 8 pr. l. 32 § 1 D. 16, 1. Der Verpfändung steht gleich die Gestattung der (dann folgenden) Verpfändung, l. 5. 7 C. 4, 29. Ebenso die Eigenthumsübertragung zum Zweck der Verpfändung; Sf. VII. 32; vgl. RG. 10/6 80 bei Fenner und Mecke II S. 87.

[8] L. 17 § 1 D. 16, 1; vgl. dazu l. 12 § 4 D. 20, 4. Wer auf ein Pfandr. verzichtet ([5]), macht eine Aufopferung, er gibt ein R. auf, wer auf einen Pfandvorzug verzichtet, setzt sich nur der Gefahr einer Aufopferung aus; denn wird die Verbindlichkeit, zu Gunsten deren verzichtet worden ist, von ihrem Schuldner erfüllt, so ist der Verzicht ohne alle Bedeutung. Uebereinstimmend Dernburg Pfandr. II S. 545—546. Anders faßt die Sache Deurer a. a. O. S. 413 fg. auf. Er glaubt, daß der Fall der l. 17 § 1 cit. deßwegen unter die Senatsvorschrift falle, weil der Verzicht auf den Pfandvorzug gedacht werde als die Uebernahme der Verpflichtung dem Gläubiger gegenüber, den Pfandvorzug gegen ihn nicht geltend zu machen. Dieß ist aber nicht die Auffassung der Quellen; dieselben erblicken vielmehr den Verzicht in der dem Schuldner ertheilten Gestattung (voluntas, permissus, l. 12 § 4 cit., l. 8 § 6 sqq. D. 20, 6). Vgl. noch Stammler ACPra. LXIX S. 57 fg. — Ist dieß richtig, so beweist es auch, daß das Moment „durch Verhandlung mit dem Gläubiger" ([6 a. E.]) in die Definition der Intercession nicht gehört. [Stadtländer Liegt in dem Pfandvorzugsverzicht eine Intercession? Erl. Diss. 1898.]

[8a] L. 21 C. 4, 29, ein reformatorisches Gesetz, durch welches l. 17 § 1 D. 16, 4 beseitigt ist. Dieß wird gewöhnlich nicht beachtet; aber ich wüßte nicht,

Digitized by Google

kann ferner geschehen entweder in der Weise, daß die Frau sich zur Schuldnerin neben dem Schuldner der fremden Verbindlichkeit macht (s. g. cumulative Intercession)[9], oder in der Weise, daß sie sich zur alleinigen Schuldnerin macht (s. g. privative Intercession)[10]. Das Letztere ist noch in doppelter Weise möglich: a) die Frau nimmt die fremde Verbindlichkeit dem Schuldner, welcher sie trägt, ab[11]; b) sie bewirkt durch ihre Dazwischenkunft, daß die Verbindlichkeit für denjenigen, welchen sie angeht, gar nicht entstehe[12].

2. Die Frau muß eine fremde Verbindlichkeit übernommen haben, d. h. eine Verbindlichkeit, welche ihr nicht bloß formal, sondern auch materiell fremd ist[13]. Bloß formal fremd ist ihr die-

wie l. 21 cit. anders gefaßt werden könnte. Vgl. auch Schlayer ACPra. XLIX S 238 fg. Ohne Berufung auf l. 21 C. 4, 29 wird der Verzicht einer Frau auf einen ihr zustehenden Pfandvorzug für verbindlich erklärt in den Erkenntnissen bei Sf. III. 54, XVII. 243. L. Löwenfeld ACPra. LXVIII S. 72 fg. sucht auszuführen, daß auch l. 17 § 1 D. cit. den Verzicht auf einen Pfandvorzug nicht für Intercession erkläre, und sagt dann (S. 77), daß „allerdings im konkreten Fall" der Stelle eine Intercession vorliege. Unverständlich!

[9] Die cumulative Intercession kann vollzogen werden: a) durch Bürgschaft: b) durch Eingehung einer eigentlichen Correalverbindlichkeit; c) durch Verpfändung oder durch Verzicht auf einen Pfandvorzug ([7. 8]). Was den Fall der Bürgschaft angeht, s. noch l. 6 § 2 C. 4, 29, l. 1. 3 C. 5, 46.

[10] Bei der privativen Intercession ist die Erwartung der Frau, daß derjenige, welchen die Verbindlichkeit materiell angeht, sie auch erfüllen werde, natürlich nicht ausgeschlossen.

[11] Dieß kann geschehen: a) durch Novation (s. z. B. l. 8 § 2. 11. l. 13 pr. D. 16, 1, vgl. l. 8 § 7 eod.); b) nach heutigem R. auch durch Schuldübernahme (§ 338). Ferner gehört c) der Fall hierher, wo die Parteien ausmachen, daß statt des Schuldners die Frau den Proceß, vor dem Richter oder dem Schiedsrichter, auf sich nehmen solle; der Gläubiger läßt hier den Schuldner frei gegen die Aussicht, die Frau als Schuldnerin zu gewinnen. Nach classischem r. R. befreite die litis contestatio mit der Frau als solche den Schuldner, l. 2 § 5. l. 23. 26 D. 16, 1. Von der Uebernahme eines Schiedsspruches handelt l. 32 § 2 D. 4, 8. d) Endlich kann die Frau eine Befreiung des Schuldners durch ihre Intercession auch in der Weise bewirken, daß sie sich durch Obligirung gegen einen Dritten die Mittel zur Befriedigung des Gläubigers verschafft. Von diesem Falle handeln l. 19 § 5 und l. 28 § 1 D. 16, 1.

[12] Es ist gleichgültig, ob dieß durch Darlehnsaufnahme geschieht, oder durch Abschluß irgend eines andern eine Obligation erzeugenden Rgeschäfts. L. 8 § 14. l. 11. 12. l. 29 pr. D. 16, 1 l. 3. 4. 10. 19 C. 4, 19. Von diesem Falle handelt näher und ausführlich Hasenbalg S. 82—287. Derselbe zieht hierher aber auch den Fall d der vorigen Note. Sf. XXII. 140. Budde und Schmidt Entsch. des OAG. zu Rostock VI. 51. — Die verschiedenen im Vorstehenden bezeichneten Fälle der Intercession faßt zusammen l. 4 C. 4, 29.

[13] Der Frau wird nicht geholfen, „cum prima facie quidem alienam, revera autem suam obligationem suscipiat", l. 13 pr. D. 16, 1.

Digitized by Google

jenige Verbindlichkeit, aus welcher ein Rückgriff gegen sie begründet ist [14], oder für welche sie schon aus einem andern Grunde aufkommen muß [14a].

3. Die Frau muß die fremde Verbindlichkeit als fremde übernommen haben, d. h. als eine von dem eigentlichen Schuldner, nicht von ihr, zu erfüllende. Der Frau, welche die fremde Verbindlichkeit in der Absicht übernimmt, sie ihrerseits zu erfüllen, wird nicht geholfen. Ob sie diese Absicht hat oder nicht, ist aus den Umständen zu bestimmen, im Zweifel aber nicht gegen, sondern für die Frau zu entscheiden [15]. Einzelne Fälle der Uebernahme einer fremden Verbindlichkeit in der Absicht, sie zu erfüllen, sind folgende: die Frau hat sich zur Uebernahme der Verbindlichkeit für eine dem Betrage derselben entsprechende Gegenleistung verpflichtet [16]; die Frau will durch die Uebernahme der Verbindlichkeit eine entsprechende Gegenleistung erlangen [17], oder sich von einer entsprechenden eigenen Verbindlichkeit befreien [18], oder schenken [19]; die Frau will das zur

---

[14] Z. B. die Verbindlichkeit des Erben, von dem sie die Erbschaft gekauft hat; die Verbindlichkeit ihres Bürgen, oder desjenigen, welcher sich sonst in ihrem Auftrage verpflichtet hat. L. 3. l. 13 pr. D. 16, 1. S. auch l. 25 § 1 eod. Sf. XLIII. 268.

[14a] Hierher gehört wohl l. 6 pr. C. 4, 29. Windscheid a. a. O. S. 304 [30]. Ein sehr gewichtiges Argument für diese Auffassung der l. 6 pr. cit. enthält § 1 eod.

[15] S. Windscheid S. 301. 302.

[16] L. 22 D. 16, 1. „Si mulieri dederim pecuniam, ut eam creditori meo solvat vel expromittat, si ea expromiserit, locum non esse SC°, Pomponius scribit; quia mandati actione obligata in rem suam videtur obligari“.

[17] L. 27 § 2 D. 16, 1. „Uxor debitricem suam viro delegavit, ut vir creditori eius pecuniam solveret; si fidem suam pro ea, quam delegavit, apud virum obligaverit, locum exceptio SC[i] non habebit, quia mulier suum negotium gessit“. Nach heutigem R. würde übrigens der Fall dieser Stelle nicht hierher, sondern unter Note [16] gehören. Vgl. Sf. XX. 124.

[18] L. 2 C. 4, 19. — „Sin autem pro creditore suo alii se obligaverunt, vel ab eo se vel debitorem suum delegari passae sunt, huius SC[i] auxilium non habent“. Daß der „alius“ Gläubiger ihres Gläubigers sei, ist durch diese Worte nicht gesagt, aber auch nicht ausgeschlossen; daß er wirklich als Gläubiger gemeint sei, geht aus dem Vorhergehenden hervor. S. ferner l. 24 D. 16, 1. Der gleiche Gesichtspunkt liegt auch in l. 1 § 4 D. 20, 1 zu Grunde. Vgl. Sf. XLIV. 109 (Erfüllung einer sittlichen Pflicht). — Wie ist es, wenn die Frau die Existenz der Verbindlichkeit, von welcher sie sich durch die Intercession befreien will, irrthümlicherweise angenommen hat? Nach der Regel ist dann condictio indebiti gegen denjenigen begründet, welchem sie durch die Intercession geleistet hat, den vermeintlichen Gläubiger; dagegen hat die Frau keine Vertheidigung gegen den Intercessionsgläubiger, da durch ihren Irrthum die Absicht, in

Digitized by Google

Erfüllung der fremden Verbindlichkeit Geleistete, dem Schuldner in Anrechnung bringen[20]; die Frau macht durch den Antritt einer Erbschaft die Erbschaftsschulden zu den ihrigen[21. 22].

---

welcher sie intercedirt hat, nicht verändert wird. In dieser Weise wird auch entschieden in l. 8 § 2 D. 16, 1, entgegengesetzt in l. 17 pr. D. 16, 1. Beim Widerspruch dieser Stellen muß man das Princip befolgen. Die abweichende Meinung, welche in l. 8 § 2 cit. selbst erwähnt wird, und welche ihren Ausdruck in l. 19 D. 46, 2 gefunden hat, bezieht sich nur auf den Fall, wo die Verbindlichkeit, von welcher die Frau sich durch die Intercession befreien will, gerade wegen Verstoßes gegen das SC^um^ Velleianum ungültig ist (vgl. § 487 [3]). — Uebrigens wird das hier vorgetragene (vgl. Windscheid S. 320 fg.) nicht allgemein anerkannt. So geben namentlich Fuhr in der zweiten der oben citirten Abhandlungen, Hasenbalg S. 40 fg. und Brinz 2. Aufl. § 261 [7] der irrenden Frau die Einrede allerdings. Hasenbalg erkennt an, daß darin eine Abweichung von dem Principe liege, welche aber aus Billigkeitsgründen, eben wegen des Irrthums der Frau, zugelassen worden sei (vgl. auch Girtanner S. 338). L. 8 § 2 cit. erklärt Hasenbalg aus der Unterstellung, daß die delegirte Frau die Ungültigkeit ihrer Verbindlichkeit gekannt habe, welche Annahme aber mit der am Schlusse der Stelle gewährten condictio absolut unvereinbar ist. S. über diese Stelle auch noch Sintenis ZS. S. 65 fg., v. Salpius Novation und Delegation S. 127 fg., Lotmar Causa S. 119 fg., Gradenwitz S. 104 fg., Mitteis Grünh. ZS. XVII S. 25 fg.

[19] Für diesen Satz liegt kein Beweis in l. 21 § 1 D. 16, 1, kein sicherer in l. 4 § 1 D. 16, 1; aber ich halte ihn nichtsdestoweniger für unzweifelhaft. Der Grund, weßwegen in den in Note [16—18] erwähnten Fällen der Frau der Schutz des Senatsbeschlusses entzogen wird, ist: weil sie durch die Uebernahme der fremden Verbindlichkeit einen Andern bereichern will; dieser Wille ist im Falle der Schenkung ebenso gewiß, wie in jenen anderen Fällen. Uebereinstimmend Girtanner S. 338 fg., Vangerow § 591 Anm. 1 Nr. 2, Hasenbalg S. 24 fg., Budde und Schmidt Entscheidungen des OAG. zu Rostock VI 51 Nr. 2, Gradenwitz S. 125, im Resultat auch Sintenis ZS. S. 59 und Civilr. Anm. [91]; während auch der schenkenden Frau die Einrede gewähren Cropp in Heise und Cropp Abhandlungen II Nr. 6, Bachofen S. 18 fg. und das Urtheil des OAG. zu Lübeck (vom Jahre 1828) bei Sf. XV. 224, ebenso Dernburg § 84 [8]. Girtanner und Vangerow machen aber eine Ausnahme für den Fall der cumulativen Intercession, weil in demselben die Erwartung der Frau, selbst nicht zahlen zu müssen, selbst bei Schenkungsabsicht nicht ausgeschlossen sei. Es ist ihnen darin wohl beizutreten, allein nur für das neueste R. (seit Einführung des beneficium excussionis).

[20] L. 13 C. 4, 29. „Si foenebris pecunia iuxta fidem veri a creditore tibi data est, sive tota quantitas foenoris sive pars eius in usum mariti processisse proponatur, decreto patrum non adiuvaris, licet creditor causam contractus non ignoraverit". Die Frau hat das Darlehn für den Mann genommen, aber nicht in der Absicht, daß es durch ihn solle zurückgezahlt werden; sie will es vielmehr selbst zurückzahlen, und das Gezahlte dem Manne in Anrechnung bringen (actio negotiorum gestorum). Auch in diesem Falle läuft sie allerdings Gefahr wegen der möglichen Zahlungsunfähigkeit des Mannes. Aber gegen das Sichverlassen auf fremde Zahlungfähigkeit hat der Senat der Frau eben keinen Schutz gewähren wollen — was in keiner Stelle deutlicher hervortritt,

Digitized by Google

4. Daß die Frau die fremde Verbindlichkeit auch in fremdem Interesse übernommen habe, ist Voraussetzung der Bestimmung des Senatsbeschlusses nicht [23]. Dagegen greift der Senatsbeschluß

5. seinem eigentlichen Sinne gemäß nicht Platz, wenn die Frau durch die Erfüllung der übernommenen Verbindlichkeit keinen Schaden erleidet [24].

Der Uebernahme der Verbindlichkeit durch die Frau selbst steht es gleich, wenn die Frau die Verbindlichkeit durch einen Andern unter Versprechen der Schadloshaltung übernehmen läßt [25].

---

als in l. 19 § 3 D. 16, 1. — Auch l. 13 C. cit. wird übrigens sehr verschieden ausgelegt (hauptsächliche abweichende Meinungen: Absicht der Frau, den Gläubiger zu täuschen; Absicht der Frau, dem Empfänger zu schenken; das empfangene Geld wird nicht zum Darlehn gegeben; es wird nicht zu vermögensrlichen Zwecken verwendet). S. Windscheid S. 293 fg., Hasenbalg S. 147 fg., und die daselbst Genannten. Sf. I. 214. Vgl. das bei Gradenwitz S. 81 [1] angeführte Beispiel.

[21] L. 32 D. 16, 1.

[22] Wie ist es, wenn die Frau irrthümlicherweise die übernommene fremde Verbindlichkeit für eine eigene gehalten hat? Dann hat sie dieselbe gewiß nicht als fremde übernommen, und gemäß des Principes darf ihr nicht geholfen werden. Damit stimmt überein die Entscheidung in l. 26 D. 16, 1. Aber auch hier, wie in dem Falle der Note [18], hat sich eine entgegengesetzte Auffassung in der römischen Jurisprudenz geltend gemacht, l. 23 D. 16, 1 („plerique existimaverunt"). Windscheid S. 322 fg. Hasenbalg S. 32 fg. hält auch hier die der Frau günstige Entscheidung für die in der Anwendung zu befolgende. Vgl noch Girtanner S. 336 [3].

[23] Dieß wird bewiesen durch l. 17 § 2 D. 16, 1. (Windscheid S. 303 fg.) und l. 19 § 4 D. 16, 1. A. M. Hasenbalg S. 63 fg., Brinz 2. Aufl. § 261 [6], Bruns Syrisch-röm. Rbuch S. 225. Auf die Aussprüche der Quellen, die Frau hafte nicht, wenn sie „suum negotium gessit" (l. 27 § 2 D. 16, 1, l. 6 pr. C. 4, 29, l. 1 § 4 D. 20, 1, vgl. l. 25 § 1 D. 16, 1, l. 22 C. 4, 29), wenn sie „in rem suam obligata est" l. 22 D. 16, 1), darf man sich nicht berufen; sie sind zu unbestimmt (vgl. auch § 355 [9]), und erklären sich vollkommen aus den in Note [13] und [16] fs. geltend gemachten Gesichtspunkten. Nur muß es natürlich feststehen, daß die Frau in der That eine fremde Verbindlichkeit übernommen habe, vgl. Sf. XXXIX. 30, XXXII. 40.

[24] L. 21 pr. D. 16, 1. „Si pro aliquo mulier intercesserit, sed in rem eius, quod acceptum est, versaretur, exceptio SC[i] locum non habet; quia non fit pauperior". Oder der eigentliche Schuldner händigt ihr den Betrag der Schuld zum Zweck der Zahlung ein: — neque enim eam periclitari, ne eam pecuniam perdat, cum iam eam habeat", l. 16 pr. D. 16, 1. S. ferner l. 17 § 2 eod. Windscheid S. 313 fg., Hasenbalg S. 69 fg., Gradenwitz S. 94.

[25] L. 6 l. 8 § 6. l. 30 § 1. l. 32 § 3 D. 16, 1, l. 15 C. 4, 29. S. auch l. 29 § 1 D. 16, 1.

Digitized by Google

§ 486.

Auch wenn die im Vorstehenden genannten Voraussetzungen vorhanden sind, und somit der Senatsbeschluß an und für sich Platz greift, kann sich doch die Frau ausnahmsweise auf denselben nicht berufen:

1) wenn der Gläubiger sich in Betreff ihrer Intercession in einem entschuldbaren Irrthum befunden hat [1];

2) wenn die Frau den Gläubiger getäuscht hat [2];

3) wenn sie sich für ihre Intercession hat bezahlen lassen [3];

4) wenn ihre Intercession die Wiederholung einer anderen früher gemachten ist, und seit dieser anderen wenigstens zwei Jahre verflossen sind [4];

5) wenn sie entweder a) ihre Intercession eidlich bestärkt [5] oder b) nach vorangegangener gehöriger Belehrung auf die ihr zustehende Rechtswohlthat speciell verzichtet hat [6];

---

§ 486. [1] Er hat nicht gewußt, daß er mit einer Frau contrahire, oder nicht, daß er mit einer intercedirenden Frau contrahire. L. 1 C. 4, 29; l. 6. l. 32 § 3 D. 16, 1.; l. 4 pr. l. 11. 12. l. 19 § 5. l. 27 pr. l. 28 § 1 D. 16, 1; l. 17 pr. D. 16, 1. Sf. XXXII. 232 und Cit. das., XXXVII. 212 (RG.).

[2] — „deceptis, non decipientibus, opitulatur (sc. SC^um^) . . . infirmitas enim foeminarum, non calliditas auxilium meruit", l. 2 § 3 D. 16, 1. L. 23. l. 30 eod., l. 5. 18 C. 4. 29. Im Falle der Täuschung wird der Frau nicht geholfen, selbst wenn der Irrthum des Gläubigers ein unentschuldbarer war. Windscheid S. 316—319. Hasenbalg S. 33 fg. nimmt an, daß die bloße Täuschungsabsicht, auch wenn dadurch ein Irrthum des Gläubigers gar nicht hervorgerufen worden sei, der Frau den Schutz des Senatsbeschlusses entziehe.

[3] L. 23 pr. § 1 C. 4, 29, in welcher Stelle übrigens Justinian den bezeichneten Satz nicht sowohl neu eingeführt, als vielmehr nur von Zweifeln und Distinctionen der älteren Jurisprudenz befreit hat. Die Frau, welche sich die Unterstützung des Schuldners durch ihren Credit abkaufen läßt, muß den Schaden des Geschäftes nehmen, wie sie den Vortheil davon hat; sie schließt ein gewagtes Geschäft ab. Sf. XXXII. 136. In dem Aufsatz im ACPra. S. 299 habe ich diesen Satz mit dem Princip des Senatsbeschlusses in Verbindung gebracht: ebenso Girtanner S. 336, Hasenbalg S. 80, Vangerow S. 165. 180 (7. Aufl. S. 148. 161). Dawider Arndts § 361 Anm. Nr. 1.

[4] L. 22 C. 4, 29, von Justinian: — „sibi imputet, si quod saepius cogitare poterat et evitare, non fecit, sed ultro firmavit; videtur enim ex huiusmodi temporis prolixitate non pro aliena obligatione se illigare, sed pro sua causa aliquid agere". S. auch Nov. 61 c. 1 § 1. Windscheid Diss. de valida mulierum intercessione (1838) p. 40 sqq., Vangerow § 581 Anm. 1 Nr. 8, Sintenis Sell's Jahrb. S. 356 fg. und Civilr. Anm. 97, Girtanner S. 347—350. [RG. XXXII S. 170 fg.]

[5] Nach einem nicht zu bestreitenden, sich an c. 9 X. 2, 24 anlehnenden Gewohnheitsr. Vgl. I § 83a 6 a. E. Girtanner S. 273 fg. 351, Holzschuher III

Digitized by Google

6) wenn sie zu Gunsten der Bestellung einer Dos intercedirt hat [7];

7) wenn der Intercessionsgläubiger minderjährig und der eigentliche Schuldner zahlungsunfähig ist [8];

8) wenn die Frau als Handels- oder Gewerbsfrau oder in ihrer Eigenschaft als Mitglied einer Erwerbs- oder Wirthschaftsgenossenschaft intercedirt hat [9].

Endlich liegt 9) eine Ausnahme von der Regel auch in der Gültigkeit des Verzichtes auf einen Pfandvorzug [10].

§ 487.

Eine Verbindlichkeit, welche entgegen den hier aufgestellten Regeln eingegangen worden ist, ist zwar nicht nichtig, aber die Frau kann sich derselben gegenüber durch eine Einrede schützen [1], nach römischem und früherem gemeinen Recht noch in der Executionsinstanz [2], nicht mehr nach Reichsrecht [2a]. — Leistet die Frau in

---

§ 314 Nr. 8 und S. 1021: Sf. VII. 178, XIII. 249, XX. 128. S. noch Buchka u. Budde Entscheidungen des OAG. zu Rostock II S. 193 fg. 204 fg.

[6] Für diesen Satz spricht eine feststehende Praxis. Ob er bereits im r. R. anerkannt ist, ist äußerst bestritten. M. E. enthalten die Stellen, auf welche man sich berufen hat (l. 30 pr. l. 31. l. 32 § 4 D. 16, 1., l. 22 C. 4, 29., l. 3 C. 5, 35, Nov. 118 c. 5), ein Zeugniß für diesen Satz nicht. Noch das meiste Gewicht hat l. 32 § 4 cit.; aber das in dieser Stelle erwähnte Versprechen hat Solutionscharakter. Vgl. überhaupt Girtanner S. 263 fg. 364 fg., Holzschuher a. a. O. Nr. 14, und die daselbst Citirten; auch Windscheid Arch. S. 302. Sf. XV. 224.

[7] L. 12. l. 25 C. 4, 29. Windscheid l. c. p. 44—46, Girtanner S. 346. 347. — Nach r. R. war auch die Intercession pro libertate verbindlich für die Frau, l. 24 C. 4, 29.

[8] L. 12 D. 4, 4. Girtanner S. 346.

[9] HGB. Art. 6 Abs. 2. [als entbehrlich gestrichen]. Reichsgesetz 4/7 68 § 12 Abs. 4 [1/5 89 § 23 Abs. 4, gestrichen durch EG. z. HGB. Art. 10, III.] RGewO. § 11 [die Bestimmung ist gestrichen durch EG. z. BGB. 36 I]. Für Handelsfrauen galt die Ausnahme schon vor dem HGB., nach einem sicheren Gewohnheitsr. Bangerow S. 170 (7. Aufl. S. 152), Girtanner S. 351, Holzschuher a. a. O. Nr. 12, Thöl Handelsr. I § 50 zu [10] [vgl. 6. Aufl. § 42 zu [10]]. S. noch Cropp in Heise und Cropp Abhandl. I Nr. 1 („von der Verpflichtung verheiratheter Frauenzimmer als Handelsfrauen").

[10] S. 485 [8. 8a].

[1] Von der exceptio SC[i] Velleiani ist in zahlreichen Stellen unserer Quellen die Rede. Nichtigkeit der Obligation der Frau behauptet aus sehr unzureichenden Gründen Fuhr a. a. O. (§ 485 bei *) S. 70 fg.; dawider Sintenis Sell's Jahrb. S. 343 fg. Lehrb. § 129 [79]. § 487.

[2] L. 11 D. 14, 6. Wetzell Civilpr. § 47 [123]. Vgl auch Fuhr a. a. O. Nr. 5.

[2a] CPO. § 686 [767].

Digitized by Google

Kenntniß ihrer Einrede dennoch, so wird ihr weiterer Schutz nicht gewährt; das irrthümlicherweise Geleistete kann sie zurückfordern[3]. — Hat die Frau durch Pfandbestellung intercedirt, so gestaltet sich die Berufung auf den Senatsbeschluß zur Gegeneinrede gegen die Einrede der Verpfändung. Auch gegen denjenigen, an welchen der Pfandgläubiger die Pfandsache verkauft hat, kann sie ihr Eigenthumsrecht noch geltend machen[4]. — Auch ein Dritter kann sich auf den Senatsbeschluß dann berufen, wenn durch seine Leistung eine Intercessionsobligation für die Frau erst zu Stande kommen[5] oder die Frau zur Erfüllung einer Intercessionsobligation indirect genöthigt werden würde[6]. — Die Befreiung der Frau hat zur Folge, daß der Gläubiger einen Anspruch gegen den eigentlichen Schuldner wiedererhält oder erhält[7].

[3] L. 40 pr. D. 12, 6, l. 8 § 3 D. 16, 1, l. 9 C. 4, 29. — Läßt die Frau sich unwissentlich einem Dritten delegiren, so ist es der Regel gemäß, daß sie nur ein Rückforderungsr. gegen den vermeintlichen Gläubiger, nicht aber Einrede und Rückforderungsr. gegen den Dritten habe (§ 412 [10]). Dieses der Regel Gemäße ist auch anerkannt in l. 8 § 2 D. 16, 1. Eine andere in der römischen Jurisprudenz vertretene Meinung gab aber der Frau für den Fall, wo sie dem Gläubiger des vermeintlichen Gläubigers, und zwar zum Versprechen, nicht zur Zahlung, delegirt worden war, die exceptio SC[i] Velleiani auch gegen den Delegatar, weil nämlich auch in der Verpflichtung ihm gegenüber eine Intercession liege. Dieser Grund ist aber falsch (s. § 485 [18]), und so wird die bezeichnete Meinung denn auch verworfen von Marcellus und Ulpian in l. 8 § 2 D. 16, 1, während sie als maßgebend vorgetragen wird von Paulus in l. 19 D. 46, 2. Bei dem Widerspruch beider Stellen heben sie sich gegenseitig auf, und es besteht für uns kein Hinderniß, nach dem Princip zu entscheiden.

[4] L. 32 § 1 D. 16, 1, l. 7 C. 4, 29, l. 39 § 1. l. 40 D. 6, 1. Vgl. auch l. 32 § 2 D. 16, 1 (§ 485 [8]). L. 7 C. cit.: — „vendendo eum mulieri dominium auferre nequivit". L. 40 D. cit.: „nullum pignus creditor vendidisse videtur". Gradenwitz S. 291 fg.

[5] So der von der Frau zur Intercession Beauftragte, l. 6. l. 7. l. 30 § 1 l. 32 § 3 D. 16, 1, l. 15 C. 4, 29, l. 19 § 5 D. 16, 1; ferner derjenige, welcher, von der Frau um ein Darlehn zu Gunsten eines Dritten angegangen, auf Grund ihrer Weisung die betreffende Summe dem Dritten versprochen hat, l. 19 § 5 D. 16, 1. Das richtige Verständniß der letzteren, viel besprochenen und vielfach mißverstandenen Stelle hängt davon ab, daß man das Wort postea („quae postea non recte comparari ait") faßt = post scientiam. Vgl. über diese Stelle die bei Bangerow § 581 Anm. 1 Nr. 5 a. E. Citirten und diesen selbst, Hasenbalg S. 91 fg.

[6] L. 8 § 4 D. 16, 1, l. 19 § 5 eod. (*vv.* respondit videndum).

[7] L. 1 § 2 D. 16, 1. „Aequum autem visum est, ita mulieri succurri, ut in veterem debitorem, aut in eum, qui pro se constituisset mulierem ream, actio daretur . .". L. 8 § 7—13. l. 9. l. 13 § 1. 2. l. 14. l. 20. l. 24 § 2. 3. l. 29 pr. l. 32 § 5 D. 16, 1, l. 8. 16 C. 4, 29. l. 12 D. 4, 4;

Digitized by Google

2. Spätere Aenderungen [1].

§ 488.

Nach Justinian's Vorschrift soll:

1. Die Intercession der Frau in einer öffentlichen Urkunde errichtet werden [2]. Ist diese Form beobachtet, so behalten die in §§ 486 und 487 entwickelten Grundsätze ihre Geltung [3]. Ist sie nicht beobachtet, so ist die Intercession nichtig [4], und von den in § 486 aufgeführten Ausnahmen fallen die unter Ziff. 5. b und 7 bezeichneten weg [5].

---

l. 8 § 14. 15 D. 16, 1. Für den dem Gläubiger zurückgegebenen Anspruch kommt in den Quellen der Ausdruck actio restitutoria, auch rescissoria vor; von dem neu gegebenen heißt es: „actio quae instituit magis, quam restituit obligationem" (l. 8 § 14 D. 16, 1), weßwegen die Neueren institutoria actio sagen. Zu l. 13 § 1 D. 16, 1 cit. vgl. I § 249 [5. 6]; l. 29 pr. D. l. 8 C. citt. enthalten eine Anomalie (Bachofen S. 37). Vgl. überhaupt Bachofen S. 35 fg., Voigt cond. ob causam S. 791 fg., und über die actio institutoria speciell Hasenbalg S. 178 fg.

[1] Auch im Vorhergehenden sind bereits Bestimmungen angeführt worden, welche nicht auf dem Senatsbeschlusse, weder direct noch indirect beruhen (s. § 486 [4—7. 9] und vgl. auch Note [3]); aber dieselben fügen sich dem Systeme des Senatsbeschlusses unmittelbar ein. Eine viel größere Abweichung enthalten die in diesem § genannten Bestimmungen, weßwegen es zweckmäßig erscheint, von ihnen abgesondert zu handeln. § 488.

[2] L. 23 § 2 C. 4, 29. Justinian selbst verlangt Errichtung „instrumento publice confecto *et a tribus testibus subsignato*". Aber „die römische Sitte, auch zu der gerichtlichen Errichtung von Urkunden noch Zeugen zuzuziehen, welche dieselben mit unterschrieben, ist . . . gegenwärtig ganz außer Gebrauch und die heutigen Notariats-Documente bedürfen nur der Zuziehung zweier Zeugen. Bei uns genügt daher für die Form der Intercession der Frauenzimmer . . eine einfache gerichtliche Urkunde ohne Zeugen, oder ein Notariats-Document mit zwei Zeugen". Buchka und Budde Entscheidungen des OAG. zu Rostock II S. 202. S. auch Girtanner S. 260. 357. 358.

[3] L. 23 § 2 cit.: — „tunc enim tantummodo eas obligari (s. Note [4]), et sic omnia tractari, quae de intercessionibus foeminarum vel veteribus legibus cauta vel ab imperiali auctoritate introducta sunt". Die Ansicht (Valett Lehrbuch des Pandektenr. § 584, Kattenhorn a. a. O. S. 172 fg.), daß bei Beobachtung der Form die Intercession unbedingt, nicht bloß in den § 486 genannten Ausnahmefällen, gültig sei, steht mit diesen Worten des Gesetzes in directem Widerspruch. S. auch Sintenis Sell's Jahrb. II S. 366 fg., Girtanner S. 259. 352, Bangerow S. 175 (7. Aufl. 156).

[4] Nicht bloß durch Einrede entkräftbar — so daß also der Richter die Klage des Intercessionsgläubigers von Amtswegen zurückweisen muß. L. 23 § 2 cit. „Sin autem extra eandem observationem mulieres susceperint intercedentes, pro nihilo habeatur huiusmodi scriptura vel sine scriptis obligatio, tamquam nec confecta nec penitus scripta, ut nec SC[1] auxilium imploretur, sed sit libera et absoluta, quasi penitus nullo in eadem causa subsecuto".

Digitized by Google

2. Die Intercession einer Ehefrau für ihren Ehemann ist selbst dann nichtig, wenn die zuvor bezeichnete Form beobachtet

[5] Daß die a. a. O. unter Ziff. 3 angeführte Ausnahme ihre Geltung behalte, hat Justinian in der genannten l. 23 (pr. § 1) ausdrücklich bestimmt. Wie verhält es sich aber mit den übrigen Ausnahmen, welche Justinian vorfand, und von denen er nichts sagt? Hierüber ist seit der Zeit der Glossatoren Streit. Es sind drei verschiedene Meinungen aufgestellt worden a) Auch diese übrigen Ausnahmen dauern sämmtlich fort; die Neuerung Justinian's besteht nur darin, daß bei Nichtbeachtung der Form statt Anfechtbarkeit Nichtigkeit eintreten soll. b) Es dauert keine von den bezeichneten Ausnahmen fort, so daß also bei Mangel der gehörigen Form die Frau nicht einmal im Falle des Betruges haftet. c) Es ist zwischen den verschiedenen Ausnahmen zu unterscheiden. S. die Citate bei Girtanner S. 259—262, Vangerow § 581 Anm. 2, auch diese Schriftsteller selbst: Girtanner S. 351 fg., Vangerow S. 173 fg. (7. Aufl. S. 155 fg.); ferner Hasenbalg S. 281 fg. auch Brinz 2. Aufl. § 263 [6—8]. Sf. XXXII. 232. Die erste Meinung war früher die herrschende, und auch ich habe sie in der in § 486 [4] genannten Dissertation p. 47 sqq. zu vertheidigen gesucht; aber ich zweifele jetzt sehr an ihrer Haltbarkeit. Die zweite Meinung führt zu dem unerträglichen zuvor bezeichneten Resultat, und wird sich daher nie bleibender Gunst erfreuen. Die dritte Meinung, welcher hier der Vorzug gegeben worden ist, motivirt sich folgendermaßen (s. namentlich Girtanner a. a. O.). Es ist anzunehmen, daß Justinian nur solche Intercessionen im Auge gehabt hat, welche sich als Intercessionen, und Intercessionen einer Frau, sofort ankündigen. Es ist dieß um so mehr anzunehmen, als Justinian sich in seinem Gesetze auch an die Gläubiger wendet, und diesen die Beobachtung der vorgeschriebenen Form einschärft („nisi instrumento publice confecto . . . accipiant homines a muliere pro aliis confessionem", „sin autem extra eandem observationem mulieres susceperint intercedentes"): wie kann man von Jemandem verlangen, daß er einer Vorschrift nachkomme, wenn er gar nicht weiß, daß der Fall vorliegt, in welchem die Vorschrift Platz greift? Hiernach bleibt also die Ausnahme unter Ziff. 1 (Irrthum des Gläubigers), deßwegen aber um so mehr die unter Ziff. 2 (Täuschung durch die Frau), aufrecht. Die Ausnahme unter Ziffer 4 (Wiederholung der Intercession nach zwei Jahren) bleibt deßwegen bestehen, weil das betreffende Gesetz (l. 22 C. 4, 29) nicht sowohl durch die Wiederholung die frühere Intercession gültig werden läßt, als vielmehr die wiederholende Intercession für gültig erklärt (§ 486 [4] — wohl gemerkt: Schriftlichkeit der wiederholenden Intercession wird hierbei vorausgesetzt). Die Ausnahme unter Ziff. 6 ist späteren Ursprungs, als die l. 23 cit., und wird daher von derselben nicht berührt. Vgl. in dieser Beziehung gegen Vangerow § 581 Anm. 2 Nr. 4, Girtanner S. 357. Was die gewohnheitsrlichen Ausnahmen von der Ungültigkeit der Intercession der Frauen betrifft, so ist man darüber einverstanden, daß eidliche Bestärkung (vgl. Sf. I. 344, XIII. 249) und war man darüber einverstanden, daß die Eigenschaft der Frau als Handelsfrau auch den Mangel der Form decken. In Betreff der letzteren s jetzt HGB. Art. 6 Abs. 2; auch die anderen § 487 [9] genannten Reichsgesetze drücken sich allgemein aus. Dagegen hat sich eine feste Meinung für die gleiche Kraft des Verzichtes nicht gebildet, vgl. Glück XV S. 47; Sf. XV. 224 (S. 394). Sieht man die Wirksamkeit des Verzichtes als bereits im r. R. begründet an (§ 486 [6]), so ist zu sagen, daß nach dem oben Ausgeführten diese Ausnahme durch l. 23 cit. aufgehoben worden ist.

Digitized by Google

worden ist [6], und von den in § 486 genannten Ausnahmen gelten hier nur die unter Ziff. 1. 2. 5. a und 8 aufgeführten [7].

[Dem BGB. ist das ganze Institut unbekannt]

[6] Nov. 134 c. 8 und daraus Auth. *Si qua mulier* C. 4, 29.

[7] Der unmittelbare Inhalt der Novelle in Betreff der ausnahmsweisen Gültigkeit der Intercession der Ehefrau ist der, daß die Intercession nur dann gültig sein solle, wenn „manifeste probetur, quia pecuniae in propriam ipsius mulieris utilitatem expensae sunt", und daß sie speciell nicht gültig sein solle, wenn sie auch noch so oft wiederholt werde. Das erste ist hier unter den Ausnahmen von der Ungültigkeit der Intercession deßwegen nicht mit aufgeführt worden, weil in dem bezeichneten Fall (mag man ihn sich so denken, daß das Geschäft von Anfang an zum Nutzen der Frau geschlossen wird, oder so, daß hinterher das durch dasselbe Erlangte in ihren Nutzen verwendet wird) eine wirkliche, eine unter die Senatsvorschrift fallende Intercession gar nicht vorliegt (§ 485 Ziff. 2 und 5). Als wirkliche Ausnahmefälle müssen aber anerkannt werden, trotzdem daß die Novelle sie nicht ausdrücklich nennt, der Fall der Unwissenheit des Gläubigers und der Fall des Betruges der Frau. Daß Justinian bei seiner Vorschrift nur solche Intercessionsfälle im Auge gehabt hat, in welchen die Intercession als solche offen hervortritt, ist hier noch viel unzweifelhafter als bei der l. 23 § 2 C. 4, 29 ([5]); denn Justinian spricht hier gar nicht von Intercession im Allgemeinen, sondern von dem Beitritt der Frau zu einer vom Manne ausgestellten Darlehnsurkunde, so daß es sogar zweifelhaft erscheinen könnte, ob nicht die Vorschrift der Novelle ganz auf diesen speciellen Intercessionsfall zu beschränken sei. Dagegen müssen die übrigen zur Zeit der Novelle geltenden Ausnahmen von der Ungültigkeit der Intercessionen der Frauen als durch die Novelle beseitigt angesehen werden. Zwar ist auch hier die Ansicht, daß die Novelle diese Ausnahmen gar nicht berühre, aufgestellt (Girtanner S. 277. 278) und früher auch von mir vertheidigt worden (in der angeführten Dissertation p. 52 sqq.); aber diese Ansicht ist der Novelle gegenüber wohl ebensowenig haltbar, wie gegenüber der Codexstelle. Was die späteren gewohnheitsrlichen Ausnahmen angeht, so ist man darüber einverstanden, daß eidliche Bekräftigung auch die Ehefrau haftbar macht, nicht dagegen der gewöhnliche, nicht eidliche, Verzicht. Vgl. überhaupt Girtanner S. 278 fg. 358 fg., Vangerow § 581 Anm. 3, Brinz 2. Aufl. S. 243, und über die Frage des Verzichtes speciell Buchka und Budde Entscheidungen ꝛc. II S. 188 fg, Bl. f. RAnwend. zunächst in Bayern XXXIV S. 380 fg. Vgl. das. XXXV S. 33 fg. 49 fg. In Betreff der reichsgesetzlichen Ausnahmen gilt das Gleiche wie zu Ziff. 1 (die Verhaftung der Handelsfrau stand schon früher fest). — Daß eine Ehefrau, welche mit ihrem Manne zusammen ein Darlehn aufnimmt, und darüber eine gemeinschaftliche Urkunde ausstellt, sich nicht ohne Weiteres auf die Novelle berufen kann, hätte nie bestritten werden sollen. Vgl. über diese Frage Vangerow a. a. O. Nr. 2. b und die daselbst Angeführten, Girtanner S. 358 [32], Burckhard die civilistischen Präsumtionen S. 237—249, Brinz 2. Aufl. S. 241—243. Uebereinstimmend mit dem hier Gesagten Sf. XVII. 38; dawider XII. 272, XXXIII. 127. 233. Vgl. auch VII. 179. 180, XIII. 143.

Digitized by Google

2. Die Intercession einer Ehefrau für ihren Ehemann ist selbst dann nichtig, wenn die zuvor bezeichnete Form beobachtet

---

[5] Daß die a. a. O. unter Ziff. 3 angeführte Ausnahme ihre Geltung behalte, hat Justinian in der genannten l. 23 (pr. § 1) ausdrücklich bestimmt. Wie verhält es sich aber mit den übrigen Ausnahmen, welche Justinian vorfand, und von denen er nichts sagt? Hierüber ist seit der Zeit der Glossatoren Streit. Es sind drei verschiedene Meinungen aufgestellt worden a) Auch diese übrigen Ausnahmen dauern sämmtlich fort; die Neuerung Justinian's besteht nur darin, daß bei Nichtbeachtung der Form statt Anfechtbarkeit Nichtigkeit eintreten soll. b) Es dauert keine von den bezeichneten Ausnahmen fort, so daß also bei Mangel der gehörigen Form die Frau nicht einmal im Falle des Betruges haftet. c) Es ist zwischen den verschiedenen Ausnahmen zu unterscheiden. S. die Citate bei Girtanner S. 259—262, Vangerow § 581 Anm. 2, auch diese Schriftsteller selbst: Girtanner S. 351 fg., Vangerow S. 173 fg. (7. Aufl. S. 155 fg.); ferner Hasenbalg S. 281 fg. auch Brinz 2. Aufl. § 263 [6—8]. Sf. XXXII. 232. Die erste Meinung war früher die herrschende, und auch ich habe sie in der in § 486 [4] genannten Dissertation p. 47 sqq. zu vertheidigen gesucht; aber ich zweifele jetzt sehr an ihrer Haltbarkeit. Die zweite Meinung führt zu dem unerträglichen zuvor bezeichneten Resultat, und wird sich daher nie bleibender Gunst erfreuen. Die dritte Meinung, welcher hier der Vorzug gegeben worden ist, motivirt sich folgendermaßen (s. namentlich Girtanner a. a. O.). Es ist anzunehmen, daß Justinian nur solche Intercessionen im Auge gehabt hat, welche sich als Intercessionen, und Intercessionen einer Frau, sofort ankündigen. Es ist dieß um so mehr anzunehmen, als Justinian sich in seinem Gesetze auch an die Gläubiger wendet, und diesen die Beobachtung der vorgeschriebenen Form einschärft („nisi instrumento publice confecto . . . accipiant homines a muliere pro aliis confessionem", „sin autem extra eandem observationem mulieres susceperint intercedentes"): wie kann man von Jemandem verlangen, daß er einer Vorschrift nachkomme, wenn er gar nicht weiß, daß der Fall vorliegt, in welchem die Vorschrift Platz greift? Hiernach bleibt also die Ausnahme unter Ziff. 1 (Irrthum des Gläubigers), deßwegen aber um so mehr die unter Ziff. 2 (Täuschung durch die Frau), aufrecht. Die Ausnahme unter Ziffer 4 (Wiederholung der Intercession nach zwei Jahren) bleibt deßwegen bestehen, weil das betreffende Gesetz (l. 22 C. 4, 29) nicht sowohl durch die Wiederholung die frühere Intercession gültig werden läßt, als vielmehr die wiederholende Intercession für gültig erklärt (§ 486 [4] — wohl gemerkt: Schriftlichkeit der wiederholenden Intercession wird hierbei vorausgesetzt). Die Ausnahme unter Ziff. 6 ist späteren Ursprungs, als die l. 23 cit., und wird daher von derselben nicht berührt. Vgl. in dieser Beziehung gegen Vangerow § 581 Anm. 2 Nr. 4, Girtanner S. 357. Was die gewohnheitsrlichen Ausnahmen von der Ungültigkeit der Intercession der Frauen betrifft, so ist man darüber einverstanden, daß eidliche Bestärkung (vgl. Sf. I. 344, XIII. 249) und war man darüber einverstanden, daß die Eigenschaft der Frau als Handelsfrau auch den Mangel der Form decken. In Betreff der letzteren s jetzt HGB. Art. 6 Abs. 2; auch die anderen § 487 [9] genannten Reichsgesetze drücken sich allgemein aus. Dagegen hat sich eine feste Meinung für die gleiche Kraft des Verzichtes nicht gebildet, vgl. Glück XV S. 47; Sf. XV. 224 (S. 394). Sieht man die Wirksamkeit des Verzichtes als bereits im r. R. begründet an (§ 486 [6]), so ist zu sagen, daß nach dem oben Ausgeführten diese Ausnahme durch l. 23 cit. aufgehoben worden ist.

Digitized by Google

worden ist [6], und von den in § 486 genannten Ausnahmen gelten hier nur die unter Ziff. 1. 2. 5. a und 8 aufgeführten [7].

[Dem BGB. ist das ganze Institut unbekannt]

[6] Nov. 134 c. 8 und daraus Auth. *Si qua mulier* C. 4, 29.

[7] Der unmittelbare Inhalt der Novelle in Betreff der ausnahmsweisen Gültigkeit der Intercession der Ehefrau ist der, daß die Intercession nur dann gültig sein solle, wenn „manifeste probetur, quia pecuniae in propriam ipsius mulieris utilitatem expensae sunt", und daß sie speciell nicht gültig sein solle, wenn sie auch noch so oft wiederholt werde. Das erste ist hier unter den Ausnahmen von der Ungültigkeit der Intercession deßwegen nicht mit aufgeführt worden, weil in dem bezeichneten Fall (mag man ihn sich so denken, daß das Geschäft von Anfang an zum Nutzen der Frau geschlossen wird, oder so, daß hinterher das durch dasselbe Erlangte in ihren Nutzen verwendet wird) eine wirkliche, eine unter die Senatsvorschrift fallende Intercession gar nicht vorliegt (§ 485 Ziff. 2 und 5). Als wirkliche Ausnahmefälle müssen aber anerkannt werden, trotzdem daß die Novelle sie nicht ausdrücklich nennt, der Fall der Unwissenheit des Gläubigers und der Fall des Betruges der Frau. Daß Justinian bei seiner Vorschrift nur solche Intercessionsfälle im Auge gehabt hat, in welchen die Intercession als solche offen hervortritt, ist hier noch viel unzweifelhafter als bei der l. 23 § 2 C. 4, 29 (⁵); denn Justinian spricht hier gar nicht von Intercession im Allgemeinen, sondern von dem Beitritt der Frau zu einer vom Manne ausgestellten Darlehnsurkunde, so daß es sogar zweifelhaft erscheinen könnte, ob nicht die Vorschrift der Novelle ganz auf diesen speciellen Intercessionsfall zu beschränken sei. Dagegen müssen die übrigen zur Zeit der Novelle geltenden Ausnahmen von der Ungültigkeit der Intercessionen der Frauen als durch die Novelle beseitigt angesehen werden Zwar ist auch hier die Ansicht, daß die Novelle diese Ausnahmen gar nicht berühre, aufgestellt (Girtanner S. 277. 278) und früher auch von mir vertheidigt worden (in der angeführten Dissertation p. 52 sqq.); aber diese Ansicht ist der Novelle gegenüber wohl ebensowenig haltbar, wie gegenüber der Codexstelle. Was die späteren gewohnheitsrlichen Ausnahmen angeht, so ist man darüber einverstanden, daß eidliche Bekräftigung auch die Ehefrau haftbar macht, nicht dagegen der gewöhnliche, nicht eidliche, Verzicht. Vgl. überhaupt Girtanner S. 278 fg. 358 fg., Vangerow § 581 Anm. 3, Brinz 2. Aufl. S. 243, und über die Frage des Verzichtes speciell Buchka und Budde Entscheidungen ꝛc. II S. 188 fg, Bl. f. RAnwend. zunächst in Bayern XXXIV S. 380 fg. Vgl. das. XXXV S. 33 fg. 49 fg. In Betreff der reichsgesetzlichen Ausnahmen gilt das Gleiche wie zu Ziff. 1 (die Verhaftung der Handelsfrau stand schon früher fest). — Daß eine Ehefrau, welche mit ihrem Manne zusammen ein Darlehn aufnimmt, und darüber eine gemeinschaftliche Urkunde ausstellt, sich nicht ohne Weiteres auf die Novelle berufen kann, hätte nie bestritten werden sollen. Vgl. über diese Frage Vangerow a. a. O. Nr. 2. b und die daselbst Angeführten, Girtanner S. 358 [32], Burckhard die civilistischen Präsumtionen S. 237—249, Brinz 2. Aufl. S. 241—243. Uebereinstimmend mit dem hier Gesagten Sf. XVII. 38; dawider XII. 272, XXXIII. 127. 233. Vgl. auch VII. 179. 180, XIII. 143.

Digitized by Google

Nachträge und Berichtigungen

zum zweiten Bande.

---

§ 250** Pacchioni sul concetto della obligazione. Studi giuridici dedic. e offerti a. F. Schupfer 1898. I p. 201 s. § 250[3] Zu Hellwig und Kohler: Coviello Filangieri XXII p. 664 s. 739 s. — Steinert der Ersatz eines immateriellen Schadens insbes. nach dem BGB. Erl. Diss. 1899. v. Treskow über das Erforderniß eines in Gelde schätzbaren Interesse für die Klagbarkeit von Obligationen. Erl. Diss. 1899. — RG. XLII S. 60 fg.

§ 253 Walter Meyer die verschiedene Behandlung der theilbaren und untheilbaren Obligationen. Erl. Diss. 1899.

§ 254[3] Sf. LIII. 14. § 254[5] RG. XL S. 199 fg.

§ 255[1] Canetta z. L. v. d. s. g. alternativen Obligationen nach gem. R. und nach dem BGB. Erl. Diss. 1898. 255[13] zu l. 95 § 1 D. 46, 3: Schirmer Sav.-ZS. XIX S. 362 fg.

§ 257[10a] Coviello Riv. ital. XXIII p. 188 s. s. auch S. 886*

§ 258[4] Eichhoff über die compensatio lucri cum damno. Kiel. Diss. 1898. Ueber einen Aufsatz von Oertmann in Geller's Centralbl. f. d. jur. Praxis XV H. 9 referirt Oertmann ABR. XIV S. 348, § 258[10 fg.] Sf. LII. 18. LIV. 140. § 258[15] M. Rümelin die Verwendung der Causalbegriffe in Straf- und Civilr. Tüb. 1900. § 258[17] st. RG. XLI S. 175 fg. l. XL S. 175 fg.

§ 258[17] u. S. 62,5 Cohn Untersuchungen zu § 254 BGB. Gruch. Beitr. XLIII S. 96 fg. 376 fg. Labowski eigenes Verschulden bei Schadensersatzansprüchen nach gem. R. u. BGB. Erl. Diss. 1898. Beweislast: RG. XXXVIII S. 163 fg. — Arnoldi der Einfluß der Ablehnung einer Operation seitens des körperlich Verletzten auf die civilrechtliche Haftung des Delinquenten u. s. w. Erl Diss. 1899. Murray die Operationspflicht. Erl. Diss. 1899. § 258[19] v. Tuhr Grünh. ZS. XXV S. 529 fg. Hellwig Verträge auf Leistung an Dritte S. 82 fg. — RG. XL S. 187 fg.

§ 259[13] RG. XLII S. 120 fg.

§ 260 Billeter Gesch. des Zinsfußes im griech.-röm. Alterthum bis auf Justinian. Leipz. 1898, dazu E. Grupe Sav.-ZS. XX S. 277 fg. § 260[4E] RG. XLIII S. 116 fg.

Digitized by Google

Zu § 256–261 S. 74 unter 3 Treitel über die Rechenschaftsablage nach dem BGB. ABR. XIV S. 1 fg.

§ **264 fg.** Barassi sulla responsibilità per inadempimento delle obbligazioni. Arch. giur. LXII p. 419 s. LXIII p. 36 s. 278 s., § **264**[7] Sf. LIV. 216 (RG.). § **264**[9] Depène Casus und vis maior u. s. w. Erl. Diss. 1899. S. auch § 384[6].

§ **265**[14] Sander ein Beitrag z. Lehre v. d. diligentia qu. suis. Erl. Diss. 1898. § **265 S. 93 fg., unter 6** Wertheimer die Haftung des Schuldners für seine Gehülfen nach dem R. des BGB. Erl. Diss. 1900. — Vgl. auch Nußbaum Haftung für Hülfspersonen nach § 278 BGB. im Vergl. m. dem gem. u. Landesr. Berlin 1898.

§ **267*** zu Wünsch: H. Krüger Grünh. ZS. XXVI. S. 456 fg. — Pampaloni Festschr. f. Schupfer (zu § 250**) p. 57 s. § **267**[6] u. § **268**[6] Sf. LII. 227.

§ **273**[2] RG. XL S. 195 fg.

§ **280**[1] Sf. XLVI. 212. § **280**[10] RG. XLII S. 124 fg.

§ 282* Leoni Festschr. f. Schupfer (ob. zu § 250**) p. 85 s. § **282**[2] Sf. LII. 148. LIII. 219. LIV. 77. 80. Müntzel über den Ort der Erfüllung von Obligationen nach gem. R. und dem R. des BGB. unter bes. Ber. der Obligationen aus unerlaubten Handlungen. Erl. Diss. 1899.

§ 285. **286** Fuld die Vertragsstrafen nach dem BGB. Sächs. ABR IX S. 337 fg. Klein über den Verfall der Conventionalstrafe. Erl. Diss. 1899. S. auch § 324[8]. § **286**[2] Sf. LII. 230.

§ 288 RG. XL S. 195 fg.

§ **289**[1] Zwangsvergleich? RG. XLII S. 118 fg. vgl. Sf. LIII. 135. § **289**[17] Naumann über die Bedeutung und Wirkung der naturalis oblig. des Haussohnes aus einem Darlehen. Erl. Diss. 1899.

§ **297**[1a] s. auch Pernice Sav.-ZS. XIX S. 177 fg.

§ **298**[13] Sf. LII. 7.

§ **300 S. 213 fg.** Ubbelohde Theilbarkeit des Besitzes. Zu BGB. 432. Jahrb. f. Dogm. XXXIX S. 134 fg.

§ **306*** Schwarz der Vertragsschluß nach dem BGB. und dem HGB. v. 10/5 97. Erl. Diss. 1899. Löhe das Vertragsangebot nach dem BGB. Erl. Diss. 1899.

§ **307*** und [5] Melliger culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen Verträgen nach dem gem. u. schweiz. Obligationenr. Zür. Diss. 1896. 2. Aufl. 1898, dazu Hellmann kr. VJS. XLII S. 61 fg. Moritz Läßt sich bei unvollendeten oder nichtigen Verträgen eine Klage auf Schadensersatz begründen? Erl. Diss. 1899. Fritsch das negative Vertragsinteresse. Erl. Diss. 1900.

§ **308**[10] Hadenfeldt die Mobiliarversteigerung nach gem. R. unter Berücksicht. d. Particularre. Erl. Diss. 1899.

§ **309**[5] Sf. LIII. 144.

§ **310**[8] Sf. LIII. 56.

§ **312**[3] Perozzi il contratto consensuale classico. Festschr. f. Schupfer (ob. § 250**) p. 163 s.

Digitized by Google

§ 314 [4] Sf. LII. 8. 228, LIII. 12. 81, LIV. 11. 12.

§ 316* Holl die Verträge zu Gunsten Dritter nach d. deutsch. BGB. Erl. Diss. 1899. § 316 [13] RG. XLIII S. 171. § 316 [15] RG. XLIII S. 181 fg.

§ 321 Regelsberger z. L. v. d. Einrede des nicht erfüllten Vertrages und v. d. Einfluß der theilweisen Unmöglichkeit der Erfüllung auf das Vertragsverhältniß. Jahrb. f. Dogm. XL S. 249 fg. Keutner die rliche Natur der gegenseitigen Verträge im BGB. Erl. Diss. 1899. Tödter die allgem. Bestimmungen des BGB. über den gegenseitigen Vertrag. Erl. Diss. 1899. § 321 [2] Sf. LII. 78, LIV. 16. 214. 221. § 321 [7] Sf. LIV. 15 (RG.).

§ 325 Schrödter vergleichende Darstellung des R. der arrha (Draufgabe) nach dem gem. R und dem BGB. Erl. Diss. 1899.

§ 327* Podewils der Anspruch des Gläubigers auf die Vortheile, die der Schuldner aus der geschuldeten Sache gezogen hat oder hätte ziehen können. Berlin 1899.

§ 329 [6] zu l. 8. 7 C. 4, 39 Schirmer Sav.-ZS. XX S. 230 fg.

§ 331 [8] S. auch Sf. LIV. 18.

§ 335 [5] Sf. LIV. 211. § 335 [14] Zamory über die Cession von Ren aus zweiseitigen Verträgen. Erl. Diss. 1899.

§ 338* Kah die Schuldübernahme des BGB. m. vergleich. Rücks. auf d. frz. R. ZS. f. frz. CR. XXX S. 332 fg. — Sf. LIII. 25. 167. 218, LIV. 8, RG. XLIII S. 181 fg.

§ 342* Klinkhammer Unterschied zwischen Leistungsbereitschaft und Leistung. Dargestellt nach gem. R. unter bes. Berücks. des BGB. Erl. Diss. 1899. § 342 [30] Sf. XLII. 10. § 342 S. 393 fg. Weißbart das Befriedigungsr. Dritter in der Zwangsvollstreckung. Würzb. Diss. 1899.

§ 343 [2] Sf. LIV. 146.

§ 344 [2a] s. auch § 412b [5].

§ 345* Barassi Arch. giur. LXIII p. 36 s. § 345 [3] Zuvielangebot: Sf. LIV. 41. § 345 [2] Sf. LIV. 16. § 345 [8] Sf. LIV. 78.

§ 346 [6] Theilemeyer der Selbsthülfeverkauf nach gem. R. Erl. Diss. 1899.

§ 348* a. E. zu Leonhard, Geib, Liebknecht, Siber: H. Krüger Grünh. ZS. XXVI S. 750 fg. zu Liebknecht u. Siber: Hellmann kr. VJS. XLII S. 48 fg.

§ 349 S. 438 fg. Weismann die Aufrechnung im BGB. ZS. f. CPr. XXVI S. 1 fg. Pfizer Aufrechnung im Proceß und Proceßkosten das S. 43 fg. Petersen Aufrechnung im Proceß Bl. f. RAnw. zun. in Bayern LXIV S. 253 fg. Gött.te zwei Streitfragen über die Aufrechnung im BGB. ABR. XVII S. 164 fg. (zu § 770 BGB.) S. 444 RG. XLII S. 320 fg. 362 fg.

§ 350 [2] a. E. Sf. LIV. 82.

§ 351, 3 Sf. LI. 61. 87. 122, LII. 71, LIII. 1. 72.

§ 353 [9] de Ruggiero la delegazione in dir. rom. Arch. giur. LXIII p. 209 s.

§ 354 [12] Costa animus novandi. Festschr. f. Schupfer (ob. zu § 250**) p. 45 s.

§ 354 [12] v. Blume Sav.-ZS. XIX S. 1 fg. (zu l. 4 D. 22, 1 [interpolirt]).

Digitized by Google

§ **361**[2] Dauernde und vorübergehende Unmöglichkeit: RG. XLII S. 114 fg. § **361**[3] Krückmann ACPra. XC S. 88 fg.

§ **364** Immelen das Schuldversprechen nach dem gem. R. u. dem BGB. Erl. Diss. 1899. ✓

§ **365*** Horn Begriff und rliche Natur der Schenkung nach dem BGB. Erl. Diss. 1899. Müller wie verhält sich Verzicht zur Schenkung? Erl. Diss. 1899. ✓ ✓

§ **370**[3] Sf. LIV. 218.

§ **384**[4] Pernice Sav.-ZS. XX S. 132 fg. 136.

§ **385*** Chausse les singularités de la vente Romaine. Nouv. Rev. hist. de dr. fr. et étr. XXIII p. 513 s. Gotthelf der Kauf mit Vorbehalt des Umtausches. Erl. Diss. 1898. Sonntag Eigenthümlichkeiten des Grundstücksverkaufes gegenüber dem Verkaufe beweglicher Sachen im BGB. Gött. Diss. 1899. § **385**[8b] v. Sobbe die emtio rei speratae, ihr Wesen und ihre Wirkungen. Erl. Diss. 1899. ✓ ✓ ✓

§ **386**[5] RG. XLIII S. 182 fg.

§ **388**[14] RG. XLIII S. 164 fg.

§ **389**[6] vgl. auch RG. XLIII S. 182 fg. § **389**[10] Sf. LIV. 17.

§ **390 S. 623 fg.** Martinius ABR. XVII S. 50 fg.

§ **394**[5] Sf. LIV. 13. § **394**[4] Sf. LII. 229.

§ **395 S. 656 fg. unter 3** Flechtheim Aufhebungsanspruch u. Einrede. E. Beitr. z. L. v. d. Wandlung Gruch. Beitr. XLIV S. 65 fg.

§ **400 S. 684 fg.** Rönnberg Wem hat der Miether im Falle des § 571 des BGB. zu kündigen? ABR. XVII S. 78 fg.

§ **410**[18] Goerger Inwieweit haftet der Mandant f. Schaden des Mandatars? Erl. Diss. 1899. ✓

§ **412**[12] Kahl die bürgerliche Anweisung. Erl. Diss. 1899. Unterschied von Versendungsauftrag: RG. XLIII S. 187 fg. § **412**[21] Mancaleoni Riv. ital. XXVII p. 367 s.

§ **419**[5] zu Jobbé-Duval: H. Krüger Grünh. ZS. XXVI S. 239 fg.

S. 886* st. § 257[10b] l. § 257[10a].

§ **457**[6] Barassi riv. ital. XXIII p. 325 s.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

3 2044 075 174 847

Digitized by Google

Digitized by Google